

# NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

ISSN 1859 - 2953

[www.nclp.org.vn](http://www.nclp.org.vn)

**VĂN PHÒNG QUỐC HỘI**

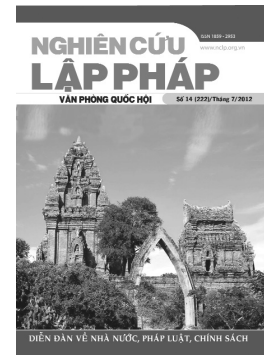
**Số 14 (222)/Tháng 7/2012**



**DIỄN ĐÀN VỀ NHÀ NƯỚC, PHÁP LUẬT, CHÍNH SÁCH**

# NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn



## Mục lục 7/2012

### NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

#### BÀN VỀ LẬP HIẾN

- 3** Hoàn thiện cơ chế bảo vệ Hiến pháp theo quan điểm Đại hội Đảng X, XI

**TS. Tào Thị Quyên**

- 7** Sửa đổi Hiến pháp 1992 về các quyền trong tư pháp hình sự

**ThS. Nguyễn Thị Bích Mai**

- 12** Giải thích pháp luật và cơ sở để giải thích pháp luật

**Nguyễn Minh Đức**

#### BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 17** Pháp luật áp dụng cho quan hệ thừa kế có yếu tố nước ngoài theo Bộ luật Dân sự 2005

**Bành Quốc Tuấn**

- 23** Hoàn thiện pháp luật về quản lý nhà nước đối với Văn phòng công chứng

**ThS. Phan Hải Hồ**

#### CHÍNH SÁCH

- 32** Một số giải pháp cơ cấu lại doanh nghiệp nhà nước

**TS. Hoàng Xuân Nghĩa**

#### THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 38** Đánh giá khung pháp lý về quản trị công ty và các kiến nghị hoàn thiện

**TS. Lê Vũ Nam**

- 47** Đặc điểm và một số nguyên nhân dẫn đến vi phạm pháp luật của người chưa thành niên

**ThS. Hoàng Minh Khôi**

#### KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 55** Mô hình phân quyền ở Liên bang Nga (Kỳ II)

**TS. Mai Văn Thắng**

#### HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

TS. NGUYỄN SĨ DŨNG (CHỦ TỊCH)  
GS, TSKH. ĐÀO TRỌNG THỊ  
GS, TS. PHAN TRUNG LÝ  
GS, TS. TRẦN NGỌC ĐƯỜNG  
PGS, TS. ĐINH VĂN NHẢ  
PGS, TS. TRẦN ĐÌNH NHẢ  
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: 080-43362 / 44078  
FAX: 080-48486  
Email: nclp@qh.gov.vn  
Website: www.nclp.org.vn

#### THIẾT KẾ:

HOÀNG NHI

#### GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:

Số 117/GP-NGÀY 30-3-2001  
CỦA BỘ VH TT

#### PHÁT HÀNH:

HÀ NỘI: 080-43364

#### TÀI KHOẢN:

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

IN TẠI CÔNG TY CỔ PHẦN IN TÂY HỒ

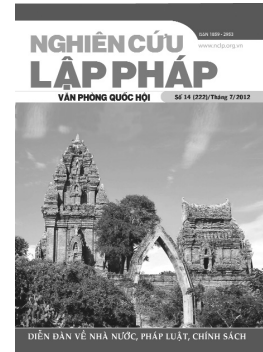
GIÁ: 15.000 ĐỒNG

*Ảnh bìa:*

*Tháp Chăm Poklongarai - Phan Rang  
Ảnh: ST*

# NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn



## Legis 7/2012

### STATE AND LAW

#### DISCUSSION ON CONSTITUTION

- 3** Perfecting mechanism to protect the Constitution from the standpoint of the Xth and the XIIth Party Congress

**Dr. Tao Thi Quyen**

- 7** Amend the 1992 Constitution on the rights of criminal justice

**LLM. Nguyen Thi Bich Mai**

- 12** Law interpretation and the basis for law interpretation

**Nguyen Minh Duc**

#### DISCUSSION OF BILLS

- 17** Law applicable to inheritance relations with foreign elements under the Civil Code 2005

**Banh Quoc Tuan**

- 23** To improve the law on management of state notary office

**LLM. Phan Hai Ho**

#### POLICIES

- 32** A number of measures to restructure state enterprises

**Dr. Hoang Xuan Nghia**

#### LEGAL PRACTICE

- 38** Evaluation of legal framework for corporate governance and the proposals of its improvement

**Dr. Le Vu Nam**

- 47** Characteristics and some causes of minors' violations of law

**LLM. Hoang Minh Khoi**

#### FOREIGN EXPERIENCE

- 55** The model of decentralization in the Russian Federation (part II)

**Dr. Mai Van Thang**

#### EDITORIAL:

Dr. NGUYEN SI DUNG (Chairman)  
Prof, Dr. DAO TRONG THI  
Prof, Dr. PHAN TRUNG LY  
Prof, Dr. TRAN NGOC DUONG  
Prof, Dr. DINH VAN NHA  
Prof, Dr. TRAN DINH NHA  
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: 080-43362 / 44078  
FAX: 080-48486  
Email: nclp@qh.gov.vn  
Website: www.nclp.org.vn

#### DESIGN:

HOANG NHI

#### LICENSE OF PUBLISHMENT:

N<sup>o</sup> 117/GP-DATE 30-3-2001  
MINISTRY OF CULTURE AND  
INFORMATION

#### DISTRIBUTION:

HA NOI: 080-43364

#### ACCOUNT NUMBER:

0011000467735  
LEGISLATIVE STUDY MAGAZINE  
VIETCOMBANK

PRINTED BY: TAYHO PRINTING  
JOINT STOCK COMPANY

Price: 15,000 VND

BÀN VỀ LẬP HIẾN

# HOÀN THIỆN CƠ CHẾ BẢO VỆ HIẾN PHÁP THEO QUAN ĐIỂM ĐẠI HỘI ĐẢNG X, XI

TÀO THỊ QUYÊN \*

*Trong quá trình hoàn thiện pháp luật về cơ chế bảo vệ Hiến pháp (CCBVHP) cần quán triệt sâu sắc những quan điểm đổi mới của Đảng về CCBVHP được thể hiện ở các văn kiện Đại hội Đảng X, XI, Nghị quyết 48/NQ-TW ngày 2/5/2005 của Bộ Chính trị. Theo đó, việc xây dựng và hoàn thiện CCBVHP là một yêu cầu, một nội dung trong nhiệm vụ chung xây dựng và hoàn thiện Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa (NNPQ XHCN) Việt Nam mà chủ trương, đường lối của Đảng đã vạch ra.*

## 1. Quan điểm về hoàn thiện cơ chế bảo vệ Hiến pháp trong Nghị quyết 48 (2/5/2005) của Bộ Chính trị và Văn kiện Đại hội Đảng X

Quan điểm của Đảng Cộng sản Việt Nam về xây dựng và hoàn thiện CCBVHP lần đầu tiên được xác định trong Nghị quyết số 48 của Bộ Chính trị ngày 2/5/2005 về Chiến lược xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam đến năm 2020: "Xác định CCBVHP, định rõ cơ chế, cách thức bảo đảm tính tối cao của Hiến pháp". Thực hiện chủ trương này, trong quá trình xây dựng pháp luật, các cơ quan nhà nước có thẩm quyền đã đề cao nguyên tắc tôn trọng và bảo đảm hiệu lực tối cao của Hiến pháp. Nguyên tắc bảo đảm tính hợp hiến, tính thống nhất của văn bản trong hệ thống pháp luật là nguyên tắc quan trọng hàng đầu của hoạt động xây dựng pháp luật, trong đó có các quy định pháp luật liên quan đến bảo vệ Hiến pháp (BVHP).

Để bảo đảm xây dựng Nhà nước ta vừa đáp ứng các tiêu chí của nhà nước pháp quyền, phù hợp quy luật và những giá trị đã được thừa nhận chung của nền văn minh nhân loại, vừa mang đặc thù riêng của Nhà

nước xã hội chủ nghĩa, Đảng đã đề ra những quan điểm toàn diện về xây dựng và hoàn thiện NNPQ XHCN. Yêu cầu bảo đảm hiệu lực tối cao của Hiến pháp trong NNPQ XHCN đã được Đảng chỉ đạo trực tiếp trong Văn kiện Đại hội Đại biểu toàn quốc lần thứ X: "Xác định CCBVHP, định rõ cơ chế, cách thức bảo đảm tính tối cao của Hiến pháp và luật", nghiên cứu "xây dựng, hoàn thiện cơ chế kiểm tra, giám sát tính hợp hiến, hợp pháp trong các hoạt động và quyết định của các cơ quan công quyền"<sup>1</sup>.

Quan điểm chỉ đạo nêu trên cần được quán triệt trong quá trình các cơ quan nhà nước xây dựng các văn bản pháp luật về bảo vệ Hiến pháp, trong quá trình kiện toàn thiết chế bảo vệ Hiến pháp và hoàn thiện phương thức bảo vệ Hiến pháp. Quan điểm này hoàn toàn mới so với các kỳ Đại hội trước đó. Nếu như ở các kỳ Đại hội trước, những nội dung liên quan đến phương hướng hoàn thiện NNPQ XHCN Việt Nam mới chỉ dừng lại ở việc đề ra yêu cầu tôn trọng và nghiêm chỉnh tuân thủ pháp luật nói chung của tất cả các cơ quan, chức danh trong bộ máy nhà nước, các tổ chức chính trị xã hội, tổ chức kinh tế và cá nhân... thì đến Đại hội X, quan điểm của Đảng thể hiện rõ yêu cầu đề cao Hiến

\* TS, Viện Nhà nước và Pháp luật, Học viện Chính trị - Hành chính Quốc gia Hồ Chí Minh.

1 Đảng Cộng sản Việt Nam (2006), Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ X, Nxb Chính trị quốc gia, Hà Nội, tr 126.

pháp, đặt Hiến pháp ở vị trí thượng tôn trong đời sống nhà nước và xã hội. Lần đầu tiên vấn đề bảo vệ Hiến pháp - văn bản chính trị pháp lý quan trọng nhất của quốc gia, thể hiện ý chí tối cao của nhân dân - được đặt ra như một trong những nhiệm vụ nhằm xây dựng và hoàn thiện NNPQ XHCN. Đối với hoạt động và quyết định của các cơ quan công quyền - những hoạt động và quyết định có ảnh hưởng trực tiếp tới quyền và lợi ích hợp pháp của cá nhân, tổ chức và lợi ích chung của toàn xã hội - thì phải có cơ chế kiểm tra, giám sát tính hợp hiến của chúng. Với quan điểm này, chúng ta có thể hiểu rằng, để thực sự bảo đảm hiệu lực tối cao của Hiến pháp không chỉ đòi hỏi phải hoàn thiện cơ chế kiểm tra tính hợp hiến đối với các quyết định và hoạt động của các cơ quan công quyền, mà còn cần phải có cơ chế giám sát được thực hiện bởi các chủ thể khác trong xã hội như các tổ chức chính trị, xã hội, công dân...

Hơn nữa, quan điểm chỉ đạo của Đảng về xây dựng và hoàn thiện CCBVHP được nêu tại Đại hội X còn yêu cầu: “Xây dựng cơ chế phán quyết về những vi phạm Hiến pháp trong hoạt động lập pháp, hành pháp và tư pháp”<sup>2</sup>. Đáng lưu ý là quan điểm này được đề cập trong phần nói về các cơ quan tư pháp.

Trong Văn kiện Đại hội X, lần đầu tiên quan điểm về xây dựng và hoàn thiện CCBVHP được đặt ra như là yêu cầu không thể thiếu của NNPQ XHCN Việt Nam. Đây là một quan điểm toàn diện, bút phá và triệt để. Việc xây dựng và hoàn thiện CCBVHP ở Việt Nam sẽ không chỉ dừng lại ở yêu cầu bảo đảm sự tôn trọng và thi hành Hiến pháp của các cơ quan trong bộ máy nhà nước một cách chung chung, mà phải có cơ chế phát hiện, phán quyết và xử lý những vi phạm Hiến pháp trong cả ba loại hoạt động lập pháp, hành pháp và tư pháp. CCBVHP với các yếu tố thể chế, thiết chế, phương thức hoạt động phải bảo đảm sao cho sự tương tác giữa chúng tạo nên sự vận hành nhịp nhàng của cơ chế và khi đó, phạm vi tác động của CCBVHP không chỉ dừng lại ở việc giám sát, kiểm tra tính hợp hiến đối với hoạt động

hành pháp và tư pháp, mà cả đối với hoạt động lập pháp. Nội dung mới là hết sức cần thiết nhưng cũng vô cùng khó khăn và phức tạp cho hoạt động nghiên cứu và hoàn thiện CCBVHP ở Việt Nam trong thời gian tới. Hoạt động kiểm tra, giám sát tính hợp hiến đối với hoạt động lập pháp (chức năng riêng của Quốc hội) từ trước đến nay hầu như chỉ được thực hiện như là một khâu trong quy trình xây dựng pháp luật, còn các văn bản sau khi Quốc hội ban hành và có hiệu lực pháp luật thì chưa có cơ chế kiểm tra tính hợp hiến và xử lý nếu như những văn bản này vi hiến. Quán triệt quan điểm của Đảng “xây dựng cơ chế phán quyết về những vi phạm Hiến pháp trong hoạt động lập pháp, hành pháp và tư pháp” được nêu trong phần nói về các cơ quan tư pháp có thể được hiểu là phải bảo đảm sao cho sự vận hành CCBVHP không chỉ dừng lại ở kiểm tra, giám sát tính hợp hiến và tư vấn, kiến nghị xử lý đối với văn bản và hành vi vi hiến bằng con đường chính trị, mà còn phải có cơ chế phán quyết bằng con đường tố tụng tư pháp. Muôn vậy, cần phải tạo nên bước ngoặt quan trọng trong việc xác định nguyên tắc, thiết chế, thể chế và phương thức vận hành của CCBVHP trong NNPQ XHCN Việt Nam.

## 2. Quan điểm về hoàn thiện cơ chế bảo vệ Hiến pháp trong Văn kiện Đại hội Đảng XI

Báo cáo chính trị của Ban Chấp hành trung ương Đảng tại Đại hội Đảng toàn quốc lần thứ XI xác định: “Nghiên cứu xây dựng, bổ sung các thể chế, cơ chế vận hành cụ thể để bảo đảm nguyên tắc tất cả quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân và nguyên tắc quyền lực nhà nước là thống nhất, có sự phân công, phối hợp và kiểm soát giữa các cơ quan trong việc thực hiện quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp”; “Khân trương nghiên cứu, sửa đổi, bổ sung Hiến pháp năm 1992 (đã được sửa đổi, bổ sung năm 2001) phù hợp với tình hình mới. Tiếp tục xây dựng từng bước hoàn thiện cơ chế, kiểm tra, giám sát tính hợp hiến, hợp pháp trong các hoạt động và quyết định của các cơ quan công quyền”<sup>3</sup>.

2 Đảng Cộng sản Việt Nam (2006), *Tlđđ*, tr 127.

3 Đảng Cộng sản Việt Nam (2011), *Báo cáo của Ban Chấp hành Trung ương Đảng khóa X tại Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XI*, Nxb Chính trị quốc gia, Hà Nội, tr 106.

Như vậy, quan điểm của Đảng về hoàn thiện CCBVHP trong NNPQ XHCN Việt Nam được nêu tại văn kiện Đại hội XI mang tính cô đọng và toàn diện hơn so với trước. Quan điểm này tuy không được đề cập một cách trực diện và cụ thể (thậm chí nhấn mạnh và nhắc lại 3 lần) như ở văn kiện Đại hội X nhưng lại ngắn gọn, súc tích, toàn diện. Theo đó, Đảng đã xác định rõ hai nguyên tắc nền tảng và quan trọng cần quán triệt khi tiến hành xây dựng, bổ sung thể chế và cơ chế vận hành của NNPQ XHCN (trong đó có CCBVHP). Cụ thể là, CCBVHP cần phải được hoàn thiện sao cho bảo đảm tất cả quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân, đảm bảo tính thống nhất của quyền lực nhà nước, mối quan hệ giữa các nhánh quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp không chỉ là phân công, phối hợp mà đòi hỏi phải có sự kiểm soát giữa các cơ quan khi thực hiện quyền lực nhà nước. CCBVHP chính là một bộ phận của cơ chế kiểm soát việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp.

Nguyên tắc đặc thù của NNPQ XHCN Việt Nam cần phải quán triệt là quyền lực nhà nước thống nhất, có sự phân công, phối hợp và kiểm soát giữa các cơ quan trong thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp. Đây là nguyên tắc xác định phương thức tổ chức thực hiện quyền lực trong NNPQ XHCN Việt Nam. Việc quy định thể chế BVHP như thế nào, xác lập thiết chế BVHP có tính chất và cơ cấu ra sao, phương thức vận hành của CCBVHP như thế nào, mối quan hệ giữa các yếu tố và mối quan hệ giữa thiết chế BVHP với các cơ quan khác trong bộ máy nhà nước như thế nào... đều cần thể hiện tư tưởng chỉ đạo là quyền lực nhà nước thống nhất. Mối quan hệ giữa các cơ quan thực hiện quyền lực nhà nước không phải là tách biệt nhau, kiềm chế, đối trọng lẫn nhau, gây sức ép, khó khăn cho nhau trong quá trình thực hiện quyền lực, mà là sự phân công rõ ràng, rành mạch và tương tác, hỗ trợ, phối hợp với nhau cùng thực hiện quyền lực nhà nước. Hoạt động BVHP ở đây cũng chính là hoạt động bảo đảm cho mối quan hệ giữa lập pháp, hành pháp và tư pháp theo đúng cơ chế phân công, phối hợp trong

một hệ thống quyền lực thống nhất. Hiến pháp xác lập phương thức tổ chức thực hiện quyền lực nhà nước nói chung và xác lập phạm vi, nội dung, thẩm quyền của từng bộ phận quyền lực. Hoạt động BVHP chứa đựng một nội dung quan trọng là giải quyết tranh chấp và vi phạm Hiến pháp liên quan đến tổ chức và thực hiện quyền lực nhà nước. Như vậy, hoạt động BVHP nhằm kiểm tra, giám sát tính hợp hiến của hoạt động lập pháp, hành pháp và tư pháp. Ngoài ra, hoạt động BVHP không chỉ bảo đảm các cơ quan trong bộ máy nhà nước thực hiện đúng phạm vi, nội dung thẩm quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp đã được quy định trong Hiến pháp mà còn bảo đảm sao cho các nhánh quyền lực này được tổ chức và thực hiện theo đúng cơ chế của NNPQ XHCN, giải quyết và khắc phục có hiệu quả sự xung đột giữa các nhánh quyền lực.

Quan điểm về việc bảo đảm cơ chế kiểm soát giữa các cơ quan trong thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp trong NNPQ XHCN Việt Nam có quan hệ chặt chẽ với nguyên tắc quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân. Nhân dân - thông qua Hiến pháp - ủy quyền của mình cho các cơ quan nhà nước thực hiện. Các cơ quan trong bộ máy nhà nước thực hiện quyền lực do nhân dân giao, ủy thác cho. Để bảo đảm rằng nhân dân giao quyền mà không bị mất quyền, các cơ quan nhà nước không lạm quyền thì phải có cơ chế kiểm soát việc thực hiện quyền lực nhà nước. Một trong những nội dung của hoạt động BVHP là nhằm ngăn ngừa và xử lý những hành vi trái thẩm quyền, lạm quyền của các cơ quan nhà nước, bảo đảm quyền lực nhà nước được vận hành một cách dân chủ, bảo vệ và thực hiện ý chí của nhân dân đã được thể hiện trong Hiến pháp.

Trong điều kiện xây dựng NNPQ XHCN ở Việt Nam hiện nay, việc thành lập một thiết chế BVHP chuyên trách, độc lập, đủ năng lực phán quyết các hành vi vi hiến trong hoạt động lập pháp, hành pháp, tư pháp là hết sức cần thiết. Nhưng vấn đề mấu chốt là giải quyết mối quan hệ giữa thiết chế BVHP chuyên trách với Quốc hội như thế nào? Và rộng hơn là giải quyết mối quan hệ

giữa Quốc hội - Hiến pháp - Nhân dân ra sao? Có một số quy định trong Hiến pháp hiện hành của Việt Nam cần được xem xét: (i) Tất cả quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân; (ii) Quốc hội là cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất; (iii) Quốc hội có quyền lập hiến; (iv) Hiến pháp có hiệu lực pháp lý cao nhất.

Trong số các vấn đề nêu trên, “tất cả quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân” là vấn đề mang tính nguyên tắc nền tảng của NNPQ XHCN Việt Nam. Nguyên tắc này chi phối quy trình lập hiến, nội dung của Hiến pháp, vị trí, thẩm quyền của Quốc hội. Đây là nguyên tắc chỉ đạo các nguyên tắc khác của NNPQ XHCN.

Việc hoàn thiện CCBVHP là hoàn thiện cả ba yếu tố của cơ chế: thể chế, thiết chế và phương thức vận hành của CCBVHP. Những nguyên tắc, quy định pháp luật về BVHP cần thể chế cho được nguyên tắc bảo đảm quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân. Là một bộ phận của hệ thống thể chế trong NNPQ XHCN, thể chế BVHP trong NNPQ XHCN phải được xây dựng, bổ sung sao cho bảo đảm quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân. Những nguyên tắc, quy định pháp luật về BVHP phải do nhân dân tham gia xây dựng và thực sự thể hiện đầy đủ, chính xác ý chí, nguyện vọng của đông đảo các tầng lớp nhân dân. Nguyên tắc bảo đảm hiệu lực tối cao của Hiến pháp phải được khẳng định và đặt trong mối quan hệ với nguyên tắc bảo đảm quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân. Nguyên tắc hiệu lực tối cao của Hiến pháp không chỉ được thể hiện và bảo đảm bởi việc tuyên bố “Hiến pháp có hiệu lực cao nhất” mà quan trọng hơn, nó còn được thể hiện và bảo đảm bởi tư duy về Hiến pháp, quy trình lập hiến, sao cho Hiến pháp thực sự là văn bản thể hiện ý chí của nhân dân. Hiến pháp và quyền lực của nhân dân có mối quan hệ chặt chẽ. Bởi vì: “Hiến pháp là cái có trước Chính phủ và Chính phủ chỉ là thứ tạo vật của Hiến pháp. Hiến pháp của một đất nước không phải là đạo luật của Chính phủ đất

nước đó mà là của những người dân cấu thành nên Chính phủ”<sup>4</sup>. Như vậy, Hiến pháp tối cao vì nó là văn bản thể hiện “quyền lực gốc” của nhân dân. “Quyền lực gốc” của nhân dân thiết lập những nguyên tắc nền tảng mà dựa trên đó, nhà nước được dựng nên. Chính “quyền lực gốc” và tối cao của nhân dân tổ chức nên nhà nước và phân công quyền lực cho các cơ quan nhà nước, thiết lập những giới hạn quyền lực nhất định mà các cơ quan nhà nước này không thể vượt qua. Như vậy, nguyên tắc tính tối cao của Hiến pháp chỉ thực sự được xác lập một cách đầy đủ khi bảo đảm rằng Hiến pháp đó là của nhân dân, thể hiện ý chí tối cao của nhân dân. Hoạt động xây dựng, sửa đổi Hiến pháp phải bảo đảm nguyên tắc quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân. Và do vậy, quyền lập hiến không thể được coi là quyền của Quốc hội. “Tất cả quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân” phải là nguyên tắc chỉ đạo hàng đầu. Quyền lập hiến quy định quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp, tức là quyền lập hiến chứa đựng tất cả quyền lực nhà nước. Tuân thủ nguyên tắc “Tất cả quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân” trước hết phải bảo đảm quyền lập hiến thuộc về nhân dân. Việc nhân dân bỏ phiếu biểu quyết về Hiến pháp là biểu hiện rõ nhất của nguyên tắc này. Hiến pháp là văn bản chính trị pháp lý cao nhất của quốc gia, là văn bản thể hiện một cách toàn diện nhất chủ quyền nhân dân. Quyết định về Hiến pháp là quyết định về một trong những vấn đề trọng đại nhất của đất nước nên quyết định này phải thuộc về nhân dân. Như vậy, trả quyền lập hiến trở lại cho nhân dân không chỉ bảo đảm tất cả quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân mà còn bảo đảm Hiến pháp thực sự là tối cao.

Quan điểm của Đảng ta về hoàn thiện CCBVHP trong NNPQ XHCN Việt Nam ngày càng toàn diện và sâu sắc. Những quan điểm đó không chỉ nhằm bảo đảm sự phát triển của Nhà nước theo đúng định hướng XHCN mà còn bảo đảm NNCH XHCN Việt Nam thực sự là NNPQ XHCN của nhân dân, do nhân dân, vì nhân dân ■

4 Jay M. Shafritz (2002), *Từ điển Chính quyền và Chính trị Hoa Kỳ*, Nxb Chính trị Quốc gia, tr 224.

## BÀN VỀ LẬP HIẾN

# SỬA ĐỔI HIẾN PHÁP 1992 VỀ CÁC QUYỀN TRONG TƯ PHÁP HÌNH SỰ

NGUYỄN THỊ BÍCH MAI \*

**C**HỆ định quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân nói chung, đặc biệt là các quyền cơ bản trong tư pháp hình sự nói riêng của Hiến pháp 1992 là một nội dung đặc biệt quan trọng vì đây là cơ sở pháp lý tối cao để đảm bảo quyền con người. Hơn nữa, trong lĩnh vực tư pháp hình sự thì các quyền tự nhiên của con người dễ bị xâm phạm nhất. Bên cạnh những thành tựu đạt được của Hiến pháp 1992 khi ghi nhận các quyền cơ bản của con người trong lĩnh vực tư pháp hình sự, vẫn còn tồn tại một số hạn chế cần được khắc phục trong lần sửa đổi Hiến pháp 1992 này, nhằm nâng cao hiệu quả thực thi quyền con người.

## 1. Bất cập trong các quy định về các quyền trong tư pháp hình sự theo Hiến pháp 1992

Về cơ bản, Hiến pháp 1992 quy định các quyền trong lĩnh vực tư pháp hình sự tương đối đầy đủ và phù hợp trước yêu cầu dân chủ của việc xây dựng Nhà nước pháp quyền Việt Nam xã hội chủ nghĩa. Tuy nhiên, tìm hiểu chi tiết nội dung quyền này trong Hiến pháp 1992, chúng ta vẫn thấy một số bất cập sau.

### 1.1. Quyền bất khả xâm phạm về thân thể

Quyền bất khả xâm phạm về thân thể được quy định tại Điều 71 Hiến pháp 1992: “Công dân có quyền bất khả xâm phạm về thân thể, được pháp luật bảo hộ tính mạng, sức khỏe, danh dự và nhân phẩm.

Không ai bị bắt, nếu không có quyết định của Tòa án nhân dân, quyết định hoặc phê chuẩn của Viện kiểm sát nhân dân, trừ trường hợp phạm tội quả tang. Việc bắt và giam giữ người phải đúng pháp luật.

Nghiêm cấm mọi hình thức truy bức, nhục hình, xúc phạm danh dự, nhân phẩm của công dân”.

Quy định về quyền bất khả xâm phạm thân thể trong Hiến pháp còn một số bất cập:

Thứ nhất, Hiến pháp quy định nội dung “Công dân có quyền bất khả xâm phạm về thân thể, được pháp luật bảo hộ tính mạng, sức khỏe, danh dự và nhân phẩm” trong cùng một điều luật thì chưa thật hợp lý. Ở đây, Hiến pháp nên có sự phân biệt rõ ràng giữa hai quyền khác nhau: quyền được bảo

\* ThS. Khoa Luật Hình sự, Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.



hộ tính mạng, sức khỏe và quyền được bảo hộ danh dự nhân phẩm<sup>1</sup>.

*Thứ hai*, thuật ngữ “công dân” được viết ở đây là chưa hợp lý. Vì đây là quyền tự nhiên cơ bản của con người, không thể phân biệt đó là công dân Việt Nam hay không. Do đó, nếu xét trong xu thế hội nhập hóa, toàn cầu hóa của nước ta hiện nay, quy định này không còn phù hợp. Hơn nữa, thuật ngữ này cũng không phù hợp với các văn bản pháp luật hiện hành liên quan đến người nước ngoài, người không có quốc tịch.

*Thứ ba*, quy định tại Điều 71 không đề cập đến quyền được bảo vệ uy tín - một trong các quyền cơ bản của bất kỳ cá nhân nào. Hiện nay, pháp luật Việt Nam đã ghi nhận quyền được bảo vệ uy tín của cá nhân tại Điều 37 Bộ luật Dân sự 2005.

### 1.2. Quyền suy đoán vô tội

Quyền suy đoán vô tội được quy định tại Điều 72 Hiến pháp 1992: “Không ai bị coi là có tội và phải chịu hình phạt khi chưa có bản án kết tội của Tòa án đã có hiệu lực pháp luật.

Người bị bắt, bị giam giữ, bị truy tố, xét xử trái pháp luật có quyền được bồi thường thiệt hại về vật chất và phục hồi danh dự. Người làm trái pháp luật trong việc bắt, giam giữ, truy tố, xét xử gây thiệt hại cho người khác phải bị xử lý nghiêm minh”.

Xem xét quy định trên, chúng ta thấy một số điểm hạn chế sau:

*Một là*, Điều 72 quy định: “Không ai bị coi là có tội và phải chịu hình phạt khi chưa có bản án kết tội của Tòa án đã có hiệu lực pháp luật” (nguyên tắc suy đoán vô tội), và Điều 71 quy định: “Không ai bị bắt, nếu không có quyết định của Tòa án nhân dân, quyết định hoặc phê chuẩn của Viện kiểm sát

nhân dân, trừ trường hợp phạm tội quả tang” (Quyền bất khả xâm phạm về thân thể). Khi xem xét độc lập, mỗi quy định trên đều có vẻ hợp lý. Tuy nhiên, nếu kết hợp lại, đặt hai quy định này bên cạnh nhau, gắn liền với nhau, xâu chuỗi hai quy định này thì chúng ta thấy có vấn đề. Nghĩa là, nếu đối chiếu hai quy định trên, thì trong trường hợp: “có quyết định của Tòa án nhân dân, quyết định hoặc phê chuẩn của Viện kiểm sát nhân dân, trừ trường hợp phạm tội quả tang” chưa hẳn đã là có tội mà vẫn có thể bị bắt giam. Đây là chỗ chưa chặt chẽ, dẫn đến tình trạng vẫn có nhiều người bị bắt, bị giam hoặc tước quyền tự do khi chưa có bản án kết tội đã có hiệu lực pháp luật của Tòa án, không thích hợp với yêu cầu dân chủ và pháp quyền<sup>2</sup>.

*Hai là*, các quy định trong điều 71 và 72 chủ yếu là quy định theo kiểu tuyên bố, thiếu cơ chế hữu hiệu bảo đảm, thiếu một phần quan trọng của cơ chế đó là quyền tự bảo vệ của cá nhân khi các quyền trên bị xâm phạm. Trong hai điều luật chưa quy định cụ thể quyền được mời luật sư bảo vệ sau nhiều giờ kể từ khi bị bắt tạm giam, thời hạn tạm giam bao nhiêu ngày nếu không xét xử thì phải trả tự do cho cá nhân.

*Ba là*, các quy định trên chưa thể hiện được nguyên tắc “sự nghi ngờ được giải thích có lợi cho đương sự” - đây là nguyên tắc quan trọng, mang tính pháp quyền đặc trưng cho nhà nước dân chủ, khác với nhà nước không coi trọng các quyền tự nhiên của con người, hành xử theo lối “bắt nhằm hơn bỏ sót”.

### 1.3. Quyền bất khả xâm phạm về chỗ ở, thư tín

Điều 73 Hiến pháp 1992 quy định: “Công dân có quyền bất khả xâm phạm về chỗ ở.

1 Nguyễn Cảnh Hợp, *Triết lý về ban hành và sửa đổi Hiến pháp, Kỳ yếu hội thảo "Sửa đổi Hiến pháp và cải cách hành chính - Nhìn từ góc độ đảm bảo quyền con người"*, Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh, 2011., tr.30.

2 Vũ Văn Nhiêm, *Quyền dân sự của công dân trong lịch sử lập hiến Việt Nam: quá trình phát triển và phương hướng đổi mới*, Công trình nghiên cứu khoa học, Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh, 2011., tr. 51.

Không ai được tự ý vào chỗ ở của người khác nếu người đó không đồng ý, trừ trường hợp pháp luật cho phép.

Thư tín, điện thoại, điện tín của công dân được bảo đảm an toàn và bí mật.

Việc khám xét chỗ ở, việc bóc mở, kiểm soát, thu giữ thư tín, điện tín của công dân phải do người có thẩm quyền tiến hành theo quy định của pháp luật”.

Quy định về quyền bất khả xâm phạm về chỗ ở, thư tín trên đây có một số hạn chế:

*Thứ nhất*, tương tự như Điều 71, cách thức quy định quyền bất khả xâm phạm về chỗ ở và quyền bất khả xâm phạm về bí mật cá nhân (thư tín, điện thoại, điện tín) vào chung một điều luật là chưa logic. Đây là hai quyền khác nhau nên pháp luật phải quy định biệt lập.

*Thứ hai*, việc sử dụng thuật ngữ “công dân” trong điều luật là không phù hợp vì đây là quyền tự nhiên cơ bản của mọi cá nhân, không thể chỉ quy định đó là quyền của công dân Việt Nam.

*Thứ ba*, quy định “thư tín, điện thoại, điện tín của công dân được bảo đảm an toàn và bí mật” mang tính chất liệt kê, không phù hợp với sự phát triển đa dạng và phong phú của các hình thức chứa đựng thông tin trong điều kiện bùng nổ của công nghệ thông tin hiện nay. Quy định này cũng chưa tương thích với thông lệ các hiến pháp nước ngoài.

#### **1.4. Quyền bào chữa**

“Quyền bào chữa của bị cáo được bảo đảm. Bị cáo có thể tự bào chữa hoặc nhờ người khác bào chữa cho mình.

Tổ chức luật sư được thành lập để giúp bị cáo và các đương sự khác bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình và góp phần bảo vệ pháp chế xã hội chủ nghĩa”.

Quy định này có một vài bất cập sau:

*Thứ nhất*, về vị trí của điều luật, quy định được ghi nhận tại Chương X về Tòa án và Viện kiểm sát là chưa hợp lý. Đây là quyền cơ bản của con người trong lĩnh vực tư pháp hình sự nên phải được quy định tại Chương V, về các quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân. Như thế, Hiến pháp 1992 sẽ phân biệt rõ nét giữa việc quy định quyền cơ bản trong lĩnh vực tư pháp và nguyên tắc tổ chức hoạt động của các cơ quan tư pháp. Ở nhiều nước trên thế giới, Hiến pháp đều ghi nhận quyền bào chữa của bị cáo, quyền được bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp là quyền cơ bản của cá nhân, quy định tại phần các quyền trong lĩnh vực tư pháp<sup>3</sup>. Ví dụ, Hiến pháp Nhật Bản, từ Điều 31 đến Điều 40 quy định các quyền cơ bản của con người trong lĩnh vực tư pháp, chủ yếu là lĩnh vực tư pháp hình sự.

*Thứ hai*, trong các Điều ước quốc tế (toàn cầu và khu vực) và Hiến pháp một số nước trên thế giới, quyền bào chữa là quyền cơ bản của người bị tình nghi, bị can, bị cáo. Ở nội dung này, phạm vi bảo đảm quyền được ghi nhận rất rộng: là người bị cáo buộc về một hành vi phạm tội trong tất cả các giai đoạn tố tụng hình sự. Bên cạnh đó, hầu hết các văn bản quốc tế đều cụ thể hóa các cơ chế pháp lý bảo đảm quyền, đặc biệt là nhấn mạnh khía cạnh bảo đảm quyền có người bào chữa và quyền tự bào chữa. Do đó, tuy Hiến pháp 1992 đã thể hiện những tiến bộ nhất định trong việc ghi nhận quyền cơ bản của người bị buộc tội, nhưng trong sự tương quan với hệ thống các văn bản pháp lý quốc tế về quyền con người và pháp luật của một số quốc gia khác, trong đó có những quốc gia trong khu vực ASEAN, thì quyền bào chữa của người bị tình nghi, bị can, bị cáo chưa được Hiến pháp quy định đúng mức.

#### **1.5. Quyền được bồi thường thiệt hại**

Điều 72 quy định “Người bị bắt, bị

3 Điều 24 Hiến pháp Tây Ban Nha, Điều 24 Hiến pháp Liên bang Đức, Điều 37 Hiến pháp Nhật Bản.

giam giữ, bị truy tố, xét xử trái pháp luật có quyền được bồi thường thiệt hại về vật chất và phục hồi danh dự”, Điều 74 quy định “Mọi hành vi xâm phạm lợi ích của Nhà nước, quyền và lợi ích hợp pháp của tập thể và của công dân phải được kịp thời xử lý nghiêm minh. Người bị thiệt hại có quyền được bồi thường về vật chất và phục hồi danh dự”.

Qua các quy định này, chúng ta thấy Hiến pháp 1992 có một nhược điểm là chỉ giới hạn việc bồi thường đối với “thiệt hại về vật chất” trong các trường hợp nêu trên. Sự giới hạn này cũng tương đối phù hợp với pháp luật Việt Nam vào thời điểm khi Hiến pháp 1992 được ban hành. Nhưng trong Bộ luật Dân sự hiện hành, Luật Trách nhiệm bồi thường của Nhà nước, Luật Sở hữu trí tuệ thì quyền được bồi thường tổn thất về tinh thần đã được ghi nhận đầy đủ. Nghiên cứu so sánh, chúng ta thấy Hiến pháp nhiều nước trên thế giới cũng ghi nhận rộng rãi quyền được bồi thường thiệt hại về vật chất hay tổn thất về tinh thần.

## 2. Một số kiến nghị sửa đổi Hiến pháp 1992 về các quyền trong tư pháp hình sự

Đổi mới các quyền cơ bản của con người gắn liền với việc sửa đổi Hiến pháp 1992 nói chung, các quyền cơ bản trong lĩnh vực tư pháp hình sự nói riêng, là một nhu cầu tất yếu khách quan xuất phát trên cơ sở lý luận và cơ sở thực tiễn của nước ta hiện nay. Trước hết, đổi mới các quyền là xuất phát từ mục tiêu xây dựng và phát huy dân chủ, mục tiêu xây dựng Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa của dân, do dân và vì dân. Tiếp theo, đổi mới các quyền còn xuất phát từ định hướng phát triển kinh tế thị trường. Cuối cùng, đổi mới các quyền xuất phát từ sự tác động của quá trình toàn cầu hóa, quá trình hội nhập sâu rộng của nước ta vào đời sống quốc tế. Để đạt được mục tiêu này, chúng tôi có một số ý kiến về việc sửa đổi Hiến pháp 1992 liên quan đến các quyền trong tư pháp hình sự.

### 2.1. Sửa đổi tên Chương “Quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân” trong Hiến pháp 1992 thành Chương “Quyền, tự do và nghĩa vụ của con người, công dân”

Trong xã hội hiện đại ngày nay, quyền con người không chỉ là các quyền do pháp luật quy định, mà còn bao hàm tự do của con người. Nói cách khác, trong mỗi quốc gia, việc tôn trọng và bảo vệ quyền con người, không những cần bảo đảm và thực thi các quyền hiến định, mà còn bao hàm việc tôn trọng và bảo đảm các tự do khác của con người. Cùng với sự phát triển của tự do dân chủ của con người, phạm vi các quyền của công dân cũng ngày càng được mở rộng.

Mặt khác, dù còn nhiều tranh cãi, song đa số các quan điểm chính trị, luật pháp đều ủng hộ và thống nhất rằng: một mặt, con người có những quyền đi đôi với nghĩa vụ (hay trách nhiệm), nhưng mặt khác, con người cũng có những quyền mang tính chất tuyệt đối, không cần kèm theo bất kỳ điều kiện nào. Nói cách khác, đã là con người, không kể họ sinh ra và sống ở đâu, không kể là công dân hay người nước ngoài, người không quốc tịch, họ đều có các quyền mà Nhà nước phải tôn trọng và bảo vệ, như quyền được sống, quyền không bị tra tấn, không bị nhục hình, quyền được suy đoán vô tội, quyền bất khả xâm phạm về thân thể, quyền bất khả xâm phạm về chỗ ở, v.v..

### 2.2. Sửa đổi các Điều 71, 72, 73, 74, 132 Hiến pháp 1992

Sửa Điều 71 theo hướng tách quy định về quyền được bảo hộ về tính mạng sức khỏe và quyền được bảo hộ về danh dự, nhân phẩm thành hai điều luật riêng biệt; thuật ngữ “công dân được sửa đổi thành “ cá nhân”; bổ sung quyền được bảo vệ uy tín kèm với quyền được bảo hộ về danh dự, nhân phẩm. Như vậy, Điều 71 được sửa đổi như sau:

*Quyền bất khả xâm phạm về thân thể*

“Cá nhân có quyền bất khả xâm phạm về thân thể, được pháp luật bảo hộ tính mạng, sức khỏe.

Việc bắt và giam giữ người phải đúng pháp luật.

Nghiêm cấm áp dụng hình thức truy bức, nhục hình đối với cá nhân”.

Quyền được bảo hộ về danh dự, nhân phẩm, uy tín

“Cá nhân được pháp luật bảo hộ danh dự, nhân phẩm và uy tín.

Nghiêm cấm xúc phạm danh dự, nhân phẩm và uy tín của cá nhân”.

Sửa đổi Điều 72 theo hướng, bổ sung tên quyền suy đoán vô tội thành một quyền riêng biệt trong chế định “Quyền, tự do và nghĩa vụ của con người, công dân”. Bổ sung nội dung “Mọi suy đoán đều phải theo hướng có lợi cho người bị buộc tội” vào quyền suy đoán vô tội. Điều 72 được sửa đổi như sau:

*Quyền suy đoán vô tội*

“Không ai bị coi là có tội và phải chịu hình phạt khi chưa có bản án kết tội của Tòa án đã có hiệu lực pháp luật.

Mọi suy đoán đều phải theo hướng có lợi cho người bị buộc tội

Người cố ý làm trái pháp luật trong việc bắt, giam giữ, truy tố, xét xử gây thiệt hại cho người khác phải bị xử lý theo pháp luật”.

Sửa đổi Điều 73 theo hướng tách Điều 73 thành hai điều, quy định riêng biệt về quyền bất khả xâm phạm về chỗ ở và quyền bất khả xâm phạm bí mật cá nhân; sửa đổi từ “công dân” thành từ “cá nhân”; sửa đổi cụm từ “thư tín, điện thoại, điện tín” thành cụm từ “bí mật”. Điều 73 sẽ được sửa đổi như sau:

*Quyền bất khả xâm phạm về chỗ ở*

“Cá nhân có quyền bất khả xâm phạm về chỗ ở.

Không ai được tự ý vào chỗ ở của người khác nếu người đó không đồng ý, trừ trường

hợp luật định”.

*Quyền bất khả xâm phạm về bí mật cá nhân*

“Quyền bí mật cá nhân được pháp luật tôn trọng và bảo vệ

Việc khám xét chỗ ở, việc thu thập hoặc công bố bí mật cá nhân phải do người có thẩm quyền tiến hành theo quy định pháp luật”.

Sửa đổi Điều 74. Quyền được bồi thường thiệt hại theo Điều 74 cần được bổ sung nội dung: mở rộng phạm vi thiệt hại được bồi thường, bao gồm cả thiệt hại về vật chất và tổn thất về tinh thần. Điều 74 được sửa đổi như sau:

*Quyền được bồi thường thiệt hại*

“Mọi hành vi xâm phạm lợi ích của Nhà nước, quyền và lợi ích hợp pháp của tập thể và của cá nhân phải được kịp thời xử lý nghiêm minh. Người bị thiệt hại có quyền được bồi thường thiệt hại về vật chất và thiệt hại về tinh thần”.

Sửa đổi Điều 132 theo hướng điều chỉnh vị trí điều luật, ghi nhận điều luật vào trong phạm vi Chương “Quyền, tự do và nghĩa vụ của con người, công dân”, vì quyền bào chữa là một quyền rất cơ bản và quan trọng của con người trong lĩnh vực tư pháp hình sự. Nên quy định bổ sung theo hướng quyền bào chữa không chỉ là quyền của bị cáo trong giai đoạn xét xử mà còn là quyền của người bị tạm giữ và bị can trong giai đoạn điều tra, truy tố. Điều 132 nên được sửa đổi như sau:

*Quyền bào chữa*

“Quyền bào chữa của người bị buộc tội được bảo đảm.

Người bị buộc tội có thể tự bào chữa hoặc nhờ người khác bào chữa cho mình.

Cơ quan tiến hành tố tụng có nghĩa vụ bảo đảm cho người bị buộc tội và người bào chữa của họ thực hiện quyền bào chữa” ■

# GIẢI THÍCH PHÁP LUẬT VÀ CƠ SỞ ĐỂ GIẢI THÍCH PHÁP LUẬT

NGUYỄN MINH ĐỨC \*

## 1. Giải thích pháp luật là gì, ai và khi nào phải giải thích pháp luật?

Pháp luật thực định ở Việt Nam chủ yếu được ban hành dưới hình thức văn bản quy phạm pháp luật (QPPL). Để có được QPPL (quy tắc xử sự chung) những người làm công tác xây dựng pháp luật phải nghiên cứu, tổng kết từ rất nhiều cách xử sự cụ thể khác nhau rồi khái quát hoá, tạo ra cách xử sự chung sao cho phù hợp với đa số. Còn khi thực hiện và áp dụng pháp luật thì phải làm ngược lại, tức là từ quy tắc xử sự chung, phải cá biệt hoá để tạo ra quy tắc xử sự cụ thể cho trường hợp cụ thể. Nói cách khác, vụ việc cần phải giải quyết trên cơ sở luật pháp thì có tính chất đơn nhất, muốn quy cái đơn nhất vào cái phổ biến, cái chung, cần phải có sự phán đoán, giải thích. Vì thế các tổ chức, cá nhân khi thực hiện pháp luật phải “giải thích luật pháp trong việc vận dụng vào từng trường hợp cá biệt”<sup>1</sup> một cách đúng đắn, chính xác, phù hợp và đạt hiệu quả cao nhất. Giải thích pháp luật (GPL) là nhu cầu thiết yếu, thường xuyên của tất cả các tổ chức và cá nhân trong xã hội, đặc biệt là đối với các cơ quan, các nhà chức trách trong quá trình áp dụng pháp luật.

Vấn đề GPL ở Việt Nam đã được đề

cập tới, nhưng còn nhiều ý kiến tranh luận và chưa được giải quyết triệt để. Chẳng hạn, Hiến pháp và Luật Ban hành văn bản QPPL chỉ đề cập tới việc giải thích Hiến pháp, luật, pháp lệnh của Ủy ban Thường vụ Quốc hội (UBTVQH), còn các văn bản khác thì chưa có quy định. Trong Dự thảo Luật Ban hành văn bản QPPL năm 2008 có dự kiến là cơ quan ban hành văn bản nào thì có nhiệm vụ, quyền hạn giải thích văn bản của mình đã ban hành, nhưng rồi lại không thực hiện...

Chính những bất cập của hoạt động GPL hiện nay là một trong những nguyên nhân dẫn đến sự tranh cãi về tính hợp pháp của Nghị quyết số 23 của Hội đồng nhân dân (HĐND) thành phố Đà Nẵng<sup>2</sup>. Để xem xét tính hợp pháp hay không hợp pháp của Nghị quyết số 23 phải căn cứ Hiến pháp, Luật Cư trú, Luật Tổ chức HĐND và Ủy ban nhân dân (UBND) để giải thích và áp dụng vào trường hợp này để giải quyết. Chắc chắn chính quyền Đà Nẵng, Bộ Tư pháp, UBTVQH và nhiều tổ chức cá nhân khác đều đã đọc các văn bản trên, nhưng giải thích thì hiện mỗi nơi đang một kiểu. Thảm quyền giải thích các văn bản trên (giải thích chính thức, có giá trị pháp lý) thuộc UBTVQH. Song UBTVQH chỉ giải thích khi có đề nghị, còn những người dân quan tâm đến

\* Trường Đại học Tổng hợp Singapore.

1 Mác- Ăngghen, toàn tập, tập I, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội 1995, tr. 101.

2 Nghị quyết 23 của HĐND TP Đà Nẵng được thông qua cuối tháng 12/2011, có hiệu lực trong năm 2012. Trong đó có nội dung "Tạm dừng giải quyết đăng ký thường trú mới vào khu vực nội thành đối với các trường hợp chỗ ở là nhà thuê, mượn, ở nhờ mà không có nghề nghiệp hoặc có nhiều tiền án, tiền sự".

vấn đề này lại không có thẩm quyền đề nghị UBTVQH giải thích. Vì thế, vụ việc trên đang có vướng mắc cả về thẩm quyền, động cơ, căn cứ, thủ tục để giải quyết.

Từ thực tiễn này, chúng tôi xin bàn thêm về hoạt động GTPL, nhằm góp phần làm cho pháp luật Việt Nam được nhận thức và thực hiện đúng, chính xác, đạt hiệu quả cao hơn.

Trước tiên, cần phải hiểu GTPL là gì, nó được tổ chức cá nhân nào tiến hành và khi nào thì phải GTPL? Có khá nhiều quan điểm khác nhau về việc GTPL. Quan điểm thứ nhất theo hướng từ trên xuống, tức là, khi pháp luật có chỗ viết chưa rõ ràng, khó hiểu, thì cần được giải thích cho dễ hiểu. Điều này giống như việc các nhà nghiên cứu viết sách, bình luận để giải thích luật. Ví dụ, có tác giả đã viết cuốn Bình luận khoa học Bộ luật Hình sự, trong đó giải thích những từ ngữ khó hiểu hoặc hiểu không thống nhất, như quy định "phạm tội có tính chất côn đồ", như thế nào là tính chất côn đồ. Tương tự như vậy, việc giáo viên các cơ sở đào tạo luật giải thích cho sinh viên hiểu một số điều luật trong các văn bản QPPL khác nhau cũng là một cách GTPL. Còn đối với những người làm công tác phổ biến, giáo dục pháp luật nhiều khi phải diễn đạt lại một số câu, chữ trong văn bản QPPL bằng ngôn từ thông dụng hơn, dễ hiểu hơn, thậm chí bằng những ví dụ thực tế sinh động cho phù hợp với những người có trình độ hiểu biết pháp luật thấp, đó cũng là GTPL.

Quan điểm thứ hai, ngược lại, theo hướng từ dưới lên, nghĩa là khi cần áp dụng các quy định pháp luật để giải quyết vụ việc cụ thể, họ buộc phải nhận thức, luận giải quy định pháp luật đó đối với trường hợp cụ thể này và đây cũng là GTPL. Nói cách khác, đó là việc tạo một sợi dây nối giữa nội dung của quy định pháp luật với vụ việc thực tế. Như vậy, không tồn tại việc GTPL chung chung rồi để đấy, mà việc GTPL phải gắn với vụ việc cụ thể thực tế (không phải vụ việc tương

tượng). Đến đây, các quan điểm lại chia hai hướng: thứ nhất, việc GTPL đối với từng vụ việc cụ thể chỉ có giá trị áp dụng đối với vụ việc đó, còn các vụ việc tiếp theo khác không được áp dụng các giải thích trước đó mà phải giải thích lại từ đầu; thứ hai, đã giải thích cho vụ việc này rồi có thể áp dụng luôn cho các vụ việc tương tự sau này mà không cần phải giải thích lại. Đây cũng chính là việc chấp nhận hay không chấp nhận án lệ.

Chúng tôi ủng hộ quan điểm thứ hai. Vì rõ ràng, nếu GTPL chung chung rồi để đấy thì chẳng giải quyết được vấn đề, GTPL phải gắn với vụ việc cụ thể thực tế thì mới có giá trị.

Ở Việt Nam, cơ quan ban hành pháp luật thường tách biệt với cơ quan áp dụng pháp luật. Trong khi đó, người áp dụng pháp luật mới là người cần phải đọc luật, hiểu luật hơn để giải quyết các vụ việc cụ thể. Song pháp luật hiện hành quy định chỉ có Chủ tịch nước, UBTVQH, Hội đồng dân tộc và các Ủy ban của Quốc hội, Chính phủ, Tòa án nhân dân tối cao, Viện kiểm sát nhân dân tối cao, Mặt trận Tổ quốc Việt Nam, các tổ chức thành viên của Mặt trận và đại biểu Quốc hội mới có quyền đề nghị UBTVQH giải thích luật, pháp lệnh. Trong vấn đề xem xét Nghị quyết số 23 của HĐND Đà Nẵng có trái luật không, có thể nói, các tổ chức và cơ quan có thẩm quyền yêu cầu giải thích luật nói trên không có động lực, hay sức ép để yêu cầu giải thích. Người dân Đà Nẵng càng không cần, bởi Nghị quyết 23 phù hợp với lợi ích của họ, họ sẽ không phải chia sẻ điều kiện phúc lợi xã hội tốt cho những người sẽ đến nhập cư. Chính quyền Đà Nẵng cũng sẽ được lòng dân hơn. Chỉ những người dân có ý định nhập cư vào Đà Nẵng mà chưa được nhập thì mới chịu thiệt. Họ lại đang cư trú rời rạc ở nhiều địa phương khác nhau, yếu thế. Nhưng họ là những người có nhu cầu giải thích Nghị quyết số 23. Và rất khó để họ yêu cầu các tổ chức và cá nhân có thẩm quyền đề nghị UBTVQH giải thích.

Pháp luật còn quy định một số cơ quan nhà nước có quyền giám sát, kiểm tra và quyền xử lý đối với các văn bản pháp luật có dấu hiệu trái pháp luật, song không quy định cơ quan, cá nhân nào có thẩm quyền tuyên bố (phán quyết) về tính hợp pháp hay không hợp pháp của một văn bản pháp luật. Chẳng hạn, Cục Kiểm tra văn bản QPPL của Bộ Tư pháp cho rằng, Nghị quyết số 23 nói trên là trái pháp luật, nhưng HĐND thành phố Đà Nẵng lại cho là không trái. Vậy trong trường hợp này, cơ quan nào có quyền kết luận là Nghị quyết 23 trái hay không trái pháp luật để các cơ quan có thẩm quyền đình chỉ, hủy bỏ hoặc công nhận nó?

Như vậy, khi áp dụng pháp luật nếu gặp trường hợp luật đã quy định trực tiếp, thì rất thuận lợi cho việc áp dụng, nhưng nếu gặp trường hợp luật không quy định, hoặc ngôn ngữ sử dụng trong văn bản không rõ ràng, thì chủ thể áp dụng pháp luật gặp rất nhiều khó khăn. Nếu tự giải thích theo ý mình thì sợ không đúng với ý của chủ thể đã ban hành văn bản. Nếu không giải thích thì không giải quyết được vụ việc, lại phải gửi công văn đề nghị các chủ thể có thẩm quyền yêu cầu giải thích lên cơ quan có thẩm quyền giải thích văn bản đó hoặc cơ quan ban hành văn bản để nhờ giải thích. Cơ chế GTPL như vậy khiến cho việc áp dụng pháp luật để giải quyết các vụ việc gặp nhiều khó khăn, vừa làm chậm việc giải quyết vụ việc, vừa gây quá tải cho UBND (cơ quan có thẩm quyền giải thích Hiến pháp, luật, pháp lệnh) hoặc cho cơ quan ban hành, vì lúc này, cơ quan ban hành đã chuyển sang làm việc khác, phải lục lại hồ sơ để trả lời yêu cầu của các chủ thể áp dụng pháp luật. Đồng thời, người áp dụng pháp luật trở nên không chủ động, sáng tạo trong áp dụng pháp luật. Đó cũng là những lý do làm cho luật được ban hành khá nhiều, nhưng chậm và ít đi vào cuộc sống. Một hệ lụy đáng sợ nữa là nguyên tắc phân công, phối hợp trong tổ chức và hoạt động của bộ máy nhà nước có nguy cơ bị phá vỡ.

Chưa kể đến việc một số cơ quan ban hành pháp luật hoạt động không thường xuyên, lâm thời, hoặc đã bị giải thể, hợp nhất, sáp nhập vào cơ quan khác. Chẳng hạn, Quốc hội mỗi khóa làm việc 5 năm rồi tự giải thể để thành lập Quốc hội mới, Bộ Thương mại bây giờ không còn tồn tại, UBND tỉnh Hà Tây bây giờ cũng không còn. Vậy các văn bản do các cơ quan này ban hành nếu vẫn còn hiệu lực để áp dụng thì ai sẽ là người giải thích? Lại có trường hợp cơ quan ban hành không trực tiếp soạn thảo văn bản. Ví dụ như ông A là chuyên viên của bộ B được giao nhiệm vụ soạn thảo một nghị định. Đến lúc cần giải thích nghị định đó thì gửi công văn cho Chính phủ, cho bộ B, hay cho ông A? Đúng luật thì sẽ phải hỏi Chính phủ, nhưng chắc chắn là Chính phủ trả lời không chính xác bằng bộ B, bằng ông A.

Theo quy định của pháp luật, tòa án là cơ quan xét xử, cơ quan tiến hành tố tụng, làm nhiệm vụ xác định sự thật của vụ án. Theo chúng tôi, điều này chưa đủ, vì từ lúc xác định được sự thật của vụ án đến lúc ra được bản án không đơn giản. Hội đồng xét xử phải tìm được đúng điều luật, giải thích điều luật đó cho phù hợp với vụ việc trên cơ sở đó ra bản án. Nếu Hội đồng xét xử tìm được nhiều điều luật có nội dung khác nhau cùng nói về vụ việc thì lại phải giải thích điều nào là phù hợp hơn, điều nào không. Nếu Hội đồng xét xử không tìm được điều luật nào nói về vụ việc thì phải áp dụng pháp luật tương tự. Tại sao lại áp dụng pháp luật tương tự đối với trường hợp đó, tương tự theo QPPL hay tương tự theo pháp luật cũng cần phải giải thích. Nói chung, hoạt động GTPL tại tòa án là rất quan trọng nhưng pháp luật Việt Nam lại hầu như chưa nhắc đến. Từ những phân tích trên, có thể thấy nhu cầu bức thiết về việc chuyển chức năng GTPL từ cơ quan ban hành pháp luật sang cho tòa án. Để cho tòa án thực sự chính danh khi GTPL, không rơi vào tình trạng phải làm mà không được công nhận là đã làm.

**2. Khi cần giải thích pháp luật, người ta dựa vào đâu để giải thích?**

Hiện nay đang tồn tại ba quan điểm cơ bản về vấn đề dựa vào đâu để GTPL: (i) dựa vào ngôn ngữ trong văn bản pháp luật; (ii) dựa vào mục đích của việc ban hành văn bản pháp luật đó; (iii) dựa vào quá trình ban hành văn bản (lịch sử lập pháp).

Quan điểm dựa vào ngôn ngữ thể hiện trong văn bản: Cách này khá đơn giản vì luật nói gì thì cứ giải thích đúng và làm đúng như vậy (giải thích nguyên văn). Việt Nam áp dụng khá triệt để quan điểm này vì nó đơn giản và cũng không cần phải phân tích nhiều. Nhưng cái khó của việc giải thích dựa vào ngôn ngữ lại chính là ngôn ngữ. Luật được biểu đạt dưới dạng ngôn ngữ thành văn, mà ngôn ngữ lại do con người tạo ra, không cố định, nó là một dạng thức “sống” trong xã hội. Nói cách khác, nó thay đổi cùng với sự thay đổi của xã hội. Đối với từng người, từng vùng miền, ngôn ngữ cũng có sự khác biệt, đặc biệt là về từ ngữ. Đương nhiên, ngôn ngữ viết được sử dụng trong văn bản pháp luật là ngôn ngữ khá chuẩn. Nhưng, tiêu chuẩn tiếng Việt lại đang là vấn đề phải bàn. Và, người viết luật cũng có thể sử dụng ngôn ngữ không đúng “chuẩn”; bên cạnh đó, ngôn ngữ có thể thay đổi theo thời gian. Đồng thời, ngày càng có nhiều từ nước ngoài, nhiều thuật ngữ từ tiếng nước ngoài thâm nhập vào ngôn ngữ luật. Do vậy, sẽ xảy ra hiện tượng là, có những quy định (từ ngữ) trong luật, chưa bao giờ xuất hiện tại Việt Nam, thậm chí người dịch cũng không hiểu tường tận về nó, nhưng vẫn đưa vào. Chưa kể là đã dịch thuật thì không bao giờ chính xác được 100%.

Quan điểm thứ hai cho rằng, khi GTPL không nên quá phụ thuộc vào ngôn từ, mà nên chú ý đến ý định (ý chí) của người làm luật. Bởi ngôn ngữ không phải lúc nào cũng biểu đạt được đầy đủ ý chí của nhà làm luật, nên cần phải xem nhà làm luật nghĩ gì và ý

định của họ trong trường hợp này là gì. Có thể xảy ra trường hợp là khi nhà làm luật soạn thảo điều luật, họ không thể diễn đạt chính xác 100% cái mà họ muốn nói, nhưng luật vẫn được ban hành mà không hoàn toàn đúng ý người soạn thảo. Vì vậy, lúc cần giải thích điều luật để áp dụng vào vụ việc thực tế đòi hỏi phải chú ý không chỉ ngôn từ được thể hiện mà cả ý định của nhà làm luật nữa. Chẳng hạn, trong Luật Hôn nhân và Gia đình có quy định sau: “Những người sau đây có quyền nhận con nuôi: (1) Một người lớn độc thân; (2) Một cặp vợ chồng cùng nhau nhận con nuôi”. Vậy, nếu một cặp nam nữ (người lớn và đều độc thân) chung sống gắn bó lâu dài nhưng không kết hôn thì có được cùng nhau nhận một đứa trẻ làm con nuôi không? Nếu căn cứ theo đúng từ ngữ trong Luật Hôn nhân và Gia đình nêu trên, thì nhiều người sẽ giải thích là không được. Song Tòa án tại Mỹ lại trả lời là được, bởi họ đã giải thích quy định trên như sau: một là, điều luật trên được ban hành từ thế kỷ XIX, khi đó tại Mỹ việc nam nữ chung sống gắn bó lâu dài nhưng không kết hôn chưa phổ biến (thậm chí chưa có), vì vậy mà nhà làm luật đã không tính đến trường hợp này; hai là, Tòa án cho rằng, người viết điều luật trên chỉ muốn loại trừ trường hợp một người đã kết hôn nhận con nuôi mà không có sự đồng ý của người kia.

Với cách giải thích như vậy, vụ việc có thể được viết lại như sau: vào thế kỷ XIX, khi soạn Luật Hôn nhân và Gia đình, nhà làm luật muốn hạn chế trường hợp một người đã có vợ hoặc chồng nhận con nuôi mà không có sự đồng ý của người kia. Nhà làm luật nghĩ rằng, chỉ xảy ra ba trường hợp nhận con nuôi là: 1) Một người lớn độc thân nhận con nuôi; 2) Một người đã có vợ hoặc chồng nhận con nuôi (mà người chồng hoặc vợ kia không nhận); 3) Cả hai vợ chồng cùng nhau nhận con nuôi.

Để ngăn trường hợp thứ 2, nhà làm luật viết điều luật chỉ cho phép trường hợp 1 và



3, nhưng sau hơn 100 năm phát triển, xã hội đã thay đổi, nảy ra trường hợp thứ 4 là 1 cặp chung sống gắn bó lâu dài nhưng không kết hôn lại muốn nhận con nuôi chung. Trường hợp thứ 4 này không rơi vào 1 và 3, vì vậy mà đúng theo ngôn ngữ của luật thì không được nhận. Nhưng theo “ngụ ý” của người viết luật, được Tòa án giải thích (chỉ muốn cấm trường hợp 2) thì lại là phù hợp. Để củng cố lời giải thích của mình, Tòa tiếp tục lập luận như sau: Mục đích quan trọng nhất của luật này là vì lợi ích của những đứa trẻ được nhận làm con nuôi và để có những gia đình hạnh phúc. Mà trường hợp 4 kia không trực tiếp ảnh hưởng đến lợi ích của đứa trẻ được nhận nuôi. Khi xét những yếu tố khác: hai người chung sống gắn bó, lâu dài (hơn 10 năm), có thu nhập cao và ổn định, Tòa cho rằng, nếu đứa trẻ được nhận làm con nuôi thì sẽ có lợi cho nó hơn là không được nhận. Như vậy, với cách giải thích này, Tòa đã bỏ qua sự cứng nhắc của ngôn ngữ mà chỉ chú ý vào mục đích của luật. Trong pháp luật Việt Nam, mục đích của luật thường được nêu trong những điều đầu tiên của văn bản, nhưng một số trường hợp thì không được nêu, do vậy, có thể tìm hiểu nó thông qua lý do ban hành văn bản hay quy định pháp luật đó.

Từ sự tổng hợp hai quan niệm trên, chúng ta thấy vẫn thiếu, vẫn chưa nhận thức được đúng nội dung thực sự của pháp luật. Làm thế nào để hiểu được chính xác ngôn từ mà nhà làm luật sử dụng? Làm thế nào để hiểu được mục đích của luật? Do vậy, có một căn cứ nữa, và cũng là quan điểm thứ ba, chính là lịch sử lập pháp. Thông thường, quá trình ban hành một văn bản QPPL người ta phải tiến hành rất nhiều khâu với nhiều quy trình khác nhau, thậm chí phải soạn thảo rất nhiều lần mới có được bản dự thảo văn bản cuối cùng được thông qua, như: đưa ra sang kiến về việc cần thiết ban hành văn bản, lập chương trình, lập đề cương chi tiết, thành lập ban soạn thảo, soạn thảo lần 1, lần 2, lần 3, rồi lấy ý kiến đóng góp của các cá nhân, cơ

quan, tổ chức, rồi hoạt động thẩm định, thẩm tra, đánh giá, tờ trình của cơ quan soạn thảo, ý kiến tranh luận tại Quốc hội. Nói chung để có một văn bản QPPL, nhất là các văn bản luật phải tiến hành một quy trình hết sức phức tạp. Do vậy, có thể dựa vào những tư tưởng chỉ đạo, những ý kiến đóng góp, tranh luận, những đánh giá từ hoạt động thẩm định, thẩm tra, tờ trình... về văn bản QPPL đó để nhận thức nội dung, tinh thần của các quy định trong văn bản một cách chính xác, đầy đủ hơn.

Như vậy, có thể căn cứ vào lịch sử lập pháp (quá trình ban hành văn bản pháp luật) để hiểu hơn về nội dung, tinh thần của văn bản pháp luật. Vì vậy, tại một số nước, khi ban hành các văn bản luật, người ta yêu cầu phải biên tập và công bố kèm theo các văn bản đó và Tòa án hoặc chủ thể có thẩm quyền giải thích văn bản đó có thể căn cứ vào đó để giải thích. Tại Việt Nam, điều này không được thừa nhận. Tuy vậy, cũng có ý kiến phản đối việc dựa vào lịch sử lập pháp để GTPL. Họ lập luận rằng, các ý kiến được đưa ra trong quá trình soạn thảo, thảo luận văn bản pháp luật cũng thú vị đấy, nhưng nó vô giá trị, vì nếu nó có giá trị thì người ta đã đưa nó vào luật. Trong số các ý kiến đó rất nhiều những ý kiến đã bị bỏ qua. Hơn nữa, nó sẽ gây ra tình trạng “Trong một đám đông, nhìn ra bạn mình”, nghĩa là, trong quá trình chuẩn bị dự thảo văn bản pháp luật có vô số các ý kiến có thể trái chiều nhau, nếu căn cứ vào đó để giải thích luật thì có thể chủ thể giải thích chỉ chọn ra những ý kiến theo hướng họ muốn, điều này khiến cho việc giải thích có thể không khách quan.

Tóm lại, GTPL cần phải được chú trọng hơn ở nước ta, cần phải nghiên cứu để tòa án Việt Nam có thể tham gia GTPL chính thức và muốn giải thích một cách chính xác nội dung, tinh thần các văn bản, các quy định pháp luật cần phải dựa vào nhiều căn cứ khác nhau để giải thích ■

# PHÁP LUẬT ÁP DỤNG CHO QUAN HỆ THỪA KẾ CÓ YẾU TỐ NƯỚC NGOÀI THEO BỘ LUẬT DÂN SỰ 2005

BÀNH QUỐC TUẤN \*

*Trong điều kiện hội nhập quốc tế diễn ra mạnh mẽ, nhiều quan hệ thừa kế vượt ra khỏi phạm vi của quốc gia, đó là những quan hệ thừa kế có yếu tố nước ngoài. Đây là một trong những chế định quan trọng của tư pháp quốc tế và cũng là một quan hệ phức tạp, gắn bó với nhiều hệ thống pháp luật. Chính vì vậy, việc xác định luật áp dụng là một trong những vấn đề quan trọng trong tư pháp quốc tế Việt Nam và các nước. Tại Việt Nam, những quy định về pháp luật áp dụng cho quan hệ thừa kế có yếu tố nước ngoài tập trung tại Bộ luật Dân sự 2005 (BLDS 2005).*

## 1. Quy định của Bộ luật Dân sự 2005 về luật áp dụng cho quan hệ thừa kế có yếu tố nước ngoài

### 1.1. Thừa kế theo luật

Thừa kế theo luật được đặt ra trong trường hợp không có di chúc hoặc di chúc không hợp pháp. Trong thừa kế theo luật, người được hưởng thừa kế (hàng thừa kế), điều kiện, trình tự hưởng thừa kế đều do pháp luật quy định chứ không phải do ý chí của người để lại di sản thừa kế. Nói cách khác, thừa kế theo luật là thừa kế trên cơ sở can thiệp của Nhà nước thông qua pháp luật về thừa kế. Hiện nay, để giải quyết vấn đề chọn luật áp dụng trong quan hệ thừa kế theo luật, tư pháp quốc tế các nước áp dụng 2 nguyên tắc:

- Nguyên tắc phân chia di sản thừa kế: được áp dụng phổ biến tại các nước theo hệ thống luật Anh - Mỹ (Anh, Mỹ, Úc, Aentina, Đan Mạch...) và Pháp. Để giải quyết các vấn đề thừa kế, pháp luật các nước này phân chia di sản thừa kế làm hai loại là bất động sản và động sản. Mỗi loại di sản có nguyên tắc áp dụng pháp luật giải quyết khác nhau: (i) đối với động sản, áp dụng luật nơi người để lại có quốc tịch hoặc có nơi cư trú cuối cùng; (ii) đối với bất động sản, áp dụng luật nơi có tài sản (lex rei sitae) kể cả trong trường hợp thừa kế sẽ được xác định theo luật nơi cư trú cuối cùng của người để lại di sản thừa kế (lex domicile).

- Nguyên tắc thống nhất di sản thừa kế: được áp dụng phổ biến tại một số nước Tây

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

Âu như Đức, Tây Ban Nha, Italia, Bồ Đào Nha... Pháp luật các nước này không phân chia di sản thừa kế thành các loại khác nhau mà thống nhất giải quyết toàn bộ di sản thừa kế theo nguyên tắc luật nhân thân của người để lại di sản thừa kế, cụ thể là Luật Quốc tịch của người để lại di sản thừa kế (*lex patriae*). Cách giải quyết này cũng được áp dụng tại Nhật Bản, Ai Cập...

Về thừa kế theo luật, Việt Nam áp dụng nguyên tắc phân chia di sản thừa kế để giải quyết xung đột pháp luật trong quan hệ thừa kế có yếu tố nước ngoài. Theo Điều 767 BLDS 2005 thì: “1. Thừa kế theo pháp luật phải tuân theo pháp luật của nước mà người để lại di sản thừa kế có quốc tịch trước khi chết; 2. Quyền thừa kế đối với bất động sản phải tuân theo pháp luật của nước nơi có bất động sản đó”. Như vậy, đối với di sản thừa kế là động sản, tư pháp quốc tế Việt Nam áp dụng nguyên tắc Luật quốc tịch. Điều này có nghĩa là luật áp dụng đối với quan hệ thừa kế có yếu tố nước ngoài mà di sản để lại thừa kế là động sản là luật của nước mà người để lại di sản có quốc tịch trước khi chết. Pháp luật Việt Nam sẽ áp dụng đối với các quan hệ thừa kế mà công dân Việt Nam là người để lại di sản thừa kế là động sản bất kể quan hệ này xảy ra ở đâu và di sản đang hiện diện ở nước nào. Tuy nhiên, pháp luật Việt Nam sẽ không được áp dụng khi công dân nước ngoài để lại di sản là động sản hiện diện trên lãnh thổ Việt Nam và quan hệ thừa kế xảy ra tại Việt Nam. Theo quan điểm của một số tác giả, với giải pháp này “sẽ cho phép pháp luật Việt Nam có nhiều cơ hội được áp dụng trong thực tế”<sup>1</sup>.

Riêng đối với thừa kế theo luật mà di sản thừa kế là bất động sản, tư pháp quốc tế Việt Nam áp dụng nguyên tắc Luật nơi có

vật. Điều này có nghĩa là công dân Việt Nam để lại di sản thừa kế là bất động sản thì pháp luật Việt Nam không có cơ hội áp dụng nếu bất động sản không hiện diện ở Việt Nam và ngược lại, pháp luật Việt Nam sẽ được áp dụng khi công dân nước ngoài để lại di sản thừa kế là bất động sản hiện diện trên lãnh thổ Việt Nam. Giải pháp này phù hợp với bản chất của các quan hệ pháp luật có liên quan đến bất động sản và được quy định trong nhiều văn bản pháp luật Việt Nam và được nhiều người đồng tình.

### 1.2. Thừa kế theo di chúc

Di chúc là sự thể hiện ý chí của cá nhân nhằm chuyển tài sản của mình cho người khác sau khi chết. Do đó, khác với thừa kế theo luật, thừa kế theo di chúc chính là sự chuyển dịch tài sản từ người chết sang người sống trên cơ sở ý chí của người chủ sở hữu tài sản để lại thừa kế. Trong pháp luật về thừa kế theo di chúc thì năng lực hành vi lập và hủy bỏ di chúc, hình thức di chúc là những nội dung cơ bản. Để chọn luật áp dụng cho các vấn đề trên, tư pháp quốc tế các nước trên thế giới áp dụng nhiều nguyên tắc khác nhau:

- Theo pháp luật Anh, Mỹ (những nước theo nguyên tắc phân chia di sản thừa kế): năng lực hành vi lập di chúc, hình thức di chúc đối với di sản thừa kế là động sản do luật nơi cư trú cuối cùng của người để lại di sản thừa kế điều chỉnh (*lex domicilli*); đối với di sản thừa kế là bất động sản do luật của nước nơi có tài sản điều chỉnh.

- Ở Đức và một số nước Tây Âu khác (những nước theo nguyên tắc thống nhất di sản thừa kế): (i) năng lực hành vi lập và hủy bỏ di chúc được xác định theo luật nơi cư trú cuối cùng của người lập di chúc hoặc theo

1 Xem TS. Đỗ Văn Đại, TS. Mai Hồng Quý, *Tư pháp quốc tế Việt Nam*, Nxb Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2010, tr. 627.

luật của nước nơi lập di chúc; (ii) hình thức di chúc được coi là hợp pháp nếu nó đáp ứng được yêu cầu của một trong các hệ thống pháp luật sau đây: luật quốc tịch của người lập di chúc, luật nơi cư trú của người lập di chúc; đối với di sản thừa kế là bất động sản có thể áp dụng luật nơi có bất động sản đó. Ngoài ra, tư pháp quốc tế một số nước còn quy định nếu người lập di chúc không tuân thủ quy định về hình thức di chúc của các hệ thống pháp luật trên mà lại thỏa mãn yêu cầu đối với luật nơi lập di chúc thì di chúc đó cũng không bị coi là bất hợp pháp.

- *Tại Việt Nam*, việc chọn luật áp dụng để xác định năng lực hành vi lập, hủy bỏ di chúc và hình thức di chúc được quy định tại Điều 768 BLDS 2005: “1. Năng lực lập di chúc, thay đổi và hủy bỏ di chúc phải tuân theo pháp luật của nước mà người lập di chúc là công dân; 2. Hình thức của di chúc phải tuân theo pháp luật của nước nơi lập di chúc”.

Như vậy, để giải quyết xung đột pháp luật về năng lực lập, thay đổi và hủy bỏ di chúc, Việt Nam áp dụng pháp luật của nước mà người lập di chúc là công dân. Pháp luật Việt Nam sẽ được áp dụng để xác định năng lực chủ thể khi công dân Việt Nam lập, thay đổi, hủy bỏ di chúc, định đoạt di sản thừa kế, bất kể di sản thừa kế là động sản hay bất động sản. Pháp luật Việt Nam sẽ không được áp dụng đối với việc xác định năng lực chủ thể khi công dân nước ngoài lập, thay đổi, hủy bỏ di chúc định đoạt di sản thừa kế, kể cả khi hành vi này được thực hiện tại Việt Nam.

Để giải quyết xung đột pháp luật về hình thức di chúc, Việt Nam áp dụng nguyên tắc Luật của nước nơi lập di chúc. Nếu công dân Việt Nam lập di chúc ở nước ngoài phải tuân theo những quy định của pháp luật nước

ngoài về hình thức di chúc; nếu công dân nước ngoài lập di chúc ở Việt Nam thì bắt buộc phải tuân theo quy định của pháp luật Việt Nam về hình thức di chúc.

Tư pháp quốc tế Việt Nam đã có một số quy phạm xung đột điều chỉnh quan hệ thừa kế có yếu tố nước ngoài. Những quy phạm này đã vận dụng các nguyên tắc chọn luật của tư pháp quốc tế được quy định trong pháp luật của nhiều nước trên thế giới.

## **2. Những vấn đề đặt ra trong thực tiễn và phương hướng hoàn thiện**

### **2.1. Thừa kế theo luật**

Như đã phân tích ở phần trên, đối với quan hệ thừa kế theo luật mà di sản thừa kế là động sản, tư pháp quốc tế Việt Nam áp dụng nguyên tắc Luật quốc tịch. Bên cạnh những ưu điểm của việc áp dụng nguyên tắc Luật quốc tịch trong trường hợp này, theo chúng tôi, có một số vấn đề sẽ phát sinh trong thực tiễn như sau:

- Đây là quy phạm xung đột của tư pháp quốc tế Việt Nam. Pháp luật Việt Nam chỉ có cơ hội áp dụng khi quan hệ thừa kế diễn ra tại Việt Nam hoặc tranh chấp quan hệ thừa kế thuộc thẩm quyền giải quyết của Tòa án Việt Nam. Điều này có nghĩa, khi công dân Việt Nam đang cư trú ở nước ngoài để lại di sản thừa kế là động sản hoặc vụ việc thừa kế thuộc thẩm quyền giải quyết của Tòa án nước ngoài, thì pháp luật Việt Nam sẽ khó có cơ hội áp dụng vì tư pháp quốc tế nhiều nước áp dụng nguyên tắc Luật nơi cư trú để xác định luật áp dụng trong trường hợp này. Ngoại trừ một số nước đã ký kết hiệp định tương trợ tư pháp với Việt Nam thì nguyên tắc Luật quốc tịch sẽ được áp dụng theo nội dung của các hiệp định này<sup>2</sup>, những trường hợp khác sẽ phải áp dụng tư pháp quốc tế của nước mà quan hệ thừa kế diễn ra hoặc

2 Xem Điều 39 Hiệp định Tương trợ tư pháp giữa Việt Nam và Liên bang Nga; Điều 34 Hiệp định Tương trợ tư pháp giữa Việt Nam và Mông Cổ; Điều 36 Hiệp định Tương trợ tư pháp giữa Việt Nam và CHDCND Lào, ...

nước có Tòa án giải quyết vụ việc. Với một số lượng lớn các nước áp dụng nguyên tắc Luật nơi cư trú thì pháp luật Việt Nam sẽ ít có cơ hội áp dụng đối với các quan hệ thừa kế do người Việt Nam cư trú ở nước ngoài tham gia hoặc do Tòa án nước ngoài giải quyết. Như vậy, việc áp dụng nguyên tắc Luật quốc tịch có vẻ như sẽ tạo cơ hội cho pháp luật Việt Nam được áp dụng nhiều, nhưng thực tiễn cho thấy, không phải trong trường hợp nào quy định này cũng đạt được mục đích đề ra.

- Hiện nay, nhiều người Việt Nam cư trú ở nước ngoài, có quốc tịch nước ngoài và không còn quốc tịch Việt Nam, nhưng đã trở về Việt Nam sinh sống, cũng như công dân nước ngoài sang Việt Nam sinh sống và có tài sản tại Việt Nam ngày càng nhiều, thì việc áp dụng nguyên tắc Luật Quốc tịch để xác định luật áp dụng cho quan hệ thừa kế theo luật như quy định của BLDS 2005 sẽ loại bỏ khả năng áp dụng pháp luật Việt Nam trong nhiều trường hợp, kể cả trường hợp vụ việc tranh chấp do Tòa án Việt Nam giải quyết. Rõ ràng, nếu Tòa án Việt Nam giải quyết, áp dụng nguyên tắc của tư pháp quốc tế Việt Nam, sẽ dẫn đến pháp luật áp dụng là pháp luật của nước mà người để lại di sản thừa kế có quốc tịch, kể cả khi di sản thừa kế đó đang hiện diện tại Việt Nam. Như vậy, trong trường hợp này, quy phạm xung đột của Việt Nam đã vô tình loại bỏ cơ hội áp dụng pháp luật Việt Nam.

- Trong trường hợp người để lại thừa kế có nhiều quốc tịch thì áp dụng nguyên tắc Luật Quốc tịch sẽ khó khăn trong việc xác định luật nước nào sẽ được áp dụng. Có quan điểm cho rằng, trong trường hợp này có thể vận dụng nguyên tắc quy định tại khoản 2 Điều 760 BLDS 2005: "Pháp luật áp dụng

đối với người nước ngoài có hai hay nhiều quốc tịch nước ngoài là pháp luật của nước mà người đó có quốc tịch và cư trú vào thời điểm phát sinh quan hệ dân sự; nếu người đó không cư trú tại một trong các nước mà người đó có quốc tịch thì áp dụng pháp luật của nước mà người đó có quốc tịch và có quan hệ gắn bó nhất về quyền và nghĩa vụ công dân"<sup>3</sup>. Tuy nhiên, đây cũng là một quy phạm xung đột của tư pháp quốc tế Việt Nam và cũng chỉ áp dụng được khi trong số các quốc tịch của người để lại di sản thừa kế có một quốc tịch là Việt Nam. Như vậy, trong trường hợp người nước ngoài có nhiều quốc tịch nhưng không có quốc tịch Việt Nam, cư trú và có di sản thừa kế là động sản tại Việt Nam thì pháp luật Việt Nam cũng khó có cơ hội được áp dụng.

Những phân tích trên cho thấy, việc áp dụng nguyên tắc Luật quốc tịch như quy định của BLDS 2005 để xác định luật áp dụng cho quan hệ thừa kế theo luật có di sản thừa kế là động sản sẽ dẫn đến khả năng loại bỏ việc áp dụng pháp luật Việt Nam trong nhiều trường hợp, kể cả khi Tòa án Việt Nam giải quyết vụ việc hoặc di sản đang hiện diện ở Việt Nam. Khoản 1 Điều 767 BLDS 2005 quy định "phải tuân theo pháp luật của nước mà người để lại di sản thừa kế có quốc tịch trước khi chết" nghĩa là không có trường hợp ngoại lệ. Điều này rõ ràng không đảm bảo được mục đích điều chỉnh của quy phạm pháp luật trong nhiều trường hợp. Vì vậy, nên sửa đổi quy định tại khoản 1 Điều 767 BLDS 2005 theo hướng linh hoạt hơn, cho phép áp dụng kết hợp cả nguyên tắc Luật quốc tịch và Luật nơi cư trú để xác định luật áp dụng tùy từng trường hợp cụ thể. Việc áp dụng nguyên tắc nào sẽ do cơ quan có thẩm quyền giải quyết vụ việc quyết định.

3 Xem TS. Đỗ Văn Đại, TS. Mai Hồng Quỳnh, *Sổđ*, tr. 627.

## 2.2. Thừa kế theo di chúc

*- Xác định năng lực lập, thay đổi và hủy bỏ di chúc*

Để xác định năng lực lập, thay đổi và hủy bỏ di chúc, tư pháp quốc tế Việt Nam áp dụng nguyên tắc pháp luật của nước mà người lập di chúc là công dân. Việc quy định như trên sẽ làm phát sinh một số vấn đề trong thực tiễn áp dụng như sau:

(i) Khi công dân nước ngoài lập di chúc tại Việt Nam, năng lực lập, thay đổi và hủy bỏ di chúc của họ sẽ được xác định theo pháp luật mà người đó có quốc tịch. Vậy trong trường hợp người nước ngoài có sự thay đổi quốc tịch thì năng lực chủ thể sẽ được xác định theo luật nước nào? Khoản 1 Điều 768 BLDS 2005 chưa quy định rõ điều này. Theo chúng tôi, trong trường hợp này pháp luật áp dụng là pháp luật của nước mà người nước ngoài có quốc tịch tại thời điểm lập, thay đổi hoặc hủy bỏ di chúc; nếu người nước ngoài có nhiều quốc tịch thì áp dụng nguyên tắc quy định tại khoản 2 Điều 760 BLDS 2005 như đã phân tích ở phần trên.

(ii) Nếu theo pháp luật mà người nước ngoài mang quốc tịch thì họ có năng lực chủ thể lập, thay đổi và hủy bỏ di chúc, nhưng theo pháp luật Việt Nam thì họ chưa có đủ điều kiện về năng lực chủ thể thì giải quyết như thế nào? Chẳng hạn, đối với người từ đủ 15 tuổi đến chưa đủ 18 tuổi theo pháp luật một số nước là đã đủ năng lực chủ thể để lập di chúc, nhưng theo quy định tại khoản 2 Điều 647 BLDS 2005 của Việt Nam thì họ chỉ được lập di chúc nếu được cha, mẹ hoặc người giám hộ đồng ý. Khoản 1 Điều 768 BLDS 2005 quy định: "...phải tuân theo pháp luật của nước mà người lập di chúc là công dân..." nghĩa là không có trường hợp ngoại lệ. Năng lực chủ thể trong quan hệ thừa kế theo di chúc là một phần của năng lực chủ thể trong lĩnh vực dân sự. Như vậy, năng lực của cá nhân lập, thay đổi và hủy bỏ

di chúc cũng chính là năng lực hành vi dân sự. Theo khoản 2 Điều 762 BLDS 2005 thì người nước ngoài khi xác lập, thực hiện các giao dịch dân sự tại Việt Nam thì năng lực hành vi dân sự được xác định theo pháp luật Việt Nam. Vì vậy, chúng ta có thể vận dụng nguyên tắc này để giải quyết vấn đề xác định năng lực chủ thể lập, thay đổi và hủy bỏ di chúc của người nước ngoài tại Việt Nam. Theo đó, khoản 1 Điều 768 BLDS 2005 nên quy định: Khi người nước ngoài thực hiện hành vi lập, thay đổi và hủy bỏ di chúc tại Việt Nam thì năng lực hành vi ngoài việc tuân theo pháp luật của nước mà người đó là công dân còn phải tuân theo pháp luật Việt Nam. Như vậy, nếu theo quy định của pháp luật Việt Nam, người nước ngoài chưa có năng lực hành vi lập, thay đổi và hủy bỏ di chúc thì di chúc do người đó lập tại Việt Nam sẽ không có giá trị pháp lý.

*- Xác định tính hợp pháp của hình thức di chúc*

Theo quy định tại khoản 2 Điều 768 BLDS 2005, luật áp dụng để xác định tính hợp pháp của hình thức di chúc là luật nơi lập di chúc. Như vậy, nếu công dân Việt Nam lập di chúc ở nước ngoài thì phải tuân theo pháp luật nước ngoài về hình thức di chúc và nếu công dân nước ngoài lập di chúc ở Việt Nam thì phải tuân theo pháp luật Việt Nam về hình thức di chúc và dĩ nhiên, không có trường hợp ngoại lệ. Việc quy định một cách cứng nhắc như trên chưa phải là giải pháp tối ưu. Bởi lẽ, trên thực tế sẽ phát sinh ra một số vấn đề sau đây:

(i) Khi lập di chúc, người để lại di sản thừa kế ngoài việc bị tác động bởi pháp luật của nước nơi lập di chúc, còn chịu sự tác động rất lớn của pháp luật nơi người đó đang cư trú và pháp luật của nước nơi có di sản. Chính vì vậy, sẽ có trường hợp trên thực tế di chúc do người nước ngoài lập tại Việt Nam phù hợp với quy định của pháp luật

Việt Nam về hình thức nhưng không phù hợp với pháp luật của nước nơi người đó cư trú hoặc có di sản. Vì vậy, sẽ hợp lý hơn nếu quy định hình thức của di chúc là hợp pháp nếu phù hợp với pháp luật của nước nơi lập di chúc hoặc phù hợp với pháp luật của nước mà người để lại di sản có nơi cư trú hoặc phù hợp với pháp luật của nước có di sản thừa kế. Giải pháp này được quy định trong Công ước La Hay 1961 về giải quyết xung đột pháp luật trong lĩnh vực hình thức di chúc, Luật về Tư pháp quốc tế của Ý năm 1995.

(ii) Có rất nhiều trường hợp, di chúc do người nước ngoài lập ở nước ngoài không phù hợp với pháp luật của nước nơi lập di chúc về hình thức, nhưng lại phù hợp với pháp luật Việt Nam về hình thức, cũng như những di chúc do người Việt Nam lập ở nước ngoài phù hợp với quy định của pháp luật nước đó về hình thức nhưng không phù hợp với quy định của pháp luật Việt Nam. Vậy cách thức giải quyết sẽ như thế nào nếu trong cả hai trường hợp, di sản nằm tại Việt Nam? Chúng ta có thừa nhận hiệu lực pháp lý của di chúc không? Nếu không thừa nhận thì giải quyết theo quy định nào của pháp luật?

Theo quy định tại Điều 770 BLDS 2005 thì: “Trong trường hợp hợp đồng dân sự được giao kết ở nước ngoài mà vi phạm quy định về hình thức hợp đồng theo pháp luật nước đó, nhưng không trái với quy định về hình thức hợp đồng theo pháp luật Cộng hòa Xã hội chủ nghĩa Việt Nam thì hình thức hợp đồng giao kết ở nước ngoài đó vẫn được công nhận tại Việt Nam”. Vì vậy, có thể vận dụng cách điều chỉnh này đối với hình thức di chúc. Theo đó, khoản 2 Điều 768 cần bổ sung thêm quy định: Trong trường hợp di chúc lập ở nước ngoài không phù hợp với quy định của pháp luật nước đó về hình thức



nhưng phù hợp với quy định của pháp luật Việt Nam về hình thức, thì hình thức di chúc này sẽ được công nhận tại Việt Nam. Giải pháp này được thừa nhận trong tư pháp quốc tế nhiều nước và cũng được nhiều người Việt Nam ủng hộ<sup>4</sup>.

Như vậy, từ các phân tích ở trên, khoản 2 Điều 768 BLDS 2005 cần điều chỉnh theo hướng: Hình thức di chúc được xem là hợp pháp nếu phù hợp với pháp luật của nước nơi lập di chúc hoặc phù hợp với pháp luật của nước mà người để lại di sản có nơi cư trú hoặc phù hợp với pháp luật của nước có di sản thừa kế. Khoản 2 Điều 768 BLDS 2005 cũng nên bổ sung thêm quy định: Trong trường hợp di chúc lập ở nước ngoài không phù hợp với quy định của pháp luật nước đó về hình thức nhưng phù hợp với quy định của pháp luật Việt Nam về hình thức, thì hình thức di chúc này sẽ được công nhận tại Việt Nam. Quy định như vậy sẽ góp phần giải quyết hiệu quả các quan hệ thừa kế theo di chúc có yếu tố nước ngoài diễn ra tại Việt Nam hoặc những tranh chấp quan hệ thừa kế do Tòa án Việt Nam giải quyết ■

4 Xem TS. Đỗ Văn Đại, TS. Mai Hồng Quỳnh, *Sổd*, tr. 623.

# HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT VỀ QUẢN LÝ NHÀ NƯỚC ĐỐI VỚI VĂN PHÒNG CÔNG CHỨNG

PHAN HẢI HỒ\*

**K**ể từ khi có Luật Công chứng 2006 (Luật CC), trên cả nước đã có nhiều Văn phòng công chứng (VPCC) được thành lập và hoạt động. Các tổ chức hành nghề công chứng này ra đời đã tạo ra sự cạnh tranh lành mạnh, bình đẳng giữa các tổ chức hành nghề công chứng và minh chứng rằng, xu hướng xã hội hóa công chứng là đúng đắn, góp phần nâng cao chất lượng cung ứng dịch vụ và hiệu quả quản lý nhà nước (QLNN). Tuy nhiên, thực tiễn công tác QLNN đối với VPCC đã phát sinh một số hạn chế, bắt cập cần được nghiên cứu để hoàn thiện trong thời gian tới.

## 1. Một số bất cập trong công tác quản lý nhà nước đối với Văn phòng công chứng

Một là, một số quy định về tên gọi của VPCC chưa rõ ràng, cụ thể.

Khoản 3 Điều 26 Luật CC quy định: “Tên gọi của VPCC sẽ do công chứng viên (CCV) lựa chọn, tên gọi của VPCC không được trùng hoặc gây nhầm lẫn với tên tổ chức hành nghề công chứng khác, không được sử dụng từ ngữ, ký hiệu vi phạm truyền thống lịch sử, văn hóa, đạo đức và thuần phong mỹ tục của dân tộc”. Quy định này đơn thuần chỉ lặp lại quy định tại Luật Doanh nghiệp 2005 (Luật DN), và chưa có sự liên thông với khoản 1 Điều 14 Nghị định 43/2010/NĐ-CP (ngày 15/4/2010 về đăng ký doanh nghiệp) để đảm bảo tính chặt chẽ trong QLNN đối với VPCC về tên gọi của

doanh nghiệp: “Không được đặt tên trùng hoặc tên gây nhầm lẫn với tên của doanh nghiệp khác đã đăng ký trong phạm vi toàn quốc, trừ những doanh nghiệp đã bị thu hồi Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp, các doanh nghiệp đã giải thể”. Như vậy, pháp luật về công chứng không quy định tên gọi của VPCC không được trùng trong phạm vi cả nước hay trong một địa phương là cấp tỉnh. Để chống trùng tên cho VPCC, Sở Tư pháp phải có văn bản gửi Bộ Tư pháp để xin ý kiến vì chưa có thông tin nối mạng để kiểm tra. Vấn đề này làm mất thời gian và tốn kém cho ngân sách nhà nước. Thêm nữa, khoản 3 Điều 14 Nghị định 43/2010/NĐ-CP quy định: “Không được sử dụng từ ngữ, ký hiệu vi phạm truyền thống lịch sử, văn hóa, đạo đức và thuần phong mỹ tục của dân tộc, tên danh nhân để đặt tên riêng cho doanh

\* ThS. Sở Tư pháp thành phố Hồ Chí Minh.



nghiệp”. Tuy nhiên, pháp luật lại chưa có quy định cụ thể, rõ ràng về chuẩn mực để đánh giá tên gọi, từ ngữ, ký hiệu như thế nào là vi phạm truyền thống lịch sử, văn hóa, đạo đức và thuần phong mỹ tục của dân tộc. Những quy định này đã dẫn đến việc áp dụng pháp luật tùy tiện, theo cảm tính, nặng tính chủ quan cục bộ, không thống nhất giữa các địa phương, chưa có cơ sở khoa học và pháp lý về việc cho phép đặt tên VPCC.

Hai là, việc chuyển đổi loại hình doanh nghiệp của VPCC theo quy định tại Thông tư số 11/2011/TT-BTP ngày 27/6/2011 hướng dẫn thực hiện một số nội dung về CCV, tổ chức và hoạt động công chứng, QLNN về công chứng là chưa rõ ràng (không quy định trình tự, thủ tục, cách thức chuyển đổi) và chưa phù hợp với pháp luật về doanh nghiệp.

Thực tiễn cho thấy, loại hình VPCC do một CCV thành lập đã bộc lộ nhiều bất cập như: trường hợp CCV chết, ốm đau dài ngày thì VPCC phải ngừng hoạt động; những hợp đồng, giao dịch đã được VPCC do một CCV thành lập chứng nhận trong trường hợp CCV chết sẽ kéo theo một số hậu quả là hồ sơ, tài liệu đã công chứng phải chuyển cho tổ chức hành nghề công chứng khác. Thực tế đã có 02 VPCC (01 ở Hà Nội, 01 ở Hà Giang) phải chấm dứt hoạt động do CCV chết. Đối với loại hình VPCC hoạt động theo mô hình công ty hợp danh, đã có nhiều trường hợp do mâu thuẫn giữa các CCV thành lập hay vì lý do nào khác nên họ không còn ý định là thành viên hợp danh nữa và muốn chuyển đổi qua mô hình doanh nghiệp tư nhân (DNTN) do một CCV thành lập; hoặc ngược lại, một số VPCC do một CCV thành lập theo mô hình DNTN nhưng nay do nhu cầu

mở rộng, tăng vốn, tăng đầu tư nên muốn kết nạp thêm một số CCV với tư cách là thành viên hợp danh nên muốn chuyển đổi qua loại hình công ty hợp danh<sup>1</sup>.

Theo yêu cầu QLNN và thực tiễn hoạt động của các VPCC, nhu cầu chuyển đổi loại hình VPCC từ một CCV thành lập sang hai CCV thành lập trở lên được xem là tất yếu khách quan. Điều 7 Thông tư số 11/2011/TT-BTP quy định: “Không khuyến khích loại hình VPCC do một CCV thành lập. Ủy ban nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương xem xét, có chính sách khuyến khích phát triển loại hình VPCC do hai CCV trở lên thành lập và chuyển đổi loại hình VPCC do một CCV thành lập sang loại hình VPCC do hai CCV trở lên thành lập”. Quy định này chỉ mang tính chất chung nên các Sở Tư pháp có cách nhìn nhận vấn đề khác nhau và thực hiện việc cho phép chuyển đổi loại hình VPCC cũng khác nhau. Theo quy định của pháp luật về công chứng, VPCC được thành lập theo hai loại hình của Luật DN là DNTN do một CCV thành lập và công ty hợp danh (do hai CCV trở lên thành lập). Tuy nhiên, thực tiễn vẫn vướng mắc: việc chuyển đổi VPCC phải bằng cách hình thức, thủ tục nào, có tuân thủ quy định pháp luật về doanh nghiệp không? Do là một loại hình doanh nghiệp đặc biệt nên khi được Ủy ban nhân dân cấp tỉnh cho phép thành lập, VPCC phải đồng thời tuân thủ pháp luật về công chứng và pháp luật về doanh nghiệp<sup>2</sup>. Theo đó, việc đăng ký hoạt động được thực hiện tại Sở Tư pháp cấp tỉnh nhưng về tổ chức và hoạt động phải tuân thủ quy định của pháp luật doanh nghiệp về chuyển đổi, giải thể, phá sản... Hiện nay, Điều 154, 155 Luật DN chỉ quy định việc chuyển đổi loại hình công ty trách nhiệm

1 Hà Nội có 03, thành phố Hồ Chí Minh có 01 VPCC muốn chuyển đổi loại hình từ công ty hợp danh sang DNTN - nguồn Bộ Tư pháp.

2 Xem thêm Điều 27 Luật CC, Điều 154 Luật DN.

hữu hạn (TNHH) thành công ty cổ phần hoặc ngược lại; chuyển đổi loại hình công ty TNHH một thành viên thành hai thành viên và ngược lại; chuyển đổi công ty TNHH một thành viên của một cá nhân thành của một tổ chức và ngược lại mà không có quy định việc chuyển đổi mô hình DNTN thành các loại hình doanh nghiệp khác. Như vậy, theo quy định của Luật DN, Nghị định 139/2007/NĐ-CP ngày 05/9/2007 của Chính phủ hướng dẫn một số điều của Luật DN thì không có quy định nào cho phép việc chuyển đổi mô hình từ DNTN sang công ty hợp danh và ngược lại<sup>3</sup>. Do vậy, nhìn từ khía cạnh pháp lý, rõ ràng Điều 7 Thông tư số 11/2011/TT-BTP mâu thuẫn với quy định pháp luật về doanh nghiệp.

Thực tiễn hiện nay, muốn chuyển đổi mô hình từ DNTN sang công ty hợp danh và ngược lại là không thể thực hiện đơn thuần theo Thông tư số 11/2011/TT-BTP mà phải tuân thủ các thể chế QLNN đối với doanh nghiệp<sup>4</sup>. Muốn thay đổi loại hình doanh nghiệp của các VPCC thì phải thực hiện thủ tục giải thể theo quy định của pháp luật về doanh nghiệp<sup>5</sup>, sau đó tiến hành thủ tục thành lập lại từ ban đầu. Đây là thủ tục gây khó khăn, phiền hà, tốn kém, phát sinh thêm các thủ tục hành chính, lãng phí thời gian, công sức của các VPCC và cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Vì vậy, cần có những sửa đổi, bổ sung các quy định về việc chuyển đổi loại hình doanh nghiệp của VPCC cho phù hợp với thực tiễn hiện nay.

*Ba là*, việc chấm dứt hoạt động của VPCC chưa được quy định một cách cụ thể

để giải quyết các vấn đề phát sinh trên thực tiễn.

Luật CC quy định VPCC chấm dứt hoạt động trong hai trường hợp sau: (i) Tự chấm dứt hoạt động; (ii) Bị thu hồi giấy đăng ký hoạt động do vi phạm pháp luật hoặc không còn CCV do bị miễn nhiệm<sup>6</sup>. Quy định trên chưa dự liệu được các trường hợp sau:

- VPCC nếu thua lỗ có được thực hiện việc giải thể và phá sản theo quy định của Luật DN và Luật Phá sản không? Trên thực tế nếu xảy ra thì giải quyết như thế nào? Tại sao VPCC là hai trong bốn loại hình doanh nghiệp nhưng lại không có quy định là có được giải thể hoặc phá sản theo quy định của pháp luật về doanh nghiệp?

- VPCC là loại hình doanh nghiệp nhưng chưa có quy định việc chấm dứt (giải thể) trong trường hợp 06 tháng không đủ số lượng thành viên theo quy định. Như vậy, có thể xảy ra hai trường hợp: (i) VPCC chỉ có một CCV duy nhất và CCV này chết (như trường hợp Trường VPCC Việt Tín, Hà Nội) thì có được chấm dứt hoạt động hay không; (ii) VPCC có hai thành viên nhưng một thành viên chết nhưng quá 06 tháng không bổ sung được thành viên khác thì giải quyết như thế nào? Luật CC và các văn bản hướng dẫn thi hành đều chưa có quy định, gây khó khăn cho công tác QLNN đối với VPCC.

*Bốn là*, việc góp vốn trong loại hình công ty hợp danh.

Theo quy định tại Điều 130 Luật DN thì công ty hợp danh có hai loại thành viên: thành viên góp vốn và thành viên hợp danh<sup>7</sup>.

3 Xem thêm Điều 19, 20, 21, 24 Nghị định 139/2007/NĐ-CP ngày 05/9/2007 của Chính phủ: chỉ cho phép chuyển đổi công ty TNHH một thành viên thành công ty TNHH hai thành viên trở lên; chuyển đổi công ty cổ phần hoặc công ty TNHH hai thành viên trở lên thành công ty TNHH một thành viên; chuyển đổi công ty TNHH thành công ty cổ phần; chuyển đổi DNTN thành công ty TNHH.

4 Xem thêm Luật DN và Nghị định 139/2007/NĐ-CP ngày 05/9/2007 của Chính phủ.

5 Xem thêm các Điều 157, 158, 159 Luật DN.

6 Khoản 1 Điều 34 Luật CC.

7 Điều 130, 131 Luật DN.

Hai loại thành viên này có tư cách chủ thể và trách nhiệm pháp lý khác nhau. Tuy nhiên, Luật CC và Nghị định số 02/2008/NĐ-CP ngày 4/1/2008 quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật CC không quy định loại hình VPCC thành lập theo loại hình công ty hợp danh có thành viên góp vốn hay không, trách nhiệm cụ thể của từng loại thành viên này như thế nào nên thực tế đã xảy ra tình trạng tranh chấp tại VPCC Đông Đa (ở Hà Nội) giữa thành viên góp vốn với Trưởng VPCC. Vấn đề này đã gây lúng túng trong việc xử lý của các cơ quan có thẩm quyền, đặc biệt cơ quan QLNN trực tiếp là Sở Tư pháp Hà Nội vì Luật CC không quy định nhưng Luật DN thì cho phép có thành viên góp vốn trong loại hình công ty hợp danh, trong đó thành viên hợp danh chịu trách nhiệm vô hạn, thành viên góp vốn chịu trách nhiệm hữu hạn. Mặt khác, cơ chế giải quyết tranh chấp về quyền lợi và nghĩa vụ của hai loại thành viên này cũng chưa được quy định một cách cụ thể mà tùy thuộc vào việc các thành viên tự quy định với nhau trong quy chế công ty hoặc trong hợp đồng góp vốn.

*Năm là, công chứng ngoài trụ sở.*

Theo quy định của Luật CC thì việc công chứng có thể được thực hiện ngoài trụ sở của tổ chức hành nghề công chứng khi có “lý do chính đáng”<sup>8</sup>. Đây là quy định mang tính chất chung chung, gây nên sự tranh cãi pháp lý và khó khăn cho công tác QLNN. Trong các cuộc họp giao ban ở Thành phố Hồ Chí Minh và Hà Nội thì các Phòng Công chứng đều cho rằng, đã có sự cạnh tranh không lành mạnh trong việc công chứng ngoài trụ sở. Hiện nay, các VPCC thực hiện công chứng ngoài trụ sở “mọi lúc, mọi nơi” và luôn cho rằng đương sự có lý do chính đáng, ví dụ bận việc, đau ốm, nhà xa văn

phòng nên khó đi lại... Hệ quả là số lượng việc thực hiện công chứng ngoài trụ sở của các VPCC khá cao vì quy định nêu trên chưa rõ ràng, cụ thể. Đây là một chiêu thức cạnh tranh giữa các tổ chức hành nghề công chứng với nhau mà cụ thể là Phòng Công chứng với VPCC. Đối với các việc công chứng ngoài trụ sở, Phòng Công chứng phải yêu cầu đương sự xuất trình các giấy tờ cần thiết để thực hiện, trong khi đó tại VPCC việc này thực hiện dễ dàng vì “lý do chính đáng” được hiểu rất rộng, có thể do người yêu cầu công chứng bận việc, hay vì lý do nào khác muốn công chứng tại nhà... Tình trạng trên dẫn đến hình ảnh CCV cũng như VPCC bị “hạ thấp” vì người yêu cầu công chứng đã trả một khoản thù lao công chứng để thực hiện công chứng ngoài trụ sở.

*Sáu là, chi “hoa hồng” khi cung ứng dịch vụ công chứng với các tổ chức, cá nhân và công tác QLNN đối với vấn đề này.*

Hiện nay, các hợp đồng công chứng nhiều nhất và có thị phần nhiều nhất là các hợp đồng công chứng thế chấp nhà đất. Các hợp đồng này chủ yếu do ngân hàng chỉ định nên họ có quyền yêu cầu các tổ chức công chứng chi lại phần trăm “hoa hồng”. Điều này lại phát sinh thêm vấn đề mà các Phòng Công chứng cho rằng có sự cạnh tranh không lành mạnh của VPCC vì VPCC có điều kiện để chấp nhận hoa hồng một cách dễ dàng, còn các Phòng Công chứng phải tuân thủ các quy định pháp luật về phòng, chống tham nhũng, pháp luật về ngân sách nhà nước, chế độ thu chi tài chính nên khó thực hiện. Một khi đã khó thực hiện thì ngân hàng sẽ tổ chức ký kết hợp đồng với VPCC mà không ký kết với Phòng Công chứng nên gây nên sự giảm sút trong các tiêu chí cạnh tranh, giảm thu nhập của Phòng Công chứng. Vì vậy cần có quy định cụ thể để điều

chính vấn đề này, tạo sự cạnh tranh lành mạnh, bình đẳng.

*Bây là*, VPCC được thành lập theo cách thức “tự do thành lập” như đề án của Hà Nội hay là “thành lập có giới hạn, theo quy hoạch và thời gian” của thành phố Hồ Chí Minh.

Thực trạng việc cho phép thành lập VPCC theo cơ chế tự do hay có sự hạn chế từ cơ quan QLNN đang là vấn đề gây tranh cãi pháp lý. Hiện nay có sự tranh luận theo hai quan điểm: (i) Việc thành lập VPCC nên làm như cách của Hà Nội, nghĩa là các cá nhân, tổ chức có đủ điều kiện thì được tự do thành lập VPCC, tự do cạnh tranh trong khuôn khổ pháp luật mà không cần phải có sự hạn chế, không cần có sự quy hoạch về địa điểm, số lượng, thời gian vì quy luật cạnh tranh thị trường đảm bảo cơ chế vận hành, quyết định “tính sống còn” về hiệu quả hoạt động, lợi ích của các VPCC. Nhà nước chỉ dùng chính sách, thể chế để quản lý theo đúng định hướng xã hội hóa, không can thiệp sâu vào cơ chế thị trường; (ii) Phải làm theo cách của thành phố Hồ Chí Minh, nghĩa là phải có sự hạn chế việc thành lập các VPCC theo ý chí chủ quan của cơ quan QLNN, chỉ cho phép thành lập một số lượng VPCC hạn chế, theo thời gian và địa điểm nhất định, vì nếu cho thành lập ồ ạt theo cơ chế thị trường thì Nhà nước chưa đủ sức để quản lý.

Các quan điểm trên đều có căn cứ pháp lý và có lý do chính đáng khi triển khai thực hiện. Quan điểm (i) chỉ phù hợp về mặt lý luận, nghĩa là tuân theo đúng quy luật của tự nhiên, đặc biệt là quy luật cung cầu, cạnh tranh của cơ chế thị trường; đáp ứng nguyên tắc pháp chế xã hội chủ nghĩa, tức là Luật CC không cấm những ai đủ điều kiện thành lập VPCC thì họ sẽ được thành lập, tự do

cạnh tranh và chịu trách nhiệm trước pháp luật. Tuy nhiên, quan điểm này lại chưa phù hợp với thực tiễn nước ta về ý thức trách nhiệm công dân trước pháp luật sau khi xã hội hóa hoạt động công chứng và năng lực quản lý của Nhà nước. Đối với quan điểm (ii), xét về mặt lý luận thì chưa phù hợp, xét về nguyên tắc pháp chế thì hạn chế quyền công dân nhưng lại phù hợp với điều kiện thực tiễn của nước ta, đặc biệt là phù hợp với năng lực QLNN hiện tại. Theo đó, Nhà nước “bó lại” các vấn đề cần quản lý, hạn chế trong phạm vi có thể quản lý được. Trên thực tế thì mô hình của Hà Nội đã phát sinh nhiều vấn đề bất cập về quản lý như: các quận nội thành có nhiều VPCC nhưng các huyện ngoại thành thì hầu như không có<sup>9</sup>; tình trạng CCV được bổ nhiệm nhiều nhưng hầu hết thuộc đối tượng được miễn đào tạo nghề và tập sự nghề công chứng nên thiếu kinh nghiệm thực tiễn, hệ quả là sai phạm xảy ra nhiều, người dân than phiền về trách nhiệm QLNN, không tin tưởng vào các VPCC. Trong khi đó, thành phố Hồ Chí Minh chỉ cho phép thành lập 22 VPCC trong ba năm, có sự thẩm định, phê duyệt và quản lý chặt chẽ, có sự phân bố tương đối đều địa điểm đặt các VPCC nên hoạt động công chứng hiệu quả hơn, công tác QLNN chặt chẽ hơn, ít xảy ra sai phạm hơn. Do vậy, cần có giải pháp trung hòa giữa hai quan điểm nêu trên để có bước đi thích hợp trong việc xây dựng và triển khai các thể chế QLNN đối với VPCC.

## **2. Một số giải pháp hoàn thiện**

### ***2.1. Cần có định hướng quy hoạch tổng thể phát triển tổ chức hành nghề công chứng***

Việc phát triển tổ chức hành nghề công chứng phải đảm bảo sự điều tiết của Nhà nước, gắn liền với tăng cường hiệu lực, hiệu

9 Thành phố Hà Nội có 42 VPCC, tập trung chủ yếu tại quận Đống Đa và Cầu Giấy còn các huyện ngoại thành hầu như có rất ít VPCC được thành lập, điển hình có các huyện như: Gia Lâm, Thanh Trì, Sóc Sơn và các huyện Hà Tây cũ.

quả QLNN. Để tránh tình trạng các VPCC chỉ chạy theo lợi nhuận mà không đáp ứng được yêu cầu của người dân hoặc tình trạng cho phép thành lập nhiều VPCC nhưng hoạt động không hiệu quả, Nhà nước không quản lý được hoặc quản lý thiếu chặt chẽ dẫn đến hoạt động công chứng không nề nếp, phát sinh nhiều sai phạm làm ảnh hưởng đến quyền lợi hợp pháp của người dân và trật tự xã hội... thì việc xã hội hóa hoạt động công chứng tại Việt Nam nói chung và việc phát triển VPCC nói riêng cần phải có quy hoạch và bước đi thích hợp. Thêm nữa, để đảm bảo việc cho phép thành lập các VPCC trên phạm vi cả nước đáp ứng nhu cầu người dân và yêu cầu về QLNN, Chính phủ cần ban hành Đề án quy hoạch chung các tổ chức hành nghề công chứng, trên cơ sở đó, các tỉnh thành sẽ có quy hoạch phát triển từng giai đoạn cụ thể cho địa phương mình.

### 2.2. Hoàn thiện thể chế QLNN về tổ chức và hoạt động của VPCC

Thực trạng tổ chức và hoạt động của các VPCC trong thời gian qua cho thấy, cần sớm có những sửa đổi, bổ sung và hoàn thiện thể chế QLNN đối với tổ chức và hoạt động của VPCC, cụ thể:

(i) Bổ sung quy định cụ thể trong pháp luật doanh nghiệp và sửa đổi Thông tư số 11/2011/TT-BTP về biển hiệu và tên của VPCC.

Luật CC và Nghị định số 02/2008/NĐ-CP chưa có quy định về việc ghi biển hiệu của VPCC. Thông tư số 11/2011/TT-BTP đã có quy định cụ thể về tên và biển hiệu của VPCC và đã có mẫu cố định (Mẫu TP-CC-05 ban hành kèm theo Thông tư này<sup>10</sup>) nên đã khắc phục được hiện tượng các VPCC lấy Sở Tư pháp làm tên cơ quan chủ quản đặt tên

trên biển hiệu. Tuy nhiên, Thông tư này vẫn có những điểm chưa hợp lý như: quy định không được đánh số thứ tự, không được lấy địa danh khác đặt tên cho VPCC là chưa phù hợp<sup>11</sup>. Trong trường hợp này, Nghị định 43/2010/NĐ-CP không có quy định thuộc trường hợp cấm đặt tên hoặc đặt tên như vậy là gây nhầm lẫn nên VPCC được đặt tên. Do vậy, ngay cả Thông tư số 11/2011/TT-BTP mới được ban hành cũng cần được sửa đổi nhằm bảo đảm thống nhất về mặt thể chế trong công tác QLNN đối với VPCC.

Mặt khác, để hạn chế nhận định chủ quan của chủ thể có chức năng QLNN trong việc đặt tên cho VPCC, pháp luật cần quy định cụ thể hơn về những trường hợp nào bị xem là vi phạm truyền thống lịch sử, văn hóa, đạo đức và thuần phong mỹ tục của dân tộc để việc đặt tên cho VPCC được thực hiện thống nhất.

(ii) Cần sửa đổi pháp luật doanh nghiệp để làm cơ sở bổ sung quy định về trình tự, thủ tục cho phép chuyển đổi VPCC do một CCV sang VPCC do hai CCV trở lên thành lập hoặc ngược lại tại Thông tư số 11/2011/TT-BTP.

Hiện nay, pháp luật doanh nghiệp chưa có quy định cho phép chuyển đổi qua lại giữa hai loại hình doanh nghiệp của VPCC<sup>12</sup> mặc dù Bộ Tư pháp đã cho phép chuyển đổi loại hình của VPCC tại Thông tư số 11/2011/TT-BTP “... và chuyển đổi loại hình VPCC do một CCV thành lập sang loại hình VPCC do hai CCV trở lên thành lập”<sup>13</sup>. Văn bản này chỉ quy định việc chuyển đổi loại hình của VPCC một cách chung chung nên thực tiễn không giải quyết được vấn đề: việc chuyển đổi VPCC phải bằng các hình thức, thủ tục nào, có tuân thủ quy định tại

10 Điều 9 Thông tư số 11/2011/TT-BTP.

11 Khoản 1 Điều 8 Thông tư số 11/2011/TT-BTP.

12 Xem thêm Điều 154, 155 Luật DN.

13 Điều 7 Thông tư số 11/2011/TT-BTP.

Luật DN không? Vì vậy, cần bổ sung thêm quy định ở Luật DN về việc chuyển đổi các loại hình VPCC từ mô hình DNTN thành loại hình VPCC là công ty hợp danh và ngược lại, từ đó bổ sung thêm trình tự, thủ tục cụ thể tại Thông tư 11/2010/TT-BTP.

(iii) Cần quy định cụ thể hơn những trường hợp được phép công chứng ngoài trụ sở tổ chức hành nghề công chứng và việc quản lý con dấu của VPCC theo quy định tại Nghị định số 110/2004/NĐ-CP ngày 08/4/2004 của Chính phủ về công tác văn thư và Nghị định số 09/2010/NĐ-CP sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định 110/2004/NĐ-CP.

Theo pháp luật về công chứng, không kể Phòng Công chứng hay VPCC, việc công chứng phải thực hiện tại trụ sở của tổ chức hành nghề công chứng. Quy định này nhằm bảo đảm tính pháp lý chặt chẽ của văn bản công chứng. Với điều kiện hiện nay, có một số trường hợp Luật CC cho phép có thể thực hiện công chứng ngoài trụ sở tổ chức hành nghề, cụ thể: người yêu cầu công chứng là người già yếu không thể đi lại được, người đang bị tạm giữ, tạm giam, đang thi hành án phạt tù hoặc có “lý do chính đáng khác” không thể đến trụ sở tổ chức hành nghề công chứng<sup>14</sup>.

Tuy nhiên, thực tiễn đặt ra nhiều vấn đề với quy định “lý do chính đáng khác”. Khoản 1 Điều 11 Thông tư số 11/2011/TT-BTP quy định việc công chứng ngoài trụ sở của tổ chức hành nghề công chứng chỉ thực hiện trong các trường hợp quy định tại khoản 2 Điều 39 của Luật CC và do tổ chức hành nghề công chứng chịu trách nhiệm xem xét từng trường hợp cụ thể để quyết định thực hiện việc công chứng ngoài trụ sở. Lý do này chưa được giải thích cụ thể (thiếu quy phạm giải thích), dẫn đến cách hiểu sai về nguyên tắc thực hiện công chứng nên các VPCC đã

thực hiện số lượng lớn việc công chứng ngoài trụ sở với lý do là đương sự muốn giữ bí mật, đương sự không muốn xếp hàng chờ đợi, đương sự muốn công chứng tại nhà... và sẵn sàng trả khoản thù lao công chứng theo thỏa thuận với VPCC. Việc công chứng ngoài trụ sở một cách “dễ dàng” dẫn đến sự cạnh tranh không lành mạnh giữa các tổ chức hành nghề công chứng, làm giảm uy tín của các tổ chức hành nghề công chứng, nhất là các VPCC. Trong khi đó, các Phòng Công chứng chỉ thực hiện công chứng ngoài trụ sở khi khách hàng có giấy tờ chứng minh thuộc trường hợp được công chứng ngoài trụ sở và có đơn yêu cầu công chứng ngoài trụ sở kèm theo. Từ vấn đề này, cần quy định cụ thể hơn cụm từ “lý do chính đáng khác” là trong trường hợp khẩn cấp, bị đe dọa tính mạng hoặc vì lý do ốm đau dài ngày mà không thể đến trụ sở tổ chức hành nghề công chứng.

(iv) Bổ sung quy định VPCC chấm dứt hoạt động khi CCV duy nhất của VPCC chết.

Khoản 1 Điều 34 Luật CC quy định: VPCC chấm dứt hoạt động trong hai trường hợp: một là tự chấm dứt hoạt động; hai là bị thu hồi giấy đăng ký hoạt động hoặc không còn CCV do bị miễn nhiệm. Quy định trên của Luật CC chưa dự liệu được trường hợp đối với VPCC được thành lập theo loại hình DNTN do một CCV thành lập và VPCC chỉ có duy nhất một CCV thành lập. Do vậy, khi CCV này chết thì không còn CCV nào để thực hiện công chứng. Vì vậy, Luật CC cần bổ sung quy định về những trường hợp chấm dứt hoạt động của VPCC.

(v) Bổ sung quy định về việc mở chi nhánh, văn phòng đại diện

Khoản 2 Điều 11 Thông tư số 11/2011/TT-BTP quy định: Tổ chức hành nghề công chứng không được mở chi nhánh,

14 Điều 39 Luật CC.

văn phòng đại diện, cơ sở, địa điểm giao dịch khác ngoài trụ sở tổ chức hành nghề công chứng. Đây là quy định mới nhất trong quá trình hoàn thiện thể chế QLNN đối với VPCC. Tuy nhiên, quy định này đang hạn chế quyền của VPCC là doanh nghiệp vì theo Luật DN, các doanh nghiệp được quyền mở chi nhánh, văn phòng đại diện theo quy định của pháp luật. Như vậy, Luật CC không cấm nhưng Thông tư số 11/2011/TT-BTP lại đưa ra quy định cấm là chưa đảm bảo tính thống nhất về mặt thể chế trong công tác QLNN, hạn chế quyền kinh doanh của loại hình doanh nghiệp đặc biệt - VPCC. Do vậy, cần sửa đổi Thông tư số 11/2011/TT-BTP theo hướng cho phép mở văn phòng đại diện, chi nhánh của VPCC phù hợp với pháp luật doanh nghiệp nhưng vẫn đảm bảo tính chặt chẽ trong công tác QLNN chuyên ngành.

(vi) Quy định về vấn đề chi trả hoa hồng công chứng cho các tổ chức có liên quan

Hiện nay, xuất hiện việc các tổ chức ngân hàng chỉ định các tổ chức, cá nhân thế chấp, vay tiền của ngân hàng đến các tổ chức hành nghề công chứng để công chứng các hợp đồng, giao dịch. Theo đó, các tổ chức hành nghề công chứng phải ký hợp đồng và trả hoa hồng cho các ngân hàng này. Tuy nhiên, có sự bất bình đẳng xảy ra khi các VPCC thực hiện được việc chi trả hoa hồng cho các ngân hàng, ngược lại, các Phòng Công chứng không thể ký hợp đồng để chi trả hoa hồng vì phải tuân thủ các quy định của pháp luật thực hành tiết kiệm, chống lãng phí; chế độ thu chi tài chính. Vì vậy, cần bổ sung các quy định về việc chi trả hoa hồng cho các tổ chức, cá nhân môi giới công chứng, cách tính chi phí, mức thu - chi trong phí dịch vụ công chứng và tỷ lệ % được chi trả hoa hồng nhằm đảm bảo tính cạnh tranh trong việc thực hiện công chứng giữa hai loại hình tổ chức hành nghề công chứng này.

### 2.3. Hoàn thiện các quy định pháp luật có liên quan đến CCV

Nhằm nâng cao chất lượng đội ngũ CCV, trong thời gian tới cần hoàn thiện các quy định về CCV, cụ thể là các vấn đề cơ bản sau:

*Một là*, sửa đổi, bổ sung và hoàn thiện các quy định về việc CCV góp vốn trong thành lập VPCC.

CCV của VPCC là những cá nhân hoạt động kinh doanh dịch vụ đặc thù mà trước đây chỉ có Nhà nước thực hiện. CCV của VPCC được Nhà nước bổ nhiệm theo tiêu chuẩn, trình tự chặt chẽ và được Nhà nước giao cho quyền thực hiện công chứng các hợp đồng, giao dịch là một hoạt động dịch vụ công, hoạt động này ảnh hưởng đến sự ổn định, an toàn, trật tự xã hội. Do vậy, các CCV này khi thực hiện hành vi công chứng phải là người độc lập trong việc thực thi pháp luật, có quyền từ chối công chứng khi nội dung và hình thức văn bản công chứng không phù hợp quy định pháp luật và đạo đức xã hội; CCV của VPCC là người chịu trách nhiệm trực tiếp trước pháp luật về hành vi công chứng của mình, đồng thời cũng chịu trách nhiệm vật chất trực tiếp với khách hàng.

Khoản 1 Điều 26 Luật CC quy định: Trưởng VPCC phải là CCV, là người đại diện theo pháp luật của VPCC. Pháp luật quy định khắt khe như vậy là cần thiết, vì VPCC là một loại hình doanh nghiệp với ngành nghề đặc biệt là thực hiện một dịch vụ công được Nhà nước trao quyền. VPCC được công chứng các hợp đồng, giao dịch của cá nhân, tổ chức, trong đó có nhiều giao dịch có giá trị rất lớn, ảnh hưởng đến sự phát triển ổn định về kinh tế - xã hội của đất nước. Nếu có sự góp vốn của cá nhân, tổ chức khác ngoài CCV thì họ chỉ chịu trách nhiệm hữu hạn về tài sản theo tỷ lệ vốn góp, điều này sẽ làm cho hoạt động của VPCC bị chi phối về lợi nhuận kinh doanh. Theo chúng tôi, cần

bổ sung quy định về việc thành lập VPCC chỉ do CCV thành lập, không chấp nhận hình thức góp vốn kể cả trường hợp thành lập theo loại hình công ty hợp danh.

*Hai là, ban hành quy tắc đạo đức nghề nghiệp CCV.*

Trong bối cảnh nền kinh tế thị trường và xã hội hóa công chứng, hoạt động công chứng cũng đã xuất hiện tình trạng thương mại. Một số VPCC quảng cáo phóng đại, sai sự thật, vi phạm pháp luật về công chứng... với nhiều hình thức như: giảm giá công chứng, công chứng mọi lúc mọi nơi, công chứng dịch vụ, công chứng 24/24 giờ, công chứng ngoài giờ làm việc... đã làm giảm uy tín của các tổ chức hành nghề công chứng. Nhiều vụ việc công chứng sai quy định được phát hiện như VPCC Việt Tín (ở thành phố Hà Nội), VPCC Gia Định (ở thành phố Hồ Chí Minh)... Theo đánh giá của Bộ Tư pháp, một trong những hạn chế trong việc thực hiện Luật CC trong thời gian qua là “hiện tượng buông lỏng QLNN hoặc QLNN chưa theo kịp tình hình đã dẫn đến việc phát sinh những hiện tượng tiêu cực, sự cạnh tranh không lành mạnh giữa các tổ chức hành nghề công chứng không được chỉnh đốn kịp thời”<sup>15</sup>.

Để công tác QLNN đối với VPCC được chặt chẽ, theo đúng pháp luật, cần hoàn thiện thể chế QLNN đối với tổ chức và hoạt động công chứng, cơ quan QLNN (Bộ Tư pháp) cần sớm ban hành Bộ quy tắc đạo đức hành nghề công chứng quy định về đạo đức kinh doanh, hành vi ứng xử đối với đồng nghiệp và đối với khách hàng, tính trung thực, tuân thủ pháp luật, quyền và nghĩa vụ của CCV, những việc CCV được phép và không được phép làm, hình thức xử lý kỷ luật, chế tài... Nếu xây dựng và ban hành được Bộ quy tắc này, hoạt động công chứng của các VPCC sẽ

đi vào nề nếp, các CCV sẽ tuân thủ nghiêm về các quy tắc, hoạt động nghề nghiệp của mình, các cơ quan QLNN thực hiện nhiệm vụ quản lý hiệu quả hơn.

#### **2.4. Kiện toàn tổ chức bộ máy và công chức thực hiện QLNN**

Hiện nay, việc QLNN đối với tổ chức và hoạt động của VPCC được thực hiện chủ yếu bởi Bộ Tư pháp và Sở Tư pháp. Tại Bộ Tư pháp, Vụ Bổ trợ tư pháp được giao nhiệm vụ giúp Bộ trưởng Bộ Tư pháp QLNN về hoạt động công chứng của cả nước. Tại Sở Tư pháp, Phòng Bổ trợ tư pháp được giao nhiệm vụ giúp Giám đốc Sở Tư pháp QLNN về hoạt động công chứng tại địa phương. Để thực hiện tốt chức năng QLNN đòi hỏi những người cán bộ, công chức của Vụ Bổ trợ tư pháp và Phòng Bổ trợ tư pháp phải có trình độ nhất định, có tầm nhìn vĩ mô, am hiểu về lĩnh vực công chứng và có nhiều kinh nghiệm trong hoạt động công chứng, thậm chí phải tuyển chọn những người có trình độ và nghiệp vụ hơn hẳn CCV.

#### **2.5. Thành lập Tổ chức xã hội nghề nghiệp công chứng**

Luật CC quy định CCV trong VPCC không phải là viên chức nhà nước. Hoạt động công chứng đã chuyển từ cơ chế hành chính công sang dịch vụ công, Phòng Công chứng và VPCC được xác định là các tổ chức nghề nghiệp. Thay đổi này đặt ra yêu cầu cần thiết phải thay đổi cơ chế QLNN đối với hoạt động công chứng. Để quản lý các tổ chức hành nghề công chứng có hiệu quả, theo chúng tôi, cùng với QLNN đối với các tổ chức công chứng, cần phải thành lập tổ chức tự quản nghề nghiệp. Tổ chức này sẽ bầu ra những người đại diện cho những người hành nghề trong lĩnh vực công chứng trong cả nước và tự quản lý hoạt động của các tổ chức hành nghề công chứng ■



# Một số giải pháp cơ cấu lại DOANH NGHIỆP NHÀ NƯỚC

HOÀNG XUÂN NGHĨA \*

**T**rên thế giới, doanh nghiệp nhà nước (DNNN) đã có lịch sử phát triển lâu dài. Đây là một loại hình tổ chức kinh doanh do nhà nước thành lập, về nguyên tắc cũng bình đẳng với các loại hình doanh nghiệp khác trong nền kinh tế thị trường (KTTT). Tuy nhiên, DNNN, do bản chất sở hữu chung, nên không đảm bảo tính hiệu quả và luôn có nguy cơ bị tham nhũng cao. Hơn nữa, trong quá trình tồn tại, DNNN có mối quan hệ rất đặc biệt với bộ máy nhà nước. Việc cơ cấu lại DNNN, về mặt lý luận và thực tiễn cho thấy, không hề đơn giản như các khu vực doanh nghiệp khác. Bởi cơ cấu lại DNNN gắn chặt với quan điểm, chính sách và lợi ích của Nhà nước - đại diện cho lợi ích quốc gia. Vì thế, cơ cấu lại DNNN ở Việt Nam hiện nay cần một quyết tâm chính trị lớn, sự hy sinh lợi ích nhóm và cùng với đó là những giải pháp tổng thể. Bài viết chọn cách tiếp cận từ phương diện sở hữu DNNN.

## 1. Những vấn đề đặt ra khi cơ cấu lại doanh nghiệp nhà nước

Ở nước ta, trong thời kỳ cơ chế kế hoạch hoá tập trung trước đây, các doanh nghiệp được thành lập và hoạt động chủ yếu là dưới

hình thức DNNN (hay còn gọi là xí nghiệp quốc doanh xã hội chủ nghĩa), doanh nghiệp tư nhân không được thừa nhận và bị cấm đoán. Do đó, trong một giai đoạn lịch sử, vai trò quan trọng thuộc về DNNN. Chỉ từ những năm 1990, khi thực hiện chính sách đổi mới, nhiều doanh nghiệp thuộc các thành phần kinh tế khác nhau đã được khuyến khích thành lập và phát triển. Không thể phủ nhận, do có thời gian thành lập sớm và được cơ chế ưu đãi, nên các DNNN luôn có ưu thế hơn và đã trở thành bộ phận quan trọng, có đóng góp lớn và quyết định tới sự phát triển của nền kinh tế quốc dân.

Tuy nhiên, với những điều kiện của cơ chế thị trường, mở cửa hội nhập hiện nay thì các DNNN đã bộc lộ nhiều bất cập, yếu kém. Từ những năm 1990 đến nay, đã hơn 20 năm chúng ta tiến hành cải cách, đổi mới thông qua việc sắp xếp lại, cổ phần hoá, bán, khoán, cho thuê đối với các DNNN. Chương trình cải cách và đổi mới các DNNN được thực hiện rất tích cực, nhất là trong giai đoạn 2001 - 2010. Đặc biệt từ năm 2006 - 2010, nhiều tập đoàn kinh tế (TĐKT) lớn đã ra đời, nhiều tổng công ty (TCT) đã thực hiện cổ phần hoá, nhiều doanh nghiệp được sắp xếp, tổ chức lại

\* TS. Viện Nghiên cứu phát triển kinh tế - xã hội Hà Nội.

với quy chế quản lý tích cực hơn và đã mang lại kết quả đáng khích lệ. Song DNNN vẫn bộc lộ những hạn chế căn bản, nhất là trong thời gian khủng hoảng và hậu khủng hoảng suy thoái kinh tế - tài chính thế giới. Các hạn chế, yếu kém của DNNN ở nước ta đã được mổ xẻ trên rất nhiều khía cạnh:

*Một là*, hoạt động kém hiệu quả, kết quả sản xuất kinh doanh suy giảm, kém sức cạnh tranh tại thị trường trong nước và quốc tế. Mặc dù được hưởng nhiều ưu đãi trong việc sử dụng các nguồn lực về tài nguyên, đất đai, tiền vốn, khoa học công nghệ và lao động so với các khu vực sở hữu khác, song hiệu quả hoạt động kinh doanh thua kém hơn hẳn. Điều tra của Tổng cục Thống kê cho thấy, tỷ suất lợi nhuận trên vốn sản xuất kinh doanh của các DNNN năm 2007 - 2009 dao động trong khoảng 3,5 - 4,3%, trong khi các doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài (FDI) trong khoảng 9,1 - 11,7%; tỷ suất lợi nhuận trên doanh thu của các DNNN giai đoạn 2007 - 2009 từ 6,3 - 8,2%, thấp hơn so với các doanh nghiệp FDI là 10,6 - 13,1%. Điều đó cho thấy hiệu quả hoạt động của các DNNN chỉ bằng khoảng 50% so với các doanh nghiệp FDI. Theo thống kê của Học viện Tài chính Hà Nội, DNNN hiện nắm giữ tới 70% tổng tài sản cố định của toàn bộ nền kinh tế; chi phối hơn 20% vốn đầu tư của toàn xã hội; 60% tín dụng của hệ thống ngân hàng thương mại; 50% vốn đầu tư của Nhà nước và 70% nguồn vốn hỗ trợ phát triển chính thức (ODA). Song tỷ lệ đóng góp của DNNN vào GDP chỉ đạt 37 - 39%, tạo việc làm cho 4,4% tổng số lao động, tỷ lệ tăng sản lượng và năng suất lao động luôn chậm hơn khu vực tư nhân là 10 - 14%.

*Hai là*, có biểu hiện tham nhũng, lãng phí, lợi ích nhóm cục bộ, độc quyền trong kinh doanh. Tập đoàn Xăng dầu Việt Nam (Petrolimex) chiếm tới 60% thị phần xăng dầu cả nước; Tập đoàn Điện lực chiếm lĩnh gần hết thị trường từ khâu sản xuất tới truyền

tải và bán lẻ; Tập đoàn Than - Khoáng sản cũng chiếm giữ phần lớn việc khai thác và cung cấp sản phẩm than trên toàn quốc. Các tập đoàn luôn đề nghị được tăng giá bán một số sản phẩm thuộc diện quản lý giá của Nhà nước; đòi được hưởng một số những trợ cấp, ưu đãi trong sản xuất kinh doanh hoặc tiếp tục xuất khẩu những sản phẩm mà trong thời gian tới, Việt Nam phải nhập khẩu...

*Ba là*, tổ chức quản lý sản xuất kinh doanh chậm đổi mới, kém năng động, có tư tưởng ỷ lại vào sự hỗ trợ của Nhà nước. Nhiều tập đoàn, TCT sử dụng vốn đầu tư nhà nước rất dàn trải và rủi ro cao, không tập trung vào nhiệm vụ chính, chạy theo lợi ích ngắn hạn, đầu tư ngoài ngành, lập ngân hàng riêng... Điều đó đã gây thất thoát vốn và tài sản của Nhà nước, nợ xấu của DNNN ngày càng tăng, gây áp lực nợ công và mất ổn định vĩ mô. Hàng năm có tới 12% DNNN kinh doanh thua lỗ và mức lỗ bình quân của DNNN cao gấp 12 lần so với các doanh nghiệp khu vực ngoài nhà nước. Hoặc theo một tính toán, có đến 31% DNNN bị lỗ trong sản xuất kinh doanh, 29% hoạt động không hiệu quả, nhìn chung lỗ lãi có tính tương trung. Chỉ riêng năm 2009, nợ của 81/91 tập đoàn, TCT nhà nước đã là 813.435 tỷ đồng. Nếu tính cả nợ của Tập đoàn Công nghiệp tàu thủy Việt Nam (Vinashin), theo báo cáo của Bộ Tài chính là 86.000 tỷ đồng, thì nợ của khu vực DNNN thời điểm năm 2009 đã lên tới 54,2% GDP. Nhiều DNNN cũng đang lâm vào nợ nần; không chỉ doanh nghiệp không được độc quyền, mà cả những doanh nghiệp được ưu đãi về cơ chế kinh doanh như Tập đoàn Điện lực và TCT Xăng dầu cũng luôn gánh trên vai những món nợ khổng lồ nhưng đầy nghi vấn về nguồn gốc.

Từ thực trạng này, liên hệ với lý luận và kinh nghiệm thế giới, chúng ta có thể rút ra các nhận xét:

- Sở hữu nhà nước và DNNN, trong đó có Tập đoàn kinh tế (TĐKT) nhà nước ở Việt

Nam, không loại trừ cũng đã bị nhiễm căn bệnh cố hữu của sở hữu nhà nước trên thế giới, là kém hiệu quả và nguy cơ tham nhũng cao. Cơ cấu lại DNNN ở Việt Nam mặc dù đi qua chặng đường chưa dài như các nước Tây Âu, nhưng không kém phần khó khăn phức tạp vì bị chi phối bởi các quan điểm và lợi ích của các nhóm đại diện, đôi khi là mâu thuẫn và không thống nhất. Đây mới chính là lực cản mạnh mẽ đối với quá trình cơ cấu lại DNNN.

- Thời gian trở lại đây, có sự phát triển nhanh chóng các TĐKT và DNNN trong khi các thể chế luật lệ cho loại hình này chưa hoàn thiện, thậm chí Đề án xây dựng quy chế cho TĐKT vẫn đang trong giai đoạn soạn thảo. Sự giám sát của cơ quan chức năng và kiểm soát của xã hội lại rất lỏng lẻo, tính công khai minh bạch chưa được tuân thủ. Thực tế chúng ta chưa có cơ chế kiểm toán và cũng không có cơ sở để kiểm toán các TĐKT... Tất cả điều đó khiến cho các mặt tiêu cực của loại hình DNNN gia tăng bất thường.

- Việc duy trì quy mô quá lớn của DNNN trong nền kinh tế, hơn nữa lại đang có xu hướng tăng lên một cách không bình thường trong những năm gần đây, là trái với đường lối đổi mới và quy luật thị trường, không phù hợp với xu hướng thế giới khi nền kinh tế hội nhập, làm ảnh hưởng tới chất lượng thể chế và mô hình tăng trưởng kinh tế nước ta.

- Thái độ nâng đỡ, phân biệt đối xử của Nhà nước vẫn thiên lệch về phía DNNN đang làm phân bổ kém hiệu quả các nguồn lực, nhất là hai nguồn lực cơ bản là đất đai và tài chính quốc gia, gây méo mó môi trường kinh doanh và gây mất công bằng về cơ hội đầu tư và thụ hưởng của các chủ thể kinh tế.

- Các quan điểm lấy DNNN và sở hữu nhà nước làm chủ đạo, là công cụ ổn định vĩ mô, kết hợp giữa hoạt động kinh doanh với

chức năng công ích và xã hội... đang cần được xem xét thận trọng, vì về mặt lý luận và thực tiễn đều chưa được chứng minh. Liệu có một loại hình DNNN kết hợp được cả 2 loại nhiệm vụ trái ngược: kinh doanh và công ích, xã hội hay không?

- Các yêu cầu, tiêu chí và nhiệm vụ cụ thể cho cải cách DNNN chưa được xác định rõ ràng, chưa gắn với trao quyền lực nhiều hơn để họ tự chủ kinh doanh, chủ động phát triển. Chúng ta chưa quy định một TĐKT nhà nước hay DNNN lớn và Ban lãnh đạo của nó có trách nhiệm thế nào với quốc gia. Ví dụ, DNNN nếu 5 năm hay 10 năm trong lĩnh vực kinh doanh được phân công mà không có tác động tích cực chung, không vươn lên tầm cạnh tranh quốc tế, cứ loay hay “sân nhà”, lợi dụng cơ chế ưu đãi,... thì DNNN đó và Ban lãnh đạo của nó phải bị xử lý. Về phương diện này, DNNN Trung Quốc có thành tựu tốt hơn, nhiều DNNN Trung Quốc hiện lọt vào tốp các tập đoàn mạnh toàn cầu, và chúng ta nên học tập kinh nghiệm.

## 2. Các giải pháp cơ cấu lại doanh nghiệp nhà nước

Chúng tôi cho rằng, tái cơ cấu DNNN và nền kinh tế nước ta hiện nay - để đi vào thực chất và tạo bước chuyển tích cực mang tính đột phá, tránh tình trạng “dẫm chân tại chỗ” như mấy chục năm qua - trước hết phải thực hiện tái cơ cấu sở hữu nhà nước, coi đây như nội dung, giải pháp căn bản cùng với các giải pháp khác. Có những hướng sau:

*Thứ nhất*, phân đầu giảm mạnh tỷ trọng sở hữu nhà nước trong cơ cấu nền kinh tế chung so với hiện nay. Do bản chất sở hữu nhà nước là kém hiệu quả, nên không thể duy trì quy mô quá lớn. Sở hữu nhà nước gây hậu quả không chỉ cho riêng DNNN mà cho cả nền kinh tế và làm cho thể chế kinh tế bị méo mó, cơ chế thị trường vận hành kém hiệu quả. Kinh nghiệm các nước cho thấy, sở hữu nhà nước thường chỉ chiếm tỷ

trọng dưới 10%. Đối với chúng ta, nếu tính gộp cả các doanh nghiệp mà Nhà nước sở hữu 100% vốn và hàng nghìn doanh nghiệp Nhà nước nắm cổ phần chi phối thì số lượng DNNN của Việt Nam thực tế rất lớn, tương đương hoặc thậm chí vượt số lượng DNNN của tổ chức OECD<sup>1</sup>, vượt xa tổng số DNNN của các nước chuyển đổi bao gồm Cộng hòa Séc, Ba Lan, và Hungari cộng lại. Về giá trị, riêng vốn chủ sở hữu của các TCT, TĐKT nhà nước (đó là chưa kể các ngân hàng và tập đoàn tài chính thuộc sở hữu nhà nước) vào giữa năm 2011 đã đạt khoảng gần 700 nghìn tỉ đồng, tương đương hơn 35 tỉ USD. Nếu căn cứ vào sổ sách kế toán thì giá trị của các tập đoàn và TCT nhà nước đã chiếm hơn 30 - 35% GDP, cá biệt có những ngành, lĩnh vực còn cao hơn nữa. Với khu vực DNNN quá lớn như hiện nay, thì chỉ riêng quản lý và xử lý các vấn đề cho khu vực này cũng đã là quá sức cho Chính phủ, thậm chí quản lý vĩ mô cũng xếp xuống hàng thứ yếu. Không nên hiểu cơ cấu lại DNNN là xóa bỏ DNNN hay tư nhân hóa như ở Tây Âu, nhưng cần phấn đấu trước hết giảm tỷ trọng và số lượng DNNN hiện nay xuống tương đương các nước có nền KTTT. Nên đặt một nhiệm vụ cụ thể: giảm số lượng để cải thiện chất lượng DNNN. Có thể thấy, thời gian qua, chúng ta phát triển DNNN tràn lan trên quá nhiều lĩnh vực mà khu vực tư nhân có thể đảm đương tốt. Điều này gây nên sự chèn lấn khu vực tư nhân không cần thiết, làm phân tán nguồn lực và sức mạnh Nhà nước, chứ không phải tăng sức mạnh Nhà nước.

Tiếp theo, cần phân loại DNNN, tức là xác định Nhà nước cần nắm giữ quyền sở hữu tại những doanh nghiệp nào và với số lượng cổ phần là bao nhiêu? Theo Ban Đổi mới doanh nghiệp, hiện tại cả nước còn 1.309 DNNN 100% vốn nhà nước. Trong số

này có 102 doanh nghiệp có vốn nhà nước dưới 5 tỉ đồng, 8 doanh nghiệp có vốn dưới 1 tỉ đồng, có doanh nghiệp có vốn chỉ vón vụn 100 triệu đồng. Trong số đó, có rất nhiều các DNNN mà Nhà nước không cần tham gia nữa. Chúng ta dự kiến chỉ giữ lại 692 DNNN, có 284 doanh nghiệp phục vụ an ninh, quốc phòng; 408 doanh nghiệp kinh doanh ở lĩnh vực độc quyền nhà nước như: quốc phòng, an ninh, thủy nông, thủy lợi, bảo đảm an toàn giao thông, xổ số kiến thiết, cấp thoát nước đô thị, sản xuất điện quy mô lớn, quản lý khai thác hệ thống đường sắt quốc gia, đô thị, cảng hàng không, cảng biển loại 1, nông lâm nghiệp, dịch vụ môi trường đô thị, và quản lý tài nguyên quan trọng. Tính theo chủ sở hữu thì trong 692 doanh nghiệp, có 395 thuộc địa phương, 171 thuộc bộ, 5 tập đoàn, TCT 91 với 111 doanh nghiệp thành viên. Tuy nhiên, trong số này cần tiếp tục nghiên cứu, rà soát kỹ hơn nữa để có thể giảm thiểu tối đa. Trong điều kiện hiện tại, Nhà nước chỉ nên duy trì DNNN trong một số ngành, lĩnh vực quan trọng như: an ninh quốc phòng; xây dựng, khai thác tài nguyên chiến lược, quan trọng và không có khả năng tái tạo; xây dựng cơ sở hạ tầng quan trọng của nền kinh tế; đảm bảo các cân đối lớn của nền kinh tế; lĩnh vực công nghệ cao, lĩnh vực năng lượng, lĩnh vực đòi hỏi vốn lớn; những lĩnh vực mà tư nhân không thể hoặc không muốn làm.

*Thứ hai*, thực hiện thoái vốn tại các doanh nghiệp mà Nhà nước không cần nắm giữ hoặc không nắm cổ phần chi phối. Quá trình thoái vốn hay tư nhân hóa cần được thực hiện với trình tự, tốc độ và phương thức phù hợp để vừa đạt được hiệu quả tối đa về nguồn thu ngân sách, vừa giảm thiểu tác động tiêu cực tới nền kinh tế và các vấn đề xã hội. Theo chúng tôi, mục tiêu thu hồi về

1 OECD là tên viết tắt của Tổ chức Hợp tác và Phát triển Kinh tế (Organization for Economic Cooperation and Development), thành lập năm 1961 trên cơ sở Tổ chức Hợp tác Kinh tế Châu Âu (OEEC) với 20 thành viên sáng lập gồm các nước có nền kinh tế phát triển trên thế giới như Mỹ, Canada và các nước Tây Âu. Hiện nay, số thành viên của OECD là 30 quốc gia, gồm Mỹ, Canada, Áo, Bỉ, Đan Mạch, Pháp, Đức, Hy Lạp, Iceland, Ireland, Ý, Luxembourg, Hà Lan, Na Uy, Bồ Đào Nha, Tây Ban Nha, Thụy Điển, Thụy Sĩ, Thổ Nhĩ Kỳ, Anh, Nhật Bản, Phần Lan, Úc, New Zealand, Hàn Quốc, Mexico, Cộng hòa Séc, Hungary, Ba Lan, Cộng hòa Slovakia.

cho ngân sách không phải là ưu tiên số một; thậm chí chấp nhận hy sinh quyền lợi nhà nước, nhất là trong bối cảnh khủng hoảng, suy thoái, thị trường chứng khoán ảm đạm và tuột dốc hiện nay, nhưng phải đạt được mục tiêu lớn hơn và lâu dài hơn là cơ cấu lại thực chất sở hữu nhà nước, thu hút được vốn đầu tư của xã hội và nhất là thu hút các cổ đông chiến lược, các nhà đầu tư nước ngoài, các tập đoàn lớn đa quốc gia, phục vụ tái cơ cấu và ổn định nền kinh tế vĩ mô trên tầm quốc gia.

Như vậy, đẩy mạnh cổ phần hoá và phát hành cổ phiếu ra công chúng lần đầu (IPO) là hướng quan trọng. Theo lịch trình đến năm 2015, Nhà nước sẽ cổ phần hoá 573 doanh nghiệp, trong đó có 01 tập đoàn, 05 TCT 91, 51 TCT 90, 01 ngân hàng thương mại, 187 công ty con, 89 doanh nghiệp độc lập thuộc bộ, và 239 doanh nghiệp thuộc địa phương. Khi cổ phần hoá, Nhà nước giữ cổ phần chi phối ở 392 doanh nghiệp, không chi phối ở 181 doanh nghiệp. Ngoài ra, Nhà nước sẽ thực hiện phá sản, giải thể 13 doanh nghiệp và tái cơ cấu bằng các công cụ thị trường như mua bán, sáp nhập, chuyển nhượng vốn 31 doanh nghiệp. Đây là các doanh nghiệp làm ăn yếu kém, không hiệu quả, cần kiên quyết loại bỏ. Các công ty còn lại cần tiếp tục chuyển đổi hình thức sở hữu nhằm tạo sự thay đổi về cơ chế quản lý, nâng cao hiệu quả quản trị, hiệu suất kinh doanh và hiệu quả hoạt động nói chung. Xem xét thoái vốn ở các doanh nghiệp đã cổ phần rồi mà Nhà nước không cần giữ cổ phần chi phối. Các tập đoàn, TCT nhà nước sẽ bán vốn, chuyển giao vốn từ doanh nghiệp này sang doanh nghiệp khác, kể cả chuyển giao nguyên vẹn doanh nghiệp.

*Thứ ba*, cơ cấu lại đầu tư nhà nước gắn với sắp xếp lại bộ phận DNNN vẫn giữ nguyên hình thức sở hữu nhà nước. Dự kiến của Ban Đổi mới doanh nghiệp, đến năm 2015, trong số 692 doanh nghiệp 100% vốn nhà nước sẽ được tổ chức thành 44 tập đoàn, TCT với 150 công ty con; trong số đó có 10

tập đoàn, 05 TCT 91, 26 TCT thuộc bộ, 03 TCT thuộc địa phương, 111 doanh nghiệp độc lập thuộc bộ và 387 doanh nghiệp độc lập thuộc địa phương. Đến thời điểm đó, 48 tỉnh thành phố trong cả nước chỉ còn DNNN hoạt động công ích như: xổ số kiến thiết, môi trường đô thị. Có thể coi đây là tái cơ cấu DNNN theo nghĩa hẹp, mà trọng tâm là các TĐKT và TCT nhà nước. Trước tiên, phải kiên quyết chấm dứt tình trạng các TĐKT, TCT nhà nước đầu tư dàn trải ra ngoài ngành, thành lập ngân hàng riêng, bỏ quên lĩnh vực sản xuất kinh doanh chính, tiến hành rà soát và thoái vốn tại các lĩnh vực kinh doanh trái ngành.

Đối với đầu tư nhà nước, cần xây dựng bộ tiêu chí phù hợp và được chuẩn hóa để tạo căn cứ lựa chọn và thông qua các dự án đầu tư công theo lĩnh vực và yêu cầu đầu tư, đáp ứng mục tiêu kinh tế - xã hội - môi trường, cũng như các lợi ích quốc gia và của địa phương, ngành, cụ thể và dài hạn. Phân biệt hai loại mục tiêu và hai loại tiêu chí đánh giá hiệu quả đầu tư công - đầu tư vì lợi nhuận và đầu tư phi lợi nhuận, khắc phục sự nhập nhằng giữa nguồn vốn hoạt động vì lợi nhuận với nguồn vốn hoạt động phi lợi nhuận, giữa trách nhiệm của các TĐKT nhà nước về xã hội, ổn định kinh tế vĩ mô với nhiệm vụ sản xuất kinh doanh, điều này dễ dẫn đến sự đầu tư của tập đoàn vừa bị phân tán, vừa dễ bị lạm dụng, kém hiệu quả. Về lâu dài, nên tách bạch chức năng kinh doanh với nhiệm vụ cung cấp dịch vụ công và chức năng xã hội theo hướng chuyển sang đầu thầu cung cấp các gói dịch vụ công và nhiệm vụ xã hội cho tất cả các loại hình doanh nghiệp tham gia, không riêng cho DNNN.

*Thứ tư*, kết hợp các biện pháp nói lòng kiểm soát, xóa bỏ độc quyền DNNN với đổi mới đồng bộ quản trị DNNN. Chỉ khi Nhà nước xóa bỏ độc quyền và cắt bỏ sự trợ giúp, bao cấp cho DNNN, để DNNN đứng trong môi trường cạnh tranh thị trường, thì mới tạo áp lực và động cơ thực sự cho đổi mới DNNN. Đổi mới cơ chế hoạt động của

DNNN theo hướng thiết lập mô hình quản trị theo nguyên tắc quản trị công ty. Chuyển DNNN sang tổ chức và hoạt động theo mô hình công ty cổ phần, công ty trách nhiệm hữu hạn phù hợp với quy định của Luật Doanh nghiệp, cạnh tranh bình đẳng trên thị trường đối với những hoạt động kinh doanh vị lợi nhuận, bảo đảm công khai, minh bạch về tài chính, có cơ chế giám sát của Nhà nước và xã hội...

Tái cấu trúc là cần tư nhân hóa theo các mức độ thích hợp: toàn bộ, từng phần hoặc giữ nguyên sở hữu nhà nước nhưng cần tạo ra hệ thống phân quyền, Nhà nước vẫn giữ quyền sở hữu nhưng quyền quản lý thì giao cho doanh nghiệp. Dựa trên quan điểm Nhà nước không thể trực tiếp kiếm lợi nhuận và làm giàu mà chỉ là người trợ giúp cho doanh nghiệp làm giàu, còn Nhà nước thu thuế. Có thể nghiên cứu trao quyền đại diện sở hữu nhà nước cho một cơ quan duy nhất, quy định rõ vai trò của chủ sở hữu hoặc người đại diện chủ sở hữu; đồng thời trao quyền giám sát DNNN mạnh hơn nữa cho các bộ, ngành. Tách quyền sở hữu với quyền chủ động điều hành sản xuất kinh doanh của doanh nghiệp; áp dụng cơ chế chịu trách nhiệm, quyền lợi của Hội đồng quản trị hoặc Hội đồng thành viên.

Đối với hoạt động đầu tư, cần phân cấp quản lý thống nhất và rõ ràng, gắn với chịu trách nhiệm liên đới của từng tổ chức, cá nhân trong quản lý đầu tư của DNNN. Công khai các thông tin, quy trình, thủ tục, danh mục dự án đầu tư; tăng cường công tác quản lý, thanh tra, kiểm tra, kiểm toán các dự án đầu tư của DNNN. Bên cạnh hệ thống giám sát nhà nước, cần bổ sung quy định sự giám sát của cộng đồng, của xã hội đối với các hoạt động đầu tư của DNNN. Thiết lập hệ thống giám sát tài chính chặt chẽ, hiệu quả đối với việc quản lý sử dụng vốn nhà nước để cung cấp thông tin thường xuyên cho cơ quan quản lý giám sát. Quy định rõ các hành vi bị cấm và các chế tài đủ mạnh để xử lý các hành vi vi phạm ở các mức độ khác

n nhau; góp phần ngăn chặn tiêu cực và có cơ sở pháp lý để xử lý các sai phạm trong đầu tư của DNNN. Hoàn thiện cơ chế và ban hành quy chế người đại diện và kiểm soát viên trong DNNN trên cơ sở quy định rõ ràng về quyền hạn, nghĩa vụ, và lợi ích để tăng cường hiệu quả giám sát.

Sửa đổi các chính sách về thuế theo hướng xoá bỏ ưu đãi đối với DNNN; nghiên cứu xoá bỏ độc quyền kinh doanh của DNNN đối với một số lĩnh vực kinh doanh đặc biệt, có điều kiện hoặc lĩnh vực đặc thù (điện, than, xăng dầu...). Kiên quyết cắt mọi ưu đãi, bao cấp cho DNNN về tiếp cận các nguồn tín dụng, tiếp cận tài nguyên thiên nhiên, đất đai, tiếp cận thông tin, nhất là thông tin về các loại quy hoạch, tiếp cận các nhà hoạch định chính sách... Đồng thời, kiên quyết không "khoanh nợ, giãn nợ" cho bất kỳ DNNN nào, Nhà nước không nhận việc trả nợ, xử lý nợ thay cho doanh nghiệp. Tăng cường công tác kiểm soát và giám sát, minh bạch công khai hóa thông tin đối với các DNNN; tăng cường các chế tài và trách nhiệm cá nhân đối với những DNNN vi phạm các quy định về quản lý, điều hành doanh nghiệp. Nghiên cứu áp dụng cơ chế thi tuyển giám đốc và thuê giám đốc DNNN, kể cả thuê giám đốc người nước ngoài giống như các nước trên thế giới.

\*\*\*

Tái cấu trúc DNNN trong giai đoạn hiện nay là khâu trọng yếu, cần sự đồng thuận và quyết tâm chính trị cao cũng như biện pháp quyết liệt. Thực hiện tái cấu trúc DNNN đồng bộ trên các phương diện chủ yếu: sở hữu, quản trị doanh nghiệp, ngành nghề, tài chính, quản lý nhà nước, hệ thống pháp luật. Tái cấu trúc DNNN theo các nội dung trên không phải là hạn chế, làm giảm vai trò DNNN; trái lại, nếu làm tốt sẽ củng cố DNNN mạnh hơn, hiệu quả hơn, tăng cường sức cạnh tranh của DNNN trong nền kinh tế hội nhập và mở cửa ■

# ĐÁNH GIÁ KHUNG PHÁP LÝ VỀ QUẢN TRỊ CÔNG TY VÀ CÁC KIẾN NGHỊ HOÀN THIỆN

LÊ VŨ NAM\*

## 1. Khái quát về quản trị công ty

Quản trị công ty (QTCT) là một khái niệm khá phổ biến ở các nước phát triển, nhưng ở Việt Nam, QTCT vẫn còn khá mới mẻ đối với các doanh nghiệp. Theo các chuyên gia của Tổ chức Tài chính quốc tế (International Finance Corporation-IFC) thì hiện “không có một định nghĩa duy nhất về QTCT có thể áp dụng cho mọi trường hợp và mọi thể chế. Những định nghĩa khác nhau về QTCT hiện hữu phần nhiều phụ thuộc vào các tác giả, thể chế cũng như quốc gia hay truyền thống pháp lý<sup>1</sup>”. IFC đã đưa ra khái niệm QTCT khá ngắn gọn, theo đó QTCT là “những cơ cấu và những quá trình để định hướng và kiểm soát công ty<sup>2</sup>”. Bộ Nguyên tắc QTCT<sup>3</sup> của các nước thuộc Tổ chức hợp tác và Phát triển kinh tế (Organization for Economic Cooperation and Development – OECD<sup>4</sup>) được Hội đồng Bộ trưởng OECD phê chuẩn lần đầu vào năm 1999, và

từ đó trở thành chuẩn mực quốc tế cho các nhà hoạch định chính sách, nhà đầu tư, công ty và các bên có quyền lợi liên quan khác trên toàn thế giới, cũng đã đưa ra khái niệm về QTCT như sau: “QTCT là những biện pháp nội bộ để điều hành và kiểm soát công ty liên quan tới các mối quan hệ giữa Ban giám đốc, Hội đồng quản trị (HĐQT) và các cổ đông của một công ty với các bên có quyền lợi liên quan. QTCT cũng tạo ra một cơ cấu để đề ra các mục tiêu của công ty và xác định các phương diện để đạt được những mục tiêu đó cũng như để giám sát kết quả hoạt động của công ty. QTCT chỉ được cho là có hiệu quả khi khích lệ được Ban giám đốc và HĐQT theo đuổi được các mục tiêu vì lợi ích của công ty và của các cổ đông, cũng như phải tạo điều kiện thuận lợi cho việc giám sát hoạt động của công ty một cách hiệu quả, từ đó khuyến khích công ty sử dụng các nguồn lực một cách tốt hơn”.

\* **TS. Khoa Luật, Trường Đại học Kinh tế -Luật, Đại học Quốc gia TP. HCM**

1 IFC: Chương trình Tư vấn của IFC tại Đông Á - Thái Bình Dương, Cẩm nang quản trị công ty, năm 2010, tr. 6.

2 IFC, *ltd*, tr. 6.

3 Xem tại: <http://www.oecd.org/dataoecd/20/17/45034702.pdf>

4 Tổ chức OECD thành lập năm 1961 trên cơ sở Tổ chức Hợp tác Kinh tế Châu Âu (OEEC) với 20 thành viên sáng lập gồm các nước có nền kinh tế phát triển trên thế giới như Mỹ, Canada và các nước Tây Âu. Hiện nay, số thành viên của OECD là 30 quốc gia. Mục tiêu ban đầu của OECD là xây dựng các nền kinh tế mạnh ở các nước thành viên, thúc đẩy và nâng cao hiệu quả kinh tế thị trường, mở rộng thương mại tự do và góp phần phát triển kinh tế ở các nước công nghiệp. Những năm gần đây, OECD đã mở rộng phạm vi hoạt động, chia sẻ kết quả nghiên cứu và kinh nghiệm phát triển cho các nước đang phát triển và các nền kinh tế đang chuyển đổi sang kinh tế thị trường.

Xem tại: [http://www.mofahcm.gov.vn/vi/tintuc\\_sk/tulieu/nr060206163738/nr060207090236/ns0602070...](http://www.mofahcm.gov.vn/vi/tintuc_sk/tulieu/nr060206163738/nr060207090236/ns0602070...)

Tại Việt Nam, khái niệm về QTCT lần đầu tiên được ghi nhận chính thức tại Quy chế QTCT áp dụng cho các công ty niêm yết trên Sở Giao dịch Chứng khoán/Trung tâm Giao dịch Chứng khoán được ban hành kèm theo Quyết định số 12/2007/QĐ-BTC ngày 13/03/2007 (Quy chế QTCT năm 2007). Tại Điểm a, Khoản 1, Điều 2 của Quy chế này đưa ra khái niệm QTCT như sau: “QTCT là hệ thống các quy tắc để đảm bảo cho công ty được định hướng điều hành và được kiểm soát một cách có hiệu quả vì quyền lợi của cổ đông và những người liên quan đến công ty”. Chúng ta có thể dễ dàng nhận ra rằng, khái niệm QTCT theo pháp luật Việt Nam là tương đối súc tích nhưng vẫn bao gồm những nội dung và nguyên tắc cơ bản của thông lệ quốc tế về QTCT.

Như vậy, có thể thấy rằng, QTCT là hệ thống các thiết chế, chính sách, quy định và quy trình được xây dựng nhằm định hướng, điều hành và kiểm soát công ty với mục tiêu đảm bảo và cân bằng quyền và lợi ích của công ty, người quản lý và cổ đông, người lao động và cả khách hàng. Qua đó, nâng cao uy tín, niềm tin, sự minh bạch của công ty, giúp công ty hoạt động hiệu quả, đạt được những mục tiêu chung đã đề ra. Thế nhưng, QTCT không những dừng lại ở các mối quan hệ nội bộ mà còn bao gồm cả những mối quan hệ bên ngoài có liên quan và tác động đến tính hiệu quả trong hoạt động của công ty như: các cơ quan quản lý nhà nước, các đối tác kinh doanh và khách hàng của công ty, cộng đồng và xã hội và đặc biệt là môi trường đầu tư, môi trường kinh doanh của một quốc gia. QTCT hiệu quả giúp hoạt động điều hành công ty được minh bạch, các nhà đầu tư được giảm thiểu rủi ro và được đối xử công bằng, trên cơ sở đó công ty dễ dàng thu hút vốn đầu tư để phát triển sản xuất, kinh doanh

góp phần phát triển kinh tế - xã hội của đất nước.

Để thực hiện QTCT một cách hiệu quả, cần phải dựa trên những nguyên tắc nền tảng nhất định. Nguyên tắc QTCT là những định hướng, tư tưởng chủ đạo chi phối toàn bộ quá trình QTCT nhằm giúp quá trình này mang lại những mục tiêu chung đã đề ra. OECD đã xây dựng 6 nguyên tắc cơ bản và khuyến nghị áp dụng đối với các công ty cổ phần (CTCP) đại chúng ở các quốc gia thành viên và “không mang tính bắt buộc và không nhằm vào các quy định chi tiết của luật pháp quốc gia”. Tuy nhiên, bộ nguyên tắc này cũng “nhằm giúp chính phủ các nước thành viên và không thành viên của OECD đánh giá và hoàn thiện khuôn khổ pháp lý, tổ chức và quản lý cho QTCT ở quốc gia họ và cung cấp các hướng dẫn và khuyến nghị cho thị trường chứng khoán, nhà đầu tư, công ty và các bên khác có vai trò trong quá trình phát triển QTCT tốt”. Các Nguyên tắc được trình bày trong phần đầu của tài liệu bao quát các lĩnh vực sau: I) Đảm bảo cơ sở cho một khuôn khổ QTCT hiệu quả; II) Quyền của cổ đông và các chức năng sở hữu chính; III) Đối xử bình đẳng đối với cổ đông; IV) Vai trò của các bên có quyền lợi liên quan; V) Công bố thông tin và tính minh bạch; và VI) Trách nhiệm của HĐQT<sup>5</sup>. Tại Việt Nam, các nguyên tắc QTCT được quy định tại Điểm a, Khoản 1 Điều 2 của Quy chế QTCT 2007 cũng bao gồm 6 nguyên tắc cơ bản: đảm bảo một cơ cấu quản trị hiệu quả; đảm bảo quyền lợi của cổ đông; đối xử công bằng giữa các cổ đông; đảm bảo vai trò của những người có quyền lợi liên quan đến công ty; minh bạch trong hoạt động của công ty; HĐQT và Ban kiểm soát (BKS) lãnh đạo và kiểm soát công ty có hiệu quả. Như vậy, chúng ta dễ dàng nhận ra là các nguyên tắc QTCT theo

5 Các nguyên tắc quản trị công ty của OECD, tr. 17-61.



pháp luật Việt Nam đã được xây dựng dựa trên những khuyến nghị của OECD. Tuy nhiên, khác với OECD, các nhà làm luật Việt Nam không có những giải thích và hướng dẫn cụ thể cho từng nguyên tắc. Điều này gây không ít khó khăn trong việc hiểu và áp dụng đúng các nguyên tắc này, tác động không ít đến tính hiệu quả của QTCT tại các doanh nghiệp.

### 2. Khung pháp lý về QTCT tại Việt Nam về cơ bản đã hình thành

Quá trình chuyển đổi cơ cấu nền kinh tế ở nước ta theo hướng từng bước hội nhập với kinh tế thế giới đã tạo điều kiện cho nhiều loại hình doanh nghiệp ra đời và phát triển, trong đó CTCP đóng vai trò quan trọng trong quá trình huy động các nguồn vốn để phát triển đất nước, thực hiện công nghiệp hóa và hiện đại hóa. Sự ra đời và phát triển mạnh mẽ của thị trường chứng khoán (TTCK) đã tạo điều kiện cho CTCP phát triển nhanh chóng cả về số lượng lẫn quy mô. Với tính chất đối vốn của mình, CTCP, đặc biệt là các công ty đại chúng dễ dàng huy động vốn thông qua TTCK từ các nhà đầu tư là tổ chức, cá nhân trong và ngoài nước để phục vụ cho hoạt động sản xuất, kinh doanh. Để CTCP đạt được mục tiêu trên đòi hỏi hoạt động của công ty phải minh bạch, quyền và lợi ích của cổ đông phải được bảo vệ và phải có sự tách bạch giữa vai trò của chủ sở hữu và người quản lý công ty trên cơ sở hoạt động hiệu quả của HĐQT và một cơ chế giám sát, kiểm soát tối ưu. Có vậy mới tạo ra một môi trường kinh doanh, đầu tư lành mạnh, hấp dẫn và TTCK mới có cơ hội để phát triển. Vì thế, QTCT không còn là vấn đề riêng của doanh nghiệp mà đã trở thành mối quan tâm của Chính phủ, các nhà hoạch định chính sách, các nhà đầu tư và của toàn xã hội.

Từ việc xác định vai trò, tầm quan trọng của QTCT trong quá trình chuyển đổi nền

kinh tế, xây dựng và phát triển đồng bộ các thiết chế cơ bản của nền kinh tế thị trường, tạo tiền đề để TTCK phát triển, hiện nay tại Việt Nam, khung pháp lý về QTCT đại chúng đã được hình thành và đang từng bước hoàn thiện.

Đầu tiên là Luật Doanh nghiệp năm 2005 (LDN 2005) với tư cách là một đạo luật quan trọng được ban hành để điều chỉnh các quan hệ phát sinh từ việc thành lập, tổ chức quản lý và hoạt động của các loại hình doanh nghiệp, bao gồm CTCP đã thiết lập cơ sở pháp lý và những nguyên tắc nền tảng cho hoạt động QTCT tại Việt Nam nói chung. Tiếp theo, Nghị định 102/2010/NĐ-CP hướng dẫn chi tiết thi hành một số điều của Luật Doanh nghiệp được Chính phủ ban hành ngày 01/10/2010 (Nghị định 102/2010/NĐ-CP) cũng đã có những quy định hướng dẫn chi tiết, bổ sung về Giám đốc/Tổng Giám đốc và thành viên HĐQT (Điều 15); quyền khởi kiện đối với thành viên HĐQT và Giám đốc/Tổng giám đốc (Điều 25); các hướng dẫn khác về Đại hội đồng cổ đông (ĐHĐCĐ) (Điều 26), về hiệu lực của nghị quyết, quyết định của ĐHĐCĐ về bầu đôn phiếu (Điều 29) đã chi tiết hóa và làm rõ hơn các quy định và nguyên tắc QTCT đã được ghi nhận trong LDN 2005. Đặc biệt, Điều 28 của Nghị định 102/2010/NĐ-CP đã tạo nên một sự đột phá về sự minh bạch của người có liên quan và các giao dịch của họ liên quan đến công ty. Theo đó, công ty phải lập danh sách người có liên quan và các giao dịch của họ liên quan đến công ty và tạo điều kiện cho cổ đông, người quản lý, thành viên BKS tiếp cận, trích lục. Bên cạnh đó, Luật Chứng khoán năm 2006 và Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Chứng khoán năm 2010 cũng đã có những quy định liên quan đến quản trị các công ty niêm yết trên TTCK. Luật Chứng khoán 2006 ấn định nguyên tắc công bằng, công khai, minh bạch

và nguyên tắc bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của nhà đầu tư (Điều 4) như những nguyên tắc chủ đạo của TTCK, là cơ sở để đảm bảo TTCK hoạt động công khai, công bằng, quyền và lợi ích của nhà đầu tư được bảo vệ. Các nguyên tắc này hoàn toàn phù hợp với các nguyên tắc QTCT theo thông lệ quốc tế... Về mặt nội dung, các nguyên tắc này là một cách viết ngắn gọn hơn các nguyên tắc đã quy định trong Quy chế về QTCT năm 2007, nhưng theo chúng tôi, nội hàm là không có sự thay đổi đáng kể. Như vậy, lần đầu tiên ở một văn bản luật của Việt Nam đã chính thức luật hóa các nguyên tắc về QTCT áp dụng cho các công ty đại chúng, chứ không chỉ dừng lại ở các công ty niêm yết như trong Quy chế về QTCT năm 2007. Trước khi Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Chứng khoán được thông qua, tại Việt Nam chỉ có các công ty có cổ phiếu niêm yết (CTNY) trên các Sở giao dịch chứng khoán/Trung tâm giao dịch chứng khoán mới có nghĩa vụ áp dụng các quy tắc về QTCT theo Quyết định 12/2007/QĐ-BTC của Bộ trưởng Bộ Tài chính và Bản Điều lệ mẫu áp dụng cho các công ty niêm yết trên Sở giao dịch chứng khoán/Trung tâm giao dịch chứng khoán ban hành kèm theo Quyết định số 15/2007/QĐ-BTC của Bộ trưởng Bộ Tài chính ngày 19/03/2007 (sau đây gọi là Điều lệ mẫu năm 2007). Đây là hai văn bản pháp quy quy định chi tiết nhất về QTCT cho đến thời điểm hiện nay. Bên cạnh đó, các văn bản khác như Nghị định 14/2007/NĐ-CP ngày 19/01/2007 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Chứng khoán; Nghị định 84/2010/NĐ-CP ngày 02/08/2010 sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định 14/2007/NĐ-CP; Thông tư 09/2009/TT-BTC của Bộ Tài chính ngày 15/01/2009 về công bố thông tin trên thị trường chứng khoán và một số văn bản khác.

Riêng lĩnh vực hoạt động ngân hàng là

lĩnh vực kinh doanh có điều kiện, có liên quan đến lợi ích của nhiều chủ thể như: chủ sở hữu, người quản lý, nhân viên của tổ chức tín dụng và khách hàng đồng thời tác động trực tiếp đến kinh tế - xã hội của đất nước đã được các nhà làm luật đặc biệt đến hoạt động quản trị, điều hành nhằm hạn chế và ngăn ngừa các rủi ro có thể xảy ra. Nghiên cứu Luật các Tổ chức tín dụng năm 2010, chúng ta có thể tìm thấy các quy định thể hiện khá rõ điều này, nhiều quy định của Luật này đã tiến dần đến thông lệ quốc tế (ví dụ như quy định về chế độ thành viên HĐQT độc lập tại Khoản 2 Điều 50).

### **3. Một số bất cập của khung pháp lý về quản trị công ty tại Việt Nam và kiến nghị hoàn thiện**

Mặc dù khung pháp lý về QTCT tại Việt Nam đã được hình thành nhằm điều chỉnh các quan hệ liên quan đến hoạt động QTCT, tuy nhiên, thực tiễn áp dụng thời gian qua đã bộc lộ nhiều vấn đề bất cập bắt đầu từ cơ chế điều chỉnh pháp luật đến chất lượng các văn bản và nội dung của các quy định cụ thể. Những vấn đề này cần phải được xem xét, phân tích và đánh giá một cách thấu đáo, khách quan để tìm ra những quy định còn khuyến khuyết, mâu thuẫn, chưa đồng bộ để từ đó hình thành các giải pháp, kiến nghị hoàn thiện.

#### ***Cơ chế điều chỉnh pháp luật đối với hoạt động QTCT đại chúng tại Việt Nam là chưa thống nhất và đồng bộ***

Xuất phát từ đặc thù của một nền kinh tế đang trong giai đoạn chuyển đổi mạnh mẽ, các quy định của pháp luật Việt Nam nói chung thường khá phân tán, trong đó có các quy định về QTCT. LDN 2005 là một đạo luật có đối tượng và phạm vi điều chỉnh khá rộng, bao gồm việc tổ chức, quản lý, điều hành và hoạt động của các nhiều loại hình doanh nghiệp, trong đó có CTCP. Với vai trò quan trọng như vậy, LDN 2005 đã có những

quy định mang tính chất nền tảng cho hoạt động QTCT tại Việt Nam như đã trình bày, nhưng vẫn chưa có quy định cụ thể nào bắt buộc các CTCP phải áp dụng bất các nguyên tắc về QTCT. Các quy định liên quan đến QTCT trong Luật này thường không mang tính ràng buộc và được thể hiện dưới dạng “nếu điều lệ không có quy định khác”<sup>6</sup>. Trong khi đó, Luật Chứng khoán năm 2006 và Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Chứng khoán năm 2010 thì lại quy định nghĩa vụ đối với các công ty đại chúng là phải áp dụng các nguyên tắc về QTCT. Luật các Tổ chức tín dụng năm 2010 cũng có cách tiếp cận tương tự đối với các tổ chức tín dụng. Sự không thống nhất trong các quy định về nghĩa vụ thực hiện QTCT giữa các văn bản luật nói trên đã hình thành một cơ chế điều chỉnh các quan hệ phát sinh trong hoạt động QTCT thiếu tính nhất quán và đồng bộ. Điều này chắc chắn đã tác động không nhỏ đến quá trình thực thi pháp luật về QTCT, ảnh hưởng đến tính công bằng trong hoạt động giữa các doanh nghiệp và môi trường đầu tư. Đáng rằng, Luật Doanh nghiệp 2005 trao quyền cho các doanh nghiệp tự chủ quyết định những vấn đề về các công việc kinh doanh và quan hệ nội bộ<sup>7</sup> là hoàn toàn đúng theo nguyên tắc và tư duy quản lý, điều hành nền kinh tế thị trường là “doanh nghiệp được làm những gì mà pháp luật không cấm” nhằm phát huy tinh thần sáng tạo, tự chủ tự chịu trách nhiệm của doanh nghiệp. Nhưng các vấn đề liên quan đến QTCT không dừng lại trong phạm vi nội bộ của doanh nghiệp mà còn vượt ra ngoài khuôn khổ đó và tác động trực tiếp đến quyền lợi của chủ sở hữu, tính hiệu quả của hoạt động kinh doanh cũng như tác động đến môi trường đầu tư và các mặt của đời sống kinh tế - xã hội. Vì vậy, QTCT nên được

xem là một trong những nghĩa vụ của các doanh nghiệp mà quy mô và phạm vi hoạt động của nó có ảnh hưởng trực tiếp đến cộng đồng, môi trường kinh doanh và môi trường đầu tư. Đó là các công ty đại chúng. Khảo sát kinh nghiệm thế giới đã chứng minh điều đó. Vì vậy, chúng tôi cho rằng, Luật Doanh nghiệp với tư cách là một đạo luật chung điều chỉnh tổ chức, quản lý và hoạt động của các doanh nghiệp cần có quy định mang tính chất nguyên tắc về vấn đề thực hiện QTCT của các doanh nghiệp. Theo đó, các CTCP đại chúng có nghĩa vụ thực hiện QTCT theo quy định của Luật Chứng khoán và các luật chuyên ngành khác; đối với các CTCP chưa phải là đại chúng thì vẫn duy trì cách tiếp cận khuyến khích áp dụng như hiện nay. Cách làm này một mặt, giúp tạo ra một cơ chế pháp lý đồng bộ và nhất quán trong việc điều chỉnh hoạt động QTCT, mặt khác, góp phần hình thành và phát triển môi trường đầu tư công bằng, minh bạch, bảo vệ quyền và lợi của doanh nghiệp và nhà đầu tư.

### ***Quy chế QTCT năm 2007 có đối tượng áp dụng khá hẹp và đã bộc lộ nhiều khuyến khuyết***

Quy chế QTCT năm 2007 chỉ được áp dụng bắt buộc đối với các công ty niêm yết. Trên cơ sở Quy chế này, các công ty niêm yết đã tiến hành xây dựng Quy chế quản trị nội bộ áp dụng tại công ty mình. Việc tuân thủ Quy chế quản trị nội bộ là cơ sở để đánh giá cơ chế quản trị của một công ty niêm yết. Điều này không chỉ có ý nghĩa trong việc tuân thủ các quy định của Nhà nước mà còn đặc biệt quan trọng đối với nhà đầu tư. Nhiều nghiên cứu cho thấy, nhà đầu tư quan tâm đến cơ chế quản trị doanh nghiệp hơn cả chỉ số doanh thu và lợi nhuận. Rõ ràng có sự tương quan chặt chẽ giữa việc thực hiện

6 Ví dụ, tại Khoản 1 Điều 111, LDN 2005 quy định: “Chủ tịch Hội đồng quản trị có thể kiêm Giám đốc hoặc Tổng giám đốc công ty nếu Điều lệ công ty không có quy định khác”.

7 Khoản 7 Điều 8 LDN 2005.

QTCT với giá cổ phiếu và kết quả hoạt động của công ty. Quản trị tốt sẽ mang lại hiệu quả cao cho nhà đầu tư và nhiều lợi ích hơn cho các thành viên khác trong công ty. Kết quả là các nhà đầu tư sẵn sàng trả giá cao hơn cho cổ phiếu của những công ty quản trị tốt. Đối với các công ty có cơ chế quản trị tốt, các ngân hàng cũng dễ dàng cho vay hơn. Vì quản trị tốt sẽ làm giảm khả năng các khoản vay được sử dụng không đúng mục đích và tăng khả năng công ty trả nợ đầy đủ và đúng hạn<sup>8</sup>. Thế nhưng, những vấn đề thu hút đầu tư và nhu cầu huy động vốn từ ngân hàng và vấn đề giá cổ phiếu không chỉ riêng là vấn đề của công ty niêm yết mà của tất cả các công ty đại chúng nói chung. Vì vậy, Quy chế QTCT cần được áp dụng rộng rãi hơn cho tất cả các công ty đại chúng. Có vậy mới đảm bảo sự bình đẳng giữa các công ty niêm yết và công ty không niêm yết; giữa nhà đầu tư trên thị trường giao dịch tập trung và nhà đầu tư trên thị trường phi tập trung, góp phần làm lành mạnh hóa và minh bạch môi trường kinh doanh tại Việt Nam.

Ngoài ra, Quy chế QTCT 2007 chưa bao quát hết các nội dung và thể hiện một cách đầy đủ các nguyên tắc về QTCT theo thông lệ quốc tế. Trước hết, chúng tôi cho rằng các quy định về quyền và nghĩa vụ của cổ đông trong Quy chế QTCT 2007 còn khá sơ sài, thiếu vắng những nội dung quan trọng như: các quyền của cổ đông được đối xử công bằng; quyền được cung cấp thông tin về tình hình tài chính và tình hình hoạt động của công ty định kỳ và bất thường; quyền được xem xét, tra cứu, trích lục các thông tin trong danh sách cổ đông có quyền biểu quyết, Điều lệ và nghị quyết của ĐHCĐ; các quy định về quyền khởi kiện của cổ đông, đặc biệt là cổ đông nhỏ đối với thành viên

HDQT, Giám đốc/Tổng Giám đốc<sup>9</sup> ... Bên cạnh đó, Quy chế cũng chưa có những quy định những vấn đề liên quan đến những vấn đề quan trọng nhằm đảm bảo tính minh bạch trong công ty như vấn đề kiểm toán nội bộ, kiểm soát nội bộ, quy tắc đạo đức trong kinh doanh của công ty và đạo đức nghề nghiệp của thành viên HDQT, BKS, Giám đốc/Tổng Giám đốc cũng chưa được đề cập.

Tiếp theo, chế định về thành viên HDQT độc lập là một trong những yếu tố đảm bảo tính khách quan và hạn chế tư lợi trong quá trình quản trị, điều hành công ty lại được đề cập chưa đúng mức, khái niệm thành viên HDQT độc lập chưa được dựa trên những cơ sở khoa học và thực tiễn nhằm đảm bảo tính độc lập của họ. Theo Điểm d Khoản 1 Điều 2 của Quy chế thì “Thành viên HDQT độc lập là thành viên HDQT không phải là Giám đốc hoặc Tổng giám đốc, Phó giám đốc hoặc Phó tổng giám đốc, kế toán trưởng và những cán bộ quản lý khác được HDQT bổ nhiệm hoặc cổ đông lớn của công ty”. Chúng tôi cho rằng, khái niệm thành viên HDQT độc lập như trên là chưa thể hiện “tính độc lập” của thành viên này và không phù hợp với thông lệ quốc tế. Thông lệ quốc tế phân biệt các dạng thành viên HDQT tùy theo mức độ liên quan của thành viên HDQT với công việc của công ty và bao gồm 3 nhóm: điều hành, không điều hành và độc lập<sup>10</sup>. Nghiên cứu kinh nghiệm của các nước cho thấy, khái niệm về thành viên HDQT độc lập vừa trình bày trên thực chất là khái niệm thành viên HDQT không điều hành chứ không phải là khái niệm thành viên HDQT độc lập. Theo IFC, “một thành viên HDQT độc lập phải được độc lập trong hành động và tư duy, và không nên có mối quan hệ hoặc các trường hợp có thể phát sinh mối quan hệ có thể ảnh

8 Xem bài *Quản trị công ty: Đừng lơ là*, tại: <http://www.saga.vn/view.aspx?id=13180>

9 Quyền này đã được quy định tại Điều 25 của Nghị định 102/2010/NĐ-CP.

10 IFC (2010), *ltd*, tr. 121.

hướng đến phán đoán độc lập của họ”<sup>11</sup>. Pháp luật mỗi quốc gia đều có những tiêu chí và điều kiện xác định tính độc lập của thành viên HĐQT độc lập<sup>12</sup>. Thiết nghĩ, các nhà làm luật Việt Nam cũng cần tham khảo kinh nghiệm của các nước trong việc hình thành khái niệm thành viên HĐQT độc lập trên cơ sở các điều kiện và tiêu chí phù hợp với thông lệ quốc tế.

Một điều đáng chú ý nữa là trong Quy chế QTCT 2007 vẫn còn những quy định khá mập mờ, chung chung và không rõ nghĩa, gây không ít khó khăn cho các doanh nghiệp trong quá trình áp dụng như: “HĐQT của công ty xây dựng một cơ chế liên lạc thường xuyên với các cổ đông lớn” (Khoản 1 Điều 5) hay “Công ty niêm yết quy định về trình tự, thủ tục triệu tập và biểu quyết tại ĐHCĐ gồm các nội dung chính sau... Cách thức kiểm phiếu, đối với những vấn đề nhạy cảm và nếu cổ đông có yêu cầu, công ty niêm yết phải chỉ định tổ chức trung lập thực hiện việc thu thập và kiểm phiếu” (Điểm d Khoản 1 Điều 6) hoặc “Số lượng thành viên HĐQT ít nhất là năm (05) người và nhiều nhất là mười một (11) người, trong đó khoảng một phần ba tổng số thành viên HĐQT là thành viên độc lập không điều hành” (Khoản 1 Điều 11)... Bên cạnh đó, một vài quy định của Quy chế QTCT 2007 theo quan sát của chúng tôi là chưa thật sự phù hợp với LDN 2005. Khoản 2, Điều 11 của Quy chế QTCT 2007 có quy định cho phép HĐQT trong trường hợp có một thành viên bị mất tư cách thành viên theo quy định của pháp luật và Điều lệ công ty, bị cách chức hoặc vì một lý do nào đó không thể tiếp tục làm thành viên, HĐQT có quyền “bổ nhiệm người khác thay thế” và “thành viên HĐQT thay thế trong trường hợp này phải

được biểu quyết thông qua tại ĐHCĐ gần nhất”. Trong khi đó, Điểm c Khoản 2 Điều 96, LDN 2005 quy định, việc bầu thành viên HĐQT là thuộc thẩm quyền của ĐHCĐ và Khoản 3 Điều 115 cũng của Luật này thì, khi phát sinh chỗ trống trong HĐQT, chỉ có ĐHCĐ mới có thể bầu bổ sung thành viên mới. Việc Quy chế QTCT 2007 có quy định cho phép HĐQT bổ nhiệm thành viên HĐQT rõ ràng là trái với LDN 2005 và tiềm ẩn những rủi ro rất lớn cho công ty khi xảy ra trường hợp ĐHCĐ không phê chuẩn thành viên mới được bổ nhiệm bởi HĐQT, hoặc tệ hơn nữa là cổ đông khởi kiện tại Tòa án yêu cầu hủy bỏ quyết định trái LDN 2005. Hậu quả của việc này có thể rất lớn nếu có thành viên HĐQT bị hủy bỏ tư cách, dẫn đến việc xem xét lại tính hợp pháp của tất cả các cuộc họp HĐQT mà thành viên đó đã tham gia cũng như tính hợp pháp của các quyết định đã được HĐQT thông qua trong các cuộc họp đó.

Với những khiếm khuyết trên, rõ ràng là đã đến lúc cần phải xem xét sửa đổi, bổ sung hoặc ban hành Quy chế mới về QTCT tại Việt Nam. Một Dự thảo quy chế mới cần xem xét loại bỏ những bất cập, hạn chế mà chúng tôi đã trình bày. Đồng thời, cần giải thích rõ nội hàm của từng nguyên tắc QTCT chứ không nên dừng lại ở mức độ liệt kê như hiện nay. Thực tế cho thấy, chế định về QTCT và bản thân những khái niệm, nguyên tắc liên quan đến nó được du nhập vào Việt Nam từ các quốc gia có nền kinh tế phát triển dưới áp lực và nhu cầu của quá trình hội nhập và từng bước đã được “nội luật hóa” trong các văn bản pháp luật. Do vậy mà nội dung các quy định và nguyên tắc về QTCT, phần lớn là được dịch từ tiếng nước ngoài với những thuật ngữ mới lạ gây không

11 *International Finance Corporation (2002), Indicative Independent Director Definition*

12 Ví dụ: Quy chế niêm yết chứng khoán tại SGDCK Hồng Kông quy định, thành viên HĐQT độc lập không điều hành phải: 1) Là người không có trách nhiệm hành chính hoặc quản lý tại công ty; 2) Là người độc lập về quản lý, không có mối quan hệ trực tiếp với người quản lý công ty; 3) Là người không có bất kỳ lợi ích khác ngoài thù lao được trả cho vai trò thành viên độc lập (Xem tại: *Rules Governing the Listing of Securities on the Stock Exchange of Hong Kong Ltd (2005)*). Tại Việt Nam, Nghị định 59/2009/NĐ-CP của Chính phủ về tổ chức và hoạt động của ngân hàng thương mại cổ phần ngày 16/07/2009 đã đưa ra 9 nhóm điều kiện đối với thành viên HĐQT độc lập (Điều 22).

ít khó khăn cho những người quản lý công ty và các viên chức của cơ quan nhà nước trong việc hiểu và nắm bắt nội dung, yêu cầu của từng quy định. Có lẽ đây là một trong những nguyên nhân dẫn đến việc thực hiện QTCT con mang tính mơ hồ, đối phó từ phía các công ty niêm yết thời gian qua. Từ đó cho thấy sự cần thiết phải giải thích một cách rõ ràng các khái niệm và những nguyên tắc về QTCT.

### ***Điều lệ mẫu áp dụng cho các công ty niêm yết còn nhiều bất cập, chưa đảm bảo tính phù hợp với LDN 2005***

Bất cập đầu tiên trong việc áp dụng Điều lệ mẫu là thiếu sự giải thích về vai trò, ý nghĩa và cách thức vận dụng Điều lệ mẫu từ phía các nhà làm luật. Tuy pháp luật hiện hành không đưa ra khái niệm về điều lệ công ty nhưng theo cách hiểu thông thường, Điều lệ của các CTCP là văn bản ghi nhận các thỏa thuận giữa những người góp vốn về việc thành lập công ty và được xem là “bộ luật” cơ bản của công ty. Về nguyên tắc, nội dung của Điều lệ công ty là do các cổ đông thỏa thuận miễn là không được trái với pháp luật. Điều 22 LDN 2005 quy định về nội dung điều lệ công ty liệt kê 15 nội dung quan trọng mà điều lệ một công ty phải có và cũng quy định thêm: “các nội dung khác do thành viên, cổ đông thỏa thuận nhưng không được trái với quy định của pháp luật”. Nội dung Quyết định số 15/2007/QĐ-BTC chỉ ghi đơn giản: “Ban hành kèm theo Quyết định này Điều lệ mẫu áp dụng cho các công ty niêm yết trên Sở Giao dịch chứng khoán/Trung tâm Giao dịch chứng khoán”, nên đã dẫn đến nhiều cách hiểu khác nhau về tính chất “mẫu” của Điều lệ mẫu được ban hành kèm theo Quyết định này. Cả cơ quan nhà nước và cổ đông của công ty niêm yết đều rất lúng túng trong việc tuân thủ các quy định của Điều lệ mẫu. Nội dung Điều lệ mẫu có 57

điều, quy định nhiều vấn đề liên quan đến tổ chức, hoạt động của CTNY. Ban soạn thảo Điều lệ của nhiều công ty sắp niêm yết thường bối rối với câu hỏi, họ phải vận dụng nội dung của 57 điều này vào thực tế hoạt động của công ty như thế nào cho phù hợp? Ngoài nội dung 57 điều này, có thể thêm hoặc bỏ bớt đi được không, vì nhiều vấn đề thực tế đã được quy định trong LDN 2005. Chuyên viên các Sở GDCK cũng có cách hiểu khác nhau về tính chất “mẫu” của Điều lệ mẫu này, có chuyên viên yêu cầu CTNY áp dụng nguyên nội dung Điều lệ mẫu, có chuyên viên lại chấp nhận cho sửa đổi, bổ sung nội dung, miễn là không trái với quy định của pháp luật và các điều khoản khác trong Điều lệ mẫu<sup>13</sup>. Theo một đánh giá, việc áp dụng các nguyên tắc quản trị và điều lệ mẫu trong các doanh nghiệp vẫn còn mang tính hình thức. Chẳng hạn, Điều lệ mẫu được ban hành, đa số công ty niêm yết “sao chép” luôn mà không cụ thể hóa theo các đặc điểm của riêng mình<sup>14</sup>.

Bên cạnh đó, đi sâu phân tích nội dung các quy định trong Điều lệ mẫu cũng đã cho thấy có khá nhiều quy định bất cập và một số trường hợp không thống nhất với LDN 2005. Cụ thể là:

**Thứ nhất**, về trình tự triệu tập họp ĐHĐCĐ, Điểm a Khoản 1 Điều 17 của Điều lệ mẫu quy định, người triệu tập cuộc họp ĐHĐCĐ phải chuẩn bị danh sách các cổ đông đủ điều kiện tham gia và biểu quyết tại đại hội trong vòng 30 ngày trước ngày bắt đầu tiến hành ĐHĐCĐ. Đối chiếu với nội dung tương tự ta thấy, LDN 2005 có quy định trái hẳn quy định trên. Theo Khoản 1 Điều 98 LDN 2005 thì danh sách cổ đông có quyền dự họp ĐHĐCĐ được lập khi có quyết định triệu tập và phải lập xong chậm nhất 30 ngày trước ngày khai mạc họp ĐHĐCĐ nêu Điều lệ công ty không quy

13 Nguyễn Kim Long (2009), “Điều lệ mẫu cho công ty niêm yết: mẫu đến đâu?”, *Đầu tư chứng khoán*, số 116, tr:9 và 21.

14 Hoàng Nguyên, “Nâng cao chất lượng quản trị Công ty niêm yết: Đừng để chỉ là hình thức”, *Lao Động*, số 256, ngày 11/11/2009

định một thời hạn khác ngắn hơn. Sự khác biệt ở đây là thời hạn “trong vòng 30 ngày” và “chậm nhất 30 ngày”. Để thực hiện được quy định của Điều lệ mẫu và không trái LDN 2005 thì CTNY chỉ có cách lập danh sách cổ đông dự họp chính xác 30 ngày trước ngày dự họp, nếu sớm hơn thì vi phạm Điều lệ mẫu và chậm hơn thì vi phạm LDN 2005. Thực tế, hầu như không có công ty niêm yết nào thực hiện được đúng như vậy.

**Thứ hai**, Khoản 6 Điều 25, Điều lệ mẫu có quy định "Trừ khi luật pháp và Điều lệ quy định khác, HĐQT có thể uỷ quyền cho nhân viên cấp dưới và các cán bộ quản lý đại diện xử lý công việc thay mặt cho công ty". Chúng tôi cho rằng, quy định này không hợp lý và trái với tinh thần của Quy chế QTCT và Điều lệ mẫu là tạo ra cơ sở pháp lý giúp công ty quản trị, điều hành minh bạch và hiệu quả. Việc uỷ quyền cho “nhân viên cấp dưới” và “các cán bộ quản lý” nhưng không quy định là cấp nào cụ thể dễ dẫn đến hành vi lạm quyền một cách cố ý hoặc vô ý gây thiệt hại cho CTNY. Mặt khác, quy định trên là trái với Khoản 4 Điều 2 của chính Điều lệ mẫu. Theo đó, người đại diện theo pháp luật của công ty là Giám đốc/Tổng giám đốc hoặc Chủ tịch HĐQT, tùy theo quy định của Điều lệ. Điều 95 LDN 2005 cũng có quy định tương tự. Quy định trên cũng trái với quy định về đại diện pháp nhân và về quan hệ uỷ quyền tại Điều 91 và các Điều 139 đến 143 Bộ luật Dân sự đã có hiệu lực từ ngày 01/01/2006.

**Thứ ba**, theo qui định tại Khoản 10 Điều 19, Điều lệ mẫu, HĐQT có thể yêu cầu các cổ đông hoặc đại diện được uỷ quyền tham dự ĐHĐCĐ chịu sự kiểm tra hoặc các biện pháp an ninh mà HĐQT cho là thích hợp. Trường hợp có cổ đông hoặc đại diện được uỷ quyền không chịu tuân thủ những quy định về kiểm tra hoặc các biện pháp an ninh nói trên, HĐQT sau khi xem xét một cách cẩn trọng có thể từ chối hoặc trục xuất cổ đông hoặc đại diện nói trên tham gia Đại hội. Qui

định này hoàn toàn trái với Điểm a Khoản 1 Điều 79 của LDN 2005 là cổ đông có quyền tham dự và phát biểu trong các ĐHĐCĐ và thực hiện quyền biểu quyết trực tiếp hoặc thông qua đại diện được uỷ quyền. Theo qui định này thì rõ ràng không có cá nhân, tổ chức nào có quyền ngăn cản cổ đông tham dự ĐHĐCĐ. Ấy vậy mà Điều lệ mẫu bằng quy định trên đã cho phép HĐQT được hạn chế một quyền rất quan trọng của cổ đông.

Những phân tích trên đây cho thấy, đã đến lúc phải xem xét, sửa đổi nội dung Điều lệ mẫu để khắc phục những tồn tại hiện nay và hướng dẫn chi tiết hơn về tính chất của Điều lệ mẫu, giúp cho các cổ đông, CTCP và tổ chức tư vấn trên thị trường thực hiện các quyền, nghĩa vụ của mình một cách dễ dàng nhất. Việc sửa đổi này cần được tiến hành trên cơ sở tham khảo kinh nghiệm về thông lệ QTCT của các nước mà vẫn đảm bảo thống nhất với Bộ luật Dân sự 2006, LDN 2005, Luật Chứng khoán 2006 và các văn bản pháp luật khác có liên quan nhằm tạo ra một sự thống nhất và đồng bộ cần thiết - một yếu tố quan trọng để đảm bảo tính thực thi cao. Bên cạnh đó, cần có quy định giải thích ý nghĩa, vai trò và xác định các nguyên tắc cơ bản trong việc áp dụng các quy định trong Điều lệ mẫu trong quá trình xây dựng bản Điều lệ của công ty. Mặt khác, cần mở rộng phạm vi áp dụng Điều lệ mẫu là bao gồm tất cả các công ty đại chúng tại Việt Nam.

**Tóm lại**, khung pháp lý về QTCT đại chúng tại Việt Nam mặc dù đã hình thành nhưng cần tiếp tục hoàn thiện. Quá trình này đòi hỏi phải có sự nghiên cứu, phân tích, đánh giá các quy định hiện hành kết hợp với kinh nghiệm từ thực tế áp dụng pháp luật, trên cơ sở tham khảo kinh nghiệm của các nước có nền kinh tế và hệ thống pháp luật phát triển. Sự hoàn thiện pháp luật về QTCT đại chúng chắc chắn đóng vai trò không nhỏ trong việc cải thiện môi trường đầu tư và môi trường kinh doanh, góp phần do các công ty đại chúng hoạt động hiệu quả hơn ■

# Đặc điểm và một số nguyên nhân dẫn đến VI PHẠM PHÁP LUẬT CỦA NGƯỜI CHƯA THÀNH NIÊN

HOÀNG MINH KHÔI\*

## 1. Đặc điểm vi phạm pháp luật của người chưa thành niên

Người chưa thành niên (NCTN) là người ở độ tuổi chuyển tiếp của sự tăng trưởng, phát triển từ độ tuổi “trẻ em” đến thời điểm bắt đầu của tuổi trưởng thành - là giai đoạn thay đổi quan trọng nhất về thể chất, cảm xúc và ý thức xã hội diễn ra ở mỗi cá nhân. Sự tăng trưởng của các tuyến nội tiết đã thúc đẩy phát triển các bộ phận cơ thể trưởng thành theo một trình tự nhất định. Đây là giai đoạn “quá độ”, sự phát triển tâm lý rất phức tạp, mẫn cảm, dễ thay đổi và khó lường trước. Tâm lý học xác định quá trình hình thành và phát triển của NCTN phụ thuộc mạnh mẽ về tâm sinh lý, tùy thuộc độ tuổi, nhưng ở mức độ không đồng đều và với những dấu hiệu tâm sinh lý rất khác nhau ở mỗi giới tính<sup>1</sup>; đồng thời có thể bị phân hóa để tạo thành tính cách khác nhau khi bị tác động bởi những môi trường, điều kiện, hoàn cảnh khác nhau.

Xuất phát từ những đặc điểm riêng của

sự phát triển tâm sinh lý đó, nên khi NCTN thực hiện hành vi vi phạm pháp luật (VPPL) thường xuất phát từ nhiều yếu tố khác nhau và do đó, VPPL của NCTN có các đặc điểm, cơ chế khác với hành vi VPPL của người đã thành niên.

### *Do tác động môi trường*

Đối với những NCTN có điều kiện, mức sống bình thường thì hoạt động xã hội của họ ở giai đoạn này chủ yếu là môi trường học tập tại nhà trường. Sự giao tiếp bạn bè cùng lứa và các mối quan hệ cá nhân ngày càng gắn bó, mở rộng và chịu ảnh hưởng từ quan hệ bạn bè rất mạnh, thậm chí là nghe theo lời bạn nhiều hơn nghe lời khuyên can của cha mẹ, gia đình. Tính cách của các em thường phát triển theo khuynh hướng thích chứng tỏ “đã” là người lớn và mong muốn người xung quanh thừa nhận; do vậy, thường gặp sai lầm trong khi muốn xử lý gấp mọi vấn đề khó khăn gặp phải, nhằm chứng tỏ sự trưởng thành của mình. Nhiều trường hợp NCTN ở giai đoạn này đã tỏ ra khó chịu, tự

\* **ThS. Phòng Tư pháp UBND Quận 2 TP. Hồ Chí Minh.**

1 Thường là một trẻ em nữ 13-14 tuổi có tính cách phát triển tương đương với một trẻ em trai 15-16 tuổi.



ái, thậm chí trở nên hung dữ khi bị coi là còn con nít hoặc bị người lớn gọi là “chú bé”, “cô bé”. Sự tự trọng thái quá trở thành tự tôn hay tự ti, mặc cảm và khi bị xúc phạm, dễ có tâm lý tiêu cực, mà hệ quả thông thường là phản ứng bằng những hành vi sai trái hoặc hành vi VPPL. Những NCTN này thường thiếu tự chủ, luôn hướng tới sự ham thích mới lạ, hiếu động, bông bột và dễ sa ngã. Nhiều em dễ bị kích động, dễ bị lôi kéo vào những hoạt động phiêu lưu, mạo hiểm, muốn trở thành “người hùng” để bạn bè khâm phục. Những em bị mặc cảm do kết quả học tập sa sút và bị thầy cô, gia đình khiển trách, bạn bè chế giễu... cũng dễ có hành vi sai trái hoặc hành vi VPPL. Khác với người thành niên khi VPPL luôn có động cơ, mục đích cụ thể, những NCTN thường VPPL với suy nghĩ rất đơn giản, thậm chí chỉ do nguyên nhân hiếu thắng, không tự chủ mà họ đã gây ra nhiều vụ VPPL rất nghiêm trọng và họ thường có xu hướng sử dụng bạo lực thể chất, như gây rối trật tự công cộng, cố ý gây thương tích...

Như vậy, đặc điểm trước hết trong VPPL của NCTN hầu hết là do tác động của môi trường, điều này cũng giải thích vì sao động cơ, mục đích VPPL của NCTN thường là bột phát, nhất thời và không rõ ràng. Cũng do hành động a dua, hùa theo bạn bè làm trái pháp luật, nên VPPL của NCTN còn có yếu tố vi phạm tập thể, tuy chưa đến mức VPPL có tổ chức (vì thiếu dấu hiệu thống nhất ý chí, phân công thực hiện...), nhưng là cách thức nhiều người cùng thực hiện một loại hành vi trái pháp luật, điều này thể hiện rõ nhất trong các vụ gây rối trật tự công cộng, đua xe trái phép...

Ý nghĩa của đặc điểm này giúp ta khái quát được nguyên nhân cơ bản dẫn đến VPPL của NCTN, từ đó có biện pháp chủ động trong ngăn chặn, phòng ngừa vi phạm, tội phạm ở các lứa tuổi chưa thành niên.

### **Cách thức thực hiện vi phạm đơn giản**

Người thành niên khi thực hiện hành vi trái pháp luật vì kiếm lợi bất chính thì cách thức, thủ đoạn tiến hành thường được chuẩn bị trước, có khi rất tinh vi, phức tạp và quyết tâm hoàn thành hành vi dù có trở ngại khách quan. Trái lại, đối với NCTN, nhất là những em có hoàn cảnh đặc biệt, như khuyết tật, mồ côi, không nơi nương tựa, bị bỏ rơi, bỏ nhà sống lang thang, những em là nạn nhân của bạo lực gia đình, nạn nhân của nghiện ngập ma túy; những em có thói quen đua đòi mua sắm, tiêu xài sang trọng... (thuộc trường hợp NCTN có nguy cơ<sup>2</sup>) thì cách thức, hành vi VPPL đơn giản hơn nhiều. Các em này thường bị áp lực do lệ thuộc về vật chất, nghiện ngập, nên dễ bị người lớn điều khiển, sai khiến hoặc tự mình tham gia những việc làm trái pháp luật như mua bán ma túy, trộm cắp, cướp giật, cướp; có thể có đồng phạm cùng tham gia, nhưng chỉ là VPPL mang tính tổ chức giản đơn nên quyết tâm VPPL không cao<sup>3</sup> ... Và khi thực hiện hành vi VPPL do bị người khác điều khiển, xúi giục hoặc vì nhu cầu vật chất cá nhân thì hành vi VPPL của các em thường có đặc điểm dễ nhận thấy là hành động phạm pháp đơn giản, nhanh lẹ vội vã và ít có quyết tâm thực hiện đến cùng nếu bị ngăn trở. Mặt khác, cũng do độ tuổi nên khi phạm pháp, các em thường không lường trước, lường hết được sự nguy hiểm, tác động và hậu quả của hành vi mà mình sẽ thực hiện; nhiều trường hợp làm trái pháp

2 NCTN có nguy cơ (At-risk Youth): là người dưới 18 tuổi có nguy cơ VPPL do hoàn cảnh riêng của bản thân như không có nơi cư trú nhất định, thiếu sự giám sát của bố mẹ, bạo lực trong gia đình, gia đình tan vỡ, nghèo đói v.v.; Bộ Tư pháp, Thuật ngữ tư pháp NCTN, NCTN có nguy cơ, Công ty In - Thương mại Thông tấn xã Việt Nam, Hà Nội, 2009, tr.72:

3 Nghị định 128/NĐ-CP đã bỏ cụm từ “chặt chẽ” trong quy định tại Điều 6 về tình tiết tăng nặng “Vi phạm có tổ chức là trường hợp có hai người trở lên cấu kết (thay vì ở NĐ 134/NĐ-CP là “cấu kết chặt chẽ”) với nhau, cố ý cùng thực hiện hành vi vi phạm hành chính”.

luật, có hậu quả nghiêm trọng xảy ra, được người lớn giải thích các em mới biết sai trái của mình. Nghiên cứu thấu đáo đặc điểm này sẽ giúp xem xét dấu hiệu lỗi trong mặt chủ quan của hành vi VPPL của NCTN. Khi là lỗi cố ý trực tiếp thì mới có căn cứ quy kết hành vi trái pháp luật của họ là VPPL và xác định trách nhiệm pháp lý; còn nếu là lỗi gián tiếp hay lỗi vô ý thì sẽ không cấu thành VPPL của NCTN, nhất là đối với trẻ em theo các quy định của pháp luật về độ tuổi.

Ý nghĩa của đặc điểm này giúp cho cơ quan, người có thẩm quyền xử lý VPPL của NCTN có nhận thức đúng đắn về hành vi VPPL của họ và từ đó thực hiện áp dụng biện pháp xử lý phù hợp.

### **Môi trường vi phạm hạn chế**

Theo quy định của pháp luật, NCTN chỉ được thừa nhận là chủ thể có quyền và nghĩa vụ trong một số quan hệ xã hội nhất định (hợp đồng lao động dịch vụ, lao động giản đơn). Vì lý do đó, trong thực tế đời sống, sinh hoạt, NCTN chỉ có khả năng, điều kiện tham gia trong một số môi trường xã hội nhất định, hay nói theo quan điểm cấu thành vi phạm thì NCTN chỉ có thể có điều kiện xâm hại một số khách thể nhất định được pháp luật bảo vệ, như: trật tự công cộng, quyền sở hữu (chủ yếu là sở hữu tư nhân). Ví dụ: Khoản 1 Điều 77 Luật Tố tụng hành chính quy định về giao nộp chứng cứ: “Đương sự có quyền và nghĩa vụ giao nộp chứng cứ cho Tòa án; nếu đương sự không nộp hoặc nộp không đầy đủ thì phải chịu hậu quả...”, nhưng nếu đương sự là NCTN, thì phải tuân theo quy định tại khoản 4 Điều 48, là: “Trường hợp đương sự là NCTN... thực hiện quyền và nghĩa vụ của đương sự trong tố tụng hành chính thông qua người đại diện theo pháp luật”. Hoặc Điều 102 Bộ luật Hình sự (BLHS) quy định Tội không cứu giúp người đang ở trong tình trạng nguy hiểm đến tính mạng, đây là loại hành vi “không hành

động” bị coi là phạm tội (khi có hậu quả chết người), nhưng quy định này không thể áp dụng với NCTN, vì luật quy định phải là người có đủ điều kiện mà không cứu giúp thì mới phải chịu trách nhiệm pháp lý, trong khi NCTN là người chưa đến tuổi trưởng thành, tức là chưa có đủ điều kiện về năng lực hành vi, nên không thể đòi hỏi họ phải có nghĩa vụ pháp lý như người thành niên.

Hoặc có những quan hệ xã hội mà dù có cố ý, NCTN cũng không thể tham gia, không thể có điều kiện thực hiện hành vi trái pháp luật, như trong các quan hệ pháp luật về chức vụ, về các hoạt động tư pháp hoặc quản lý kinh tế...; như vậy, VPPL của NCTN còn có đặc điểm là chỉ có thể xảy ra trong những môi trường, hay nói cách khác là trong một số quan hệ xã hội nhất định.

Ý nghĩa đặc điểm này giúp ta xác định và giới hạn được phạm vi VPPL của NCTN, làm cơ sở xác định trách nhiệm, quyền hạn trong xử lý, phòng ngừa.

## **2. Các nguyên nhân cơ bản dẫn đến vi phạm pháp luật của người chưa thành niên**

Tình hình NCTN VPPL hiện đang là vấn đề bức xúc của xã hội. Nếu trước đây, VPPL của NCTN thường đơn giản, tập trung trong một số hành vi hoặc một nhóm hành vi nhất định về trật tự công cộng, thì hiện nay, hầu hết là những hành vi xâm hại tài sản, xâm hại tính mạng, sức khỏe và gần đây có thêm loại VPPL mới trong lĩnh vực truyền thông lại đang phát triển phức tạp. Cần thiết phải nắm bắt được thực chất quá trình diễn biến các VPPL của NCTN, đánh giá được cơ chế VPPL của họ, cũng như nhận diện rõ hơn về cơ sở khách quan, điều kiện nội tại cho sự phát triển các VPPL của NCTN, để nhận thức, xử lý và phòng ngừa có hiệu quả cao hơn.

Theo các quy định của pháp luật thì độ tuổi là cơ sở pháp lý quyết định cơ bản trong

việc xác định VPPL của NCTN và trách nhiệm pháp lý của họ; nhưng xét theo nội dung nghiên cứu về VPPL của NCTN thì độ tuổi không phải là yếu tố quyết định. Bởi lẽ, độ tuổi là một khái niệm vừa mang tính khoa học, vừa mang tính pháp lý thuộc yếu tố thể chất tự nhiên của chủ thể NCTN; vì vậy, nó không phải là cơ sở khách quan xã hội, không phải là yếu tố định hướng hay quyết định hình thành nên tính cách của NCTN. Nói cách khác, độ tuổi chỉ là một trong các điều kiện tự nhiên góp phần tác động phụ vào quá trình hình thành tính cách của NCTN mà thôi; còn những yếu tố chủ yếu tạo nên thái độ, hành vi ứng xử của NCTN đối với cuộc sống, đối với cộng đồng chính là những yếu tố về môi trường sống, môi trường giáo dục và môi trường giao tiếp của gia đình, nhà trường và xã hội kề cận xung quanh.

Có thể nói, hầu hết VPPL của NCTN đều có căn nguyên từ sự tác động của môi trường gia đình, nhà trường và xã hội. Song, quá trình hình thành VPPL của NCTN không phải lúc nào cũng được biểu hiện rõ ràng để có thể phân tích đơn giản và cũng không phải chỉ cần mô tả, chứng minh và giải quyết một lần là xong. Vì vậy, nghiên cứu toàn diện về môi trường gia đình, nhà trường và xã hội - cơ sở và điều kiện cơ bản làm nảy sinh VPPL của NCTN trong những hoàn cảnh cụ thể và trong từng môi trường, hoàn cảnh cụ thể đó, loại VPPL phổ biến của NCTN là thế nào - thì mới có cơ sở khách quan để đề ra việc xử lý và phòng ngừa VPPL của NCTN một cách phù hợp.

### ***Hoàn cảnh gia đình***

Gia đình bao giờ cũng là môi trường ảnh hưởng đầu tiên và xuyên suốt quá trình hình thành và phát triển nhân cách của NCTN.

NCTN luôn chịu tác động bởi không khí thương yêu, hòa thuận, đùm bọc trong gia đình. NCTN cũng chịu sự ảnh hưởng cực lớn từ cách thức xử sự và mối quan hệ của cha mẹ họ với nhau, với các thành viên ruột thịt khác. Cha mẹ họ luôn là hình ảnh mẫu mực về người lớn, người chịu trách nhiệm đối với gia đình và xã hội... nên NCTN có chiều hướng giống các đức tính của cha mẹ mình nhiều hơn là không giống họ. Dù tự giác hay không tự giác, thì NCTN vẫn học theo cách ứng xử mà họ thấy từ cha mẹ bộc lộ trong cuộc sống thường ngày, cho nên họ thường tin vào việc làm chứ không phải vào lời nói. Cũng do NCTN có sự đặc biệt nhạy cảm với tình cảm của cha mẹ đối với họ, nên có lúc, chỉ một lời chỉ trích bóng gió thôi cũng đủ gây tác hại đối với họ. Nhiều khi, cha mẹ chỉ than phiền về gánh nặng tài chính đối với đứa con, về giá cả sinh hoạt đắt đỏ, về sự leo thang của giá thực phẩm, áo quần, học phí, giải trí... cũng khiến NCTN cảm thấy mặc cảm tội lỗi và tự nghĩ vì mình là kẻ vô tích sự, là gánh nặng của cha mẹ, là người không giúp đỡ được gia đình<sup>4</sup>. Mặc cảm này dễ kèm theo các phản ứng tiêu cực. Nhiều NCTN bắt đầu nghỉ học thất thường để hy vọng tìm kiếm việc làm thêm và làm thêm; ban đầu là với mong muốn chia sẻ gánh nặng gia đình, nhưng lâu thì quen dần với việc bỏ học, bị bạn bè, thầy cô than phiền, xa lánh... và sau đó, có thể là sẽ bỏ học, theo rủi rờ của bạn bè xấu để VPPL. Hành vi ban đầu trong những tình thế đó thường là trộm cắp vặt, hành động du côn, “xin đầu”, dựa vào kẻ xấu mới quen để “trả thù” những bạn cùng lớp trường đã chế giễu, coi thường họ trước đây.

Những NCTN khác có gia đình khá giả - một số em lại là con duy nhất nên được cưng chiều từ nhỏ - nhưng vẫn VPPL. Tuy

<sup>4</sup> Theo số liệu thống kê tội phạm học, trẻ em phạm pháp có nguồn gốc gia đình làm nghề buôn bán bất hợp pháp chiếm 51,94%, gia đình có người phạm tội hình sự chiếm 40%, 30% trẻ phạm tội có bố, mẹ hoặc cả hai nghiện hút. Có trường hợp bố mẹ trực tiếp đẩy con ra đường, xúi giục chúng làm những điều bất chính khiến trẻ bỏ nhà đi hoang, sống bụi, trộm cắp. Theo số liệu của Viện Kiểm sát Nhân dân TP.Hà Nội, tỉ lệ NCTN có hành vi trộm cắp tài sản đồng phạm với bố mẹ là 5%. Nguồn [www.vietnam.net](http://www.vietnam.net)

số này không nhiều trong số NCTN VPPL và mức độ, tần suất VPPL của họ cũng không cao, nhưng cũng là vấn đề phải xem xét. Sự VPPL của họ thường có nguồn gốc từ sự buông lỏng, thiếu phối hợp quản lý của gia đình với nhà trường. Điều kiện vật chất khá giả của gia đình và sự quản lý lỏng lẻo cũng thường khiến họ nhanh chóng sa đà vào những thú vui hưởng thụ vật chất tầm thường (games bạo lực, đua xe cảm giác mạnh, ăn nhậu, quây phá, nghiện hút...) đến những hành vi phạm pháp. Kết quả học tập sa sút, bỏ học nhiều ngày, thậm chí cả tháng gia đình mới biết, và thay vì nhận ra thiếu sót quản lý của mình, các bậc phụ huynh lại quay sang trách phạt, đổ lỗi tại con đã tự làm hư hỏng bản thân. Đây cũng là con đường dẫn NCTN đến bất mãn, chán nản, bỏ nhà và dễ rơi vào tay những kẻ ma-cô, hút chích ma túy luôn muốn tìm những nạn nhân có gia đình giàu có để bòn rút tiền bạc.

Quan hệ tình cảm giữa cha mẹ với nhau ảnh hưởng lớn đến tình cảm của người vị thành niên về bản thân và về người khác. Nếu cha mẹ thương yêu và chăm sóc lẫn nhau thì NCTN cũng học được cách suy nghĩ và ứng xử như vậy. Nếu cha mẹ thường xuyên ẩu đả, cãi vã thì NCTN cũng học được cách ứng xử đó, vì những NCTN vốn ngây thơ, khi hằng ngày phải chứng kiến cảnh bạo lực, họ sẽ quen dần và dễ nhận thức một cách tự nhiên rằng, bạo lực là cách giải quyết vấn đề trong gia đình và xã hội. Sự tác động cộng hưởng từ sách báo, phim ảnh, games bạo lực hay các hành vi bạo lực ngoài xã hội... cũng sẽ góp phần tích cực vào việc hình thành nhân cách tiêu cực theo hướng sống bạo lực ở NCTN. VPPL của nhóm NCTN này đa số là quây phá, ngông nghênh, gây rối trật tự công cộng và phát triển cao hơn là kết thành băng nhóm chuyên phá phách, sinh sự đánh nhau, gây thương tích,

thậm chí sa vào việc đâm chém, giết người. Đáng chú ý về nhóm những NCTN phạm pháp có nguồn gốc từ bạo lực gia đình là khi còn nhỏ, yếu đuối, họ là nạn nhân của bạo lực gia đình, nhưng khi lớn lên, có sức mạnh, lại đã nuôi dưỡng sự hận thù bị hành hạ từ trước, nên họ dễ dàng trở thành những người gây ra cảnh bạo hành ở chính gia đình mình. Đã xảy ra rất nhiều những bi kịch gia đình từ sự đối xử, hành hạ của con cháu đối với ông bà, cha mẹ mà nguyên nhân sâu sa của nhiều vụ việc đó là từ lý do “trả thù” của NCTN đối với người thân trong gia đình.

Một dạng VPPL khác cũng có nguồn gốc phát sinh, phát triển từ phương diện gia đình, đó là những NCTN thiếu vắng cuộc sống gia đình do có hoàn cảnh mồ côi, sống lang thang, bụi đời, làm bất cứ việc gì để sinh sống, hoặc là những NCTN có gia đình nghèo phải lao động sớm..., và sống theo logic tự nhiên là đấu tranh để tồn tại, không cần phân biệt đúng, sai; hành vi VPPL của số này thường là trộm tài sản (lang thang lượm ve chai, ăn xin, quan sát ai để sơ hở tiền, đồ vật có giá trị thì lén lút chiếm đoạt và thường hoạt động ở những khu dân cư, ký túc xá, bệnh viện, bến xe, tàu đông người...); hoặc thực hiện việc cướp giật, cưỡng đoạt tiền, đồ vật giá trị của các em học sinh nhỏ. Những NCTN nghiện hút thì thường phải làm thuê cho những kẻ cầm đầu, đầu nậu trong các việc vận chuyển, mua bán ma túy hoặc làm gác cửa, phục vụ nơi cờ bạc, nơi tổ chức bán dâm...; hành vi xâm phạm tài sản của các trường học NCTN này đều có chung các đặc điểm là lang lẹ, không cố định một chỗ mà thường di chuyển nhiều khu vực để tránh phát hiện và tập trung ở các khu vực có đông người. Theo thống kê, đây là nhóm chiếm cao tỷ lệ tuyệt đối trong cơ cấu NCTN phạm pháp những năm qua<sup>5</sup>. Trong đó, có hành vi trước nay hầu như không xuất hiện

5 Tình hình tỷ lệ NCTN có hành VPPL từ năm 2002 đến 2009: Gây rối trật tự công cộng: 3,96%; Cố ý gây thương tích: 3,96%; Trộm cắp: 75,57%; Hiếp dâm: 1,32%; Giết người: 0,55%; Lừa đảo chiếm đoạt tài sản: 3,43%; Cướp: 2,0%; Cưỡng đoạt: 4,4%; Các hành vi vi phạm khác: 4,81%. (Thống kê của Bộ Công an)

trong VPPL của NCTN là hành vi lừa đảo chiếm đoạt tài sản, hiện đã có tỷ lệ đáng chú ý (3,43%). Có thể coi đây là một trong những biến chuyển phức tạp gia tăng trong cơ cấu VPPL của NCTN những năm gần đây.

Tóm lại, gia đình là tổ ấm, đồng thời là trường học đầu đời của NCTN; gia đình cũng là nơi NCTN tiếp nhận vào mình những yếu tố cơ bản hình thành nên nhân cách và thái độ xử sự đối với cộng đồng. Có thể nói, qua khảo sát ở đa số những NCTN có hành vi VPPL với các hình thức, cách thức, tính chất và các mức độ khác nhau, họ đều có điểm chung là xuất thân từ hoàn cảnh không có gia đình; hoặc có gia đình nhưng không có sự quan tâm chăm sóc giáo dục hoặc không được sự giáo dục đúng đắn của gia đình. Điều đó cho thấy, hoàn cảnh và sự giáo dục của gia đình là yếu tố cơ bản, quyết định nên sự hình thành nhân cách, thái độ và hành vi xử sự của NCTN đối với xã hội.

### *Nhà trường*

Sau tổ ấm gia đình thì nhà trường là “gia đình” thứ hai của đa số NCTN có điều kiện sống bình thường. Sau cha mẹ, thầy cô và bạn học là người ảnh hưởng mạnh đến quá trình hình thành tính cách của NCTN. Môi trường nhà trường cũng là nơi NCTN trải nghiệm nhận thức và thái độ giao tiếp với cộng đồng. Nhà trường là nơi đầu tiên NCTN được tự do vượt ra sự che chở và điều khiển của cha mẹ, họ phải học cách tự đưa ra quyết định, suy nghĩ cho bản thân và có trách nhiệm về các hành động của mình. Đây cũng là giai đoạn, mà theo nghiên cứu tâm lý là “đây rẫy những mơ hồ, hụt hẫng và mâu thuẫn” và, khi vượt qua được các rối loạn này, NCTN mới có khả năng trưởng thành, độc lập, có khả năng cho/nhận và liên kết với người khác.

Có thể nói, trong mối quan hệ với gia đình và nhà trường, nhân cách và hành vi xử

sự của NCTN như một sợi dây đàn hồi (dễ thay đổi), được căng ra giữa hai đầu gia đình và trường học. Nếu sự quản lý ở hai đầu vừa phải, đúng đắn, tính cách và hành vi xử sự của NCTN được phát triển ổn định bình thường như mong muốn. Nếu hai đầu quản lý căng mạnh theo chiều ngược nhau thì kết quả tất yếu là sợi dây nhân cách sẽ dễ “đứt”. Đã có không ít trường hợp, do gia đình NCTN đã đặt ra những “chỉ tiêu” phấn đấu quá cao so với năng lực của NCTN và nhà trường cũng đề ra chỉ tiêu học tập quá nhiều đối với các em nên nhiều em đã phát sinh xung đột từ tình trạng stress; trước tiên có thể là vấn đề thể chất như ăn, ngủ, rối loạn vận động và tiếp đến là các vấn đề hành vi như không vâng lời, trốn nhà, trốn học, nghiện hút, trộm cắp, mua bán ma túy để nuôi nghiện... Còn nếu cả hai “đầu quản lý” của gia đình và nhà trường cùng buông lỏng, gia đình phó mặc cho nhà trường, nhà trường cho rằng giáo dục các em là trách nhiệm của gia đình, nhà trường chỉ truyền đạt kiến thức cho các em là đủ... thì hậu quả cũng rất rõ ràng. NCTN thiếu hẳn sự quan tâm định hướng cần thiết, và dễ lạc đường. Các em dễ rơi vào trầm cảm, bỏ học, dễ giao du với những “bạn đường phố” và theo họ để phạm pháp. Một số em tính cách thay đổi, hay cáu gắt bất ngờ, tìm cách gây sự, ẩu đả với bạn học giỏi trội trong lớp, hoặc trở thành học sinh “cá biệt”, cố tình ngang bướng trong giờ học và chấp nhận bị kỷ luật... NCTN ở vào tình trạng này thường sa vào con đường bỏ học, lêu lổng, kết bạn bè quậy phá, gây rối trật tự công cộng; nghiêm trọng hơn là tham gia băng nhóm hoạt động trộm, cướp, làm bảo kê kiểu xã hội “đen”...

Hiện nay, công nghệ thông tin phát triển mạnh, công nghiệp giải trí điện tử ra đời cung cấp các sản phẩm băng, đĩa games điện tử, games online, sách, tranh ảnh điện tử... với các nội dung vô cùng phong phú và phức tạp. Trong đó, nhiều sản phẩm có nội dung

tập trung vào hai khuynh hướng: bạo lực và tính dục. Trong khi đó, tuổi chưa thành niên là giai đoạn phát triển chủ yếu là tiếp thu và tiếp thu không giới hạn. Các dòng sản phẩm văn hóa tốt, xấu trộn lẫn từ bên ngoài nhập vào “như mưa lũ”; với cơ chế kiểm soát còn nhiều bất cập, chưa kịp sàng lọc và NCTN chưa được trang bị cơ chế “tự vệ” nên đương nhiên, NCTN sẽ phải hấp thu một cách tự nhiên, dù ít hay nhiều, dù tự giác hay không tự giác các khuynh hướng thẩm mỹ tiêu cực đó. Một phản ứng tâm lý theo quy luật ở tuổi trẻ là hề say mê kiểu cách gì thì bắt chước theo kiểu cách đó. Vì thế, khá phổ biến tình trạng học sinh nam/nữ sử dụng hung khí, bạo lực để giải quyết mâu thuẫn với nhau, hoặc sa vào quan hệ tình cảm yêu đương rất sớm, từ độ tuổi 14 đến 15 (trước đây hầu như không xảy ra) và xuất hiện sự ganh ghét, ghen tuông, dẫn đến nhiều vụ việc nữ sinh đánh đập lẫn nhau, nữ sinh bị đánh “hội đồng”, bị xé quần áo và bị quay video clip tung lên Internet, nhằm bêu giếu, công kích, dẫn đến nhiều hậu quả khó lường... Những hiện tượng này thường được xã hội và giới truyền thông gọi là “tình trạng bạo lực học đường”.

Tình hình này càng thể hiện rõ hơn tầm quan trọng của mối liên hệ thường xuyên giữa gia đình và nhà trường trong việc quản lý, giáo dục và hình thành nhân cách, hướng dẫn cách xử sự phù hợp cho các em. Mối liên hệ thường xuyên giữa gia đình và nhà trường là mối liên hệ rất biện chứng, cái này là nguyên nhân/kết quả của cái kia và ngược lại; đồng thời gia đình và nhà trường còn có mối quan hệ biện chứng và chịu ảnh hưởng tương tác từ những yếu tố của môi trường xã hội trong việc hình thành thái độ và hành vi cư xử của các em.

**Môi trường xã hội**

Có thể nói, trước khi trưởng thành, mọi NCTN đều ít nhiều có kiến thức về tự nhiên,

xã hội và các nhận thức về đạo đức ứng xử. Nói lên điều này để thấy rằng, khi NCTN có hành vi xử sự sai trái - dù do tác động trực tiếp bởi gia đình hay bị tác động trực tiếp từ trường học - thì họ cũng đều có chung sự ảnh hưởng của môi trường xã hội. Điều đó cũng có nghĩa là, khi phân tích những VPPL của NCTN được hình thành do yếu tố gia đình hay nhà trường thì cũng là đang xem xét các yếu tố tác động của môi trường xã hội lên gia đình và nhà trường, qua đó tác động dẫn dắt những hành vi VPPL của NCTN. Điều này giải thích vì sao cùng một hoàn cảnh gia đình, cùng môi trường trường học và cùng độ tuổi tương tự, nhưng cách thức, tính chất, mức độ tần suất VPPL của NCTN ở vùng nông thôn khác vùng thành thị, vùng thành thị nhỏ khác vùng đô thị lớn; vùng công nghệ thông tin phát triển khác vùng lao động cơ khí, thủ công... Đó là vì môi trường xã hội khác nhau, điều kiện và tác nhân hình thành VPPL của NCTN cũng sẽ khác nhau. Ví dụ, ở TP Hồ Chí Minh những năm trước đây, khi chưa phát triển giao thông ở địa bàn huyện Cần Giờ, huyện này hầu như không xảy ra hành vi trộm cắp xe gắn máy, cướp, cướp giật..., vì khi có tin báo tội phạm, công an chỉ cần chốt chặn bên đò về thành phố là kẻ phạm pháp không thể mang tang vật đào thoát được. Hoặc tình hình VPPL của NCTN liên quan tai nạn giao thông hầu hết xảy ra ở môi trường đô thị lớn như Hà Nội, Hải Phòng, TP Hồ Chí Minh, nhưng ít xảy ra ở các tỉnh vùng nông thôn, nhất là vùng sâu, vùng xa.

Có một số yếu tố cơ bản trong môi trường xã hội thường tác động mạnh hơn cả đến nội tâm, định hướng từ bên trong và chuyển hóa ra bên ngoài bằng những thái độ hành xử của NCTN, đó là:

- Không hòa đồng được tính cách cá nhân của mình với các quy tắc và quy định của xã hội; ví dụ: NCTN thấy khó chịu khi người lớn buộc họ phải đứng chờ đèn đỏ,

không được la hét trong giờ nghỉ trưa... Khi đến một thời điểm “bùng nổ” cảm xúc, họ sẽ vượt đèn đỏ, sẽ hò reo, ném võ đèn đường... Khi được hỏi, những NCTN này trả lời họ biết như thế là không vâng lời người lớn, nhưng không biết đó là VPPL. Trong suy nghĩ của nhiều NCTN, các khái niệm “công dân”, “luật lệ giao thông” “pháp luật” “trật tự công cộng” không hề liên quan đến họ.

- Không thể kiềm chế được mình, ví dụ thấy đồ chơi đẹp, món ăn ngon của bạn khác, họ cũng muốn có bằng mọi giá. Đối với các em có hoàn cảnh gia đình khá giả thì luôn muốn “chơi trội”, “chơi nổi” hơn để bạn tán phục; hoặc chỉ để thể hiện “cái tôi” mà đôi khi họ có những hành động liều lĩnh, gây nguy hiểm cho bản thân và cho người xung quanh.

- Thường lúng túng khi xử lý các phản ứng tự nhiên của mình như khi bị hụt hẫng, bị hổ trước mọi người; hoặc có cảm giác bị gạt bỏ sang bên lề cuộc chơi, bị tẩy chay... Hầu hết đây là những trường hợp NCTN bị phân biệt đối xử, họ tự ti về hoàn cảnh thua kém của mình hoặc bị người chung quanh coi thường về kiến thức, về vật chất, về gia cảnh, họ sẽ dễ dàng chống đối lại cảm xúc đó bằng cách trở nên hung hãn và phạm pháp; họ muốn đòi lại vị thế ngang bằng theo cách của họ.

\* \* \*

Trước tình trạng VPPL của NCTN hiện nay, Đảng, Nhà nước và toàn dân ta đã thể

hiện sự quan tâm thỏa đáng khi hàng loạt chủ trương, chính sách và biện pháp đã được đề ra và áp dụng vào thực tế. Cả xã hội đã thể hiện được lòng nhân ái trước các va vấp của NCTN, tính nhân văn khi phải xử lý các hành vi VPPL của NCTN. Pháp luật cũng đã có đủ các chế tài nhằm ngăn ngừa, giáo dục và tạo điều kiện thuận lợi cho NCTN VPPL có cơ hội trở thành những công dân tốt. Tuy nhiên, thực tế hiện nay là việc giáo dục NCTN trong gia đình, nhà trường đang còn nhiều bất cập. Thậm chí các biện pháp hành chính nghiêm khắc đối với các VPPL của NCTN cũng chưa phát huy được nhiều tác dụng, ít khả năng giúp đỡ NCTN VPPL có hiệu quả. Do vậy, tình trạng VPPL của NCTN chưa dừng lại, mà đang có xu hướng phát triển phức tạp<sup>6</sup>.

Chính vì vậy, chúng ta phải có giải pháp thích hợp để giải quyết tận gốc rễ và đồng bộ những nguyên nhân cơ bản dẫn đến sự hình thành thái độ và hành vi VPPL của NCTN. VPPL của NCTN đều có nguồn gốc, điều kiện, cơ sở hình thành do tác động trực tiếp hay gián tiếp bởi hoàn cảnh gia đình, nhà trường và môi trường xã hội; trong đó gia đình là yếu tố cơ bản, nền tảng nhất mang tính quyết định. Nghiên cứu nguồn gốc và những yếu tố cơ bản này giúp chúng ta có cách nhìn đầy đủ hơn về cơ chế VPPL; thuận lợi cho việc đề ra biện pháp giáo dục, giúp đỡ NCTN đủ năng lực phòng ngừa sự “cám dỗ” của VPPL ■

6 *Số liệu thống kê gần đây của Bộ công an đã phản ánh tình hình tổng quát: Số lượng NCTN (chủ yếu là trẻ em dưới 16 tuổi) chiếm tỷ lệ khá cao trong tổng số dân và tình hình trẻ em nghiện ma túy, VPPL, trẻ em lang thang (số tiềm ẩn nguy cơ nghiện ma túy và VPPL) có xu hướng gia tăng, năm thấp nhất là năm 2001 (11.376 em); năm cao nhất là năm 2008 (21.545 em). Tính chất VPPL cũng phức tạp hơn, xu hướng lập băng nhóm, phạm tội đặc biệt nghiêm trọng như cướp của, giết người gia tăng. Khi các em hoàn thành việc chấp hành án hoặc hoàn thành chương trình giáo dục tại các trường giáo dưỡng trở về cộng đồng cũng gặp nhiều rào cản trong quá trình hòa nhập cộng đồng.*

# MÔ HÌNH PHÂN QUYỀN Ở LIÊN BANG NGA

(Kỳ II)

MAI VĂN THẮNG\*

Một cơ chế chế ước quyền lực khác giữa Tổng thống và Hạ viện Nga là cơ chế liên quan đến quy trình lập pháp. Cũng giống nhiều quốc gia trên thế giới, quyền lập pháp thuộc về Quốc hội (chủ yếu thuộc Hạ viện). Tuy nhiên, Tổng thống cũng tham gia rất tích cực vào quá trình này để đảm bảo nguyên tắc chế ước quyền lực. Theo Hiến pháp hiện hành, Tổng thống có quyền sáng kiến luật và quyền kiểm tra các văn bản luật được Quốc hội thông qua bằng cơ chế ký quyết định và ban bố luật. Theo quy trình lập pháp, sau khi được thông qua ở hai viện của Quốc hội, trong vòng năm ngày, văn bản luật đó phải được gửi sang Tổng thống để ký và ban bố. Trong vòng 14 ngày kể từ ngày nhận được văn bản luật đó, Tổng thống xem xét, ký và thông qua. Tuy nhiên, Hiến pháp cho phép Tổng thống trả lại văn bản luật này cho Quốc hội và yêu cầu Quốc hội (chủ yếu là Duma) sửa lại theo yêu cầu của mình. Khi nhận được văn bản luật và yêu cầu của Tổng thống, hai viện của Quốc hội tiến hành họp và xem xét đề nghị của Tổng thống. Trong trường hợp xem xét thấy đề nghị của Tổng thống hợp lý thì tiến hành thay đổi và đương nhiên được ban bố. Trong trường hợp ngược lại, có hai khả năng xảy ra: thứ nhất, nếu 2/3 các đại biểu trên tổng số đại biểu của cả hai viện Quốc hội vẫn thông nhất không thay đổi

luật theo yêu cầu của Tổng thống thì Tổng thống bắt buộc phải thông qua; thứ hai, nếu không hội đủ 2/3 số đại biểu biểu quyết theo phương án một, thì hai viện sẽ lập Ủy ban giải quyết bất đồng (hay còn gọi là Ủy ban đồng thuận) để tìm ra cách giải quyết hoặc tìm tiếng nói chung với Tổng thống. Nếu vẫn không giải quyết được bất đồng và không hội đủ số phiếu cần thiết để ban bố luật, đương nhiên luật không được Tổng thống ký và ban bố. Đặc quyền này của Tổng thống không được áp dụng với quy trình ban hành các luật hiến pháp<sup>1</sup>. Tuy nhiên, đây là quy định phần nhiều mang tính kỹ thuật, bởi để thông qua được các luật này phải được ít nhất 3/4 số đại biểu của Hội đồng Liên bang và 2/3 đại biểu của Duma quốc gia bỏ phiếu tán thành<sup>2</sup>.

Quan hệ kiểm tra, giám sát lẫn nhau giữa Tổng thống và Hạ viện còn thể hiện trên một số phương diện khác. Chẳng hạn, theo quy định pháp luật Liên bang, Ngân hàng Trung ương Nga và cơ quan Kiểm toán nhà nước không thuộc quyền Tổng thống cũng như Chính phủ mà trực thuộc sự quản lý của Quốc hội Liên bang<sup>3</sup>. Tuy nhiên, Tổng thống được quyền giới thiệu nhân sự để Hạ viện bầu Thống đốc Ngân hàng trung ương Nga và Tổng Kiểm toán nhà nước. Tổng thống

\* **TS, Khoa Luật, Đại học quốc gia Hà Nội**

1 Thuật ngữ "Luật hiến pháp" trong hệ thống pháp luật Nga được dùng để chỉ các văn bản luật được ban hành để cụ thể hóa một số lĩnh vực thuộc thẩm quyền điều chỉnh của Hiến pháp như: quyền con người, tổ chức và hoạt động của các thiết chế quyền lực ở trung ương, trưng cầu dân ý, ban bố tình trạng khẩn cấp... Luật này có hiệu lực pháp lý chỉ thấp hơn Hiến pháp Liên bang nhưng cao hơn tất cả các bộ luật, đạo luật cũng như các văn bản dưới luật khác của Nhà nước.

2 Điều 108 Hiến pháp Liên bang Nga 1993.

3 Hạ viện chọn một nửa nhân sự và Thượng viện chọn một nửa nhân sự của Ngân hàng trung ương Nga và Viện Kiểm toán Nhà nước Nga.



được quyền ban bố tình trạng khẩn cấp và tình trạng chiến tranh, nhưng ngay sau khi ban bố, Tổng thống phải có nghĩa vụ không được chậm trễ (in nghiêng - TG) báo cáo với Quốc hội để giám sát và chuẩn y. Nếu không đủ căn cứ ban bố tình trạng khẩn cấp hoặc tình trạng chiến tranh, Quốc hội (trong đó có Hạ viện) có quyền không chuẩn y lệnh của Tổng thống.

### ***Tổng thống và Thượng viện (Hội đồng Liên bang)***

Mặc dù Hạ viện và Thượng viện đều là hai bộ phận cấu thành của Quốc hội Liên bang, nhưng trong mối quan hệ phân chia quyền lực giữa Tổng thống và Thượng viện lại có nhiều nét đặc trưng.

Nếu Đuma Quốc gia Nga trong mối quan hệ với Tổng thống có quyền tiến hành các thủ tục pháp lý để luận tội Tổng thống, thì Hội đồng Liên bang lại là cơ quan có quyết định cuối cùng về việc có được phép bãi chức Tổng thống hay không theo trình tự Impeachment. Vì vậy, ngay cả trong trường hợp Đuma Quốc gia hội tụ đủ yếu tố cần thiết để trình bản luận tội Tổng thống, thì Tổng thống cũng không bị luận tội và cách chức nếu như Hội đồng Liên bang bỏ phiếu không thông qua bản luận tội ấy hoặc trong vòng 3 tháng kể từ khi nhận được bản luận tội, Hội đồng Liên bang không đếm xỉa tới nó<sup>4</sup>. Nói như vậy không có nghĩa là Tổng thống có thể an tâm về một chu trình rắc rối khi Đuma muốn luận tội ông, mà ý nghĩa có lẽ nằm ở chỗ, Tổng thống cũng cần phải có những toan tính sao cho "đẹp lòng" các senators - thượng nghị sỹ. Như vậy, đây cũng là cơ chế chế ước quyền lực hữu hiệu trong một Nhà nước mà ở đó, Tổng thống là nhân vật có thực quyền.

Ngoài ra, khi nhận được báo cáo của Tổng thống về việc ban bố tình trạng khẩn cấp hoặc tình trạng chiến tranh, mặc dù cần có ý kiến của cả hai viện, nhưng quyết định

cuối cùng về việc chuẩn y quyết định này của Tổng thống lại thuộc về Hội đồng Liên bang<sup>5</sup>.

Quan hệ giữa Tổng thống và Thượng viện còn thể hiện ở tầm ảnh hưởng của họ tới nhánh tư pháp và hệ thống cơ quan kiểm sát. Mặc dù Tổng thống là người được quyền giới thiệu nhân sự cho Tòa án Tối cao, Tòa án bảo hiến và Tòa án kinh tế cao cấp Liên bang Nga, nhưng cơ quan bổ nhiệm các thẩm phán cũng như Chánh án và Phó Chánh án cho các Tòa này lại thuộc về Hội đồng Liên bang. Như vậy, Hội đồng Liên bang có thể chế ngự tầm ảnh hưởng của Tổng thống lên hệ thống cơ quan tư pháp thông qua cơ chế bổ nhiệm nhân sự do Tổng thống giới thiệu. Để nhận được sự hậu thuẫn của Hội đồng Liên bang, Tổng thống phải tìm những ứng viên có đủ tầm, đủ năng lực và công tâm, sao cho không bị Hội đồng gạt đi khi xem xét bổ nhiệm. Ngược lại, Hội đồng Liên bang cũng không được tự bổ nhiệm "người của mình" mà chỉ bổ nhiệm những ứng cử viên trong danh sách đệ trình của Tổng thống. Trong mối quan hệ với Viện Kiểm sát Tối cao Liên bang, cơ chế phân quyền cũng được quy định tương tự. Tổng thống giới thiệu ứng viên cho chức vụ Viện trưởng Viện Kiểm sát Tối cao cho Hội đồng Liên bang và đương nhiên, Hội đồng Liên bang có quyền bổ nhiệm hay không bổ nhiệm ứng viên này.

Trong lĩnh vực quốc phòng, Tổng thống là Chỉ huy tối cao, Tổng tư lệnh các lực lượng vũ trang Liên bang, nhưng nếu Tổng thống có ý định đem quân ra ngoài biên giới Liên bang thì phải nhận được sự ủng hộ của Thượng viện. Không có phê chuẩn của Thượng viện, Tổng thống không được phép điều binh. Có thể nói, mặc dù có nhiều đặc quyền trong quân đội, nhưng để dùng quân trong nước (khi ban bố tình trạng chiến tranh) hoặc đem quân ra ngoài biên giới, Tổng thống cũng phải nhận được sự phê

4 Điều 102 Hiến pháp Liên bang Nga 1993.

5 Khoản e mục 1 điều 102 Hiến pháp Liên bang Nga 1993

chuẩn của Hội đồng Liên bang. Rõ ràng những vấn đề nêu trên là cơ chế hữu hiệu để chế ngự quyền lực Tổng thống khi mà quân đội thường được gọi là trụ cột của quyền lực và như các chính trị gia vẫn thường quan niệm "muốn nắm quyền lực phải nắm lấy quân đội".

Tóm lại, trong mối quan hệ với Quốc hội Liên bang, Tổng thống vừa có vai trò là chủ thể chính trị trung tâm phối hợp thực hiện quyền lực nhà nước với nhánh lập pháp, mặt khác, mặc dù không phải là một trong ba nhánh quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp, nhưng quyền lực của Tổng thống là rất lớn và vì thế, giữa Tổng thống và Quốc hội luôn có cơ chế kiểm soát và chế ước quyền lực lẫn nhau.

### 1.3. Cơ chế phân quyền giữa Tổng thống và Chính phủ Liên bang

Chính phủ Liên bang Nga là cơ quan hành pháp cao nhất. Tuy vậy, trong quá trình hình thành, tổ chức và hoạt động, nhánh quyền lực này luôn bị chế ước bởi các nhánh quyền lực khác và cả Tổng thống như là một thiết chế đặc biệt.

Đứng đầu Chính phủ là Thủ tướng. Hiến pháp quy định chức danh này do Tổng thống bổ nhiệm và phải có sự phê chuẩn của Hạ viện. Sau khi được Quốc hội phê chuẩn, trong thời hạn một tuần, Thủ tướng phải đề xuất cơ cấu Chính phủ nhiệm kỳ mới và kèm với nó là danh sách các ứng viên cho các chức Phó Thủ tướng và Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang Bộ để Tổng thống phê chuẩn và bổ nhiệm<sup>6</sup>. Trong quá trình hoạt động của Chính phủ, Tổng thống có quyền

tham gia và làm chủ tọa các phiên họp của Chính phủ cũng như Hội đồng Chính phủ<sup>7</sup>. Ngoài ra, Tổng thống có quyền điều hành trực tiếp một số các cơ quan hành pháp thuộc các lĩnh vực: quốc phòng, an ninh, ngoại giao, tư pháp, nội vụ<sup>8</sup> cũng như các cơ quan liên quan đến hoạt động phòng chống thiên tai, các trường hợp khẩn cấp<sup>9</sup>... Về mặt danh nghĩa, thủ trưởng các cơ quan này thuộc Chính phủ, nhưng trên thực tế lại nhận lệnh từ Tổng thống và đặt dưới sự quản lý trực tiếp của Tổng thống.

Tổng thống cũng có quyền bãi bỏ các văn bản do Chính phủ hoặc Thủ tướng Chính phủ ban hành. Khi mất niềm tin vào Thủ tướng, Tổng thống có quyền bãi miễn Thủ tướng và chỉ cần thông báo lại với Quốc hội về quyết định của mình mà không cần đợi phê chuẩn.

Như vậy, thực quyền mà Tổng thống Nga có được là do có sự kiểm soát đối với cơ quan hành pháp cao nhất của Liên bang. Thủ tướng hay Chính phủ về cơ bản là bộ máy giúp việc của Tổng thống trong lĩnh vực hành pháp. Chính phủ không thể hạn chế quyền lực của Tổng thống ngoại trừ khi Tổng thống không thể đảm nhiệm được chức vụ khi nhiệm kỳ chưa kết thúc. Khi ấy, Thủ tướng trở thành Quyền Tổng thống<sup>10</sup>. Nhưng ngay cả trong trường hợp này thì cũng không thể coi đó là cơ chế chế ước quyền lực, bởi lúc đó, Thủ tướng và Tổng thống là một người và có chăng, sự chế ước lúc này chỉ thể hiện ở một số nội dung nhất định đối với Quyền Tổng thống trong mối quan hệ với các nhánh quyền lực khác<sup>11</sup>.

6 Chương VI của Hiến pháp Liên bang Nga và Chương V của Luật hiến pháp Liên bang "Về Chính phủ Liên bang" 1997 với những thay đổi đến 28/12/2010.

7 Theo quy định của Luật hiến pháp Liên bang "về Chính phủ Liên bang" Chính phủ có thể lập Hội đồng Chính phủ bao gồm Thủ tướng Chính phủ, các Phó Thủ tướng, các Bộ trưởng và thủ trưởng cơ quan ngang Bộ - Là cơ quan tập thể lãnh đạo Chính phủ (Đầu não của Chính phủ).

8 Ở Nga, Bộ nội vụ tương đương với Bộ Công an ở nước ta và khác với chức năng Bộ Nội vụ ở nước ta.

9 Ở Nga có Bộ Tình trạng khẩn cấp để ứng phó nhanh với thiên tai, thảm họa, tai nạn cháy, nổ...

10 Trong lịch sử Liên bang Nga có hai lần Thủ tướng trở thành Quyền Tổng thống: đó là khi Viktor Chernomyrdin thay Boris Eltsin làm Quyền Tổng thống trong 1 ngày (từ ngày 5-6/11/1996). Còn cuối năm 1999 V. Putin cũng làm Quyền Tổng thống trong 5 tháng (từ 31/12/1999 đến 7/5/2000.) do B. Eltsin trực tiếp chỉ định.

11 Ví dụ như không được phép giải tán Hạ viện.

### 1.4. Cơ chế phân quyền giữa Chính phủ và Quốc hội Liên bang

Theo quy định của Hiến pháp và Luật hiến pháp "Về Chính phủ Liên bang"<sup>12</sup> Chính phủ và các thành viên của Chính phủ hàng năm phải định kỳ báo cáo hoạt động của mình trước Quốc hội (ở Hạ viện). Khi báo cáo, các thành viên đồng thời phải trả lời chất vấn trực tiếp. Ngoài những phiên báo cáo và chất vấn định kỳ, Đuma có quyền mời một hoặc một số thành viên của Chính phủ đến dự họp tại Hạ viện và trả lời chất vấn về những vấn đề mà Đuma quan tâm. Các thành viên Chính phủ được mời phải có mặt, nếu không thể có mặt vì lý do chính đáng, thành viên Chính phủ được mời phải báo lại với Hạ viện. Báo cáo và trả lời chất vấn được truyền hình trực tiếp và phải được công bố trên hai tờ báo<sup>13</sup> của Quốc hội.

Căn cứ trên những báo cáo và hoạt động thực tiễn của Chính phủ, Đuma quốc gia Nga có thể bỏ phiếu bất tín nhiệm đối với Chính phủ. Chính phủ bị Đuma đánh giá là mất tín nhiệm nếu quá nửa số hạ nghị sỹ bỏ phiếu đồng thuận. Tuy nhiên, trong trường hợp này, Chính phủ, như đã nói ở trên, vẫn có thể không bị giải tán nhờ sự "che chở" của Tổng thống. Ngoài việc bỏ phiếu bất tín nhiệm đối với Chính phủ theo sáng kiến của Đuma, Thủ tướng Chính phủ cũng có thể đề nghị Đuma cho bỏ phiếu tín nhiệm đối với toàn bộ Nội các. Đuma Quốc gia có thể không tín nhiệm Chính phủ nếu quá nửa số hạ nghị sỹ bỏ phiếu không tín nhiệm. Trong trường hợp này, Chính phủ vẫn có thể nhận được sự "che chở" của Tổng thống để tránh bị giải tán. Đây cũng được coi là cơ chế cho phép những đại biểu nhân dân đánh giá, giám sát hoạt động của Chính phủ và qua đó,

yêu cầu các thành viên Chính phủ phải luôn nỗ lực để đạt được hiệu quả công việc cao nhất.

Trong chiều ngược lại, Chính phủ có quyền sáng kiến luật và tham gia tích cực vào quá trình lập pháp. Ngoài quyền sáng kiến luật, tham dự vào biên soạn các dự luật, pháp luật còn quy định một số trường hợp bắt buộc phải có ý kiến của Chính phủ khi xem xét các dự luật<sup>14</sup>. Ngoài ra, Chính phủ cũng có quyền gửi các bản nhận xét về các dự luật tới Quốc hội và buộc các nghị sỹ phải xem chúng. Để kiểm soát hoạt động này, Chính phủ luôn cử đại diện (đặc phái viên) thường xuyên ở Hạ viện để kiểm soát việc tuân theo pháp luật về các quy định có liên quan của các nghị sỹ nói riêng và Hạ viện nói chung<sup>15</sup>.

### 1.5. Cơ chế phân quyền giữa Tổng thống, Quốc hội với Tòa án Liên bang

Hầu hết các quốc gia theo chế độ chính trị dân chủ trên thế giới đều có một cơ chế để đảm bảo không chỉ sự độc lập mà còn tính chuyên nghiệp của hệ thống cơ quan tư pháp. Với vị trí đặc thù trong cơ chế phân quyền của Liên bang Nga, Tổng thống có vị trí không nhỏ trong việc bảo đảm sự độc lập, tính chuyên nghiệp của Tòa án cũng như sự phối hợp nhịp nhàng giữa hệ thống này với các nhánh quyền lực khác.

Để đảm bảo Tòa án không phụ thuộc vào nhánh lập pháp cũng như Tổng thống, theo quy định của Hiến pháp, Tổng thống chỉ có quyền giới thiệu nhân sự cho Tòa án Hiến pháp, Tòa án Tối cao và Tòa án kinh tế cao cấp Liên bang để Hội đồng Liên bang (Thượng viện) bổ nhiệm, và cơ quan này chỉ được bổ nhiệm những người đủ tiêu chuẩn theo danh sách mà Tổng thống đề cử.

12 Ban hành năm 1997 và sửa đổi mới nhất vào 28/12/2010.

13 Cơ quan ngôn luận chính thức của Quốc hội Nga là hai tờ báo "Báo Nước Nga" và "Báo Nghị viện" (tiếng Nga: Российская газета и Парламентская газета).

14 Chẳng hạn, những dự luật liên quan đến thuế, trái phiếu, nợ công, ngân sách nhà nước...

15 Điều 36 Luật hiến pháp Liên bang "Về Chính phủ Liên bang" 1997 với những thay đổi đến 28/12/2010.

Ở các tòa án cấp thấp hơn, Tổng thống có quyền bổ nhiệm tất cả các thẩm phán. Tuy vậy, các thẩm phán được đảm bảo sự độc lập trong hoạt động xét xử bằng những đảm bảo pháp lý khác như: bổ nhiệm suốt đời, quy chế đặc biệt về thu nhập cũng như đảm bảo an ninh cá nhân và các thành viên trong gia đình. Như vậy, nhờ các cơ chế này, Tổng thống cũng không thể áp đặt được ý chí của mình lên thẩm phán, trong khi đó, nhờ cơ chế bổ nhiệm bởi Tổng thống mà các thẩm phán tránh được những ảnh hưởng trực tiếp cũng như gián tiếp của các thiết chế quyền lực địa phương cũng như chịu ảnh hưởng từ trên xuống (Tòa cấp cao hơn).

Trong mối quan hệ với Tổng thống và Quốc hội, Tòa án, đặc biệt là Tòa án Hiến pháp, có đặc quyền bãi bỏ các văn bản quy phạm pháp luật cũng như các văn bản khác của hai thiết chế quyền lực này - nếu nó mâu thuẫn với Hiến pháp. Mặc dù được hưởng các đặc quyền như quyền miễn trừ truy tố, tuy nhiên, nếu phạm tội bán nước cũng như một số tội phạm đặc biệt nghiêm trọng, Tổng thống cũng như các nghị sỹ vẫn có thể bị Tòa án xét xử. Tòa án cũng có thể triệu họ đến các phiên tòa với các tư cách khác nhau thể tham gia vào quá trình xét xử.

### 1.6. Cơ chế phân quyền giữa Chính phủ và Tòa án

Trong mối quan hệ giữa Chính phủ và Tòa án, luật pháp Liên bang quy định cơ chế độc lập của hai thiết chế này. Hai nhánh quyền lực với hai chức năng hoàn toàn khác nhau nên hầu như không có các quy định phối hợp với nhau trong hoạt động. Chính nhờ cơ chế này mà Tòa án hoàn toàn độc lập với Chính phủ, có thể hủy các văn bản của Chính phủ cũng như các cơ quan trực thuộc nếu chúng vi hiến, cũng như xem xét các khiếu kiện mà Chính phủ hay các cơ quan trực thuộc Chính phủ (có thể là nhân viên

của các cơ quan này) là một bên của vụ việc mà không phải phân vân về khả năng có những tác động lên quyết định của mình từ phía Chính phủ. Ngược lại, Chính phủ phải có nghĩa vụ đảm bảo về tài chính cho hoạt động của Tòa án cũng như các bảo đảm khác theo quy định của pháp luật. Ngoài ra đại diện các Tòa án cao cấp có quyền tham dự các buổi họp của Chính phủ cũng như của Hội đồng Chính phủ<sup>16</sup>.

Như vậy có thể thấy, trong mối quan hệ với Chính phủ, để đảm bảo sự độc lập của Tòa án trong tổ chức và hoạt động, một cơ chế hầu như chỉ có quyền của Tòa án và nghĩa vụ của Chính phủ đã được thiết lập. Chính phủ không thể tác động lên chính sách, nhân sự cũng như hoạt động của Tòa án ngay cả trên khía cạnh tài chính.

### 1.7. Cơ chế phân quyền giữa Viện Kiểm sát Tối cao với các nhánh quyền lực

Trong mối quan hệ với Viện kiểm sát, Tổng thống có quyền giới thiệu ứng viên Viện trưởng Viện kiểm sát Tối cao cho Hội đồng Liên bang bổ nhiệm. Sau khi Hội đồng Liên bang bổ nhiệm người đứng đầu cơ quan kiểm sát, Viện trưởng Viện kiểm sát giới thiệu danh sách các ứng viên Phó Viện trưởng (trong đó có Phó Viện trưởng thứ nhất) để Hội đồng Liên bang bổ nhiệm. Còn các kiểm sát viên khác đều do Viện trưởng bổ nhiệm.

Trong mối quan hệ với Tòa án, Viện kiểm sát vừa có thể tham gia với tư cách chủ thể vụ án<sup>17</sup>, đồng thời với tư cách là thiết chế giám sát hoạt động tuân thủ pháp luật của Tòa án. Còn trong mối quan hệ với Chính phủ, Viện kiểm sát thực hiện chức năng giám sát, có quyền tham dự các phiên họp Chính phủ, có quyền yêu cầu các cơ quan hành pháp thực hiện theo quy định của pháp luật, giám sát việc thực hiện pháp luật và giữ

16 Điều 27 Luật hiến pháp "Về Chính phủ Liên bang" năm 1997.

17 Viện Kiểm sát giữ quyền công tố trong vụ án hình sự, tham gia khởi kiện hay kháng nghị để bảo vệ quyền, lợi ích của cá nhân, nhà nước, xã hội

quyền điều tra với một số loại tội phạm liên quan đến cán bộ công chức... và thực hiện quyền công tố.

Như vậy, trên phương diện phân quyền theo chiều ngang, Hiến pháp cũng như hệ thống pháp luật Liên bang Nga đã quy định một cơ chế phân quyền rất đặc thù, theo đó, mặc dù Tổng thống không thuộc nhánh quyền lực nào nhưng có vai trò quan trọng trong sự phối hợp cũng như chế ước quyền lực để đảm bảo sự hoạt động có hiệu quả của bộ máy nhà nước, qua đó đảm bảo sự phát triển bền vững của đất nước, ghi nhận và bảo vệ quyền, tự do cơ bản của con người.

### 2. Phân quyền theo chiều ngang

Nga là Nhà nước Liên bang và vì thế mức độ phân quyền theo chiều dọc ở Nga được thể hiện ở ba cấp độ: Liên bang - Chủ thể Liên bang - Tự quản địa phương. Khác với một số nhà nước liên bang khác, ở Nga mối quan hệ giữa Liên bang và Chủ thể rất đa dạng. Sự đa dạng ấy thể hiện ở những khác biệt về quy chế của từng chủ thể<sup>18</sup>, về các đặc điểm về địa lý, dân tộc... Và sự khác biệt ấy lại có những tác động không nhỏ tới cơ chế phân quyền ở nước này.

#### 2.1. Phân quyền ở cấp độ Chủ thể Liên bang

Hiện nay ở Nga có 83 Chủ thể Liên bang. Mối quan hệ phân quyền giữa các Chủ thể này với Liên bang trước hết thể hiện ở những quy định trong Hiến pháp và các luật của Liên bang về phân định thẩm quyền của Liên bang, của Chủ thể Liên bang cũng như thẩm quyền chung.

Theo quy định của Hiến pháp, thẩm quyền của Nhà nước Liên bang Nga bao

gồm những vấn đề đảm bảo cho hoạt động của Liên bang như: ban hành và sửa đổi Hiến pháp, các luật Liên bang và giám sát việc tuân thủ các văn bản này; các nội dung liên quan đến thể chế Liên bang, lãnh thổ Liên bang; điều chỉnh và bảo vệ quyền con người, quyền các dân tộc thiểu số và quốc tịch; thiết lập cơ cấu quyền lực của các cơ quan lập pháp, hành pháp, tư pháp Liên bang; quản lý sở hữu nhà nước của Liên bang; thiết lập các nền tảng của chính sách Liên bang, các chương trình phát triển kinh tế, văn hóa, xã hội, môi trường; hoạt động đối ngoại, an ninh quốc gia và phòng thủ đất nước...<sup>19</sup>.

Hiến pháp cũng quy định các vấn đề mà việc thực hiện nó đòi hỏi phải có sự phối hợp giữa Chủ thể Liên bang và Liên bang để đảm bảo sự thống nhất và hiệu quả trong thực thi quyền lực nhà nước. Đơn cử một số vấn đề Hiến pháp quy định thuộc thẩm quyền chung như: vấn đề phát triển kinh tế, văn hóa, xã hội, y tế, giáo dục; sử dụng tài nguyên đất cũng như các nguồn tài nguyên khác; chăm sóc bảo vệ bà mẹ, trẻ em... Theo quy định của Hiến pháp, tất cả những vấn đề không thuộc thẩm quyền của Liên bang cũng như không thuộc lĩnh vực thẩm quyền chung thì thuộc thẩm quyền riêng của Chủ thể Liên bang<sup>20</sup>.

Để tăng cường tính tự chủ và độc lập cho mỗi Chủ thể Liên bang, Hiến pháp Nga quy định trong lĩnh vực lập pháp mỗi Chủ thể Liên bang đều có quyền ban hành Luật Cơ bản<sup>21</sup>, các luật cũng như các văn bản quy phạm pháp luật tương ứng theo quy định. Nếu các văn bản pháp luật của Chủ thể ban hành nhằm điều chỉnh các lĩnh vực mà theo Hiến pháp chỉ thuộc thẩm quyền của Chủ thể

18 Cũng là chủ thể Liên bang, nhưng có Chủ thể có quy chế là nước cộng hòa, nhưng chủ thể khác chỉ là tỉnh, vùng tự trị, khu tự trị...

19 Xem thêm điều 71 Hiến pháp Liên bang Nga 1993

20 Điều 73 Hiến pháp Liên bang Nga

21 Tùy vào quy chế khác nhau mà tên gọi Luật Cơ bản của Chủ thể là khác nhau: nếu là nước Cộng hòa thì gọi là Hiến pháp, các tỉnh hay khu vực tự trị... gọi là Quy chế Cơ bản.

mà trái với quy định của luật pháp Liên bang, thì áp dụng văn bản luật của Chủ thể. Đây là quy định rất tiến bộ đảm bảo được tính độc lập của các Chủ thể trong giải quyết các vấn đề riêng thuộc thẩm quyền của mình.

Do có sự phân định rạch ròi trong thẩm quyền, các Chủ thể Liên bang cũng có một bộ máy nhà nước tương đối độc lập với Liên bang để thực hiện quyền lực. Ở mỗi Chủ thể Liên bang không phụ thuộc vào quy chế khác nhau đều có người đứng đầu chủ thể (có thể là Tổng thống, Tỉnh trưởng...) có Hiến pháp (hoặc Quy chế Cơ bản) và cơ quan bảo hiến. Ở tất cả các Chủ thể đều có hệ thống cơ quan hành pháp (có thể có Thủ tướng hoặc không), lập pháp (đơn viện) và hệ thống tòa án xét xử (Tòa khu vực). Tòa khu vực là loại tòa đặc biệt không thuộc hệ thống Tòa án Liên bang mà thuộc biên chế của Chủ thể Liên bang. Các tòa này giải quyết các vụ án đơn giản có tính tiết không phức tạp hoặc giá trị vụ việc không lớn.

Chủ thể Liên bang có ngân sách riêng và có hệ thống cơ quan an ninh, cảnh sát và công chức riêng... Tất cả những thiết chế đó nhằm đảm bảo độc lập trong hoạt động của các Chủ thể.

Phân quyền theo cấp độ lãnh thổ có vai trò quan trọng bởi nó đảm bảo tính tự chủ, giữ gìn và phát huy bản sắc của mỗi địa phương, giúp địa phương đưa ra những quyết sách phù hợp. Ngoài ra, cơ chế phân quyền dọc này tạo điều kiện thuận lợi để nhân dân địa phương tham gia vào quản lý nhà nước, là hình thức tốt nhất để phát huy dân chủ, đồng thời giúp nhân dân kiểm tra chính quyền, hạn chế tham nhũng và giảm bớt sự công kênh của nền hành chính tập trung. Có một số nghiên cứu đã chỉ ra rằng, mức độ phân quyền tỉ lệ thuận với GDP<sup>22</sup>, có nghĩa nếu mức độ phân quyền càng cao thì GDP càng lớn.

Tuy vậy, hiện nay ở Nga việc phân quyền xuống các chủ thể đang có những thay đổi. Một trong những thay đổi cơ bản nhất là việc Tổng thống V. Putin ban hành Sắc lệnh số 1603 ngày 27/12/2004 thay đổi quy định pháp luật liên quan đến việc bầu cử người đứng đầu các chủ thể liên bang. Nếu như trước đây, người đứng đầu các chủ thể liên bang do người dân chủ thể liên bang trực tiếp bầu, thì từ năm 2005, theo Sắc lệnh nói trên, Tổng thống được quyền giới thiệu ứng cử viên đề cơ quan dân biểu của chủ thể đó phê chuẩn.

Đây là một bước đi ngược lại với xu thế phân quyền dọc ở nhiều nước trên thế giới. Sẽ càng nguy hiểm hơn khi những thay đổi này sẽ làm thay đổi cơ chế phân quyền ngang ở Nga. Giả sử nếu như Hội đồng Liên bang được tạo thành từ các đại diện cơ quan hành pháp và lập pháp của các Chủ thể Liên bang thì ảnh hưởng của Tổng thống xuống các Chủ thể Liên bang thông qua cơ chế giới thiệu nhân sự cho chức vụ người đứng đầu Chủ thể Liên bang đã làm cho Hội đồng Liên bang chịu nhiều hơn ảnh hưởng hơn từ Tổng thống. Và nếu một khi Hội đồng Liên bang đã có nhiều hơn sự ảnh hưởng của Tổng thống thì các chức vụ cao nhất của nhánh tư pháp, Viện Kiểm sát tối cao đều chịu sự ảnh hưởng của Tổng thống. Hơn nữa, Hạ viện sẽ vô cùng bất lực trong việc chế ước quyền lực Tổng thống, bởi đơn giản như nếu Hạ viện trình được bản luận tội Tổng thống lên Hội đồng Liên bang thì nguy cơ Hội đồng không xem xét bản luận tội đó là hiện hữu...

## 2.2. Phân quyền ở cấp độ tự quản địa phương

Như đã nói ở trên, ngoài phân quyền xuống cấp độ Chủ thể, ở Nga cũng giống như ở rất nhiều nước trên thế giới, tồn tại cơ chế phân quyền thông qua cơ chế tự quản địa phương.

22 Xem thêm: *Phân cấp quản lý nhà nước/ Khoa luật Đại học quốc gia Hà Nội, Nxb. Công an nhân dân 2011. tr. 36-37.*

Tự quản địa phương là cơ chế thực hiện quyền lực của nhân dân địa phương thông qua các cơ quan tự quản do địa phương tự lập nên và tự chịu trách nhiệm trong phạm vi địa phương và phù hợp các điều kiện địa phương mình<sup>23</sup>.

Hệ thống tự quản địa phương ở Nga gồm hệ thống chính quyền đô thị và chính quyền nông thôn độc lập với nhau. Ở mỗi địa phương (cấp thành phố, cấp huyện, làng) nhân dân tự bầu lên người đứng đầu chính quyền địa phương mình. Ngoài người đứng đầu chính quyền tự quản, nhân dân còn bầu cơ quan đại diện để thực hiện các chức năng giám sát hoạt động của người đứng đầu chính quyền tự quản cũng như hệ thống hành chính do người đứng đầu lập nên.

Chính quyền tự quản địa phương được ban hành hệ thống các văn bản để thực hiện quyền lực tại địa phương. Chính quyền tự quản địa phương có ngân sách riêng phục vụ cho hoạt động của mình. Thu ngân sách địa phương được đảm bảo bằng việc phân định một số loại thuế mà địa phương được thu trực tiếp, trợ cấp từ chính quyền Liên bang cũng như chính quyền Chủ thể. Việc trợ cấp này từ chính quyền Liên bang hoặc Chủ thể phải được ấn định và không thể thay đổi, nhằm tránh tạo nên những ảnh hưởng chính trị thông qua ảnh hưởng về tài chính.

Tự quản địa phương ở Nga tạo ra một chính quyền độc lập với chính quyền trung ương và độc lập với nhau giữa các địa phương. Mỗi địa phương đều có cơ quan dân biểu, cơ quan hành chính riêng, nhưng có chung với chính quyền trung ương về cơ quan xét xử và kiểm sát. Cơ chế này vừa đảm bảo sự thực hiện thống nhất pháp luật trên toàn bộ đất nước, đồng thời đảm bảo sự độc lập trong giải quyết những vấn đề của từng địa phương.

Trên đây là một nhận định liên quan đến cơ chế phân quyền ngang và phân quyền dọc ở Liên bang Nga. Tuy nhiên, nếu xem quyền

lực nhà nước là thống nhất ở quyền lực nhân dân thì - theo chúng tôi - cần phải xem xét một loại phân quyền đặc biệt nữa, bởi, thiết nghĩ, sẽ là toàn diện nếu xem xét khía cạnh sự hạn chế quyền lực của các cơ quan nhà nước từ phía nhân dân. Cơ chế này chúng tôi tạm gọi là "phân quyền đặc biệt" hay "lưu quyền".

### 3. Phân quyền đặc biệt (lưu quyền)

Cơ chế "phân quyền đặc biệt", theo chúng tôi, bao gồm mảng quyền lực mà người dân "để lại" cho mình để "phòng thân" hoặc hạn chế quyền lực nhà nước khi nhà nước muốn tiếm quyền hoặc lạm quyền. Vì vậy, có thể gọi theo một cách khác là "cơ chế lưu quyền". Đó là các quyền như: quyền người dân tham gia vào trưng cầu dân ý, quyền bầu cử tự do, quyền biểu tình của người dân, tự do ngôn luận, tự do xuất bản, tự do lập hội (hệ thống các tổ chức chính trị), tự do về tôn giáo... Thiết nghĩ, một cơ chế rõ ràng và trong đó ghi nhận, đảm bảo thực hiện các quyền này sẽ góp phần hạn chế sự tùy tiện của Nhà nước và đồng thời là một phần không thể thiếu khi bàn mô hình phân quyền của bất kể một quốc gia nào, bởi, thực tiễn đã chỉ rõ, cơ chế "phân quyền đặc biệt" mới tạo nên cơ chế phân quyền thực sự toàn vẹn và hợp lý và qua đó, có thể tiến tới đạt mục đích cao nhất - chế ước sự tùy tiện của nhà nước, đảm bảo sự phát triển bền vững của xã hội công dân và quyền con người.

Vậy, cơ chế phân quyền đặc biệt này ở Nga vận hành ra sao? Trong thời gian gần đây, đặc biệt là sau bầu cử Đuma Quốc gia Nga, những cuộc biểu tình rầm rộ của người dân, những bài phát biểu của Tổng thống Nga về việc cần thiết phải thay đổi hệ thống chính trị Nga có vẻ như đã cho thấy sự hiện diện của cơ chế này trong bức tranh phân quyền của nước Nga.

Theo quy định của Hiến pháp, trưng cầu dân ý là một phương thức trực tiếp thực hiện quyền lực của nhân dân<sup>24</sup>. Tham gia vào

23 Điều 1 Luật về các nguyên tắc tổ chức cơ bản tự quản địa phương ở Liên bang Nga 2003.

24 Khoản 3 điều 3 Hiến pháp Nga 1993

trung cầu dân ý là người dân trực tiếp tham gia giải quyết các vấn đề quan trọng của đời sống đất nước như sửa đổi, bổ sung hoặc ban hành Hiến pháp... Bản Hiến pháp đầu tiên của Liên bang Nga được thông qua bằng chính phương pháp này. Ngoài trung cầu dân ý, các cuộc bầu cử tự do cũng là hình thức dân chủ trực tiếp khi người dân tham gia vào bầu những cá nhân hoặc tổ chức sẽ thay mặt mình vận hành quyền lực nhà nước. Bầu cử cũng là cách để nhân dân thể hiện tình cảm, đánh giá, cũng như giám sát hoạt động của cơ quan nhà nước.

Ở Nga, Tổng thống, Hạ viện Liên bang, cơ quan dân biểu của từng Chủ thể cũng như người đứng đầu chính quyền tự quản địa phương và cơ quan dân biểu của các đơn vị tự quản đều được lập nên do bầu cử tự do. Các cuộc bầu cử định kỳ luôn là một phép thử cho các đảng phái và cá nhân đồng thời thể hiện mức độ tín nhiệm của nhân dân vào họ. Về cơ bản, các cuộc bầu cử ở Nga thể hiện đúng ý chí và nguyện vọng của người dân khi có sự tham gia của các quan sát viên quốc tế, các đảng phái, tổ chức chính trị vào quá trình bầu cử nhằm tránh gian lận và đảm bảo sự bình đẳng trong quá trình bầu cử. Tuy nhiên, trong những năm gần đây, đặc biệt là sau cuộc bầu cử vào Hạ viện Nga cuối năm 2011, thế giới chứng kiến các cuộc biểu tình với hàng vạn người tham gia phản đối kết quả bầu cử làm dấy lên những lo ngại về tính trung thực của kết quả bầu cử. Tổng thống Nga - với tư cách là người đảm bảo quyền và tự do cơ bản của công dân - đã yêu cầu kiểm tra lại một số cáo buộc liên quan đến kết quả bầu cử. Tuy nhiên cũng cần phải nhìn nhận rằng, việc người dân tham gia vào các cuộc tuần hành hòa bình phản đối kết quả bầu cử và các cuộc tuần hành đó đều được chính quyền cho phép tổ chức cũng thể hiện nền dân chủ Nga, và nói như Tổng thống Nga trong bài phát biểu của mình với

Quốc hội trước thềm năm mới: "những đoàn người biểu tình là dấu hiệu cho sự phát triển của nền dân chủ Nga"<sup>25</sup>. Nhiều nhà phân tích chính trị Nga cho rằng, người dân đang dùng quyền chính trị của mình để cảnh tỉnh chính quyền chứ không có ý định phản đối chính quyền. Những người biểu tình chỉ muốn chính quyền thấy và luôn nhớ rằng họ vẫn là "gốc của mọi quyền lực" mà thôi.

Tuy nhiên, việc ghi nhận trung cầu dân ý cũng như các cuộc bầu cử định kỳ không phải là sự đảm bảo chắc chắn cho sự hạn chế sự tùy tiện của các cơ quan nhà nước. Muốn các cơ chế này phát huy tác dụng cần phải có các đảm bảo khác như quyền tự do ngôn luận, tự do báo chí, tự do lập hội, tự do tôn giáo, tín ngưỡng.

Tự do ngôn luận là đảm bảo cho mọi người dân được tự do diễn đạt những suy nghĩ của mình về các vấn đề mà họ quan tâm. Tự do ngôn luận trong mối quan hệ phân quyền là đảm bảo sự phân biện xã hội với các chính sách của cơ quan nhà nước. Ở Nga, tự do ngôn luận là quyền Hiến định và là quyền cơ bản của con người. Người dân được bảo đảm thể hiện mọi suy nghĩ của mình mà không sợ bị bắt hoặc những cản trở từ phía chính quyền. Tuy nhiên Hiến pháp cũng quy định, người dân chỉ được sử dụng quyền của mình mà không phương hại đến quyền của người khác.

Tự do ngôn luận cũng gắn liền với tự do báo chí. Ở Nga tự do báo chí được bảo đảm<sup>26</sup>. Tuy nhiên, khác với nhiều nước phương Tây khác, ở Nga tự do không có nghĩa là bôi nhọ. Nhiều tờ báo, kênh truyền hình đưa những tin bài làm sai lệch sự thật và không có chứng cứ cũng đã bị Chính phủ Nga đóng cửa. Điều này đã làm dấy lên những lo ngại từ phía phương Tây về tự do ngôn luận và tự do báo chí ở Nga, bởi theo họ tự do ngôn luận là được nói tất cả, còn ở

25 *Медведев увидел в митингах признак возрождения российской демократии: <http://news.mail.ru/politics/7668445/>.*

26 *Điều 1 Luật Liên bang Nga Về các phương tiện thông tin đại chúng/Ban hành ngày 27 /7/1991 (sửa đổi bổ sung đến ngày 21/7/2011)*



Nga tự do là phải không ảnh hưởng hoặc xâm hại tới người khác, đặc biệt là nhân phẩm<sup>27</sup>.

Một cơ chế kiểm soát quyền lực khác đó chính là hệ thống đảng phái. Ở Nga ghi nhận chế độ đa đảng và đa nguyên về tư tưởng chính trị. Đã có thời điểm ở Nga có tới hơn 30 đảng phái khác nhau đăng ký tham gia tranh cử vào Hạ viện. Các đảng phái có vai trò quan trọng trong việc giám sát hoạt động thực hiện quyền lực nhà nước của các nhân viên nhà nước. Các đảng tham gia vào quá trình bầu cử và đồng thời cũng là những nhân vật giám sát gắt gao nhất quá trình bầu cử nhằm đảm bảo sự công bằng và ngăn chặn gian lận. Khi cần thiết, các đảng phái tập hợp quần chúng để phản đối nhà nước. Theo quy định hiện hành, để có được đại diện của mình trong Hạ viện, các đảng tranh cử phải nhận được ít nhất 7% số phiếu của cử tri tham gia bầu cử. Bằng cách này, hiện nay chỉ có 4 đảng có chỗ trong Hạ viện. Nhưng gần đây, Tổng thống Nga đã đệ trình Quốc hội kiến nghị mới nhằm bảo vệ quyền lợi của thiểu số. Theo đệ trình này chỉ cần đạt 5% phiếu cử tri trong cuộc bầu cử vào Duma là đảng đó đã có quyền có đại diện của mình<sup>28</sup>.

Một trong những quyền lực đặc biệt của người dân Nga đó là quyền tự quyết các vấn đề trọng đại của quốc gia thông qua cơ chế trưng cầu dân ý.

Theo quy định của Hiến pháp Liên bang và Luật Trưng cầu dân ý<sup>29</sup> người dân Nga được quyền tự quyết các vấn đề như ban hành Hiến pháp, các văn bản quy phạm pháp luật theo quy định của điều ước quốc tế và các vấn đề quan trọng khác thuộc thẩm quyền của Liên bang Nga được quy định trong Hiến pháp. Một minh chứng hùng hồn

nhất cho việc thực hiện quyền này là bản Hiến pháp hiện hành của Liên bang Nga được thông qua bằng trưng cầu dân ý vào ngày 12/12/1993.

Nói như vậy không có nghĩa là cơ chế phân quyền đặc biệt này ở Nga là hoàn thiện. Có rất nhiều tranh luận về vấn đề này. Tuy nhiên cần phải nhìn nhận rằng mô hình ấy có vẻ như rất phù hợp với người Nga và bối cảnh nước Nga. Nước Nga đang dần lấy lại vị thế và tầm ảnh hưởng của mình và đang trở nên thịnh vượng hơn và bằng những chiêm nghiệm thực tiễn và nghiên cứu pháp lý trong 10 năm ở Nga, chúng tôi nhận thấy rằng, đa phần người dân đang rất hài lòng với cuộc sống chính trị, văn hóa cũng như kinh tế của họ. Ngay cả khi người dân nức lòng xuống đường phản đối kết quả bầu cử vào Duma vào tháng 12 năm 2011 thì cũng đúng như Tổng thống Nga Đ. Medvedev phát biểu "những dòng người kia là dấu hiệu cho sự phát triển của một nền dân chủ Nga"<sup>30</sup>.

Dân chủ và tự do là khái niệm khó định lượng, và phân quyền là để đảm bảo dân chủ. Thiết nghĩ, mô hình phân quyền sẽ không hoàn hảo nếu nó không phù hợp với đất nước, con người cũng như các điều kiện lịch sử văn hóa, kinh tế và dân tộc ấy. GS Trần Chung Ngọc nói "dân chủ là hoa của trí tuệ..."<sup>31</sup> do vậy, có thể hiểu theo nghĩa nữa, dân chủ phải phù hợp cả với nhận thức con người và chỉ như vậy nó mới phát huy hiệu quả. Trên phương diện này rõ ràng, mô hình Nga là đáng học tập. Nó đáng học tập không hẳn ở cái hay, cái đẹp mà, thiết nghĩ, ở cái phù hợp, và cũng chỉ thế thôi cũng đủ để chúng ta nghiên cứu và chiêm nghiệm cho mình trong bối cảnh chúng ta đang tìm kiếm một mô hình thực thi quyền lực hợp lý cho một bản Hiến pháp mới hoàn thiện hơn ■

27 Điều 4 Luật Liên bang Nga Về các phương tiện thông tin đại chúng. Đã dẫn

28 [http://www.dp.ru/a/2011/06/24/Dmitrij\\_Medvedev\\_predlozhi/](http://www.dp.ru/a/2011/06/24/Dmitrij_Medvedev_predlozhi/)

29 Ban hành ngày 28/6/2004 số hiệu 5 FKZ.

30 Медведев увидел в митингах признаки взросления российской демократии: <http://news.mail.ru/politics/7668445/> và Медведев: РФ должна перейти к выборам губернаторов прямым голосованием: <http://news.mail.ru/politics/7668618/>

31 Tạp chí Nhân quyền Việt Nam/Petrotimes.vn (xem trích lại trên: <http://dantri.com.vn/c20/s202-504756/cu-huy-ha-vu-tu-goc-nhin-cua-mot-nguoi-viet-hai-ngoai.htm>)

