

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

ISSN 1859 - 2953

www.nclp.org.vn

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

ĐẢNG ỦY CƠ QUAN VĂN PHÒNG QUỐC HỘI
ĐẢNG BỘ CƠ SỞ VIỆN NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

HỘI NGHỊ

TỔNG KẾT CÔNG TÁC NĂM 2014 VÀ
PHƯƠNG HƯỚNG, NHIỆM VỤ NĂM 2015

Hội nghị, ngày 08 tháng 01 năm 2015



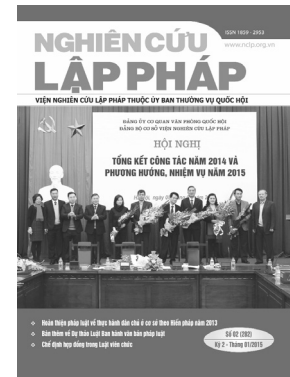
- ❖ Hoàn thiện pháp luật về thực hành dân chủ ở cơ sở theo Hiến pháp năm 2013
- ❖ Bàn thêm về Dự thảo Luật Ban hành văn bản pháp luật
- ❖ Chế định hợp đồng trong Luật viên chức

Số 02 (282)

Kỳ 2 - Tháng 01/2015

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn



Mục lục 1/2015

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT BÌNH LUẬN VỀ HIẾN PHÁP

- 3** Hoàn thiện pháp luật về thực hành dân chủ ở cơ sở theo Hiến pháp năm 2013

TS. Trương Hồ Hải

- 9** Điều khoản tước quyền sở hữu của nhà đầu tư trong các hiệp định đầu tư song phương

TS. Trần Thị Thùy Dương

- 18** Một số vấn đề của pháp luật về phòng ngừa rủi ro trong hoạt động cấp tín dụng của ngân hàng thương mại

ThS. Nguyễn Xuân Bang

- 25** Nâng cao hiệu quả hợp tác quốc tế trong chuyển giao người đang chấp hành hình phạt tù

ThS. Phạm Thị Quỳnh Anh

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 30** Bàn thêm về Dự thảo Luật Ban hành văn bản pháp luật

PGS, TS. Nguyễn Thị Hồi

- 35** Bàn về một số nội dung trong Dự thảo Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật

ThS. Cao Vũ Minh

CHÍNH SÁCH

- 42** Thành tựu giảm nghèo nổi bật của Việt Nam và những bất cập trong chính sách, pháp luật về giảm nghèo

Đinh Ngọc Quý

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 47** Chế định hợp đồng trong Luật viên chức

TS. Bùi Thị Đào

- 51** Xây dựng, hoàn thiện pháp luật thi hành án hình sự về "tạm tha có điều kiện"

ThS. Ngô Văn Trụ

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 57** Quyền bào chữa trong tố tụng hình sự Cộng hòa Liên bang Đức

Nguyễn Quyết Thắng

THÔNG TIN LẬP PHÁP

- 63** Định hướng chủ đề viết bài đăng tải trên Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp năm 2015

NCLP

HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

PGS. TS. ĐINH XUÂN THẢO (CHỦ TỊCH)
GS, TSKH. ĐÀO TRỌNG THI
GS, TS. PHAN TRUNG LÝ
TS. NGUYỄN SĨ DŨNG
GS, TS. TRẦN NGỌC ĐƯỜNG
TS. NGÔ ĐỨC MẠNH
TS. DƯƠNG NGỌC NGUU
PGS, TS. ĐINH VĂN NHẢ
PGS, TS. TRẦN ĐÌNH NHẢ
TS. HOÀNG VĂN TÚ
TS. PHẠM VĂN HÙNG

TỔNG BIÊN TẬP

TS. PHẠM VĂN HÙNG

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 438/GP-BTTTT NGÀY 29-10-2013
CỦA BỘ THÔNG TIN VÀ TRUYỀN THÔNG

PHÁT HÀNH - QUẢNG CÁO

HÀ NỘI: 080-43363

TÀI KHOẢN:

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

IN TẠI CÔNG TY CỔ PHẦN IN TÂY HỒ

GIÁ: 19.500 ĐỒNG

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn

Legis 1/2015

STATE AND LAW

COMMENTARY ON CONSTITUTION

- 3** Improving legislation on the practice of democracy in grassroots level according to the Constitution in 2013

Dr. Truong Ho Hai

- 9** Expropriation clauses in the bilateral investment treaties

Dr. Tran Thi Thuy Duong

- 18** Some problems of the legislation on the prevention of risks in credit-granting activities of commercial banks

LLM. Nguyen Xuan Bang

- 25** Improving the effectiveness of international cooperation in the transfer of persons serving their sentences of imprisonment

LLM. Pham Thi Quynh Anh

DISCUSSION OF BILLS

- 30** Further discussion on the draft Law on promulgation of legal documents

Prof, Dr. Nguyen Thi Hoi

- 35** Discussion on some content issues of the draft Law on promulgation of legal normative documents

LLM. Cao Vu Minh

POLICIES

- 42** Achievements in poverty reduction in Vietnam and the gaps in policies and legislation on poverty reduction

Dinh Ngoc Quy

LEGAL PRACTICE

- 47** Provisions of contract in the Law on public employees

Dr. Bui Thi Dao

- 51** Building and improving the provisions of "conditional parole" in the legislation on execution of criminal judgments.

LLM. Ngo Van Tru

FOREIGN EXPERIENCE

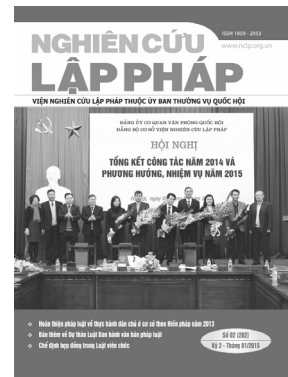
- 57** Right to counsel in criminal proceedings the Federal Republic of Germany

Nguyen Quyet Thang

LEGISLATIVE NEWS

- 63** Topic orientation of articles in the Journal of Legislative Studies in the year 2015

NCLP



EDITORIAL:

Prof. Dr. DINH XUAN THAO (Chairman)
Prof. Dr. DAO TRONG THI
Prof. Dr. PHAN TRUNG LY
Dr. NGUYEN SI DUNG
Prof. Dr. TRAN NGOC DUONG
Dr. NGO DUC MANH
Dr. DUONG NGOC NGUU
Prof. Dr. DINH VAN NHA
Prof. Dr. TRAN DINH NHA
Dr. HOANG VAN TU
Dr. PHAM VAN HUNG

EDITOR-IN-CHIEF:

Dr. PHAM VAN HUNG

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 PUBLISMENT:

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

DISTRIBUTION:

HA NOI: 080-43363

ACCOUNT NUMBER:

0011000467735
LEGISLATIVE STUDY MAGAZINE
VIETCOMBANK

PRINTED BY: TAYHO PRINTING
JOINT STOCK COMPANY

Price: 19,500 VND

HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT VỀ THỰC HÀNH DÂN CHỦ Ở CƠ SỞ THEO HIẾN PHÁP NĂM 2013

TRƯƠNG HỒ HẢI*

Thực hành dân chủ ở cơ sở luôn là vấn đề được Đảng và Nhà nước ta quan tâm hàng đầu nhằm đảm bảo bản chất của chế độ XHCN, giữ vững hệ thống chính trị ở cơ sở, qua đó đảm bảo mọi chủ trương, đường lối của Đảng, chính sách, pháp luật của Nhà nước được triển khai có hiệu quả trong thực tiễn. Tâm quan trọng của thực hành dân chủ ở cơ sở được xem là “chìa khóa vạn năng” để giải quyết mọi khó khăn trong quá trình đổi mới toàn diện đất nước ta hiện nay.

1. Pháp luật về thực hành dân chủ ở cơ sở

“Pháp luật vừa là sự phản ánh yêu cầu dân chủ, vừa là công cụ để thực hiện dân chủ”¹; nói đến dân chủ là phải nói đến pháp luật, nghĩa là dân chủ luôn phải gắn liền với cơ chế bảo đảm dân chủ, mà cơ chế này phải được luật hóa. Quan hệ nội tại giữa pháp luật và dân chủ trong nhà nước pháp quyền biểu hiện ở chỗ, dân chủ nào cũng cần đến pháp luật; ngược lại pháp luật phải được xây dựng và thực hành trên cơ chế dân chủ. Quá trình dân chủ hóa xã hội là quá trình xây dựng và hoàn thiện không ngừng của pháp luật. Dân chủ càng cao thì pháp luật càng trở lên quan trọng.

Sau khi Bộ Chính trị ra Chỉ thị số 30/CT-TU ngày 18/02/1998 về xây dựng và thực hiện Quy chế dân chủ ở cơ sở, Ủy ban Thường vụ Quốc hội đã cụ thể hóa một bước chỉ thị này bằng các Nghị quyết số 45/1998/NQ-UBTVQH10, số 55/1998/NQ-

UBQH10 và số 60/1998/NQ-UBTVQH10 về thực hiện dân chủ ở ba loại hình đơn vị cơ sở chủ yếu là đơn vị hành chính cấp cơ sở; các cơ quan nhà nước và các cơ sở kinh tế.

Đối với thực hiện dân chủ ở đơn vị hành chính cơ sở, ngày 15/5/1998, Chính phủ ra Nghị định số 29/NĐ-CP ban hành kèm theo Quy chế thực hiện dân chủ ở xã và đã được sửa đổi, bổ sung thay thế bằng Nghị định số 79/NĐ-CP ngày 7/7/2003 (Quy chế này áp dụng cho cả phường và thị trấn).

Ngày 18/5/2005, Thủ tướng Chính phủ ban hành Quyết định số 80/2005/QĐ-TTg về việc ban hành Quy chế giám sát đầu tư của cộng đồng, “nhằm theo dõi, đánh giá việc chấp hành các quy định về quản lý đầu tư của cơ quan có thẩm quyền quyết định đầu tư, chủ đầu tư, ban quản lý dự án, các nhà thầu và đơn vị thi công dự án trong quá trình đầu tư; phát hiện, kiến nghị với các cơ quan nhà nước có thẩm quyền về các việc làm vi phạm

* **TS. Học viện Chính trị Quốc gia Hồ Chí Minh.**

1 GS, TSKH. Đào Trí Úc, *Xây dựng Nhà nước pháp quyền XHCN Việt Nam*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2005, tr. 32.

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

các quy định về quản lý đầu tư để kịp thời ngăn chặn và xử lý các việc làm sai quy định, gây lãng phí, thất thoát vốn và tài sản của Nhà nước, xâm hại lợi ích của cộng đồng” (Điều 1).

Ngày 20/4/2007, Ủy ban Thường vụ Quốc hội đã ban hành Pháp lệnh số 34/2007/PL-UBTVQH12 về thực hiện dân chủ ở xã, phường, thị trấn. Trong các đơn vị kinh tế, ngày 13/02/1999, Chính phủ ra Nghị định số 07/1999/NĐ-CP ban hành kèm theo Quy chế thực hiện dân chủ ở doanh nghiệp nhà nước. Ngày 28/5/2007 Chính phủ ra Nghị định số 87/2007/NĐ-CP ban hành kèm theo Quy chế thực hiện dân chủ ở công ty cổ phần, công ty trách nhiệm hữu hạn; Nghị định số 60/2013/NĐ-CP ngày 19/6/2013 của Chính phủ quy định chi tiết khoản 3 Điều 63 Bộ luật Lao động về thực hiện quy chế dân chủ ở cơ sở tại nơi làm việc và một số văn bản pháp lý khác quy định về vấn đề dân chủ ở cơ sở ...

Các văn bản này đã cho thấy sự quan tâm của Đảng và Nhà nước ta về phát triển dân chủ ở cơ sở.

Việc ban hành Pháp lệnh Thực hiện dân chủ ở cấp xã, phường, thị trấn năm 2007 đánh dấu một bước tiến bộ xã hội lớn ở nước ta, tạo điều kiện thuận lợi cho nhân dân thực sự phát huy quyền làm chủ của mình, tham gia quản lý các công việc ở địa phương, kiểm soát và đấu tranh chống tệ quan liêu, tham nhũng, mất dân chủ ở các cơ quan công quyền hay các biểu hiện lợi dụng dân chủ để vi phạm pháp luật. Pháp lệnh này ra đời là một biểu hiện sinh động nhằm cụ thể hoá phương châm “dân biết, dân bàn, dân làm, dân kiểm tra” của Đảng.

Pháp lệnh này sau một thời gian triển khai và thực hiện đã thực sự phát huy quyền làm chủ, sức sáng tạo của nhân dân, động viên sức mạnh vật chất và tinh thần to lớn của các tầng lớp nhân dân tham gia phát triển kinh tế - xã hội ở địa phương, góp phần tác động tích cực tới công tác xây dựng Đảng,

xây dựng chính quyền, phát huy vai trò của Mặt trận Tổ quốc và các đoàn thể nhân dân; xây dựng các cộng đồng dân cư tự quản ở phường, xã, thị trấn, các khu dân cư, tổ dân phố... tạo ra sự chuyển biến tích cực về ý thức và phong cách làm việc của cán bộ Đảng, chính quyền, đoàn thể theo hướng gần dân, tôn trọng dân và có trách nhiệm với dân hơn.

Đối với các cơ quan nhà nước, các quy định về thực hiện dân chủ được ghi nhận trong nhiều văn bản quy phạm pháp luật khác nhau như Luật Tổ chức Quốc hội, Luật Tổ chức Chính phủ, Luật Tổ chức Tòa án nhân dân, Luật Tổ chức Hội đồng nhân dân và Ủy ban nhân dân, Luật Cán bộ, công chức, Luật Hoạt động giám sát của Quốc hội, Luật Khiếu nại, Luật Tố cáo, Luật Thanh tra, Luật Phòng chống tham nhũng, Luật Thực hành tiết kiệm, chống lãng phí, Luật Tố tụng Hành chính... trong đó, các quy định về thực hiện dân chủ được thể hiện tập trung trong quy chế hoạt động của các cơ quan nhà nước mà đặc biệt là trong các quy chế thực hiện dân chủ do Chính phủ, Viện Kiểm sát nhân dân tối cao... ban hành. Đây là những văn bản quan trọng do Nhà nước ban hành nhằm phát huy quyền làm chủ của nhân dân, từng bước đẩy lùi các hiện tượng tiêu cực, tham nhũng, chuyên quyền độc đoán, hống hách, xa rời quần chúng, tạo động lực mạnh mẽ trong nhân dân, góp phần thúc đẩy công cuộc đổi mới xây dựng đất nước. Pháp luật về thực hiện dân chủ ở cơ quan nhà nước là một bộ phận quan trọng của hệ thống pháp luật về thực hành dân chủ ở cơ sở. Trên tinh thần và nội dung các quy định của pháp luật về thực hành dân chủ ở cơ quan nhà nước, các cán bộ, công chức có cơ sở để tham gia vào các công việc của cơ quan, được bàn bạc, được cung cấp thông tin và được đưa các ý kiến đề xuất nhằm hoàn thiện hơn nữa môi trường dân chủ trong cơ quan. Pháp luật về thực hành dân chủ ở cơ quan nhà nước với các quy định về thực hiện dân chủ trong nội bộ cơ quan và thực hiện dân chủ trong quan

hệ và giải quyết công việc với công dân, cơ quan, tổ chức là cơ sở để phát huy quyền làm chủ, sức sáng tạo, động viên nguồn sức mạnh to lớn từ đội ngũ cán bộ, công chức, người lao động trong các cơ quan nhà nước. Mặt khác, pháp luật về thực hành dân chủ ở các cơ quan nhà nước cũng là cơ sở pháp lý để đấu tranh, ngăn chặn, khắc phục các hiện tượng tiêu cực trong bộ máy nhà nước.

Có thể nhận thấy trong những năm qua, pháp luật về thực hành dân chủ ở cơ sở tiếp tục được phát triển, ngày một hoàn thiện. Điều này đã góp phần phát huy bầu không khí dân chủ, cởi mở trong xã hội, quyền làm chủ của nhân dân được mở rộng, lòng tin của nhân dân vào chế độ ngày càng được củng cố, từ đó thúc đẩy sự phát triển kinh tế, văn hoá, xã hội, an ninh, quốc phòng ở địa phương, biểu hiện rõ nhất là trong phát triển kinh tế, xây dựng nếp sống văn hoá ở xã, phường, thị trấn.

Tổng kết 25 năm đổi mới đất nước và 20 năm thực hiện Cương lĩnh xây dựng đất nước trong thời kỳ quá độ lên chủ nghĩa xã hội, Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XI của Đảng khẳng định: “Tiếp tục xây dựng và hoàn thiện nền dân chủ XHCN, bảo đảm tất cả quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân; ... Có cơ chế cụ thể để nhân dân thực hiện trên thực tế quyền làm chủ trực tiếp. Thực hiện tốt hơn Quy chế dân chủ và Pháp lệnh dân chủ ở cơ sở. Phát huy dân chủ, đề cao trách nhiệm công dân, kỷ luật, kỷ cương xã hội; phê phán và nghiêm trị những hành động vi phạm quyền làm chủ của nhân dân, những hành vi lợi dụng dân chủ để gây rối; chống tập trung quan liêu, khắc phục dân chủ hình thức”². Tại kỳ họp thứ 6, Quốc hội khóa XIII đã ban hành Hiến pháp năm 2013 nhằm cụ thể Cương lĩnh xây dựng đất nước trong thời

kỳ quá độ lên chủ nghĩa xã hội (bổ sung, phát triển năm 2011), trong đó lần đầu tiên, một văn bản pháp lý cao nhất của nước ta quy định rõ ràng về việc kiểm soát quyền lực nhà nước: “Quyền lực nhà nước là thống nhất, có sự phân công, phối hợp, kiểm soát giữa các cơ quan nhà nước trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp” (Điều 2). Kiểm soát quyền lực nhà nước là một tất yếu nhằm bảo đảm quyền lực nhà nước không vượt quá tầm kiểm soát của nhân dân, trở thành lực lượng đe dọa nhân dân - chủ sở hữu quyền lực nhà nước, xâm phạm đến quyền làm chủ và địa vị là chủ của nhân dân. Chính vì thế, việc hiến định kiểm soát quyền lực nhà nước là một bước tiến dài trong quá trình phát huy dân chủ XHCN và hoàn thiện Nhà nước pháp quyền XHCN.

Thực tế cho thấy, địa phương nào thực hiện tốt các quy chế dân chủ ở cơ sở, thì ở đó kinh tế phát triển, đời sống nhân dân được nâng cao, cộng đồng dân cư đoàn kết, trật tự xã hội và an toàn xã hội được bảo đảm. Ngược lại, nơi nào xem nhẹ dân chủ, để mất dân chủ, cán bộ xa rời quần chúng nhân dân, quan liêu, cửa quyền, hách dịch, thiếu trách nhiệm, thiếu đạo đức, không lắng nghe, tôn trọng và không quan tâm đến tâm tư, nguyện vọng, lợi ích của quần chúng nhân dân... thì nơi ấy sẽ rất khó hoàn thành nhiệm vụ chính trị. Có thể nói rằng, hướng về cơ sở, phát huy vai trò của người dân tham gia trực tiếp vào công việc của chính quyền và bảo đảm sự can dự của họ vào hoạt động quản lý của các cơ quan chính quyền cũng chính là bài học dân chủ ở Việt Nam trong quá trình đổi mới³.

Sau hơn 15 năm thực hiện Quy chế dân chủ ở cơ sở, bên cạnh những thành tựu đã đạt được, vẫn còn những tồn tại, hạn chế cần được khắc phục kịp thời, đó là:

2 Đảng Cộng sản Việt Nam, Văn kiện Đại hội Đại biểu toàn quốc lần thứ XI, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2011, tr. 238 - 239.

3 GS, TSKH. Đào Trí Úc: Chủ nghĩa lập hiến hiện đại ở Việt Nam: Những thành tựu và các vấn đề đang đặt ra, trong “Hiến pháp: Những vấn đề lý luận và thực tiễn”, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, 2011, tr. 80.

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

Một là, nhận thức về dân chủ và trách nhiệm thực hiện Quy chế dân chủ ở cơ sở của một số cấp ủy, chính quyền, cán bộ, công chức chưa đầy đủ, phong cách làm việc quan liêu, mất dân chủ, thiếu tôn trọng dân còn khá phổ biến trong cán bộ các cấp, các ngành.

Hai là, việc thực hiện quy chế dân chủ ở cơ sở hiện nay mới được triển khai tích cực ở loại hình xã, phường, thị trấn; còn ở các loại hình cơ sở khác kết quả còn hạn chế.

Ba là, trách nhiệm lãnh đạo, chỉ đạo của một số cấp ủy đảng, đảng đoàn, ban cán sự đảng, của người đứng đầu chưa đầy đủ; không ít nơi chưa có ban chỉ đạo, chưa có người theo dõi kiểm tra, sơ kết, tổng kết, chỉ đạo thường xuyên; việc hướng dẫn, kiểm tra theo hệ thống ngành dọc chưa được coi trọng.

Bốn là, việc rà soát, ban hành, bổ sung chính sách, cơ chế chưa đồng bộ, chưa kịp thời đáp ứng yêu cầu cuộc sống đặt ra, nhất là những chính sách có liên quan trực tiếp đến quyền và lợi ích của nhân dân như: giá đền bù đất khi giải phóng mặt bằng, tái định cư, tiền lương, bảo hiểm xã hội, nhà ở của công nhân các khu công nghiệp... Một số văn bản pháp lý quy định về quy chế dân chủ cho một số loại hình, một số lĩnh vực còn thiếu, chưa kịp thời, chưa sát với thực tế, chậm được rà soát, bổ sung.

Năm là, Mặt trận và các đoàn thể nhân dân một số nơi còn chậm đổi mới phương thức hoạt động, còn có xu hướng hành chính hóa; chưa thực sự đại diện cho quyền lợi, nguyện vọng của nhân dân; chưa tích cực tuyên truyền, vận động, tổ chức cho nhân dân tham gia xây dựng và thực hiện Quy chế dân chủ cơ sở.

Những tồn tại hạn chế trên dẫn đến thực tế việc thực hiện Quy chế dân chủ ở nhiều nơi còn mang tính hình thức, chất lượng chưa đồng đều, không ít nội quy, quy định còn mang tính đối phó, một số nơi còn dễ xảy ra tiêu cực, tham nhũng, vi phạm pháp

luật, đặc biệt là trong khối doanh nghiệp nhà nước (thể hiện qua các vụ tham nhũng lớn tại Vinashin, Vinalines; cưỡng chế đất bất hợp pháp ở Tiên Lãng, Hải Phòng...) gây tổn thất cho Nhà nước, vi phạm quyền làm chủ của nhân dân. Nhiều quy ước ở tổ dân phố, thôn, xóm xây dựng không xuất phát từ thực tế cuộc sống, thiếu bàn bạc dân chủ trong nhân dân, còn rập khuôn theo hướng dẫn mẫu. Việc giám sát, kiểm tra của các tổ chức công đoàn, ban thanh tra nhân dân, ban giám sát đầu tư của cộng đồng ở nhiều nơi còn hạn chế và mang tính hình thức. Việc triển khai, tuyên truyền, quán triệt các văn bản về quy chế dân chủ của trung ương, các tỉnh đôi khi chưa được thường xuyên, kịp thời, các hình thức tuyên truyền đến người dân còn chậm đổi mới. Nhiều thủ tục hành chính còn rườm rà, bệnh giấy tờ chưa giảm, gây phiền hà cho dân, một số cán bộ, công chức ở cơ sở còn những thiếu sót, quan liêu đối với nhân dân. Ý thức về ý nghĩa, tầm quan trọng của Quy chế dân chủ của một bộ phận nhân dân chưa cao, thể hiện ở một số lĩnh vực như: chưa thực sự quan tâm đóng góp ý kiến để xây dựng và hoàn thiện các quy chế quy định của cơ quan; ý thức thực hiện nếp sống văn minh đô thị chưa cao, ít tham gia sinh hoạt tổ dân phố, còn vi phạm pháp luật và những quy định của địa phương trong xây dựng, việc cưới, việc tang...

Những tồn tại, hạn chế trên xuất phát từ nhiều nguyên nhân, nhưng sự bất cập và thiếu đồng bộ trong hệ thống pháp luật về thực hành dân chủ ở cơ sở là nguyên nhân chính cần phải được nhận diện và hoàn thiện ngay trong thời gian tới.

2. Một số kiến nghị hoàn thiện pháp luật về thực hành dân chủ ở cơ sở theo Hiến pháp năm 2013

Thứ nhất, cần ban hành Luật Dân chủ ở cơ sở trên cơ sở hợp nhất các văn bản pháp luật về thực hành dân chủ cơ sở hiện nay như Pháp lệnh Thực hiện dân chủ ở xã, phường, thị trấn.

Pháp luật dân chủ cơ sở phải hoàn thiện theo hướng tăng cường hình thức thực hiện dân chủ trực tiếp tại cấp cơ sở như: tăng số lượng các công việc mà cấp chính quyền cơ sở phải thông tin, thảo luận, tiếp thu các ý kiến, nguyện vọng của nhân dân, đồng thời nâng cao hiệu lực pháp lý của việc tiếp thu ý kiến nhân dân đóng góp, nâng cao vai trò giám sát của nhân dân đối với các cơ quan dân bầu, dân cử ở các địa phương, cũng như các cơ quan đại diện ở địa phương do nhân dân, hoặc HĐND bầu ra.

Thứ hai, hoàn thiện pháp luật về cơ chế “dân biết, dân bàn, dân làm, dân kiểm tra”.

Để thực hành cơ chế này hiệu quả, tránh hình thức, người dân phải nắm bắt thông tin (dân biết), tham gia thảo luận (dân bàn), triển khai (dân làm), kiểm tra, giám sát (dân kiểm tra) các chủ trương, biện pháp quy hoạch phát triển kinh tế - xã hội ở địa phương. Muốn thực hiện tốt điều này, hệ thống pháp luật về thực hành dân chủ ở cơ sở cần:

Trước hết, Nhà nước cần sớm ban hành Luật Tiếp cận thông tin để hoàn thiện cơ sở pháp lý cho việc thực hành công khai, minh bạch thông tin và trách nhiệm giải trình trong hoạt động của các cơ quan nhà nước (trừ những nội dung thuộc bí mật quốc gia liên quan đến an ninh, quốc phòng, chính trị nội bộ), đảm bảo quyền được biết của nhân dân, nhất là trong các việc quản lý, sử dụng các quỹ, các khoản đầu tư, tài trợ, huy động nhân dân đóng góp; đối tượng, mức thu các loại phí; vấn đề quy hoạch các khu công nghiệp, sử dụng đất, tái định cư, giải phóng mặt

bằng; tiền lương, thu nhập, tài sản của cán bộ lãnh đạo, quản lý ở nơi này, nơi khác v.v..

Hai là, Nhà nước sớm ban hành Luật Giám sát và Phản biện xã hội để tạo cơ sở pháp lý cho nhân dân thực hiện quyền được bàn và quyền được kiểm tra, giám sát.

Trên thực tế, “dân bàn” chủ yếu dừng lại ở những vấn đề liên quan trực tiếp đến người dân ở cơ sở. Ở tầm vĩ mô thì đang dừng lại ở mức độ “hỏi ý kiến”. Những vấn đề quốc kế dân sinh ở tầm vĩ mô thì chủ yếu vẫn đang thông qua hình thức dân chủ đại diện. Cùng với đó, việc thực hiện phương châm “dân

kiểm tra” còn nhiều vướng

mắc, vì trong các quy

chế, quy định chưa

cụ thể hóa người

dân, cán bộ,

công chức,

viên chức

được kiểm

tra ai, kiểm

tra cái gì

hoặc có quy

định nhưng

người dân khó

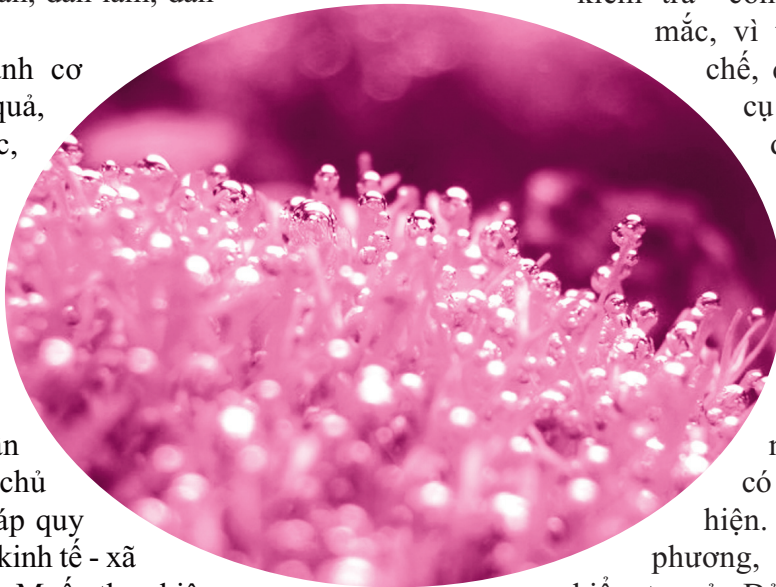
có điều kiện thực

hiện. Ở các địa

phương, các nội dung

kiểm tra của Đảng thì đã được

quy định trong Điều lệ Đảng, về phía chính quyền thì đã có hệ thống cơ quan thanh tra của Chính phủ, giám sát thì chủ yếu dựa vào các cơ quan dân cử (Quốc hội, HĐND, đại biểu Quốc hội, đại biểu HĐND). Thực tế cho thấy, người dân mới chỉ có thể kiểm tra, giám sát những dự án, chương trình đầu tư có huy động sự đóng góp của dân trên chính địa bàn cơ sở họ cư trú. Nhiều chương trình, dự án có vốn đầu tư của nước ngoài hoặc của cấp trên triển khai ở địa phương nhưng người dân ở địa phương, khu dân cư đó không được biết nên không thể thực hiện được quyền kiểm tra, giám sát. Do đó, việc sớm ban hành Luật Giám sát và Phản biện xã hội là yêu cầu



NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

khách quan để có cơ sở pháp lý cho nhân dân thực hiện quyền làm chủ của mình thông qua Mặt trận và các đoàn thể nhân dân một cách hiệu quả. Hiến pháp năm 2013 đã quy định “Mặt trận Tổ quốc Việt Nam là cơ sở chính trị của chính quyền nhân dân; đại diện, bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp, chính đáng của nhân dân; tập hợp, phát huy sức mạnh đại đoàn kết toàn dân tộc, thực hiện dân chủ, tăng cường đồng thuận xã hội; giám sát, phản biện xã hội; tham gia xây dựng Đảng, Nhà nước, hoạt động đối ngoại nhân dân góp phần xây dựng và bảo vệ Tổ quốc” (Điều 9).

Thứ ba, hoàn thiện pháp luật về dân chủ trực tiếp.

Quyền dân chủ trực tiếp và gián tiếp ngày càng được thể hiện sinh động trên tất cả các lĩnh vực của đời sống xã hội. Điều đó thể hiện qua việc trong năm 2013 đã có trên 26 triệu lượt góp ý của người dân vào bản Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992⁴. Hiến pháp năm 2013 đã ghi nhận “Nhân dân thực hiện quyền lực nhà nước bằng dân chủ trực tiếp, bằng dân chủ đại diện thông qua Quốc hội, HĐND và thông qua các cơ quan khác của Nhà nước” (Điều 6).

Trước hết, hình thức dân chủ trực tiếp thể hiện sự tham gia trực tiếp của người dân vào các chính sách và quản lý của Nhà nước, nhất là ở các cấp địa phương, thông qua các cuộc họp và các hình thức khác để nêu ý kiến với các cấp thẩm quyền của Nhà nước. Ban đầu là thông qua sự tham gia của người dân vào việc đổi mới công tác bầu cử⁵. Các hình

thức dân chủ trực tiếp phổ thông nhất hiện nay: trung cầu ý dân, diễn đàn nhân dân (được mở ra trên báo chí, truyền hình...), đối thoại với các quan chức nhà nước. Hai là, hình thức dân chủ đại diện giúp truyền đạt các ý nguyện của công dân thông qua các cơ quan dân cử, các đại biểu được người dân bầu chọn thông qua lá phiếu bầu.

Hiến pháp năm 2013 quy định “Nhà nước tạo điều kiện để công dân tham gia quản lý nhà nước và xã hội; công khai, minh bạch trong việc tiếp nhận, phản hồi ý kiến, kiến nghị của công dân” (Điều 28) và Quốc hội “quyết định trung cầu ý dân” (Điều 70). Cho nên, để thực hiện tốt hình thức dân chủ trực tiếp, dân chủ đại diện, Nhà nước cần tiếp tục hoàn thiện Luật Bầu cử đại biểu HĐND, Luật Bầu cử đại biểu Quốc hội, Luật Báo chí theo hướng tăng cường công khai thông tin về các ứng cử viên, thực hiện các hoạt động tranh cử phù hợp, thực hiện các cam kết chính trị với cử tri. Tiếp tục hoàn thiện Luật Khiếu nại, Luật Tố cáo, Luật Tố tụng hành chính, Luật Phòng, chống tham nhũng, Luật Thanh tra để nhân dân thực hiện tốt hơn quyền kiến nghị, khiếu nại, tố cáo. Nhà nước cần tiếp tục hoàn thiện pháp luật về hoạt động thanh tra nhân dân theo hướng thực chất, thực quyền, tăng quyền hạn, trách nhiệm cho Ban Thanh tra nhân dân. Kiện toàn về tổ chức và hoạt động của Ban giám sát đầu tư công theo hướng trở thành một thiết chế dân chủ trực tiếp. Đồng thời sớm ban hành Luật Trung cầu ý dân ■



4 Đỗ Phú Thọ, Cần cái nhìn khách quan về bản Hiến pháp (sửa đổi), Báo Quân đội nhân dân, số ra ngày 01/12/2013..

5 TS. Vũ Công Giao, Về thực hành dân chủ trực tiếp ở nước ta, Tạp chí Cộng sản số ra ngày 21/08/2013.

ĐIỀU KHOẢN TƯỚC QUYỀN SỞ HỮU CỦA NHÀ ĐẦU TƯ **trong các hiệp định đầu tư song phương**

TRẦN THỊ THÙY DƯƠNG*

Tước quyền sở hữu - còn được gọi là tước đoạt quyền sở hữu, truất quyền, trưng thu, trưng dụng hay quốc hữu hóa¹ - thường được hiểu là việc chính phủ tước đi hoặc thay đổi quyền tài sản của một cá nhân². Tước quyền sở hữu là đe dọa lớn nhất đối với đầu tư nước ngoài, vì thế nhà đầu tư nước ngoài thường nhìn vào quy định về tước quyền sở hữu để đánh giá mức độ rủi ro của địa chỉ đầu tư. Điều khoản về tước quyền sở hữu do đó được coi là “linh hồn” của các *hiệp định đầu tư song phương* (Bilateral Investment Treaty - hay còn gọi là *BIT*)³ và ảnh hưởng rất lớn đến tính hấp dẫn của quốc gia tiếp nhận đầu tư bởi nó ảnh hưởng đến những lựa chọn đầu tư của nhà đầu tư. Bên cạnh đó, điều khoản về tước quyền sở hữu cũng quyết định phạm vi điều chỉnh của nhà nước tiếp nhận đầu tư. Các quy định này thể hiện quyền can thiệp của

nhà nước vào các hoạt động đầu tư để thiết kế và thực hiện các chính sách phát triển. Quy định về tước quyền sở hữu quá chặt sẽ “bó tay” nhà nước tiếp nhận đầu tư, khiến nhà nước khó có thể thực hiện các chính sách bảo vệ môi trường, phát triển, quy hoạch, quản lý hoạt động cạnh tranh... Quy định về tước quyền sở hữu không đủ chặt sẽ dễ khiến nhà đầu tư lo lắng. Điều khoản tước quyền sở hữu thành công cân bằng được giữa một bên là chức năng điều chỉnh của nhà nước, bên kia là nhu cầu bảo vệ đầu tư nước ngoài. Lời giải cho bài toán rất khó này được thể hiện phần nào trong các BIT mà Việt Nam đã ký kết.

Ngày nay, Việt Nam đã ký kết khoảng 60 BIT. Đi theo xu hướng chung trên thế giới, các BIT này thường quy định khá chặt chẽ về tước quyền sở hữu, thể hiện rõ rệt mục đích bảo vệ quyền lợi của nhà đầu tư nước

* **TS. Khoa Luật Quốc tế, Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.**

1 Các BIT mà Việt Nam tham gia sử dụng nhiều thuật ngữ khác nhau để chỉ hành vi tước quyền sở hữu của nhà đầu tư. Ví dụ, BIT Việt Nam - Nhật Bản (2003) đề cập biện pháp “trưng thu”, “quốc hữu hóa” hoặc “bất kỳ những biện pháp nào tương tự”; BIT Việt Nam - Vương quốc Anh (2002) dùng thuật ngữ “quốc hữu hóa”, “trưng dụng” hoặc “các biện pháp có tác dụng tương tự”; BIT Việt Nam - Pháp (1992) nói đến biện pháp “trưng thu”, “quốc hữu hóa” hoặc những “biện pháp tước quyền sở hữu”; BIT Việt Nam - Armenia (1992) dùng thuật ngữ “tịch thu”, “quốc hữu hóa” hoặc các “biện pháp có tính chất và hậu quả tương tự”...

2 Xem Black’s law dictionary, 8th ed., “expropriation: a governmental taking or modification of an individual’s property rights”; Merriam-webster dictionary: “expropriation: (...) the action of the state in taking or modifying the property rights of an individual in the exercise of its sovereignty” (<http://www.merriam-webster.com/dictionary/expropriation>, truy cập ngày 28/8/2014).

3 Kaj I. Hobér, in *Investment arbitration in Eastern Europe: In search of a definition of expropriation*, Chapter 3, JurisNet, 2007.

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

ngoài. Xu hướng này thể hiện ở ba khía cạnh: định nghĩa khá rộng khái niệm “tước quyền sở hữu” (i), đưa ra những tiêu chí khá đồng đều của tước quyền sở hữu hợp pháp (ii) và quy định khá chặt chẽ nghĩa vụ bồi thường (iii). Một vài BIT còn cố gắng làm sáng tỏ các “khoảng xám” trong quan hệ đầu tư nước ngoài liên quan đến tước quyền sở hữu (iv). Chúng ta sẽ xem xét các yếu tố này trong một số BIT mà Việt Nam ký kết, từ đó đưa ra vài đóng góp liên quan đến phương hướng xây dựng các BIT trong tương lai.

1. Định nghĩa khái niệm tước quyền sở hữu

Trước kia, hành vi tước quyền sở hữu tài sản của nhà đầu tư thường được thực hiện dưới dạng tước tài sản *trực tiếp* (direct taking) dẫn đến việc thay đổi chủ sở hữu tài sản đầu tư, làm cho tài sản đầu tư hữu hình của nhà đầu tư vào tay người khác hoặc mất đi. Ngày nay, hành vi tước quyền sở hữu tài sản của nhà đầu tư thường được thực hiện dưới dạng tước tài sản *gián tiếp* (indirect taking) dẫn đến việc mất quyền điều hành, kiểm soát, làm giảm giá trị tài sản đầu tư. Để bảo vệ đầy đủ quyền lợi của các nhà đầu tư, các BIT ngày nay thường đi theo xu hướng ngăn chặn không chỉ hành vi tước quyền sở hữu trực tiếp, mà cả tước quyền sở hữu gián tiếp.

Việc ngăn chặn này có thể được thực hiện bằng hai cách. Cách thứ nhất là định nghĩa rất rộng khái niệm tước quyền sở hữu để bao trùm hành vi tước quyền sở hữu gián tiếp. Cách thứ hai là cấm hành vi can thiệp đến một trong các quyền hưởng dụng, thu lợi, định đoạt của nhà đầu tư đối với tài sản đầu tư⁴.

Có thể thấy, các BIT do Việt Nam ký kết đi theo những hướng sau:

- Mở rộng nội hàm các biện pháp được coi là tước quyền sở hữu bằng việc bao gồm trong định nghĩa “tước quyền sở hữu” cả những biện pháp tương tự với hành vi tước quyền sở hữu. Ví dụ, BIT Việt Nam - Nhật Bản (2003) nói đến việc “trung thu hoặc quốc hữu hóa những đầu tư của các nhà đầu tư của Bên ký kết kia trong khu vực của mình, hoặc thực hiện bất kỳ *biện pháp tương tự* với việc trung thu hoặc quốc hữu hóa” (Điều 9)⁵. Điều đáng lưu ý là, BIT này còn đưa ra một danh sách các biện pháp can thiệp bị cấm thực hiện tương đương với tước quyền sở hữu gián tiếp.

- Mở rộng nội hàm khái niệm tước quyền sở hữu bằng việc bao gồm cả các biện pháp tương tự (về tác dụng, hậu quả) với hành vi tước quyền sở hữu. Ví dụ, BIT Việt Nam - Vương quốc Anh (2002) đề cập việc “quốc hữu hóa, trung dụng hoặc... các *biện pháp có tác dụng tương tự* như quốc hữu hóa hay trung dụng...” (Điều 5). Phương pháp này cũng được áp dụng khi các bên ký kết soạn thảo Điều 7 của BIT Việt Nam - Australia (1991), Điều 5 BIT Việt Nam - Malaysia (1992), Điều 6 BIT Việt Nam - Chile (1999).

- Quy định rõ ràng tước quyền sở hữu bao gồm cả hai loại: trực tiếp và gián tiếp. Ví dụ, BIT Việt Nam - Pháp (1992) đề cập thẳng việc tước quyền sở hữu gián tiếp, bên cạnh tước quyền sở hữu trực tiếp: “các Bên ký kết không thực hiện các biện pháp trung thu hoặc quốc hữu hóa hoặc những biện pháp tước quyền sở hữu *trực tiếp hay gián tiếp*...” (Điều 5)⁶.

- Hạn chế hoặc mở rộng nội hàm khái niệm tước quyền sở hữu bằng việc áp dụng kết hợp nhiều tiêu chí. Ví dụ BIT Việt Nam

4 Xem UNCTAD, *Taking of property, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, New York and Geneva, 2000, tr. 19 - 23.*

5 BIT Việt Nam - Trung Quốc (1992) cũng áp dụng cùng phương pháp: “Không Bên ký kết nào sẽ tước đoạt quyền sở hữu, quốc hữu hóa hoặc có các biện pháp tương tự (dưới đây gọi là “tước đoạt quyền sở hữu”) đối với những đầu tư của các nhà đầu tư...” (Điều 4).

6 Tương tự, BIT Việt Nam - Indonesia (1991) chỉ đơn giản đề cập “các biện pháp trung thu trực tiếp hoặc gián tiếp”.

- Armenia (1992) kết hợp hai tiêu chí khi đề cập tước quyền sở hữu: “Không một Bên ký kết nào được áp dụng các biện pháp tịch thu, quốc hữu hóa hoặc các *biện pháp khác có tính chất và hậu quả tương tự* đối với đầu tư của các nhà đầu tư của Bên ký kết kia...” (Điều 6). Việc kết hợp này dường như làm cho phạm vi các tình huống không phải là tịch thu, quốc hữu hóa mà vẫn bị coi là tước quyền sở hữu được thu hẹp: các tình huống đó không chỉ phải có “tính chất”, mà còn phải gây nên “hậu quả tương tự” đối với các biện pháp tịch thu, quốc hữu hóa. Cách kết hợp các tiêu chí cũng được áp dụng trong BIT Việt Nam - Thụy Sĩ (1992). Theo BIT này, “Không một Bên ký kết nào được tiến hành *các biện pháp trực tiếp hay gián tiếp* tước quyền sở hữu, quốc hữu hóa hoặc các biện pháp *cùng tính chất hay có những tác động tương tự* đối với việc đầu tư do các nhà đầu tư của Bên kia...” (Điều 5). Tuy nhiên, kỹ thuật lập pháp ở trường hợp này lại khiến nội hàm của khái niệm tước quyền sở hữu được mở rộng: khái niệm này bao gồm (i) các biện pháp tước quyền sở hữu trực tiếp, (ii) các biện pháp tước quyền sở hữu gián tiếp, (iii) các biện pháp có cùng tính chất, (iv) các biện pháp có những tác động tương tự với các biện pháp tước quyền sở hữu trên⁷. BIT Việt Nam - Ý (1990) cũng là một hình mẫu của định nghĩa kết hợp các tiêu chí, có tác dụng mở rộng nội hàm các biện pháp tước quyền sở hữu. Theo BIT này: “1. (I) Các khoản đầu tư của hai quốc gia ký kết hoặc của một trong số thể nhân hoặc pháp nhân của họ không phải chịu bất cứ một *biện pháp thường xuyên hay tạm thời nào hạn chế quyền sở hữu, quyền chiếm hữu, quyền kiểm soát hoặc quyền thụ hưởng* các khoản đầu tư này, ngoại trừ các quy định đặc biệt của pháp

luật hiện hành và quyết định của Tòa án có thẩm quyền; (II) Các khoản đầu tư của hai quốc gia ký kết hoặc của một trong số các thể nhân hoặc pháp nhân của họ sẽ không bị *quốc hữu hóa trực tiếp hoặc gián tiếp*, không bị trưng dụng hoặc không bị áp dụng các *biện pháp có tác dụng tương đương* việc quốc hữu hóa hoặc trưng dụng...” (Điều 5).

Như vậy, BIT bảo hộ quyền lợi của nhà đầu tư bằng nhiều cách: (i) coi quyền tài sản liên quan đến các khoản đầu tư của nhà đầu tư là tập hợp các quyền sở hữu, chiếm hữu, kiểm soát, thụ hưởng và nhìn chung, cấm việc can thiệp thường xuyên hay tạm thời đối với một trong các quyền đó; (ii) hành vi tước quyền sở hữu có nội hàm rộng, bao gồm cả hành vi trực tiếp, gián tiếp và các biện pháp có tác dụng tương đương.

Ký kết các điều khoản như vậy, rõ ràng trách nhiệm của Việt Nam, với tư cách là quốc gia chủ yếu tiếp nhận đầu tư nước ngoài, sẽ rất nặng nề.

2. Các tiêu chí của tước quyền sở hữu hợp pháp

Ngày nay, tước quyền sở hữu thường được coi là hợp pháp khi thỏa mãn các điều kiện sau: (i) tước quyền sở hữu vì mục đích công cộng, (ii) tước quyền sở hữu dựa trên cơ sở không phân biệt đối xử, (iii) tài sản bị tước quyền sở hữu phải được bồi thường và (iv) việc tước quyền sở hữu phải được thực hiện đúng thủ tục (due process)⁸.

Về tiêu chí thứ nhất (mục đích công cộng), thông thường nhà nước tiếp nhận đầu tư là chủ thể tuyên bố hành vi tước quyền sở hữu có nhằm mục đích công cộng hay không, và nhà đầu tư cũng như quốc gia “xuất khẩu” vốn không chống đối tuyên bố đó. Để ngăn ngừa hành vi tước quyền sở hữu nhằm mục đích trả đũa giữa các quốc gia,

7 Tương tự, BIT Việt Nam - Thái Lan quy định “Thuật ngữ trưng thu bao gồm các hành vi quyền lực tương đương như trưng thu, cũng như các biện pháp quốc hữu hóa.” (Điều 1), đồng thời đề cập tình huống “công dân hoặc công ty của một Bên ký kết phải chịu, trực tiếp hay gián tiếp, bất kỳ biện pháp trưng thu nào” (Điều 6).

8 Xem UNCTAD, *Expropriation, UNCTAD Series on issues in international investment agreements II*, New York and Geneva, 2012, tr. 27 – 56.

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

luật tập quán và các điều ước quốc tế thường không coi tước quyền sở hữu để trả đũa là tước quyền sở hữu vì mục đích công cộng. Để được coi là tước quyền sở hữu vì mục đích công cộng, việc tước quyền sở hữu phải được thực hiện vì nhu cầu trong nước⁹.

Tiêu chí tước quyền sở hữu “không phân biệt đối xử” có tầm quan trọng rất lớn. Việc tước quyền sở hữu “phân biệt đối xử” sẽ ảnh hưởng mạnh mẽ đến khoản bồi thường mà quốc gia tiếp nhận phải trả, ví dụ có thể kéo theo việc quốc gia này bị phạt hoặc phải thi hành nghĩa vụ khôi phục tình trạng ban đầu⁹. Tuy nhiên, việc hiểu thế nào là “không phân biệt đối xử” còn chưa thống nhất. Giả sử, khi nhà nước chưa đủ tiền để thực hiện nghĩa vụ bồi thường cho tất cả các nhà đầu tư vào các khu nghỉ dưỡng ở một bãi biển rất dài, về mặt logic, việc tước quyền sở hữu nên được thực hiện theo kiểu cuốn chiếu. Ta có thể đặt câu hỏi: cách thực hiện này có vi phạm nghĩa vụ “không phân biệt đối xử” hay không?

Tiêu chí “đúng thủ tục” thường được hiểu là khi có các vấn đề liên quan đến hành vi tước quyền sở hữu, đặc biệt là mức bồi thường, nhà đầu tư được đề nghị một cơ quan tài phán độc lập trong nước xem xét lại. Tuy nhiên, thực tế cho thấy cơ chế này thường chỉ được đa số các BIT quy định để giải quyết các vấn đề *hậu tước quyền sở hữu*, liên quan đến mức bồi thường, chứ không giải quyết câu hỏi liệu nhà nước tiếp nhận đầu tư có được tước quyền sở hữu hay không trong tình huống liên quan¹¹.

Cuối cùng, tiêu chí “bồi thường” gây rất nhiều tranh cãi, chúng tôi sẽ phân tích ở phần sau.

Nhìn chung, các BIT mà Việt Nam ký kết đều ghi nhận các tiêu chí cần thiết để tước quyền sở hữu được coi là hợp pháp. Ví dụ, BIT Việt Nam - Vương quốc Anh (2002) quy định cấm tước quyền sở hữu “trừ trường hợp vì mục đích công cộng liên quan đến những nhu cầu trong nước của Bên ký kết đó, trên cơ sở không phân biệt đối xử và phải được bồi thường... Công dân hoặc công ty bị ảnh hưởng bởi việc trưng dụng có quyền, theo luật pháp của Bên ký kết đã thực hiện việc trưng dụng, yêu cầu một cơ quan tài phán hoặc cơ quan có thẩm quyền độc lập khác của bên đó nhanh chóng xem xét lại trường hợp của mình và việc xác định giá trị khoản đầu tư của công dân hay công ty đó phù hợp với các nguyên tắc quy định trong đoạn này” (Điều 5). Tương tự, BIT Nhật Bản - Việt Nam (2003) cấm tước quyền sở hữu, “ngoại trừ các trường hợp sau: (a) vì mục đích công cộng, (b) không phân biệt đối xử, (c) thanh toán các khoản bồi thường một cách đúng hạn, công bằng và hiệu quả; và (d) theo đúng trình tự của pháp luật...; những nhà đầu tư bị ảnh hưởng sẽ có quyền tiếp cận với các tòa án tư pháp hoặc các tòa án hành chính hoặc các cơ quan trực thuộc ở các cấp xét xử của Bên ký kết tiến hành việc trưng thu để được xem xét kịp thời trường hợp của nhà đầu tư và khoản bồi thường theo những nguyên tắc quy định tại điều này” (Điều 9). Các quy định trong các BIT vừa nêu đều bao gồm cả 4 tiêu chí đã nêu. Đồng thời, để làm rõ hơn tiêu chí “mục đích công cộng”, các bên ký kết BIT Việt Nam - Vương quốc Anh thêm yêu cầu “liên quan đến những nhu cầu trong nước của Bên ký kết đó”. Tuy nhiên,

9 Ví dụ, xem UNCTAD, *Expropriation, UNCTAD Series on issues in international investment agreements II, New York and Geneva, 2012, tr. 28 – 34*; UNCTAD, *Taking of property, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, New York and Geneva, 2000, tr. 24 – 25*.

10 Ví dụ, xem UNCTAD, *Expropriation, UNCTAD Series on issues in international investment agreements II, New York and Geneva, 2012, tr. 34 – 36*; UNCTAD, *Taking of property, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, New York and Geneva, 2000, tr. 25 – 26*.

11 Ví dụ, xem UNCTAD, *Expropriation, UNCTAD Series on issues in international investment agreements II, New York and Geneva, 2012, tr. 36 – 40*; UNCTAD, *Taking of property, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, New York and Geneva, 2000, tr. 31*.

các BIT đều không làm rõ khái niệm tước quyền sở hữu “không phân biệt đối xử”. Quy định về cơ quan tài phán dường như ngầm định rằng thẩm quyền của cơ quan này chỉ gói gọn trong việc “xác định giá trị khoản đầu tư” hoặc “khoản bồi thường”. Nhiều BIT khác của Việt Nam ký kết cũng quy định 4 tiêu chí của tước quyền sở hữu hợp pháp như hai BIT vừa nêu¹².

Tuy nhiên, cũng có những ngoại lệ đối với xu thế trên. BIT Việt Nam - Indonesia (1991) quy định “Trong bất kỳ trường hợp nào mà đầu tư của các nhà đầu tư của một Bên ký kết là đối tượng của các biện pháp trung thu, trực tiếp hoặc gián tiếp, các nhà đầu tư có liên quan sẽ được hưởng sự đối xử công bằng và thỏa đáng đối với bất kỳ những biện pháp như vậy trên lãnh thổ của Bên ký kết kia. Không một biện pháp nào như vậy được thực hiện trừ khi vì mục đích công và có bồi thường... Tính hợp pháp của bất kỳ sự tước đoạt quyền sở hữu nào, khoản bồi thường và phương pháp thanh toán bồi thường sẽ được xem xét lại theo thủ tục pháp luật” (Điều 6). Như vậy, BIT này không nói tới tiêu chí “không phân biệt đối xử” mà thay vào đó đề cập “sự đối xử công bằng và thỏa đáng”. Đồng thời, dường như cơ quan tài phán có thể xem xét không chỉ các vấn đề liên quan đến *hậu trung thu* (bồi thường), mà cả tính hợp pháp của hoạt động trung thu. BIT Việt Nam - Thái Lan cũng đặt ra vấn đề tương tự¹³. Khó có thể khẳng định việc thiếu tiêu chí “không phân biệt đối xử” sẽ có lợi cho Việt Nam khi đóng vai trò quốc gia tiếp nhận đầu tư. Bởi, không thể đảm bảo rằng trong trường hợp tranh chấp về tước quyền sở hữu tài sản liên quan đến BIT Việt Nam - Indonesia hay Việt Nam - Thái Lan,

trọng tài sẽ bỏ qua yếu tố “không phân biệt đối xử” chỉ vì yếu tố này không được BIT nhắc đến. Ngày nay, đây là tiêu chí được ghi nhận ở quá nhiều điều ước quốc tế khiến cho người ta có thể lý luận rằng, nó là một phần của tập quán quốc tế và án lệ. BIT Việt Nam - Pháp (1992) cấm các biện pháp tước quyền sở hữu “nếu không phải vì lý do lợi ích công cộng với điều kiện những biện pháp này không có tính chất phân biệt đối xử và không được trái với một cam kết riêng... Những biện pháp tước quyền sở hữu có thể được thi hành phải tính đến việc bồi thường nhanh chóng và đầy đủ” (Điều 5). Như vậy, quy định này không đề cập tiêu chí liên quan đến việc “theo đúng trình tự của pháp luật”. Đồng thời, BIT Việt Nam - Pháp thêm tiêu chí “không được trái với cam kết riêng”. Tuy nhiên, câu chữ của hiệp định không làm sáng tỏ được câu hỏi sau: cam kết riêng được nói tới ở đây là cam kết nào? Cam kết giữa nhà đầu tư và quốc gia tiếp nhận, hay cam kết giữa quốc gia tiếp nhận đầu tư và quốc gia xuất khẩu vốn đầu tư?

Có thể thấy, các quy định trong BIT là kết quả của đàm phán giữa các bên và do đó, Việt Nam không thể đơn phương quyết định các tiêu chí được đặt ra đối với tước quyền sở hữu hợp pháp. Hiện nay, xu hướng đưa ra 4 tiêu chí được đề cập ở trên đối với tước quyền sở hữu hợp pháp mang tính áp đảo. Vì thế, đàm phán và ký kết những quy định hợp với xu thế này sẽ là giải pháp đơn giản hơn cho Việt Nam.

3. Bồi thường

Các điều ước quốc tế về đầu tư, trong đó có các BIT, đưa ra những phương pháp bồi thường khác nhau, thể hiện tương quan sức mạnh giữa các quốc gia đàm phán.

12 Ví dụ: BIT Trung Quốc - Việt Nam (1992), Điều 4; BIT Việt Nam - Australia (1991), Điều 7; BIT Việt Nam - Malaysia (1992), Điều 5; BIT Việt Nam - Thụy Sĩ (1992), Điều 5; BIT Việt Nam - Armenia (1992), Điều 6 (tuy nhiên điều này nói đến tiêu chí “lợi ích quốc gia” thay cho lợi ích công cộng, khiến người ta có thể đặt câu hỏi lợi ích quốc gia và lợi ích công cộng khác nhau như thế nào?); BIT Việt Nam - Ý (1990), Điều 5; BIT Việt Nam - Chile (1999), Điều 6.

13 Xem Điều 6 của BIT Việt Nam - Thái Lan. Điều này chỉ nói đến việc đối xử thỏa đáng và công bằng, không đề cập tiêu chí không phân biệt đối xử.

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

Các quốc gia đang phát triển (thường đóng vai quốc gia tiếp nhận đầu tư) ưu ái phương pháp “bồi thường hợp lý” (appropriate compensation), được thể hiện trong BIT thông qua các thuật ngữ rất mềm dẻo và đem lại nhiều quyền quyết định cho quốc gia tước quyền sở hữu như: “bồi thường hợp lý”, “bồi thường được tính toán dựa trên cơ sở nguyên tắc tính toán được công nhận” hay “bồi thường tương đương với giá trị phù hợp của tài sản đầu tư bị tước quyền sở hữu”. Khoản bồi thường hợp lý này thường không nhiều bằng khoản bồi thường toàn bộ, và tạo điều kiện cho quốc gia tiếp nhận tước quyền sở hữu ngay cả khi khả năng kinh tế không cho phép họ bồi thường toàn bộ ngay lập tức.

Các quốc gia xuất khẩu vốn đầu tư và các nhà đầu tư nước ngoài thường gây sức ép để áp dụng “công thức Hull”: bồi thường nhanh chóng, phù hợp, hiệu quả. Công thức này đòi hỏi việc bồi thường phải nhanh, theo giá thị trường và bằng loại tiền dễ chuyển đổi. Cũng cần ghi nhận rằng, dù công thức nào được áp dụng, khi bồi thường, công đoạn xác định giá trị tài sản đầu tư đóng vai trò cực kỳ quan trọng. Cơ quan xác định có thể dựa vào các yếu tố khác nhau, trong đó có giá trị trong sổ sách kế toán (có trừ đi các

khoản khấu hao tài sản, lạm phát...), thông báo tài chính của công ty cho quốc gia tiếp nhận đầu tư.

Có thể thấy, đại đa số các BIT mà Việt Nam ký kết quy định việc bồi thường nhanh chóng, phù hợp và hiệu quả. BIT Việt Nam - Vương quốc Anh (2002) quy định nhà đầu tư có tài sản bị tước quyền sở hữu “phải được bồi thường có hiệu quả, thỏa đáng và nhanh chóng”. Hơn thế nữa, BIT này còn thể hiện nỗ lực làm rõ hơn khái niệm “hiệu quả” (“các khoản bồi thường như vậy cũng được thực thi một cách hiệu quả và được tự do dịch chuyển”), “thỏa đáng” (“khoản bồi thường như vậy phải bằng giá trị thực của khoản đầu tư bị trưng dụng ngay trước khi bị trưng dụng hoặc trước khi nguy cơ bị trưng dụng trở nên công khai, tùy trường hợp nào xảy ra trước”), “nhanh chóng” (“các khoản bồi thường như vậy cũng bao gồm cả lãi suất tính theo lãi suất thương mại thông thường cho tới ngày thanh toán và được thực hiện không chậm trễ”) (Điều 5). BIT Việt Nam - Nhật Bản (2003)¹⁴, BIT Việt Nam - Australia (1991)¹⁵ cũng áp dụng công thức bồi thường hiệu quả, thỏa đáng và nhanh chóng và đưa ra những chi tiết cụ thể hóa các yếu tố của công thức này. BIT Việt Nam - Pháp (1992)¹⁶, BIT Việt

14 BIT Việt Nam - Nhật Bản (2003) Điều 9: “Khoản bồi thường phải tương đương với giá trị thị trường thỏa đáng của các khoản đầu tư bị trưng thu ngay trước khi việc trưng thu được thực hiện. Giá trị thị trường thỏa đáng không phản ánh bất kỳ sự thay đổi nào về giá trị phát sinh từ việc trưng thu được công bố rộng rãi trước khi tiến hành. Khoản bồi thường phải được thanh toán không chậm trễ và kèm theo lãi suất hợp lý, có xem xét đến khoảng thời gian cho đến khi thanh toán. Khoản bồi thường phải được thực hiện thực tế và chuyển tự do và được tự do chuyển đổi sang đồng bản tệ của Bên Ký kết có nhà đầu tư và chuyển đổi sang các đồng tiền tự do chuyển đổi theo quy định tại các Điều khoản của Hiệp định của Quỹ Tiền tệ Quốc tế, theo tỷ giá hối đoái được áp dụng trên thị trường vào ngày tiến hành việc trưng thu”.

15 BIT Việt Nam - Australia (1991): “(c) Việc trưng thu được thanh toán bằng một khoản bồi thường nhanh chóng tương xứng và thỏa đáng.

(2) Khoản bồi thường quy định ở điểm 1 của Điều này sẽ được xác định trên cơ sở giá trị thị trường của đầu tư vào thời điểm ngay trước khi việc trưng thu hoặc yêu cầu về trưng thu được thông báo chính thức. Trong trường hợp giá trị trên khó xác định được thì khoản bồi thường sẽ được tính toán theo các nguyên tắc chung được công nhận về việc đánh giá và các nguyên tắc hợp lý có tính đến vốn đầu tư, khấu hao, phần vốn đã được chuyển về nước, giá trị thay thế, sự biến động của tỷ giá hối đoái và các yếu tố tương tự khác.

(3) Khoản bồi thường sẽ được trả không chậm trễ và gồm cả lãi suất thương mại hợp lý kể từ thời gian tiến hành các biện pháp trưng dụng cho đến thời điểm trả và được tự do chuyển giữa lãnh thổ của các Bên ký kết. Khoản bồi thường sẽ được trả hoặc bằng đồng tiền đã đưa vào đầu tư lúc đầu hoặc bằng bất kỳ ngoại tệ tự do chuyển đổi nào theo yêu cầu của đối tượng bị trưng dụng” (Điều 7).

16 BIT Việt Nam - Pháp (1992): “Những biện pháp tước quyền sở hữu có thể được thi hành phải tính đến việc bồi thường nhanh chóng và đầy đủ. Khoản bồi thường được tính trên giá trị thực của các khoản đầu tư có liên quan và phải được đánh giá trong điều kiện tình hình kinh tế bình thường và trước khi có sự đe dọa tước quyền sở hữu.

Tổng số tiền bồi thường và thể thức trả tiền bồi thường được ấn định muộn nhất vào ngày tước quyền sở hữu. Khoản bồi thường này phải thực hiện được, trả không chậm trễ và được chuyển tự do. Cho đến ngày trả tiền, khoản bồi thường này được sinh lời theo lãi suất được các Bên ký kết thỏa thuận” (Điều 5).

Nam - Trung Quốc (1992)¹⁷, BIT Việt Nam - Indonesia (1991)¹⁸, BIT Việt Nam - Thái Lan¹⁹, BIT Việt Nam - Malaysia (1992)²⁰, Việt Nam - Thụy Sĩ (1992)²¹, Việt Nam - Armenia (1992)²²... không dùng cụm từ “hiệu quả, thỏa đáng và nhanh chóng”, nhưng cách diễn đạt cũng bao trùm các yếu tố của công thức.

Quan sát trên cho thấy, các BIT của Việt Nam ký đi theo xu hướng chung: áp dụng công thức bồi thường “hiệu quả, thỏa đáng và nhanh chóng” trong các trường hợp trung thu. Điều này có thể được giải thích bởi vị thế của ta trong các cuộc đàm phán quốc tế về đầu tư, cũng như ảnh hưởng mạnh mẽ của công thức trên trong quan hệ đầu tư quốc tế.

Việc áp dụng công thức trên sẽ tạo nhiều gánh nặng cho Chính phủ Việt Nam khi bồi thường cho nhà đầu tư có tài sản bị tước quyền sở hữu và do đó, làm giảm cơ hội để Chính phủ Việt Nam áp dụng biện pháp tước quyền sở hữu. Đương nhiên, việc áp dụng công thức “bồi thường hợp lý” sẽ có lợi nhất cho Việt Nam với tư cách là quốc gia đang phát triển tiếp nhận đầu tư. Tuy nhiên, đi ngược lại xu hướng chung của thế giới là điều không phải dễ dàng. Mặt khác, công thức “hiệu quả, thỏa đáng và nhanh chóng” cũng phần nào đem lại lợi ích trong việc tạo

hiều niềm tin hơn cho nhà đầu tư, từ đó giúp thu hút đầu tư nước ngoài, phát triển đất nước.

4. “Khoảng xám” liên quan đến các biện pháp tước quyền sở hữu không tạo nghĩa vụ bồi thường

Khi đầu tư ra nước ngoài, nhà đầu tư thường muốn được bảo vệ trước cả hành vi tước quyền sở hữu trực tiếp lẫn gián tiếp. Hành vi tước quyền sở hữu phổ biến nhất được áp dụng ngày nay là tước quyền sở hữu gián tiếp. Tuy nhiên, trong số các hành vi tước quyền sở hữu (hoặc có tính chất, hậu quả tương đương với tước quyền sở hữu) gián tiếp, người ta vẫn chưa thống nhất về tiêu chí rõ rệt để phân biệt giữa các biện pháp quản lý của nhà nước không kéo theo nghĩa vụ bồi thường (tạm gọi là các biện pháp tước quyền sở hữu có thể được chấp nhận) và các biện pháp quản lý kéo theo nghĩa vụ bồi thường. Ví dụ, các hành vi tước quyền sở hữu vì mục đích bảo vệ môi trường, bảo vệ sức khỏe cộng đồng, quy hoạch đất đai, phòng chống tội phạm, tăng thuế, quản lý cạnh tranh... có hay không kéo theo nghĩa vụ bồi thường?

Ngày nay, tiêu chí giúp phân biệt giữa biện pháp quản lý của nhà nước không kéo theo nghĩa vụ bồi thường và tước quyền sở

17 BIT Trung Quốc - Việt Nam (1992): “2. Việc bồi thường nêu ở khoản 1.d. của Điều này sẽ tương đương với giá trị của khoản đầu tư bị tước đoạt vào thời điểm việc tước đoạt quyền sở hữu được công bố, và bằng đồng tiền tự do chuyển đổi và được tự do chuyển ra nước ngoài. Việc bồi thường được thanh toán không chậm trễ nếu không có lý do chính đáng” (Điều 4).

18 BIT Việt Nam - Indonesia (1991): “Việc bồi thường như vậy phải thỏa đáng, thực hiện có hiệu quả và được tự do chuyển và không chậm trễ.

Khoản bồi thường như vậy được xác định theo giá trị thị trường của đầu tư bị tước đoạt ngay trước thời điểm quyết định tước đoạt quyền sở hữu được công bố hoặc công khai. Khoản bồi thường sẽ được tính theo phương pháp thỏa thuận giữa hai Bên, phù hợp với phương pháp đánh giá theo tiêu chuẩn quốc tế” (Điều 6).

19 BIT Việt Nam - Thái Lan: “Bồi thường đó phải tương xứng, phải có khả năng thực hiện một cách hiệu quả, được tự do chuyển và phải được thực hiện không chậm trễ theo quy định của khoản 2, Điều 8” (Điều 6).

20 BIT Việt Nam - Malaysia (1992): “Việc bồi thường như vậy phải tương xứng với giá trị thị trường của đầu tư ngay trước khi biện pháp trưng dụng được phổ biến rộng rãi và khoản bồi thường đó được tự do chuyển ra nước ngoài bằng các đồng tiền tự do sử dụng. Bất kỳ một sự chậm trễ phi lý trong việc trả đền bù sẽ phải chịu khoản lãi thích hợp theo tỷ giá thương mại do hai Bên thỏa thuận hoặc với tỷ giá được pháp luật quy định” (Điều 5).

21 BIT Việt Nam - Thụy Sĩ (1992) quy định “một khoản bồi thường thực sự và thích đáng. Tổng số tiền bồi thường, kể cả lãi, sẽ được thanh toán bằng tiền của nước xuất xứ đầu tư, và sẽ được trả không chậm trễ cho người được hưởng quyền lợi không phụ thuộc vào nơi cư trú hay trụ sở của người ấy” (Điều 5).

22 BIT Việt Nam - Armenia (1992) nói đến việc “bồi thường một cách có hiệu quả và tương ứng. Việc bồi thường sẽ được thực hiện bằng đồng tiền tự do chuyển đổi và được tự do chuyển và trả không chậm trễ” (Điều 6).

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

hữu có kéo theo nghĩa vụ bồi thường còn chưa được xác định rõ ràng. “Khoảng xám” này có thể gây ra không ít tranh cãi khi xảy ra tình huống tước quyền sở hữu tài sản của nhà đầu tư. Các nhà đầu tư thường trông đợi BIT làm sáng tỏ những “khoảng xám” này.

Nhìn chung, các BIT mà Việt Nam ký kết ít đáp ứng trông đợi trên. Một trong những ví dụ hiêm hoi của cố gắng này là quy định trong BIT Việt Nam - Nhật Bản (2003) liên quan đến thuế. Theo Biên bản ghi nhớ đính kèm hiệp định,

“4. Hai Bên Ký kết khẳng định nhận thức của mình về Điều 19 của Hiệp định rằng khi xem xét việc liệu một biện pháp thuế có gây ra ảnh hưởng như là một biện pháp tước quyền sở hữu hay không, thì những yếu tố sau đây cần được lưu ý:

(a) Việc áp dụng thuế không tạo thành việc tước quyền sở hữu nói chung. Việc ban hành biện pháp thuế mới, thuế áp dụng bởi các quyết định liên quan đến những đầu tư nhất định hoặc khiếu nại về việc đánh thuế quá cao khi áp dụng biện pháp thuế thì bản thân các biện pháp đó không phải là biện pháp tước quyền sở hữu.

(b) Một biện pháp thuế sẽ không được coi là tạo thành việc tước quyền sở hữu nếu biện pháp đó nhìn chung nằm trong phạm vi những chính sách và thông lệ về thuế được quốc tế công nhận. Các biện pháp thuế nhằm mục đích ngăn ngừa việc trốn hoặc tránh thuế nhìn chung sẽ không được coi là một biện pháp tước quyền sở hữu.

(c) Trong khi việc tước quyền sở hữu có thể phát sinh ngay cả bằng các biện pháp áp dụng chung (ví dụ đối với tất cả các đối tượng nộp thuế), việc áp dụng chung như vậy, trên thực tế ít có khả năng được coi là tước quyền sở hữu so với những biện pháp cụ thể nhằm vào các công dân hoặc các cá nhân nộp thuế cụ thể. Các biện pháp thuế không thể coi là biện pháp tước quyền sở hữu nếu các biện pháp đó đã có hiệu lực và minh bạch tại thời điểm dự án đầu tư được thực hiện”.

Quy định trên thể hiện nỗ lực đưa ra các tiêu chí để xác định trong trường hợp nào các biện pháp liên quan đến thuế bị coi là tước quyền sở hữu (và kéo theo nghĩa vụ bồi thường), và trong những trường hợp nào không kéo theo nghĩa vụ bồi thường. Tuy nhiên, BIT này không đưa ra những tiêu chí tương tự để giải quyết các “khoảng xám” khác, như trường hợp liên quan đến các biện pháp bảo vệ môi trường, quản lý cạnh tranh, phòng chống tội phạm, quy hoạch đất đai... Có thể thấy, những quy định như vậy là cần thiết và đáng khích lệ, bởi nó giúp minh bạch hóa, cụ thể hóa khung pháp lý quốc tế về đầu tư nước ngoài. Điều này có lợi cho Việt Nam, dù ở vị trí quốc gia tiếp nhận đầu tư hay xuất khẩu vốn đầu tư ra nước ngoài.

5. Kết luận

Nhìn chung, các quy định về tước quyền sở hữu trong các BIT mà Việt Nam ký kết chưa được thống nhất về định nghĩa “tước quyền sở hữu”, nhưng khá đồng đều khi đưa ra tiêu chí tước quyền sở hữu hợp pháp, cũng như phương pháp và mức độ bồi thường khi tước quyền sở hữu. Trong khi đó, các “khoảng xám” liên quan đến ranh giới giữa các biện pháp tước quyền sở hữu kéo theo nghĩa vụ phải bồi thường và các biện pháp quản lý nhà nước không kéo theo nghĩa vụ phải bồi thường chưa được làm rõ.

Một trong những câu hỏi mà chúng ta phải trả lời là: liệu trong quá trình đàm phán các BIT, chúng ta nên áp dụng sách lược nào? Yêu cầu cụ thể hóa các tiêu chí liên quan đến tước quyền sở hữu, hay cố ý để các “khoảng xám” tạo điều kiện cho Việt Nam với tư cách là quốc gia tiếp nhận đầu tư thực hiện hành vi tước quyền sở hữu một cách dễ dàng?

Theo quan điểm của chúng tôi, lựa chọn thứ nhất khả thi hơn, vì những lý do sau:

- Hành vi tước quyền sở hữu nếu được thực hiện trong điều kiện không rõ ràng, minh bạch thường chỉ mang lại ích lợi cho một nhóm nhỏ trong xã hội; điều này tạo nên những tệ nạn như hối lộ, chạy chọt... để mưu

cầu lợi ích nhóm. Nói cách khác, nó không có lợi, mà chỉ có hại cho nhân dân và làm mất uy tín của Nhà nước Việt Nam trong giới đầu tư quốc tế.

- Đồng thời, kinh nghiệm chung cho thấy, trong hoàn cảnh quy định của BIT không rõ ràng, trọng tài thường đứng về phía nhà đầu tư trong các tranh chấp về tước quyền sở hữu. Vì vậy, ký kết các BIT có “khoảng xám” sẽ không đảm bảo có lợi cho Việt Nam với tư cách quốc gia tiếp nhận đầu tư.

- Việc quy định rõ ràng trong BIT các quy chế liên quan đến chính sách bảo vệ môi trường, thuế, quản lý cạnh tranh, quy hoạch... và quan hệ của chúng đối với chế định tước quyền sở hữu hoàn toàn không “bó tay” Chính phủ trong việc thực hiện tốt chức năng của mình. Điều này cũng không đi ngược lại xu thế, nhu cầu phát triển bền vững của nhiều quốc gia trên toàn thế giới.

- Việc đưa ra các quy định tước quyền sở hữu rõ ràng, chặt chẽ buộc cơ quan nhà nước có thẩm quyền phải cân nhắc kỹ lưỡng trước

và sau khi tước quyền sở hữu. Từ đó, cơ quan này sẽ có kế hoạch tước quyền sở hữu phù hợp, đồng thời sử dụng hợp lý, tiết kiệm hơn các tài sản bị tước quyền sở hữu, cho xứng với “giá phải trả” cho nhà đầu tư có tài sản bị tước quyền sở hữu.

Việt Nam là quốc gia đang phát triển rất cần vốn đầu tư nước ngoài. Đồng thời, chúng ta cũng cần hiện đại hóa, minh bạch hóa hệ thống pháp luật (trong đó có pháp luật về đầu tư và các quy định về tước quyền sở hữu). Việc hiện đại hóa hệ thống pháp luật, thông qua hoạt động theo dõi và áp dụng những điểm tiến bộ trong xu hướng mới của luật đầu tư quốc tế sẽ giúp chúng ta thu hút thêm đầu tư nước ngoài. Việc minh bạch hóa hệ thống pháp luật, đưa ra những quy định cụ thể đến mức tối đa trong BIT sẽ giúp giảm bớt các “khoảng xám”, tạo điều kiện hạn chế tệ nạn hối lộ, tham nhũng, khiến quan hệ đầu tư dễ dự đoán trước và nền kinh tế phát triển lành mạnh hơn. Điều này đòi hỏi một sự đầu tư xứng đáng vào quá trình đàm phán, ký kết, thực hiện, tôn trọng các BIT ■



Một số vấn đề của pháp luật về
PHÒNG NGỪA RỦI RO
TRONG HOẠT ĐỘNG CẤP TÍN DỤNG
CỦA NGÂN HÀNG THƯƠNG MẠI

NGUYỄN XUÂN BANG*

Phòng ngừa rủi ro là nội dung cơ bản đảm bảo sự an toàn và hiệu quả trong hoạt động cấp tín dụng của ngân hàng thương mại (NHTM). Có nhiều biện pháp phòng ngừa rủi ro bằng biện pháp kinh tế, biện pháp công nghệ, biện pháp tâm lý - văn hóa, biện pháp chính sách - nghiệp vụ và biện pháp pháp luật. Trong các biện pháp đó, pháp luật được coi là biện pháp hiệu quả nhất. Bài viết bước đầu nêu ra một số vấn đề của pháp luật về phòng ngừa rủi ro trong hoạt động cấp tín dụng của NHTM, bao gồm: bản chất, vai trò và các yêu cầu của pháp luật về phòng ngừa rủi ro trong hoạt động cấp tín dụng của NHTM.

1. Bản chất của pháp luật về phòng ngừa rủi ro trong hoạt động cấp tín dụng của ngân hàng thương mại

Khoản 1 Điều 8 Hiến pháp năm 2013 quy định: “Nhà nước được tổ chức và hoạt động theo Hiến pháp và pháp luật, quản lý xã hội bằng Hiến pháp và pháp luật...”. Trong quản lý kinh tế nói chung, quản lý hoạt động ngân hàng nói riêng và đặc biệt là bảo đảm an toàn hoạt động ngân hàng, điều chỉnh bằng pháp luật là vô cùng quan trọng. “Thực tế đã cho thấy rằng, trong bất cứ chế độ kinh tế nào cũng cần có sự điều tiết của nhà nước bằng pháp luật để giải quyết những vấn đề mà tự thân cơ chế kinh tế không thể giải quyết được”¹. Thật vậy, trong hoạt động ngân hàng, các NHTM không thể tự mình

giải quyết hàng loạt vấn đề như: phòng ngừa rủi ro, xử lý rủi ro, cạnh tranh không lành mạnh, bảo đảm an toàn hệ thống ngân hàng v.v.. mà thông qua pháp luật, nhà nước sẽ thực hiện vai trò điều tiết nền kinh tế, duy trì trật tự kinh doanh và đảm bảo an toàn về pháp lý cho các chủ thể trong nền kinh tế nói chung và các NHTM nói riêng.

Bên cạnh đó, hoạt động ngân hàng được coi là hoạt động rất đặc thù của nền kinh tế, chứa đựng rủi ro mang tính dây chuyền. Chính vì vậy, điều chỉnh bằng pháp luật đối với hoạt động ngân hàng nhằm bảo đảm an toàn là yêu cầu mang tính chất khách quan. “Khi hoạt động cho vay tiền đã trở thành một nghề nghiệp riêng thì bản thân nền sản xuất xã hội đòi hỏi ngân hàng ra đời, hoạt động

* ThS. Khoa Luật học, Trường Đại học Đà Lạt.

1 GS.TS Lê Minh Tâm, “Pháp luật - yếu tố quan trọng bảo đảm tăng trưởng kinh tế và phát triển bền vững”, Tạp chí Luật học, số, tr 39.

với một hình thức tổ chức bộ máy thích hợp. Đây là điều kiện khách quan để các nhà nước xây dựng nên các quy phạm pháp luật điều chỉnh hoạt động của NHTM². Không chỉ vậy, việc đảm bảo an toàn trong kinh doanh của NHTM được đặt ra như một yêu cầu nghiêm ngặt và khắt khe hơn bất cứ lĩnh vực kinh doanh nào khác³. Tuy vậy, ở mỗi quốc gia, tùy theo từng thể chế chính trị, cơ chế quản lý kinh tế và những đặc trưng của hệ thống pháp luật mà sự điều chỉnh bằng pháp luật đối với hoạt động ngân hàng cũng như phòng ngừa rủi ro trong hoạt động ngân hàng có sự khác nhau.

Ở Việt Nam, pháp luật về phòng ngừa rủi ro trong hoạt động cấp tín dụng của NHTM là hệ thống các quy phạm pháp luật do cơ quan nhà nước có thẩm quyền ban hành hoặc thừa nhận, điều chỉnh các quan hệ xã hội phát sinh trong hoạt động ngân hàng nhằm ngăn ngừa, đề phòng, hạn chế những rủi ro và hậu quả của rủi ro, bảo đảm an toàn trong hoạt động cấp tín dụng của NHTM.

Pháp luật về phòng ngừa rủi ro trong hoạt động cấp tín dụng của NHTM thể hiện những vấn đề sau đây:

- *Về mục tiêu*, pháp luật về phòng ngừa rủi ro trong hoạt động cấp tín dụng của NHTM hướng đến bảo đảm an toàn hoạt động của NHTM, cụ thể là nhằm ngăn ngừa, đề phòng, hạn chế những rủi ro và hậu quả của rủi ro trong hoạt động cấp tín dụng của NHTM. Chính vì vậy nó được coi là một nội dung, hay một yếu tố cấu thành của pháp luật về bảo đảm an toàn hoạt động của NHTM.

- *Về nội dung*, pháp luật về phòng ngừa rủi ro trong hoạt động cấp tín dụng của NHTM bao gồm tổng thể những quy phạm pháp luật do cơ quan nhà nước có thẩm quyền ban hành hoặc thừa nhận và bảo đảm thực hiện. Xét ở khía cạnh này, pháp luật về

phòng ngừa rủi ro trong hoạt động cấp tín dụng của NHTM bao gồm những nội dung chủ yếu như: (i) các quy phạm pháp luật về thẩm định hồ sơ tín dụng; kiểm tra sử dụng vốn; không được cấp tín dụng và hạn chế tín dụng; giới hạn cấp tín dụng; duy trì tỷ lệ bảo đảm an toàn; phân loại nợ và trích lập dự phòng rủi ro; kiểm soát nội bộ và kiểm toán nội bộ; bảo đảm tín dụng; tiếp cận và phân tích thông tin tín dụng; trách nhiệm của Ngân hàng Nhà nước (NHNN) trong phòng ngừa rủi ro hoạt động cấp tín dụng của NHTM. Như vậy, nội dung chính của pháp luật về phòng ngừa rủi ro trong hoạt động cấp tín dụng của NHTM bao gồm trách nhiệm của NHTM và NHNN trong phòng ngừa rủi ro trong hoạt động cấp tín dụng.

- *Về nguồn luật điều chỉnh*, pháp luật về phòng ngừa rủi ro trong hoạt động cấp tín dụng của NHTM chứa đựng các quy định trong các văn bản quy phạm pháp luật chủ yếu như: Các văn bản luật như Luật NHNN Việt Nam, Luật Các tổ chức tín dụng, Các nghị định của Chính phủ, thông tư và quyết định của NHNN và các văn bản khác. Bên cạnh đó còn có các văn bản điều chỉnh bảo đảm an toàn Hoạt động ngân hàng do các cơ quan quốc tế ban hành như Ủy ban Basel, IMF, WB...

Được coi là một trong những biện pháp phòng ngừa rủi ro hoạt động cấp tín dụng của NHTM, biện pháp pháp luật có những ưu điểm vượt trội so với các biện pháp khác, do biện pháp pháp luật có những thuộc tính đặc trưng như tính quy phạm phổ biến, tính xác định chặt chẽ về hình thức, tính được bảo đảm bằng nhà nước⁴. Trước hết, tính quy phạm phổ biến tạo cho pháp luật có tính khuôn mẫu chung, mô hình xử sự chung, mang tính bắt buộc chung và được áp dụng nhiều lần trong cuộc sống. Chính vì vậy, việc

2 Ngô Quốc Kỳ (2003), Hoàn thiện pháp luật điều chỉnh hoạt động của ngân hàng thương mại trong nền kinh tế thị trường định hướng XHCN ở Việt Nam, Luận án TS, Trường Đại học Luật Hà Nội, tr. 40.

3 Nguyễn Văn Tuyển (2005), Giao dịch thương mại của ngân hàng thương mại trong điều kiện kinh tế thị trường ở Việt Nam, Nxb. Tư pháp, Hà Nội, tr. 196.

4 Nguyễn Cửu Việt (chủ biên), (2001), Giáo trình lý luận chung về nhà nước và pháp luật, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, tr. 220.

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

áp dụng công cụ pháp luật trong phòng ngừa rủi ro hoạt động cấp tín dụng của NHTM sẽ có tác dụng và hiệu quả to lớn đối với không những một NHTM cụ thể, mà còn đối với cả hệ thống NHTM, nếu pháp luật đó là hoàn thiện và được thi hành tốt.

Tiếp theo đó, tính xác định chặt chẽ về hình thức đảm bảo cho pháp luật được hiểu và áp dụng thống nhất và chính xác. Vậy nên, việc áp dụng công cụ pháp luật trong phòng ngừa rủi ro hoạt động cấp tín dụng của NHTM sẽ gia tăng khả năng phòng ngừa rủi ro nếu pháp luật đó được ban hành một cách khoa học, dân chủ, minh bạch và phù hợp.

Hơn nữa, tính được bảo đảm bằng nhà nước làm cho pháp luật có tính bắt buộc đối với các chủ thể tham gia quan hệ tín dụng ngân hàng (chủ yếu là các NHTM) trong việc thực hiện nghiêm túc các quy định của pháp luật về phòng ngừa rủi ro trong hoạt động cấp tín dụng của NHTM.

2. Vai trò của pháp luật về phòng ngừa rủi ro trong hoạt động cấp tín dụng của ngân hàng thương mại

Bên cạnh những thuộc tính thể hiện ưu điểm vượt trội so với các biện pháp khác, biện pháp pháp luật còn thể hiện vai trò rất quan trọng đối với phòng ngừa rủi ro trong hoạt động cấp tín dụng của NHTM, cụ thể:

Một là, pháp luật đưa ra những quy định mang tính chất bắt buộc cho các NHTM thực hiện hoạt động cấp tín dụng an toàn, hiệu quả.

Thông qua các quy định của pháp luật, các NHTM biết rõ những hoạt động nào không được thực hiện, những hoạt động nào bị hạn chế thực hiện, những hoạt động nào được khuyến khích thực hiện nhằm bảo đảm an toàn. Như vậy, pháp luật đã tạo lập một “khung” hướng dẫn các NHTM trong hoạt động. Thực vậy, khi các ngân hàng thực hiện nghiệp vụ nhận tiền gửi, cho vay và cung cấp các dịch vụ tài chính khác cho khách hàng, họ phải tiến hành các công việc đó trong một

khung pháp lý được xây dựng một cách cân trọng để bảo vệ lợi ích của toàn xã hội⁵. Nhìn chung, những hoạt động có tính chất rủi ro rất cao, gây thiệt hại lớn cho các NHTM hoặc có xung đột lợi ích trong NHTM thì pháp luật quy định theo chiều hướng cấm đoán. Chẳng hạn, NHTM không được cấp tín dụng cho thành viên hội đồng quản trị, thành viên hội đồng thành viên... của chính NHTM đó. Bên cạnh đó, pháp luật còn quy định NHTM bị hạn chế thực hiện một số hoạt động có nguy cơ xảy ra rủi ro, muốn bảo đảm an toàn thì cần phải tuân thủ một số quy định ràng buộc. Ví dụ, NHTM không được cấp tín dụng với điều kiện ưu đãi cho kế toán trưởng, kiểm toán viên, thanh tra viên đang làm nhiệm vụ kiểm toán và thanh tra tại NHTM đó.... Ngoài ra, những hoạt động của NHTM có tính an toàn, hiệu quả sẽ được pháp luật khuyến khích thực hiện.

Hai là, pháp luật là công cụ rất hữu hiệu nhằm nâng cao vai trò, trách nhiệm của các NHTM trong phòng ngừa rủi ro.

Mặc dù đã có những bước phát triển vượt bậc về quy mô, loại hình và hiệu quả hoạt động nhưng hệ thống NHTM Việt Nam vẫn còn phải đối mặt với nhiều rủi ro. Các NHTM Việt Nam có năng lực tài chính còn non kém, trình độ kinh doanh còn non yếu, công tác quản lý rủi ro ngân hàng còn lỏng lẻo, chưa thực sự được chú trọng và mang tính chuyên nghiệp⁶. Vì vậy, một yêu cầu mang tính khách quan là các NHTM cần nắm bắt kịp thời những thách thức, rủi ro để tìm ra những giải pháp, công cụ thích hợp nhằm bảo đảm an toàn trong hoạt động. Thế nhưng, thực tế không phải tất cả các NHTM đều có sự quan tâm đến vấn đề này. Chính vì vậy, pháp luật, với những thuộc tính của mình, có vai trò rất quan trọng trong việc tác động, nâng cao vai trò và trách nhiệm của các NHTM trong phòng ngừa rủi ro. Chẳng hạn, việc quy định trách nhiệm của Hội đồng

5 Trương Quang Thông (2010), *Quản trị ngân hàng thương mại*, Nxb. Tài chính, tr. 35.

6 Lê Thị Huyền Diệu, “Mô hình tập đoàn tài chính - sự hướng đến của các ngân hàng thương mại Việt Nam”, *Tạp chí Ngân hàng*, số 6/2006, tr. 19.

quản trị, Hội đồng thành viên, Ban kiểm soát, Tổng giám đốc, Kiểm toán nội bộ... nhằm duy trì và thực hiện những quy định của pháp luật và chính sách của NHTM về bảo đảm an toàn...

Ba là, pháp luật ghi nhận, phản ánh và thể chế hóa những kinh nghiệm, phương pháp phòng ngừa rủi ro phù hợp và có hiệu quả để áp dụng cho hệ thống NHTM ở Việt Nam.

Trong thời gian vừa qua, pháp luật ngân hàng ở nước ta đã có một số quy định phù hợp với thông lệ chung của quốc tế về bảo đảm an toàn hoạt động ngân hàng như quy định của Ủy ban Basel về tỷ lệ an toàn vốn tối thiểu của NHTM; phân loại nợ và trích lập dự phòng rủi ro, kiểm soát và kiểm toán nội bộ; tiếp thu những kinh nghiệm hay của Tổ chức Hợp tác và Phát triển kinh tế (OECD) về quản trị ngân hàng hiệu quả.... Việc tiếp thu những kinh nghiệm như vậy là việc làm thiết thực và có ý nghĩa rất lớn trong việc tiếp tục hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam.

Bốn là, pháp luật là phương tiện để nhà nước thực hiện kiểm tra, giám sát an toàn đối với các NHTM, đồng thời phát huy trách nhiệm của NHNN trong phòng ngừa rủi ro hoạt động cấp tín dụng của NHTM.

Những quy định của pháp luật là cơ sở để các NHTM tuân thủ trong quá trình thực hiện các hoạt động của mình. Thông qua những quy định đó, nhà nước còn thực hiện việc kiểm tra, giám sát đối với các NHTM. Bên cạnh đó, pháp luật còn tạo cơ sở để phát huy trách nhiệm của NHNN trong phòng ngừa rủi ro hoạt động cấp tín dụng của NHTM thông qua chức năng quản lý nhà nước về tiền tệ, hoạt động ngân hàng và chức năng ngân hàng trung ương.

3. Yêu cầu của pháp luật về phòng ngừa rủi ro trong hoạt động cấp tín dụng của ngân hàng thương mại

Để đảm bảo cho pháp luật về phòng

ngừa rủi ro trong hoạt động cấp tín dụng của NHTM phát huy hiệu lực, hiệu quả trên thực tế và phù hợp với điều kiện của Việt Nam hiện nay, nó cần đáp ứng một số yêu cầu nhất định.

Những yêu cầu chung của pháp luật về phòng ngừa rủi ro trong hoạt động cấp tín dụng của NHTM cũng chính là những yêu cầu trong việc xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật ở Việt Nam, như: yêu cầu trong việc thể chế hóa đường lối, chính sách của Đảng; yêu cầu trong việc đảm bảo tính toàn diện, thống nhất, phù hợp của pháp luật; yêu cầu trong việc tiếp thu kinh nghiệm nước ngoài, phù hợp với quá trình hội nhập quốc tế của Việt Nam. Bên cạnh đó, những yêu cầu cụ thể có vai trò rất quan trọng trong việc hoàn thiện pháp luật về phòng ngừa rủi ro trong hoạt động cấp tín dụng của NHTM.

a. Pháp luật về phòng ngừa rủi ro trong hoạt động cấp tín dụng của NHTM phải đi đôi với việc tăng cường năng lực cạnh tranh, đảm bảo hiệu quả, phát triển bền vững hoạt động ngân hàng.

Phòng ngừa rủi ro, bảo đảm an toàn hoạt động ngân hàng và năng lực cạnh tranh là hai mặt của một quá trình thống nhất. Trước hết, bảo đảm an toàn hoạt động ngân hàng là điều kiện cho việc nâng cao khả năng cạnh tranh của NHTM. Thực tiễn cho thấy, những NHTM được đánh giá tốt về khả năng quản lý rủi ro sẽ có khả năng cạnh tranh tốt hơn vì được khách hàng ưa chuộng hơn⁷. Đến phần mình, việc tăng cường năng lực cạnh tranh sẽ tạo môi trường và điều kiện cho phòng ngừa rủi ro, bảo đảm an toàn hoạt động ngân hàng. Muốn vậy, pháp luật cần phải được hoàn thiện theo hướng tạo một môi trường cạnh tranh bình đẳng, lành mạnh, gắn liền với nâng cao năng lực cạnh tranh và phòng ngừa rủi ro trong hoạt động cấp tín dụng của NHTM.

Phòng ngừa rủi ro trong hoạt động cấp tín dụng cũng cần đi đôi với hiệu quả hoạt động ngân hàng. Mặc dù trong ngắn hạn,

7 Trần Vũ Hải (Chủ biên) (2010), *Giáo trình Luật Ngân hàng Việt Nam*, NXB Giáo dục Việt Nam, tr 228.

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

mục tiêu bảo đảm an toàn và hiệu quả hoạt động dường như là đối lập nhau. Tung Hao Lee và Shu Hwa Chih cho rằng, quy định của pháp luật về bảo đảm an toàn một cách chặt chẽ sẽ tốt cho sự ổn định ngân hàng, chứ không tốt cho hiệu quả hoạt động của ngân hàng⁸. Tuy nhiên trong dài hạn, hai mục tiêu này lại không quá khác biệt khi tổ chức tín dụng muốn hoạt động hiệu quả và lâu dài⁹. Chính vì vậy, hoàn thiện pháp luật về phòng ngừa rủi ro trong hoạt động cấp tín dụng của NHTM cần lưu ý đến mối quan hệ này. Tránh xu hướng chạy theo lợi nhuận và hiệu quả hoạt động ngân hàng mà ảnh hưởng tới an toàn hoạt động ngân hàng. Đồng thời cũng cần tránh việc “lo lắng thái quá” tới rủi ro mà làm suy giảm hiệu quả và lợi nhuận của các NHTM. Theo chúng tôi, cách tốt nhất là pháp luật nên quy định một mức rủi ro *có thể chấp nhận*, vì “các nhà lãnh đạo ngân hàng hiện đại hiểu rằng, tối đa hóa lợi nhuận không thể song hành cùng tối thiểu hóa rủi ro, mà là trong phạm vi mức rủi ro tốt nhất mà ngân hàng có thể chấp nhận”¹⁰.

Phòng ngừa rủi ro trong hoạt động cấp tín dụng cần song hành với sự phát triển hoạt động ngân hàng một cách bền vững. Thực tế nền kinh tế thị trường ở nước ta hiện nay cho thấy, hệ thống ngân hàng là đại diện gần như duy nhất của thị trường tài chính đảm nhận chức năng cung cấp vốn cho thị trường bất động sản. Các kênh khác trên thị trường tài chính như thị trường chứng khoán không tham gia cùng với hệ thống ngân hàng¹¹. Điều đó cho thấy vai trò của hoạt động ngân hàng trong sự phát triển nền kinh tế ở Việt Nam hiện nay. Vì vậy, hoàn thiện pháp luật

về phòng ngừa rủi ro trong hoạt động cấp tín dụng của NHTM cần kết hợp chặt chẽ đến sự phát triển và vai trò của hoạt động ngân hàng đối với nền kinh tế xã hội. Bên cạnh đó, cần phải quan tâm đến sự phát triển bền vững. Nghĩa là, sự phát triển hoạt động ngân hàng đáp ứng được những nhu cầu hiện tại mà không ảnh hưởng, tổn hại đến những khả năng đáp ứng nhu cầu trong tương lai. Chính sách phát triển bền vững tập trung giải quyết vấn đề kết hợp gắn bó chặt chẽ giữa các yếu tố phát triển, nói cách khác đặt các yếu tố phát triển trong mối liên hệ tổng thể, phụ thuộc lẫn nhau, là điều kiện của nhau, đảm bảo không tách rời, biệt lập các yếu tố đó¹². Dựa vào những kinh nghiệm của khủng hoảng tài chính thế giới những năm gần đây, Roland Benediker cho rằng, cần xây dựng hệ thống ngân hàng theo mô hình những “ngân hàng xã hội” (Social banking), với ba đặc trưng cơ bản là trách nhiệm với cộng đồng, sự minh bạch và bền vững¹³. Đây có thể xem là bài học kinh nghiệm cho Việt Nam trong quá trình hoàn thiện pháp luật ngân hàng.

b. Pháp luật về phòng ngừa rủi ro trong hoạt động cấp tín dụng của NHTM cần phải dự liệu được những rủi ro, hậu quả của nó và đưa ra những giải pháp phòng ngừa rủi ro trong hoạt động cấp tín dụng của NHTM

Bản chất của phòng ngừa rủi ro là ngăn ngừa, tránh được rủi ro và hậu quả của rủi ro xảy ra. Vậy nên yêu cầu đầu tiên của pháp luật là cần dự liệu được những rủi ro và hậu quả của nó. Không thể xây dựng được pháp luật phòng ngừa rủi ro có hiệu quả khi pháp luật đó không xác định (nhận dạng) và không

8 Tung-Hao Lee and Shu-Hwa Chih, "Does financial regulation affect the profit efficiency and risk of banks? Evidence from China's commercial banks", *North American Journal of economics and finance*, 2013.

9 Trần Vũ Hải (Chủ biên, 2010), *tđđ*, tr. 226.

10 Lê Thị Huyền Diệu (2010), *Luận cứ khoa học về xác định mô hình quản lý rủi ro tín dụng tại hệ thống NHTM Việt Nam*, Luận án TS, Học viện Ngân hàng, Hà Nội, tr. 26.

11 Nguyễn Văn Vân, "Cơ chế pháp lý khơi thông nguồn vốn từ thị trường tài chính cho thị trường bất động sản", *Tạp chí Khoa học pháp lý*, số 3/2012, tr. 53.

12 Trần Thái Dương, "Xây dựng chính sách pháp luật theo quan điểm phát triển bền vững", *Tạp chí Nhà nước và Pháp luật*, số 2/2009, tr. 6.

13 Roland Benediker, "European answers to the Financial Crisis: Social Banking and Social Finance", website <http://spice.stanford.edu>, 2011.

đo lường (định lượng) được rủi ro. Trên thực tế, các nghiệp vụ ngân hàng luôn vận động và thay đổi không ngừng nên pháp luật về phòng ngừa rủi ro cũng cần có sự thay đổi (sửa đổi, bổ sung) cho phù hợp. Có quan điểm cho rằng, sự phát triển của hệ thống ngân hàng bất kỳ quốc gia nào cũng không tránh khỏi những giai đoạn khó khăn, khủng hoảng. Đó chính là dấu hiệu cho thấy sự phát triển của hệ thống ngân hàng và các thể chế chính sách đi kèm đã không còn phù hợp với sự phát triển của nền kinh tế; và đã đến thời điểm nó cần phải trải qua những cải tiến, đổi mới¹⁴. Để tránh trường hợp pháp luật thay đổi “chóng mặt” thì nhà làm luật cần xây dựng quy trình lập pháp công khai, minh bạch và có tính dự báo. Bên cạnh đó, pháp luật cũng cần đưa ra những giải pháp phù hợp để phòng ngừa rủi ro trong hoạt động cấp tín dụng của NHTM. Đây vừa là một yêu cầu, vừa là mục tiêu của pháp luật.

c. Pháp luật về phòng ngừa rủi ro trong hoạt động cấp tín dụng của NHTM phải đảm bảo quyền tự do kinh doanh của NHTM

Quyền tự do kinh doanh, theo nghĩa chủ quan, là khả năng hành động một cách có ý thức của cá nhân hay pháp nhân trong quá trình hoạt động sản xuất, kinh doanh. Theo nghĩa khách quan, nó là hệ thống các quy phạm pháp luật và những bảo đảm pháp lý do nhà nước ban hành, nhằm tạo điều kiện cho các cá nhân hay pháp nhân thực hiện quyền của mình¹⁵. Phòng ngừa rủi ro và quyền tự do kinh doanh có mối liên hệ biện chứng với nhau. Trước hết, phòng ngừa rủi ro là tiền đề để quyền tự do kinh doanh được thực hiện trên thực tế. Sẽ không thể có quyền tự do kinh doanh khi chủ thể thực hiện quyền đó luôn phải đối phó với những rủi ro đang rình rập, khắc phục những thiệt hại đã xảy

ra. Đến phần mình, quyền tự do kinh doanh có tác động tích cực đến hoạt động phòng ngừa rủi ro. Chỉ khi nào doanh nghiệp có quyền tự do kinh doanh, thì họ mới có thể chủ động thực hiện các biện pháp phòng ngừa rủi ro hiệu quả và phù hợp. Cũng cần lưu ý là, phòng ngừa rủi ro và quyền tự do kinh doanh có thể tác động theo chiều hướng bất lợi cho nhau nếu chúng được quy định một cách lạm dụng và không phù hợp.

Như vậy, pháp luật về phòng ngừa rủi ro cần phải gắn liền với việc quy định về quyền tự do kinh doanh. Đây là yêu cầu đề ra mang tính khách quan trong quá trình hoàn thiện pháp luật ngân hàng. Đồng thời, yêu cầu đó xuất phát từ việc, trên thực tế, nhà nước có thể sử dụng pháp luật để hạn chế một cách quá đáng hoặc không ghi nhận quyền tự do của công dân¹⁶. Để thực hiện yêu cầu này, nhà làm luật phải đánh giá được các biện pháp phòng ngừa rủi ro có ảnh hưởng đến quyền tự do kinh doanh hay không, nếu có thì mức độ ảnh hưởng như thế nào. Đồng thời là xem xét tác động ngược trở lại của quyền tự do kinh doanh đối với phòng ngừa rủi ro.

d. Pháp luật về phòng ngừa rủi ro phải đảm bảo sự điều tiết hợp lý của nhà nước đối với NHTM

Sự điều tiết hợp lý của nhà nước đối với các NHTM là một vấn đề pháp lý quan trọng hiện nay, vì đối với bất cứ quốc gia nào lựa chọn con đường chuyển đổi nền kinh tế từ cơ chế kế hoạch hóa tập trung sang cơ chế thị trường cũng đều gặp phải vấn đề xác định giới hạn can thiệp của nhà nước vào quá trình kinh tế như thế nào cho hợp lý¹⁷. Sự điều tiết của nhà nước lại càng trở nên quan trọng và có ý nghĩa đối với hoạt động ngân hàng, lĩnh vực luôn chứa đựng sự rủi ro.

14 Nguyễn Thị Kim Thanh, "Tổng quan về tái cơ cấu hệ thống tài chính tiền tệ", xem trong: <http://ecna.gov.vn/ct/ht/Lists/BaiViet/Attachments/155/Nguyen%20Thi%20Kim%20Thanh.pdf>. (truy cập ngày 15/10/2013).

15 Bùi Ngọc Cường (2004), *Một số vấn đề về quyền tự do kinh doanh trong pháp luật kinh tế hiện hành ở Việt Nam*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, tr. 19,20.

16 Bùi Xuân Hải, "Tự do kinh doanh: một số vấn đề lý luận và thực tiễn", *Tạp chí Nhà nước và Pháp luật*, số 5/2011, tr. 69.

17 Nguyễn Văn Tuyền, "Xác định giới hạn can thiệp của nhà nước đối với giao dịch thương mại của ngân hàng thương mại trong điều kiện kinh tế thị trường ở Việt Nam", *Tạp chí Nhà nước và Pháp luật*, số 11/2003, tr. 17.

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

Theo chúng tôi, sự điều tiết hợp lý của nhà nước đối với hoạt động của NHTM nói chung và phòng ngừa rủi ro trong hoạt động cấp tín dụng nói riêng được thực hiện thông qua các nội dung như sau:

- *Một là*, Nhà nước chỉ can thiệp vào hoạt động phòng ngừa rủi ro của các NHTM ở tầm vĩ mô, nghĩa là thông qua việc xây dựng hệ thống pháp luật hoàn chỉnh, đồng bộ và phù hợp, tạo cơ sở pháp lý an toàn và hiệu quả cho việc xây dựng và thực hiện hoạt động phòng ngừa rủi ro trong hoạt động cấp tín dụng của NHTM. Bằng pháp luật, Nhà nước có một công cụ hiệu quả nhất, phổ biến nhất nhằm điều tiết hợp lý phòng ngừa rủi ro hoạt động của NHTM.

- *Hai là*, Nhà nước cần tác động đến phòng ngừa rủi ro trong hoạt động cấp tín dụng của NHTM thông qua việc quy định và đề cao vai trò, trách nhiệm của NHNN trong bảo đảm an toàn hoạt động ngân hàng. Điều đó nghĩa là, thông qua các công cụ thực hiện chính sách tiền tệ quốc gia và thanh tra giám sát, NHNN sẽ tác động tích cực đến phòng ngừa rủi ro, bảo đảm an toàn hoạt động của NHTM. Thông qua NHNN, Nhà nước có một thiết chế quan trọng nhất để tác động đến hoạt động của các NHTM, trong đó có hoạt động phòng ngừa rủi ro.

- *Ba là*, Nhà nước cần tác động đến phòng ngừa rủi ro trong hoạt động cấp tín dụng của NHTM thông qua việc hoạch định và thực hiện các chiến lược, kế hoạch, đề án có liên quan đến hoạt động của NHTM nói chung và hoạt động phòng ngừa rủi ro nói riêng. Trên thực tế, Nhà nước ta đã ban hành Đề án phát triển ngành ngân hàng Việt Nam đến năm 2010, định hướng đến năm 2020, ban hành kèm theo Quyết định số 112/2006/QĐ-TTg ngày 24/5/2006 của Thủ tướng Chính phủ và Đề án cơ cấu lại hệ thống các tổ chức tín dụng giai đoạn 2011 – 2015, ban hành kèm theo Quyết định số

254/QĐ-TTg ngày 01/3/2012 của Thủ tướng Chính phủ. Đây là những đề án lớn, bao quát, có tầm nhìn lâu dài. Chính vì vậy, pháp luật về phòng ngừa rủi ro trong hoạt động cấp tín dụng của NHTM cần có sự liên hệ với những chủ trương, chính sách trong các đề án này.

- *Bốn là*, Nhà nước cần tác động đến phòng ngừa rủi ro trong hoạt động cấp tín dụng của NHTM thông qua việc quy định trách nhiệm cụ thể của các NHTM trong hoạt động phòng ngừa rủi ro. Bởi vì, bảo đảm an toàn hoạt động của NHTM trước hết và quan trọng nhất là trách nhiệm của các NHTM. Nhà nước cam kết chịu trách nhiệm trước xã hội và các chủ thể kinh tế về sự an toàn trong môi trường pháp lý, môi trường kinh doanh do Nhà nước tạo lập, còn trách nhiệm kinh tế về kết quả kinh doanh thì phải được chuyển giao cho các chủ thể kinh tế tự chịu trách nhiệm¹⁸. Để thực hiện được yêu cầu này, Nhà nước cần tạo hành lang pháp lý cho các NHTM bảo đảm an toàn hoạt động của mình thông qua các cách thức như: (i) Quy định của pháp luật về phòng ngừa rủi ro; (ii) Quy định của pháp luật hợp đồng, vì pháp luật hợp đồng tạo cho các bên cơ hội đàm phán và thiết lập các quyền về tài sản; pháp luật hợp đồng càng tin cậy và có hiệu lực, thì rủi ro cho giao dịch càng giảm¹⁹; (iii) Quy định về các biện pháp bảo đảm cho NHTM thực thi các quy định của pháp luật như thanh tra, giám sát ngân hàng; (iv) Quy định các thiết chế thực thi và bảo vệ pháp luật có hiệu quả như đội ngũ nhân sự, cơ quan tư pháp...

Tóm lại, pháp luật về phòng ngừa rủi ro trong hoạt động cấp tín dụng của NHTM là nội dung quan trọng trong hệ thống pháp luật. Nghiên cứu về bản chất, vai trò và các yêu cầu của pháp luật về phòng ngừa rủi ro trong hoạt động cấp tín dụng của NHTM sẽ là cơ sở cho việc tiếp tục nghiên cứu, hoàn thiện pháp luật về bảo đảm an toàn hoạt động ngân hàng cũng như hoàn thiện pháp luật hiện nay ở Việt Nam ■

18 Nguyễn Văn Tuyển (2005), *ltdđ*, tr. 195.

19 Phạm Duy Nghĩa (2009), *Giáo trình Luật kinh tế, tái bản lần 1*, NXB Công an nhân dân, Hà Nội, tr 48.

NÂNG CAO HIỆU QUẢ HỢP TÁC QUỐC TẾ TRONG CHUYỂN GIAO NGƯỜI ĐANG CHẤP HÀNH HÌNH PHẠT TÙ

PHẠM THỊ QUỲNH ANH*

1. Bản chất và căn cứ pháp lý trong chuyển giao người đang chấp hành hình phạt tù

Dưới góc độ pháp lý, có thể hiểu chuyển giao người đang chấp hành hình phạt tù là việc một quốc gia thực hiện chuyển giao người nước ngoài phạm tội đã bị tòa án của quốc gia đó kết án phạt tù và bản án đã có hiệu lực pháp luật về quốc gia mà người bị kết án là công dân hoặc nước khác đồng ý tiếp nhận, trên cơ sở tự nguyện của người đó, để tiếp tục thi hành bản án theo điều ước quốc tế hoặc theo nguyên tắc “có đi có lại”.

Về bản chất, chuyển giao người đang chấp hành hình phạt tù mang tính nhân đạo, xuất phát từ lợi ích của người bị kết án, giúp họ khắc phục những khó khăn trong việc thi hành hình phạt tù (như bất đồng về ngôn ngữ, xa lạ về tập quán địa phương...) và tái hoà nhập cộng đồng xã hội. Trong các quy định của điều ước quốc tế mà Việt Nam đã ký kết, tham gia về chuyển giao người đang chấp hành hình phạt tù cũng như quy định của Luật Tương trợ tư pháp (TTTP) năm 2007, điều kiện bắt buộc là được chính người bị kết án hoặc người đại diện hợp pháp của họ đồng ý một cách tự nguyện và công khai.

Về cơ sở pháp lý, chuyển giao người đang chấp hành hình phạt tù được thực hiện

theo điều ước quốc tế (đa phương hoặc song phương) khi có yêu cầu của người đang chấp hành hình phạt tù hoặc yêu cầu của cơ quan có thẩm quyền của nước chuyển giao hoặc nước tiếp nhận; trường hợp chưa có điều ước quốc tế về chuyển giao người đang chấp hành hình phạt tù thì việc chuyển giao được thực hiện trên cơ sở nguyên tắc “có đi có lại”, do sự thoả thuận giữa các cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam và nước ngoài, phù hợp với pháp luật quốc gia, pháp luật và tập quán quốc tế.

Về hậu quả pháp lý, thời hạn chấp hành hình phạt mà người bị kết án phải tiếp tục thi hành là phần hình phạt chưa được thực hiện tại quốc gia chuyển giao (nơi tòa án có thẩm quyền đã tuyên bản án). Đối với trường hợp chuyển giao người đang chấp hành hình phạt tù tại Việt Nam cho nước ngoài, Tòa án có thẩm quyền của quốc gia tiếp nhận người bị chuyển giao sẽ xem xét và quyết định hình thức, thời hạn còn phải thi hành án. Trong trường hợp có sự xung đột pháp luật giữa quốc gia kết án và quốc gia nhận người bị kết án thì Tòa án của quốc gia tiếp nhận sẽ thực hiện thủ tục chuyển đổi hình phạt đã được tuyên thành hình phạt phù hợp với pháp luật của quốc gia tiếp nhận với điều kiện hình phạt được chuyển đổi sẽ không được nặng

* ThS. Vụ Pháp chế, Bộ Công an

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

hơn hoặc có thời gian dài hơn hình phạt đã được tuyên bởi Tòa án của nước chuyển giao.

Về nguyên tắc chuyển giao, Điều 4 Luật TTTP năm 2007 quy định nguyên tắc TTTP nói chung về chuyển giao người đang chấp hành hình phạt tù, “TTTP được thực hiện trên nguyên tắc tôn trọng độc lập, chủ quyền, toàn vẹn lãnh thổ, không can thiệp vào công việc nội bộ của nhau, bình đẳng và các bên cùng có lợi, phù hợp với Hiến pháp, pháp luật của Việt Nam và điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên”. Trường hợp giữa Việt Nam và nước ngoài chưa có điều ước quốc tế về TTTP thì hoạt động TTTP được thực hiện trên nguyên tắc “có đi có lại” nhưng không trái pháp luật Việt Nam, phù hợp với pháp luật và tập quán quốc tế.

Về căn cứ chuyển giao, việc chuyển giao người đang chấp hành hình phạt tù được thực hiện theo quy định tại khoản 2 Điều 49 và được quy định cụ thể tại Điều 50 Luật TTTP năm 2007 và Điều 6 Thông tư liên tịch số 01/2013/TTLT-BCA-BTP-BNG-VKSNDTC-TANDTC ngày 22/2/2013 của Bộ Công an, Bộ Tư pháp, Bộ Ngoại giao, Viện Kiểm sát nhân dân tối cao, Tòa án nhân dân tối cao hướng dẫn việc tiếp nhận, chuyển giao, tiếp tục thi hành án đối với người đang chấp hành hình phạt tù, cụ thể là:

- Điều kiện tiếp nhận người đang chấp hành hình phạt tù¹: Là công dân Việt Nam, có nghĩa là người đó phải có quốc tịch Việt Nam theo quy định của Luật Quốc tịch Việt Nam; người đó có nơi thường trú cuối cùng ở Việt Nam trước khi bị kết án và thi hành án phạt tù ở nước ngoài. Yếu tố này thường được xem xét cùng với vấn đề quốc tịch của người đó; hành vi phạm tội mà người đó bị kết án ở nước ngoài cũng cấu thành tội phạm theo quy định của pháp luật Việt Nam. Điều kiện này nhằm tạo cơ sở cho việc xem xét chuyển đổi hình phạt để có thể tiếp tục chấp hành bản án tại Việt Nam; vào thời điểm nhận được yêu cầu chuyển giao, thời hạn chưa chấp hành hình phạt tù phải còn ít nhất

là một năm; trường hợp đặc biệt, thời hạn này còn ít nhất là sáu tháng. Việc quy định thời hạn nhằm bảo đảm thời gian tiếp tục chấp hành án phạt tù tại Việt Nam vẫn có ý nghĩa giáo dục, cải tạo người đó, tạo điều kiện cho họ tái hoà nhập cộng đồng. Quy định này cũng phù hợp với các điều ước quốc tế và thông lệ quốc tế; bản án đối với người được chuyển giao đã có hiệu lực pháp luật và không còn thủ tục tố tụng nào đối với người đó tại nước chuyển giao; có sự đồng ý của nước chuyển giao: mặc dù ý nghĩa của việc chuyển giao người bị kết án xuất phát từ mục đích nhân đạo nhưng sự đồng ý của nước chuyển giao vẫn mang tính chất quyết định vì đây là nơi người đó đang chấp hành án phạt tù; có sự đồng ý của người được chuyển giao; Tòa án có thẩm quyền của Việt Nam có quyết định đồng ý tiếp nhận đã có hiệu lực pháp luật.

- Điều kiện chuyển giao người đang chấp hành hình phạt tù²: Người đó phải là công dân của nước tiếp nhận hoặc là người được phép cư trú không thời hạn hoặc có người thân thích tại nước tiếp nhận chuyển giao; có đủ các điều kiện quy định tại khoản 1 Điều 50 Luật TTTP năm 2007 thuộc trường hợp thứ nhất đã nêu ở trên và đã thực hiện xong phần trách nhiệm dân sự, hình phạt bổ sung là phạt tiền, tịch thu tài sản và các trách nhiệm pháp lý khác trong bản án; có sự đồng ý của nước tiếp nhận chuyển giao.

Theo quy định tại Điều 50 Luật TTTP năm 2007, khi xem xét chuyển giao người đang chấp hành hình phạt tù tại Việt Nam hoặc tiếp nhận người đang chấp hành hình phạt tù ở nước ngoài về Việt Nam, cần phải xem xét toàn diện các điều kiện liên quan đến hai quốc gia cũng như người đang chấp hành hình phạt tù để quyết định. Tuy nhiên, khi có đủ các điều kiện này thì vẫn có một số ngoại lệ dẫn đến việc từ chối chuyển giao theo quy định tại Điều 51 Luật TTTP năm 2007, như: khi có căn cứ cho rằng người được chuyển giao có thể bị tra tấn, trả thù

1 Tiếp nhận từ nước ngoài về Việt Nam.

2 Chuyển giao cho nước ngoài.

hoặc truy bức tại nước tiếp nhận chuyển giao; việc chuyển giao có thể phương hại đến chủ quyền, an ninh quốc gia của Việt Nam.

Đối với hồ sơ chuyển giao người đang chấp hành hình phạt tù, khi có yêu cầu chuyển giao người đang chấp hành hình phạt tù, cơ quan có thẩm quyền của nước đề nghị chuyển giao sẽ phải chuẩn bị bộ hồ sơ để gửi cho cơ quan có thẩm quyền của nước được đề nghị (trong hồ sơ cũng phải thể hiện nguyện vọng của người được chuyển giao). Hồ sơ yêu cầu chuyển giao người đang chấp hành hình phạt tù được lập thành ba bộ, phù hợp với pháp luật của nước được yêu cầu³.

Theo Điều 65 Luật TTTP năm 2007, Bộ Công an là cơ quan đầu mối của Việt Nam tiếp nhận yêu cầu chuyển giao người đang chấp hành hình phạt tù và cũng là cơ quan thi hành quyết định chuyển giao⁴. Trong trường hợp Việt Nam đề nghị phía nước ngoài chuyển giao thì Bộ Công an cũng là cơ quan chuẩn bị hồ sơ yêu cầu chuyển cho cơ quan chức năng của nước ngoài.

2. Kết quả tham gia đàm phán, ký, gia nhập nhiều điều ước quốc tế về chuyển giao người đang chấp hành hình phạt tù của Việt Nam

Việt Nam đã ký kết Công ước của Liên hợp quốc về chống tham nhũng năm 2003 (có hiệu lực với Việt Nam từ ngày 18/9/2009) và Công ước của Liên hợp quốc về chống tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia năm 2000 (có hiệu lực đối với Việt Nam năm 2011). Đây là hai công ước có quy định về chuyển giao người đang chấp hành hình phạt tù.

Trước năm 2000, vấn đề chuyển giao người đang chấp hành hình phạt tù mới chỉ được quy định trong hai hiệp định TTTP mà Việt Nam ký kết với nước ngoài: với Hung-ga-ri (năm 1985) và Ba Lan (năm 1993). Từ sau năm 2000, Nhà nước ta đã ký kết các hiệp định song phương về chuyển giao người bị kết án phạt tù với Liên hiệp Vương quốc Anh và Bắc Ai-len (có hiệu lực từ ngày 21/9/2010), Ôt-xtrây-li-a (có hiệu lực từ

ngày 12/11/2009), Đại Hàn Dân Quốc (có hiệu lực ngày 30/8/2010), Vương quốc Thái Lan (có hiệu lực ngày 19/7/2010), Tây Ban Nha, Cộng hoà Séc, Ấn Độ, Liên bang Nga, Căm-pu-chia, Hung-ga-ri, In-đô-nê-xi-a, Sri-lan-ka⁵. Một số quốc gia như: Lào, Đức, Ma-lai-xi-a, Ca-dắc-xtan, U-crai-na, I-xra-en... đang đề nghị Việt Nam đàm phán, ký kết hiệp định chuyển giao người bị kết án phạt tù. Hiện nay, Bộ Công an đang tiến hành các thủ tục cần thiết để chuẩn bị đàm phán.

Thực hiện các hiệp định đã được phê chuẩn, Việt Nam đã chuyển giao được một số trường hợp là công dân nước ngoài đang chấp hành hình phạt tù ở Việt Nam cho nước ngoài và công dân Việt Nam bị kết án và đang chấp hành hình phạt tù ở nước ngoài về Việt Nam. Tính đến nay, Việt Nam đã chuyển giao cho phía nước ngoài 05 phạm nhân về nước mà họ mang quốc tịch để tiếp tục thi hành phần hình phạt còn lại và đang xem xét chuyển giao khoảng 30 trường hợp khác. Việt Nam đã tiếp nhận 03 và đang xem xét tiếp nhận 06 công dân Việt Nam đang chấp hành hình phạt tù ở nước ngoài về Việt Nam để tiếp tục thi hành án.

3. Một số bất cập trong việc chuyển giao người bị kết án phạt tù

Mặc dù Nhà nước, Chính phủ, cơ quan tư pháp trung ương của Việt Nam đã đàm phán, tham gia, ký kết nhiều điều ước quốc tế đa phương, song phương cũng như đã ban hành một số văn bản pháp luật trong nước điều chỉnh hợp tác quốc tế về chuyển giao người bị kết án phạt tù, tuy nhiên hệ thống văn bản này còn chưa cụ thể, thiếu đồng bộ; các điều ước quốc tế và văn bản thoả thuận hợp tác tuy nhiều nhưng việc tổ chức thực hiện và phân công trách nhiệm thực hiện còn nhiều bất cập, cụ thể:

Thứ nhất, Luật TTTP năm 2007 chưa có quy định cụ thể về trường hợp tiếp nhận người bị kết án phạt tù là công dân Việt Nam ở nước ngoài về Việt Nam, đồng thời chưa có hướng dẫn thi hành các quy định về

3 Điều 52 và Điều 53 Luật TTTP năm 2007.

4 Việc chuyển giao do Tòa án nhân dân quyết định.

5 Hiệp định với các nước này đã ký, đang chờ phê chuẩn.

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

chuyển giao người có án phạt tù, dẫn tới việc thực hiện còn gặp nhiều khó khăn, nhất là trình tự, thủ tục lập hồ sơ đề nghị tiếp nhận, chuyển giao, phân định trách nhiệm giữa các bộ, ngành và trách nhiệm, đầu mối tiếp nhận, xử lý, giải quyết giữa các đơn vị trong bộ, ngành, kinh phí chi cho các hoạt động chuyển giao người bị kết án phạt tù.

Thứ hai, tính đến nay, đã có 05 hiệp định song phương về chuyển giao người bị kết án phạt tù đã có hiệu lực với Việt Nam, tạo cơ sở pháp lý quốc tế quan trọng trong lĩnh vực chuyển giao người bị kết án phạt tù, tuy nhiên, trong quá trình thực hiện còn một số khó khăn, vướng mắc, như:

- Các quy định về căn cứ, điều kiện và hồ sơ tiếp nhận yêu cầu chuyển giao người đang chấp hành hình phạt tù theo Luật TTTP năm 2007 cho thấy, các hiệp định mà Việt Nam đã ký kết và đang đàm phán, ký kết với nước ngoài đều có tên gọi là Hiệp định chuyển giao người bị kết án phạt tù. Việc chuyển giao người bị kết án phạt tù được áp dụng với đối tượng là người bị Tòa án có thẩm quyền của quốc gia được yêu cầu kết án và đang chấp hành hình phạt tại trại giam của quốc gia này hoặc đã bị xét xử, tuyên hình phạt tù nhưng đang được tại ngoại vì những lý do khác nhau. Trong khi đó, phạm vi điều chỉnh của Luật TTTP năm 2007 lại hẹp hơn, chỉ quy định về chuyển giao người đang chấp hành hình phạt tù (những người đang chấp hành án trong trại giam). Như vậy, không có sự thống nhất về phạm vi điều chỉnh giữa Luật TTTP năm 2007 và các hiệp định;

- Một số điều, khoản của hiệp định song phương quy định về phần chi phí cho việc chuyển giao chưa thống nhất với Luật TTTP năm 2007. Luật TTTP năm 2007 quy định chi phí do bên yêu cầu chi trả. Tuy nhiên, tại các hiệp định mà Việt Nam đã ký kết với các nước đều quy định chi phí cho việc chuyển giao do bên nhận chi trả. Hiện nay, Việt Nam chưa có nguồn kinh phí chi cho các hoạt động tiếp nhận phạm nhân là người Việt Nam đang chấp hành hình phạt tù tại nước ngoài về Việt Nam tiếp tục chấp hành án, nhất là các chi phí ăn, ở, đi lại cho lực lượng áp giải và phạm nhân về Việt Nam;

- Điều 58 Luật TTTP năm 2007 quy định

việc chuyển đổi hình phạt tù thuộc trách nhiệm của Tòa án có thẩm quyền. Tuy nhiên, cách tính, phương pháp chuyển đổi nào bảo đảm phù hợp với pháp luật Việt Nam thì chưa có hướng dẫn cụ thể để thống nhất áp dụng và trả lời cho phía cơ quan có thẩm quyền nước ngoài và giải thích cho người có nguyện vọng trở về Việt Nam tiếp tục chấp hành án;

- Đối với các trường hợp yêu cầu chuyển giao mà phạm nhân có quốc tịch nước ngoài chưa thực hiện phần hình phạt bổ sung là phạt tiền, chưa bồi thường dân sự và chưa nộp án phí thì coi là chưa đủ điều kiện để xem xét chuyển giao theo quy định tại Điều 50 Luật TTTP năm 2007. Tuy nhiên, theo quy định tại một số hiệp định song phương về chuyển giao mà Việt Nam ký với các nước, ví dụ: Điều 4 quy định về điều kiện chuyển giao người bị kết án phạt tù của các hiệp định chuyển giao người bị kết án phạt tù mà Việt Nam đã ký kết với Thái Lan, Ôt-xtrây-li-a, Anh, Hàn Quốc thì không quy định cụ thể điều kiện người được chuyển giao phải thực hiện xong hình phạt bổ sung là hình phạt tiền, bồi thường dân sự, án phí. Do đó, khi cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam từ chối chuyển giao các đối tượng này thì phía nước ngoài không đồng tình;

- Trường hợp có yêu cầu chuyển giao người bị kết án phạt tù, nhưng giữa Việt Nam và quốc gia đó chưa ký kết hiệp định song phương về chuyển giao người bị kết án phạt tù, dẫn tới việc lập hồ sơ đề nghị chuyển giao được thực hiện theo nguyên tắc có đi có lại, phải xin ý kiến các bộ, ngành và cơ quan có liên quan, dẫn tới việc mất nhiều thời gian mới có kết quả trả lời phía nước ngoài và lập hồ sơ chuyển Tòa án có thẩm quyền ra quyết định chuyển giao.

4. Một số kiến nghị

Để góp phần hoàn thiện cơ sở pháp lý và nâng cao hiệu quả hợp tác quốc tế trong chuyển giao người đang chấp hành hình phạt tù, chúng tôi xin kiến nghị một số giải pháp sau:

Một là, cần nghiên cứu bổ sung vào Luật TTTP năm 2007 quy định về trình tự, thủ tục tiếp nhận công dân Việt Nam đang chấp hành

hình phạt tù ở nước ngoài trở về Việt Nam khi có đủ điều kiện theo quy định; phân định rõ trách nhiệm của các cơ quan Việt Nam trong việc tiếp nhận người được chuyển giao. Đồng thời, cần nghiên cứu mở rộng về khái niệm người đang chấp hành hình phạt tù, như: người đang chấp hành hình phạt tù có thể đang ở trong trại giam hoặc đang ở trong các cơ sở giam giữ khác...

Hai là, cần có văn bản liên tịch hướng dẫn về các nội dung của Luật TTTP năm 2007, cụ thể là: Thông tư liên tịch của Bộ Công an, Tòa án nhân dân tối cao, Viện kiểm sát nhân dân tối cao, Bộ Tư pháp, Bộ Tài chính hướng dẫn về cách thức tiếp nhận, thủ tục chuyển giao, quy định rõ cách thức chuyển đổi hình phạt tù (thành các hình phạt khác nhưng vẫn đảm bảo tính nghiêm minh của pháp luật...); đồng thời hướng dẫn cụ thể về chi phí trong chuyển giao người đang chấp hành hình phạt tù cho thống nhất, tạo thuận lợi cho các cơ quan chức năng. Đây là vấn đề đang có nhiều vướng mắc vì chưa có hướng dẫn cụ thể.

Ba là, tổ chức thực hiện có hiệu quả điều ước quốc tế về chuyển giao người bị kết án phạt tù. Trong thời gian tới, để tổ chức thực hiện có hiệu quả các điều ước quốc tế về chuyển giao người đang chấp hành hình phạt tù, chúng ta cần phải thực hiện các biện pháp sau:

- Tổ chức thực hiện các hiệp định đã ký kết với các nước trên cơ sở thường xuyên trao đổi thông tin về tội phạm, về tình hình thực hiện các hình thức và nội dung hợp tác; tình hình quản lý thi hành án hình sự; tình hình chấp hành án hình sự của các phạm nhân là người nước ngoài có liên quan. Đây mạnh việc nghiên cứu so sánh pháp luật hình sự và pháp luật tố tụng hình sự, thi hành án của các nước với quy định tương ứng của Việt Nam;

- Định kỳ hàng năm tổ chức tổng kết, rút kinh nghiệm việc tổ chức thực hiện để đề xuất ký kết hiệp định về chuyển giao người bị kết án phạt tù, nâng cao hiệu quả quan hệ hợp tác quốc tế đấu tranh phòng, chống tội phạm, thi hành án hình sự;

- Đây mạnh công tác phổ biến, tuyên truyền các điều ước quốc tế song phương và

đa phương trong lĩnh vực chuyển giao người đang chấp hành hình phạt tù. Chú trọng đào tạo, bồi dưỡng, nâng cao trình độ pháp luật, ngoại ngữ cho cán bộ chuyên trách làm công tác đàm phán, thực hiện các điều ước quốc tế về chuyển giao người bị kết án phạt tù ở các đơn vị, địa phương theo chỉ đạo của Thủ tướng Chính phủ tại Chỉ thị số 09/CT-TTg ngày 05/4/2012 về tăng cường quản lý nhà nước đối với công tác điều ước quốc tế, thỏa thuận quốc tế.

Bốn là, xây dựng và ban hành các quy chế phối hợp và quy trình công tác trong chuyển giao người đang chấp hành hình phạt tù.

Năm là, đề nghị cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam có văn bản hướng dẫn về áp dụng nguyên tắc “có đi có lại” trong hợp tác quốc tế về chuyển giao người đang chấp hành hình phạt tù để bảo đảm thực hiện cho thống nhất.

Để thực hiện tốt hợp tác quốc tế trong chuyển giao người đang chấp hành hình phạt tù, vấn đề quan trọng nhất là xác lập quan hệ phối hợp giữa các cơ quan có thẩm quyền trong thụ lý, giải quyết, thực hiện các yêu cầu TTTP về chuyển giao người đang chấp hành hình phạt tù; phân công trách nhiệm cho cơ quan đầu mối và các cơ quan, đơn vị có liên quan của Bộ Công an, Tòa án nhân dân tối cao trong tiếp nhận, xem xét, phân loại đề nghị tiếp nhận chuyển giao người bị kết án phạt tù của cơ quan có thẩm quyền nước ngoài. Phối hợp với các cơ quan, đơn vị có thẩm quyền của Việt Nam trong việc xác minh đối tượng; xem xét, giải quyết văn bản đề nghị tiếp nhận chuyển giao, trao đổi thông tin về tội phạm, đối tượng đang chấp hành hình phạt tù tại các cơ sở giam giữ của Việt Nam. Theo hướng này, Bộ Công an và Tòa án nhân dân tối cao cần sớm ban hành Thông tư liên tịch hướng dẫn về tiếp nhận, chuyển giao ủy thác tư pháp về hình sự, dẫn độ, chuyển giao người đang chấp hành hình phạt tù, trong đó xác định rõ quy trình công tác, phân công trách nhiệm chủ trì, phối hợp trong từng hoạt động trong quá trình thực hiện đề nghị hoặc yêu cầu phía nước ngoài thực hiện đề nghị tiếp nhận chuyển giao người đang chấp hành hình phạt tù ■

BÀN THÊM VỀ DỰ THẢO LUẬT BAN HÀNH VĂN BẢN PHÁP LUẬT

NGUYỄN THỊ HÒI*

Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật (VBQPPL) mới được xây dựng và ban hành nhằm hợp nhất hai Luật Ban hành VBQPPL hiện hành là Luật Ban hành VBQPPL năm 2008 và Luật Ban hành VBQPPL của Hội đồng nhân dân (HĐND) và Ủy ban nhân dân (UBND) năm 2004, đồng thời nhằm tiếp tục hoàn thiện pháp luật về ban hành VBQPPL nói riêng và hệ thống pháp luật nói chung để có thể thực hiện được các mục tiêu mà Nghị quyết số 48 của Bộ Chính trị về hoàn thiện hệ thống pháp luật đã đề ra. Dự thảo Luật này được xây dựng khá công phu và đã được Quốc hội cho ý kiến tại Kỳ họp thứ Tám, Quốc hội khóa XIII (ngày 27/11/2014); nhưng vẫn còn nhiều vấn đề cần phải bàn thêm.

Thứ nhất, về tên gọi “Luật Ban hành văn bản pháp luật”

Trong đời sống pháp lý nước ta, cả trong khoa học lẫn trong hoạt động thực tiễn mấy chục năm qua, thuật ngữ “văn bản pháp luật” thường được sử dụng để chỉ những văn bản mang tính pháp lý, do các chủ thể có thẩm quyền (cơ quan nhà nước hoặc cá nhân) ban hành theo trình tự, thủ tục nhất định, có giá trị bắt buộc phải tôn trọng hoặc thực hiện đối với các tổ chức và cá nhân có liên quan. Văn bản pháp luật có thể là VBQPPL, văn bản áp dụng pháp luật, văn bản hành chính. Do vậy, VBQPPL chỉ là một trong các loại văn bản pháp luật, nó hoàn toàn khác với các loại văn bản pháp luật khác ở chỗ nội dung của nó chứa đựng các quy phạm pháp luật, tức là các quy tắc xử sự chung cho mọi tổ chức và cá nhân trong một phạm vi lãnh thổ nhất định, một khoảng thời gian nhất định, do Nhà nước đặt ra hoặc thừa nhận và được Nhà

nước bảo đảm thực hiện. Vì thế, các luật hiện hành sẽ được thay thế bởi Luật này mới có tên là Luật Ban hành VBQPPL.

Tuy nhiên, điều chưa rõ là dựa vào cơ sở khoa học và thực tiễn nào mà Dự luật thay thế các Luật Ban hành VBQPPL lại được đổi tên thành Luật Ban hành văn bản pháp luật. Và vì đổi tên Luật như vậy nên trong Dự thảo mới phải có thêm đoạn giải thích là “Luật này không quy định việc ban hành văn bản có chứa quy tắc xử sự, nhưng chỉ áp dụng trong nội bộ cơ quan đơn vị. Việc ban hành văn bản hành chính tuân theo Luật Ban hành văn bản hành chính. Việc ban hành bản án, quyết định của toà án tuân theo các luật, bộ luật tố tụng tư pháp” (khoản 2, Điều 1 Dự thảo). Đoạn giải thích này vừa làm cho Luật dài dòng, cồng kềnh, vừa làm cho Luật trở nên không khoa học vì không thể bao quát hết các loại văn bản áp dụng pháp luật ngoài bản án, quyết định của Toà án như quyết định

* PGS, TS. Trường Đại học Luật Hà Nội

khen thưởng, quyết định kỷ luật, quyết định lên lương cho công chức, viên chức... của một cơ quan nhà nước nào đó. Vì thế, chúng tôi đề nghị “phải trả lại tên cho em”, tức là giữ nguyên tên của Luật là Luật Ban hành VBQPPL và bỏ đoạn trích trong Điều 1 vừa nêu để bảo đảm tính ngắn gọn, chặt chẽ nhưng vẫn chính xác, khoa học trong ngôn ngữ của Luật.

Thứ hai, về Điều 2. Giải thích từ ngữ

Khoản 1 Điều 2 giải thích về thuật ngữ “văn bản pháp luật”, theo chúng tôi, khoản này có vài điểm bất hợp lý như sau:

i) Vì bị chi phối bởi tên của Luật nên mặc dù thuật ngữ được giải thích là “văn bản pháp luật” nhưng nội dung thực chất lại là giải thích về VBQPPL. Dưới góc độ khoa học có thể hiểu đây là “sự đánh tráo khái niệm” một cách rất gượng ép. Mặc dù sự giải thích này đã được lưu ý là “theo cách hiểu của Luật này”, song một câu hỏi được đặt ra là tại sao tên của một đạo luật rất quan trọng, là cơ sở pháp lý cho việc xây dựng và ban hành toàn bộ hệ thống VBQPPL sau Hiến pháp để cụ thể hoá nhằm thực hiện Hiến pháp mà lại bị đặt một cách vô cùng gượng ép, khiên cưỡng như vậy, vừa bất hợp lý về mặt khoa học, vừa bất hợp lý về mặt thực tiễn. Đó chính là cách chúng ta “tự làm khó cho mình” và “tự bó tay mình”. Thiết nghĩ, ngôn ngữ luật càng rõ nghĩa thì càng dễ dàng được hiểu và thực hiện một cách thông nhất.

ii) Cách diễn đạt của khoản này cũng chưa thực sự ngắn gọn, khoa học. Chẳng hạn, cụm từ “có hiệu lực bắt buộc chung” có thể dẫn đến cách hiểu là quy định nào trong VBQPPL cũng bị bắt buộc phải thực hiện, nhưng đối với những chủ thể không thuộc phạm vi điều chỉnh của VBQPPL thì không bị bắt buộc thực hiện. Cụm từ “được áp dụng nhiều lần” cũng không bao quát bởi vì, trong khoa học pháp lý, áp dụng pháp luật chỉ là một trong những hình thức thực hiện pháp luật. Các quy định của pháp luật có thể được thực hiện bằng bốn hình thức là tuân theo pháp luật, thi hành pháp luật, sử dụng pháp luật và áp dụng pháp luật trong đó áp dụng pháp luật là hình thức cơ bản, chủ yếu và quan trọng nhất. Áp dụng pháp luật là hình

thức thực hiện pháp luật của các chủ thể có thẩm quyền theo quy định của pháp luật, nó vừa là hình thức thực hiện pháp luật, vừa là hình thức tổ chức cho pháp luật được thực hiện nên nếu thiếu hình thức này thì nhiều quy định của pháp luật không thể trở thành hiện thực.

Tuy nhiên, không phải quy phạm nào cũng cần phải áp dụng mà nhiều quy phạm có thể được thực hiện bằng các hình thức khác. Ví dụ, các quy định về quyền và nghĩa vụ của vợ và chồng, của cha mẹ và con... trong Luật Hôn nhân và Gia đình có thể được thực hiện bằng các hình thức tuân theo, thi hành và sử dụng pháp luật, chỉ có một số quy định như việc cấp Giấy chứng nhận kết hôn, việc giải quyết ly hôn... mới cần phải áp dụng pháp luật.

iii) Đoạn “văn bản được ban hành không đúng thẩm quyền, hình thức, trình tự, thủ tục được quy định trong Luật này thì không phải là văn bản pháp luật” cũng là thừa vì đoạn trên đã viết văn bản pháp luật phải là văn bản được “ban hành theo đúng thẩm quyền, hình thức, trình tự, thủ tục quy định trong Luật này” rồi.

iv) Theo cách giải thích của khoản này thì chỉ có cơ quan nhà nước mới có thể ban hành VBQPPL, nhưng theo quy định của pháp luật cũng như trong thực tế thì nhiều cá nhân có thẩm quyền như Chủ tịch nước, Thủ tướng Chính phủ, Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ cũng có thể ban hành VBQPPL.

Từ sự phân tích trên, chúng tôi cho rằng, khoản 1 Điều 2 Dự thảo Luật Ban hành VBQPPL có thể thiết kế lại như sau: *Văn bản quy phạm pháp luật là văn bản có chứa quy tắc xử sự chung, có hiệu lực thực hiện đối với mọi cá nhân, tổ chức trong phạm vi cả nước hoặc địa giới hành chính nhất định, do cơ quan nhà nước hoặc người có thẩm quyền ban hành theo đúng thẩm quyền, hình thức, trình tự, thủ tục quy định trong Luật này và được Nhà nước bảo đảm thực hiện.*

Thứ ba, hệ thống VBQPPL

Trong Dự thảo nêu lên hai phương án về hệ thống VBQPPL của nước ta, chúng tôi ủng hộ phương án 1, tức là phương án giới

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

hạn chủ thể có thẩm quyền ban hành VBQPPL của chính quyền địa phương chỉ đến cấp tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương. Điểm hợp lý của phương án này là giảm bớt được số lượng các chủ thể có thẩm quyền ban hành VBQPPL đồng nghĩa với việc giảm bớt số lượng VBQPPL so với hiện tại, nên vừa có thể góp phần nâng cao chất lượng của pháp luật, vừa góp phần làm cho việc thực hiện pháp luật được dễ dàng hơn, qua đó góp phần nâng cao hiệu quả của pháp luật. Sở dĩ như vậy là vì hệ thống VBQPPL của nước ta hiện tại quá chồng chéo, phức tạp, nhiều tầng nấc nên rất dễ mâu thuẫn, trùng lặp, chồng chéo, loại bỏ lẫn nhau. Thêm vào đó, trình độ kiến thức pháp lý, năng lực, kỹ thuật xây dựng pháp luật của cán bộ cấp huyện, cấp xã còn nhiều hạn chế nên khó bảo đảm tính hợp pháp về nội dung và hình thức của văn bản, đặc biệt rất khó bảo đảm tính hợp hiến, hợp pháp, thứ bậc và tính thống nhất của hệ thống pháp luật.

Ngoài ra, số lượng VBQPPL quá nhiều, đến hàng “rừng” văn bản, trong đó có thể có những quy định mâu thuẫn, xung đột với nhau, gây khó khăn rất lớn cho nhân dân cũng như các cơ quan nhà nước trong quá trình thực hiện và tổ chức thực hiện pháp luật. Đó cũng là một trong những nguyên nhân dẫn đến nhiều vụ tranh chấp mà đặc biệt là tranh chấp đất đai ở nước ta thời gian qua. Theo phương án này cũng có thể giúp chúng ta từng bước bảo đảm được một trong các nguyên tắc xây dựng, ban hành VBQPPL mới được đề xuất trong Dự thảo Luật này là “không quy định một vấn đề ở nhiều VBQPPL khác nhau” (điểm e khoản 1 Điều 4 Dự thảo). Đây là nguyên tắc rất cần thiết nhằm tránh sự chồng chéo, mâu thuẫn, xung đột trong hệ thống pháp luật, song lại là một nguyên tắc rất khó bảo đảm ở nước ta, trong điều kiện không có một cơ quan chuyên trách có chức năng xây dựng tất cả các dự thảo luật mà việc xây dựng các dự thảo luật thường được giao cho nhiều bộ, nhiều ngành khác nhau, thêm vào đó, luật lại được hướng dẫn thi hành bởi nhiều nghị định, nhiều thông tư rồi lại đến các văn bản của chính quyền địa phương.

Thứ tư, về Điều 48. Thẩm định dự án luật, pháp lệnh, dự thảo nghị quyết do Chính phủ đệ trình

Tại khoản 2 Điều 48 quy định về Hồ sơ gửi thẩm định, chúng tôi đề nghị bổ sung thêm một điểm vào khoản này sau điểm c với nội dung: “Báo cáo về vấn đề bảo đảm quyền con người, quyền công dân trong dự thảo luật, pháp lệnh, nghị quyết nếu dự thảo luật, pháp lệnh, nghị quyết có liên quan đến quyền con người, quyền công dân”. Sở dĩ như vậy là vì sứ mệnh của Nhà nước pháp quyền là phục vụ con người, phục vụ nhân dân, do vậy, tôn trọng và bảo đảm quyền con người, quyền công dân là một trong những nhiệm vụ quan trọng nhất và cần phải được quán triệt trong mọi hoạt động của Nhà nước. Với lập luận tương tự như trên, nên bổ sung thêm vào khoản 3 của Điều này một điểm d với nội dung: “Vấn đề bảo đảm quyền con người, quyền công dân trong dự thảo văn bản, nếu dự thảo văn bản có quy định liên quan đến quyền con người, quyền công dân”.

Cũng trên cơ sở nhận thức trên, nên bổ sung vào Điều 49 Dự thảo một khoản sau khoản 4 với nội dung: “Báo cáo về vấn đề bảo đảm quyền con người, quyền công dân nếu trong dự án, dự thảo có quy định liên quan đến quyền con người, quyền công dân”. Tương tự như vậy, đề nghị bổ sung vào Điều 55 một khoản sau khoản 6 với nội dung: “Vấn đề bảo đảm quyền con người, quyền công dân trong dự thảo văn bản, nếu dự thảo văn bản có quy định liên quan đến quyền con người, quyền công dân”.

Thứ năm, về Chương X Dự thảo “Hiệu lực của văn bản pháp luật, nguyên tắc áp dụng, công khai văn bản pháp luật”

Điều 128. Đăng Công báo văn bản pháp luật:

Chúng tôi đề nghị bỏ cụm từ “văn bản pháp luật không đăng Công báo thì không có hiệu lực thi hành” trong khoản 1 Điều này, bởi vì, hiệu lực của VBQPPL là do nhu cầu quản lý xã hội, điều chỉnh quan hệ xã hội bằng văn bản hay mục đích ban hành văn bản tạo ra chứ không phải là do việc đăng trên Công báo tạo ra. Việc văn bản không được đăng Công báo có thể do lỗi của chủ thể có

thẩm quyền đăng Công báo trong việc không đăng hoặc chậm đăng, có thể do lỗi của chủ thể ban hành văn bản trong việc không gửi hoặc chậm gửi văn bản cho cơ quan đăng Công báo chứ không phải do lỗi của văn bản. Vì vậy, nếu muốn xử lý trách nhiệm trong trường hợp này thì phải xử lý chủ thể có thẩm quyền đăng Công báo hoặc chủ thể ban hành văn bản chứ không thể xử lý văn bản. Đăng Công báo và gửi đăng Công báo VBQPPL là nghĩa vụ, là sự bắt buộc phải thực hiện đối với các chủ thể có thẩm quyền nhằm đảm bảo tính công khai, minh bạch của pháp luật. Do vậy, cần phải tăng cường ý thức trách nhiệm trong việc thực hiện nhiệm vụ của các chủ thể có thẩm quyền trong việc đăng Công báo và gửi đăng Công báo VBQPPL, đồng thời cũng cần phải tăng cường xử lý trách nhiệm đối với các chủ thể có thẩm quyền này. Vì vậy, khoản 1 Điều 128 Dự thảo nên diễn đạt như sau: “VBQPPL phải được đăng Công báo nước Cộng hòa XHCN Việt Nam hoặc Công báo tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương trừ trường hợp văn bản có nội dung thuộc bí mật nhà nước và các trường hợp quy định tại khoản 1, khoản 2 Điều 124 của Luật này”.

Điều 130. Hiệu lực trở về trước của văn bản pháp luật:

Hiệu lực trở về trước (hiệu lực hồi tố) của VBQPPL là vấn đề được đề cập đến trong pháp luật của nhiều nước với thái độ trái ngược nhau, đó là thừa nhận hay không thừa nhận hiệu lực này. Có nước không thừa nhận hiệu lực này, ví dụ như Mỹ, Pháp. Chẳng hạn, Hiến pháp năm 1787 của Mỹ quy định: “Không một đạo luật nào tổn hại tới quyền tự do của dân và không một đạo luật nào sẽ có thể được ban hành” (điểm 3 khoản 9 Điều 1)¹, hoặc Điều 2 Bộ luật Dân sự Pháp quy định: “Luật chỉ quy định cho tương lai; luật không có hiệu lực hồi tố”². Ở nước ta, vì nguyên tắc nhân đạo, VBQPPL có thể có

hiệu lực hồi tố trong một số trường hợp nhất định, đó là những trường hợp có lợi cho đối tượng áp dụng. Điều này thể hiện rõ nhất trong Bộ luật Hình sự năm 1999 qua quy định: “Điều luật xoá bỏ một tội phạm, một hình phạt, một tình tiết tăng nặng, quy định một hình phạt nhẹ hơn, một tình tiết giảm nhẹ mới hoặc mở rộng phạm vi áp dụng án treo, miễn trách nhiệm hình sự, miễn hình phạt, giảm hình phạt, xoá án tích và các quy định khác có lợi cho người phạm tội, thì được áp dụng đối với hành vi phạm tội đã thực hiện trước khi điều luật đó có hiệu lực thi hành” (khoản 3 Điều 7).

Về mặt nguyên tắc, để đảm bảo tính minh bạch của pháp luật thì VBQPPL chỉ có thể được sử dụng để điều chỉnh các quan hệ xã hội từ khi nó có hiệu lực, bởi khi đó các chủ thể mới có điều kiện tiếp cận, hiểu được các quy định của nó nên mới có nghĩa vụ thực hiện các quy định đó. Song, như trên đã nói, vì nguyên tắc nhân đạo mà chúng ta thừa nhận hiệu lực trở về trước của VBQPPL trong một số trường hợp nhưng rất hạn chế, vì thế, khoản 1 Điều 130 Dự thảo quy định: “Chỉ trong trường hợp thật cần thiết văn bản pháp luật mới được quy định hiệu lực trở về trước”. Tuy nhiên, trường hợp nào là “thật cần thiết” thì Dự luật lại không chỉ rõ nên có thể dẫn đến các cách hiểu khác nhau về trường hợp này, thêm vào đó, hiện tại có nhiều người chưa thực sự hiểu rõ thế nào là hiệu lực trở về trước. Do vậy, Điều này nên thiết kế lại theo hướng bổ sung thêm phần giải thích thế nào là hiệu lực trở về trước (chẳng hạn, trường hợp văn bản có hiệu lực trở về trước là trường hợp đã xảy ra trước khi văn bản có hiệu lực thực hiện), những trường hợp nào có thể được coi là thật cần thiết; đồng thời, để tránh sự tùy tiện trong việc áp dụng hiệu lực trở về trước thì khoản này nên bổ sung thêm quy định là: *Văn bản chỉ có hiệu lực trở về trước đối với những trường hợp được quy định trong chính văn bản đó.*

1 Nguyễn Đăng Dung, *Tìm hiểu về nhà nước và pháp luật, Luật hiến pháp nước ngoài*, Nxb. Đồng Nai, tr. 264.

2 Richard Tremblay, *luật sư (Québec), Nhận xét về Dự thảo Luật Ban hành văn bản pháp luật, Dự án phát triển lập pháp quốc gia (NLD)*.

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

Điều 132. Trường hợp văn bản hết hiệu lực

Khoản 4 Điều 132 Dự thảo quy định: “Văn bản pháp luật hết hiệu lực thì văn bản quy định chi tiết thi hành văn bản đó cũng đồng thời hết hiệu lực, trừ trường hợp được giữ lại toàn bộ hoặc một phần vì còn phù hợp với các quy định của văn bản pháp luật mới”. Quy định này gần như một dạng “đánh đố” với các chủ thể chịu sự tác động của văn bản, vì trong thời gian vừa qua, một đạo luật có thể có đến hàng trăm văn bản quy định chi tiết thi hành, vậy thì dựa vào đâu để mọi người xác định được văn bản nào được giữ lại toàn bộ, văn bản nào được giữ lại một phần và phần nào được giữ lại để mà thực hiện. Thực tế cho thấy, các văn bản cần quy định chi tiết thi hành thường là VBQPPL của Quốc hội, Ủy ban Thường vụ Quốc hội hoặc Chủ tịch nước. Vì thế, trong quá trình xây dựng văn bản quy định chi tiết thi hành mới, các chủ thể có thẩm quyền buộc phải rà soát những văn bản quy định chi tiết thi hành cũ, nếu toàn bộ hoặc một phần các văn bản đó có thể giữ lại được vì phù hợp với VBQPPL mới thì phải chuyển ngay vào văn bản quy định chi tiết thi hành mới mà không cần phải giữ lại văn bản cũ. Vì vậy, nên thiết kế lại khoản này như sau: “VBQPPL hết hiệu lực thì văn bản quy định chi tiết thi hành văn bản đó cũng đồng thời hết hiệu lực”. Quy định như vậy sẽ vừa bảo đảm sự ngắn gọn, chặt chẽ, vừa bảo đảm sự thống nhất với khoản 2 Điều 10 Dự thảo là: “Văn bản quy định chi tiết... phải được ban hành để có hiệu lực cùng thời điểm có hiệu lực của văn bản hoặc điều, khoản, điểm được quy định chi tiết” và với điểm h khoản 2 Điều 4 Dự thảo là: “Cơ quan, người có thẩm quyền phải chịu trách nhiệm về việc chậm ban hành văn bản quy định chi tiết thi hành luật, nghị quyết của Quốc hội; pháp lệnh, nghị quyết của Ủy ban Thường vụ Quốc hội; lệnh, quyết định của Chủ tịch nước”.

Điều 134. Áp dụng văn bản pháp luật

Khoản 3 Điều 134 Dự thảo quy định: “Trong trường hợp các văn bản pháp luật do cùng một cơ quan ban hành có quy định về cùng một vấn đề thì áp dụng quy định của văn bản pháp luật ban hành sau”. Quy định

này được đặt ra nhằm xử lý những trường hợp có xung đột pháp luật, đọc qua thì thấy việc áp dụng quy định này trong thực tế không khó khăn, vướng mắc gì, song thực tế không đơn giản như vậy và nếu áp dụng đúng quy định này có thể dẫn đến mất công bằng xã hội trong một số trường hợp nhất định. Sau đây là một ví dụ cụ thể minh chứng cho điều này. Luật Công chứng năm 2014 quy định: “Văn bản công chứng có hiệu lực kể từ ngày công chứng viên ký và đóng dấu...” (Điều 4), Bộ luật Dân sự năm 2005 quy định: “Hợp đồng chuyển quyền sử dụng đất có hiệu lực kể từ thời điểm đăng ký quyền sử dụng theo quy định của Luật Đất đai” (Điều 692); Luật Đất đai năm 2013 quy định hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất “có hiệu lực từ thời điểm được đăng ký vào sổ địa chính” (Điều 188). Như vậy, thời điểm có hiệu lực của hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất đã được quy định khác nhau trong các VBQPPL khác nhau nhưng do cùng một cơ quan ban hành ra. Trong trường hợp này, nếu theo quy định của Luật Ban hành VBQPPL thì phải áp dụng Luật Công chứng năm 2014, nhưng muốn bảo đảm công bằng xã hội, bảo đảm quyền và lợi ích hợp pháp của các bên đương sự thì phải áp dụng luật chuyên ngành tức là Luật Đất đai mới thoả đáng.

Trước thực trạng này, thiết nghĩ, Ban soạn thảo nên thiết kế lại Điều này theo hướng có tính đến sự ưu tiên áp dụng cho những VBQPPL chuyên ngành và cũng nên có sự giải thích khái quát về VBQPPL chung và VBQPPL chuyên ngành để có thể tạo ra sự thống nhất trong việc nhận thức và thực hiện quy định này.

Cuối cùng, một số điều khoản trong Dự thảo nên chỉnh sửa lại để bảo đảm sự đầy đủ, chính xác nhưng ngắn gọn của Luật. Chẳng hạn, điểm g khoản 1 Điều 4 nên diễn đạt lại là: “Việc thi hành VBQPPL phải được quy định tại chính văn bản đó”. Hoặc điểm a khoản 2 Điều 4 nên diễn đạt lại là: “VBQPPL phải được thực hiện trực tiếp, trừ những điều, khoản, điểm cần quy định chi tiết”. Hoặc tên của Điều 133 nên đặt lại là: “Hiệu lực về không gian và về đối tượng tác động của VBQPPL”... ■

BÀN VỀ MỘT SỐ NỘI DUNG TRONG DỰ THẢO LUẬT BAN HÀNH VĂN BẢN QUY PHẠM PHÁP LUẬT

CAO VŨ MINH*

Thực hiện Nghị quyết số 20/2011/QH13 ngày 26/11/2011 về Chương trình xây dựng luật, pháp lệnh của Quốc hội nhiệm kỳ khóa XIII, Bộ Tư pháp đã chủ trì xây dựng Dự thảo Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật (VBQPPL) trên cơ sở hợp nhất Luật Ban hành VBQPPL năm 2008 (Luật 2008) và Luật Ban hành VBQPPL của Hội đồng nhân dân - HĐND và Ủy ban nhân dân - UBND (Luật 2004) để trình Quốc hội. Là “cỗ máy cái trong cơ chế xây dựng pháp luật”¹ nên Dự thảo Luật Ban hành VBQPPL đang nhận được quan tâm sâu sắc của công chúng. Trên cơ sở nghiên cứu Dự thảo Luật Ban hành VBQPPL², chúng tôi có một vài góp ý nhằm hoàn thiện hơn nữa Dự thảo Luật.

1. Về tên gọi “Luật Ban hành văn bản pháp luật”

Khác với các Dự thảo Luật lần trước, Dự thảo Luật lần này không sử dụng thuật ngữ “VBQPPL” mà điều chỉnh thành “Văn bản pháp luật” (VBPL). Do đó, tên đạo luật lẽ ra phải là “Luật Ban hành VBQPPL” nhưng lại được sửa thành “Luật Ban hành VBPL” nhằm tạo ra sự đồng bộ với khái niệm “VBPL”. So với các Dự thảo Luật lần trước, Dự thảo Luật lần này đã bỏ hai chữ “quy phạm”. Tuy nhiên, việc bỏ đi hai chữ “quy phạm” là chưa thực sự thuyết phục.

Theo tiếng Latin, “quy phạm” là quy tắc, khuôn mẫu, là chuẩn mực về hành vi cần thiết trong những điều kiện xác định. Theo nghĩa Hán - Việt phổ thông thì “quy phạm”

được hiểu là quy tắc xử sự, là khuôn mẫu hành vi, điều được làm và điều không được làm và làm như thế nào³. Quy phạm pháp luật là quy tắc hành vi xử sự do nhà nước đặt ra và buộc mọi người phải tuân theo.

Khoản 1 Điều 1 Luật 2008 quy định: “VBQPPL là văn bản do cơ quan nhà nước ban hành hoặc phối hợp ban hành theo thẩm quyền, hình thức, trình tự, thủ tục được quy định trong Luật này hoặc trong Luật Ban hành VBQPPL của HĐND, UBND, trong đó có quy tắc xử sự chung, có hiệu lực bắt buộc chung, được Nhà nước bảo đảm thực hiện để điều chỉnh các quan hệ xã hội”.

Theo khoản 2 Điều 2 Dự thảo Luật Ban hành VBQPPL lần trước (Dự thảo 3) thì “VBQPPL là văn bản chứa quy phạm pháp

* **ThS, Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.**

1 Nguyễn Cửu Việt, Một luật hay hai luật?, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp (số chủ đề Hiến kế lập pháp) số 24, năm 2007.

2 Bản Dự thảo Luật đã được trình xin Quốc hội cho ý kiến tại Kỳ họp thứ Tám, Quốc hội khóa XIII (ngày 27/11/2014).

3 Nguyễn Lân, Từ điển từ và ngữ Việt Nam, Nxb. Tổng hợp Tp. Hồ Chí Minh, năm 2002, tr. 1506.

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

luật do cơ quan nhà nước (CQNN) ban hành hoặc phối hợp ban hành theo thẩm quyền, hình thức, trình tự, thủ tục quy định trong Luật này”. Một câu hỏi đặt ra là: *Có quy tắc xử sự chung và có chứa quy phạm pháp luật có khác nhau hay không?* Ngoài ra, hai văn bản nói trên cũng không chỉ ra “có” quy tắc xử sự chung bằng cách nào hay “có chứa” quy phạm pháp luật loại nào⁴. Theo chúng tôi, quy tắc xử sự chung là những quy tắc hành vi được mô hình hóa thành quy phạm pháp luật. Xét về nghĩa thì “có quy tắc xử sự chung” hay “có chứa quy phạm pháp luật” đều có thể hiểu là chứa đựng những quy tắc hành vi biểu thị ý chí của nhà nước, do nhà nước định ra, được nhà nước bảo vệ và bảo đảm thực hiện. Nói cách khác, quy phạm pháp luật phải đặt ra khuôn mẫu, quy tắc mang tính chuẩn mực chung cho hành vi xử sự của con người. Do đó, nếu bỏ đi thuật ngữ “quy phạm” thì vô hình trung đã loại bỏ “quy tắc xử sự chung” - một dấu hiệu đặc trưng của quy phạm pháp luật.

Kết cấu của thuật ngữ “VBQPPL” gồm hai phần là “văn bản” và “quy phạm pháp luật”. Trong quan hệ thuật ngữ giữa “văn bản” và “quy phạm pháp luật” thì “văn bản” có ý nghĩa là phương tiện, là hình thức, còn “quy phạm pháp luật” là nội dung. Do đó, gọi tên đạo luật là “Luật Ban hành VBQPPL” thì có thể nhận thức rõ nội dung mà văn bản luật này điều chỉnh. Theo đó, luật này sẽ điều chỉnh việc xây dựng, ban hành và thi hành văn bản có chứa quy phạm pháp luật - tức là văn bản đặt ra quy tắc ứng xử mang tính chuẩn mực chung cho hành vi của con người. Ngược lại, nếu gọi là “Luật Ban hành VBPL” sẽ không tạo ra sự phân biệt rõ ràng với tên gọi “Luật Ban hành quyết định hành chính” đang được Chính phủ xây dựng

và dự kiến trình Quốc hội thông qua trong tương lai gần.

Dưới góc độ học thuật thì hiện nay có các quan điểm khác nhau về tên gọi văn bản pháp luật:

Quan điểm 1: Đồng nhất VBPL với VBQPPL. Quan điểm này cho rằng, các quy phạm pháp luật luôn được biểu hiện và xác định trong các VBPL cụ thể. Xuất phát từ tính hệ thống của pháp luật, các VBPL dù đa dạng, phong phú đến đâu đều hợp thành một hệ thống. Đó là hệ thống VBQPPL⁵.

Quan điểm 2: VBPL gồm VBQPPL, văn bản có tính chất chủ đạo, văn bản cá biệt. Quan điểm này cho rằng căn cứ vào tính chất pháp lý thì VBPL được phân thành 03 loại kể trên⁶.

Quan điểm 3: VBPL bao gồm VBQPPL, văn bản áp dụng quy phạm pháp luật và văn bản hành chính khác. Quan điểm này được thừa nhận rộng rãi trong các giáo trình giảng dạy về xây dựng VBPL ở các cơ sở đào tạo đại học pháp lý, đại học hành chính⁷.

Ngoại trừ quan điểm thứ nhất xem VBPL chính là VBQPPL thì quan điểm thứ hai và thứ ba đều không đồng nhất VBPL với VBQPPL. Chúng tôi cho rằng, không thể hiểu VBPL chính là VBQPPL vì nội hàm pháp lý của hai thuật ngữ này là khác nhau. Tất nhiên, nhà làm luật vẫn có thể sử dụng thuật ngữ mang tính quy ước nhưng cách sử dụng này là không khoa học. Điều rất dễ nhận thấy là VBQPPL phải chứa quy tắc xử sự mang tính bắt buộc chung, trong khi đó VBPL không nhất thiết phải có đặc trưng này. Nhiều chủ thể có quyền ban hành VBPL nhưng không phải chủ thể nào cũng có quyền ban hành VBQPPL. Do đó, theo chúng tôi, tên văn bản luật phải là “Luật Ban hành VBQPPL” chứ không phải là “Luật Ban

4 Phạm Hồng Thái, *Quyết định hành chính quy phạm của cơ quan hành chính nhà nước – một số khía cạnh lý luận và thực tiễn pháp luật*, Tạp chí Luật học số 1, năm 2014.

Nguyễn Cửu Việt, *Khái niệm VBQPPL*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật số 1, năm 1998.

Dưới góc độ thuật ngữ pháp lý thì “quyết định hành chính” suy cho cùng cũng được gọi là “văn bản pháp luật”.

5 Viện Nghiên cứu Nhà nước và Pháp luật, *Những vấn đề lý luận cơ bản về nhà nước và pháp luật*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 1995, tr. 188.

6 Khoa Luật - Trường Đại học Tổng hợp Hà Nội, *Giáo trình lý luận chung về Nhà nước và pháp luật*, Hà Nội, 1993, tr. 302.

7 Trường Đại học Luật Hà Nội (2011), *Giáo trình xây dựng văn bản pháp luật*, Nxb. Công an nhân dân, tr. 7; Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh (2012), *Giáo trình Xây dựng văn bản pháp luật*, Nxb. Hồng Đức. Hội Luật gia Việt Nam, tr. 14.

hành VBPL”. Bên cạnh đó, sử dụng tên gọi “Luật Ban hành VBPL” là không phù hợp với Nghị quyết số 70/2014/QH13 ngày 30/5/2014 của Quốc hội về chương trình xây dựng luật, pháp lệnh nhiệm kỳ Quốc hội khóa XIII vì trong Nghị quyết này vẫn gọi tên đạo luật là “Luật Ban hành VBQPPL”.

2. Định nghĩa “văn bản pháp luật”

Khoản 1 Điều 2 Dự thảo Luật đưa ra khái niệm về “VBPL”. Theo đó, “VBPL là văn bản có chứa quy tắc xử sự chung, có hiệu lực bắt buộc chung, được áp dụng nhiều lần đối với mọi cá nhân, tổ chức trong phạm vi cả nước hoặc địa giới hành chính nhất định, do CQNN ban hành theo đúng thẩm quyền, hình thức, *trình tự, thủ tục* quy định trong Luật này và được Nhà nước bảo đảm thực hiện”.

Tuy nhiên, khái niệm này lại tồn tại nhiều bất cập. Cụ thể, như đã trình bày ở trên, việc đồng nhất VBPL với văn bản có chứa quy tắc xử sự chung là không đúng về nhận thức lẫn lý luận. Kế đến, khái niệm này không thể hiện đầy đủ chủ thể có thẩm quyền ban hành VBQPPL. Định nghĩa tại khoản 1 Điều 2 Dự thảo Luật chỉ liệt kê chủ thể có thẩm quyền ban hành VBQPPL là “CQNN” mà không kể đến “cá nhân có thẩm quyền”. Định nghĩa này không có sự nhất quán với Điều 3 Dự thảo Luật vì Điều 3 lại quy định thẩm quyền ban hành văn bản chứa quy phạm pháp luật của các “cá nhân có thẩm quyền” như: Thủ tướng Chính phủ, Bộ trưởng. Chế định Chủ tịch nước được quy định thành một chương riêng trong Hiến pháp năm 2013⁸ nên Chủ tịch nước được xem là một CQNN. Chủ tịch nước là chức danh mà văn bản chứa quy phạm pháp luật của họ có thể đồng nhất với văn bản chứa quy phạm pháp luật của các cơ quan được tổ chức theo chế độ thủ trưởng⁹ nên trong

trường hợp này, chủ thể “CQNN” đã bao hàm luôn chủ thể là Chủ tịch nước. Tuy nhiên, điều này không đúng với chủ thể là Thủ tướng Chính phủ và Bộ trưởng. Điều đó có nghĩa Thủ tướng Chính phủ và Bộ trưởng không được xem là CQNN vì Chính phủ và các Bộ mới được xem là CQNN¹⁰. Thủ tướng Chính phủ là người đứng đầu Chính phủ nhưng không thể đồng nhất với Chính phủ. Tương tự, Bộ hoạt động theo chế độ thủ trưởng nên thẩm quyền của Bộ về cơ bản chính là thẩm quyền của Bộ trưởng, nhưng không thể đồng nhất hai khái niệm này¹¹. Do đó, xét về chủ thể có thẩm quyền ban hành VBQPPL thì Thủ tướng Chính phủ và Bộ trưởng không thể là “CQNN” được nhắc đến tại khoản 1 Điều 2 Dự thảo Luật.

Ngoài ra, khái niệm trên còn có sự lặp từ không chính xác. Công thức “theo *trình tự, thủ tục* quy định trong Luật này” thừa thuật ngữ vì khái niệm “trình tự” đã được bao hàm trong khái niệm “thủ tục”, là nội dung chủ yếu của khái niệm “thủ tục”¹². Dưới góc độ ngôn ngữ thì “thủ tục” là trình tự và phương pháp làm việc; còn “trình tự” là thứ tự nhất định. Như vậy, tuy có phạm vi khác nhau nhưng chúng có một nội dung chung là trình tự nối tiếp nhất định của các hành động. Do đó, khái niệm trên chỉ cần viết “theo *thủ tục* quy định trong Luật này” là đủ mà không cần phải thêm thuật ngữ “trình tự”.

Tóm lại, VBQPPL là khái niệm cơ bản nhất của Luật Ban hành VBQPPL nên không thể được quy định sơ sài, không chính xác. Việc đưa ra định nghĩa về VBQPPL sẽ tạo cách hiểu thống nhất, chính xác về VBQPPL và cũng là cơ sở để quy định về hệ thống VBQPPL. Do đó, theo chúng tôi, khái niệm “VBPL” được nêu ở khoản 1 Điều 2 Dự thảo Luật cần được điều chỉnh thành “VBQPPL” và được định nghĩa như sau: “VBQPPL là văn bản do CQNN hoặc cá nhân có thẩm

8 Chế định Chủ tịch nước trong Hiến pháp năm 2013 được quy định tại Chương VI gồm 8 điều từ Điều 86 đến Điều 93.

9 Nguyễn Cửu Việt, Khái niệm VBQPPL (tiếp theo) và hệ thống VBQPPL, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 51, năm 2005.

10 Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh (2010), Giáo trình Luật Hành chính Việt Nam, Nxb. Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh, tr. 180.

11 Nguyễn Cửu Việt (2013), Giáo trình Luật Hành chính Việt Nam, Nxb. Chính trị quốc gia - Sự thật, Hà Nội, tr. 164.

12 Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh (2010), Giáo trình Luật Hành chính Việt Nam, Nxb. Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh, tr. 608.

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

quyền của CQNN ban hành hoặc phối hợp ban hành theo thẩm quyền, hình thức, *thủ tục luật định*, trong đó có chứa quy tắc xử sự mang tính bắt buộc chung để điều chỉnh các quan hệ xã hội phù hợp với ý chí của nhà nước và được Nhà nước bảo đảm thực hiện”.

3. Hình thức văn bản quy phạm pháp luật

Theo Điều 3 Dự thảo Luật thì hệ thống VBQPPL bao gồm:

- a) Hiến pháp;
- b) Luật, nghị quyết của Quốc hội;
- c) Pháp lệnh, nghị quyết của Ủy ban thường vụ Quốc hội (UBTVQH);
- d) Lệnh, quyết định của Chủ tịch nước;
- đ) Nghị định của Chính phủ;
- e) Quyết định của Thủ tướng Chính phủ;
- g) Nghị quyết của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao;
- h) Thông tư của Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ;
- i) Nghị quyết của HĐND, quyết định của UBND tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương (sau đây gọi là HĐND cấp tỉnh, UBND cấp tỉnh);
- k) Văn bản pháp luật của chính quyền đơn vị hành chính - kinh tế đặc biệt;
- l) Văn pháp luật của chính quyền cấp huyện;
- m) Văn bản pháp luật của chính quyền cấp xã.

Thứ nhất, đối với nghị quyết của Quốc hội. Theo Luật 2008 thì nghị quyết của Quốc hội được sử dụng để điều chỉnh các nhóm quan hệ xã hội có tầm quan trọng quốc gia và trong nhiều trường hợp mang tính nhất thời, cụ thể. Nghị quyết của Quốc hội được ban hành để quyết định nhiệm vụ phát triển kinh tế - xã hội; dự toán ngân sách nhà nước và phân bổ ngân sách trung ương; điều chỉnh ngân sách nhà nước; phê chuẩn quyết toán ngân sách nhà nước. Ngoài ra, nghị quyết của Quốc hội còn dùng để quy định chế độ

làm việc của Quốc hội, UBTVQH, Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban của Quốc hội, Đoàn đại biểu Quốc hội, đại biểu Quốc hội hay nghị quyết dùng để phê chuẩn các điều ước quốc tế mà Việt Nam tham gia. Sự phân biệt giữa luật và nghị quyết của Quốc hội chủ yếu thể hiện ở mục đích sử dụng của chúng chứ không phải ở hiệu lực pháp lý và quy trình ban hành¹³.

Với những phân tích trên có thể nhận thấy, trong các nghị quyết do Quốc hội ban hành có những nghị quyết mang tính quy phạm, nhưng cũng có những nghị quyết không mang tính quy phạm¹⁴. Đó là lý do vì sao mà nhiều chuyên gia pháp lý cho rằng một số nghị quyết của Quốc hội là văn bản mang tính chất luật¹⁵.

Theo khoản 2 Điều 13 Dự thảo Luật thì Quốc hội ban hành nghị quyết mang tính quy phạm để quy định những vấn đề thuộc thẩm quyền của Quốc hội mà không thuộc nội dung của luật. Tuy nhiên, sự liệt kê như trong khoản 2 Điều 13 Dự thảo Luật là chưa đầy đủ. Theo chúng tôi, Dự thảo Luật cần phải thừa nhận tính quy phạm cho *Nghị quyết của Quốc hội dùng để hướng dẫn thi hành luật*. Trên thực tế, Quốc hội đã từng dùng Nghị quyết để hướng dẫn thi hành luật như Nghị quyết số 35/2000/QH10 ngày 9/6/2000 hướng dẫn về việc thi hành Luật Hôn nhân và Gia đình; Nghị quyết số 56/2010/QH12 ngày 14/11/2010 của Quốc hội hướng dẫn về việc thi hành Luật Tổ tụng hành chính năm 2010; Nghị quyết 24/2012/QH13 của Quốc hội ngày 20/06/2012 hướng dẫn về việc thi hành Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012. Nếu không xem loại nghị quyết này của Quốc hội là VBQPPL thì Quốc hội sẽ dùng văn bản nào để hướng dẫn thi hành cho văn bản luật do chính Quốc hội ban hành? Trong trường hợp này không thể dùng Hiến pháp - đạo luật

13 Tào Thị Quyên, *Tính chất pháp lý, quy trình, thủ tục ban hành nghị quyết của Nghị viện các nước và một số kinh nghiệm*, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 20, năm 2012.

14 Ví dụ: *Nghị quyết của Quốc hội về việc Điều chỉnh địa giới hành chính của thành phố Hà Nội; Nghị quyết về việc Bãi nhiệm các chức danh trong các cơ quan của Quốc hội là những nghị quyết không mang tính quy phạm*.

15 Nguyễn Cửu Việt (2008), *Giáo trình Luật Hành chính Việt Nam*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, tr. 25; Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh (2010), *Giáo trình Luật Hành chính Việt Nam*, Nxb. Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh, tr. 57.

cơ bản của Nhà nước để hướng dẫn thi hành cho văn bản luật và cũng không thể dùng hình thức văn bản là luật hướng dẫn về việc thi hành luật. Do đó, sẽ là hợp lý nếu Dự thảo Luật quy định Quốc hội dùng nghị quyết để hướng dẫn thi hành luật và gọi là “nghị quyết hướng dẫn về việc thi hành luật” vẫn hợp lý hơn “luật hướng dẫn về việc thi hành luật”. Tất nhiên, nghị quyết để hướng dẫn thi hành luật phải mang tính quy phạm.

Có ý kiến cho rằng, nếu thừa nhận nghị quyết do Quốc hội ban hành là VBQPPL thì có thể gây ra một số khó khăn trong quá trình áp dụng pháp luật vì không xác định được thứ bậc pháp lý giữa luật và nghị quyết. Theo định hướng xây dựng cơ chế bảo hiến, nếu có trường hợp nghị quyết trái với một đạo luật thì sẽ giải quyết như thế nào¹⁶? Chúng tôi cho rằng, điều này không đáng lo ngại, một khi thừa nhận nghị quyết do Quốc hội ban hành là VBQPPL thì trong Dự thảo Luật cần quy định rõ ràng về hiệu lực pháp lý cao thấp của các hình thức văn bản do Quốc hội ban hành. Cụ thể, cần làm rõ hiệu lực pháp lý cao thấp trong mối quan hệ giữa luật và nghị quyết của Quốc hội. Thiết nghĩ, đây là yêu cầu cấp thiết cần làm ngay vì việc xây dựng cơ chế phán quyết về những vi phạm Hiến pháp trong hoạt động lập pháp, hành pháp, tư pháp¹⁷ sẽ không thể thực hiện được nếu không xác định được thang bậc pháp lý của từng loại văn bản do cùng một cơ quan ban hành.

Thứ hai, theo Dự thảo Luật thì Lệnh của Chủ tịch nước vẫn được xem là VBQPPL. Theo chúng tôi, quy định như trên là đúng, dấu biết rằng hiện nay vấn đề này còn có nhiều tranh luận trái chiều.

Điều 91 Hiến pháp năm 2013 quy định: “Chủ tịch nước ban hành lệnh, quyết định để thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn của mình”. Tuy nhiên, khi quy định như thế, Hiến pháp

năm 2013 cũng không xác định loại văn bản nào của Chủ tịch nước là văn bản có tính quy phạm, văn bản nào chỉ có tính áp dụng pháp luật cho các trường hợp cụ thể. Do đó, vẫn có ý kiến cho rằng nên bỏ Lệnh của Chủ tịch nước ra khỏi hệ thống VBQPPL mà chỉ nên xác định Lệnh là văn bản cá biệt vì trên thực tế, Lệnh chỉ được Chủ tịch nước ban hành để công bố luật, pháp lệnh¹⁸. Tuy nhiên, theo chúng tôi, cần tiếp tục quy định Lệnh của Chủ tịch nước là VBQPPL vì Lệnh luôn gắn liền với luật, pháp lệnh mà nó công bố. Luật, pháp lệnh là VBQPPL nên “văn bản chờ luật, pháp lệnh vào cuộc sống” tất nhiên cũng phải là VBQPPL. Ngoài ra, do tính trang trọng của Lệnh được ban hành bởi người đứng đầu nhà nước nên nhất thiết phải xem Lệnh là VBQPPL¹⁹.

Có ý kiến cho rằng, Lệnh của Chủ tịch nước không phải là các “quy tắc xử sự chung” mà thực chất chỉ là kết quả thực hiện một việc do pháp luật quy định cho Chủ tịch nước (áp dụng pháp luật). Trên thực tế, loại văn bản này hầu như không bao giờ được viện dẫn trong quá trình áp dụng pháp luật vì nó không chứa các căn cứ pháp lý (các quy định chung)²⁰. Chúng tôi cho rằng, Lệnh của Chủ tịch nước có thể là VBQPPL điều chỉnh các quan hệ xã hội.

Đơn cử, theo khoản 2, 3, 4 Điều 30 Luật Quốc phòng năm 2005: “Căn cứ vào nghị quyết của UBTVQH, Chủ tịch nước ra lệnh tổng động viên hoặc động viên cục bộ. Lệnh tổng động viên được ban bố công khai trên phạm vi cả nước. Lệnh động viên cục bộ được ban bố công khai ở một hoặc một số địa phương và được áp dụng đối với cơ quan, tổ chức, cá nhân có liên quan để thi hành kế hoạch động viên quốc phòng”. Ngoài ra, khoản 1 Điều 32 Luật Quốc phòng năm 2005 còn quy định: “Khi an ninh chính trị, trật tự, an toàn xã hội ở một hoặc một số địa phương

16 Phan Trung Hiền, *Nghị quyết của Quốc hội là văn bản luật hay văn bản dưới luật?*, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 18, tháng 9 năm 2011.

17 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. 127.

18 Nguyễn Thế Quyền, *Hoàn thiện các quy định về xây dựng pháp luật*, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 142, năm 2009.

19 Nguyễn Cửu Việt, *Trở lại khái niệm VBQPPL*, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 4, năm 2007.

20 Bùi Xuân Phú, *Kiến nghị hoàn thiện Luật Ban hành VBQPPL*, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 10 năm 2014.

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

bị xâm phạm nghiêm trọng tới mức chính quyền ở đó không còn kiểm soát được tình hình thì Chủ tịch nước ra lệnh thiết quân luật theo đề nghị của Chính phủ”. Trong những trường hợp khẩn cấp này, tất nhiên, Chủ tịch nước phải ban hành văn bản với hình thức Lệnh mang tính quy phạm (chứa đựng các quy tắc xử sự chung) mới có thể đạt hiệu quả cao trong hoạt động quản lý. Do đó, theo chúng tôi, Dự thảo Luật cần tiếp tục quy định Lệnh do Chủ tịch nước ban hành là VBQPPL trong các trường hợp này.

4. Hình thức, nội dung văn bản quy phạm pháp luật của Hội đồng nhân dân và Ủy ban nhân dân cấp huyện, cấp xã

Theo khoản 2 Điều 3 Dự thảo Luật thì HĐND cấp tỉnh được ban hành VBQPPL với tên gọi là nghị quyết, còn UBND cấp tỉnh được ban hành VBQPPL với tên gọi là quyết định. HĐND, UBND cấp huyện, cấp xã cũng có quyền ban hành VBQPPL nhưng với tên gọi là gì thì trong toàn bộ Dự thảo Luật không nhắc đến. Thậm chí Điều 23 Dự thảo Luật về nội dung VBQPPL của HĐND, UBND cấp huyện và cấp xã cũng chỉ quy định là: “Chính quyền cấp huyện, cấp xã ban hành VBPL để quy định những vấn đề được cấp trên giao và những vấn đề luật quy định thuộc thẩm quyền tự quản, tự chịu trách nhiệm của mình”. Với quy định này, có thể hình dung là Dự thảo Luật không quy định về hình thức văn bản, nội dung VBQPPL do HĐND, UBND cấp huyện và cấp xã ban hành, mà “ủy quyền” cho một văn bản pháp luật khác. Nếu vậy Dự thảo Luật có còn là Luật Ban hành VBQPPL hay không? Nếu nói Dự thảo Luật chính là sự hợp nhất Luật 2008 và Luật 2004 thì quy định trên đã “phủ định” hoàn toàn sự cố gắng này bởi nội dung, hình thức văn bản của Quốc hội; UBTVQH; Chủ tịch nước; Chính phủ; Thủ tướng Chính phủ;...; HĐND cấp tỉnh; UBND cấp tỉnh được điều chỉnh bởi Dự thảo Luật, còn nội dung, hình thức văn bản của HĐND, UBND

cấp huyện, cấp xã lại được điều chỉnh bởi một văn bản pháp luật khác?

Bên cạnh đó, theo khoản 2 Điều 23 Dự thảo Luật thì HĐND, UBND cấp huyện và cấp xã muốn ban hành VBQPPL phải được “cấp trên trực tiếp phê duyệt”. Theo logic này thì nếu UBND cấp huyện muốn ban hành VBQPPL phải được sự phê duyệt của UBND cấp tỉnh. Nếu vậy tại sao UBND cấp tỉnh không trực tiếp ban hành VBQPPL trên cơ sở ý kiến tham mưu của UBND cấp huyện mà lại để UBND cấp huyện ban hành VBQPPL nhưng trước khi ban hành thì phải “xin phép” UBND cấp tỉnh? Theo Luật 2004 thì cả ba cấp chính quyền địa phương đều có thẩm quyền ban hành VBQPPL. Từ quy định này dẫn đến bất cập là số lượng chủ thể có thẩm quyền ban hành VBQPPL ở nước ta quá nhiều. Tính đến ngày 31/12/2007 ở nước ta có 63 đơn vị hành chính cấp tỉnh, hơn 700 đơn vị hành chính cấp huyện và hơn 10.000 đơn vị hành chính cấp xã²¹. HĐND và UBND mỗi đơn vị hành chính lại có quyền ban hành VBQPPL. Nếu làm một phép cộng đơn giản thì sẽ thấy số lượng HĐND có thẩm quyền ban hành VBQPPL là gần 11.000 và số lượng UBND có thẩm quyền ban hành VBQPPL cũng gần 11.000. Điều này dẫn đến hệ quả là hệ thống văn bản pháp luật ở địa phương đồ sộ nhưng chất lượng văn bản không cao, gây khó khăn cho cá nhân, tổ chức trong việc thi hành, gây tốn kém cho ngân sách nhà nước trong việc ban hành cũng như triển khai thực hiện.

Do đó, để tinh giản chủ thể có thẩm quyền ban hành VBQPPL cũng như loại trừ những bất cập kể trên, Dự thảo Luật cần mạnh dạn loại bỏ thẩm quyền ban hành VBQPPL của HĐND và UBND cấp huyện, cấp xã. Trên thực tế, HĐND và UBND cấp huyện, cấp xã rất ít ban hành VBQPPL hoặc nếu có ban hành cũng chỉ là sao chép văn bản của CQNN cấp trên chứ ít khi ban hành các quy phạm mới²².

21 Theo số liệu báo cáo giải trình, tiếp thu, chỉnh lý Dự thảo Luật Cán bộ, công chức số 158/UBTVQH12 ngày 16/10/2008 của UBTVQH.

22 Cao Vũ Minh, Hoàn thiện các quy định về việc ban hành các VBQPPL của chính quyền địa phương, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 11, tháng 6 năm 2013.

5. Sửa đổi, bổ sung, thay thế, bãi bỏ hoặc đình chỉ việc thi hành văn bản quy phạm pháp luật

Khoản 1 Điều 11 Dự thảo Luật quy định: “VBPL chỉ được sửa đổi, bổ sung, thay thế hoặc bãi bỏ bằng VBPL của chính cơ quan nhà nước đã ban hành văn bản đó hoặc bị đình chỉ việc thi hành hoặc bãi bỏ bằng văn bản của cơ quan nhà nước có thẩm quyền”. Luật 2008 cũng quy định ở khoản 1 Điều 9 với nội dung tương tự²³.

Với Điều luật này có thể hiểu rằng, văn bản được sửa đổi, bổ sung phải bằng chính văn bản của cơ quan đã ban hành ra văn bản đó hoặc cơ quan có thẩm quyền cao hơn, vì không thể lấy văn bản có giá trị pháp lý thấp hơn để sửa đổi, bổ sung văn bản có giá trị pháp lý cao hơn, càng không thể lấy văn bản của cơ quan có thẩm quyền thấp hơn để sửa đổi, bổ sung văn bản của cơ quan có thẩm quyền cao hơn. Tuy nhiên, một câu hỏi đặt ra là, VBQPPL mới sửa đổi, bổ sung VBQPPL cũ có cần cùng loại với văn bản cũ hay không?

Nhiều ý kiến cho rằng, văn bản mới sửa đổi, bổ sung văn bản cũ nhất định phải cùng loại với văn bản cũ vì trên thực tế chúng ta vẫn thấy tồn tại công thức: “nghị định này sửa đổi, bổ sung nghị định kia; thông tư này thay thế cho thông tư kia”. Có những trường hợp văn bản mới sửa đổi, bổ sung thay thế văn bản cũ tuy không cùng cơ quan ban hành nhưng hiệu lực pháp lý của văn bản mới cao hơn văn bản cũ như Luật Luật sư thay thế Pháp lệnh Luật sư, Luật Cán bộ, công chức thay thế Pháp lệnh Cán bộ, công chức, Luật Xử lý vi phạm hành chính thay thế Pháp lệnh Xử lý vi phạm hành chính. Đây gọi là pháp điển hóa và tuân thủ theo đúng câu cuối cùng

của khoản 1 Điều 11 Dự thảo Luật (hay khoản 1 Điều 9 Luật 2008). Nhưng nếu quan niệm như vậy thì sẽ không giải thích được một thực tế đã từng xảy ra đó là Nghị quyết số 51/2001/QH ngày 25/12/2001 của Quốc hội sửa đổi, bổ sung một số điều của Hiến pháp năm 1992. Như đã trình bày, thật khó chấp nhận được việc lấy văn bản có hiệu lực pháp lý thấp hơn để sửa đổi, bổ sung văn bản có hiệu lực pháp lý cao hơn. Với tư duy pháp lý ấy, không thể lấy Nghị quyết mà sửa đổi, bổ sung Hiến pháp - văn bản có hiệu lực pháp lý cao nhất²⁴. Vấn đề ở đây là thiếu quy định cụ thể về VBQPPL dùng để bổ sung, thay thế, hủy bỏ hoặc bãi bỏ VBQPPL. Luật 2008 không có quy định gì về vấn đề này. Dự thảo Luật trên cơ sở kế thừa Luật 2008 nên cũng không quy định cụ thể. Do đó, Dự thảo Luật cần quy định rõ ràng về hình thức VBQPPL dùng để sửa đổi, bổ sung, thay thế, hủy bỏ hoặc bãi bỏ VBQPPL.

Dự thảo Luật cần quy định nguyên tắc: “văn bản sửa đổi, bổ sung, thay thế, ... phải là văn bản cùng hình thức hoặc văn bản sau phải có giá trị pháp lý cao hơn văn bản trước”. Nếu thực hiện tốt yêu cầu này sẽ loại trừ được trường hợp các CQNN dùng các hình thức văn bản khác nhau để sửa đổi, bổ sung cho nhau như dùng nghị quyết sửa luật hay ngược lại là dùng luật sửa nghị quyết²⁵.

Luật Ban hành VBQPPL chính là “luật của luật”, là nền tảng pháp lý cho việc hoàn thiện quy trình, hệ thống pháp luật Việt Nam. Vì lẽ đó mà Dự thảo Luật cần được xây dựng tỉ mỉ, chính xác, khoa học nhằm tạo cơ sở pháp lý vững chắc, rõ ràng cho những “cỗ máy con” - các đạo luật khác được xây dựng và áp dụng hiệu quả trên thực tế ■

23 Khoản 1 Điều 9 Luật 2008 cũng có quy định: “VBQPPL chỉ được sửa đổi, bổ sung, thay thế, hủy bỏ hoặc bãi bỏ bằng VBQPPL của chính CQNN đã ban hành văn bản đó hoặc bị đình chỉ việc thi hành, hủy bỏ hoặc bãi bỏ bằng văn bản của CQNN có thẩm quyền”.

24 Cao Vũ Minh, Vai trò giải thích pháp luật của Tòa án Hiến pháp, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 24, tháng 12 năm 2009.

25 Ông Trần Thế Vượng (Ủy viên UBTVQH khoá XII) phát biểu: “Về mặt hình thức không nên dùng luật để sửa Nghị quyết. Còn nếu sau này lại quan niệm luật cũng là VBQPPL, nghị quyết cũng là VBQPPL và đều của Quốc hội cả nghĩa là Quốc hội muốn dùng luật sửa nghị quyết cũng được, nghị quyết sửa luật cũng được thì cũng không được. Nó phải có nguyên tắc của nó”. Xem thêm bài viết “Gỡ rối cho đầu tư xây dựng cơ bản” trên báo Đại biểu nhân dân (điện tử), ngày 17/4/2009.

Thành tựu giảm nghèo nổi bật của Việt Nam và những bất cập trong chính sách, pháp luật về giảm nghèo

ĐINH NGỌC QUÝ*

Theo Báo cáo tình hình thực hiện Mục tiêu thiên niên kỷ (MDGs) toàn cầu năm 2013, đến năm 2010, Mục tiêu thiên niên kỷ số 1 về "Giảm một nửa tỷ lệ người có thu nhập dưới 01 đô la một ngày. Tạo việc làm đầy đủ, hữu ích, và phù hợp cho tất cả mọi người, bao gồm cả phụ nữ và thanh niên. Giảm một nửa tỷ lệ người thiếu ăn" (MDG1) toàn cầu đã đạt trước thời hạn 05 năm. Ở các nước đang phát triển, tỷ lệ người dân sống dưới mức 1,25 đô la/ngày đã giảm từ 47% (1990) xuống 22% (2010), tức giảm được khoảng 700 triệu người nghèo cùng cực. Mặc dù vậy, vẫn còn 1,2 tỷ người đang sống trong nghèo đói cùng cực. Riêng khu vực châu Phi - Cận Sahara, gần một nửa dân số sống dưới mức 1,25 đô la/ngày và duy nhất là khu vực có tỷ lệ người nghèo cùng cực gia tăng (từ 290 triệu người năm 1990 lên 414 triệu người năm 2010) chiếm 1/3 tổng số người nghèo cùng cực toàn cầu. Trong bối cảnh toàn cầu như vậy, năm 2013, Việt Nam nằm trong nhóm 18 quốc gia được trao Bằng khen của Tổ chức Nông lương thế giới (FAO) chứng nhận việc sớm đạt được MDG1 vì đã "về đích" sớm trước 13 năm so với yêu cầu.

1. Thành tựu giảm nghèo nổi bật của Việt Nam được quốc tế đánh giá là "ấn tượng"

Giảm ấn tượng về số lượng tuyệt đối người nghèo: Kết quả điều tra mức sống dân cư năm 2012 của Ngân hàng Thế giới và Tổng cục Thống kê mới công bố năm 2014 cho thấy, tính theo mức 02 đô la/người/ngày, số người nghèo của Việt Nam năm 1993 là khoảng 62,1 triệu người, đến năm 2004 giảm xuống còn khoảng 49,3 triệu người; đến năm 2012 chỉ còn 11,5 triệu người (so với 1993 đã giảm 81,5% tương ứng là 50,6 triệu người đã thoát nghèo). Tính theo mức 1,25 đô

la/người/ngày, số người nghèo năm 1993 khoảng 48,4 triệu người, đến năm 2005 còn khoảng 24,7 triệu người và đến năm 2012 chỉ còn 2,9 triệu người (so với 1993 đã giảm 94% tương ứng 45,5 triệu người đã thoát nghèo). Tính theo chuẩn do Ngân hàng Thế giới và Tổng cục Thống kê đang áp dụng, số người nghèo năm 1993 là khoảng 40,5 triệu và đến năm 2012 còn 15,3 triệu người. Nếu tính theo chuẩn nghèo quốc gia, tỷ lệ nghèo còn thấp hơn nữa, năm 2005 là 22,31%; năm 2010 là 14,2% và 9,6% vào cuối năm 2012 tương ứng với khoảng 2,1 triệu hộ nghèo¹.

* Phó Vụ trưởng Vụ Các vấn đề xã hội, Văn phòng Quốc hội

1 Các số liệu trong bài chủ yếu lấy từ Tài liệu Công bố kết quả sơ bộ điều tra mức sống dân cư 2012 của Ngân hàng Thế giới và Tổng cục Thống kê (năm 2014).

Quy mô giảm nghèo diễn ra trên diện rộng: Kết quả giảm nghèo diễn ra ở tất cả các vùng, miền, thành thị và nông thôn trong các nhóm đối tượng. Nếu như năm 2005 có 6 vùng tỷ lệ nghèo ở mức trên 20%, năm 2010 có 4 vùng tỷ lệ nghèo trên 20%² thì đến năm 2011, chỉ còn 2 vùng có tỷ lệ nghèo trên 20% (miền núi Đông Bắc và miền núi Tây Bắc) và đến 2012, chỉ còn miền núi Tây Bắc có tỷ lệ hộ nghèo 28,55%³.

Ở các xã và thôn, bản đặc biệt khó khăn, tỷ lệ hộ nghèo đã giảm từ 47% năm 2006 xuống 28,8% năm 2010; tại 62 huyện nghèo (theo Nghị quyết số 30a/2008/NQ-CP) đã giảm từ 58,33% năm 2010 xuống 43,89% năm 2012, tại 07 huyện nghèo (theo Quyết định số 615/QĐ-TTg) đã giảm từ 43,56% năm 2011 xuống 30,13% năm 2012 và tại 23 huyện nghèo (theo Quyết định số 293/QĐ-TTg) cuối năm 2012 tỷ lệ nghèo là 43,14% .

Tốc độ giảm nghèo khu vực thành thị nhanh hơn khu vực nông thôn (từ năm 1993 đến 2012, tỷ lệ nghèo thành thị giảm 4,6 lần, trong khi khu vực nông thôn chỉ giảm 3 lần). Theo kết quả Điều tra mức sống dân cư dựa trên cơ sở chuẩn nghèo từng giai đoạn, tỷ lệ nghèo khu vực thành thị từ năm 1998 đến 2012 luôn ở mức dưới 10%, trong khi tỷ lệ nghèo khu vực nông thôn luôn ở mức trên 20%, mặc dù vậy, xu hướng giảm nghèo cả nông thôn và thành thị vẫn duy trì giảm đều trong suốt 10 năm qua.

2. Hệ thống chính sách giảm nghèo đã bao phủ hầu hết các lĩnh vực để hỗ trợ người nghèo và mang tính “đa chiều”

Trong giai đoạn 2005 - 2012, Quốc hội đã ban hành 10 Nghị quyết về kế hoạch phát

triển kinh tế - xã hội hàng năm và 5 năm, trong đó xác định chỉ tiêu giảm nghèo và định hướng một số chính sách, giải pháp để thực hiện. Đồng thời, trên cơ sở Hiến pháp, có khoảng 20 văn bản luật quy định chế độ, chính sách liên quan đến người nghèo, đồng bào dân tộc thiểu số, vùng kinh tế - xã hội khó khăn, đặc biệt khó khăn như ưu tiên đầu tư cơ sở hạ tầng, bố trí ngân sách, các chính sách ưu đãi về đất đai, thuế, y tế, giáo dục, dạy nghề và nhà ở... trong Luật Giáo dục, Luật Bảo hiểm y tế, Luật Khám bệnh, chữa bệnh, Luật Dạy nghề, Luật Việc làm, Luật Đất đai, Luật Ngân sách, Luật Trợ giúp pháp lý...

Hệ thống chính sách hỗ trợ người nghèo đã bao phủ toàn diện hầu hết các lĩnh vực nhằm hỗ trợ người nghèo thoát nghèo: đầu tư cơ sở hạ tầng bao gồm điện, đường trường, trạm, thủy lợi, đất đai, nhà ở...; hỗ trợ gián tiếp trong y tế, giáo dục, cung cấp dịch vụ, trợ giá, trợ cước...; hỗ trợ trực tiếp như muối ăn, dầu hỏa, điện thắp sáng, công cụ sản xuất, giống cây trồng, vật nuôi... và các chính sách hỗ trợ phát triển theo vùng, theo nhóm đối tượng, các chính sách hỗ trợ chung và chính sách hỗ trợ đặc thù.

Một số chính sách chung về giảm nghèo, bao gồm:

- *Chính sách tín dụng* với 15 chương trình tín dụng lãi suất thấp cho từng nhóm đối tượng cụ thể giúp cho hàng chục triệu hộ nghèo được vay vốn và hàng triệu hộ thoát nghèo⁴.

- *Chính sách dạy nghề, tạo việc làm* được thực hiện chủ yếu qua Chương trình mục tiêu quốc gia về việc làm và Đề án hỗ trợ đào tạo nghề cho lao động nông thôn đến

2 Miền núi Đông Bắc, Miền núi Tây Bắc, Khu IV cũ và Tây Nguyên.

3 Năm 2010 có 26 tỉnh tỷ lệ nghèo trên 20% (Hà Giang, Tuyên Quang, Cao Bằng, Lạng Sơn, Thái Nguyên, Lào Cai, Yên Bái, Phú Thọ, Bắc Kạn, Sơn La, Điện Biên, Lai Châu, Hòa Bình, Thanh Hóa, Nghệ An, Hà Tĩnh, Quảng Bình, Quảng Nam, Quảng Ngãi, Gia Lai, Đắk Lắk, Đắk Nông, Kon Tum, Trà Vinh, Hậu Giang, Sóc Trăng), trong đó 1 tỉnh có tỷ lệ nghèo trên 50% (Điện Biên), 3 tỉnh tỷ lệ nghèo trên 40% (Hà Giang, Lào Cai, Lai Châu), 6 tỉnh tỷ lệ nghèo trên 30% (Tuyên Quang, Cao Bằng, Bắc Kạn, Sơn La, Hòa Bình, Kon Tum) và 19 tỉnh có tỷ lệ nghèo dưới 10%. Đến năm 2012, chỉ còn 13 tỉnh có tỷ lệ hộ nghèo trên 20%, trong đó 3 tỉnh có tỷ lệ nghèo trên 30% (Hà Giang, Điện Biên, Lai Châu), 29 tỉnh có tỷ lệ hộ nghèo dưới 10% và không còn tỉnh có tỷ lệ hộ nghèo ở mức trên 40%.

4 Từ 2005 - 2012, có khoảng gần 10 triệu lượt hộ nghèo được vay vốn, giúp cho khoảng 2,4 triệu hộ thoát nghèo, còn nếu tính từ thời điểm thành lập Ngân hàng Chính sách xã hội, tổng số lượt đối tượng vay là khoảng 23,4 triệu, giúp 3,2 triệu hộ vượt qua ngưỡng nghèo.

CHÍNH SÁCH

năm 2020. Trong đó, theo báo cáo của Bộ Lao động - Thương binh và Xã hội, giai đoạn 2006-2010 đã có khoảng 150 nghìn lao động nghèo được dạy nghề miễn phí (số tìm được việc làm ước khoảng 60%); từ 2010 - 2012 thực hiện Đề án hỗ trợ đào tạo nghề cho lao động nông thôn đã đào tạo nghề cho khoảng hơn 120 nghìn người nghèo và gần 60 nghìn người thuộc hộ cận nghèo.

- *Chính sách y tế, chăm sóc sức khỏe*, đến 2012, 100% người nghèo, đồng bào dân tộc thiểu số đã được mua thẻ bảo hiểm y tế (ước khoảng trên 15 triệu người), đối tượng cận nghèo có bảo hiểm y tế đạt trên 1,6 triệu người (bằng 25% so với tổng số người cận nghèo).

- *Chính sách giáo dục - đào tạo*, giai đoạn 2006 - 2010 có khoảng 8 triệu lượt học sinh nghèo được miễn giảm học phí; 2,8 triệu lượt học sinh nghèo được hỗ trợ vở, sách giáo khoa. Năm học 2011-2012 đã có trên 4 triệu lượt học sinh, sinh viên nghèo được hỗ trợ chi phí học tập, miễn giảm học phí, trợ cấp học bổng, hỗ trợ ăn trưa cho trẻ em 5 tuổi. Cơ sở hạ tầng của các trường dân tộc nội trú cũng được quan tâm, cả nước có 305 trường phổ thông dân tộc nội trú, 569 trường phổ thông dân tộc bán trú.

- *Chính sách hỗ trợ sửa chữa, xây dựng nhà ở, hỗ trợ đất sản xuất và nước sinh hoạt*, với nhiều chương trình hỗ trợ nhà ở khác nhau (hỗ trợ nhà cho người nghèo theo Quyết định số 167/2008/QĐ-TTg, thí điểm về nhà chống lũ vùng Bắc Trung bộ và duyên hải miền Trung theo Quyết định số 716/QĐ-TTg, Chương trình xây dựng cụm, tuyến dân cư và nhà ở ngập lũ vùng Đồng bằng sông Cửu Long), trên 531 nghìn hộ được hỗ trợ xây, sửa nhà ở (trong đó 230 nghìn hộ là đồng bào dân tộc thiểu số). Bên cạnh đó, chính sách hỗ trợ đất sản xuất từ Chương trình trồng mới 5 triệu ha rừng, tính đến 2010 đã có khoảng 484.893 hộ nghèo tham gia, chủ yếu là đồng bào dân tộc miền núi, vùng cao.

- *Chính sách hỗ trợ sản xuất, kinh doanh thông qua các chương trình, khuyến nông - lâm - ngư nghiệp và xây dựng mô hình giảm*

nghèo. Từ 2006 - 2010 có 3,7 triệu lượt người nghèo được hướng dẫn cách làm ăn, xây dựng 8.500 mô hình sản xuất, kinh doanh với trên 3 triệu lượt người nghèo tham gia, tổ chức 30 nghìn lớp tập huấn, chuyển giao kỹ thuật. Đã có 218 xã thuộc 35 tỉnh triển khai các mô hình giảm nghèo với hơn khoảng 21,3 nghìn hộ nghèo tham gia.

- *Đối với các chính sách hỗ trợ giảm nghèo đặc thù*, bao gồm *Chương trình mục tiêu quốc gia giảm nghèo* (đã thực hiện 4 chu kỳ) tập trung giải quyết các mục tiêu giảm nghèo khó khăn, các vấn đề thách thức lớn, cấp bách trong giảm nghèo để đạt được mục tiêu trong từng giai đoạn; *Chương trình phát triển kinh tế - xã hội các xã đặc biệt khó khăn vùng đồng bào dân tộc và miền núi, giai đoạn 2006 - 2010 (Chương trình 135)*; *Chương trình hỗ trợ giảm nghèo nhanh và bền vững đối với 61 huyện nghèo (Chương trình 30a)* và một số chương trình đặc thù khác nhằm hỗ trợ giảm nghèo đối với đồng bào dân tộc thiểu số.

3. Công tác giảm nghèo còn nhiều hạn chế và thách thức phía trước

3.1. *Có quá nhiều văn bản quy phạm pháp luật về giảm nghèo ở cấp trung ương*

- Ngoài các Luật có quy định liên quan đến chính sách giảm nghèo, hệ thống các văn bản quy phạm dưới luật khá nhiều, cho đến nay, chưa có một sự rà soát đầy đủ, chi tiết nào thống kê toàn bộ văn bản trong lĩnh vực này. Một số nghiên cứu khác nhau đã rà soát, song tổng hợp về số lượng văn bản quy phạm pháp luật liên quan đến giảm nghèo cũng rất khác nhau tùy theo tiêu chí của từng báo cáo, nghiên cứu:

+ Theo Báo cáo của Chính phủ với Đoàn giám sát của Ủy ban Thường vụ Quốc hội (năm 2014), có khoảng 100 văn bản dưới luật, chủ yếu được phân theo các nhóm: Chỉ đạo chung (27 văn bản), tín dụng ưu đãi (16 văn bản), hỗ trợ giáo dục (2 văn bản), hỗ trợ y tế (5 văn bản), dạy nghề, tạo việc làm (13 văn bản), hỗ trợ nhà ở (6 văn bản), hỗ trợ sản xuất, kinh doanh (15 văn bản) và trợ giúp pháp lý, thông tin (10 văn bản).

+ Theo Báo cáo rà soát tổng quan các chương trình dự án giảm nghèo ở Việt Nam của Chương trình phát triển của Liên hợp quốc (UNDP - 11/2009), có 107 văn bản hướng dẫn các chương trình giảm nghèo (Nghị quyết, Nghị định của Chính phủ, Quyết định của Thủ tướng và thông tư, quyết định của các Bộ, ngành).

+ Theo Báo cáo kết quả giám sát “Việc thực hiện chính sách, pháp luật về đất ở, đất sản xuất cho đồng bào dân tộc thiểu số” (số 252/BC-UBTVQH13 ngày 16/10/2012 của Ủy ban thường vụ Quốc hội), có 89 văn bản quy phạm pháp luật của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ và các Bộ, ngành liên quan đến lĩnh vực này.

+ Theo Báo cáo kết quả giám sát “Tình hình đầu tư tại địa bàn có điều kiện kinh tế - xã hội đặc biệt khó khăn, vùng dân tộc thiểu số” theo Luật Đầu tư số 459/BC-HĐDT, ngày 16/5/2013 của Hội đồng Dân tộc, có 21 văn bản quy phạm pháp luật của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ và các Bộ, ngành liên quan đến lĩnh vực này.

+ Rà soát gần đây nhất của tổ chức Oxfam, có hơn 550 văn bản quy phạm pháp luật khác nhau liên quan (trực tiếp và gián tiếp) đến giảm nghèo do Chính phủ, các bộ, ngành ban hành, trong đó văn bản liên quan trực tiếp còn hiệu lực là 183 văn bản.

- Quy trình xây dựng chính sách còn bộc lộ rõ việc xây dựng chính sách chủ yếu theo phương thức từ trên xuống, chưa có sự tham gia rộng rãi của người dân. Việc ban hành nhiều văn bản để hướng dẫn tổ chức thực hiện nhiều chương trình, hợp phần cho nhiều bộ, ngành; mỗi bộ, ngành lại quản lý một hoặc một số hợp phần theo chức năng quản lý, làm hạn chế việc lồng ghép chính sách và

rất khó khăn trong bố trí nguồn lực, đồng thời một số chính sách chưa được phân hóa phù hợp với địa bàn, đối tượng.

- Cũng từ nguyên nhân trên đã dẫn đến việc các chính sách giảm nghèo còn chồng chéo, manh mún (hỗ trợ 30 nghìn đồng tiền điện, hỗ trợ mua nông cụ sản xuất từ 80 - 100 nghìn đồng); một số chính sách (như Nghị quyết số 30a/2008/NQ-CP) chậm ban hành văn bản hướng dẫn, một số chính sách chậm sửa đổi, sửa đổi không kịp thời, một số chính sách mang tính chất cho không đã ảnh hưởng đến hiệu quả của công tác giảm nghèo, hạn chế tính sáng tạo, chủ động của các địa phương trong tổ chức thực hiện chính sách, khắc phục tính ỷ lại của một bộ phận người nghèo. Hầu hết các chương trình, dự án giảm nghèo đều thiết kế hợp phần dạy nghề đã dẫn đến tình trạng một người dân có thể tham gia nhiều lớp, nhiều chương trình dạy nghề khác nhau; một số hạng mục hạ tầng cơ sở của các chương trình 135, 30a có sự trùng lặp dẫn đến khó khăn trong quá trình thực hiện⁵...

3.2. Chính sách chưa gắn với nguồn lực

Chưa có tiêu chí cụ thể để đánh giá, theo dõi kết quả đầu ra gắn với nguồn lực được bố trí nên việc đánh giá hiệu quả sử dụng nguồn lực thiếu chính xác. Đồng thời, việc lồng ghép nguồn lực trong giảm nghèo còn rất hạn chế.

3.3. Khoảng cách giàu nghèo giữa các vùng còn khá lớn và tỷ lệ nghèo trong đồng bào dân tộc thiểu số rất cao

- Đến năm 2012, chỉ có 3 vùng tỷ lệ hộ nghèo dưới 10% (Đồng Nam Bộ: 1,27%, Đồng bằng sông Hồng 4,89% và Đồng bằng sông Cửu Long 9,24%); các vùng có tỷ lệ nghèo cao là miền núi Tây Bắc (28,55%), miền núi Đông Bắc (17,39%) và Tây

5 Theo Báo cáo của UNDP (11/2009): hợp phần về hạ tầng (đường nông thôn, nhà cộng đồng...) được thiết kế ở 3 chương trình; hỗ trợ sản xuất có ở 7 chương trình; cấp nước, giáo dục, dạy nghề, xây dựng và nâng cao năng lực giảm nghèo có ở 6 chương trình; có 6 chính sách hỗ trợ nước sạch và vệ sinh môi trường nông thôn khác nhau.

Về đối tượng thụ hưởng: hộ nghèo đồng bào dân tộc thiểu số ở Đồng bằng sông Cửu Long được thụ hưởng nhiều chính sách nhất, do ngoài các chính sách chung, còn có một số chính sách riêng, mang tính đặc thù như Quyết định số 74/2008/QĐ-TTg ngày 09/6/2008 (đã được thay thế bằng Quyết định số 29/2013/QĐ-TTg ngày 20/5/2013). Chồng chéo về thời gian thực hiện chính sách trên cùng một địa bàn thể hiện rất rõ qua các chính sách hỗ trợ về nhà ở, thống kê cho thấy, có 6 chính sách hỗ trợ về nhà ở (Quyết định số 134/2004/QĐ-TTg, Quyết định số 20/2007/QĐ-TTg, Quyết định số 167/2008/QĐ-TTg, Quyết định số 74/2008/QĐ-TTg và Nghị quyết số 30a/2008/NQ-CP...).

CHÍNH SÁCH

Nguyên (15%); có 1/5 số tỉnh có tỷ lệ hộ nghèo ở mức trên 20%.

- Theo Báo cáo của Ủy ban Dân tộc, tỷ lệ nghèo trong đồng bào dân tộc thiểu số chiếm trên 50% trong tỷ lệ nghèo chung cả nước⁶ và hầu hết ở các huyện thuộc đối tượng của Chương trình 30a.

3.4. Nhiều thách thức trong thời gian tới

- Mức sống của hộ nghèo và hộ cận nghèo chưa có sự khác biệt đáng kể nên nguy cơ tái nghèo cao. Thậm chí, theo đánh giá của một số chuyên gia và tổ chức quốc tế, nếu tính cả tỷ lệ lạm phát thì tỷ lệ nghèo và cận nghèo thực tế còn cao hơn khá nhiều⁷.

- Chênh lệch giàu - nghèo có xu hướng gia tăng, theo số liệu của Ngân hàng Thế giới và Tổng cục Thống kê, hệ số chênh lệch này đã tăng đều từ 8,1 năm 2002 lên 9,4 năm 2012.

- Đối với khu vực đô thị, một bộ phận người nghèo, người có thu nhập thấp có xu hướng phát sinh do quá trình đô thị hóa, di cư nông thôn - đô thị, phải đối mặt với nhiều khó khăn và thách thức trong cuộc sống do phải bảo đảm chi phí đất đai cho các dịch vụ y tế, nhà ở, giáo dục, đi lại và sinh hoạt tối thiểu. Ngoài ra, vấn đề nghèo còn chịu ảnh hưởng, tác động của biến đổi khí hậu, thiên tai, rủi ro trong cuộc sống và tệ nạn xã hội đang gia tăng.

- Thực tế đã có một số nguy cơ đang tiềm ẩn đối với nghèo đói do tác động của di dân, tái định cư, định canh do xây dựng các công trình thủy điện, khai thác khoáng sản, xây dựng các công trình hạ tầng.

- Những năm tới, nền kinh tế còn gặp nhiều khó khăn dẫn đến việc nguồn lực ngân sách nhà nước sẽ hạn chế, điều này sẽ tác động đến việc bố trí ngân sách đối với việc thực hiện chính sách giảm nghèo.

4. Một vài kiến nghị

- Đối với hệ thống văn bản quy phạm

pháp luật về giảm nghèo, cần khẩn trương rà soát để giảm bớt số lượng văn bản, chấm dứt tình trạng chia cắt, chồng chéo giữa các chương trình.

- Để tập trung nguồn lực và xác định ưu tiên, cần sớm giảm bớt các Chương trình mục tiêu quốc gia, điều này sẽ giúp việc quản lý, điều hành, phân định trách nhiệm được tập trung hơn giữa các cơ quan ở trung ương.

Thay đổi phương thức phân bổ nguồn lực và dứt khoát gắn với kết quả đầu ra, hiệu quả của đầu ra, nếu không sẽ tiếp tục tình trạng các chương trình, dự án mục tiêu sẽ kéo dài suốt mấy chu kỳ mà khó có khả năng đạt được mục tiêu. Đồng thời phân cấp rõ ràng cho các tỉnh, thành phố, địa phương để có quyền quyết định việc thực hiện các chương trình phù hợp với điều kiện thực tế ở cơ sở.

- Phân định rõ ràng hơn giữa nguồn lực dành cho cơ sở hạ tầng và nguồn lực dành cho giảm nghèo trực tiếp, tránh tình trạng “lồng ghép mục tiêu” theo kiểu “đầu tư nào cũng hướng đến giảm nghèo” sẽ dẫn đến việc không thể đủ nguồn lực và rất khó khăn khi tổng hợp, phân tích, đánh giá hiệu quả.

- Mặc dù chính sách giảm nghèo có những hạn chế, song đã tiếp cận hỗ trợ “đa chiều, nhiều lĩnh vực”, tuy vậy, tiêu chí nghèo lại đơn chiều chỉ xác định trên cơ sở thu nhập, vì vậy nghiên cứu chuyển đổi tiêu chí xác định và hỗ trợ thoát nghèo theo phương pháp tiếp cận đa chiều để có thể thực hiện từng bước cho giai đoạn sau 2015 sẽ giúp việc hỗ trợ đúng “cái người nghèo cần”, hỗ trợ có điều kiện và giảm sự hỗ trợ tràn lan, mang tính chất cho không, hay cứ nghèo “là được” hỗ trợ.

- Phát huy vai trò của chính người dân và cộng đồng trong toàn bộ quá trình từ tham gia xây dựng chính sách đến việc giám sát trong tổ chức, thực hiện. Có như vậy, mới có thể xác định đúng nhu cầu của người nghèo và phát huy dân chủ, công khai ■

6 Báo cáo số 32/BC-UBDT của Ủy ban Dân tộc ngày 21/3/2014

7 Tính theo chuẩn nghèo quốc gia, năm 2010 và 2012, tỷ lệ nghèo của cả nước là 14,2% và 9,6%, song nếu tính bù tỷ lệ lạm phát hằng năm thì tỷ lệ nghèo của hai năm nói trên là 20,7% và 17,2%.

CHẾ ĐỊNH HỢP ĐỒNG TRONG LUẬT VIÊN CHỨC

BÙI THỊ ĐÀO*

Suốt một thời gian dài, trong pháp luật nước ta, thuật ngữ viên chức không thực sự có ý nghĩa xác định, nên pháp luật cũng không có quy định riêng mang tính đặc thù đối với viên chức. Điều này phù hợp với điều kiện lịch sử, xã hội cụ thể của nước ta trong những năm trước đây. Tuy nhiên, cùng với yêu cầu phân công lao động ngày càng rõ rệt do xác định lại vai trò của Nhà nước đối với xã hội, lao động của những người trực tiếp sử dụng quyền lực nhà nước và những người không sử dụng quyền lực nhà nước (nhưng ít nhiều thay mặt Nhà nước cung cấp những dịch vụ thiết yếu cho nhân dân - dịch vụ công) ngày càng có sự khác biệt. Nhu cầu chuyên biệt hóa trong sự điều chỉnh của pháp luật đối với những nhóm lực lượng lao động khác nhau ngày càng lớn là nguyên nhân dẫn tới việc tách các quy định về viên chức ra khỏi các quy định về cán bộ, công chức và vì vậy, Luật Viên chức đã được ban hành.

Với 6 chương, 62 điều, Luật Viên chức đã đưa ra những quy định tương đối toàn diện, đầy đủ làm cơ sở cho việc xác định những người là viên chức, cho việc tuyển dụng, sử dụng, quản lý viên chức và khen thưởng, xử lý vi phạm pháp luật đối với viên chức.

Nếu so sánh Luật Viên chức với Luật Cán bộ, công chức, có thể thấy những nét tương đồng nhất định giữa hai luật này. Sự

tương đồng tập trung trong các quy định về quyền, nghĩa vụ của cán bộ, công chức và viên chức; về tuyển dụng công chức và viên chức; về đánh giá, biệt phái công chức và viên chức; về khen thưởng, xử lý vi phạm đối với công chức và viên chức... Sự tương đồng trong một số quy định của hai Luật này là tất yếu, vì hoạt động của cán bộ, công chức, viên chức đều có mục đích chính là phục vụ lợi ích công. Những điểm hợp lý, tiến bộ của Luật Cán bộ, công chức so với Pháp lệnh Cán bộ, công chức cũng được đưa vào Luật Viên chức như quy định về quyền, nghĩa vụ của cán bộ, công chức; đánh giá cán bộ, công chức; thời hạn, thời hiệu xử lý kỷ luật...

1. Chế định hợp đồng làm việc trong Luật Viên chức

Mặc dù đều đảm bảo mục đích phục vụ lợi ích công, nhưng hoạt động của viên chức và các đơn vị sự nghiệp công lập đòi hỏi tính linh hoạt, chủ động, sáng tạo nhiều hơn so với cán bộ, công chức và các cơ quan nhà nước, đồng thời ít nhiều có tính cạnh tranh nên các quy định của Luật Viên chức cũng có những điểm đặc thù. Điều này thể hiện rõ nhất trong chế định hợp đồng làm việc.

Hợp đồng nói chung là sự thỏa thuận giữa các bên tham gia ký kết về việc xác lập, thay đổi, chấm dứt quyền, nghĩa vụ. *Hợp đồng làm việc* là sự thỏa thuận bằng văn bản giữa viên chức hoặc người được tuyển dụng

* TS, Trường Đại học Luật Hà Nội.

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

làm viên chức với người đứng đầu đơn vị sự nghiệp công lập về vị trí việc làm, tiền lương, chế độ đãi ngộ, điều kiện làm việc, quyền và nghĩa vụ của mỗi bên¹. Có hai loại hợp đồng làm việc. Một là, hợp đồng xác định thời hạn. Hợp đồng này được áp dụng đối với người trúng tuyển làm viên chức. Hai là, hợp đồng không xác định thời hạn. Hợp đồng này áp dụng đối với trường hợp viên chức đã thực hiện xong hợp đồng xác định thời hạn được tiếp tục ký kết hợp đồng và trường hợp cán bộ, công chức chuyển thành viên chức. Nội dung hợp đồng ghi nhận sự thỏa thuận giữa hai bên về công việc, nhiệm vụ, vị trí việc làm, địa điểm làm việc; quyền và nghĩa vụ của các bên; loại hợp đồng, thời hạn, điều kiện chấm dứt hợp đồng; tiền lương, tiền thưởng, thời gian làm việc, thời gian nghỉ ngơi, điều kiện làm việc, vấn đề bảo hộ lao động...

So với chế độ viên chức là “người trong biên chế” trước đây, chế độ hợp đồng đã tạo sự thay đổi căn bản quan hệ giữa đơn vị sự nghiệp công lập với viên chức. Về phía đơn vị sự nghiệp công lập, việc quản lý, sử dụng viên chức theo hợp đồng làm việc cho phép đơn vị có thể tuyển chọn và thường xuyên duy trì được đội ngũ những người làm việc có ý thức tổ chức kỷ luật, có năng lực chuyên môn tốt, bởi lẽ nếu viên chức trong thời gian thực hiện hợp đồng có thời hạn không đáp ứng yêu cầu của công việc thì khi hết hạn hợp đồng, người đứng đầu đơn vị sẽ không ký kết hợp đồng tiếp với người đó nữa. Còn nếu viên chức đang trong thời gian thực hiện hợp đồng không thời hạn thì đơn vị sự nghiệp công lập cũng có quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng nếu viên chức có 02 năm liên tiếp bị phân loại đánh giá ở mức độ không hoàn thành nhiệm vụ hoặc viên chức bị buộc thôi việc theo quy định của Luật Viên chức. Về phía viên chức, sẽ không còn tâm lý ỷ lại sự an ổn của người “vào biên chế đã khó, ra khỏi biên chế còn khó hơn” nên phải

thường xuyên trau dồi kinh nghiệm, học hỏi kiến thức để đáp ứng yêu cầu của công việc. Đồng thời, viên chức cũng không bị ràng buộc mãi mãi với một đơn vị cụ thể mà có thể lựa chọn cho mình nơi làm việc, vị trí việc làm, loại công việc phù hợp với nhu cầu, khả năng của mình tương đối dễ dàng thông qua việc chấm dứt hợp đồng làm việc ở đơn vị này để dự tuyển vào đơn vị khác. Về nguyên tắc, cả viên chức và đơn vị sự nghiệp công lập đều có thể yêu cầu thay đổi, chấm dứt hợp đồng theo quy định của pháp luật. Những quy định này cho thấy mối quan hệ giữa viên chức với đơn vị sự nghiệp công lập sử dụng viên chức không phải là mối quan hệ quyền lực - phục tùng như giữa cơ quan nhà nước với cán bộ, công chức của cơ quan mà mang tính chất khá bình đẳng, tương tự mối quan hệ giữa người lao động và người sử dụng lao động do luật lao động điều chỉnh.

2. Một số bất cập trong chế định hợp đồng làm việc đối với viên chức

Sự ra đời của Luật Viên chức với chế định hợp đồng làm việc chắc chắn sẽ tạo nên sự chuyển biến tích cực trong tuyển dụng, quản lý, sử dụng viên chức, qua đó ảnh hưởng tích cực đến chất lượng các dịch vụ công được cung cấp bởi các đơn vị sự nghiệp công lập. Lần đầu tiên chế định hợp đồng làm việc đối với viên chức được quy định tập trung, rõ ràng trong một văn bản có hiệu lực pháp lý cao nên chế định này tạo thành điểm nhấn quan trọng trong Luật Viên chức. Song cũng vì lý do trên mà chế định này lại có một số điểm chưa thật hài hòa, chặt chẽ.

Một là, quy định về các trường hợp thay đổi nội dung hợp đồng. Khoản 1 Điều 28 quy định về thay đổi nội dung hợp đồng làm việc “Trong quá trình thực hiện hợp đồng làm việc, nếu một bên có yêu cầu thay đổi nội dung hợp đồng làm việc thì phải báo cho bên kia biết trước ít nhất 03 ngày làm việc. Khi

¹ Khoản 5 Điều 3 Luật Viên chức.

đã chấp thuận thì các bên tiến hành sửa đổi, bổ sung nội dung liên quan của hợp đồng làm việc. Trong thời gian tiến hành thoả thuận, các bên vẫn phải tuân theo hợp đồng làm việc đã ký kết. Trường hợp không thoả thuận được thì các bên tiếp tục thực hiện hợp đồng làm việc đã ký kết hoặc thoả thuận chấm dứt hợp đồng làm việc”. Quy định này chứa đựng các nội dung sau:

- Nhu cầu thay đổi nội dung hợp đồng: nhu cầu của bất kỳ bên tham gia ký kết nào;
- Lý do thay đổi nội dung hợp đồng: bất cứ lý do gì;
- Thời điểm đề xuất thay đổi nội dung hợp đồng: trong quá trình thực hiện hợp đồng;
- Quy trình thay đổi nội dung hợp đồng:
(i) Bên có nhu cầu thay đổi đưa ra yêu cầu thay đổi nội dung hợp đồng; (ii) Bên kia chấp thuận việc thay đổi; (iii) Hai bên tiến hành sửa đổi, bổ sung nội dung hợp đồng;
- Trách nhiệm thi hành hợp đồng cũ trong thời gian chưa thoả thuận xong;
- Phương hướng giải quyết nếu hai bên không thoả thuận được nội dung mới của hợp đồng.

Khoản 3 Điều 32 quy định “Khi chuyển sang vị trí việc làm mới, việc sửa đổi, bổ sung nội dung hợp đồng làm việc hoặc có thay đổi chức danh nghề nghiệp được thực hiện theo quy định tại khoản 1 Điều 28 và Điều 31 của Luật này”. Quy định này nêu rõ lý do sửa đổi, bổ sung nội dung hợp đồng là do viên chức chuyển sang vị trí việc làm mới hoặc có thay đổi chức danh nghề nghiệp. Chẳng hạn các trường hợp viên chức được bổ nhiệm giữ chức vụ quản lý khi họ hết nhiệm kỳ nhưng không được bổ nhiệm lại và được bố trí vào vị trí việc làm theo nhu cầu công tác, phù hợp với chuyên môn, nghiệp vụ của viên chức (khoản 3 Điều 37); viên chức sau khi được thôi giữ chức vụ quản lý hoặc được miễn nhiệm được bố trí việc làm theo nhu cầu công tác, phù hợp với chuyên môn, nghiệp vụ (khoản 3 Điều 38); viên chức bị cấm hành nghề hoặc hạn chế hoạt động

nghề nghiệp trong một thời hạn nhất định theo quyết định của cơ quan có thẩm quyền được bố trí vào việc làm khác không liên quan đến hoạt động nghề nghiệp bị cấm hoặc bị hạn chế (khoản 5 Điều 56). Các vấn đề khác về sửa đổi, bổ sung nội dung hợp đồng được thực hiện theo khoản 1 Điều 28 nói trên. Kết hợp các quy định trên thì bất kỳ bên nào tham gia ký kết hợp đồng làm việc đều có thể yêu cầu thay đổi nội dung hợp đồng, kể cả trường hợp vị trí việc làm của viên chức có thay đổi hay không và vấn đề sửa đổi nội dung hợp đồng chỉ được đặt ra nếu có yêu cầu của một bên ký kết hợp đồng và được bên kia chấp thuận. Mặc dù quy định trên thể hiện rõ tính chủ động cần thiết của các bên tham gia ký kết hợp đồng, nhưng ngược lại, quy định đó trong một số trường hợp cũng có thể gây bất lợi cho viên chức.

Giả thiết rằng, viên chức chuyển sang vị trí việc làm mới và nếu áp dụng hợp đồng cũ viên chức sẽ bị bất lợi. Khi đó, có thể có hai tình huống xảy ra: tình huống thứ nhất, vì lý do nào đó, viên chức không ý thức một cách đầy đủ về sự thiệt thòi của mình nên không đưa ra yêu cầu thay đổi nội dung hợp đồng và người đứng đầu đơn vị cũng không đưa ra yêu cầu thay đổi nên hợp đồng cũ vẫn được giữ nguyên để thực hiện. Tình huống thứ hai, viên chức đưa ra yêu cầu thay đổi nội dung hợp đồng và yêu cầu này phải được người đứng đầu đơn vị sự nghiệp chấp thuận rồi sau đó hai bên thoả thuận về nội dung cần thay đổi. Nếu yêu cầu của viên chức không được người đứng đầu đơn vị chấp thuận thì khả năng thay đổi nội dung hợp đồng không xảy ra. Khi đó viên chức chỉ có thể hoặc là chấp nhận nội dung hợp đồng cũ dù bất lợi cho mình, hoặc là đơn phương chấm dứt hợp đồng.

Trong trường hợp này, viên chức rõ ràng ở thế yếu trong khi bản chất của hợp đồng là sự thoả thuận giữa các bên bình đẳng với nhau. Để tránh thiệt thòi cho viên chức, khoản 3 Điều 32 không nên dẫn chiếu đến khoản 1 Điều 28 về quy trình thay đổi nội

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

dung hợp đồng mà nên có quy định riêng theo một trong hai hướng: *một là*, quy định trường hợp vị trí việc làm của viên chức thay đổi thì đơn vị sự nghiệp công lập phải có trách nhiệm chủ động đề xuất việc thay đổi nội dung hợp đồng; *hai là*, quy định trường hợp vị trí việc làm của viên chức thay đổi nếu viên chức có yêu cầu thay đổi nội dung hợp đồng thì đơn vị sự nghiệp phải có trách nhiệm cùng với viên chức thỏa thuận lại về nội dung hợp đồng, nếu không thỏa thuận được thì các bên tiếp tục thực hiện hợp đồng đã ký kết hoặc thỏa thuận chấm dứt hợp đồng làm việc.

Hai là, các trường hợp viên chức có quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng. Theo khoản 4 Điều 29 “Viên chức làm việc theo hợp đồng làm việc không xác định thời hạn có quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng nhưng phải thông báo bằng văn bản cho người đứng đầu đơn vị sự nghiệp công lập biết trước ít nhất 45 ngày; trường hợp viên chức ốm đau hoặc bị tai nạn đã điều trị 06 tháng liên tục thì phải báo trước ít nhất 03 ngày”, viên chức làm việc theo hợp đồng làm việc không xác định thời hạn có thể đơn phương chấm dứt hợp đồng vì bất cứ lý do gì, không bị hạn chế trong bất cứ trường hợp nào. Trong khi đó, theo khoản 5 Điều này thì viên chức làm việc theo hợp đồng làm việc có thời hạn chỉ có quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng làm việc trong 6 trường hợp sau:

- Không được bố trí theo đúng vị trí việc làm, địa điểm làm việc hoặc không được bảo đảm các điều kiện làm việc đã thỏa thuận trong hợp đồng làm việc;

- Không được trả lương đầy đủ hoặc không được trả lương đúng thời hạn theo hợp đồng làm việc;

- Bị ngược đãi; bị cưỡng bức lao động;

- Bản thân hoặc gia đình thật sự có hoàn cảnh khó khăn không thể tiếp tục thực hiện hợp đồng;

- Viên chức nữ có thai phải nghỉ việc theo chỉ định của cơ sở chữa bệnh;

- Viên chức ốm đau hoặc bị tai nạn đã điều trị từ 03 tháng liên tục mà khả năng làm việc chưa hồi phục.

Như vậy, ngoài các trường hợp nói trên ra, viên chức đang thực hiện hợp đồng không thời hạn không được phép đơn phương chấm dứt hợp đồng. Thậm chí, theo khoản 2 Điều 45, nếu viên chức đơn phương chấm dứt hợp đồng ngoài 6 trường hợp đã được quy định thì viên chức không được hưởng trợ cấp thôi việc.

So sánh trường hợp viên chức đơn phương chấm dứt hợp đồng đối với hai loại hợp đồng làm việc sẽ thấy quy định của pháp luật không hoàn toàn thỏa đáng.

Đối với hợp đồng xác định thời hạn: thực chất đây là một hình thức để đơn vị sự nghiệp có thời gian, điều kiện kiểm tra năng lực, trình độ, ý thức của người được tuyển dụng trước khi quyết định sử dụng họ lâu dài. Nếu năng lực, trình độ, ý thức của họ không đáp ứng được yêu cầu của công việc thì khi hết thời hạn hợp đồng, đơn vị có thể không ký kết hợp đồng tiếp và lựa chọn người khác thích hợp hơn. Hợp đồng xác định thời hạn ở đây hoàn toàn không mang tính chất vụ việc nên nếu viên chức chấm dứt hợp đồng trước khi hết hạn hợp đồng thì công việc không hề bị ảnh hưởng bất lợi. Trong khi đó, đối với hợp đồng không thời hạn: đây là trường hợp đơn vị sự nghiệp công lập đã khẳng định được viên chức có đủ năng lực, trình độ, ý thức để hoàn thành nhiệm vụ và đã có kế hoạch sử dụng họ lâu dài, thậm chí có thể đã giao họ nắm giữ những vị trí, thực hiện những nhiệm vụ quan trọng của đơn vị. Do vậy, việc viên chức làm việc theo hợp đồng không thời hạn đơn phương chấm dứt hợp đồng có khả năng gây bất lợi cho đơn vị nhiều hơn so với việc viên chức làm việc theo hợp đồng xác định thời hạn. Kết quả so sánh này cho thấy, việc quy định không hạn chế các trường hợp đơn phương chấm dứt hợp đồng đối với viên chức làm việc theo hợp đồng không thời hạn nhưng lại hạn chế các trường hợp đơn phương chấm dứt hợp đồng đối với viên chức làm việc theo hợp

(Xem tiếp trang 62)

XÂY DỰNG, HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT THI HÀNH ÁN HÌNH SỰ VỀ “TẠM THA CÓ ĐIỀU KIỆN”

NGÔ VĂN TRÙ*

Nhân đạo, khoan hồng, hướng thiện là đạo đức truyền thống của dân tộc ta, là quan điểm, chủ trương nhất quán của Đảng, Nhà nước trong quá trình xây dựng, hoàn thiện hệ thống pháp luật nói chung và pháp luật hình sự nói riêng, đặc biệt trong giai đoạn xây dựng Nhà nước pháp quyền của dân, do dân, vì nhân dân và thực hiện hội nhập quốc tế.

Quan điểm, chủ trương này đã được thể hiện tập trung, rõ nét trong Nghị quyết số 49-NQ/TW ngày 02/6/2005 của Bộ Chính trị về Chiến lược Cải cách tư pháp đến năm 2020; trong đó nhấn mạnh: “Cải cách tư pháp phải... coi trọng việc hoàn thiện chính sách pháp luật hình sự và thủ tục tư pháp, đề cao hiệu quả phòng ngừa và tính hướng thiện trong việc xử lý người phạm tội; giảm hình phạt tù, mở rộng áp dụng... hình phạt cải tạo không giam giữ đối với một số loại tội phạm; từng bước thực hiện việc xã hội hóa... một số công việc thi hành án”. Trên cơ sở đó, nhiều văn bản quy phạm pháp luật đã được sửa đổi, bổ sung hoặc ban hành mới như Bộ luật Hình sự, Bộ luật Tố tụng hình sự, Luật

Đặc xá, Luật Thi hành án hình sự...; một số biện pháp hình sự mang tính nhân đạo, khoan hồng đã được quy định như đại xá, đặc xá, giảm thời hạn, miễn chấp hành hình phạt tù, tạm đình chỉ thi hành án phạt tù...

Thực tiễn thi hành các biện pháp này trong thời gian qua đã cho thấy sự đúng đắn, hiệu quả và ý nghĩa tích cực¹ mang lại đối với xã hội, Nhà nước và bản thân người phạm tội. Không chỉ bảo đảm tính trừng trị, răn đe, giáo dục, cải tạo người phạm tội và đấu tranh, phòng chống tội phạm, bảo đảm trật tự xã hội mà còn mang ý nghĩa nhân văn, nhân đạo, mở ra cơ hội mới để người phạm tội tái hòa nhập cộng đồng để phát triển; đồng thời, giảm bớt áp lực, nguồn lực cho công tác quản lý người phạm tội và phục vụ tốt yêu cầu chính trị, góp phần phát triển đất nước. Song bên cạnh đó, cũng đã xuất hiện những hạn chế, bất cập và vướng mắc, khó khăn cần phải tiếp tục nghiên cứu giải quyết. Trong đó, có một vấn đề đang được quan tâm và cần nghiên cứu thấu đáo, đó là xây dựng cơ chế “tạm tha có điều kiện trong thi hành án phạt tù”.

* **Đại tá, ThS. Phó Cục trưởng Cục C86 - Tổng cục VIII, Bộ Công an.**

1 Từ năm 2002 đến 2012, Việt Nam đã có 107.709 người được đặc xá, trong đó phần lớn đã ổn định cuộc sống, hoà nhập cộng đồng, tỷ lệ người được đặc xá vi phạm pháp luật chỉ chiếm 3,02%.

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

1. Tạm tha và cơ sở, sự cần thiết của việc bổ sung quy định về “tạm tha có điều kiện” trong pháp luật thi hành án hình sự

Tạm tha (parole) là từ có nguồn gốc từ tiếng Pháp cổ, *parol*, với nghĩa là “lời hứa danh dự” (của một tù nhân, tù binh để được tha). Đến đầu thế kỷ XX (1908), *parole* đã trở thành thuật ngữ hình sự với nghĩa là “thả (phóng thích) một tù nhân trước thời hạn tù với những điều kiện kèm theo”². Đến nay, “tạm tha” đã trở thành thuật ngữ pháp lý hình sự khá phổ biến ở nhiều quốc gia trên thế giới với hàm ý chỉ một trong hệ thống các chính sách hình sự (hay biện pháp, cách thức quản lý phạm nhân) mang tính nhân đạo và xã hội hóa của Nhà nước. Tạm tha thường được xếp với một số chính sách cùng loại như: đại xá, đặc xá, tạm tha, miễn, giảm thời hạn chấp hành án, giam giữ tại nhà, kết hợp giam giữ và điều trị, cải huấn tại cộng đồng...

Có thể nêu một số đặc điểm nổi bật của “tạm tha” được pháp luật các nước quy định để so sánh với một số chính sách tương tự như sau:

(i) Chỉ áp dụng đối với người đang chấp hành án phạt tù (hẹp hơn đại xá, đặc xá);

(ii) Thường áp dụng đối với phạm nhân được cho rằng “không nguy hiểm cho xã hội và không nhất thiết phải giam giữ”. Có thể mỗi nước có quy định khác nhau, nhưng về cơ bản đều xác định phạm nhân là người phạm tội lần đầu, phạm tội do vô ý, phạm tội ít nghiêm trọng, nghiêm trọng nhưng đã chấp hành được một phần của bản án; có nhân thân tốt, biết ăn năn, hối cải, có thái độ và kết quả cải tạo tốt...

(iii) Sau khi có lệnh tạm tha thì người được tạm tha không bị giam giữ (không ở trong tù mà sinh sống bên ngoài xã hội với cộng đồng);

(iv) Có thể thực hiện tạm tha thường xuyên bởi cơ quan Nhà nước có thẩm quyền (có thể theo đợt nhưng không chặt chẽ như đại xá, đặc xá);

(v) Mang đặc tính tư pháp và xã hội hóa nên thường được tiến hành bởi cơ quan tư pháp (không nặng tính chính trị như đại xá, đặc xá);

(vi) Về mặt pháp lý, người được tạm tha vẫn là phạm nhân và vẫn đang thi hành án phạt tù (hậu quả pháp lý khác đại xá, đặc xá);

(vii) Có cơ chế giám sát chặt chẽ sau đó.

Ở nước ta, thuật ngữ “tạm tha” chưa được định nghĩa một cách chính thức, phổ biến trong từ điển tiếng Việt và trong các văn bản quy phạm pháp luật về hình sự hiện nay cũng không quy định biện pháp này. Có chăng, ở giai đoạn 1945 - 1957, thuật ngữ này được sử dụng trong một số văn bản quy phạm pháp luật³ nhưng lại có nội hàm khác. Theo các văn bản này, “tạm tha” được hiểu là *hệ quả pháp lý từ việc tạm giữ, tạm giam*. Tức là, sau thời hạn tạm giữ, tạm giam, cơ quan có thẩm quyền có thể ra quyết định “tha hẳn, tạm tha, hoặc giải lên Toà án nhân dân hoặc công an cấp trên”. Lệnh tạm tha thường được áp dụng khi xét thấy việc tạm giam không cần thiết cho cuộc điều tra nữa, hoặc việc tạm tha không gây nguy hiểm gì cho trật tự chung; hoặc đối với những can phạm già yếu, có bệnh nặng, hoặc phụ nữ có thai nghén, hoặc phụ nữ đang thời kỳ cho con bú (nhưng nêu cần sẽ giám thị tại chỗ ở).

Trong pháp luật hình sự hiện hành không có quy định về tạm tha phạm nhân nhưng có một số khái niệm khá tương đồng như (i) đại xá, (ii) đặc xá; (iii) giảm thời hạn; (iv) miễn chấp hành hình phạt tù; (v) tạm đình chỉ chấp hành án phạt tù. Tuy nhiên, nếu so sánh với khái niệm và các đặc điểm của tạm tha như trên thì có sự khác biệt.

2 <http://dictionary.reference.com/browse/parole>

3 (i) Sắc lệnh về việc bảo vệ tự do cá nhân năm 1946; (ii) Sắc lệnh ấn định thủ tục truy tố các khinh tội hay trọng tội khi phạm nhân là Bộ trưởng, Thứ trưởng, Chủ tịch Ủy ban hành chính Kỳ hay tỉnh và Đại biểu Quốc hội năm 1946; (iii) Luật về Bảo đảm quyền tự do thân thể và quyền bất khả xâm phạm đối với nhà ở, đồ vật, thư tín của nhân dân năm 1957...

Theo chúng tôi, việc nghiên cứu để xây dựng cơ sở pháp lý về tạm tha trong hệ thống pháp luật thi hành án phạt tù ở nước ta là cần thiết, bởi những lý do cơ bản sau đây:

Thứ nhất, đây là một biện pháp phù hợp với bản chất nhân đạo và chính sách khoan hồng của xã hội, Nhà nước, Đảng ta; đồng thời, góp phần hiện thực hóa tư tưởng của Hiến pháp mới năm 2013 về đề cao, tôn trọng, bảo vệ quyền con người, quyền và nghĩa vụ của công dân. Rõ ràng là nếu tạm tha được triển khai thì nhiều khía cạnh của quyền con người sẽ được bảo đảm hơn như ăn, mặc, ở, đi lại...;

Thứ hai, tạm tha là một biện pháp hình sự mới, việc bổ sung vào luật sẽ không gây chông chéo, làm ảnh hưởng quá nhiều tới thực tế thực thi các biện pháp tương đồng trong thi hành án phạt tù hiện nay như đại xá, đặc xá, miễn, giảm thời hạn chấp hành án phạt tù, tạm đình chỉ chấp hành án phạt tù... Mặt khác, còn tăng tính đa dạng của các biện pháp, qua đó tăng sự linh động, chủ động trong việc lựa chọn các biện pháp cũng như bảo đảm tính phù hợp, hiệu quả.

Có thể thấy rõ hơn sự cần thiết của việc bổ sung biện pháp tạm tha qua sự việc xảy ra tại Đồng Nai, Bình Dương, Hà Tĩnh vào tháng 5/2014 (xuất phát từ việc người dân biểu tình phản đối việc Trung Quốc hạ đặt giàn khoan Hải Dương 981 trái phép vào vùng thềm lục địa, vùng đặc quyền của Việt Nam), đã có trên 300 trường hợp bị xử lý nhưng không có trường hợp nào là “tù tha”.

Thứ ba, góp phần khắc phục được một số hạn chế, bất cập từ công tác đặc xá hiện nay như số lượng người được đặc xá nhiều và có xu hướng tăng, trong khi đó hậu quả

pháp lý của đặc xá là “tha tù trước thời hạn” nên trong một số trường hợp, rất khó quản lý, kiểm soát và xử lý đối với những đối tượng sau khi đã được đặc xá.

Thứ tư, phù hợp với thực tế công tác giáo dục, cải tạo và chủ trương xã hội hóa công tác hình sự cũng như giảm áp lực cho công tác quản lý và tiết kiệm ngân sách nhà nước.

Thực tiễn cho thấy, (i) hiệu quả, công tác giáo dục, cải tạo có chuyển biến tích cực rõ nét trong những năm qua (tỷ lệ phạm nhân cải tạo khá, tốt chiếm trên 60%; số tha tù tái phạm chỉ 6%, ở thành phố là trên 7%); (ii) từ năm 2008 đến 2013, bình quân hàng năm, số lượng người có án phạt tù tăng khoảng 13%. Điều này gây áp lực rất lớn đối với công tác quản lý cũng như tốn kém ngân sách của Nhà nước⁴. Theo tính toán ban đầu, nếu thực hiện biện pháp tạm tha thì hàng năm có khoảng 7.000 phạm nhân được tạm tha và tiết kiệm cho ngân sách khoảng 250 tỉ đồng⁵. Đây cũng là cơ sở đáng tin cậy cho việc có thể mở rộng biện pháp hình sự để đối tượng được hòa nhập cộng đồng sớm hơn.

Thứ năm, là sự kế thừa, phát triển quy định của pháp luật hình sự Việt Nam, đồng thời phù hợp với xu thế của nhiều nước trên thế giới.

Đối với pháp luật Việt Nam, như đã đề cập ở phần trên, biện pháp tạm tha đã được quy định trước đó. Dù rằng nội hàm có sự khác biệt, nhưng cũng đã có những nét tương đồng như về đối tượng, điều kiện... làm cơ sở cho việc kế thừa, phát triển chính sách hình sự trong giai đoạn hiện nay.

Tạm tha là một biện pháp trong thi hành án phạt tù được khá nhiều nước trên thế giới áp dụng, kể cả ở những nước phát triển (Mỹ,

4 Để đầu tư xây dựng mới 01 Phân trại có quy mô giam giữ 1.000 phạm nhân, cần kinh phí khoảng 100 tỷ đồng và kinh phí chi cho hoạt động thi hành án phạt tù, chi cho việc thực hiện chế độ ăn, ở, mặc và các chế độ khác cho 01 phạm nhân bình quân là 36 triệu đồng/năm và biên chế cho 01 phân trại khoảng 160 cán bộ, chiến sỹ.

5 Xem: Suy nghĩ về một đề tài xây dựng dự án Luật Tạm tha cho phạm nhân, (<http://vksdongnai.gov.vn>)

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

Canada, Anh, Hà Lan, Thụy Sĩ, Thụy Điển, Nhật Bản, Australia...) hay ở những nước đang phát triển (Thái Lan, Ma-lai-xi-a...). Hiện nay, ở Châu Âu đã lập Hiệp hội Tạm tha và hình thành Hiệp hội Tạm tha thế giới với sự tham gia của nhiều quốc gia. Kinh nghiệm cho thấy, việc thực hiện biện pháp tạm tha là có hiệu quả, chứa đựng nhiều yếu tố tích cực.

2. Một số kiến nghị về tạm tha trong quá trình xây dựng, hoàn thiện pháp luật thi hành án hình sự

Thứ nhất, cần có nhận thức, quan điểm thống nhất, chính xác về tạm tha có điều kiện

Trước hết, phải coi tạm tha *chỉ là thay đổi hình thức thực hiện chấp hành án phạt tù*, từ chỗ đang chấp hành án phạt tù trong các cơ sở giam giữ, sang “nơi mới” ở cộng đồng xã hội (không giam giữ); chỉ áp dụng đối với những phạm nhân cải tạo tiến bộ và kèm theo những cơ chế giám sát cụ thể nhằm mục đích giúp những phạm nhân này có cơ hội, điều kiện dần tái hoà nhập cộng đồng.

Cụ thể hơn, “tạm tha có điều kiện” là hình phạt tù không giam giữ cho phạm nhân có mức án còn lại do Chánh án Tòa án nhân dân tối cao quyết định tạm tha có điều kiện cho phạm nhân bị kết án phạt tù có thời hạn, tù chung thân đã được ân giảm có thời hạn, trên cơ sở đề nghị của Bộ trưởng Bộ Công an, Bộ trưởng Bộ Quốc phòng, Viện Kiểm sát nhân dân tối cao, Mặt trận Tổ quốc Việt Nam. Phạm nhân có đủ điều kiện phải viết đơn xin tạm tha và cam kết thực hiện các quy định của Tòa án nhân dân và phải chịu sự quản lý, giáo dục của chính quyền địa phương.

Trong thời gian tạm tha, nếu người được tạm tha có hành vi vi phạm pháp luật hoặc các quy định bắt buộc đối với người được tạm tha thì sẽ bị huỷ bỏ quyết định tạm tha và phải đưa trở lại các cơ sở giam giữ để tiếp tục chấp hành hết thời hạn tù còn lại; trường

hợp phạm tội mới thì phải tổng hợp phần án phạt tù còn lại với bản án phạt tù mới.

Về cách thức hoàn thiện cơ sở pháp lý quy định về tạm tha có điều kiện, có thể bổ sung những quy định có liên quan vào trong Bộ luật Hình sự và Bộ luật Tố tụng hình sự hoặc ban hành một đạo luật mới.

Thứ hai, đối tượng, điều kiện để xét tạm tha có điều kiện và trường hợp không được xét tạm tha có điều kiện

- *Đối tượng xét tạm tha có điều kiện là người bị kết án phạt tù đang chấp hành án phạt tù tại trại giam, trại tạm giam, Cơ quan thi hành án hình sự Công an cấp huyện, Cơ quan thi hành án hình sự cấp quân khu.*

Điều kiện để phạm nhân được xét tạm tha có điều kiện bao gồm:

(i) Phạm tội lần đầu;

(ii) Đã thực sự chấp hành ít nhất được một phần hai (1/2) thời hạn tù;

(iii) Đối với những người phạm tội do vô ý, vượt quá giới hạn phòng vệ chính đáng, vượt quá yêu cầu của tình thế cấp thiết; phạm nhân là người chưa thành niên, phụ nữ có con nhỏ, phạm nhân là lao động chính hoặc cả vợ và chồng đang chấp hành án phạt tù có hoàn cảnh gia đình khó khăn (nên ưu tiên cho người là vợ); trường hợp đặc biệt (đã lập công lớn trong khi chấp hành án phạt tù; mắc bệnh hiểm nghèo hoặc đã quá già yếu, nữ 60 tuổi, nam 70 tuổi trở lên) thì đều phải chấp hành được ít nhất một phần ba (1/3) thời hạn tù;

(iv) Đã thực sự ăn năn hối cải, chấp hành tốt Nội quy trại giam, trại tạm giam, nhà tạm giữ, tích cực học tập, lao động cải tạo, liên tục được xếp loại chấp hành án phạt tù từ khá trở lên;

(v) Đã chấp hành xong hình phạt bổ sung là phạt tiền, bồi thường thiệt hại, tiền truy thu, án phí hoặc nghĩa vụ dân sự khác, trừ những phạm nhân không bị kết án phạt tù về các tội phạm về tham nhũng đã 70 tuổi trở lên hoặc trên 60 tuổi nhưng thường xuyên

ôm đau hoặc người đang mắc bệnh hiểm nghèo mà bản thân người đó và gia đình không còn khả năng thực hiện;

(vi) Phạm nhân đang chấp hành án phạt tù mà trước đó đã được Toà án quyết định giảm thời hạn chấp hành hình phạt tù hoặc giảm xuống có thời hạn đối với người bị kết án chung thân;

(vii) Có đơn của phạm nhân xin tạm tha và cam kết tuân thủ pháp luật, các quy định bắt buộc đối với người được tạm tha; chấp hành nghiêm chỉnh các quy định của địa phương, nội quy, quy chế nơi cư trú, làm việc;

(viii) Có nơi cư trú nhất định;

(ix) Khi được tạm tha không làm ảnh hưởng đến an ninh, trật tự, an toàn xã hội.

- Các trường hợp không được xét tạm tha có điều kiện:

(i) Bản án hoặc quyết định của Toà án đối với phạm nhân đang có kháng nghị theo thủ tục giám đốc thẩm hoặc tái thẩm; phạm nhân đang bị truy cứu trách nhiệm hình sự về hành vi phạm tội khác hoặc đã được tạm tha có điều kiện hoặc đã được đặc xá;

(ii) Phạm nhân bị kết án về các tội đặc biệt nghiêm trọng xâm phạm an ninh quốc gia, tham nhũng có án phạt tù 15 năm trở lên, tội phạm chiến tranh, tội phạm phá hoại hoà bình;

(iii) Những đối tượng không thuộc diện được tạm tha theo quy định của từng đợt xét tạm tha.

Thứ ba, thời điểm và diện đối tượng xét tạm tha

Có thể quy định “cứng” 1-2 năm/lần (vì đa số là tội phạm ít nghiêm trọng nên hình phạt dưới 5 năm tù) hoặc theo hướng “mềm” là căn cứ vào yêu cầu chính trị, pháp luật và thực tế công tác thi hành án hình sự, Bộ trưởng Bộ Công an thống nhất với Bộ trưởng Bộ Quốc phòng, Viện trưởng Viện Kiểm sát

nhân dân tối cao, Chánh án Toà án nhân dân tối cao quy định thời điểm và diện đối tượng xét tạm tha có điều kiện theo đề nghị của Cơ quan quản lý thi hành án hình sự Bộ Công an, Bộ Quốc phòng.

Thứ tư, thời gian chấp hành tạm tha và thử thách đối với người được tạm tha có điều kiện

Thời gian chấp hành tạm tha đối với người được tạm tha là thời gian còn lại chưa chấp hành án phạt tù, tính từ ngày công bố quyết định tạm tha. Thời gian thử thách bằng thời gian còn lại của án phạt tù, nhưng không quá 05 năm đối với phạm nhân phạm tội lúc tuổi vị thành niên.

Thứ năm, trình tự, thủ tục xét, đề nghị, quyết định tạm tha

- Hội đồng xét, đề nghị tạm tha của trại giam thuộc Bộ Công an, Bộ Quốc phòng lập hồ sơ đề nghị tạm tha chuyển cho Hội đồng Thẩm định của Cơ quan quản lý thi hành án hình sự Bộ Công an, Bộ Quốc phòng kiểm tra, thẩm định. Các trại tạm giam thuộc Bộ Công an, Bộ Quốc phòng lập hồ sơ, báo cáo cơ quan quản lý trực tiếp cấp trên xem xét và đề nghị Hội đồng Thẩm định của Cơ quan quản lý thi hành án hình sự Bộ Công an, Bộ Quốc phòng kiểm tra, thẩm định.

Hội đồng xét, đề nghị tạm tha của Cơ quan thi hành án hình sự Công an cấp huyện và trại tạm giam do Công an cấp tỉnh quản lý lập hồ sơ đề nghị tạm tha có điều kiện, báo cáo Cơ quan thi hành án hình sự Công an cấp tỉnh xem xét, đề nghị Hội đồng Thẩm định của Cơ quan quản lý thi hành án hình sự Bộ Công an kiểm tra, thẩm định. Hội đồng xét, đề nghị tạm tha có điều kiện của trại giam, trại tạm giam cấp quân khu quản lý lập hồ sơ đề nghị tạm tha có điều kiện, báo cáo Cơ quan thi hành án hình sự cấp quân khu xem xét, đề nghị Hội đồng Thẩm định của Cơ quan quản lý thi hành án hình sự Bộ Quốc phòng kiểm tra, thẩm định.

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

Khi họp Hội đồng đề xét, đề nghị tạm tha của các trại giam, trại tạm giam thuộc Bộ Công an, Bộ Quốc phòng; Cơ quan thi hành án hình sự Công an cấp tỉnh mời Viện Kiểm sát nhân dân cấp tỉnh hoặc Viện Kiểm sát quân sự cấp quân khu (đối với trại giam, trại tạm giam thuộc Bộ Quốc phòng) dự và kiểm sát.

- Cơ quan quản lý thi hành án hình sự Bộ Công an báo cáo lãnh đạo Bộ Công an; Cơ quan quản lý thi hành án hình sự Bộ Quốc phòng báo cáo lãnh đạo Bộ Quốc phòng xem xét, phê duyệt chính thức hồ sơ, danh sách đề nghị Hội đồng xét, quyết định tạm tha của Tòa án nhân dân tối cao.

- Tòa án nhân dân tối cao thành lập Hội đồng xét, quyết định tạm tha có điều kiện do Chánh án hoặc Phó Chánh án Tòa án nhân dân tối cao làm Chủ tịch, các uỷ viên gồm: Đại diện lãnh đạo Viện Kiểm sát nhân dân tối cao, Bộ Công an, Bộ Quốc phòng, đại diện Ủy ban trung ương Mặt trận Tổ quốc Việt Nam và một số lãnh đạo đơn vị thuộc Tòa án nhân dân tối cao có liên quan.

Thứ sáu, quyền, nghĩa vụ và quản lý người được tạm tha có điều kiện

Trong thời gian tạm tha, người được tạm tha được hưởng các quyền cơ bản của công dân (trừ những quyền mà Tòa án đã hạn chế hoặc tước bỏ trong bản án đã tuyên đối với từng người và các nội dung trong quy định bắt buộc đối với người được tạm tha). Đồng thời, phải thực hiện các quy định bắt buộc gồm:

- Sau khi được tạm tha phải trình báo ngay UBND cấp xã nơi về cư trú và đăng ký tạm trú theo quy định của Luật Cư trú;

- Thực hiện cam kết của mình về tuân thủ pháp luật và các quy định tạm tha; chấp hành nghiêm chỉnh quy định của địa phương, nội quy, quy chế nơi cư trú, làm việc. Không

thực hiện các hành vi vi phạm pháp luật làm ảnh hưởng đến an ninh, trật tự đến mức phải ra quyết định xử lý hành chính;

- Chấp hành nghiêm các quy định về quản lý, giám sát và giáo dục người được tạm tha;

- Chịu sự quản lý, giám sát, giáo dục của UBND cấp xã, đơn vị quân đội được giao quản lý, giám sát; Cơ quan thi hành án hình sự Công an cấp huyện, cơ quan thi hành án hình sự cấp quân khu nơi cư trú, làm việc và người được cơ quan có thẩm quyền phân công quản lý, giáo dục;

- Bị hạn chế quyền tự do cư trú. Đi khỏi địa bàn cấp xã nơi cư trú trong thời gian 01 ngày (24 giờ) phải được sự đồng ý của cán bộ được giao quản lý, giáo dục trực tiếp; từ trên 01 ngày trở lên phải được sự đồng ý của UBND cấp xã;

- Phải có mặt theo yêu cầu của UBND cấp xã hoặc đơn vị quân đội được giao quản lý, giám sát, giáo dục đối với đối tượng quân đội quản lý; Cơ quan thi hành án hình sự Công an cấp huyện, Cơ quan thi hành án hình sự cấp quân khu;

- Định kỳ hàng tháng hoặc khi có yêu cầu phải báo cáo bằng văn bản việc chấp hành các quy định đối với người được tạm tha với UBND cấp xã hoặc đơn vị quân đội được giao quản lý, giám sát, giáo dục; Cơ quan thi hành án hình sự Công an cấp huyện, Cơ quan thi hành án hình sự cấp quân khu;

- Bị cấm tham gia tổ chức chính trị; cấm đảm nhận chức vụ, quyền hạn; bị cấm tham gia các hoạt động có điều kiện; không được thực hiện quyền bầu cử, ứng cử đại biểu HĐND các cấp; quyền bầu cử, ứng cử đại biểu Quốc hội;

- Người đang được tạm tha không được hưởng đặc xá ■

QUYỀN BẢO CHỮA TRONG TỔ TỤNG HÌNH SỰ CỘNG HÒA LIÊN BANG ĐỨC

NGUYỄN QUYẾT THẮNG*

Cộng hòa Liên bang Đức là quốc gia có mô hình tố tụng hình sự (TTHS) khá tương đồng và phù hợp với Việt Nam, đặc biệt hiện nay, pháp luật TTHS Đức cũng đang trong giai đoạn hoàn thiện, mở rộng phạm vi đảm bảo quyền bào chữa. Việc tìm hiểu các quy định của pháp luật tố tụng Đức về quyền bào chữa và việc đảm bảo quyền bào chữa sẽ là những kinh nghiệm tốt khi nghiên cứu hoàn thiện pháp luật TTHS nước ta.

1. Đặc điểm tố tụng hình sự của Đức có liên quan đến quyền bào chữa

Hiến pháp Đức (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland) - có hiệu lực từ sau chiến tranh thế giới thứ hai ở Tây Đức - tiếp tục được duy trì khi nước Đức thống nhất hai miền. Hiến pháp chứa đựng nhiều nội dung liên quan đến việc đảm bảo công bằng trong tố tụng, như: tính chất không thể xâm phạm và không thể chuyển dịch của quyền con người và tác động ràng buộc của những quyền đó đối với cơ quan lập pháp, hành pháp và tư pháp (Điều 1); quyền được đảm bảo xét xử bởi Tòa án... (khoản 1 Điều 103). Tuy nhiên, Hiến pháp không quy định rõ ràng về quyền bào chữa mà quyền bào chữa được quy định trong Bộ luật TTHS Đức (Strafprozeßordnung, viết tắt là StPO). Đây là nguồn chính của các quy định TTHS Đức có liên quan tới quyền bào chữa. Bộ luật này

có hiệu lực từ năm 1877 và được sửa đổi gần nhất bởi đạo luật ban hành ngày 20/6/2013 (Federal Law Gazette Part I p. 1602)¹. Đức là quốc gia liên bang nhưng trong lĩnh vực tư pháp hình sự chỉ áp dụng thống nhất một đạo luật cho toàn liên bang, không có sự khác biệt. Ngoài ra, một số nội dung liên quan đến quyền bào chữa còn được quy định trong một số văn bản luật khác có liên quan như: Luật Tổ chức Tòa án, Đạo luật về Người chưa thành niên...

Mô hình TTHS Đức về cơ bản là mô hình tố tụng thẩm vấn có kết hợp với một số yếu tố của mô hình tố tụng tranh tụng. TTHS Đức có ba chức năng cơ bản: i) chức năng buộc tội do cảnh sát, viện công tố, tư tố viên, người bị hại thực hiện; ii) chức năng bào chữa do người bào chữa, bị can, bị cáo thực hiện; iii) chức năng xét xử do tòa án thực hiện. Tuy nhiên, các chức năng này chưa có sự phân định rõ ràng ngay trong Bộ luật

* **GV. Bộ môn Pháp luật, Học viện An ninh nhân dân**

1 Xem Bộ luật TTHS Đức hiện hành tại http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

TTHS Đức mà có mối quan hệ chặt chẽ, đan xen nhau, thậm chí chồng lấn nhau về chức năng giữa các cơ quan². Cụ thể, các cơ quan cảnh sát, viện công tố và tòa án đều có quyền thu thập chứng cứ buộc tội và gỡ tội nhằm chứng minh tội phạm và người phạm tội. Tại phiên tòa, vai trò của thẩm phán chủ tọa phiên tòa là rất nổi bật trong khi vai trò của luật sư thì không thật sự năng động như luật sư ở các quốc gia khác.

2. Đảm bảo quyền bào chữa và nội dung quyền bào chữa trong Bộ luật Tố tụng hình sự Đức

Thời điểm đảm bảo quyền có người bào chữa và số lượng người bào chữa tham gia bào chữa

Quyền có người bào chữa được quy định tại Điều 137 Bộ luật TTTHS Đức cho phép người bị buộc tội có quyền nhận được sự trợ giúp pháp lý từ người bào chữa trong quá trình tố tụng mà không có sự hạn chế. Theo quy định hiện hành của Bộ luật TTTHS Đức, người bị bắt giữ được thông báo quyền giữ im lặng và quyền được tư vấn bởi người bào chữa (do anh ta lựa chọn) ở bất kỳ giai đoạn tố tụng nào, thậm chí trước khi tiến hành thủ tục thẩm vấn. Chính vì vậy, khi bị bắt giữ, người bị bắt thường được khuyên nên im lặng nếu bị cảnh sát thẩm vấn và yêu cầu được gặp luật sư. Việc giữ im lặng cho đến khi nói chuyện với luật sư sẽ không bị coi là tình tiết chống lại người bị bắt (khoản 1 Điều 136 Bộ luật TTTHS Đức).

Trước đây, người bào chữa thường chỉ được phép tham gia vụ án sau khi hồ sơ đã chuyển cho cơ quan công tố³. Luật sư thường bị ngăn cản không được tham gia sớm vào giai đoạn thẩm vấn tại đồn cảnh sát và sự tham gia của luật sư do cảnh sát quyết định.

Do vậy, thông thường luật sư không được gặp bị can cho đến khi bị can được tiếp xúc với công tố viên hoặc thẩm phán.

Tuy nhiên, theo quy định tại khoản 1 Điều 140 và khoản 3 Điều 141 Bộ luật TTTHS Đức hiện hành, vào thời điểm lệnh bắt giữ có hiệu lực đã được thông báo hoặc đưa ra bởi tòa án, người bị bắt giữ sẽ được chỉ định người bào chữa ngay lập tức. Sự chỉ định này sau đó phải được gửi đến tòa án có thẩm quyền. Khi người bị tình nghi bị giam giữ tại nơi tạm giam hoặc khi bị cảnh sát bắt giữ, thẩm phán có thể chỉ định luật sư bào chữa theo yêu cầu của người bị tình nghi và cơ quan công tố phải ghi nhận đơn yêu cầu ngay trong hồ sơ nếu là trường hợp chỉ định theo khoản 1 khoản 2 Điều 140 Bộ luật TTTHS Đức (các trường hợp bào chữa bắt buộc).

Sự chỉ định người bào chữa như vậy sẽ không căn cứ vào tình hình tài chính của người bị tình nghi, bởi vì người bào chữa được chỉ định có quyền yêu cầu ngân khố quốc gia trả các khoản chi phí bào chữa. Để đảm bảo yêu cầu người bào chữa sẽ được chỉ định trong thời gian trước mắt, một quyết định đưa ra bởi Tòa án tối cao Đức (Rechtssprechungs-Report năm 2006, trang 181) đã quy định rằng, cảnh sát phải thông báo cho bất kỳ người tình nghi nào khi họ bị bắt rằng, họ có thể gọi luật sư bào chữa riêng hoặc gọi đến dịch vụ tư vấn khẩn cấp của luật sư cho dù họ không đủ khả năng tài chính để thuê luật sư⁴. Các thông tin về luật sư trên toàn liên bang sẽ được cập nhật liên tục và cung cấp cho người bị tình nghi để họ có thể thực hiện các cuộc gọi đến các dịch vụ tư vấn khẩn cấp. Số điện thoại liên lạc với luật sư phải luôn được cung cấp tại các cơ sở giam giữ và phải được cung cấp cho người bị giam giữ khi họ có yêu cầu⁵.

2 Viện Khoa học Kiểm sát, *Sổ chuyên đề về mô hình TTTHS một số nước trên thế giới (số 1+2) năm 2011*, tr. 43.

3 Mireille Delmas - Marty, T.R.Dpencer: *European Criminal Procedures*, Cambridge University Press, 2002, tr. 313.

4 *Response of the German Government to the report of the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) on its visit to Germany from 25 November to 2 December 2010*, <http://www.cpt.coe.int/documents/deu/2012-07-inf-eng.pdf>, truy cập ngày 25/2/2014.

5 *Response of the German Government to the report of the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) on its visit to Germany from 25 November to 2 December 2010*, <http://www.cpt.coe.int/documents/deu/2012-07-inf-eng.pdf>, truy cập ngày 25/2/2014).

Khoản 1 Điều 137 Bộ luật TTHS Đức cũng quy định không quá ba người bào chữa sẽ tham gia bào chữa cho một người bị buộc tội. Nếu bị can hay bị cáo có người đại diện theo pháp luật, người đó cũng có thể tham gia cùng với luật sư bào chữa một cách độc lập. Nguyên nhân việc hạn chế số lượng người bào chữa chính thức xuất phát từ thực tiễn xét xử tại Đức những năm 1970, khi có nhiều vụ án hình sự mà hoạt động tố tụng bị cản trở bởi có quá nhiều luật sư tại phòng xét xử. Xuất phát từ thực tiễn đó, việc hạn chế số lượng luật sư bào chữa chính thức được quy định trong Bộ luật TTHS Đức từ năm 1974⁶.

Tuy nhiên, người bị buộc tội có thể thuê nhiều luật sư làm việc cho mình nếu muốn, nhưng chỉ có ba luật sư trong số đó được quyền tham gia phiên tòa, phát biểu trước tòa và có đầy đủ các quyền của người bào chữa.

Người bào chữa theo quy định của Bộ luật TTHS Đức

Theo quy định của Bộ luật TTHS Đức hiện hành thì chủ thể có thể tham gia bào chữa cho người bị buộc tội khá rộng. Người bị buộc tội có thể chọn một luật sư đang hành nghề (attorney at law) hay một giáo sư luật ở một trường đại học Đức làm người bào chữa (khoản 1 Điều 138 Bộ luật TTHS Đức). Cả hai nhóm người bào chữa này đều có địa vị pháp lý như nhau và tùy thuộc vào sự lựa chọn của người bị buộc tội. Tuy nhiên, như đã phân tích ở trên, không quá ba người bào chữa sẽ được lựa chọn.

Ngoài ra, những người khác cũng có thể được tòa án cho phép tham gia bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của người bị buộc tội, bao gồm vợ (chồng) hoặc người đại diện hợp pháp của người bị buộc tội (khoản 1, 2 Điều 138 Bộ luật TTHS Đức). Tuy nhiên, theo quy định tại khoản 3 Điều 149 Bộ luật TTHS Đức thì trong giai đoạn đầu của quá trình tố tụng, quyết định chấp nhận sự tham gia và có mặt của người bào chữa sẽ được xem xét

thận trọng bởi tòa án.

Bào chữa bắt buộc

Điều 140 Bộ luật TTHS Đức quy định cụ thể các trường hợp bắt buộc phải có sự tham gia và có mặt của luật sư bào chữa, bao gồm:

1. Phiên xét xử chính được tiến hành theo thủ tục sơ thẩm tại Tòa án khu vực cấp trên (oberlandesgericht) hoặc tại Tòa án khu vực (landgericht);

2. Bị can/bị cáo bị truy tố về một tội nghiêm trọng (Verbrechen);

3. Quá trình tố tụng có thể dẫn đến lệnh cấm làm một công việc nhất định;

4. Duy trì sự giam giữ theo Điều 112 hoặc Điều 112a hoặc áp dụng biện pháp đưa vào cơ sở chữa bệnh tạm thời theo Điều 126a hoặc khoản 6 Điều 275a Bộ luật TTHS Đức được thực hiện chống lại người bị buộc tội;

5. Bị can/bị cáo đã bị đưa vào một nơi giam giữ trong thời gian ít nhất là ba tháng căn cứ vào lệnh của tòa án hoặc với sự phê chuẩn của thẩm phán và sẽ không được trả tự do ít nhất là hai tuần trước khi bắt đầu phiên xử chính;

6. Quyết định đối với bị can/bị cáo theo Điều 81 Bộ luật TTHS Đức đang được cân nhắc áp dụng để chuẩn bị cho kết luận về tình trạng tâm thần của người đó;

7. Thủ tục tạm giam để ngăn chặn (preventive detention) đang được thực hiện;

8. Nguyên người bào chữa đã bị loại khỏi việc tham gia quá trình tố tụng bằng một quyết định;

9. Cần phải có một luật sư trợ giúp cho người bị hại theo quy định tại Điều 397a và khoản 3, 4 Điều 406g Bộ luật TTHS Đức.

Ngoài ra, trong những trường hợp khác, thẩm phán chủ tọa phiên tòa sẽ chỉ định người bào chữa theo yêu cầu hoặc theo quy định của pháp luật nếu sự trợ giúp của luật sư là rất cần thiết bởi tính chất nghiêm trọng

6 The Guarantee of Defence Counsel and the Exclusionary, Rules on Evidence in Criminal Proceedings in Germany, <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=871> (truy cập ngày 24/2/2014).

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

của hành vi phạm tội, hoặc bởi sự khó khăn của sự việc hay vụ án, hoặc nếu có bằng chứng cho rằng người bị buộc tội không thể tự bào chữa cho chính họ. Yêu cầu người bào chữa của người bị buộc tội bị khiếm khuyết về khả năng nghe và nói cũng sẽ được đảm bảo.

Sự vắng mặt của luật sư hay người bào chữa trong các trường hợp trên đồng nghĩa với việc vi phạm thủ tục tố tụng theo khoản 5 Điều 338 Bộ luật TTHS Đức.

Nếu người bị buộc tội trong các trường hợp trên không có một luật sư hay người bào chữa nào tham gia bào chữa cho họ, thì tòa án sẽ chỉ định người bào chữa trong số các luật sư đang hành nghề tại một tòa án khu vực. Khi đó, người bị buộc tội sẽ có cơ hội chọn luật sư trong thời gian nhất định và thẩm phán chủ tọa phiên tòa phải chỉ định luật sư đó cho người bị buộc tội, trừ khi có lý do đặc biệt để không làm như vậy (khoản 1 Điều 142 Bộ luật TTHS Đức).

Sự chỉ định này sẽ bị hủy bỏ nếu người bị buộc tội đã lựa chọn được người bào chữa và việc lựa chọn đó được chấp nhận (Điều 143 Bộ luật TTHS Đức).

Kinh phí cho việc đảm bảo quyền bào chữa

Theo quy định tại Điều 464a Bộ luật TTHS Đức, những chi phí cần thiết mà người bị kết án phải nộp bao gồm án phí (khoản 1) và những chi phí cần thiết khác (khoản 2) như: phân phí bồi thường cho những mất mát không thể tránh khỏi về mặt thời gian theo các quy định về áp dụng bồi thường cho nhân chứng và những chi phí cho luật sư bào chữa. Tòa án sẽ xác định người sẽ phải gánh chịu những chi phí này dựa trên quy định của Bộ luật TTHS.

Khoản 2 Điều 464 Bộ luật TTHS Đức quy định, đối với các khoản chi phí cần thiết khác, trong đó có chi phí cho luật sư bào chữa, sẽ do tòa án xác định trong bản án hoặc trong quyết định chấm dứt quá trình tố tụng.

Theo quy định tại khoản 1 Điều 465 Bộ luật TTHS Đức, người bị tòa án tuyên có tội sẽ phải chi trả tất cả án phí. Tuy nhiên, trong trường hợp họ được tuyên vô tội hoặc nếu việc mở phiên tòa chính thức bị từ chối hoặc nếu phiên tòa xét xử bị cáo chấm dứt thì án phí và cả những chi phí cần thiết sẽ do Nhà nước chi trả (khoản 1 Điều 467 Bộ luật TTHS Đức).

Như vậy, về nguyên tắc, người bị buộc tội phải trả kinh phí cho việc bào chữa sau khi bị buộc tội và kết án. Người bị buộc tội sẽ không phải trả chi phí này nếu như họ được người bào chữa chỉ định bảo vệ quyền lợi của mình và được tòa án tuyên vô tội.

Một vấn đề khác cần đặt ra là đảm bảo quyền bào chữa trong trường hợp người bị kết án không đủ tiền để thuê luật sư. Trên thực tiễn, người bị buộc tội có thể yêu cầu tòa án chỉ định một luật sư cho mình (Điều 140 Bộ luật TTHS Đức). Người bị buộc tội sẽ không đương nhiên được chỉ định luật sư bào chữa trong mọi trường hợp, nên người bị buộc tội cần phải làm đơn yêu cầu đến công tố viên xem xét, sau đó công tố viên sẽ chuyển đơn này đến thẩm phán phụ trách vụ án để quyết định xem người bị buộc tội có cần thiết phải chỉ định luật sư bào chữa hay không⁷. Thông thường, người bị buộc tội sẽ được đáp ứng yêu cầu nếu như rơi vào các trường hợp quy định tại Điều 140 Bộ luật TTHS Đức. Do vậy, khả năng tài chính của người bị buộc tội không quyết định việc đảm bảo quyền bào chữa của họ.

Trên lý thuyết, không có sự khác biệt giữa việc trả chi phí bào chữa bởi Nhà nước hay người bị buộc tội. Tuy nhiên, trên thực tế, nhiều người bào chữa thích được trả bởi Nhà nước hơn bởi vì người bị buộc tội đôi khi không có nhiều tiền, do vậy không đảm bảo chắc chắn cho việc chi trả chi phí bào chữa, trong khi Nhà nước thì luôn luôn phải trả. Do đó, nhiều luật sư chấp nhận yêu cầu bào chữa từ người bị buộc tội (Điều 142 Bộ luật TTHS Đức), sau đó lại đề nghị với thẩm

7 <http://www.lg2g.info/all-about-courts-and-lawyers-in-germany/all-about-criminal-courts-in-germany/defense>

phán chủ tọa phiên tòa rằng họ không chấp nhận công việc nữa (Điều 143 Bộ luật TTHS Đức) và khi đó bắt buộc tòa án phải chỉ định người bào chữa khác (khoản 1 Điều 140 Bộ luật TTHS Đức).

Hiện nay, nếu người bị buộc tội không đủ khả năng thuê luật sư bào chữa vào lúc đầu, họ có thể dựa vào sự trợ giúp của luật sư được Nhà nước chỉ định, bất kể người bị buộc tội là người Đức hay người nước ngoài. Trong trường hợp này, họ được gọi là người bào chữa công chúng (Pflichtverteidiger). Luật sư công chúng được cung cấp bởi Nhà nước nhưng không có nghĩa là miễn phí. Chỉ có bào chữa bắt buộc thì chi phí cho luật sư mới do Nhà nước chi trả, nhưng nếu bị can, bị cáo bị kết luận phạm tội thì họ phải trả chi phí này.

Trên thực tế, luật sư bào chữa công chúng ít khi được cung cấp và đề nghị cho người bị tình nghi bởi các cơ quan tố tụng khi vụ án đang trong giai đoạn điều tra. Thông thường, luật sư công chúng chỉ được đề nghị sau khi đã có bản cáo trạng. Người bị tình nghi thường bị thẩm vấn, lấy lời khai bởi công tố viên hay cảnh sát mà không có sự hiện diện của luật sư nếu như người bị buộc tội không có tiền thuê luật sư. Chính vì vậy, để đảm bảo quyền lợi của mình, người bị tình nghi thường sẽ im lặng cho đến khi có luật sư bào chữa⁸.

Một số quyền cụ thể của người bào chữa quy định trong Bộ luật TTHS Đức

Các quyền của người bào chữa được quy định rải rác trong các điều luật khác nhau. Những nét đặc trưng nhất về quyền của người bào chữa được quy định trong Bộ luật TTHS Đức là:

- Trong giai đoạn tiền xét xử, người bào chữa có quyền tiến hành việc điều tra độc lập với tòa án và không chịu bất kỳ sự cưỡng bách nào. Người bào chữa cũng có quyền đề nghị công tố viên thu thập những chứng cứ

nhất định; quyền thay mặt cho bị can, bị cáo nhận các tài liệu và thông tin (Điều 145a); kiểm tra hồ sơ vụ án mà tòa án đã có, kiểm tra các biên bản ghi lời khai bị can mà người bào chữa có mặt khi ghi lời khai; kiểm tra việc giám định của chuyên gia; được thông báo ngày xét xử và tham gia quá trình thẩm vấn⁹.

Người bào chữa được tham gia tố tụng từ khi người bị tình nghi bị bắt.

Khi bị cáo bị thẩm vấn thì luật sư có quyền có mặt và được phép tham gia trong suốt quá trình thẩm vấn bị cáo và được báo trước về ngày tiến hành thẩm vấn. Tuy nhiên, quyền này có thể không được thực hiện nếu việc thông báo gây bất lợi cho quá trình điều tra (Điều 168c).

- Trong giai đoạn xét xử, tại phiên tòa, người bào chữa có quyền được thông báo ngày xét xử; được trình bày trước tòa án (khoản 2 Điều 257); quyền được hỏi và thẩm vấn người làm chứng và người giám định (khoản 2 Điều 240), đưa ra chứng cứ có lợi cho bị cáo (Điều 244).

Người bào chữa cũng có thể đại diện cho bị cáo nói lời sau cùng (Điều 259) và tiến hành việc kháng cáo nhưng không được trái với ý muốn của bị cáo (khoản 2 Điều 297).

Người bào chữa đưa ra phát biểu cuối cùng và đề nghị mức án, thường là mức thấp nhất trong khung hình phạt.

- Trong tất cả các giai đoạn tố tụng, người bào chữa có quyền không phải cung cấp những thông tin liên quan đến vụ án do họ biết được trong quá trình bào chữa cho người bị buộc tội (Điều 53).

Ngoài ra, Điều 148 có một trong những quy định quan trọng đảm bảo hoạt động bào chữa của người bào chữa trong Bộ luật TTHS Đức. Theo đó, giữa người bào chữa và người bị buộc tội được giao tiếp mà không bị kiểm soát. Người bị buộc tội có

⁸ <http://www.ferner-legal.com/2013/04/criminal-defense-in-germany-if-defendant-can-not-afford-a-lawyer/german-lawyer/criminal-defense/>, truy cập ngày 15/12/2013.

⁹ Các Điều 145a, Điều 147 Bộ luật TTHS Đức.

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

quyền giao tiếp bằng lời nói hoặc văn bản viết với luật sư bào chữa, cho dù người bị buộc tội có đang bị tạm giam, tạm giữ hay không (khoản 1 Điều 148), trừ một số trường hợp đặc biệt (khoản 2 Điều 148). Sự trao đổi thư từ hay tư vấn bằng lời nói giữa người bị buộc tội và luật sư không phải chịu sự kiểm duyệt của tòa án hay sự giám sát của bảo vệ. Khi người bị buộc tội nhận được thư từ luật sư, họ được quyền giữ chúng mà không có sự can thiệp của cảnh sát bởi quy định về “thư của luật sư bào chữa” (verteidigerpost - defense attorney mail), quy định tại khoản 1 Điều 97 Bộ luật TTHS Đức¹⁰. Quy định này đảm bảo rằng, bất kỳ ghi chép nào có chứa thông tin bí mật mà luật sư bào chữa có được

sẽ không bị tịch thu. Hầu hết các quyền nêu trên cũng được thừa nhận đối với bị can, bị cáo... nhưng một số quyền chỉ dành cho người bào chữa, trong đó quan trọng nhất là quyền được tiếp cận toàn bộ hồ sơ vụ án, bao gồm cả những chứng cứ có lợi hay bất lợi đối với thân chủ của họ. Điều này chứng tỏ các quyền của người bào chữa không phải xuất phát từ quyền của bị can, bị cáo mà quyền của người bào chữa được ghi nhận độc lập trong Bộ luật TTHS Đức. Người bào chữa có địa vị pháp lý riêng, độc lập trong tư pháp khi tham gia vào hoạt động TTHS và cùng với người bị buộc tội thực hiện chức năng “gỡ tội” trong khi viện công tố thực hiện chức năng buộc tội ■

10 <http://www.lg2g.info/all-about-courts-and-lawyers-in-germany/all-about-criminal-courts-in-germany/defense>.

CHẾ ĐỊNH HỢP ĐỒNG ...

(Tiếp theo trang 50)

đồng có thời hạn là thiếu sức thuyết phục.

Mặt khác, nếu so sánh với Luật Cán bộ, công chức thì cán bộ được xin thôi làm nhiệm vụ khi không đủ sức khỏe; không đủ năng lực, uy tín; theo yêu cầu nhiệm vụ; hoặc vì lý do khác (Điều 30 Luật Cán bộ, công chức); công chức được thôi việc trong trường hợp: do sắp xếp tổ chức; theo nguyện vọng và được cấp có thẩm quyền đồng ý; khi công chức hai năm liên tiếp không hoàn thành nhiệm vụ (Điều 59 Luật Cán bộ, công chức). Mặc dù cán bộ, công chức là người trong biên chế, tức là mối quan hệ ràng buộc của họ với cơ quan họ làm việc chặt chẽ hơn mối quan hệ giữa viên chức với đơn vị sự nghiệp và hoạt động của cán bộ, công chức là hoạt động công vụ, song các quy định của Luật Cán bộ, công chức về trường hợp được xin thôi làm nhiệm vụ và thôi việc nói trên rất cởi mở. Trong các trường hợp thôi làm

nhiệm vụ, thôi việc bao gồm cả trường hợp chỉ vì nguyện vọng cá nhân của cán bộ, công chức.

Từ phân tích trên có thể thấy, Luật Viên chức quy định về hai loại hợp đồng làm việc, các trường hợp áp dụng của mỗi loại hợp đồng và quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng, như vậy thực chất pháp luật vẫn chú trọng việc tạo thuận lợi cho đơn vị sự nghiệp công lập hơn là bảo đảm quyền tự quyết của viên chức, đặc biệt thể hiện rõ đối với loại hợp đồng xác định thời hạn. Để đảm bảo sự công bằng, bình đẳng giữa các bên tham gia ký kết hợp đồng cũng như bảo vệ quyền, lợi ích chính đáng của viên chức, pháp luật nên quy định viên chức làm việc theo hợp đồng xác định thời hạn cũng có quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng một cách không hạn chế giống như viên chức làm việc theo hợp đồng không xác định thời hạn ■

ĐỊNH HƯỚNG CHỦ ĐỀ VIẾT BÀI ĐĂNG TẢI TRÊN TẠP CHÍ NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP NĂM 2015

1. Chuyên mục Nhà nước và pháp luật

Bên cạnh các đề tài truyền thống, trong năm 2015 Tạp chí sẽ chú trọng đăng tải các bài viết về đổi mới tổ chức hoạt động của Quốc hội, các cơ quan của Quốc hội và đại biểu Quốc hội theo định hướng xây dựng Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa của dân, do dân và vì dân. Trong đó, đặt trọng tâm vào các bài viết liên quan đến hoạt động của Quốc hội, các cơ quan của Quốc hội, các Ban của Ủy ban Thường vụ Quốc hội và đại biểu Quốc hội.

Tạp chí hoan nghênh các bài viết về tổ chức và hoạt động của các cơ quan nhà nước thực hiện quyền hành pháp, quyền tư pháp.

Tạp chí tiếp tục đăng tải các bài viết bình luận về Hiến pháp năm 2013 nhằm giới thiệu, tuyên truyền những giá trị tiến bộ của bản Hiến pháp; các bài viết về cải cách tư pháp, cải cách hành chính; đổi mới hoạt động lập pháp; về vấn đề xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật, các bài viết phục vụ Kỷ niệm 70 năm ngày Tổng tuyển cử đầu tiên bầu ra Quốc hội (6/1/1946 - 6/1/2016), Kỷ niệm 15 năm ngày thành lập Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp (14/12/2000 - 14/12/2015)...

2. Chuyên mục Bàn về dự án luật

Trong năm 2015, Tạp chí sẽ chú trọng đăng tải các bài nghiên cứu, góp ý liên quan đến nội dung các dự án luật quan trọng được dự kiến trong Chương trình xây dựng luật, pháp lệnh năm 2014 và Chương trình xây dựng luật, pháp lệnh năm 2015 của Quốc hội như: Luật Tổ chức Chính phủ (sửa đổi); Luật Kiểm toán nhà nước; Luật Đơn vị hành chính - kinh tế đặc biệt; Luật Ngân sách nhà nước; Luật Bầu cử đại biểu Quốc hội và đại biểu Hội đồng nhân dân; Luật Tổ chức chính quyền địa phương; Luật Mặt trận Tổ quốc Việt Nam (sửa đổi); Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật; Luật Nghĩa vụ quân sự (sửa đổi); Bộ luật Dân sự (sửa đổi); Bộ luật Hình sự (sửa đổi); Bộ luật Tố tụng hình sự (sửa đổi); Luật Tố tụng hành chính (sửa đổi); Luật Tổ chức cơ quan điều tra hình sự; Luật Tạm giữ, tạm giam; Luật Hoạt động giám sát của Quốc hội và Hội đồng nhân dân; Luật Trưng cầu ý dân; Luật Biểu tình...

3. Chuyên mục Thực tiễn pháp luật

Cùng với việc đăng tải các bài viết liên quan đến việc triển khai thực hiện các luật, pháp lệnh trên thực tế, nêu và phân tích được những khó khăn, vướng mắc, hạn chế của các quy định pháp luật trong quá trình thực hiện, đề xuất những giải pháp khắc phục, Tạp chí coi trọng các bài viết cung cấp thông tin về kinh nghiệm thực tiễn trong hoạt động của Quốc hội, Hội đồng nhân dân, các cơ quan của Quốc hội, Đoàn đại biểu Quốc hội và đại biểu Quốc hội.

Ngoài ra, Tạp chí sẽ ưu tiên đăng tải các bài viết cung cấp cơ sở lý luận và thực tiễn để phục vụ cho hoạt động giám sát của Quốc hội trong năm 2015 với các chuyên đề:

THÔNG TIN LẬP PHÁP

- Việc thực hiện chính sách, pháp luật về giảm nghèo giai đoạn 2005-2012;
- Việc thực hiện nhiệm vụ phát triển kinh tế - xã hội và ngân sách nhà nước năm 2014; tình hình thực hiện kế hoạch phát triển kinh tế - xã hội và dự toán ngân sách nhà nước những tháng đầu năm 2015 và các báo cáo khác của các cơ quan hữu quan theo quy định của pháp luật;
- Tổ chức và hoạt động của Chính phủ, Tòa án nhân dân tối cao, Viện kiểm sát nhân dân tối cao; Hoạt động quản lý, chỉ đạo, điều hành thuộc lĩnh vực phụ trách của Chính phủ, Chánh án Tòa án nhân dân tối cao, Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân tối cao;
- Việc thực hiện chính sách, pháp luật về đầu tư và bảo đảm chất lượng đào tạo và cải cách hệ thống giáo dục Việt nam.

4. Chuyên mục Chính sách

Xuất phát từ các nhiệm vụ phát triển kinh tế xã hội mà nghị quyết của Quốc hội đã đề ra, Tạp chí tập trung vào các vấn đề về hoàn thiện các chính sách liên quan đến chính sách trong hoạt động lập pháp, yêu cầu hội nhập quốc tế, phát triển kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa, chống tham nhũng, lãng phí và phòng và chống tội phạm; Chính sách gắn với phát triển bền vững, tăng trưởng với công bằng xã hội và chống lạm phát, đảm bảo việc làm, an sinh xã hội. Coi trọng các bài viết đề xuất các giải pháp và kiến nghị hoàn thiện các cơ chế, chính sách trong các lĩnh vực kinh tế - dân sự, lao động, văn hoá giáo dục, khoa học công nghệ, y tế và xóa đói giảm nghèo, việc thực hiện tái cấu trúc nền kinh tế, doanh nghiệp nhà nước và hệ thống ngân hàng theo Nghị quyết số 10/2011/QH13 của Quốc hội về Kế hoạch phát triển kinh tế - xã hội 5 năm 2011-2015.

5. Chuyên mục Kinh nghiệm quốc tế

Năm 2015, Tạp chí tiếp tục tập trung vào các vấn đề pháp luật quốc tế liên quan đến những kinh nghiệm xây dựng hiến pháp, lập pháp và tổ chức bộ máy nhà nước của các nước để tham khảo, vận dụng vào tình hình thực tiễn Việt Nam; các thiết chế về bảo vệ quyền của tổ chức, cá nhân trong quá trình hội nhập quốc tế; Các cơ chế quốc tế về phòng, chống tội phạm; Những vấn đề liên quan đến bảo vệ chủ quyền quốc gia; Bảo vệ an ninh, chủ quyền lãnh thổ trên biển; Các vấn đề về ASEAN.

TẠP CHÍ NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

