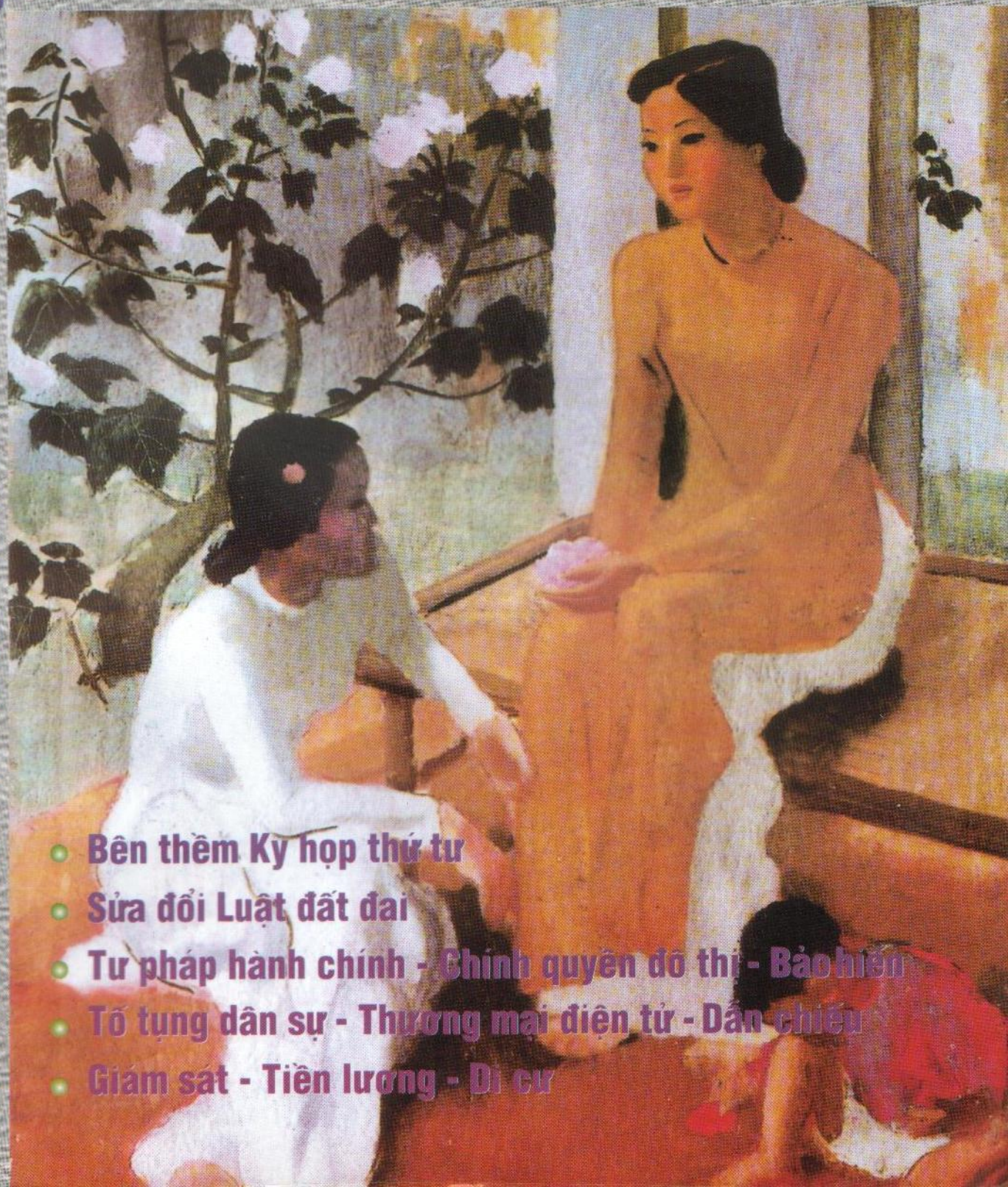


Nghiên cứu **LẬP PHÁP**

● VĂN PHÒNG QUỐC HỘI



- **Bên thêm Kỳ họp thứ tư**
- **Sửa đổi Luật đất đai**
- **Tư pháp hành chính - Chính quyền đô thị - Bảo hiến**
- **Tổ tụng dân sự - Thương mại điện tử - Dân chiều**
- **Giám sát - Tiền lương - Di cư**

NCLP

TRỤ SỞ
 27A Vông Thị - Tây Hồ
 Hà Nội
 ĐT: 080-48486 / 48487
 Fax: 080-48486
 E-mail: nclp@hn.vnn.vn

BAN CỐ VẤN
Vũ Mão
 TS. Vũ Đức Khiển
 TS. Trần Ngọc Đ-ờng
 Trần Quốc Thuận

TỔNG BIÊN TẬP
 Nguyễn Chí Dũng

PHÁT HÀNH
 Tại Hà Nội:
 ĐT: 080-43364
 Tại TP. Hồ Chí Minh:
 ĐT: 080-83771

GIẤY PHÉP XUẤT BẢN
 Số 117/GP ngày 30/3/2001
 của Bộ Văn hoá - Thông tin

TÀI KHOẢN
944.25.008
 Tạp chí
 Nghiên cứu Lập pháp
 Tại kho bạc nhà n-ớc
 Quận Tây Hồ - Hà Nội

In tại Nhà in Báo Thanh Hoá

Mục lục

THỜI SỰ - TRAO ĐỔI

- Sổ tay cử tri
Cải tiến thủ tục ở Quốc hội *CDN* 2
Tìm nguồn để cải cách tiền l-ơng *Hồ Ngọc Cẩn* 6
Nhân dịp sửa đổi Luật đất đai
Chế độ sở hữu đất toàn dân: một số suy nghĩ *Lê Văn Tú* 9
Quản lý đất đai theo cách tiếp cận tài sản *Nguyễn Thị Cam* 12
Quốc hội cần tập trung giám sát những vấn đề kinh tế vĩ mô *Nguyễn Thị Cẩm Ngọc* 15
Ý kiến nhân dân
Góp ý vào Dự án Luật *NCLP* 17

NGHIÊN CỨU NHÀ N-ỚC

- Sự hình thành và phát triển của t- pháp hành chính ở n-ớc ta** *Vũ Th-* 23
Đổi mới mô hình tổ chức chính quyền địa ph-ơng ở đô thị hiện nay *Bùi Xuân Đức* 29
Cơ chế giám sát bảo hiến: góc nhìn tham khảo *Nguyễn Đức Lam* 34

NGHIÊN CỨU PHÁP LUẬT

- Cần sửa đổi chế độ góp vốn bằng giá trị quyền sử dụng đất** *Nguyễn Quang Tuyến* 44
Tố tụng dân sự có yếu tố n-ớc ngoài trong việc xây dựng Bộ luật Tố tụng dân sự *Nguyễn Ngọc Khánh* 49
Một số góp ý vào Dự thảo Pháp lệnh th-ơng mại điện tử *Vũ Thái Hà* 55
T- pháp quốc tế Việt Nam và vấn đề dẫn chiếu trong lĩnh vực hợp đồng *Đỗ Văn Đại* 64

LỊCH SỬ NHÀ N-ỚC VÀ PHÁP LUẬT

- Tính “n-ớc” của nhà n-ớc cổ truyền Việt Nam** *Bùi Ngọc Sơn* 72

TRANG ĐỊA PH-ƠNG

- Ng-ời ngoại tỉnh di c- vào Hà Nội: chuyện không chỉ của công an ph-ơng** *Nguyễn An* 81

Ảnh bìa: Hai thiếu nữ và em bé (Tranh sơn dầu: Tô Ngọc Vân)

Sổ tay cử tri

CẢI TIẾN THỦ TỤC Ở QUỐC HỘI

CDN

B-ớc vào Kỳ họp thứ t- của Quốc hội khoá XI, ai cũng đều thừa nhận rằng Quốc hội Việt Nam đang có thêm nhiều hoạt động h-ớng tới thực chất và hiệu quả. Ng-ời ta nói tới “*đổi mới*” hoạt động của Quốc hội khi đề cập đến tầm vĩ mô về ph-ơng pháp và thể chế, hoặc nói tới sự “*cải tiến*” khi bàn luận về những việc mới, hình thức hoạt động mới hình thành, theo kiểu vừa làm vừa rút kinh nghiệm, ví dụ hình thức họp đại biểu chuyên trách về các dự án luật.

Cử tri thật thú vị khi theo dõi những thay đổi tích cực và nhanh chóng của Quốc hội qua mỗi nhiệm kỳ. Thú vị mà không sốt ruột, bởi thiết chế dân chủ nghị viện là một thiết chế vốn rất mới trong lịch sử văn hoá dân tộc vốn nhiều thăng trầm, mặc dù truyền thống dân chủ trong sinh hoạt cộng đồng đã tồn tại từ xa x-a. Những thay đổi trong sinh hoạt của Quốc hội vừa là kết quả tích tụ của những bài học kinh nghiệm của các

khóa tr-ớc, của sự tiếp thu ý kiến cử tri và kết hợp với việc học tập kinh nghiệm nghị viện n-ớc ngoài một cách lựa chọn, thích ứng với hoàn cảnh và điều kiện Việt Nam.

“*Sổ tay cử tri*” dành trọng tâm trao đổi bên thêm kỳ họp thứ t- về một số vấn đề xung quanh h-ớng đổi mới hoạt động của Quốc hội qua những thảo luận chuẩn bị kỳ họp này.

Ch-ơng trình giám sát của Quốc hội là gì?

Phiên họp thứ 13 của Ủy ban Thường vụ Quốc hội (UBTVQH) thảo luận vấn đề này một cách sôi nổi. Từ tr-ớc tới nay ch-a hề có tiền lệ Quốc hội thông qua ch-ơng trình giám sát cả năm. Văn phòng Quốc hội đề nghị UBTVQH cân nhắc đ-a vào ch-ơng trình kỳ họp một nghị quyết của Quốc hội thông qua ch-ơng trình này vì Điều 8 của Luật Giám sát của Quốc hội đã quy định.

Câu hỏi đặt ra là Ch-ơng trình giám sát của Quốc hội bao

hàm hoạt động giám sát của Quốc hội tại các kỳ họp (qua nghe báo cáo giám sát chuyên đề và kết luận bằng nghị quyết) hay còn bao gồm định h-ớng chủ đề giám sát của cả năm để giao UBTVQH, Hội đồng dân tộc và các Ủy ban thực hiện? Nếu theo cách hiểu thứ nhất, thì số chuyên đề giám sát phải rất ít về số l-ợng, để Quốc hội có thời gian thảo luận và ra nghị quyết; không thể chấp nhận tình trạng đ-a nhiều chuyên đề vào ch-ơng trình để rồi không có điều kiện xem xét và kết luận. Bàn về chủ tr-ơng “*thà ít mà khả thi*” này, Chủ tịch Nguyễn Văn An đã khẳng định “...*Quốc hội đã giám sát thì phải có kết luận, thà nói ít mà làm đ-ợc..., nếu đ-a vào ch-ơng trình nhiều việc mà Quốc hội không bố trí nghe đ-ợc, không kết luận đ-ợc thì có vấn đề*”. Vậy thì ch-ơng trình giám sát hàng năm của UBTVQH, Hội đồng dân tộc (HĐDDT) và các uỷ ban của Quốc hội có nên thể hiện vào Ch-ơng trình giám sát của

Quốc hội hay không? Trong phiên họp Th-ờng vụ, không có ý kiến nào phủ nhận hoạt động giám sát của các cơ quan này. Tuy nhiên, về khía cạnh “*Lập ch-ơng trình*” có hai ý kiến đáng chú ý: *một là*, giám sát đã đ-ợc coi là hoạt động chức năng thì phải có ch-ơng trình để bố trí ngân sách và thời gian, và Quốc hội cần phê chuẩn chương trình này theo định h-ớng chủ đề, trên cơ sở đăng ký của các cơ quan của Quốc hội; *hai là*, xuất phát từ bản chất giám sát th-ờng xuyên nên chủ đề giám sát phải là chủ đề thật bức xúc, nổi lên qua thực tiễn, và tùy thuộc sự nhận diện của các cơ quan của Quốc hội mà cơ quan đó quyết định giám sát và báo cáo Quốc hội, do đó không thể dự liệu tr-ớc theo kiểu “*tự mình sinh ra rồi tự mình vun đắp cho đẹp*”¹. Đây thực sự là hai vấn đề đáng bàn để hoạt động giám sát đi vào thực chất, không gò ép theo ch-ơng trình. Tại phiên họp thứ t-, Quốc hội sẽ quyết định cuối cùng về ch-ơng trình giám sát. Nh-ng cho dù quyết định nh- thế nào đi nữa thì các hoạt động giám sát của các cơ quan của Quốc hội tựu trung cũng chính là hoạt động giám sát liên tục của Quốc hội. Bên

cạnh đó, ít nhất tại một kỳ họp trong năm, Quốc hội cũng cần giành thời gian để nghe và ra nghị quyết ít nhất về một chuyên đề giám sát do các cơ quan của Quốc hội cùng Chính phủ chuẩn bị. Thảo luận trên đây thể hiện rõ h-ớng đi vào thực chất trong hoạt động giám sát của Quốc hội. Cũng từ cuộc thảo luận này nảy sinh một vấn đề: do Quốc hội hoạt động không th-ờng xuyên cho nên phải quan niệm nh- thế nào về vai trò và hiệu lực của các hoạt động của các cơ quan của Quốc hội giữa hai kỳ họp?

Địa vị pháp lý của các cơ quan của Quốc hội giữa hai kỳ họp

Các cơ quan của Quốc hội nói ở đây tr-ớc hết bao gồm UBTVQH, HĐDT và các uỷ ban th-ờng trực của Quốc hội. Thực tế cho thấy trong thời gian gần đây, UBTVQH - cơ quan điều phối hoạt động của Quốc hội giữa hai kỳ họp đã tổ chức nghe và cho ý kiến nhiều lần về cùng một báo cáo hoặc dự án luật. Tần suất nhiều nhất là bốn lần đối với một dự án. Nếu tính cả số lần các đại biểu chuyên trách và các uỷ ban xem xét thì con số này lên tới hàng chục lần.

Điều này thể hiện tinh thần chuẩn bị kỹ l-ỡng. Tuy nhiên, điều này cũng gợi suy nghĩ về tính pháp lý của từng lần cho ý kiến và của từng cơ quan của Quốc hội trong mỗi lần trình UBTVQH. Không khỏi có ý kiến cho rằng nếu UBTVQH “*bao sân*” HĐDT và các uỷ ban sẽ yếu đi. Xu hướng cải tiến hoạt động của Quốc hội không phải là tăng c-ờng một UBTVQH mạnh lấn át HĐDT và các uỷ ban, mà ng-ợc lại phải tăng c-ờng chế độ làm việc th-ờng xuyên và trách nhiệm của HĐDT và các uỷ ban. Hội nghị đại biểu chuyên trách cho ý kiến về các dự án luật cũng không thể thay thế cho các hoạt động thẩm tra của HĐDT và các uỷ ban. Khẳng định chủ tr-ơng này, Chủ tịch Quốc hội Nguyễn Văn An phát biểu rõ chính kiến: “*Trong lập pháp và giám sát thì Hội đồng dân tộc và các Uỷ ban phải chủ động là chính*”. Ông còn nhấn mạnh rằng: thức cũng thế mà ngu cũng thế, tôi chỉ tâm niệm nh- vậy.

Về sự khác biệt giữa hai lần trình Quốc hội: Bàn về bố trí thời gian thông qua một dự án luật tại lần trình thứ hai, UBTVQH đối diện với câu hỏi:

¹ Bà Trần Thị Tâm Đan, Chủ nhiệm Uỷ ban văn hoá, giáo dục, thanh thiếu niên và nhi đồng. Bà cho rằng các uỷ ban vẫn thực hiện giám sát th-ờng xuyên và cuối năm đều có báo cáo Quốc hội; UBTVQH cũng thực hiện giám sát qua nghe các uỷ ban báo cáo về giám sát, còn ch-ơng trình giám sát của cả Quốc hội không nên lập tr-ớc; tại kỳ họp, nếu thấy có vấn đề bức xúc nổi lên trong năm thì Quốc hội đ-a vào Nghị quyết phát triển kinh tế-xã hội của năm tới để nghe Chính phủ báo cáo tại phiên họp sau và ra Nghị quyết giám sát về vấn đề này.

Điều hành thảo luận về dự án luật ở lần trình thứ hai ở mức độ nào là vừa phải? Câu trả lời liên quan tới cách đặt vấn đề về ý nghĩa pháp lý của lần trình thứ nhất và sự liên quan tới lần trình thứ hai. Lần trình thứ nhất, nếu chỉ nhằm để “cày vãi”² vấn đề mà không có một quyết định định hướng rõ ràng để chỉnh lý thì phạm vi chỉnh lý, thẩm tra sẽ vô tận, để lại khoảng trống thảo luận “từ đầu” trong lần trình thứ hai, không giúp đẩy nhanh tiến độ thông qua luật. Không ít ý kiến ủng hộ một nghị quyết hoặc văn bản t-ơng tự của Quốc hội ghi nhận những ý kiến kết luận của Quốc hội tại lần trình thứ nhất. Đó chính là cơ sở để lần trình thứ hai, Quốc hội sẽ chỉ tập trung thảo luận những vấn đề có ý kiến khác nhau và nhanh chóng đi vào phần biểu quyết. Đây là những vấn đề có ý nghĩa quan trọng trong thủ tục làm việc của Quốc hội. Nếu thực hiện tốt thì việc thông qua dự án ở lần hai sẽ nhanh chóng và các dự án ch-a đ-ợc chuẩn bị tốt trong lần hai sẽ bị gác lại³, dành chỗ cho những dự án -u tiên khác đ-ợc chuẩn bị kỹ hơn.

Quốc hội “nghe” trình bày hay là “nghe đọc” ? Thực tiễn cũ của Quốc hội các khoá những năm 70, 80 là “nghe đọc” các báo cáo. Thời gian đó, Quốc hội cũng chỉ họp trong khoảng một tuần hoặc nửa tháng. Cùng với sự tăng lên của các vấn đề và trách nhiệm của Quốc hội trong việc xem xét⁴, thì các báo cáo ngày càng nhiều hơn và có phần dài hơn, sinh ra phiền nhiễu khi Quốc hội chỉ tới hội tr-ờng để ngồi nghe đọc toàn văn báo cáo đã in sẵn. Từ đó phát sinh đề xuất giới hạn thời gian trình bày các báo cáo thay vì đọc nguyên văn. Hậu quả của cải tiến này là phải bố trí thời gian để đại biểu đọc tr-ớc các tài liệu tr-ớc khi thảo luận. Phần lớn các tài liệu lại đ-ợc cung cấp tại chỗ; phiên họp cuối năm lại trùng vào thời gian gấp gáp hoàn thành kế hoạch cuối năm mà các đại biểu kiêm nhiệm vốn đồng thời giữ nhiều trọng trách ở ngành và địa ph-ơng đều có cảm giác nh-ngồi trên đống lửa, do đó không tránh khỏi sự trông cậy một số đại biểu chuyên trách nghiên cứu giùm để làm nòng cốt phát biểu. Nh- vậy cải tiến này phải

đi đôi với yêu cầu khẩn tr-ơng chuẩn bị tài liệu gửi tới đại biểu tr-ớc kỳ họp.

Cho dù cải tiến cách trình bày báo cáo thì vẫn còn một việc mà Quốc hội vẫn phải “nghe đọc” toàn văn, đó là các dự án luật tại phiên thông qua. Việc cân nhắc giản tiện động tác đọc từng điều, từng ch-ơng một dự án luật tr-ớc khi biểu quyết gặp phải khó khăn do Luật ban hành văn bản quy phạm pháp luật đã quy định. Nếu tại mỗi kỳ họp tr-ớc đây Quốc hội chỉ thông qua từ 4 đến 5 đạo luật thì với tốc độ thông qua bẩy đến tám đạo luật trong một phiên họp hiện nay, việc đọc toàn văn dự án tr-ớc khi thông qua lại trở thành một gánh nặng thủ tục.

Ai giúp thể hiện chỉnh lý các dự án luật? Trong giai đoạn dự án luật đã sang “sân” Quốc hội, nhất là sau lần trình thứ nhất, th-ờng thấy các uỷ ban và cơ quan soạn thảo cùng sát cánh chỉnh lý. Nh- vậy là vẫn ch-a đi vào một mối. Về mặt thể hiện vẫn mang tính chất làm văn tập thể để rồi đến giai đoạn tại kỳ họp thông qua, sẽ

² Nói theo hình ảnh của Chủ nhiệm UBPL Vũ Đức Khiển tại phiên họp 13 UBTVQH (8-18/10/2003). Ông nhắc lại ý kiến một số cử tri về lần lấy ý kiến nhân dân vừa qua: Quốc hội đã thảo luận về hai dự án luật rồi, tức là đã quyết định cơ bản một lần rồi thì lấy ý kiến nhân dân làm gì? Xin đừng coi lần thứ nhất là lần Quốc hội cày vãi.

³ Trong thủ tục làm việc của Quốc hội, cũng ch-a rõ một dự án bị gác lại ở lần hai thì có thể đ-ợc tái xem xét ở Quốc hội theo thủ tục nào? Suy từ cách làm việc theo ch-ơng trình của Quốc hội ta thì nếu cơ quan trình không rút dự án thì Quốc hội cứ tiếp tục phải xem xét cho đến hết nhiệm kỳ, và đến nhiệm kỳ sau, cơ quan trình dự án lại phải trình lại. Thủ tục nghị viện một số n-ớc (hoạt động th-ờng xuyên) bắt buộc trình lại dự án trong năm tới khi nghị viện bàn về ch-ơng trình làm luật, nếu nghị viện đã quyết định gác dự án lại.

⁴ Ví dụ: tr-ớc đây Quốc hội ch-a xem xét và quyết định về các dự án quốc gia quan trọng.

vẫn còn phải chỉnh lý theo ý kiến của đại biểu và rồi ở giai đoạn này ai sẽ là người chỉnh lý tiếp tục để bảo đảm theo chuẩn thống nhất về thể hiện? Ban công tác Lập pháp⁵ thuộc UBTVQH đã được thành lập sẽ đóng vai trò như thế nào trong việc giúp Quốc hội thể hiện thống nhất trong các lần chỉnh lý? Đó là những câu hỏi đáng được bàn thảo tiếp.

Vừa làm vừa rút kinh nghiệm, đi nhiều rồi thành

đờng, không cần chờ đến xây dựng một thiết chế hoàn chỉnh, có lẽ đó đang là cách đi hiện nay của một Quốc hội hướng tới hiệu quả. Cách tiếp cận này gợi nghĩ đến thực tiễn từng tự khi xem Tập sự tập các thủ tục của nghị viện Thụy Điển⁶ (và một số nước theo truyền thống thông luật), nơi đó ghi nhận những quyết định về thủ tục của nghị viện trong từng phiên họp, khi có vấn đề thủ tục nảy sinh, với điều kiện không trái với hiến pháp và pháp

luật, song song tồn tại với các luật tổ chức và thủ tục làm việc của nghị viện đã ban hành dưới dạng đạo luật.

Tập hợp lại những quan sát và suy nghĩ trên đây trong quá trình chuẩn bị một kỳ họp, *Sổ tay cử tri* xin nêu lên để các độc giả cùng suy ngẫm và đóng góp để hoàn thiện thủ tục làm việc của Quốc hội một cách hợp lý, hiệu quả, bảo đảm thực hiện tốt các chức năng Hiến định của cơ quan lập pháp nước nhà./.

Chuẩn bị kỳ họp thứ t-

Tài liệu: Chuẩn bị cho kỳ họp thứ t-, ngay từ cuối tháng 8, theo chỉ đạo của UBTVQH, Văn phòng Quốc hội đã xin ý kiến đại biểu, các đoàn đại biểu về dự kiến chi tiết chương trình kỳ họp. Công văn triệu tập họp được gửi 24/9/03 (gần một tháng trước ngày họp).

Về gửi tài liệu kỳ họp, cho đến giữa tháng 10, ngoại trừ các báo cáo về tình hình triển khai dự án Thủy điện Sơn La và dự án Khí điện đạ Cà Mau, báo cáo về Khiếu nại tố cáo và Báo cáo tình hình thực hiện nhiệm vụ ngân sách, các báo cáo khác chưa được chuẩn bị xong để gửi đến đại biểu Quốc hội.

9 dự án luật sẽ thông qua tại kỳ họp, cho đến giữa tháng 10 vẫn còn trong giai đoạn khẩn trương chỉnh lý hoàn thiện để trình Quốc hội. Trong số năm dự án trình lần đầu tại kỳ họp lần thứ t-, chỉ có dự án Luật giao thông đường thủy được gửi tới các đoàn để thảo luận trước ở địa phương. Số còn lại sẽ gửi tại kỳ họp.

Một số ý kiến của đại biểu về thủ tục

- Tăng thời gian đối thoại, tranh luận khi chất vấn;
- Cần cải tiến điều hành để rút ngắn kỳ họp, cần nhắc nhở tuân thủ nội quy;
- Giảm thảo luận hội trường phải thay bằng thảo luận tổ và bố trí thời gian để đại biểu nghiên cứu báo cáo;
- Không phân bổ đều thời gian thảo luận các dự án luật; nên bớt thời gian thảo luận khi trình lần hai. Đối với dự án trình lần thứ nhất, nên bớt thảo luận tổ mà nên thảo luận hội trường;
- Thời gian mỗi kỳ họp không nên quá 30 ngày, chỉ nên làm việc nửa buổi vào các thứ bảy hoặc chỉ bố trí làm việc vào nửa số thứ bảy trong cả kỳ họp.

⁵ Thành lập theo Nghị quyết của UBTVQH tháng 3/2003.

⁶ Đây là sự tập các quyết định của nghị viện Thụy Điển về thủ tục tại kỳ họp. Các quyết định này được nghị viện thông qua để giải quyết các vướng mắc gặp phải trong thực tế điều hành và là tiền lệ pháp cho điều hành sau này để bảo đảm sự thống nhất. Do sự tập này khá dày nên thường có một vị quan chức cao cấp của Văn phòng Quốc hội Thụy Điển ngồi dưới chủ tọa để trả lời Chủ tọa khi gặp vấn đề về thủ tục. Tại Quốc hội ta, những quyết định dạng này rất tiềm tàng tại các phiên họp trừ bị và cũng có thể xảy ra khi có đại biểu đặt vấn đề xem xét về thủ tục điều hành, nhưng chúng chỉ được pháp điển hóa mỗi lần sửa đổi, bổ sung Luật tổ chức Quốc hội hoặc Quy chế.

TÌM NGUỒN ĐỂ CẢI CÁCH TIỀN L-ÔNG

Hồ Ngọc Cảnh*

Sự lúng túng khi tìm nguồn để cải cách tiền l-ông là một nguyên nhân cơ bản khiến cho việc cải cách tiền l-ông, qua nhiều kỳ họp Quốc hội, vẫn ch-a đạt đ-ợc kết quả nh-mong muốn. Từ việc phân tích thực tiễn ở Việt Nam và trên thế giới, tác giả kiểm chứng một số quan điểm từ những “cuốn sách nói trái ng-ợc nhau”, và đ-a ra những nhận định của mình đối với một số chính sách về ngân sách và tiền tệ liên quan đến công cuộc cải cách tiền l-ông hiện nay

Việc cải cách tiền l-ông là mối quan tâm của Quốc hội qua nhiều phiên họp. Nh-ng cải cách tiền l-ông để ng-ời dân đủ sống bằng đồng l-ông đã là quá xa vời, còn cho đúng với giá trị sức lao động, nghĩa là đủ cho cả chi phí đào tạo cho bản thân ng-ời lao động để tái sản xuất sức lao động lại còn xa vời hơn nữa. Nguyên nhân cơ bản th-ờng là sự bế tắc khi tìm nguồn để cải cách tiền l-ông.

Ban cải cách tiền l-ông đã vạch ra lộ trình nâng l-ông tối thiểu¹:

Tháng 1/2003 là 290.000đ

Tháng 10/2004 thêm 20.000đ thành 310.000đ hay thêm 6,8%, thấp hơn tốc độ tăng GDP.

Tháng 1/2006 thêm 40.000đ thành 350.000đ hay thêm 12%.

Tháng 1/2007 thêm 50.000đ thành 400.000đ hay thêm 14,2%.

Nghĩa là đến tháng 1/2007 chúng ta vẫn không thực hiện đ-ợc nghị quyết khôi phục tiền l-ông ngang mức tr-ớc chiến tranh chống

xâm l-ợc của Đảng ta ngay sau ngày thống nhất đất n-ớc 30/4/1975. Có lẽ chúng ta đã quên mức l-ông tối thiểu 27 đồng khi bắt đầu có chế độ tiền l-ông thay thế cho chế độ phụ cấp trong kháng chiến chống Pháp. Tính theo “kim bản vị” thì khi đó một chỉ vàng chỉ có 25 đồng. Bây giờ một chỉ vàng là 680.000đ, vậy khôi phục tiền l-ông ngang mức tr-ớc chiến tranh thì tiền l-ông tối thiểu là 734.000đ (680.000: 25x27).

Nhắc lại mức l-ông tối thiểu năm 1956 để chúng ta thấy rằng hồi đó tiêu cực không hề có trong cán bộ công chức. Việc nâng l-ông tối thiểu đến mức 734.000đ chắc chắn sẽ giúp chống tiêu cực. Việc này cũng để chúng ta thoát khỏi suy nghĩ là n-ớc ta còn nghèo không thể mơ tới việc tăng l-ông “nh- các n-ớc phát triển”.

Muốn tìm ra nguồn để cải cách tiền l-ông theo đúng nguyên lý của Mác là: tiền l-ông phải đủ tái tạo lại sức lao động của ng-ời lao động bằng cách tạo ra cả lao động thay

¹ Theo Báo Thể thao, số 205, ngày 4/8/2003, tr.11.

thể đủ năng lực học vấn, chúng ta phải đọc nhiều cuốn sách nói trái ng-ợc nhau để tìm ra cuốn sách nào nói đúng, cuốn sách nào viết sai. Muốn thế, phải kiểm chứng trong thực tế và hỏi kỹ xem ng-ời viết sách đ-a ra những lời khuyên dựa trên cơ sở lý luận nào, có phù hợp với thực tế không?

Theo tôi, những điều “*giáo lý*” sau đây cần đ-ợc kiểm chứng lại trong thực tế về mức độ đúng sai. Đó là:

- Ngân sách có thể bội chi đến mức nào? Tùy theo những điều kiện kinh tế nào?

- Tiền tệ có thể phát hành đến mức nào? Phát hành cho những việc gì?

- Khả năng phân phối lại thu nhập của ngân sách và tiền tệ?

Có thể tìm hiểu theo những vấn đề nh- sau:

1. Ngân sách có thể bội chi, cao hay thấp tùy điều kiện kinh tế

J.M. Keynes đ-ợc phong là nhà cách mạng trong kinh tế học vì ông đã đặt cơ sở cho những lý thuyết mới bác bỏ những điều vẫn dạy ở bậc đại học tr-ớc đó. Các bộ tr-ởng tr-ớc khi có cuốn “*Lý thuyết tổng quát về nhân dụng, lãi suất và tiền tệ*” của Keynes, vẫn điều hành theo sách đã dạy là thời bình phải thăng bằng ngân

sách. Nh-ng Keynes đã làm một cuộc cách mạng đảo ng-ợc lại lý thuyết này là trong thời bình phải bội chi ngân sách thật mạnh để chống lại khuyết tật của chủ nghĩa t- bản (là khủng hoảng kinh tế và thất nghiệp). Vận dụng học thuyết của Keynes, hầu hết các n-ớc đều lạm phát mạnh để bội chi ngân sách, lập những công tr-ởng để thu hút ng-ời thất nghiệp. Ngay từ thời kỳ năm 1942 đến năm 1947, tổng thống Franklin Delaro Roosevelt đã dùng lạm phát để mở các công tr-ởng lớn xây dựng nhà máy thủy điện, thậm chí mở công tr-ởng quét tuyết để thu hút cả ng-ời lao động phổ thông. Kết quả thất nghiệp giảm rõ rệt mà kinh tế lại ở mức phồn vinh cao trong suốt 5 năm đó. Ng-ời lao động có việc làm vừa tạo hàng hoá nhiều hơn, khắc phục khủng hoảng kinh tế, vừa tăng thu nhập để tiêu thụ hàng hoá ứ đọng cho khủng hoảng sản xuất thừa. Kết quả thật kỳ diệu mà không một học thuyết kinh tế t- bản chủ nghĩa nào đạt đ-ợc là khủng hoảng kinh tế thế giới chu kỳ 10 đến 15 năm một lần đã chấm dứt từ năm 1933. Đến nay các n-ớc chỉ còn gặp suy thoái kinh tế, nhẹ hơn khủng hoảng kinh tế rất nhiều, vì khủng hoảng kinh tế làm sản xuất giảm tới -30%, nh-ng suy thoái kinh tế thông th-ờng chỉ ở mức -4, -2%.

Hiện nay n-ớc nào cũng bội

chi ngân sách và có quan điểm chỉ đ-ợc bội chi ngân sách đến 5% GDP. Tuy nhiên, mức bội chi ngân sách tùy thuộc vào điều kiện kinh tế h-ng thịnh hay suy thoái. Khi có dấu hiệu suy thoái, có thể nâng cao mức bội chi để chống suy thoái, ng-ợc lại khi h-ng thịnh phải giảm mức bội chi để không đẩy kinh tế vào tình trạng sản xuất thừa dễ gây ra suy thoái. Kiểm chứng lại từ số liệu trong Thống kê tài chính quốc tế do IMF phát hành hàng tháng có thể thấy mức bội chi ngân sách cao không ảnh h-ởng xấu tới kinh tế mà trái lại đều ứng với mức tăng tr-ởng cao.

Mức bội chi ngân sách bình quân của một số n-ớc nh- sau:

Nhật Bản bội chi ngân sách bình quân 7,8%, vào thời kỳ tăng tr-ởng thần kỳ là 10%/năm.

Malaysia bội chi ngân sách bình quân 7,19% có năm tới 9,35% và đạt tốc độ tăng tr-ởng 7,8% vào thời kỳ 1977 tới 1983. Tính tới năm 1991, bội chi là 6,18%, tăng tr-ởng vẫn ở mức 6,65%.

Ng-ợc lại, ở Philipin, mức bội chi ngân sách thấp có 2,43% thì tốc độ tăng tr-ởng lại thấp có 3,6%.

Theo tôi, quan điểm chỉ nên bội chi ngân sách đến 5% GDP cần phải có cơ sở lý luận rõ ràng và có sự kiểm chứng thực tiễn

của nó. Thực tế n-ớc ta cũng đã chứng tỏ rằng có thể bội chi ngân sách nhiều hơn khi đang giảm phát. Cụ thể là các năm 1999 tới 2001 và năm nay lại tái xuất hiện giảm phát. Giảm phát là thiếu tiền cho I-u thông hàng hoá nên chữa trị giảm phát là phải phát hành nhiều tiền cho I-u thông. Những năm 1999-2001 chúng ta chỉ phát hành ra I-u thông trên d-ới 20% chứ không phải 31,5% nh- năm 1993 (năm đ-a lạm phát xuống còn một con số 5,2%). Nếu phát hành theo mức đã làm 31,5%, tỷ lệ lạm phát sẽ đúng với chỉ đạo của Quốc hội và tốc độ tăng tr-ởng sẽ không thấp, chỉ còn 4,77% năm 1999, 6,75% năm 2000 và 7,10% năm 2001.

2. Có thể phát hành tiền tệ đến mức cao cho cả ngân sách, tùy thuộc vào I-ơng hàng hoá và dịch vụ đ-a ra I-u thông

Cũng có quan điểm cho rằng chỉ nên phát hành tiền theo mức tăng tr-ởng GDP. Kiểm chứng trong thực tế ta thấy, Trung Quốc phát hành bình quân tới 23%/năm nên đã tăng tr-ởng GDP tới hai con số 21% mà tỷ lệ lạm phát chỉ có 11%. N-ớc ta năm 1989 đã phát hành tới 262% so với năm 1988 mà tỷ lệ lạm phát chỉ có 34,6% vì hàng nhập năm đó tràn ngập I-u thông. Năm đó ta lại còn chấm dứt đ-ợc lạm phát phi mã 1985-

1988. Mức phát hành đầu thập kỷ 1990 là 475,58% năm 1991, 458,45% năm 1992 và 431,5% năm 1993 mà chỉ số giá cả lại giảm dần, t-ơng ứng với 64,6%, 17,36% và 5,2%.

Ví dụ về tổng thống Mỹ Franklin Delaro Roosevelt ở phần trên là minh chứng cho việc có thể phát hành cho bội chi ngân sách. Nh-ng do giáo điều theo sách giáo khoa thời lạm phát phi mã là không đ-ợc phát hành cho ngân sách nên đã có tình trạng không dám phát hành cho ngân sách bội chi để cải cách tiền I-ơng mặc dù nhiều n-ớc đã làm nh- vậy theo học thuyết của Keynes. Nếu ta so sánh thời lạm phát phi mã với hiện nay, sẽ thấy ngay nghiệp vụ thị tr-ờng mở là: ngân hàng trung -ơng mua trái phiếu của chính phủ khi cần nới lỏng tiền tệ để kích thích kinh tế tăng tr-ởng. Mua trái phiếu nh- vậy là phát hành cho ngân sách, n-ớc nào bây giờ cũng làm.

3. Cần tận dụng khả năng phân phối lại của ngân sách và tiền tệ

Chúng ta có thể dùng ngân sách để phân phối thêm cho các tỉnh nghèo, để xoá đói giảm nghèo, để bảo hiểm y tế cho ng-ời nghèo v.v... Đó là phân phối lại thu nhập qua ngân sách. Ng-ời nộp thuế không thắc mắc gì vì đó là đạo lý và mức bị phân phối lại không đáng

là bao, nhất là khi mức sống đ-ợc cải thiện cao hơn tỷ lệ lạm phát. Nay, qua bán hàng các công ty cũng phân phối lại thu nhập của ng-ời mua cho công tác từ thiện nh- 99 đồng một gói bột giặt để tặng áo dài trắng cho học sinh nghèo. Dùng phát hành tiền cho bội chi ngân sách để cải cách tiền I-ơng cho đúng với giá trị sức lao động sẽ tăng thêm thu nhập cho cán bộ công chức, nâng cao sức mua, giúp tiêu thụ một số nông sản đang ở mức sản xuất thừa nh- cà phê, trái cây. Đó là sự kỳ diệu của khả năng phân phối lại của tiền tệ và ngân sách phù hợp với lý t-ởng cao đẹp của chế độ XHCN là phân phối lại công bằng hơn thu nhập, chống phân hoá giàu nghèo ngày càng nặng.

Quả thật chỉ có đổi mới t- duy, đối chiếu những chỗ khác nhau trong các cuốn sách và nhất là kiểm chứng trong thực tế, chúng ta mới có thể tìm ra nguồn cải cách tiền I-ơng, chấm dứt tình trạng trả I-ơng không đúng quy luật cho cán bộ công chức, nguyên nhân của những yếu kém, tiêu cực trong quản lý nhà n-ớc. Rất mong vấn đề này sẽ đ-ợc trao đổi với thái độ thực sự khách quan, khoa học để tìm ra giải pháp đúng./.

** Chuyên viên kinh tế - tài chính*

Nhân dịp sửa đổi Luật đất đai**CHẾ ĐỘ SỞ HỮU ĐẤT TOÀN DÂN:
một số suy nghĩ****LÊ VĂN TƯ***

Dù đã qua hai lần sửa đổi, Luật đất đai vẫn khó đi vào cuộc sống. Điều đó chứng tỏ chính sách đất đai hiện hành còn nhiều điều ch-a phù hợp với thực tế khách quan. Nguyên nhân sâu xa có lẽ là ở t- duy bao cấp về đất đai còn nặng, tuy đã có đổi mới. Muốn Luật đất đai sửa đổi đạt đ-ợc yêu cầu mong muốn, rất cần nhận thức lại một số vấn đề liên quan tới chính sách đất đai trong điều kiện hiện nay.

Sở hữu đất toàn dân khác với với sở hữu đất t- nhân

Khái niệm sở hữu đất toàn dân hiểu theo khái niệm chung về sở hữu tài sản, trong đó quyền sở hữu là cơ bản. Từ quyền này phát sinh quyền sử dụng, theo nghĩa hẹp là sử dụng công năng (trồng trọt,



xây dựng, v.v...), theo nghĩa rộng thì t-ơng đ-ơng quyền định đoạt, cho thuê, thừa kế, thế chấp, chuyển nh-ợng. Quyền sở hữu nhìn bề ngoài là quan hệ giữa ng-ời với vật, nh-ng thực chất lại là quan hệ giữa ng-ời với ng-ời, vì chỉ ng-ời sở hữu mới có quyền sử dụng. Đó là khái niệm chung. Tuy nhiên giữa sở hữu đất toàn dân và sở hữu đất t-

nhân lại có những điểm khác nhau cần phân biệt.

Khác về cách thức xác lập

Sở hữu đất t- nhân chỉ có thể xác lập bằng con đ-ờng đầu t- (khai hoang hay mua). Ng-ời bỏ vốn đầu t- trở thành ng-ời sở hữu và mặc nhiên có mọi quyền sử dụng phát sinh từ quyền sở hữu. Và một khi đã không còn quyền sở hữu thì các

quyền sử dụng cũng mặc nhiên chuyển sang chủ sở hữu mới.

Sở hữu đất toàn dân ở nước ta xác lập không phải bằng con đường nh- vậy, mà từ chính sách công hữu hóa nền kinh tế, thực chất là sự chuyển quyền sở hữu đất về danh nghĩa pháp lý cho phù hợp với quyền sử dụng đất đã đ-ợc công hữu hóa trước đó qua chính sách cải tạo nông nghiệp và công nghiệp. Thật vậy, vào thời điểm Hiến pháp 1980 xác lập chế độ sở hữu đất toàn dân, hầu như toàn bộ đất đai đều đã thuộc quyền sử dụng của các tổ chức kinh tế quốc doanh và hợp tác xã. Thực tế đó cho thấy việc công hữu hóa đất đai thực chất là biện pháp tổ chức quản lý nền kinh tế theo cơ chế kế hoạch hóa tập trung dựa trên cơ sở chế độ công hữu.

Khác về chủ thể sở hữu

Chủ sở hữu đất t- nhân là một thể nhân hay một pháp nhân có khả năng trực tiếp sử dụng đất của mình. Còn chủ sở hữu đất toàn dân lại là một khái niệm chỉ toàn thể cộng đồng, tuy là chủ sở hữu, nh-ng lại không có khả năng trực tiếp sử dụng đất. Ngay cả khi quan niệm Nhà nước là đại diện chủ sở hữu thì vấn đề cũng vẫn vậy, vì Nhà nước cũng chỉ là một thiết chế đại diện mà thôi. Chính do đặc điểm này mà

trong sở hữu đất toàn dân, ng-ời sở hữu (toàn dân) thì không sử dụng, ng-ời sử dụng (tổ chức, cá nhân) thì không sở hữu. Cho nên để tránh tình trạng đất có chủ trên danh nghĩa, nh-ng không có chủ trong thực tế, quyền sử dụng đất phải đ-ợc giao cho tổ chức, cá nhân và đ-ợc ghi vào *Hiến pháp nh- một quyền hiến định*.

Sở hữu đất toàn dân thời thị trường khác với thời kế hoạch hóa tập trung

Ba nội dung mới hiến định:

Sở hữu đất toàn dân ở nước ta bắt đầu đ-ợc xác lập từ Hiến pháp 1980, thời kinh tế kế hoạch hóa tập trung, tiếp tục đ-ợc khẳng định trong Hiến pháp 1992, thời kinh tế thị trường. Do cơ chế vận hành của nền kinh tế mỗi thời một khác, nên tuy vẫn là 4 chữ “*sở hữu toàn dân*”, nh-ng trong Hiến pháp 1992 đã có 3 nội dung mới:

a) Xác định rõ “*Nhà nước giao đất cho tổ chức, cá nhân sử dụng ổn định lâu dài*”, trong khi Hiến pháp 1980 chỉ quy định cho “*tổ chức và cá nhân đ-ợc tiếp tục sử dụng và h-ớng kết quả lao động của mình*”.

b) Mở rộng quyền cho tổ chức, cá nhân tới mức có thể chuyển nh-ợng quyền sử dụng đất, trong khi Hiến pháp 1980

chỉ quy định cho họ quyền tiếp tục sử dụng. Luật đất đai 1993 còn cụ thể hóa thêm thành 6 quyền (chuyển đổi, chuyển nh-ợng, cho thuê, thừa kế, thế chấp, góp vốn).

c) Luật đất đai 1993 bổ sung nghĩa vụ của tổ chức, cá nhân đ-ợc giao đất là phải *nộp tiền sử dụng đất, ngoài đền bù cho ng-ời có đất bị thu hồi*.

Những nội dung mới nêu trên thể hiện t- duy kinh tế đổi mới, đặt nền móng pháp lý chuyển việc quản lý đất từ cơ chế bao cấp sang cơ chế thị trường. Tuy nhiên vẫn còn có những vấn đề đáng gọi ra để suy ngẫm.

Những điều ch-a rõ

1. Theo Hiến pháp, quản lý của Nhà nước về đất đ-ợc diễn đạt bằng các cụm từ “*quản lý theo quy hoạch chung*” hoặc “*theo quy hoạch và pháp luật*”. Vậy là Nhà nước chỉ quản lý vĩ mô với t- cách là Nhà nước, không phải quản lý vi mô với t- cách chủ sở hữu. Chiều sâu t- duy hình nh- còn ít đ-ợc suy ngẫm, tìm hiểu, để xác định đúng ph-ơng h-ớng quản lý, tìm giải pháp khắc phục những v-ớng mắc trong thực tế.

2. Mục tiêu quản lý đất đ-ợc xác định trong Hiến pháp là bảo đảm sử dụng đất *đúng mục đích và có hiệu quả*. Chỉ với tầm

nhìn quốc gia mới có thể đề ra đ-ợc mục tiêu quản lý đất nh- vậy. Và để đạt mục tiêu này, chính sách và pháp luật đất đai phải tạo điều kiện thuận lợi cho sự hình thành một cơ cấu sử dụng đất hợp lý, có khả năng cho hiệu quả cao, thông qua cơ chế thị tr-ờng quyền sử dụng đất. Trong lần sửa đổi Luật đất đai lần này, cần nhấn mạnh lại mục tiêu quản lý nêu trên, lấy đó làm định h-ớng để xử lý các vấn đề cụ thể.

3. Nh- đã nêu, trong điều kiện sở hữu đất toàn dân, giao đất cho tổ chức, cá nhân sử dụng là tất yếu và đã đ-ợc hiến định. Điểm mới ở đây là áp dụng nguyên tắc thị tr-ờng: sử dụng đất phải trả tiền (tiền sử dụng đất). Tuy nhiên theo quy định hiện hành, lại có những điều ch-a sáng tỏ:

a) Hiến pháp chỉ quy định giao đất cho tổ chức, cá nhân sử dụng ổn định lâu dài, nh-ng Luật đất đai lại quy định thêm cả cho thuê đất. Luật vi Hiến? Không vi Hiến nếu coi cho thuê chỉ là biện pháp phụ bổ sung, chỉ thực hiện trong tr-ờng hợp đất không thể giao. Nh-ng là vi Hiến nếu coi giao và cho thuê ngang nhau, đất có thể giao nh-ng chỉ cho thuê, nh- tr-ờng hợp “đất kinh doanh khác” hiện nay. Cũng là vi Hiến nếu giao đất “sử dụng ổn định lâu dài”

nh-ng lại quy định thời hạn giao nh- hiện hành, nhiều tr-ờng hợp thời hạn giao thậm chí cũng bằng thời hạn cho thuê. Cần có sửa đổi để cho Hiến pháp và Luật phù hợp với nhau.

b) Muốn đ-ợc giao đất, tổ chức, cá nhân phải nộp tiền sử dụng đất theo giá quy định, có tính tới giá thực tế ở địa ph-ơng (Thông t- liên bộ 94/TT/LB ngày 14-11-94) và vẫn phải đền bù cho ng-ời có đất bị thu hồi. Vậy là ng-ời đ-ợc giao đất thực tế đã phải trả tiền mua đất hai lần, một lần nộp tiền sử dụng đất, một lần đền bù. Thế mà họ vẫn không đ-ợc sở hữu quyền sử dụng đất, chỉ đ-ợc sử dụng đất có thời hạn. Vậy “sử dụng ổn định lâu dài” có nghĩa là “sử dụng có thời hạn vài chục năm”, tức không khác thuê!

4. Theo quan niệm thông th-ờng, khi ng-ời đ-ợc giao đất đã phải trả tiền sử dụng đất, quyền sử dụng đất phải trở thành tài sản của họ và họ có quyền chuyển nh-ợng. Và quyền chuyển nh-ợng này cũng đã đ-ợc ghi nhận trong Hiến pháp 1992. Song vẫn có những mâu thuẫn:

a) Về mặt lôgích, pháp luật đã cho phép họ chuyển nh-ợng cái mà họ không đ-ợc công nhận là sở hữu?

b) Dù đã giao đất có thu tiền, nh-ng Nhà n-ớc vẫn giữ quyền

thu hồi với giá đền bù áp đặt. Quyền sử dụng ổn định lâu dài cũng nh- quyền chuyển nh-ợng, tuy là hiến định, nh-ng vẫn dễ bị th-ơng tổn.

c) Giá đất sử dụng có xu thế tăng dần nhờ tăng tr-ởng kinh tế, nhờ liên tục đ-ợc đầu t-. Song vì đất sử dụng có thời hạn, nên giá chuyển nh-ợng sẽ giảm dần do thời hạn đ-ợc sử dụng ngắn dần.

d) Một câu hỏi còn bỏ ngỏ: khi thời hạn giao đất kết thúc, ng-ời sử dụng đất có đ-ợc giao tiếp tục hay không? Và nếu tiếp tục đ-ợc giao thì có phải nộp tiền sử dụng đất lần nữa không?

Với những mâu thuẫn và những điều còn ch-a sáng tỏ nh- trên, chính sách đất đai ch-a gắn kết đ-ợc quyền lợi với nghĩa vụ của ng-ời sử dụng đất, ch-a thật sự khuyến khích ng-ời sử dụng đất thực hiện tốt nghĩa vụ là “bảo vệ, bồi bổ, khai thác hợp lý, sử dụng tiết kiệm đất”./.

* Chuyên viên cao cấp Viện nghiên cứu Quản lý Kinh tế Trung -ơng, Nguyên Chủ nhiệm bộ môn Tài chính Đại học Kinh tế Quốc dân Hà Nội.

QUẢN LÝ ĐẤT ĐAI THEO CÁCH TIẾP CẬN TÀI SẢN¹

NGUYỄN THỊ CAM*

Liên quan tới vấn đề quản lý nhà n-ớc về đất đai, Dự thảo Luật đất đai sửa đổi d-ờng nh- mới chỉ tập trung củng cố các quyền của cơ quan quản lý nhà n-ớc nh-: tăng quyền giao đất, cho thuê đất, thu hồi đất, cho phép chuyển quyền, chuyển mục đích sử dụng cho UBND các cấp. Đây là cách tiếp cận nặng về hành chính quản lý mà thiếu để ý tới đặc thù của đối t-ợng quản lý là một loại tài sản đặc biệt. Cách tiếp cận hành chính quản lý làm trầm trọng thêm

cơ chế xin - cho. Đất đai - tài sản vô giá của quốc gia trở thành một thứ đặc quyền của cơ quan hành chính, làm màu mỡ thêm mảnh đất cho những kẻ trục lợi, tham nhũng, hối lộ, đầu cơ đất đai trong nền kinh tế thị tr-ờng. Bài viết này xin trao đổi về khía cạnh quản lý đất đai theo cách tiếp cận đối với tài sản nh- một góp ý về chính sách pháp lý khi xem xét dự án Luật đất đai sửa đổi.

Vừa quản lý nhà n-ớc, vừa kinh doanh

Hiến pháp đã quy định Đất

đai thuộc sở hữu toàn dân do Nhà n-ớc đại diện chủ sở hữu. Nhà n-ớc tham gia vào quan hệ pháp luật đất đai với hai t- cách:

- Là chủ sở hữu đối với đất đai;

- Là chủ thể của quyền lực công thực hiện chức năng quản lý đất đai, nhằm đảm bảo lợi ích của chung toàn xã hội.

Căn cứ vào hai t- cách đặc biệt trên, mối quan hệ giữa Nhà n-ớc với ng-ời sử dụng đất không chỉ đơn thuần là mối quan hệ về quản lý Nhà n-ớc mà còn là quan hệ tài sản. Để nhận thấy rằng trong Luật đất đai hiện hành cũng nh- dự thảo Luật đất đai sửa đổi thì tính chất tài sản trong mối quan hệ giữa Nhà n-ớc với ng-ời sử dụng đất đ-ợc thể hiện rất mờ nhạt, ch-a mang tính chất đột phá đáng kể trong quản lý thị tr-ờng bất động sản.

Mặt trái của cách tiếp cận quản lý nhà n-ớc

Vậy bổ sung h-ớng tiếp cận tài sản trong quan hệ quản lý đất đai nên nh- thế

¹ *Tiêu đề do NCLP đặt. Tiêu đề của TG: Quản lý đất đai cần đ-ợc đổi mới.*

nào? Trước hết, đất đai phải được quản lý như một tài sản, một loại hàng hoá đặc biệt. Phải có sự phân biệt rạch ròi giữa quản lý hành chính và quản lý kinh doanh đối với đất đai. Với cách là một hàng hoá đặc biệt, theo tôi, loại hàng hoá đặc biệt này nên giao cho doanh nghiệp quản lý và kinh doanh; giá trị tài sản trong quá trình giao dịch phải được thể hiện trong chương mục ngân sách Nhà nước. Thực tế cho thấy nếu chỉ củng cố vị thế quản lý hành chính đối với đất đai, sẽ sinh ra thủ tục hành chính rườm rà, công chức Nhà nước quan liêu, dẫn đến người sử dụng đất tránh né đăng ký giao dịch. Theo cách tính không chính thức trên thị trường bất động sản, thì phải có tới 80% những giao dịch của hàng hoá loại này không qua sự kiểm soát của nhà nước, không thể hiện trong chương mục ngân sách. Trong giai đoạn từ 1996 - 2000 bình quân mỗi năm Nhà nước thu được khoảng 4.645 tỷ đồng từ các giao dịch đất đai. Con số này cho thấy có sự thất thoát ngân sách, rơi vào tay một số đối

tượng trục lợi từ thị trường này. Nếu theo cách tiếp cận tài sản, thì các thủ tục quản lý hành chính đều phải phục vụ cho việc đưa loại tài sản này vào kinh doanh và theo nguyên tắc hạch toán kinh tế. Nếu chỉ trông chờ vào việc tăng quyền hạn hành chính cho cơ quan hành chính nhà nước quản lý, giao vào tay các công chức vừa quyền quản lý hành chính lẫn chức năng kinh doanh tài sản của nhà doanh nghiệp, thì một mặt dẫn đến quản lý hành chính thiếu lợi, lỏng lẻo, xin-cho, mặt khác chức năng quản lý kinh doanh thì mờ nhạt, gò bó, không ra ngô cũng chẳng ra khoai; đất đai không được lưu thông một cách chính thức trong thị trường bất động sản theo nguyên tắc kinh doanh chặt chẽ dưới sự quản lý nhà nước.

Kiến nghị: Theo cách tiếp cận tách quản lý hành chính nhà nước khỏi quản lý kinh doanh để tăng cường cả hai chức năng này đối với nhà nước, theo tôi, dự thảo Luật đất đai lần này cần phải có một số quy định mang tính đột phá sau:

Thứ nhất, không trao quyền quản lý tài sản đất đai cho UBND các cấp mà trao quyền này cho Doanh nghiệp Nhà nước độc lập chuyên quản lý kinh doanh địa ốc hoặc quản lý công sản. Loại doanh nghiệp này độc lập với UBND và cơ quan địa chính về lĩnh vực kinh doanh để sử dụng đất đai có hiệu quả và bảo đảm mọi giao dịch đất đai phải qua doanh nghiệp đặc biệt này và được thể hiện trong mục lục ngân sách công. Doanh nghiệp hoạt động theo nguyên tắc hạch toán kinh tế và theo quy luật thị trường. Người sử dụng đất, bất kể là hộ gia đình hay cá nhân, tổ chức nước ngoài phải thuê đất như một hình thức sử dụng đất duy nhất. Đất thuộc diện quy hoạch là đất sử dụng cho mục đích công cộng không kinh doanh theo hình thức thuê nhà nước cũng được quản lý tập trung vào đầu mối này. Mọi giao dịch thứ cấp (sau đó) cũng đều phải thông qua một đầu mối kinh doanh và quản lý công sản này. Những dịch vụ phát sinh như giải phóng mặt bằng, bồi thường, chuyển nhượng, chuyển mục

đích phải thực hiện theo quy hoạch của cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền và cũng đều do các doanh nghiệp công sản này đảm nhiệm.

Để có thể trao quyền cho các doanh nghiệp đặc biệt nói trên tiến hành hoạt động theo ph-ơng thức mới, Nhà nước cần phải giải quyết một cách sòng phẳng trên cơ sở giá trị tài sản tại thời điểm chuyển nh-ợng cho các hộ gia đình, cá nhân, và tổ chức kinh tế, đang sử dụng đất và bồi th-ờng cho họ (nếu thu hồi) hoặc ký hợp đồng thuê đất với họ (nếu tiếp tục sử dụng).

Thứ hai, trao quyền quản lý hành chính về đất đai (điều tra, khảo sát, đo đạc, kiểm kê, lập quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất, đăng ký đất đai cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất) cho cơ quan quản lý đất đai hiện hành (Bộ tài nguyên - môi trường, Sở tài nguyên - môi trường...).

Đây là hoạt động quản lý hành chính về đất đai, rất cần thiết và chủ yếu là các hoạt động nghiệp vụ chuyên môn, hành chính, không kinh doanh.

Thứ ba, khi đã coi quan hệ đất đai giữa Nhà nước với người sử dụng đất là quan hệ tài sản-hành chính, thì vấn đề giá đất cũng cần phải đ-ợc giải quyết một cách thỏa đáng. Theo chúng tôi, giá đất trong giao dịch là giá thỏa thuận trên cơ sở giá thị trường cho từng loại đất. Giá doanh nghiệp kinh doanh công sản, địa ốc cho cá nhân, tổ chức thuê phải trên cơ sở thỏa thuận hoặc đấu giá. Giá thỏa thuận chỉ nên áp dụng đối với các trường hợp đang sử dụng đất hợp lý, hợp pháp. Còn các trường hợp thuê đất mới nên áp dụng hình thức đấu giá.

Thứ t-, để quản lý đất đai theo mô hình quản lý tài sản, Nhà nước có thể thành lập quỹ bồi th-ờng, giải phóng mặt bằng, tái định c- từ các khoản thu từ giao dịch và kinh doanh đất. Có thể có ý kiến cho rằng các khoản thu này không đáng kể, nh-ng trên thực tế, nếu kết hợp với đầu t- cơ sở hạ tầng, đô thị hoá thì việc kinh doanh đất sẽ đem lại những khoản lợi khổng lồ vào ngân sách, mặt khác người có nhu cầu sử dụng đất vẫn có khả năng

lựa chọn thích hợp qua điều tiết chính sách kết hợp thị trường.

Thứ năm, cần phải có các quy định cụ thể để quản lý các doanh nghiệp kinh doanh địa ốc, công sản nói trên để loại trừ khả năng biến chúng thành các doanh nghiệp độc quyền.

Thực hiện theo cách tiếp cận trên đây, phân quản lý đất đai trong dự thảo luật phải đ-ợc thiết kế mới một cách đồng bộ và toàn diện./.

* *Tr-ởng khoa Luật th-ơng mại, Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh*

QUỐC HỘI CẦN TẬP TRUNG GIÁM SÁT NHỮNG VẤN ĐỀ KINH TẾ VĨ MÔ

NGUYỄN THỊ CẨM NGỌC

Một điều dễ nhận thấy hiện nay là: Quốc hội ch-a giám sát sâu nhiều vấn đề kinh tế vĩ mô thuộc trách nhiệm và liên quan đến nhiều bộ trong Chính phủ, nên ch-a khắc phục đ-ợc những nguy cơ cho đất n-ớc nh-:

- Nguy cơ tụt hậu vì chậm phục hồi tốc độ tăng tr-ởng.

- Tình hình nhiều công trình đã đ-ợc duyệt bị chậm thi công và bị rút ruột, có thể tạo thành gánh nặng nợ nần;

- Tiền l-ơng ch-a đ-ợc cải cách phù hợp để trở thành công cụ điều tiết kinh tế thực sự mạnh. Việc mở rộng đ-ợc sức lao động còn yếu, đe dọa hạ thấp trình độ lành nghề của công nhân kỹ s-, làm mất dần -u thế nhân công rẻ của chúng ta.

- Lãi suất ngân hàng cao làm tăng giá thành hàng hoá gây lỗ

cho nhiều doanh nghiệp, ch-a đ-ợc giải quyết tận gốc.

Nguyên nhân có thể vì có nhiều bài báo kiến nghị về giải pháp cho những vấn đề kinh tế và xã hội quan trọng nh-ng không đ-ợc Quốc hội tổ chức lắng nghe để nhanh chóng đ-a những giải pháp có ích vào cuộc sống.

Để góp phần tăng c-ờng chức năng giám sát của Quốc hội, xin đ-ợc bàn về vài vấn đề cụ thể.

Về nguy cơ tụt hậu

Nguy cơ tụt hậu đang là điều đáng lo. Đã có đề xuất giải pháp tăng phát hành tiền để góp phần giải quyết nguy cơ này theo kinh nghiệm của Trung Quốc. Chúng tôi rất mừng và chờ đợi sự lắng nghe của Quốc hội để sớm khắc phục nguy cơ lớn này cho đất n-ớc và cảm thấy vấn đề đã đ-ợc các nhà khoa học quan

tâm. Tăng phát hành tiền không có nghĩa là tăng lạm phát, vì chính thực tế n-ớc ta đã chứng minh điều này:

- Năm 1989, Quốc hội ra chỉ tiêu chỉ đ-ợc bội chi tiền mặt 600 tỷ nh-ng năm đó hàng nhập tràn ngập l-u thông do chủ tr-ơng sáng suốt mở cửa biên giới. Điều này đ-ợc ví nh-có cây đũa thần quét sạch tình trạng thiếu hàng gay gắt ở các cửa hàng mậu dịch quốc doanh và hợp tác xã mua bán và thay vào đấy là vô vàn dãy phố đầy ắp hàng hoá. Hàng tăng thì tiền có thể tăng theo, quy luật l-u thông tiền tệ đã chỉ rõ nh- vậy, nên khi nhận định thiếu tiền cho l-u thông, Thống đốc ngân hàng đã đ-a mức phát hành thêm năm đó lên tới 2547 tỷ, gấp hơn 4 lần chỉ tiêu 600 tỷ giao lúc đầu năm. So với năm 1988 là phát hành thêm tới +162%. Điều kỳ diệu xảy ra là: chỉ số giá cả từ 500%-600% các

năm tr-ớc đó, tụt xuống còn 34,6%. Phát hành thêm lớn nh- vậy mà lạm phát lại giảm hơn 10 lần, điều đó chứng tỏ rằng vai trò rất quan trọng của công cụ tiền tệ.

- Năm 1993, ta phát hành thêm 31,5%, tạo thêm đ-ợc số vốn phát hành là 5953 tỷ, t-ơng đ-ơng khoảng 750 triệu USD, trong khi lạm phát lại giảm từ 17,36% xuống còn 5,2%.

Phát hành thêm nhiều tiền chỉ tăng lạm phát ở mức độ nhẹ hơn nhiều chứng tỏ rằng việc không muốn vận dụng kinh nghiệm của Trung Quốc để kích thích kinh tế tăng tr-ởng hai con số vào Việt Nam, nổi e ngại lạm phát là nỗi ám ảnh vô có, không khoa học vì không dựa trên quy luật l-u thông tiền tệ và thực tế Việt Nam.

Kinh nghiệm này khái quát nh- sau: Trung Quốc đã đ-a mức phát hành tiền lên bình quân 23% năm, năm cao nhất là 43%, nên đã tạo đ-ợc một số vốn phát hành tới 3582,26 tỷ NDT, t-ơng đ-ơng với 424,2 tỷ USD từ năm 1984 tới 1997, biến Trung Quốc thành một “*công tr-ởng của thế giới*” với tốc độ tăng tr-ởng nhanh nhất. Năm 1989, chúng ta cũng tạo đ-ợc một số vốn phát hành lên tới 2547 tỷ, t-ơng đ-ơng khoảng 420 triệu USD và năm 2001 với % phát hành tiền cơ lại chúng ta

cũng đã tạo đ-ợc 33 ngàn tỷ vốn phát hành thêm t-ơng đ-ơng 2,1 tỷ USD.

Chúng tôi đề nghị Quốc hội nên mời các nhà khoa học để xuất và tranh luận về vấn đề này đến trao đổi để lắng nghe kỹ l-ờng. Trên cơ sở đó, chất vấn Ngân hàng Trung -ơng về vấn đề tại sao năm 1993 có thể phát hành thêm tới 31,5% mà lại hạn chế mức phát hành thêm chỉ còn trên 20%, để thiếu phát xảy ra từ năm 1999 tới 2001 và trong năm 2003 lại để 6 tháng tái thiếu phát liên tục, do không thực hiện chỉ tiêu lạm phát là 10% rồi 6% và 5% Quốc hội giao. Thiếu phát mấy năm liền nh- vậy đã làm chậm việc khôi phục tốc độ tăng tr-ởng kinh tế ngang mức 9,5% và 9,3% các năm 1995 và 1996 với năm 1999 chỉ có 4,77% năm 2000; 6,75% và năm 2001: 6,84%. Có thể Thống đốc Ngân hàng nhà n-ớc bị sức ép của chuyên viên IMF nào đó đảo quy luật l-u thông tiền tệ $MV = QP$ của Fisher và Mác thành $MV = GDP$ để đ-a ra lời khuyên chỉ nên phát hành thêm ngang với % tăng GDP. Nếu quả nh- vậy chỉ có Quốc hội mới giải toả đ-ợc sức ép này.

Về nguy cơ gánh nặng nợ nần

Tình trạng chậm thi công các dự án đã đ-ợc duyệt, rút ruột

làm giảm chất l-ợng các công trình dẫn đến hầm chui Văn Thánh ch-a dùng đã lún, kênh dẫn n-ớc xây xong không có n-ớc v.v... các công trình đó phần lớn dùng vốn vay n-ớc ngoài. Nh- vậy, nợ ch-a trả hết công trình đã không dùng đ-ợc, không đ-ợc h-ởng hiệu quả của công trình nh-ng phải gánh việc trả nợ. Điều này cũng do ta ch-a chú trọng vốn trong n-ớc nhất là vốn phát hành tạo đ-ợc lên đến hơn 2 tỷ USD/năm, vốn tiền gửi USD lên đến 5,9 tỷ năm 2001 phải đem gửi ngân hàng ở n-ớc ngoài 5 tỷ USD. Thật là đau xót. Không có cơ quan thanh tra nào giám sát đ-ợc các vấn đề kinh tế vĩ mô này, vì vậy, Quốc hội nên chú ý lắng nghe các nhà khoa học để có cơ sở chất vấn các thành viên Chính phủ về các vấn đề vĩ mô, không nên quá sa đà vào những vấn đề nhỏ nh- thủ tục cho vay vùng nông thôn.

Tăng giám sát những vấn đề kinh tế vĩ mô, Quốc hội sẽ không lo trùng lặp với cơ quan thanh tra, lại đề ra đ-ợc những chủ tr-ơng chính sách, giải quyết đ-ợc những vấn đề lớn cho đất n-ớc./.

Ý kiến nhân dân**GÓP Ý VÀO DỰ ÁN LUẬT****NCLP**

H-ớng ứng chủ tr-ơng của UBTVQH về tổ chức lấy ý kiến nhân dân toàn quốc về hai dự án luật và do đ-ợc thông tin sớm qua thảo luận của Quốc hội tại kỳ họp đầu năm theo quy trình hai b-ớc thảo luận và thông qua dự án luật, trong tháng 8 và tháng 9 năm nay có nhiều diễn đàn đóng góp ý kiến về các dự án luật. Tạp chí Nghiên cứu lập pháp đã nhận đ-ợc nhiều th- góp ý từ địa ph-ơng và bài viết của cá nhân đóng góp vào các dự án luật. Do không có điều kiện đăng tải tất cả, Tạp chí NCLP đã chuyển các th-, bài góp ý kiến tới Ban Công tác lập pháp để tập hợp chung. Chúng tôi trân trọng cảm ơn sự tham gia nhiệt tình của độc giả, tác giả và d-ới đây xin tổng hợp một số vấn đề lớn thuộc dạng đề xuất chính sách lập pháp qua th-, bài góp ý

Góp ý vào dự thảo Bộ luật Tố tụng hình sự (sửa đổi)**Ủng hộ tố tụng thẩm vấn kết hợp tranh tụng**

Nhiều ý kiến hoan nghênh chủ tr-ơng bổ sung vào tố tụng thẩm vấn hiện nay những yếu tố tích cực của tố tụng tranh tụng. Việc lai ghép này cần phải bảo đảm tính khả thi, bảo đảm dân chủ trong hoạt động xét xử, bảo vệ quyền lợi của các bên trong tố tụng (ông Nguyễn Văn Hoàn -Bộ T-pháp và một số th- góp ý khác).

Vị trí của kiểm sát viên

Ủng hộ tăng c-ờng dân chủ trong tố tụng, nhiều ý kiến cho rằng nên có quan điểm đặt kiểm sát viên trong tranh tụng ở vị trí ngang với ng-ời bào chữa, bảo đảm tranh tụng bình đẳng với ng-ời bào chữa và phải có lộ trình tăng năng lực cho kiểm sát viên. Tuy nhiên,

trong thực hiện chức năng kiểm sát hoạt động t-pháp, kiểm sát viên thực hiện theo quy định của pháp luật, bảo đảm đúng tố tụng và pháp luật.

Tăng quyền tố tụng cho ng-ời bào chữa

Rất nhiều chuyên gia cho rằng, cần sửa đổi, bổ sung một số quyền: quyền đ-ợc yêu cầu triệu tập nhân chứng, quyền bác bỏ nhân chứng, quyền tự tr-ơng cầu hoặc yêu cầu cơ quan tiến hành tố tụng tr-ơng cầu giám định, quyền chủ động hỏi bị can, bị cáo và những ng-ời tham gia tố tụng, quyền đ-ợc thu thập chứng cứ v.v...

Tranh tụng tại phiên tòa

Theo h-ớng tăng tranh tụng tại phiên tòa, nhiều ý kiến đề nghị nên theo h-ớng: ng-ời tham gia hỏi tại phiên tòa chủ yếu là kiểm sát viên và ng-ời bào chữa d-ới sự điều khiển của thẩm phán chủ tọa phiên tòa.

Về điều tra bổ sung

Về tr-ờng hợp VKS trả hồ sơ để điều tra bổ sung, có ý kiến đề nghị phân biệt tr-ờng hợp VKS ra quyết định trả hồ sơ là do tự mình quyết định với tr-ờng hợp VKS làm công văn trả hồ sơ “theo yêu cầu của cơ quan tố tụng khác” (Điều 143a). Đối với tr-ờng hợp sau, VKS không ra “Quyết định” mà làm công văn trả hồ sơ. T-ơng tự nh- vậy, đối với tr-ờng hợp cơ quan điều tra không bổ sung đ-ợc theo yêu cầu hoặc không nhất trí với yêu cầu bổ sung của cơ quan tố tụng thì không phải làm “*Bản kết luận điều tra*” mà chỉ cần làm d-ới dạng “*Công văn*” trả lời (ông Trần Mạnh Hà, Kiểm sát Tỉnh Hà Tây).

Quy định thẩm quyền xét xử của Toà án nhân dân huyện

Có ý kiến đề nghị nên theo một cách tiếp cận khác khi quy định về vấn đề này; không nên tiếp tục quy định thẩm quyền theo mức cao nhất của khung hình phạt, mà nên liệt kê cụ thể tội phạm nào tòa án huyện sẽ đ-ợc xét xử. Cách tiếp cận mới căn cứ vào tính chất phức tạp của từng loại tội phạm chứ không căn cứ vào khung hình phạt.

Nếu thẩm phán đ-ợc thay đổi là Chánh án toà án

BLTTHS không có quy định việc này, nên bổ sung thẩm quyền của Chánh án toà án cấp trên quyết định việc thay thẩm phán là chánh án toà án cấp d-ới.

Vấn đề xác định t- cách của bị can, bị cáo

T- cách bị cáo đ-ợc xác lập khi họ bị Toà án quyết định đ-a ra xét xử. Điều này là đúng, song BLTTHS cần chỉnh sửa một số điều khoản lẫn giữa “*bị cáo*” và “*bị can*” : Điều 154, 157 đều ghi là “*bị cáo*”, lẽ ra phải là “*bị can*”.

Về dự thảo luật đất đai (sửa đổi)

Những quy định chung

Điều 5 quy định quá chung về cách hiểu Nhà n-ớc thực hiện quyền đại diện chủ sở hữu toàn dân về đất đai và thống nhất quản lý về đất đai, theo đó Quốc hội, Chính phủ, HĐND các cấp, UBND các cấp đều có quyền quyết định nh-ng không rõ phạm vi thẩm quyền quyết định của từng cơ quan, gây rắc rối thêm.

Điều 7 quy định khái niệm “*Cộng đồng dân c- trong n-ớc*” là khái niệm mới nh-ng không có giải thích cụ thể, gây hiểu khác nhau, nhất là sau này có chấp nhận giải quyết tranh chấp đất đai giữa các cộng đồng dân c- hay không?

Điều 8 về những bảo đảm cho ng-ời sử dụng đất cần thêm trách nhiệm đào tạo nghề, giải quyết công ăn việc làm cho những ng-ời mất nguồn sống bằng đất (ông Phạm Ngọc Kỳ và một số độc giả khác).

Ch-ơng II. Quản lý nhà n-ớc về đất đai

Điều 17. Căn cứ lập quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất

Cần bổ sung quy định trong tr-ờng hợp cần thiết khi lập quy hoạch xây dựng các khu công nghiệp đặc biệt quan trọng có tác động, ảnh h-ởng trực tiếp đến đời sống của cộng đồng dân c- trong khu vực thì cần phải lấy ý kiến của nhân dân và chính quyền địa ph-ơng.

Điều 24 cần thêm nội dung giám sát về việc thực hiện quy hoạch và kế hoạch sử dụng đất trong phạm vi cả n-ớc của Quốc hội và trong phạm vi ở địa ph-ơng đối với HĐND các cấp.

Cần thêm một Điều mới trong Mục quy hoạch:

Cấm việc tiết lộ, bán thông tin về quy hoạch đất khi ch-a đ-ợc Nhà n-ớc công bố để đầu cơ đất đai, gây bất ổn thị tr-ờng bất động sản.

Thẩm quyền cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất

Ph-ơng án hợp lý nhất là

giao cho UBND cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất vì cơ quan nào cấp đất thì cơ quan đó cấp giấy chứng nhận, vừa thuận lợi cho công tác quản lý đất đai và đơn giản thủ tục cho người sử dụng đất.

Khoản 1, Điều 46 Dự thảo về thẩm quyền của UBND tỉnh, thành phố trực thuộc trung -ng nên thêm: “...và cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất cho những trường hợp có yếu tố n-ớc ngoài”.

Quy định tại khoản 3, Điều 30 thiếu tính thực tiễn

Khoản 3, Điều 30 của Dự thảo quy định các trường hợp Nhà nước cho thuê đất: “*Hộ gia đình, cá nhân trực tiếp sản xuất nông nghiệp, lâm nghiệp, nuôi trồng thủy sản, làm muối quy định tại khoản 1, Điều 28 của Luật này sử dụng đất nông nghiệp v-ợt hạn mức giao đất từ ngày 01 tháng 01 năm 1999 trở đi, trừ diện tích đất do nhận chuyển nhượng, được thừa kế, được tặng cho*”. Quy định này sẽ tạo ra kẽ hở pháp lý, nếu sử dụng đất v-ợt hạn mức không muốn chuyển sang hình thức thuê thì chỉ việc tặng cho đất hoặc chuyển nhượng trả hình. Do đó, đề nghị loại bỏ cụm từ “*trừ diện tích đất do nhận chuyển nhượng, được thừa kế, được tặng cho*”.

Điều 58, khoản 4 quy định giá đất

Giá đất do UBND tỉnh, thành phố trực thuộc trung -ng quy định được công bố công khai vào ngày 01 tháng 01 hàng năm. Thời gian này không thích hợp nếu giá đất biến động; có thể nghĩ đến quy định công bố 2 lần trong một năm.

Về dự thảo sửa đổi Luật tổ chức Hội đồng nhân dân và Ủy ban nhân dân các cấp và Dự thảo sửa đổi về luật bầu cử ĐBHNĐ các cấp

Bắt đầu từ giữa tháng 6/2003, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp phối hợp cùng một số cơ quan đã tổ chức triển khai thử nghiệm giới thiệu về hai dự án luật này và tổ chức thu nhận ý kiến đóng góp về hai dự án luật qua nhiều hình thức diễn đàn ở tỉnh Quảng Ninh, kể cả góp ý trên mạng thông tin điện tử (báo điện tử VNNet và VNExpress) và đã nhận được sự hưởng ứng nhiệt tình. Sau đây là một số ý kiến mà chúng tôi tổng hợp được trên diễn đàn và qua th- góp ý. Tạp chí NCLP xin trân trọng cảm ơn sự đóng góp quý báu này và hi vọng nhận được nhiều hơn nữa sự quan tâm của bạn đọc xa gần đến diễn đàn này.

Luật Bầu cử ĐBHNĐ

Cách bầu cơ quan đại diện

Theo ông Nguyễn Văn Tuấn (Văn phòng HĐND tỉnh Nam Định), theo cách bầu cử hiện nay thì cử tri không trực tiếp am hiểu về ứng cử viên đại diện cho mình nên khó quyết định việc bỏ phiếu, dễ trở thành hình thức. Có thể nghĩ đến hệ thống bầu cử mới nh- sau: để cộng đồng dân c- nh- thôn xóm, phố, phường bầu ra đại biểu HĐND huyện. HĐND huyện bầu ra đại biểu HĐND tỉnh. Đại biểu HĐND tỉnh bầu ra đại biểu Quốc hội.

Số l-ợng đại biểu

Đa số ý kiến đều nhất trí với việc tăng số l-ợng đại biểu HĐND nh- trong dự thảo. Tuy nhiên, đối với xã vùng sâu, miền núi và hải đảo, địa bàn rộng, đi lại khó khăn, trình độ dân trí thấp (tìm người đủ tiêu chuẩn cũng khó), do đó “*nên quy định lại số đại biểu/ số dân cho phù hợp với điều kiện miền núi*” (ông Phạm Ngọc Bảo – tỉnh Hội Luật gia tỉnh Quảng Ninh).

Tổ bầu cử

Có ý kiến cho rằng không nên quy định thẩm quyền của UBND về việc thành lập tổ bầu cử HĐND nh- Điều 16, mà nên giao trường HĐND, trường UBND, Ủy ban MTTQ, Chủ tịch HĐND ra quyết định thành lập ban bầu cử, tổ bầu cử cấp mình. Nh- vậy mới thể hiện thực

chất là cơ quan quyền lực ở địa phương (ông Đỗ Đình Khái - phường Hồng Hà - TP. Hạ Long - tỉnh Quảng Ninh).

T- cách bầu cử của những người bị bắt tạm giam nh-ng ch-a bị t-ớc quyền công dân

Hiện nay, trong luật vẫn còn bỏ ngỏ t- cách đi bầu của những người bị bắt tạm giam nh-ng ch-a bị t-ớc quyền công dân do ch-a bị đ-a ra xét xử và ch-a có bản án, quyết định của tòa án tuyên bố là có tội. Theo ông Phiệt (Quảng Ninh), nên để những người này vẫn đ-ợc quyền bầu cử. Còn theo ông Canh Loan (ph-ờng Hồng Hà, Hạ Long, Quảng Ninh), nên ban hành văn bản để không ghi tên những người này vào danh sách cử tri.

Vận động bầu cử

Đ-a vào luật vấn đề vận động bầu cử là chủ tr-ơng đúng (ông Nguyễn Minh Văn đ-ờng Nguyễn Văn Cừ - TP. Hạ Long, tỉnh Quảng Ninh). Vì qua vận động bầu cử, cử tri có thêm cơ sở thông tin đánh giá năng lực đại biểu sau giai đoạn hiệp th-ơng giới thiệu. Khó có thể căn cứ vào tiểu sử ngắn gọn mà đánh giá năng lực thực sự của ứng cử viên.

Phiếu trắng

Hiện nay Luật Bầu cử đại biểu HĐND các cấp năm 1994

và trong Dự thảo quy định phiếu trắng là một trong những trường hợp phiếu không hợp lệ. Nh-ng một số ý kiến đề nghị nên quay lại quy định phiếu trắng cũng là hợp lệ để thể hiện quan điểm dân chủ rộng rãi của nhà n-ớc. Vì một số cử tri do không có điều kiện tìm hiểu đầy đủ về người mình sắp bỏ phiếu, hoặc còn phân vân thì bỏ phiếu trắng cũng nên đ-ợc coi là một quyền của cử tri.

Khi số ứng cử viên bằng phiếu nhau đều quá bán

Hiện nay, Luật và Dự thảo Luật đều quy định đối với trường hợp này, người trúng cử đ-ợc quyết định theo “đề nghị của Ban th-ờng trực Ủy ban Mặt trận tổ quốc Việt Nam cùng cấp và của Ban bầu cử ở đơn vị bầu cử đó”. Một số người cho rằng quy định nh- vậy vẫn ch-a đầy đủ vì thiếu cơ sở để bảo đảm tính khách quan và sự thống nhất. Do vậy, nên quy định rõ thêm về tiêu chí để đề nghị người trúng cử.

Bầu lại không quá hai lần

Quy định qua hai lần bầu mà vẫn không quá bán số cử tri đi bầu thì không tổ chức bầu lại là không nên. Vì giả sử đơn vị bầu cử ấy có đại biểu ứng cử sẽ là chủ chốt của HĐND cấp đó mà do 2 lần bầu, cử tri đi bầu đều không quá bán nên ứng cử viên

ấy không thể coi là trúng cử thì sẽ rất khó (ông Đàm Hiến - Hạ Long, Quảng Ninh).

Luật Tổ chức HĐND và UBND

Mô hình tổ chức HĐND

Đa số các ý kiến đều nhất trí giữ nguyên mô hình HĐND ở cả 3 cấp, vì “đã có UBND thì phải có HĐND” (ông Nguyễn Tiến Đạt - tỉnh Quảng Ninh). Hơn nữa, lý do bỏ cấp HĐND quận ở thành phố thuộc trung -ơng ch-a có sức thuyết phục (bà Bùi Thị Thuận - Ban Dân chủ pháp luật - Mặt trận Tổ quốc tỉnh Quảng Ninh).

Tăng c-ờng chuyên trách HĐND, th-ờng trực HĐND ở cấp xã

Những ý kiến ủng hộ cho vấn đề này lập luận: thực tế cho thấy HĐND cấp cơ sở là rất quan trọng, mọi việc phát sinh đều từ cơ sở. Tại sao ở HĐND cơ sở lại không có th-ờng trực, không có các ban? Theo ông Đỗ Đình Khái (ph-ờng Hồng Hà - TP. Hạ Long - tỉnh Quảng Ninh): HĐND xã nên có th-ờng trực gồm 1 Phó chủ tịch, 1 ủy viên th-ờng trực và có văn phòng giúp việc HĐND (3 biên chế). Còn Chủ tịch HĐND do Bí th- Đảng kiêm nhiệm. Nhiều ý kiến không đồng tình với lập luận trên lại cho rằng: HĐND cấp xã là đơn vị cơ sở, đầu mối không nhiều, nếu

tăng c-ờng th-ờng trực thì biên chế sẽ công kênh mà không hiệu quả.

Văn phòng HĐND

Quan điểm không nên thành lập riêng Văn phòng HĐND cho rằng: ở tỉnh đã có Chủ tịch HĐND, Phó Chủ tịch HĐND và 1 uỷ viên th-ờng trực kiêm luôn th-ờng trực tiếp dân. Còn các công việc hành chính, sự vụ của HĐND đã có các chuyên viên Văn phòng giúp việc của HĐND và UBND. Các ý kiến nhất trí với ph-ơng án tổ chức văn phòng giúp việc riêng cho HĐND thì cho rằng Văn phòng HĐND vừa tăng c-ờng tính độc lập của HĐND và tránh việc văn phòng vừa phải tham m-u cho cơ quan quyền lực vừa phải tham m-u cho cơ quan chấp hành (Viện kiểm sát nhân dân huyện Đông Triều - Quảng Ninh).

Nhiệm vụ, quyền hạn của HĐND

Chất vấn

Ông Đinh Ngọc Giang (Học viện Chính trị Quốc gia Hồ Chí Minh) cho rằng cần quy định rộng hơn đối t-ợng cần đ-ợc chất vấn; thời gian chất vấn cần đ-ợc dành thêm thỏa đáng, hình thức chất vấn, chế tài trong tr-ờng hợp ng-ời bị chất vấn không thể hiện trách nhiệm khắc phục sai phạm.

Chức năng “Quyết định” và “Giám sát”

Đa số ý kiến đều cho rằng trên thực tế, quyền quyết định của HĐND chỉ thực hiện tại kỳ họp đối với những vấn đề theo đề nghị của UBND. Thời gian có hạn, nội dung lại nhiều làm sao mà nghiên cứu, thảo luận, bàn bạc kỹ để đi đến quyết định chính xác đ-ợc. Hoạt động giám sát cũng vậy. Thực hiện giám sát đối với UBND, Toà án nhân dân, Viện kiểm sát nhân dân là rất khó khăn, phải chăng chủ yếu là do các ban hoặc các đại biểu HĐND thực hiện việc giám sát? Vì vậy, có nhiều ý kiến hoài nghi về việc quy định những chức năng quá lớn đối với HĐND (ông Nguyễn Văn Tuấn, Văn phòng HĐND tỉnh Nam Định).

Ông Nguyễn Ngọc Thung (TP. Hạ Long): luật quy định về hoạt động của HĐND mà dùng những ngôn từ chính trị chung chung nh-: “*trách nhiệm*”, “*đôn đốc theo dõi*”, “*kịp thời*”... Nếu thực thi chỉ theo những từ này thì cũng chỉ dừng lại ở khẩu hiệu “*cố gắng tích cực*”.

Bỏ phiếu tín nhiệm ĐBHNĐ

Các ý kiến đều nhất trí việc bỏ phiếu tín nhiệm chỉ đ-a ra theo đề nghị của 2/3 tổng số đại biểu HĐND, nh- vậy mới

thể hiện hết đ-ợc tính dân chủ. Về đối t-ợng bỏ phiếu tín nhiệm, có ý kiến cho rằng chỉ nên bỏ phiếu tín nhiệm đối với ng-ời giữ chức vụ do HĐND bầu; còn đối với ng-ời giữ chức vụ do HĐND phê chuẩn việc bỏ nhiệm thì không cần thiết bởi vì cần phải tạo môi tr-ờng chủ động cho việc bổ nhiệm kịp thời cán bộ, còn trong thực tiễn khi thấy việc bổ nhiệm và cán bộ đ-ợc bổ nhiệm có hành vi vi phạm pháp luật hoặc không hoàn thành nhiệm vụ thì HĐND có quyền giám sát, có quyền kiến nghị việc bãi nhiệm, và trong tr-ờng hợp ng-ời bỏ nhiệm cán bộ không thực hiện kiến nghị của HĐND thì HĐND vẫn có quyền bỏ phiếu tín nhiệm đối với ng-ời này (ông Lê Cảnh D-ơng - Quảng Ninh).

Một số ý kiến không tán thành cách đặt vấn đề bỏ phiếu tín nhiệm của HĐND lập luận rằng không nên đồng nhất hoặc mô phỏng mô hình tổ chức bộ máy cơ quan nhà n-ớc ở trung -ơng với chính quyền địa ph-ơng, sẽ gây nhiều tầng nấc phụ trách, bổ nhiệm không kịp thời. Hơn nữa, đối với một số chức danh chuyên môn của UBND là do ngành dọc bổ nhiệm, trong tr-ờng hợp HĐND bỏ phiếu không tín nhiệm nh-ng ngành dọc lại chấp nhận thì sẽ khó giải quyết (ông Vũ Văn Văn

- Sở t- pháp tỉnh Quảng Ninh, Viện kiểm sát nhân dân huyện Đông Triều - tỉnh Quảng Ninh).

Việc bầu chức Chủ tịch UBND trong tr-ờng hợp khuyết

Nhiều ý kiến đồng ý với Điều 51 nh- trong dự luật: tr-ờng hợp khuyết Chủ tịch Ủy ban nhân dân trong nhiệm kỳ, HĐND cùng cấp giới thiệu chức vụ Chủ tịch UBND. Ng-ời đ-ợc bầu vào chức vụ Chủ tịch UBND không nhất thiết là ĐBHNĐ vì: trong thời kỳ đổi mới, hội nhập đòi hỏi cán bộ năng lực tổ chức lãnh đạo và đạo đức tốt. Nếu theo luật cũ, phải tổ chức bầu cử tốn kém và không kịp thời (ông Đỗ Đình Khái và một số dân ở tổ 18a - ph-ờng Hồng Hà - TP. Hạ Long - tỉnh Quảng Ninh). Cùng ph-ơng án này, có ý kiến bổ sung yêu cầu lựa chọn ng-ời thay thế chức chủ tịch không phải là ng-ời ở địa ph-ơng mà do cơ quan nhà n-ớc cấp trên bổ nhiệm, thực hiện tốt công tác luân chuyển cán bộ (ông Ngô Huyền - Bạch Đằng - Hạ Long - tỉnh Quảng Ninh, ông Vũ Văn Vân - Phòng Thi hành án- Sở T- pháp Quảng Ninh, ông Lê C-ờng, tổ 33B - Ph-ờng Hồng Hà - TP. Hạ Long - tỉnh Quảng Ninh).

Ý kiến ng-ợc lại cho rằng ứng cử viên vào chức Chủ tịch

UBND trong tr-ờng hợp khuyết nhất thiết phải là thành viên của HĐND vì Điều 123 - Hiến pháp năm 1992 đã quy định: “Ủy ban nhân dân do Hội đồng nhân dân bầu...”. Mặt khác, ng-ời đứng đầu ủy ban phải có năng lực và tín nhiệm, và phải đ-ợc chuẩn bị tr-ớc theo công tác quy hoạch cán bộ của Đảng. Nếu vì một lí do cấp thiết nào đó thì cũng phải bầu bổ sung cán bộ đó vào HĐND rồi sau đó bầu chủ tịch (ông Phiệt, ông Nguyễn Hữu Khâm - CLB H-u trí Hạ Long).

Nhiệm vụ, quyền hạn của UBND vừa thừa, vừa không rõ

Có ý kiến cho rằng Điều 43 quy định nhiệm vụ và quyền hạn của UBND về quản lý Nhà n-ớc nên nói tổng quát, không nên kể lể dài dòng “*vi càng kể lại càng thiếu*” (ông Nguyễn Văn Tuấn, Văn phòng HĐND Nam Định). Ý kiến khác thì cho rằng: Dự thảo ch-a phân định rõ đ-ợc trách nhiệm của UBND ở mỗi cấp; ch-a thể hiện rõ đ-ợc chủ tr-ơng phân cấp mạnh cho địa ph-ơng và ch-a làm rõ đ-ợc tính chất đặc thù của các đơn vị hành chính đô thị so với nông thôn.

Về Điều 7, một số ý kiến nhận xét rằng: không nên giao nhiệm vụ, quyền hạn của HĐND và UBND ở mỗi cấp - nội dung quan trọng nhất của luật - cho Chính phủ soạn thảo trình

UBTVQH quy định mà Luật sửa đổi nên quy định cụ thể ngay về vấn đề này.

Phê chuẩn việc bổ nhiệm các chức danh thủ tr-ởng các cơ quan chuyên môn thuộc UBND

Ý kiến đồng ý với dự thảo cho rằng quy định này nâng cao vị thế, vai trò của HĐND đối với tổ chức bộ máy chính quyền địa ph-ơng, nâng cao hiệu quả hoạt động giám sát của HĐND đối với cơ quan này (ông Đồng Minh Lan và một số dân ph-ờng Hồng Hà, thành phố Hạ Long, tỉnh Quảng Ninh).

Ng-ợc lại, có nhiều ng-ời đề nghị: không nên đặt ra việc HĐND phê chuẩn cơ quan chuyên môn của UBND tỉnh, huyện, thị xã thuộc tỉnh. Vì việc bổ nhiệm th-ờng là quyết định của ngành dọc sau khi đã hiệp th-ơng với tổ chức Đảng ở địa ph-ơng... Vì vậy, nếu đ-a ra HĐND chỉ còn là hình thức. Hơn nữa, ng-ời đứng đầu các cơ quan chuyên môn thuộc UBND trực tiếp chịu trách nhiệm tr-ớc UBND. Mặt khác, HĐND mỗi năm chỉ họp hai kỳ, nên sẽ gò bó, gây khó khăn cho việc thực hiện công tác luân chuyển cán bộ./.

SỰ HÌNH THÀNH VÀ PHÁT TRIỂN CỦA T- PHÁP HÀNH CHÍNH Ở N-ỐC TA

Vũ TH*

Một trong những tiêu chí quan trọng để đánh giá nhà n-ớc dân chủ là một nền t- pháp hành chính mạnh. Bởi nó thể hiện sự bình đẳng giữa Nhà n-ớc với công dân, bảo vệ quyền lợi của công dân tr-ớc những xâm phạm của các chủ thể quyền lực nhà n-ớc bằng một công cụ tố tụng công bằng. Để cập đến nội dung này, tác giả trình bày bài viết trên khía cạnh sự hình thành và phát triển của t- pháp hành chính tại Việt Nam và đ-a ra những gợi ý có tính thực tiễn trong việc xây dựng nền t- pháp hành chính vững mạnh tại n-ớc ta

1. Khái quát về t- pháp hành chính

T- pháp hành chính là thuật ngữ đ-ợc hình thành từ sự kết hợp hai khái niệm là “t- pháp” và “hành chính”. Nói đến t- pháp hành chính là nói đến lĩnh vực xét xử các tranh chấp giữa cơ quan nhà n-ớc với công dân (cơ quan, tổ chức) trong quan hệ pháp luật hành chính, đ-ợc thực hiện bởi toà án theo thủ tục t- pháp. Trong quan niệm về t- pháp hành chính vừa nêu, tranh chấp pháp luật nh- vậy đ-ợc khoa học pháp lý gọi là tranh chấp hành chính (TCHC). Gọi nh- vậy không có nghĩa là nội dung mọi tranh chấp đều do luật hành chính quy định. Có những TCHC mà nội dung đ-ợc xem xét, giải quyết không do luật hành chính điều chỉnh, ví dụ tranh chấp về việc quản lý nhà n-ớc theo quy định

của Luật đất đai giữa cá nhân với cơ quan nhà n-ớc. Cái chính là TCHC hàm ý chỉ tranh chấp xảy ra trong quan hệ pháp luật hành chính hay trong lĩnh vực quản lý hành chính nhà n-ớc. Còn thủ tục t- pháp th-ờng đ-ợc sách báo pháp lý gọi là thủ tục tố tụng, đ-ợc áp dụng cho các hoạt động t- pháp.

T- pháp hành chính (TPHC) còn đ-ợc gọi đơn giản là con đ-ờng toà án giải quyết TCHC. Ngoài ra, trong sách báo pháp lý hiện nay còn sử dụng phổ biến thuật ngữ “tài phán hành chính” theo nghĩa t-ơng tự TPHC. Nh-ng không đồng nhất thuật ngữ “tài phán hành chính” với thuật ngữ “t- pháp hành chính”. Tuy cũng là thuật ngữ chỉ con đ-ờng toà án giải quyết TCHC, song bản thân “tài phán hành chính” còn đ-ợc sử dụng theo

nghĩa: các cơ quan nhà n-ớc (chủ yếu là cơ quan hành chính nhà n-ớc) giải quyết các tranh chấp theo thủ tục hành chính (hoặc trong lĩnh vực quản lý hành chính nhà n-ớc). Do đó, từ một góc nhìn nhất định, thuật ngữ “*tài phán hành chính*” không có tính xác định cao bằng thuật ngữ “*t- pháp hành chính*”.

Trên nguyên tắc, khoa học pháp lý thừa nhận chung rằng giải quyết TCHC bằng con đường toà án là trật tự, cách thức bảo vệ quyền của công dân cao hơn so với con đường hành chính, đồng thời là cách thức bảo vệ quyền công dân cao nhất, xuất phát từ hai -u thể chủ yếu và nổi bật của con đường toà án giải quyết TCHC là:

Thứ nhất, xét xử TCHC bởi toà án là xét xử bằng một cơ chế có tính độc lập, đứng ngoài tranh chấp theo nguyên tắc thẩm phán xét xử độc lập và chỉ tuân theo pháp luật; do đó, việc giải quyết vụ việc khách quan hơn. Ưu thế này rõ ràng là hơn trội so với việc TCHC được giải quyết bởi chính cơ quan hoặc hệ thống cơ quan hành chính với t- cách là bên bị khiếu nại, đồng thời lại là ng-ời giải quyết khiếu nại theo cách thức được sách báo pháp lý gọi là “*bộ tr-ởng - quan toà*” với những hạn chế vốn có.

Thứ hai, trình tự - thủ tục giải quyết TCHC bởi toà án là trình tự - thủ tục t- pháp. Trên nguyên tắc, thủ tục t- pháp bảo đảm dân chủ và pháp chế ở cấp độ cao hơn so với thủ tục hành chính giải quyết khiếu nại trong quan hệ quản lý. Nét rất đáng chú ý ở trình tự - thủ tục t- pháp là hoạt động tranh tụng, cái mà thủ tục hành chính không thể có được. Tuy nhiên cũng cần thấy rằng sự vận hành của thủ tục tố tụng bao giờ cũng phức tạp hơn so với thủ tục hành chính. Đó vừa là -u điểm, vừa có thể là nh-ợc điểm. Nó có thể đ-a lại sự bảo đảm

tốt quyền công dân, nh-ng có thể gây cho họ những phiền phức nhất định, chẳng hạn, thời hạn xem xét khiếu kiện (hoặc khiếu nại) thường là dài hơn, đòi hỏi ở họ khả năng nhất định khi tranh tụng, tốn kém trong việc mời ng-ời bào chữa v.v...

Trong thực tế pháp lý ở n-ớc ta, có quan niệm xem việc tăng c-ờng vai trò và phạm vi hoạt động của TPHC nh- một cách thức làm giảm tải giải quyết các khiếu nại hành chính cho các cơ quan hành chính nhà n-ớc để các cơ quan này dồn sức vào việc quản lý hành chính nhà n-ớc, không phải v-ớng bận vào việc giải quyết khiếu nại mà nhiều khi là gánh nặng. Chúng tôi cho rằng, tăng c-ờng TPHC tr-ớc hết và trên hết là để mở rộng khả năng bảo vệ quyền công dân bởi một thiết chế bảo vệ quyền công dân cao nhất. Tuy nhiên, để cao vai trò của TPHC không có nghĩa là loại bỏ con đường hành chính giải quyết khiếu nại. Vì, việc giải quyết khiếu nại bởi các cơ quan hành chính vẫn là hoạt động có giá trị nhất định và là một phần của hoạt động quản lý (thủ tục đơn giản, cấp hành chính không chỉ tự kiểm tra, xử lý tính hợp pháp mà còn cả tính hợp lý của quyết định, hành vi hành chính...). Ngoài ra, còn có các nguyên nhân khác làm cho có những khiếu nại không thể giải quyết theo con đường toà án được mà phải theo trật tự hành chính (ví dụ: vì lý do an ninh, quốc phòng, vì pháp luật ch-a hoàn chỉnh...).

Khi xem dân chủ và pháp luật là những nhân tố cốt lõi trong nhà n-ớc pháp quyền và của việc xây dựng nhà n-ớc pháp quyền thì TPHC chính là sự phản ánh rất đặc tr-ng các nhân tố ấy. TPHC trên nguyên tắc là định chế pháp luật bảo vệ hữu hiệu nhất quyền công dân khỏi mọi sự vi phạm pháp luật từ phía cơ

quan, viên chức nhà n-ớc.

TPHC là một đặc tr-ng cơ bản, nhất thiết phải có của nhà n-ớc pháp quyền, nh-ng khẳng định sự hiện diện của TPHC là bằng chứng về sự hiện diện nhà n-ớc pháp quyền không phải bao giờ cũng đúng. Xin nêu ví dụ cụ thể ở n-ớc ta, cho đến Hiến pháp năm 1992 sửa đổi năm 2001, Nhà n-ớc ta mới chính thức đ-ợc xác định là xây dựng theo h-ớng Nhà n-ớc pháp quyền XHCN của dân, do dân, vì dân. Nh-ng tr-ớc đó, chúng ta đã có định chế TPHC giải quyết TCHC theo thủ tục dân sự với quy mô nhỏ. Với quy mô TPHC nhỏ bé thì khó có thể nói gì về sự đặc tr-ng cho nhà n-ớc pháp quyền đ-ợc.

Ngày nay, không thể hình dung một nhà n-ớc nào không tồn tại định chế TPHC với “*tâm vóc*” và vai trò nhất định trong thực tế. Nh-ng do những yếu tố khác nhau mà hình hài của TPHC các n-ớc có thể không giống nhau. Việc giải quyết TCHC có thể bởi các cơ quan xét xử khác nhau: các toà án hành chính thuộc hệ thống cơ quan hành chính (Cộng hoà Pháp); các toà án hành chính riêng biệt bên cạnh các toà án khác (Cộng hoà liên bang Đức); các toà án th-ờng (Hoa Kỳ) hoặc các toà hành chính nằm trong một hệ thống toà án duy nhất (Trung Quốc)... Phạm vi các TCHC đ-ợc giải quyết bởi toà án mỗi n-ớc cũng hoàn toàn không giống nhau. Hầu hết các n-ớc chỉ quy định toà án giải quyết các tranh chấp về quyết định hành chính cá biệt và hành vi hành chính (với phạm vi khác nhau), nh-ng cũng có n-ớc cho phép toà án xem xét cả văn bản có tính quy phạm của cơ quan hành chính (Cộng hoà Pháp). Các hình thức tố tụng trong xét xử của toà án có thể là tố tụng hành chính, có thể là tố tụng dân sự, hoặc kết hợp cả hai hình thức tố tụng đó với

các quy định cũng có nhiều điểm khác nhau.

2. Quá trình hình thành và phát triển t-pháp hành chính Việt Nam

Hiện nay, có không ít ng-ời nhìn nhận con đ-ờng toà án giải quyết khiếu nại hành chính chỉ hiện diện từ khi Quốc hội n-ớc ta thông qua Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Tổ chức Toà án nhân dân về lập Toà hành chính trong hệ thống Toà án nhân dân và tiếp đó là Pháp lệnh Thủ tục giải quyết các vụ án hành chính đ-ợc Uỷ ban th-ờng vụ Quốc hội thông qua năm 1996. Đơn giản là vì từ lâu tr-ớc đó, khái niệm, nội dung và giá trị của TPHC ít đ-ợc nghiên cứu và phổ biến rộng rãi. Nh-ng, TPHC đã đi “*ngọt*” vào đời sống pháp lý n-ớc ta mà không mấy ng-ời biết đ-ợc hoặc để tâm đến.

Tr-ớc Cách mạng tháng Tám, theo một đạo dụ, chính quyền bù nhìn của thực dân Pháp đã thành lập ở Việt Nam Toà án hành chính để giải quyết một số TCHC (ví dụ: tranh chấp về thuế). Sau Cách mạng tháng Tám, theo Sắc lệnh số 41-SL ngày 3/10/1945, Chính phủ đã giao cho Bộ T-pháp tiếp quản Toà án hành chính của chế độ cũ. Nh-ng theo dõi các văn bản pháp luật đăng trong Công báo của Nhà n-ớc ta giai đoạn này và hàng chục năm về sau không thấy nói gì thêm về việc tổ chức và hoạt động của Toà án Hành chính đã đ-ợc tiếp quản ấy, ngoại trừ tại Điều 120 của Luật Thuế trực thu Việt Nam đ-ợc ban hành theo Sắc lệnh số 49 - SL ngày 18/6/1949 có quy định rằng ng-ời chịu thuế không đồng ý với suất thuế xác định cho mình thì sau khi đã khiếu nại đến Ty thuế trực thu có quyền “*khiếu nại tr-ớc Toà án hành chính*”. Có lẽ trong điều kiện kháng chiến lúc bấy giờ không chắc đã tổ chức đ-ợc trên thực tế một Toà hành chính nào.

Cho đến năm 1957, trong Sắc luật số 4 về bầu cử Hội đồng nhân dân và Ủy ban hành chính các cấp ngày 20/7/1957, dáng dấp của TPHC đã xuất hiện. Theo Điều 15 của Sắc luật này, thì khiếu nại của công dân về việc lập danh sách cử tri tr-ớc hết đ-ợc gửi đến cơ quan lập danh sách cử tri để giải quyết. Khi không đồng ý với quyết định giải quyết khiếu nại thì họ có quyền khiếu nại đến Tòa án nhân dân. Quy định pháp luật này còn đ-ợc tiếp tục quy định trong các luật về bầu cử đại biểu Quốc hội, đại biểu Hội đồng nhân dân cho đến nay. Nh- thế, TPHC trong Nhà n-ớc mới có thể chỉ xuất hiện thực sự vào những năm đầu tiên sau thắng lợi của cuộc kháng chiến chống thực dân Pháp xâm l-ợc ở miền Bắc. Đó là loại hình TPHC, trong đó, tòa án xét xử theo thủ tục dân sự khiếu nại của công dân về việc lập danh sách cử tri.

Ngày 29/11/1989, Hội đồng Nhà n-ớc thông qua Pháp lệnh Thủ tục giải quyết các vụ án dân sự. Điều 11 của Pháp lệnh này đã xác định Tòa án nhân dân có thẩm quyền giải quyết các vụ án có liên quan đến việc khiếu nại về danh sách cử tri, việc cơ quan hộ tịch từ chối đăng ký hoặc không chấp nhận yêu cầu sửa đổi những điều ghi trong giấy tờ về hộ tịch. Đây là các việc đ-ợc thực hiện theo thủ tục hành chính do các cơ quan hành chính thực hiện. Nh- vậy, đến đây, chúng ta đã có một định chế TPHC khá hoàn chỉnh giống nh- các n-ớc giải quyết việc TCHC bằng các tòa án th-ờng với ba đặc tr-ng của TPHC bất kỳ nào là:

a. Sự hiện diện tranh chấp pháp luật, đ-ợc gọi là TCHC, đ-ợc giải quyết theo con đ-ờng t- pháp;

b. Có một cơ quan phán quyết về tính hợp pháp hay bất hợp pháp của các TCHC với t-

cách là tòa án, cụ thể là Tòa án nhân dân xét xử vụ án hành chính cùng với các vụ án dân sự khác;

c. Thủ tục đ-ợc áp dụng trong việc giải quyết, xét xử vụ án là thủ tục t- pháp (hay là thủ tục tố tụng). Cụ thể ở đây là thủ tục dân sự.

Nh- thế, TPHC xuất hiện tr-ớc tiên là ở loại hình Tòa án Dân sự giải quyết TCHC. Nh-ng với định chế TPHC hạn hẹp trong việc xét xử một số loại do Tòa Dân sự thực hiện thì rõ ràng, tầm kiểm tra của Tòa án đối với hoạt động của cơ quan hành chính cũng nh- khả năng bảo vệ các quyền của công dân rất thấp.

Ngày 28/10/1995, Quốc hội đã thông qua Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật tổ chức tòa án nhân dân. Theo đó trong cơ cấu của Tòa án tối cao và Tòa án cấp tỉnh, tòa hành chính đ-ợc tổ chức thành một phân tòa bên cạnh các phân tòa khác. Đối với tòa án cấp huyện, có các thẩm phán chuyên trách xét xử TCHC. Đồng thời với việc lập các Tòa Hành chính, thủ tục tố tụng hành chính áp dụng cho việc xét xử TCHC cũng đ-ợc ban hành mới.

Khi cho ra đời tòa hành chính, các nhà làm luật đã không đụng chạm gì đến loại hình tòa dân sự đang tồn tại. Nh- vậy, kể từ ngày 01/07/1996 (thời điểm có hiệu lực của Pháp lệnh thủ tục giải quyết các vụ án hành chính), cùng lúc ở n-ớc ta hoạt động song song cả hai loại hình TPHC. Đ-ơng nhiên, loại hình “*tòa hành chính*” có quy mô lớn hơn nhiều “*tòa dân sự*”, đ-ợc thể hiện trên các điểm chủ yếu sau:

- Loại hình tòa hành chính có cơ cấu riêng chuyên giải quyết TCHC. Đó là các Tòa hành

chính trong Tòa án các cấp tỉnh và trung - ương và thẩm phán ở Tòa án cấp huyện. Trong khi đó, ở loại hình tòa dân sự, Tòa án xét xử TCHC không phải là cơ cấu hình thành chủ yếu để giải quyết TCHC.

- Tòa hành chính là thiết chế chỉ giải quyết và giải quyết bộ phận đáng kể các TCHC quy định tại Điều 11 của Pháp lệnh sửa đổi bổ sung tháng 12/1998, còn Tòa Dân sự chỉ xét xử một vài TCHC.

- Thủ tục hành chính giải quyết khiếu nại của công dân là hình thức tố tụng hành chính riêng biệt, với các quy định sát với việc giải quyết TCHC. Trong khi đó, thủ tục tố tụng dân sự giải quyết TCHC tuy về cơ bản có các nguyên tắc, các giai đoạn và chế định và nhiều quy định giống thủ tục tố tụng hành chính (do chỗ cùng là việc kiện và cùng trong một hệ thống pháp luật...), nh-ng dấu sao thì cũng chủ yếu quy định thích hợp cho việc giải quyết các vụ án dân sự.

Tuy ch-a thể nói là đã thật hoàn chỉnh, nh-ng nhìn chung, với sự hiện diện hai loại hình TPHC, chúng ta đã có định chế TPHC cần thiết để có thể bảo vệ ở cấp độ cao nhất quyền công dân.

Nhìn toàn bộ, chúng tôi có hai nhận xét lớn về quá trình hình thành và phát triển của TPCH ở n-ớc ta nh- sau:

1. TPHC từ chỗ là định chế hình thành ít nhiều có tính chất ngẫu nhiên hoặc chính xác hơn là nhằm giải quyết các việc TPHC đơn lẻ, đã đến chỗ phát triển thành định chế lớn, dần thể hiện rõ rệt một đặc tr-ng quan trọng của nhà n-ớc pháp quyền.

2. TPHC ngày càng đ-ợc hoàn thiện. Sự hoàn thiện này đ-ợc thể hiện ở mấy điểm sau: từ chỗ TCHC chỉ do tòa dân sự giải quyết đã đi đến chỗ có riêng tòa hành chính song song với tòa dân sự trong hệ thống Tòa án nhân dân để cùng xét xử loại tranh chấp này; từ chỗ chỉ rất ít TCHC đ-ợc giải quyết bởi Tòa án tiến đến việc đ-a vào xét xử bởi Tòa án phần lớn các khiếu nại hành chính có tầm quan trọng đối với việc bảo vệ quyền công dân; từ chỗ TCHC đ-ợc giải quyết theo các h-ớng dẫn đơn lẻ, rải rác của Tòa án nhân dân tối cao về tố tụng dân sự¹ đến chỗ có các quy định về thủ tục tố tụng dân sự khá hoàn chỉnh và nay cùng với hình thức tố tụng này còn có thêm hình thức tố tụng hành chính áp dụng riêng cho TCHC đ-ợc giải quyết tại Tòa Hành chính.

3. Kết luận

Một trong những vấn đề đ-ợc giới nghiên cứu và các nhà hoạt động thực tiễn n-ớc ta đặt ra hiện nay là h-ớng phát triển tiếp theo của định chế này sẽ thế nào. Câu hỏi đ-ợc đặt ra này có ý nghĩa cả về mặt khoa học và mặt thực tiễn. Dự báo về sự phát triển của TPHC n-ớc ta trong nhiều năm tới, theo chúng tôi, sẽ không có thay đổi thật lớn nào về mô hình TPHC hiện tại, nh-ng có thể có những biến đổi cần thiết theo các h-ớng:

Một là, để giải quyết TCHC, hiện nay chúng ta đang có hai loại hình TPHC: Tòa hành chính và Tòa dân sự, trong đó, Tòa Hành chính là loại hình TPHC chủ đạo. Vấn đề đ-ợc đặt ra là có cần thiết phải cùng lúc có hai loại tòa cùng giải quyết TCHC hay không? Chúng ta đều biết, ở một ph-ơng

¹ Tình trạng này kéo dài đến tr-ớc tháng 11/1989 là thời điểm thông qua Pháp lệnh Thủ tục giải quyết các vụ án dân sự.

diện nhất định, quy định việc giải quyết TCHC chỉ bởi một loại cơ quan sẽ làm cho việc tổ chức TPHC thu về một mối và rành mạch hơn. Trong một thời điểm nào đó, việc xác định các TCHC đ-ợc giải quyết theo Pháp lệnh thủ tục giải quyết các vụ án hành chính và Pháp lệnh Thủ tục giải quyết các vụ án dân sự là hợp lý. Tuy nhiên, sau khi Pháp lệnh Thủ tục giải quyết các vụ án hành chính đ-ợc ban hành và sửa đổi, có nhiều loại TCHC có liên quan đến việc dân sự - kinh tế nh- chuyển giao công nghệ, sở hữu công nghiệp... đã đ-ợc xác định thuộc thẩm quyền giải quyết của Tòa Hành chính, thì nên xác định chỉ có Tòa Hành chính là cơ quan giải quyết TCHC. Nghĩa là, về nguyên tắc, Tòa Dân sự có thể chấm dứt việc giải quyết các TCHC trong t-ơng lai.

Hai là, các TCHC đ-ợc giải quyết bởi Tòa Hành chính sẽ ngày càng đ-ợc mở rộng. Ngoài các TCHC đ-ợc Tòa hành chính giải quyết theo quy định tại Điều 11 của Pháp lệnh Thủ tục giải quyết các vụ án hành chính, trên thực tế, Chính phủ đã quy định thêm trong các nghị định về một số TCHC nữa đ-ợc giải quyết tại Tòa Hành chính. Theo chúng tôi, mở rộng phạm vi TCHC đ-ợc Tòa án giải quyết là vấn đề có tính quy luật của phát triển dân chủ và yêu cầu tăng c-ờng bảo vệ quyền con người trong chế độ ta, đồng thời cũng là đòi hỏi bắt buộc của việc xây dựng nhà n-ớc pháp quyền XHCN n-ớc ta. Vì vậy, sẽ không có gì lạ khi ngày càng có nhiều TCHC đ-ợc đ-a vào giải quyết theo con đ-ờng toà án.

Ở đây, có thể sẽ có câu hỏi đặt ra là tại sao không quy định ngay một lần về phạm vi TCHC giải quyết bởi Tòa Hành chính? Theo chúng tôi, không thể quy định ngay đ-ợc nh-

vậy vì muốn đ-a TCHC nào vào diện đ-ợc Tòa án xét xử thì nhất thiết phải có tiền đề là pháp luật về tranh chấp đó phải hoàn chỉnh ở mức độ nhất định, vì nguyên tắc xét xử của Tòa án là: thẩm phán xét xử độc lập và chỉ tuân theo pháp luật. Bên cạnh đó, còn có những nguyên nhân khác (ví dụ: an ninh, quốc phòng...) cũng khiến cơ quan có thẩm quyền phải cân nhắc có nên đ-a một TCHC cụ thể cho toà án giải quyết hay không.

Ba là, thủ tục giải quyết TCHC sẽ ngày càng hoàn thiện. Nếu Tòa Dân sự không giải quyết TCHC nữa thì tổ tụng hành chính sẽ là hình thức duy nhất giải quyết TCHC. Mới đây, Tòa án nhân dân tối cao đã có h-ớng dẫn liên quan đến việc thực hiện một số quy định của thủ tục giải quyết các vụ án hành chính, ví dụ: xử lý về thẩm quyền giải quyết tranh chấp trong tr-ờng hợp nhiều người cùng liên quan đến một quyết định hành chính nh-ng họ khiếu nại theo các h-ớng khác nhau: đến toà án và đến cơ quan hành chính. Hoặc hiện nay đang đặt ra vấn đề có cần hay không giai đoạn tiền tố tụng, vấn đề xác định độ dài thời hạn khởi kiện cho phép tại toà án sau khi đã khiếu nại theo con đ-ờng hành chính... Thực tiễn đời sống pháp lý sẽ cho thấy cần phải tiếp tục hoàn thiện hơn thủ tục hành chính giải quyết TCHC và hoàn thiện nh- thế nào. Không những chúng ta phải xem xét trong điều kiện cụ thể đang có, thủ tục đã phù hợp ch-a, mà bản thân sự vận động của đời sống pháp lý cũng đặt ra trong t-ơng lai các vấn đề thủ tục mới./.

* TS, Viện nghiên cứu nhà n-ớc và pháp luật

ĐỔI MỚI MÔ HÌNH TỔ CHỨC CHÍNH QUYỀN ĐỊA PHƯƠNG Ở ĐÔ THỊ HIỆN NAY

BUI XUÂN ĐỨC*

Đổi mới tổ chức chính quyền địa phương ở đô thị đang là vấn đề đ-ợc bàn cãi, tranh luận sôi nổi hiện nay. Nhiều quan điểm và ý kiến đ-ợc nêu ra, h-ớng tới những vấn đề nh-: sự bất cập, hạn chế của mô hình chính quyền ở đô thị hiện nay; xây dựng một mô hình chính quyền nh- thế nào là phù hợp với đặc tr-ng của đô thị; đơn vị hành chính hoàn chỉnh và không hoàn chỉnh đ-ợc áp dụng cho cấp hành chính nào... Đây cũng chính là những nội dung đ-ợc tác giả đề cập trong bài viết

Theo nghĩa thông th-ờng, đô thị đ-ợc hiểu là nơi dân c-đông đúc, là trung tâm th-ơng nghiệp, có thể cả công nghiệp¹. Trải qua hàng nghìn năm lịch sử, dù diễn biến một cách chậm chạp, kéo dài trong điều kiện nền nông nghiệp tiểu nông, các đô thị Việt Nam vẫn đ-ợc hình thành và phát triển. Lịch sử còn nhắc đến các đô thị lớn của đất n-ớc nh-: thành Cổ Loa, Thăng Long, Phố Hiến, Hội An, cố đô Huế.

Từ đầu thế kỷ XIX trở đi, đô thị Việt Nam phát triển nhanh hơn theo sự giao l-u, ảnh h-ớng, thậm chí do cả sự thống trị thực dân của chủ nghĩa t-bản. Tuy vậy, so với ph-ơng Tây lúc đó thì đô thị Việt Nam có phạm vi còn khá khiêm tốn.

Vào thời kỳ xây dựng chủ nghĩa xã hội ở miền Bắc và sau đó là trong phạm vi cả n-ớc, Nhà n-ớc ta đã có nhiều cố gắng trong việc hình thành một số đô thị lớn nhằm tạo các trung tâm giúp cho sự phát triển kinh tế - xã hội của khu vực và cả n-ớc nh-: Hà Nội, Hải Phòng, Thái Nguyên, Việt Trì, thành phố Hồ Chí Minh, Cần Thơ và nhiều đô thị là thủ phủ các tỉnh, huyện... Tuy nhiên, do hậu quả của chiến tranh, sự kéo dài cơ chế tập trung quan liêu bao cấp, cho đến thời kỳ tr-ớc khi đổi mới, đô thị n-ớc ta vẫn ch-a có b-ớc phát triển đáng kể.

Từ khi đất n-ớc b-ớc vào thời kỳ đổi mới, đô thị phát triển nhanh cả về số l-ợng và quy mô. Các đô thị lớn của đất

¹ Viện Ngôn ngữ học. Từ điển tiếng Việt, Trung tâm từ điển ngôn ngữ, Hà Nội, 1992, Tr.338.

n-ớc nh-: thành phố Hồ Chí Minh, thủ đô Hà Nội đã có dáng dấp của đô thị hiện đại. Lấy một trong những chỉ số phản ánh mức độ đô thị hoá là số l-ợng dân c- sống tại đô thị: năm 1999, dân số đô thị cả n-ớc ta là trên 15 triệu ng-ời, chiếm khoảng 20% dân số cả n-ớc², thì theo dự báo của Chính phủ đến năm 2020, dân số đô thị ở n-ớc ta sẽ là 46 triệu ng-ời, chiếm 45% dân số toàn quốc³.

1. Tổ chức chính quyền ở đô thị hiện nay- Những bất cập và hạn chế

Mô hình tổ chức chính quyền địa ph-ơng ở đô thị

Tổ chức chính quyền địa ph-ơng ở n-ớc ta hiện nay về cơ bản đ-ợc xây dựng theo cấp hành chính. Có ba mô hình tổ chức chính quyền ứng với ba cấp hành chính là cấp tỉnh, cấp huyện và cấp xã. Việc tổ chức chính quyền ở đô thị cũng không còn theo cấp đô thị (I, II, III, IV...) nh- tr-ớc đây trong thời Pháp thuộc nữa. Các đô thị n-ớc ta đ-ợc xếp vào các cấp hành chính t-ơng ứng là: thành phố trực thuộc trung -ơng (TU) thuộc cấp tỉnh, thành phố trực thuộc tỉnh và thị xã cấp huyện và thị trấn cấp xã. Mô hình tổ chức bộ máy chính quyền ở từng đô thị nêu trên nói chung gần giống nh- các đơn vị hành chính khác trong cùng một cấp. Sự

khác biệt về tổ chức bộ máy của từng loại đô thị là không nhiều.

- Đối với thành phố trực thuộc TU: Luật tổ chức chính quyền địa ph-ơng năm 1958 và sau đó là Hiến pháp năm 1959 quy định thành phố trực thuộc TU (cũng nh- ở các khu tự trị, tỉnh, thành phố thuộc tỉnh, thị xã, thị trấn và xã) có Hội đồng nhân dân và Ủy ban hành chính. Thành phố (trực thuộc TU) có thể chia thành khu phố có Hội đồng nhân dân và Ủy ban hành chính do Chính phủ quy định. Cách tổ chức này tồn tại cho đến tr-ớc Hiến pháp năm 1980. Từ Hiến pháp năm 1980 đến nay, thành phố trực thuộc TU đ-ợc tổ chức theo mô hình 3 cấp: thành phố - quận - ph-ờng, mỗi cấp đều có Hội đồng nhân dân và Ủy ban nhân dân.

- Đối với thành phố thuộc tỉnh và thị xã: theo quy định của Hiến pháp và pháp luật hiện hành, tổ chức chính quyền ở thành phố thuộc tỉnh và thị xã gồm hai cấp: cấp thành phố, thị xã là cấp t-ơng đ-ơng cấp huyện đ-ợc tổ chức giống nh- huyện, quận; cấp ph-ờng, xã tổ chức giống nh- ph-ờng và xã.

- Đối với thị trấn: Mô hình tổ chức chính quyền thị trấn hiện hành gần giống xã.

Nhìn chung, mô hình tổ chức chính quyền đô thị cũng t-ơng tự nh- cách tổ chức chính

² Xem: Quyết định của Thủ t-ơng Chính phủ số 10/1998/QĐ-TTg ngày 23/1/1998 phê duyệt định h-ớng Quy hoạch tổng thể phát triển đô thị Việt Nam đến năm 2020.

³ Xem: Quyết định đã dẫn. (Tuy nhiên, đây cũng là một con số không lớn vì nh- ta biết vào năm 1999, ở Cộng hoà Liên bang Đức với số dân t-ơng đ-ơng với n-ớc ta (khoảng 81,8 triệu ng-ời), thì chỉ riêng số dân sống ở 84 thành phố lớn (có hơn 100.000 dân) đã tới 26 triệu ng-ời, chiếm 1/3 dân số và theo một dự báo, tới năm 2020, khoảng 60% dân số thế giới sẽ sống trong các khu đô thị – Dẫn theo: Thang Văn Phúc. Tổ chức bộ máy nhà n-ớc và cải cách hành chính ở Cộng hoà Liên bang Đức. NXB Chính trị quốc gia. H., 1999, tr .11; Võ Kim Sơn. Những vấn đề bức xúc hiện nay về quản lý Nhà n-ớc ở đô thị. Thông tin khoa học hành chính, số 1/1999, tr.78)

quyền ở nông thôn. Ở thành phố trực thuộc TƯ, chính quyền gồm ba cấp: thành phố, quận và phường; thành phố thuộc tỉnh và thị xã có hai cấp: thành phố (thị xã) và phường; phường hoặc thị trấn có một cấp chính quyền. Mỗi cấp chính quyền đó đều có Hội đồng nhân dân và Ủy ban nhân dân. Ngoài ra, thành phố trực thuộc trung ương còn có huyện; thành phố thuộc tỉnh và thị xã có xã là những đơn vị hành chính hoàn toàn theo kiểu vùng nông thôn.

Những bất cập và hạn chế

Cách tổ chức cơ quan chính quyền ở đô thị nh- trên đang nảy sinh những bất cập và hạn chế sau:

a) Đô thị nói chung là một đơn vị quản c- liên hoàn, gắn bó mật thiết với những đặc tr-ng của mình. Quy mô một đơn vị hành chính đô thị phải giữ đ-ợc những đặc tr-ng của đô thị đó. Song có thời kỳ chúng ta đã mở rộng quá mức ra các vùng nông thôn, thậm chí cả miền núi xung quanh, làm cho tính đô thị bị phá vỡ ở một số nơi. Nay tuy đã đ-ợc điều chỉnh lại nh-ng nhiều đơn vị hành chính đô thị các cấp vẫn còn tình trạng đó.

b) Đô thị nên đ-ợc quản lý bởi chỉ một cấp chính quyền hoàn chỉnh: d-ới nó không cần thiết phải chia ra các đơn vị hành chính hoàn chỉnh khác nữa. Việc bộ máy chính quyền đô thị chia thành nhiều cấp chính quyền hoàn chỉnh và đều có Hội đồng nhân dân và Ủy ban nhân dân đã làm chia tách tính thống nhất đó.

c) Mệnh lệnh quản lý từ chính quyền

thành phố, thị xã xuống tới quận, phường bị cắt khúc, triển khai chậm do trong nhiều tr-ờng hợp phải đ-ợc Hội đồng nhân dân cấp d-ới ra văn bản để thực hiện. Đó là ch-a kể các tr-ờng hợp không thống nhất giữa Hội đồng nhân dân với mệnh lệnh của cơ quan hành chính nhà n-ớc cấp trên.

d) Hoạt động của Hội đồng nhân dân các cấp, phường ở nhiều nơi mang tính hình thức, bởi nội dung các vấn đề mà nó quyết định không có tính riêng biệt mà đều là những vấn đề chung đã đ-ợc quyết định ở cấp thành phố, thị xã.

e) Do tất cả các cấp đều thực hiện chế độ “trực thuộc hai chiều” nên tính tập trung thống nhất trong quản lý đô thị không cao. Mọi mệnh lệnh chỉ huy của Ủy ban nhân dân và Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp trên đối với cơ quan hành chính cấp d-ới th-ờng bị khuyếch tán qua nhiều cơ chế dẫn đến trách nhiệm không dứt khoát, không rõ rệt của cấp d-ới đối với cấp trên và đồng thời là sự kiểm soát không chặt chẽ của cấp trên đối với cấp d-ới.

f) Cách tổ chức chính quyền theo cấp hành chính đã không phân biệt đ-ợc sự khác biệt về mức độ công việc cũng nh- mô hình tổ chức bộ máy giữa các đô thị tuy cùng một cấp hành chính nh-ng khác nhau về quy mô (cấp, loại). Việc tổ chức bộ máy quản lý theo loại đô thị hiện đang đ-ợc rất nhiều n-ớc trên thế giới áp dụng và tr-ớc đây cũng đã đ-ợc áp dụng ở n-ớc ta (nh- việc tổ chức chính quyền theo cấp thành phố I, II, III) nh-ng nay ở ta đã không còn đ-ợc áp dụng nữa.

2. Ph-ơng h-ớng đổi mới

Đổi mới tổ chức chính quyền đô thị nằm trong khuôn khổ công cuộc đổi mới và hoàn thiện bộ máy nhà n-ớc hiện nay mà trọng tâm là cải cách bộ máy hành chính. Việc tổ chức bộ máy chính quyền ở đô thị liên quan trực tiếp đến nền hành chính nhà n-ớc, theo đó, cần xây dựng chính quyền đô thị theo h-ớng của nền hành chính gọn nhẹ, thông suốt từ TƯ đến địa ph-ơng, dân chủ, hoạt động quản lý có hiệu lực, hiệu quả, sử dụng đúng quyền lực trong khuôn khổ pháp luật. Việc thiết kế lại bộ máy chính quyền đô thị phải bảo đảm các nguyên tắc tổ chức bộ máy nhà n-ớc ta.

Ngoài ra, không thể không quan tâm đến một nhân tố trực tiếp chi phối việc tổ chức bộ máy chính quyền địa ph-ơng, phản ánh mối quan hệ chủ thể và khách thể quản lý là đặc điểm của đối t-ợng quản lý ở đô thị.

Đây chính là vấn đề có tính chất mấu chốt mà từ đó các kiến nghị về tổ chức bộ máy chính quyền địa ph-ơng nêu ở trên và cũng là điểm xuất phát để chúng tôi đề xuất mô hình chính quyền địa ph-ơng. Theo tinh thần đó, chúng tôi đề xuất các quan điểm đổi mới mô hình tổ chức chính quyền ở đô thị nh- sau:

Thứ nhất, xác định lại quy mô đơn vị và cấp hành chính đô thị

Chúng tôi tán thành quan điểm cho rằng: phần ngoại ô mang tính nông thôn nên thu hẹp tới mức tối thiểu. Đơn vị hành chính đô thị không nên bao gồm cả vùng rộng lớn

thuần túy nông nghiệp, thậm chí cả miền núi nh- một số nơi hiện nay. Việc mở rộng quá mức phạm vi ngoại ô sẽ làm cho việc quản lý nhà n-ớc đối với vùng nông thôn, thậm chí cả miền núi, chiếm phần đáng kể công việc của chính quyền, không những làm giảm đi tính “*đô thị*” của chính quyền mà còn ảnh hưởng đến nhiệm vụ trọng tâm của nó là quản lý đô thị, làm cho hoạt động quản lý bị phân tán. Mặt khác, đô thị vốn không phải là một đơn vị hành chính khép kín, tự cung, tự cấp mà nó tồn tại trong mối quan hệ chặt chẽ với các đơn vị hành chính nông thôn xung quanh, trên nhiều mặt kinh tế - xã hội, nên không nhất thiết phải có vùng ngoại ô nông thôn rộng lớn. Do vậy, nên nghiên cứu giảm bớt các huyện thuộc thành phố trực thuộc TƯ, xã thuộc thị xã, thành phố thuộc tỉnh. Tuy nhiên, cũng cần xuất phát từ thực tế là đô thị ở n-ớc ta còn ở giai đoạn đang phát triển mạnh nên cần xác định quy mô hợp lý đáp ứng nhu cầu của đời sống đô thị lẫn h-ớng phát triển t-ợng lai của nó, từng bước mở rộng đô thị ra vùng ven đô.

Về việc phân chia cấp quản lý trong đô thị, chúng tôi cho rằng cần coi bất cứ đô thị nào, dù to hay nhỏ đều là một đơn vị hành chính cơ bản, là một cấp chính quyền hoàn chỉnh duy nhất. Các đô thị lớn nh- thành phố trực thuộc TƯ, thành phố thuộc tỉnh và thị xã có thể lập các cấp hành chính bên d-ới để triển khai các hoạt động quản lý điều hành, nh-ng chúng không phải là đơn vị hành chính hoàn chỉnh nh- hiện nay mà chỉ là hình thức nối dài của hoạt động quản lý điều hành mà thôi.

Thứ hai, đổi mới mô hình tổ chức bộ máy chính quyền ở các đô thị

Qua phân tích thực tiễn và tham khảo kinh nghiệm của nước ta trước đây và các nước trên thế giới hiện nay cho thấy, mô hình tổ chức chính quyền địa phương thích hợp tại mỗi đô thị là một Hội đồng nhân dân với cơ quan chấp hành của nó là Ủy ban nhân dân hoặc Thị trưởng. Các cấp hành chính bên dưới được thành lập theo nhu cầu và trình độ quản lý có thể có một hoặc hai cấp tương ứng là quận và phường hoặc chỉ có quận và chỉ nên có bộ máy hành chính gọn nhẹ. Để thay thế vai trò giám sát của Hội đồng nhân dân thì ở đây cần tăng cường các hình thức dân chủ trực tiếp, tự quản, bảo đảm cho nhân dân có khả năng tham gia rộng rãi vào quá trình quản lý nhà nước. Cũng cần có sự phân biệt quy mô tổ chức theo loại, cấp của từng đô thị. Có nghĩa là đối với các đô thị có quy mô lớn, bé khác nhau (theo cấp, loại đô thị) thì có sự khác nhau về các bộ phận và các chức danh nhất định.

Khi tổ chức chính quyền đô thị theo mô hình mới thì các chức năng, nhiệm vụ, thẩm quyền và trách nhiệm cũng như cách thức hoạt động của chính quyền đô thị cũng cần phải xác định lại cho thích hợp. Mối quan hệ giữa chính quyền thành phố, thị xã đối với các cấp hành chính bên dưới phải được đặt trên cơ sở mới. Đi liền với đó là phải tăng cường năng lực và đổi mới cách thức hoạt động của cán bộ, công chức trong bộ máy chính quyền đô thị.

Tóm lại, chính quyền các thành phố, thị xã cũng như chính quyền thị trấn, chỉ nên là một cấp chính quyền cơ sở, hoàn chỉnh gồm Hội đồng nhân dân và Ủy ban nhân dân. Để đảm bảo quản lý nhà nước đối với các thành phố lớn, dưới chính quyền thành phố, nên lập các cấp hành chính là quận và phường (không phải là một cấp chính quyền) để làm các công việc hành chính cho sát với thực tế đời sống nhân dân. Tương tự như vậy, ở các thị xã và các thành phố thuộc tỉnh cũng có thể tổ chức ra các cấp hành chính bên dưới (chẳng hạn, ở các phường). Quy mô các đô thị khác nhau cũng phải tính đến trong quá trình tổ chức các cơ cấu chính quyền cho phù hợp. Cùng với việc thiết lập lại mô hình chính quyền đô thị như vậy, phải giải quyết đồng bộ các vấn đề khác có liên quan như: việc xác định lại cơ cấu tổ chức, chức năng, nhiệm vụ, thẩm quyền, mối quan hệ của chính quyền, các cấp hành chính, vấn đề thực hiện quyền dân chủ ở cơ sở... và việc sửa đổi, bổ sung, quy định mới các vấn đề tổ chức và hoạt động của chính quyền, các quy định về quản lý nhà nước đối với đô thị./.

** PGS, TS, Viện Nghiên cứu Nhà nước và pháp luật*

CƠ CHẾ GIÁM SÁT BẢO HIẾN: Góc nhìn tham khảo

Nguyễn Đức Lam*

Tại kỳ họp thứ ba, Quốc hội khoá XI, có đại biểu đã nêu vấn đề: Quốc hội cần có cơ chế để tự giám sát tính hợp hiến trong văn bản pháp luật của chính Quốc hội ban hành. Thế nh-ng, còn có cơ chế nào khác để có thể vận dụng hay không? Bài viết này tham khảo kinh nghiệm n-ớc ngoài để tiếp cận giải đáp những câu hỏi này trong điều kiện Việt Nam.

Ở đại đa số các n-ớc trên thế giới, vai trò đặc biệt trong việc bảo vệ hiến pháp thuộc về cơ chế giám sát bảo hiến do các cơ quan bảo hiến khác nhau thực hiện: ở một số n-ớc đó là các toà thẩm quyền chung với đỉnh là toà án tối cao, ở những n-ớc khác - toà án hiến pháp, ở một số n-ớc thứ ba - hội đồng bảo hiến... Trong bài viết này, xuất phát từ thực tiễn Việt Nam, chúng tôi chỉ giới hạn trong việc phân tích vai trò của cơ chế này để b-ớc đầu tiếp cận giải đáp câu hỏi: trong thời gian tới liệu có cần và có thể áp dụng cơ chế giám sát bảo hiến nh- thế ở Việt Nam hay không?

Sự cần thiết xây dựng cơ chế bảo hiến ở Việt Nam

Sự bền vững của chế độ hiến pháp phụ thuộc nhiều vào việc tuân thủ hiến pháp. Nh-ng trong bất kỳ xã hội nào cũng có những chủ thể tiềm ẩn nguy cơ vi phạm Hiến pháp. Nguy cơ đó cũng xuất phát từ việc v-ợt quá thẩm quyền và lạm dụng quyền lực của các cơ quan nhà n-ớc. Sự vi phạm hiến pháp nguy hiểm ở chỗ nó phá vỡ nền tảng nhà n-ớc và làm tiêu tan niềm tin của ng-ời dân vào tính bất di bất dịch của trật tự hiến pháp, có thể dẫn đến sự vi phạm quyền con ng-ời. Bởi vậy, một Nhà n-ớc pháp quyền và dân chủ buộc phải đảm bảo sự tuân thủ hiến pháp, bảo vệ hiến pháp.

Thực tiễn bắt đầu đòi hỏi

Tại kỳ họp thứ 3, Quốc hội khoá XI, khi bàn về Luật hoạt động giám sát, bà Lê Thị Nga, đại biểu Quốc hội tỉnh Thanh Hoá nêu một vấn đề lâu nay vẫn còn bị bỏ ngỏ- giám sát tính hợp hiến của văn bản pháp luật. Bà

nói, trên thực tế, còn một loại văn bản quy phạm pháp luật nằm ngoài phạm vi đối tượng văn bản bị giám sát của Quốc hội, đó là luật và nghị quyết của Quốc hội. Theo bà Nga, nếu chúng ta không đưa luật, nghị quyết của Quốc hội vào loại văn bản quy phạm pháp luật, chịu sự giám sát của Quốc hội thì vẫn còn những khoảng trống trong quyền lực nhà nước chưa được giám sát và cơ chế tự kiểm tra của Quốc hội chưa được thực hiện triệt để.

Ghi nhận ý kiến này nh-ng ông Vũ Đức Khiển lại cân nhắc, “nếu chúng ta quy định Quốc hội giám sát văn bản do Quốc hội ban hành thì trình tự thủ tục như thế nào là rất khó”. “Đây là vấn đề lớn lắm, cần nghiên cứu bổ sung sau” - Phó Chủ tịch Quốc hội Nguyễn Văn Yếu xác nhận.

Trong bài viết chúng tôi sẽ bàn về cơ chế “tự giám sát văn bản” này. Nh-ng tr-ớc hết xin nêu một số trường hợp thực tế được biết đến rộng rãi gợi nên những chuyện liên quan đến cơ chế bảo hiểm:

Trường hợp thứ nhất: 17 doanh nghiệp xe máy thuê Văn phòng luật sư Nguyễn Chiến kiện các cơ quan hữu quan về việc ban hành văn bản sai quy định. Bên cạnh những lập luận khác, trên bình diện bảo hiểm có một lập luận đáng chú ý là, các cơ quan đó đã ban hành những văn bản vi hiến (trái với Điều 23 của Hiến pháp 1992) vì phân biệt đối xử giữa các thành phần kinh tế. Chưa bàn đến tính đúng sai của khoản kiện này, nh-ng điều đáng nói ở đây là các

doanh nghiệp cũng chỉ biết nêu vấn đề rằng có sự vi hiến, nh-ng họ không biết kiện lên cơ quan nào, theo trình tự nào, vì không có những quy định cụ thể, rõ ràng về những vấn đề đó. Đây có lẽ là một tiền lệ trong thực tiễn Việt Nam, nh-ng mặt khác, chúng ta cũng cần phải dự liệu một cơ chế chung cho những trường hợp khác trong tương lai. Cảm giác của người dân được sống trong sự an toàn, tin chắc mình sẽ được Nhà nước bảo vệ là rất quan trọng trong một Nhà nước pháp quyền. Cảm giác đó sẽ làm cho các chủ đầu tư yên tâm làm ăn hơn, tạo ra một môi trường kinh doanh và đầu tư ổn định, bền vững hơn.

Trường hợp thứ hai: Vụ khách sạn Phan Thiết (Bình Thuận): Văn phòng Chính phủ có công văn số 416/VPCP truyền đạt ý kiến của Thủ tướng yêu cầu UBND tỉnh Bình Thuận thu hồi các văn bản can thiệp không đúng thẩm quyền vào công việc nội bộ của Công ty cổ phần khách sạn Phan Thiết, nh-ng UBND tỉnh lại có công văn đề nghị “ng-ợc” lên Thủ tướng Chính phủ thu hồi lại công văn nói trên của Văn phòng Chính phủ¹. Ở đây cũng trên phương diện bảo hiểm, có thể nói hành động của UBND tỉnh Bình Thuận đã ẩn chứa nguy cơ phá vỡ trật tự hiến pháp, mà chúng ta hay gọi là “kỷ cương, phép nước”. Đây chính là một trong những thẩm quyền của cơ quan bảo hiểm các nước - xem xét, giải quyết các tranh chấp giữa chính quyền trung ương và chính quyền địa phương. Chuyện “trên bảo dưới không nghe” ở nước ta không còn là chuyện

¹ Xem: Pháp luật Tp. Hồ Chí Minh, số 09/2003 ngày 17-2-2003 và số 24/2003 ngày 10-4-2003

hiếm tiền lệ nữa, mà đã trở thành phổ biến trong thời gian gần đây, đ-ợc báo động cả ở diễn đàn Quốc hội. Thiết nghĩ, một cơ chế bảo hiến với thẩm quyền giải quyết mâu thuẫn giữa chính quyền trung -ơng và địa ph-ơng, có quyền ra các phán quyết pháp lý bắt buộc sẽ góp phần không nhỏ củng cố kỷ c-ơng phép n-ớc.

Ngoài ra, gần đây có tr-ờng hợp đã đ-ợc phản ánh nhiều trên các ph-ơng tiện thông tin đại chúng là Bộ xây dựng ban hành văn bản yêu cầu các doanh nghiệp trong ngành chỉ dùng nguyên vật liệu do các doanh nghiệp khác trong ngành cung cấp. Từ hành động này có nhiều chuyện để bàn, nh-ng trên ph-ơng diện bảo hiến, có thể nói ở đây quyền tự do kinh doanh hiến định đã bị giới hạn.

Để giải quyết những tr-ờng hợp nh- trên, có những cơ chế khác nhau, trong đó có cơ chế bảo hiến do toà án thực hiện. Thế nh-ng, ở n-ớc ta hiện nay cơ chế nh- thế hoàn toàn vắng bóng (d-ới đây chúng tôi sẽ nói cụ thể hơn). Qua những vụ việc nói trên, có thể thấy sự cần thiết xây dựng cơ chế bảo hiến hoàn chỉnh, chuyên biệt không còn chỉ là trên ph-ơng diện lý thuyết nữa, mà trên thực tế đã đã bắt đầu xuất hiện, những tr-ờng hợp đòi hỏi phải có một cơ chế nào đó để giải quyết. Nếu chúng ta không lo sớm, đến lúc nảy sinh nhiều những tr-ờng hợp nh- thế sẽ gặp không ít khó khăn, v-ớng mắc.

Ch-a có một cơ chế giám sát bảo hiến hoàn chỉnh

Để đảm bảo rằng “*Hiến pháp là đạo luật có hiệu lực pháp lý cao nhất*”, chúng ta có những quy định nào và chúng đ-ợc thực hiện nh- thế nào trên thực tế? D-ới đây xin đ-ợc bàn về giám sát tính hợp hiến của văn bản pháp luật - hoạt động cốt lõi trong cơ chế giám sát bảo hiến nói chung.

a) Học thuyết ở n-ớc ta ch-a hề có cách tiếp cận về những khía cạnh khác nhau của giám sát tính hợp hiến của văn bản pháp luật nh-: đối t-ợng giám sát là những văn bản pháp luật nào; chủ thể có quyền đề nghị giám sát là những ai; các dạng giám sát- giám sát tr-ớc và giám sát sau, giám sát trừu t-ợng và giám sát cụ thể; hệ quả của giám sát bảo hiến - tính chất bắt buộc của phán quyết do cơ quan bảo hiến đ-a ra là nh- thế nào.

b) Còn các quy định của Hiến pháp và pháp luật về vấn đề này hầu nh- vắng bóng, hoạ chăng chỉ trên ph-ơng diện nào đó có thể coi quy định của Điều 91 Hiến pháp năm 1992, các điều 13, 52 và 53, Luật ban hành văn bản quy phạm pháp luật là có bóng dáng nh- thế². Nh-ng nếu phân tích kỹ thì các quy định này mới chỉ dừng ở mức rất chung chung; hơn nữa, lại mới chỉ nhắc đến việc giải thích Hiến pháp, luật, pháp lệnh- một khía cạnh nhỏ trong toàn bộ cơ chế giám sát tính hợp hiến nói trên.

Mặt khác, nói chung, lý luận hiến pháp

² Theo quy định của Hiến pháp năm 1992, thẩm quyền giải thích Hiến pháp, luật, pháp lệnh thuộc Uỷ ban th-ờng vụ Quốc hội (Điều 91). Còn Luật ban hành văn bản quy phạm pháp luật quy định về thẩm quyền, việc soạn thảo, thông qua dự thảo nghị quyết giải thích Hiến pháp, luật, pháp lệnh (các điều 13, 52 và 53).

học cho rằng, nghị viện có thể giải thích hiến pháp do mình thông qua hoặc tham gia thông qua, nh-ng sự giải thích đó không mang tính chất bắt buộc, mà chỉ có mục đích làm sáng tỏ nội dung, ý nghĩa của những điều khoản nào đó trong hiến pháp. Trong tr-ờng hợp với Ủy ban Th-ờng vụ Quốc hội (UBTVQH) n-ớc ta, việc giải thích Hiến pháp không có tính chất bắt buộc. Hơn nữa, UBTVQH lại ch-a một lần nào thực hiện thẩm quyền giải thích Hiến pháp.

c) Hiện nay có một tình trạng là, trong tổ chức bộ máy nhà n-ớc, thẩm quyền huỷ bỏ các văn bản trái Hiến pháp, luật, pháp lệnh đ-ợc quy định không thống nhất và thuộc nhiều cơ quan khác nhau. Chẳng hạn, theo quy định tại khoản 9, Điều 84 của Hiến pháp năm 1992, Quốc hội có quyền “bãi bỏ các văn bản của Chủ tịch n-ớc, Ủy ban th-ờng vụ Quốc hội, Chính phủ, Thủ t-ớng Chính phủ, Toà án nhân dân tối cao và Viện kiểm sát nhân dân tối cao trái với Hiến pháp, luật và nghị quyết của Quốc hội”. Khoản 4, Điều 114 của Hiến pháp năm 1992 quy định thẩm quyền của Chính phủ “bãi bỏ những quyết định, chỉ thị, thông t- của Bộ tr-ởng, các thành viên của Chính phủ, quyết định, chỉ thị của Ủy ban nhân dân và Chủ tịch Ủy ban nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc trung-ơng trái với Hiến pháp, luật và các văn bản của các cơ quan nhà n-ớc cấp trên”. Thế nh-ng, trên thực tế những quy định này chỉ dừng ở mức đó, không có quy trình cụ thể, rõ ràng để thực hiện, nhất là thẩm quyền của Quốc hội bãi bỏ các văn bản trái Hiến pháp thì ch-a một lần nào đ-ợc thực hiện vì không khả thi.

d) Để đảm bảo tính hợp hiến, hợp pháp và tính thống nhất của hệ thống pháp luật đối với các dự án luật, dự án pháp lệnh tr-ớc khi trình Quốc hội, UBTVQH xem xét thông qua, Điều 95 của Hiến pháp năm 1992 (sửa đổi năm 2001) và Điều 27 của Luật tổ chức Quốc hội năm 2001 quy định Ủy ban pháp luật thực hiện nhiệm vụ chủ trì thẩm tra hoặc tham gia thẩm tra các dự án luật, pháp lệnh do Hội đồng dân tộc và các Ủy ban khác của Quốc hội chủ trì thẩm tra. Phạm vi thẩm tra đ-ợc quy định tại Điều 34 của Luật ban hành văn bản quy phạm pháp luật nh-sau: “Cơ quan thẩm tra tiến hành thẩm tra tất cả các mặt của dự án luật, pháp lệnh, nghị quyết nh-ng tập trung vào những vấn đề chủ yếu là: ...tính hợp hiến, hợp pháp và tính thống nhất của văn bản với hệ thống pháp luật...”. Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 1996 đã bổ sung Điều 34a: “Ủy ban pháp luật của Quốc hội... tham gia thẩm tra các dự án luật, dự án pháp lệnh do Hội đồng dân tộc và các Ủy ban khác của Quốc hội chủ trì thẩm tra. Trong tr-ờng hợp có ý kiến khác với cơ quan chủ trì thẩm tra về tính hợp hiến, hợp pháp và tính thống nhất của hệ thống pháp luật đối với dự án luật, dự án pháp lệnh thì Ủy ban pháp luật báo cáo với Quốc hội, UBTVQH về ý kiến của mình...”.

Nh- vậy, ở đây tính hợp hiến đ-ợc đ-a ra xem xét trong quá trình thẩm tra các dự án luật, pháp lệnh. Tính chất của hoạt động này có bóng dáng của hình thức “giám sát tr-ớc” ở các n-ớc. Nh-ng ở các n-ớc đó, phán quyết của cơ quan bảo hiến có tính chất bắt buộc và chung thẩm, buộc các chủ thể của dự luật

phải sửa đổi những quy định không phù hợp với Hiến pháp. Còn ở n-ớc ta, Ủy ban pháp luật chỉ có quyền kiến nghị, báo cáo với Quốc hội, UBTVQH về tính hợp hiến. Hơn nữa, nếu văn bản đã ban hành mà phát hiện thấy không hợp hiến thì sẽ xử lý nh- thế nào? Cả lý luận, quy định pháp luật và thực tiễn n-ớc ta đều hoàn toàn bỏ trống vấn đề này.

Tham khảo cơ chế bảo hiến n-ớc ngoài

Khi thực hiện các thẩm quyền của mình (Xem Hộp 1), các cơ quan bảo hiến đã tạo nên một cơ chế bảo hiến toàn diện, hiệu quả, đóng vai trò then chốt trong việc bảo vệ hiến pháp.

Hộp 1:

Thẩm quyền của cơ quan bảo hiến (Xem cụ thể hơn về các thẩm quyền này trong các bài viết: “Thẩm quyền của cơ quan bảo hiến các n-ớc”, Nguyễn Đức Lam, NCLP số 7/2001; “Pháp luật các n-ớc về kiểm tra tính hợp hiến của văn bản pháp luật”, Nguyễn Đức Lam, NN&PL, số 12/2002.)

- Thẩm quyền liên quan tới việc bảo đảm tính tối th-ợng của hiến pháp trong hệ thống luật pháp quốc gia: giám sát tính hợp hiến của các văn bản quy phạm pháp luật; giải thích hiến pháp;

Theo thẩm quyền này, nếu cơ quan bảo hiến cho rằng một đạo luật không hợp hiến, đạo luật đó không còn hiệu lực pháp lý.

Về thẩm quyền giải thích hiến pháp, ở đây nói đến sự giảng giải do cơ quan nhà n-ớc có thẩm quyền về việc này đ-a ra, có tính chất bắt buộc cho từng vụ kiện hoặc cho tất cả các vụ t-ơng tự, chứ không phải chỉ là đơn thuần làm sáng tỏ quy phạm hiến pháp.

- Thẩm quyền liên quan tới việc bảo đảm sự tuân thủ nguyên tắc phân công quyền lực: xem xét những tranh chấp về thẩm quyền giữa các cơ quan nhà n-ớc (giữa lập pháp, hành pháp, t- pháp), giữa nhà n-ớc và các phân lãnh thổ cấu thành (giữa liên bang và các chủ thể liên bang, giữa các chủ thể liên bang với nhau ở nhà n-ớc liên bang, giữa các cơ quan nhà n-ớc trung -ơng với các đơn vị lãnh thổ);

Những tranh chấp nói trên đều mang tính chất công quyền: các bên đều là các cơ quan nhà n-ớc, các phần cấu thành của Nhà n-ớc.

- Thẩm quyền liên quan tới việc bảo vệ các quyền và tự do hiến định: Gồm các quy trình “*habeas corpus*”, “*mandamus*” (tiếng Latinh- tôi ra lệnh, có nghĩa là Tòa án ra phán quyết buộc ng-ời của công quyền phải thực hiện hành vi nào đó đáp ứng quyền lợi của công dân, có hiệu lực chung); “*amparo*” (t-ơng tự nh- quy trình “*habeas corpus*”, nh-ng chỉ có hiệu lực trong phạm vi một vụ kiện cụ thể); khiếu kiện bảo hiến. Có thể coi giám sát tiến trình bầu cử và tr-ng cầu dân ý, giải quyết những tranh chấp về bầu cử thuộc nhóm này, bởi lẽ ở đây nói đến việc bảo vệ một trong những quyền chính trị quan trọng nhất của công dân - quyền bầu cử.

- Thẩm quyền liên quan tới việc bảo vệ hiến pháp khỏi sự vi phạm của các quan chức nhà n-ớc cao cấp.

Tại nhiều n-ớc, các cơ quan bảo hiến có thẩm quyền giải quyết những vấn đề liên quan tới việc truy tố các quan chức cao cấp (nguyên thủ quốc gia, các thành viên chính phủ, các quan toà...), nh-ng ở đây chủ yếu nói tới quy trình luận tội đối với nguyên thủ quốc gia.

Bảo đảm sự thống nhất của hệ thống pháp luật

Dù cơ quan lập pháp có hoàn thiện đến đâu thì có lúc không tránh khỏi việc ban hành những đạo luật, điều luật trái hiến pháp. Bởi vì: *thứ nhất*, trình độ nhận thức của các chuyên gia soạn thảo và các đại biểu không đồng đều nh- nhau và có những lúc những ng-ời có quan điểm trái với hiến pháp chiếm số đông; *thứ hai*, nhiều lúc các đạo luật đ-ợc thông qua d-ới tác động của những lực l-ợng chính trị khác nhau đặt lợi ích riêng lên lợi ích chung; *cuối cùng*, một công việc phức tạp nh- soạn thảo và thông qua luật thì không tránh khỏi những sai lầm thông th-ờng của con ng-ời. Tác hại của những đạo luật trái hiến pháp hoặc thậm chí phản hiến pháp khó đánh giá hết, vì do những đạo luật nh- thế, trật tự hiến pháp bị phá vỡ và quyền con ng-ời bị tổn th-ơng.

Khi giám sát tính hợp hiến của văn bản pháp luật, cơ quan bảo hiến đảm bảo sự tối th-ợng của Hiến pháp, loại trừ những văn bản trái với Đạo luật cơ bản ra khỏi hệ thống pháp luật, để mọi hoạt động lập pháp đều phải đ-ợc tiến hành phù hợp với Hiến pháp và nh- vậy bảo đảm sự thống nhất của hệ thống. Trong đó, nh- thực tiễn cho thấy, đối t-ợng giám sát chính của cơ quan bảo hiến không những là các đạo luật do Nghị viện thông qua, mà còn là các văn bản của hành pháp, tr-ớc hết là lập pháp uỷ quyền. Chính các văn bản của hành pháp tạo nên mảng chính trong hệ thống pháp luật của một Nhà

n-ớc hiện đại và có khả năng tiềm ẩn gây tổn hại đến quyền và tự do công dân nhiều nhất.

Một đòi hỏi tối quan trọng của chế độ hiến pháp là sự thống nhất và ổn định trong cách hiểu nội dung và ý nghĩa của các quy phạm hiến pháp. Sự giải thích hiến pháp chính thức, có tính chất bắt buộc cũng nhằm đáp ứng đòi hỏi đó. Qua việc thực hiện thẩm quyền này, cơ quan bảo hiến còn tác động lên quá trình sáng tạo pháp luật và ở một mức độ, góc độ nào đó tham gia vào quá trình này. Một ví dụ ở đây là giải thích hiến pháp ở Đức: quyền này chỉ thuộc về Toà án Hiến pháp. Những chủ thể có quyền đệ đơn không phải là công dân trong một vụ cụ thể mà là một nhóm (chẳng hạn phe đối lập trong Quốc hội kiện dự luật của Chính phủ trái Hiến pháp). Nh-ng th-ờng thì vụ kiện không đến mức đ-a ra Toà án Hiến pháp, vì Chính phủ tìm cách th-ơng l-ợng với phe đối lập. Nh- vậy, mối lo ngại bị kiện khiến chủ thể trình dự luật phải cẩn trọng hơn trong việc soạn thảo, không để có những quy định vi hiến trong dự luật³.

Cơ chế bảo hiến bảo đảm tính tối th-ợng của Hiến pháp, cũng có nghĩa là đáp ứng đ-ợc tinh thần của Nhà n-ớc pháp quyền là mọi chủ thể kể cả Nhà n-ớc đều phải đứng d-ới Hiến pháp và pháp luật. Mặc dù không có điều khoản quy định, nh-ng từ năm 1803, sau vụ nổi tiếng Marbury kiện Medison, Toà án tối cao Mỹ đã đ-a ra nguyên tắc giám sát của toà án đối với tính hợp hiến của các đạo luật, trong đó có các luật liên bang. Điều

³ Giáo s- Umbach, CHLB Đức, *Hội thảo về Toà án Hiến pháp CHLB Đức ngày 14/3/2003 do Uỷ ban Pháp luật của Quốc hội tổ chức.*

đáng nói ở đây là Toà không công nhận tính hợp hiến của một điều luật trong Luật tổ chức toà án Mỹ 1789, mặc dầu điều luật đó trao cho Toà thẩm quyền nhất định⁴. Toà án đã đặt Hiến pháp cao hơn hết trong hoạt động của mình- đó mới là điều rất quan trọng.

Bảo vệ quyền và tự do công dân

Dựa vào những con số thống kê, một tác giả nhận xét: vào cuối những năm 1980, đầu những năm 1990, bảo vệ các quyền và tự do chiếm khối lượng chính trong hoạt động của Hội đồng Bảo hiến Cộng hoà Pháp, và đáng chú ý là bảo vệ quyền và tự do lại chủ yếu được tiến hành trong khuôn khổ giám sát tính hợp hiến của văn bản pháp luật⁵.

Từ năm 1971, thẩm quyền của Hội đồng Bảo hiến được mở rộng sang lĩnh vực quyền và tự do công dân được nhắc đến trong Lời nói đầu của Hiến pháp 1958- Hội đồng bảo hiến kiểm tra cả sự phù hợp của luật không chỉ đối với các quy phạm của Hiến pháp 1958, mà còn đối với Lời nói đầu⁶. Các nhà hiến pháp học ng-ời Pháp đánh giá rất cao ý nghĩa pháp lý của sự kiện này. Giáo sư J. Riverou gọi đó là “một động thái có ý nghĩa lịch sử”. J. Robert viết: “*Ch-a bao giờ có được một bước tiến quan trọng nh- vậy trong việc bảo vệ quyền và tự do công dân. Hội đồng Bảo hiến đã làm một cuộc cách mạng khi công nhận hiệu lực pháp lý của Lời nói đầu*”.

Còn L. Luchaire thì cho rằng Hội đồng từ nay có thể hoạt động nh- “*cơ quan bảo vệ các quyền và tự do công dân tr-ớc sự vi phạm của chính quyền*”⁷.

Hiện nay chúng ta đang bắt đầu xây dựng Nhà n-ớc pháp quyền. Mục đích của Nhà n-ớc pháp quyền là bảo vệ các quyền của công dân được quy định trong Hiến pháp. Mà cơ chế bảo hiến lại chính là bảo đảm để quyền tự do của công dân không bị vi phạm từ phía các cơ quan nhà n-ớc. Ví dụ ở Đức, tỷ lệ thắng kiện của công dân ở Toà án Hiến pháp chỉ là 1,43% (ng-ời dân Đức nói đùa: Thà chơi xổ số còn hơn đi kiện ở Toà án Hiến pháp). Nh-ng 1,43% đó có giá trị làm gương, răn đe đối với các cơ quan công quyền trong việc đối nhân xử thế với công dân, còn từ phía khác, mỗi một công dân nhỏ bé đều cảm nhận được vị thế lớn lao của mình⁸. Cảm giác của ng-ời dân rất quan trọng, vì nói nh- Montesquieu, “*tự do (của ng-ời dân) xuất phát từ niềm tin rằng (họ) được sống trong sự an toàn*”.

Vai trò cân bằng

Ở nhiều n-ớc số lượng vụ việc thuộc thẩm quyền của cơ quan bảo hiến xem xét những tranh chấp về thẩm quyền giữa các cơ quan nhà n-ớc, giữa nhà n-ớc và các phần lãnh thổ cấu thành không lớn (Ví dụ nh- ở Áo Toà án hiến pháp mỗi năm xem xét 3 - 4 vụ việc,

⁴ Xem thêm David Rene. *Những hệ thống pháp luật chính trong thế giới đương đại*; M.1999 bản dịch tiếng Việt: Nxb Tp. Hồ Chí Minh, 2003.

⁵ Krutogolov M.A. *Hội đồng Bảo hiến Pháp, Moskva, 1988. Tr. 129.*

⁶ *Hiến pháp 1958 của CH Pháp không có chương riêng về quyền và tự do công dân. Thay vào đó, trong Lời nói đầu viện dân đến Tuyên ngôn nhân quyền và dân quyền của CM Pháp.*

⁷ Trích theo “*Hệ thống pháp các n-ớc phương Tây*”. Tập thể tác giả. M. 1991. Tr. 189-190.

⁸ Giáo sư Umbach, CHLB Đức, *Hội thảo về Toà án Hiến pháp CHLB Đức ngày 14/3/2003 do Ủy ban Pháp luật của Quốc hội tổ chức.*

Toà án hiến pháp CHLB Đức từ lúc thành lập đến năm 1991 chỉ xem xét 43 vụ việc dạng này). Nh-ng điểm cốt yếu ở đây không phải là số l-ợng các phán quyết, mà là ý nghĩa của chúng đối với việc bảo đảm sự cân bằng trong hoạt động của các cơ quan nhà n-ớc. Có thể lấy hoạt động của Hội đồng bảo hiến trong việc giải quyết các tranh chấp về thẩm quyền làm luật giữa Nghị viện và Chính phủ làm ví dụ. Nh- Favoreu nhận xét, có những lúc Hội đồng bảo hiến không giữ đ-ợc vai trò trọng tài vô t-, nh-ng nói chung *“hoạt động của Hội đồng cho phép đã bảo đảm sự tuân thủ phạm vi thẩm quyền của Chính phủ và Nghị viện với mức độ mà không một quyền lực nào có thể khống chế quyền lực khác, và sự cân bằng mà các nhà lập hiến thiết lập nên không bị thay đổi”*⁹.

Khi giải quyết v-ớng mắc giữa Nhà n-ớc và các phần lãnh thổ cấu thành, cơ quan bảo hiến có nhiệm vụ: một mặt, bảo đảm vị trí pháp lý của các thực thể liên bang, các lãnh thổ tự trị, các thực thể lãnh thổ khác; mặt khác, bảo vệ sự vẹn toàn và thống nhất của Nhà n-ớc. Ví dụ, Toà án hiến pháp Tây Ban Nha có vai trò đáng kể trong việc giải quyết xung đột giữa Nhà n-ớc và các vùng tự trị. Toà không chỉ hoàn thành vai trò trọng tài một cách thành công, mà còn *“góp phần làm giảm sự căng thẳng và giải quyết các xung đột, đặc biệt giữa Nhà n-ớc và các vùng lãnh thổ hùng mạnh nh- xứ Catalan và xứ Basque”*¹⁰.

⁹ Favoreu L., Philip L. *Hội đồng bảo hiến*. M., 1991. Tr. 119.

¹⁰ Favoreu L. *Toà án hiến pháp*. M., 1992. Tr. 105.

¹¹ Nh- trên .Tr. 297.

¹² L. Hamon đặt đầu đề phụ cho cuốn sách của mình *“Quan toà của luật”* là *“Sự ra đời và vai trò của đối trọng quyền lực: Hội đồng Bảo hiến”*. Hamon L. *Les juges de la loi. Nascence et rôle d'un contre-pouvoir: Le conseil constitutionnel*. P. 1987. (Theo Hệ thống t- pháp các n-ớc ph-ơng Tây.Tlđđ. Tr. 130).

Làm cho hoạt động lập pháp tốt hơn

Cơ quan bảo hiến và Nghị viện

Khi những định h-ớng sai lầm chiếm -u thế trong Nghị viện, những đạo luật sai lệch có thể đ-ợc thông qua, cơ quan bảo hiến sẽ đóng vai trò tích cực hạn chế đáng kể những định h-ớng đó. Ngoài ra, nh- các nhà hiến pháp học ng-ời Pháp J. Bourdon, J-M. Pontier. J-Cl. Ricci lập luận, là cơ quan đại diện cao nhất phản ánh ý chí của nhân dân, nh-ng hoạt động của Nghị viện không đ-ợc v-ợt khỏi khuôn khổ Hiến pháp, phải phù hợp với Hiến pháp. Nh- vậy, cơ quan bảo hiến không đặt ý chí của mình đối lập với ý chí của nhân dân khi kiểm tra tính hợp hiến trong các đạo luật của Nghị viện: cơ quan này đ-ợc trao nhiệm vụ bảo vệ Hiến pháp - sự thể hiện long trọng nhất, sâu sắc nhất ý chí của nhân dân - khỏi mọi sự vi phạm của Nghị viện trong tr-ờng hợp Đạo luật cơ bản không đ-ợc Nghị viện tôn trọng¹¹.

Cơ quan bảo hiến và Chính phủ

Trong chế độ nghị viện đa số, khi Chính phủ dựa trên đa số ổn định trong suốt nhiệm kỳ của Nghị viện, cơ quan bảo hiến có vai trò nh- *“sự đối trọng quyền lực”*¹². Về hình thức, cơ quan này kiểm chế hoạt động của Nghị viện và hạn chế *“sự chuyên chế của luật”*. Nh-ng thực tế ở nhiều n-ớc cho thấy đại đa số các đạo luật là của Chính

phủ¹³. Trong điều kiện nh- vậy, giám sát bảo hiến trở thành một hình thức giám sát Chính phủ.

Áp dụng cơ chế bảo hiến của n-ớc ngoài?

Trên đây chúng ta thấy cơ chế bảo hiến ở các n-ớc có tầm quan trọng và ý nghĩa nh- thế nào. Thế nh-ng, câu hỏi then chốt khác tiếp theo là có cần thiết phải xây dựng một cơ chế nh- thế ở Việt Nam hay không? D-ới đây xin đ-ợc bàn về hai luồng ý kiến.

1) Những ng-ời phản đối việc thiết lập cơ chế bảo hiến nh- của các n-ớc ở Việt Nam dựa trên lập luận sau đây: Do ở n-ớc ta, quyền lực nhà n-ớc đ-ợc tổ chức theo nguyên tắc tập trung. Quốc hội là cơ quan tập trung thống nhất quyền lực nhà n-ớc, nên Quốc hội thành lập nên toà án, phân nhiệm cho toà án thực hiện quyền t- pháp và thực hiện quyền giám sát tối cao đối với Toà án. Trong các chính thể áp dụng nguyên tắc phân quyền, Toà án ở một vị thế ngang bằng với Quốc hội thì mới có thể phán quyết về hành vi của Quốc hội. Ở n-ớc ta, quyền lực nhà n-ớc đ-ợc cấu trúc theo hình chóp mà đỉnh trên cùng là Quốc hội. Toà án ở một vị thế thấp hơn Quốc hội nên không thể phán quyết về hành vi của Quốc hội. Theo nguyên tắc thống nhất quyền lực, Quốc hội là đại diện tối cao của chủ quyền nhân dân nên không thể có một cơ quan nào có thể đứng trên Quốc hội để phân xử hành vi của Quốc hội.

Tuy nhiên, nếu nhìn nhận từ góc độ khác, chúng ta thấy:

- Cơ chế này xem xét, giải quyết tính hợp hiến không phải chỉ với t- cách một cơ quan nào đó, mà là dựa trên Hiến pháp, nhân danh Hiến pháp do nhân dân lập ra. Ở đây không nên đặt vấn đề một cách có phần cứng nhắc là ai đứng cao hơn ai, mà Hiến pháp mới là đứng cao nhất, tối th-ợng, tất cả đều phải tuân thủ;

- Là cơ quan đại diện cao nhất phản ánh ý chí của nhân dân, nh-ng hoạt động của Quốc hội không đ-ợc v-ợt khỏi khuôn khổ Hiến pháp, phải phù hợp với Hiến pháp. Nh- vậy, cơ quan bảo hiến không đặt ý chí của mình đối lập với ý chí của nhân dân khi kiểm tra tính hợp hiến trong các đạo luật của Quốc hội ban hành: cơ quan này đ-ợc trao nhiệm vụ bảo vệ Hiến pháp - sự thể hiện long trọng nhất, sâu sắc nhất ý chí của nhân dân - khỏi mọi sự vi phạm;

- Việc trao quyền giám sát bảo hiến, giải thích hiến pháp chính thức, có tính chất bắt buộc cho cơ quan bảo hiến chứ không phải cho Quốc hội xuất phát từ nguyên tắc đ-ợc biết đến rộng rãi: *"không ai làm quan toà trong một vụ việc về bản thân mình"*. Có nghĩa là Quốc hội không thể vừa ban hành luật, vừa tự mình phán quyết về tính hợp hiến của đạo luật đó.

- Giám sát bảo hiến mang tính chất pháp lý, xác định trách nhiệm pháp lý, tức là trách

¹³ Ở Anh có đến 97-98% các dự luật do Chính phủ đ-a ra trở thành đạo luật. Ở Đức, Chính phủ ban hành hơn 2/3 các qui phạm pháp luật và có những lúc thông qua những quyết định ràng buộc nhà lập pháp. Chính phủ cũng hình thành phần lớn các dự luật đ-ợc đ-a ra Nghị viện. Ở Pháp 95% các đạo luật là của Chính phủ (Theo Luật hiến pháp các n-ớc. M. 1996. Tr. 556).

nhệm tr-ớc pháp luật với một quy trình khác, tổ chức cơ cấu, nhân sự khác. Trong khi đó, Quốc hội là một thực thể chính trị, các hoạt động giám sát của Quốc hội có mục đích là xác định trách nhiệm chính trị, tức là trách nhiệm tr-ớc cử tri, chứ Quốc hội không phải cơ quan tài phán ra các phán quyết có tính chất bắt buộc về mặt pháp lý;

- Hơn nữa, các quan điểm phản đối nói trên mới chỉ chú ý đến một vế trong nguyên tắc tổ chức quyền lực nhà n-ớc mà d-ờng nh- quên mất vế khác- phân công, phân nhiệm thực hiện quyền lực nhà n-ớc. Nếu Quốc hội không có thời gian, điều kiện về con người, nếu giám sát bảo hiến không đúng với bản chất của Quốc hội, tại sao lại không thành lập một cơ quan chuyên trách về việc này, hoạt động theo nguyên tắc phân công, phân nhiệm nh- các cơ quan quyền lực nhà n-ớc khác ở n-ớc ta?¹⁴.

2) Có quan điểm khác cho rằng, do hiện nay không thể thiết lập một cơ chế bảo hiến nh- ở các n-ớc, thời gian tới Việt Nam vẫn nên tiếp tục duy trì và tăng c-ờng hiệu quả của cơ chế hiện nay nh- thẩm định, thẩm tra, thắt chặt quy trình thảo luận, thông qua luật để không để lọt các quy định, các văn bản trái Hiến pháp. Bên cạnh đó, các cơ quan chủ trì soạn thảo luật cũng phải cần cẩn trọng hơn trên ph-ơng diện này¹⁵. Thế nh-ng, dù cố gắng đến đâu thì vẫn không thể chắc chắn hoàn toàn rằng sẽ không có văn bản vi hiến. Bởi thế, vẫn phải đặt câu

hỏi: Nếu phát hiện thấy văn bản pháp luật vi hiến thì sẽ xử lý ra sao? Theo quy trình nào? Cơ quan nào có thẩm quyền xử lý? v.v... và v.v... Hơn nữa, ngay từ bây giờ, trên thực tế đã xảy ra những tr-ờng hợp liên quan đến vấn đề giám sát bảo hiến nh- đã nói ở trên. Tức là vẫn phải đặt ra vấn đề xây dựng một cơ chế bảo hiến hoàn chỉnh, chuyên biệt nh- ở các n-ớc.

*

* *

Công dụng, ý nghĩa, vai trò của cơ chế bảo hiến đối với Hiến pháp, đối với việc xây dựng Nhà n-ớc pháp quyền, đối với người dân là thế. Ở n-ớc ta hiện nay, theo chúng tôi, cũng đã xuất hiện nhu cầu đối với một cơ chế nh- vậy. Nhận thức đ-ợc rõ sự cần thiết này là điều kiện tiên quyết để bắt tay vào xây dựng nó, và đây cũng là mục đích mà chúng tôi đặt ra trong bài viết, còn chọn lựa mô hình nào thích hợp cho Việt Nam xin để bàn vào dịp khác. Bên cạnh đó, không kém phần quan trọng là: việc xây dựng lại không chỉ phụ thuộc vào các điều kiện pháp lý, mà còn vào nhiều điều kiện khác nh- ý chí chính trị, nhận thức, ý thức tôn trọng Hiến pháp, tinh thần th-ợng tôn Hiến pháp trong xã hội và trong công quyền... Tuy nhiên, đó lại là câu chuyện khác, không thuộc phạm vi bài viết này./.

* Tạp chí Nghiên cứu lập pháp

¹⁴ Vậy nh-ng ai có quyền phân công thực hiện quyền lực nhà n-ớc? Chúng tôi đồng tình với quan điểm cho rằng nhân dân, thông qua Hiến pháp, là chủ thể phân công thực hiện quyền lực đó.

¹⁵ Giáo s- Umbach, CHLB Đức, bên lề Hội thảo về Tòa án Hiến pháp CHLB Đức ngày 14/3/2003 do Ủy ban Pháp luật của Quốc hội tổ chức.

CẦN SỬA ĐỔI CHẾ ĐỘ GÓP VỐN BẰNG GIÁ TRỊ QUYỀN SỬ DỤNG ĐẤT¹

NGUYỄN QUANG TUYẾN*

Một trong những quyền của người sử dụng đất được pháp luật đất đai quy định là quyền được góp vốn bằng giá trị quyền sử dụng đất (QSDĐ). Tuy nhiên, trên thực tế để thực hiện quyền này, người sử dụng đất gặp phải không ít những khó khăn và trở ngại mà những trở ngại lại nằm ở chính nội dung các quy định về góp vốn bằng giá trị QSDĐ.

Bài viết đi sâu tìm hiểu những hạn chế của pháp luật về góp vốn bằng giá trị QSDĐ và đề xuất một số kiến nghị nhằm góp phần hoàn thiện các quy định về lĩnh vực này

Thứ nhất, do những hạn chế về khả năng tài chính nên pháp luật cho phép các doanh nghiệp nhà n-ớc (DNNN) được góp vốn bằng giá trị QSDĐ trong các liên doanh. Chúng tôi nhận thấy, có những vấn đề bất cập phát sinh trong quá trình thực hiện các quy định này nh- sau:

- Sau khi góp vốn thì giá trị QSDĐ trở thành tài sản của doanh nghiệp liên doanh (DNLD). Tuy nhiên, thực tế có trường hợp bên Việt Nam thuê đất, rồi góp vào liên doanh, sau đó liên doanh được cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất (GCNQSDĐ). Đây là một thủ tục hành chính phức tạp, rắc rối, có thể cải tiến được. Mặc dù giá trị QSDĐ đã được góp vào vốn liên doanh, nh-ng bên Việt Nam vẫn phải tiếp tục thực hiện nghĩa vụ trả tiền thuê đất. Tuy nhiên,

pháp luật ch-a quy định xử lý đối với phần đất góp trong liên doanh khi bên Việt Nam không có khả năng trả tiền thuê đất.

- Trong giai đoạn đầu thực hiện Luật đầu t- n-ớc ngoài (ĐTNN) do những hạn chế về khả năng tài chính, bên Việt Nam chủ yếu góp vốn bằng giá trị QSDĐ vào các liên doanh. Pháp luật cho phép các DNNN được góp vốn liên doanh bằng giá trị QSDĐ, nh-ng phải ghi nợ với Ngân sách Nhà n-ớc về số vốn đã góp bằng số tiền thuê đất trong thời gian liên doanh và phải hoàn trả số nợ đó cho Nhà n-ớc bằng nguồn lợi nhuận được chia từ liên doanh. Quy định này đã không khuyến khích các DNNN quan tâm tới hiệu quả của việc góp vốn liên doanh. Hơn nữa, trong những năm đầu tiến hành kinh doanh, các doanh

¹ Tiêu đề do Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp đặt. Tiêu đề của TG: Một số suy nghĩ xung quanh các quy định hiện hành về góp vốn bằng giá trị quyền sử dụng đất

nghiệp liên doanh (DNLD) hầu nh- đều bị lỗ, phía Việt Nam không đ-ợc chia lợi nhuận và cũng không có nguồn thu để trả nợ ngân sách. Trong khi đó, chính sách đối với doanh nghiệp 100% vốn n-ớc ngoài lại khác; Nhà n-ớc luôn thu đ-ợc khoản tiền thuê đất hàng năm mà không phụ thuộc vào kết quả sản xuất - kinh doanh (SX - KD). Do tác động của chính sách giảm giá tiền thuê đất để khuyến khích đầu t- n-ớc ngoài, phần vốn góp bằng giá trị QSDĐ của bên Việt Nam sẽ giảm đáng kể, kéo theo sự giảm sút vị thế của bên Việt Nam trong DNLD. Do vậy, hình thức liên doanh góp vốn bằng giá trị QSDĐ d-ờng nh- ít phát huy hiệu quả. Nhiều nhà đầu t- n-ớc ngoài có xu h-ớng lựa chọn hình thức đầu t- 100% vốn n-ớc ngoài thay vì hình thức góp vốn liên doanh. Dự thảo Báo cáo của Ban chỉ đạo Trung -ơng (Ban Kinh tế Trung -ơng Đảng) chuẩn bị đề án chính sách đất đai trình Ban chấp hành Trung -ơng Đảng khóa IX đã đánh giá về vấn đề này nh- sau: “Việc góp vốn liên doanh bằng giá trị quyền sử dụng đất là một giải pháp tốt trong thời kỳ đầu (1987-1993), khi ta thiếu vốn, giá cho thuê cao, đến nay không còn ý nghĩa đáng kể (khi ta đã giảm giá thuê đất xuống mức rất thấp, t-ơng tự nh- nhiều n-ớc trong khu vực)”².

Mặt khác, một số DNLD làm ăn thua lỗ và chuyển sang hình thức đầu t- 100% vốn đầu t- n-ớc ngoài. Vậy trong tr-ờng hợp này giá trị QSDĐ góp vốn liên doanh sẽ đ-ợc giải quyết nh- thế nào? Pháp luật hiện hành ch-a “dự liệu” và không có quy định cụ thể để giải quyết vấn đề này.

- Hiện nay một số doanh nghiệp đầu t- n-ớc ngoài đang tiến hành cổ phần hóa,

nh-ng gặp rất nhiều lúng túng trong việc xử lý tài sản là giá trị QSDĐ do Nhà n-ớc thiếu các quy định h-ớng dẫn cụ thể về vấn đề này. Báo cáo của Bộ Tài nguyên và môi trường tổng kết 10 năm thi hành Luật đất đai đã chỉ rõ khiếm khuyết của pháp luật trong vấn đề trên đây: “Tính đến nay đã có nhiều dự án đầu t- n-ớc ngoài vào n-ớc ta đ-ợc thực hiện theo hình thức liên doanh hoặc hợp đồng hợp tác kinh doanh mà trong đó vốn góp của phía Việt Nam chủ yếu là giá trị quyền sử dụng đất. Tổng giá trị góp vốn bằng quyền sử dụng đất đã lên tới 3 tỷ USD, t-ơng đ-ơng khoảng 45.000 tỷ đồng Việt Nam. Tuy nhiên, hiện nay nhiều vấn đề nảy sinh trong quá trình liên doanh, liên kết nh-ng ch-a có cơ sở pháp lý để giải quyết nh- quyền sử dụng đất khi cổ phần hoá doanh nghiệp, quyền sử dụng đất khi doanh nghiệp liên doanh chuyển sang doanh nghiệp 100% vốn n-ớc ngoài, quyền sử dụng đất khi doanh nghiệp phá sản hoặc giải thể”³.

Thứ hai, việc xử lý giá trị QSDĐ sau khi bên Việt Nam chấm dứt việc góp vốn tr-ớc khi hết thời hạn giao đất hoặc thuê đất do DNLD bị phá sản, giải thể cũng ch-a đ-ợc pháp luật hiện hành quy định cụ thể. Do vậy, giữa bên Việt Nam và bên n-ớc ngoài có những quan điểm khác nhau khi xử lý vấn đề này. Cụ thể:

- Khi liên doanh giải thể hoặc phá sản, bên Việt Nam cho rằng đã thực hiện đầy đủ nghĩa vụ góp vốn vào liên doanh bằng giá trị QSDĐ nên khi thanh lý tài sản của DNLD, họ phải đ-ợc chia tài sản theo tỷ lệ góp vốn.

- Tuy nhiên, phía đối tác n-ớc ngoài lại có quan điểm khác. Họ cho rằng, khi thuê đất,

² Ban Chỉ đạo Trung -ơng chuẩn bị đề án chính sách đất đai: Báo cáo tình hình thực hiện và kiến nghị tiếp tục đổi mới chính sách, pháp luật đất đai trong thời kỳ đẩy mạnh công nghiệp hoá, hiện đại hoá đất n-ớc (Dự thảo lần 3) - Hà Nội, tháng 9/ 2002. Tr. 16.

³ Bộ Tài nguyên và Môi trường: Báo cáo tổng kết 10 năm thi hành Luật đất đai (1993-2003), tháng 4/2003. Tr. 30 - 31.

bên Việt Nam (mà phần lớn là các DNNN) không phải thanh toán tr-ớc toàn bộ tiền thuê đất nên họ chỉ đ-ợc chia lãi, lỗ theo tỷ lệ vốn góp bằng số tiền thuê đất đã thanh toán.

Thứ ba, pháp luật hiện hành ch-a đ-ra ra giải pháp xử lý tình trạng các doanh nghiệp đang giữ đất đ-ợc quy hoạch hoặc đ-ợc nhà đầu t- n-ớc ngoài chọn đặt địa điểm dự án, trong lúc chờ đ-ợc duyệt quy hoạch đều đòi đ-ợc làm đối tác liên doanh với bất kể mục tiêu hoạt động nào, cho dù họ ch-a chuẩn bị tr-ớc về chuyên môn, nghiệp vụ để tham gia quản lý, điều hành liên doanh. Hậu quả tất yếu là bị ng-ời n-ớc ngoài “qua mặt”, gây thua thiệt cho lợi ích của Nhà n-ớc, của xã hội và lợi ích của chính các doanh nghiệp đó.

Thứ t-, pháp luật đất đai hiện hành cho phép doanh nghiệp t- nhân (DNTN) đ-ợc góp vốn liên doanh bằng giá trị QSDĐ với các nhà đầu t- n-ớc ngoài, sau khi họ đã trả tiền thuê đất cho cả thời gian thuê hay đã trả tr-ớc tiền thuê đất cho nhiều năm, nếu thời hạn thuê đất đã đ-ợc trả tiền còn lại ít nhất là 5 năm⁴. Đây là quy định bất bình đẳng so với DNNN, khiến cho môi trường đầu t- kém tính cạnh tranh, dẫn đến mất dần tính hấp dẫn.

Thứ năm, hiện đang tồn tại những mâu thuẫn trong các văn bản pháp luật hiện hành. Ví dụ: “Việc xử lý quyền sử dụng đất góp vốn khi doanh nghiệp liên doanh giải thể hoặc chấm dứt hoạt động tr-ớc thời hạn đ-ợc quy định khác nhau tại Luật đầu t- n-ớc ngoài và Luật đất đai, rất khó khăn cho việc xử lý cụ thể⁵. Đó là những khó khăn sau đây:

- Khi bên Việt Nam góp vốn liên doanh d-ới hình thức QSDĐ, theo Luật đầu t- n-ớc ngoài, điều có nghĩa là giá trị QSDĐ trở thành

một phần tài sản của liên doanh và cũng sẽ đ-ợc thanh lý giống nh- bất cứ tài sản bình thường nào khác khi bị giải thể hoặc phá sản. Tuy nhiên, theo Điều 26 của Luật đất đai năm 1993, khi giải thể một tổ chức (ví dụ là một liên doanh) thì đất đai sẽ bị Nhà n-ớc thu hồi. Trong khi đó, Nghị định 17/1999/NĐ-CP ngày 29/03/1999 của Chính phủ lại cho phép các bên trong liên doanh đ-ợc giải quyết QSDĐ theo nh- thỏa thuận trong hợp đồng. Hơn nữa, Luật ĐTNN năm 2000 cũng cho phép giải quyết giá trị còn lại của QSDĐ mà bên Việt Nam đã góp vào liên doanh giống nh- với các tài sản thanh lý khác của liên doanh. Điều đó có nghĩa là QSDĐ này có thể đem bán, đấu giá nh- các tài sản khác. Nh- vậy, giữa Luật đất đai năm 1993, các văn bản hướng dẫn thi hành và Luật ĐTNN năm 2000 có sự quy định không thống nhất, đã gây khó khăn, lúng túng trong xử lý phần vốn góp là giá trị QSDĐ khi DNLD bị giải thể, phá sản.

2. Một số kiến nghị

Thứ nhất, để hoàn thiện pháp luật về góp vốn bằng giá trị QSDĐ trong hợp tác sản xuất, kinh doanh cần tập trung vào hai ph-ơng diện cơ bản sau đây:

Ph-ơng diện thứ nhất, hoàn thiện các quy định về xử lý phần vốn góp bằng giá trị QSDĐ vào mục đích SX -KD.

Do pháp luật về góp vốn bằng giá trị QSDĐ để hợp tác SX - KD đã bộc lộ hạn chế xung quanh vấn đề xử lý phần vốn góp bằng giá trị QSDĐ, đặc biệt là việc xác định giá trị QSDĐ và bồi thường thiệt hại khi giải phóng mặt bằng cho các dự án đầu t-. Thực trạng hoạt động đầu t- ở n-ớc ta hiện nay cho thấy, các khu công nghiệp, khu chế xuất - nơi thu

⁴ Khoản 12, Điều 1, Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật đất đai năm 1998 và Điều 35, Nghị định số 17/1999/NĐ-CP ngày 29/3/1999.

⁵ Báo cáo tình hình thực hiện và kiến nghị tiếp tục đổi mới chính sách, pháp luật đất đai trong thời kỳ đẩy mạnh công nghiệp hoá, hiện đại hoá đất n-ớc, Sđd. Tr. 16.

hút phần lớn các dự án đầu t- - đều tập trung ở các đô thị, trung tâm công nghiệp ..., mà ít có các dự án đầu t- ở vùng sâu, vùng xa, vùng có điều kiện kinh tế - xã hội đặc biệt khó khăn. Nên, các dự án đầu t- thường lấy đất đô thị, đất nông nghiệp ở các vùng ven đô thị, đất ven các trục đường giao thông chính, đất khu vực thị trấn, thị tứ để xây dựng nhà ở, nơi SX - KD. Do nằm ở vị trí địa lý thuận lợi, nên giá đất ở các khu vực này rất cao và dẫn đến tâm lý của người dân ở các khu vực này thường đòi giá bồi thường đất, di chuyển cao hơn nhiều so với mức giá mà Ban Quản lý dự án đền bù (việc bồi thường cho người dân được thực hiện theo Nghị định 22/1998/NĐ-CP ngày 24/04/1998 của Chính phủ, trong nhiều trường hợp giá bồi thường thấp hơn giá đất thực tế tại thời điểm thu hồi đất). Vì vậy, công tác bồi thường, di chuyển, giải phóng mặt bằng để thực hiện dự án đầu t- gặp rất nhiều khó khăn, trở ngại. Điều này gây cản trở cho các tổ chức kinh tế trong việc góp vốn bằng giá trị QSDĐ để hợp tác, liên doanh với phía đối tác nước ngoài. Giải pháp khắc phục vấn đề này là cần nhanh chóng sửa đổi Nghị định 22/1998/NĐ-CP ngày 24/04/1998 của Chính phủ về việc đền bù thiệt hại khi Nhà nước thu hồi đất sử dụng vào mục đích quốc phòng, an ninh, lợi ích quốc gia, lợi ích công cộng, trong đó chú trọng đến việc sửa đổi, bổ sung quy định về xác định giá đất để tính bồi thường cho phù hợp hơn và tiến gần hơn đến giá đất thị trường tại thời điểm thu hồi đất.

Hơn nữa, hoàn thiện pháp luật về góp vốn bằng giá trị QSDĐ để hợp tác sản xuất – kinh doanh cần làm rõ trách nhiệm và nghĩa vụ của các bên đối với đất đai trong trường hợp DNLD bị phá sản, thanh lý, hoặc giải thể trước thời hạn. Chúng tôi cho rằng, căn cứ để phân chia quyền lợi (lãi liên doanh được chia, hoàn vốn...) cũng như trách nhiệm (chịu lỗ

hoặc các rủi ro khác...) của mỗi bên cần tính toán theo tỷ lệ góp vốn của các bên vào liên doanh (gồm cả giá trị QSDĐ) có tính đến yếu tố thời gian trong hay ngoài thời hạn cam kết góp vốn. Nếu trong thời hạn góp vốn thì nghĩa vụ và quyền lợi của các bên được xác định căn cứ trên cơ sở tỷ lệ vốn góp theo cam kết, nếu ngoài thời hạn góp vốn thì sẽ phân chia theo tỷ lệ vốn góp thực tế của các bên tính tới thời điểm phân chia.

Ph-ong diện thứ hai, hoàn thiện các quy định về ph-ong thức góp vốn bằng giá trị QSDĐ vào mục đích SX - KD.

Hiện nay, hầu hết các dự án đầu t- nước ngoài đều có liên quan đến việc sử dụng đất, do vậy vấn đề đất đai ảnh hưởng không nhỏ đến việc thu hút đầu t- nước ngoài. Trong các doanh nghiệp liên doanh, bên Việt Nam góp vốn chủ yếu bằng giá trị QSDĐ và thường chỉ chiếm khoảng 30% vốn pháp định. Trong thời gian các dự án liên doanh mới bắt đầu đi vào hoạt động ch-a sinh lời nên Nhà nước ch-a thu được tiền thuê đất. Bản thân các tổ chức kinh tế Việt Nam cũng ch-a được hưởng lợi gì thông qua việc góp vốn bằng hình thức này. Trong khi đó, nếu là các dự án 100% vốn nước ngoài thì Nhà nước sẽ thu được ngay tiền thuê đất. Chính vì vậy, hình thức góp vốn bằng giá trị QSDĐ đang ngày càng bộc lộ những hạn chế so với hình thức cho thuê đất đối với các dự án đầu t- nước ngoài.

Mặt khác, việc góp vốn bằng giá trị QSDĐ cũng tạo cho các doanh nghiệp có những hành vi tiêu cực như sau:

- Việc doanh nghiệp gia tăng giá đất (giá ảo) vượt khung giá đất do Chính phủ quy định sẽ tạo ra “*giá trị th-ong quyền*”. Điều này gây ra những tác động xấu cho môi trường thu hút đầu t- nói chung, trong phạm vi cả nước.

- Việc tăng diện tích đất góp vốn trong liên doanh, sẽ làm cho một số DNLD sử dụng không hết, gây lãng phí tài nguyên đất đai.

- Mâu thuẫn giữa việc doanh nghiệp muốn tăng thời hạn góp vốn nhằm nâng cao khả năng vốn góp trong liên doanh với các quy định của Luật ĐTNN chỉ cho phép các DNLD hoạt động đầu t- tối đa từ 50 năm đến 70 năm.

Gần đây, Nhà n-ớc Việt Nam đã liên tục ban hành các quy định về giảm giá tiền thuê đất nhằm thu hút các nhà đầu t- n-ớc ngoài. Điều này đã làm cho phần vốn góp bằng giá trị QSDĐ của bên Việt Nam trong các liên doanh vốn đã chiếm tỷ lệ thấp thì nay lại càng thấp hơn. Hơn nữa, theo quy định của pháp luật đất đai, chỉ các doanh nghiệp đã thực hiện xong nghĩa vụ về tiền thuê đất hoặc tiền sử dụng đất trong một thời hạn nhất định, hay đ-ợc Thủ t-ớng Chính phủ cho phép, mới đ-ợc quyền góp vốn bằng giá trị QSDĐ vào liên doanh. Do đó, phạm vi đối t-ợng này bị thu hẹp lại và các doanh nghiệp Việt Nam càng ít có cơ hội phát huy hiệu quả trong hoạt động góp vốn bằng giá trị QSDĐ để hợp tác SX - KD với các tổ chức, cá nhân n-ớc ngoài. Mặt khác, sự phát triển ngày càng mạnh của các khu công nghiệp, khu chế xuất trong phạm vi cả n-ớc, trong đó các nhà đầu t- n-ớc ngoài đ-ợc quyền thuê lại đất đã đ-ợc xây dựng cơ sở hạ tầng và những chính sách -u đãi cho các nhà đầu t- n-ớc ngoài nhằm khuyến khích họ thuê đất để thực hiện các dự án đầu t- trong các khu công nghiệp, khu chế xuất đã gây rất nhiều khó khăn cho việc góp vốn bằng giá trị QSDĐ của các doanh nghiệp Việt Nam trong các liên doanh.

Những phân tích trên đây cho thấy Nhà n-ớc nên bỏ chế độ nhận nợ tiền thuê đất đối với các DNLD góp vốn liên doanh với n-ớc ngoài bằng giá trị QSDĐ và chuyển số nợ tiền thuê đất thành số vốn ngân sách cấp thêm

cho doanh nghiệp. Thực hiện điều này một mặt sẽ giảm gánh nặng nợ ngân sách cho doanh nghiệp, mặt khác tăng c-ờng trách nhiệm của doanh nghiệp đối với phần vốn góp liên doanh, đi đôi với cơ chế cho thuê đất đối với các hình thức ĐTNN tại Việt Nam đang đ-ợc sửa đổi, bổ sung ngày càng hoàn thiện hơn nhằm tạo điều kiện thuận lợi cho các nhà đầu t- n-ớc ngoài khi thuê đất tại Việt Nam. Theo quan điểm của chúng tôi, trong thời gian tới cần khuyến khích áp dụng rộng rãi hình thức cho thuê đất đối với các dự án đầu t- n-ớc ngoài mới. Đối với các liên doanh tr-ớc đây, mà các doanh nghiệp Việt Nam góp vốn bằng giá trị QSDĐ đang hoạt động cần có những đánh giá, tổng kết những -u điểm và nh-ợc điểm của việc góp vốn bằng giá trị QSDĐ của phía đối tác Việt Nam, trên cơ sở đó sửa đổi, bổ sung nhằm hoàn thiện các quy định về vấn đề này.

Thứ hai, cần bổ sung các quy định cho phép hộ gia đình, cá nhân đ-ợc Nhà n-ớc giao đất không thu tiền sử dụng vào mục đích sản xuất nông nghiệp, lâm nghiệp, nuôi trồng thủy sản, làm muối đ-ợc quyền góp vốn bằng giá trị QSDĐ để hợp tác SX - KD với các tổ chức, cá nhân trong n-ớc và n-ớc ngoài; hộ gia đình, cá nhân sử dụng đất vào mục đích phi nông nghiệp theo hình thức giao đất có thu tiền sử dụng đất cũng có quyền góp vốn bằng giá trị QSDĐ cùng với tài sản thuộc sở hữu của mình gắn liền với đất đó để hợp tác SX - KD với tổ chức, cá nhân trong n-ớc và tổ chức, cá nhân n-ớc ngoài.

Thứ ba, bổ sung các quy định về xử lý phần tài sản góp vốn là giá trị QSDĐ khi cổ phần hoá doanh nghiệp, khi DNLD chuyển sang hình thức doanh nghiệp 100% vốn đầu t- n-ớc ngoài./.

* Đại học Luật Hà Nội

TỔ TỤNG DÂN SỰ CÓ YẾU TỐ N-ỨC NGOÀI TRONG VIỆC XÂY DỰNG BỘ LUẬT TỔ TỤNG DÂN SỰ

Nguyễn Ngọc Khánh*

Ở Việt Nam cho tới nay, ngoài các Hiệp định quốc tế song phương đã ký kết, còn một số văn bản dưới luật điều chỉnh quan hệ tố tụng dân sự (TTDS) (theo nghĩa rộng) có yếu tố n-ớc ngoài như các Pháp lệnh về thủ tục giải quyết các vụ án dân sự, kinh tế, lao động, Pháp lệnh công nhận và thi hành tại Việt Nam bản án, quyết định dân sự của Tòa án n-ớc ngoài, Trọng tài n-ớc ngoài, một số Nghị định của Chính phủ, Thông t- liên ngành... Tuy nhiên, hầu hết những quy định trong các văn bản này còn bộc lộ nhiều bất cập, hạn chế, chưa thể hiện rõ ràng và đầy đủ những nội dung quan trọng của TTDS có yếu tố n-ớc ngoài. Đó là một trong những nguyên nhân cơ bản dẫn đến tình trạng giải quyết vụ việc dân sự có yếu tố n-ớc ngoài thường bị chậm trễ và kém hiệu quả. Tr-ớc tình hình đó, việc hoàn thiện cơ sở pháp lý điều chỉnh quan hệ TTDS có yếu tố n-ớc ngoài là rất cần thiết, nhất là khi Nhà n-ớc ta đang tiến hành xây dựng Bộ luật Tố tụng dân sự (BLTTDS).

Dù muốn hay không chúng ta cũng phải chấp nhận một thực tế là, những điều -ớc quốc tế Việt Nam đã hoặc sẽ tham gia khó có thể

điều chỉnh hết mọi vấn đề TTDS có yếu tố n-ớc ngoài, thậm chí nếu có bao quát đ-ợc hết đi chẳng nữa thì hiệu lực của điều -ớc quốc tế cũng chỉ giới hạn trong phạm vi các n-ớc tham gia ký kết mà thôi. Mặt khác, ngay cả trong tr-ờng hợp nhiều vấn đề TTDS có yếu tố n-ớc ngoài đã đ-ợc giải quyết trong các điều -ớc quốc tế thì thông thường, để có cơ chế thực thi, chúng cũng cần đ-ợc chuyển hoá vào các văn bản pháp luật của mỗi quốc gia.

Vấn đề đặt ra ở đây là chúng ta cần xây dựng đạo luật riêng về t- pháp quốc tế (bao gồm cả quan hệ dân sự và quan hệ TTDS có yếu tố n-ớc ngoài) hay mỗi lĩnh vực khác nhau của t- pháp quốc tế sẽ do các văn bản quy phạm pháp luật chuyên ngành điều chỉnh? Xét trên phương diện lý thuyết, việc xây dựng một đạo luật riêng về t- pháp quốc tế là hợp logic, vì nó cho phép “điều chỉnh một cách có hệ thống và cụ thể mọi vấn đề t- pháp quốc tế. Một văn bản pháp luật như vậy không chỉ chứa đựng những quy phạm pháp luật điều chỉnh từng lĩnh vực khác nhau của t- pháp quốc tế mà còn tập hợp đ-ợc cả những quy định chung về t- pháp quốc tế, không để tình trạng chúng đ-ợc ghi nhận rải

rác và trùng lặp tại các văn bản pháp luật khác nhau¹. Tuy nhiên, việc ban hành một đạo luật riêng về t- pháp quốc tế đòi hỏi đầu t- thời gian và vật chất rất tốn kém. Vì thế, trong điều kiện Việt Nam hiện nay, chúng ta nên theo khuynh h-ớng thứ hai, tức là trong cơ cấu của BLTTDS cần quy định một phần riêng điều chỉnh quan hệ TTDS có yếu tố n-ớc ngoài.

Qua tham khảo kinh nghiệm n-ớc ngoài và trên cơ sở tổng kết thực tiễn, chúng tôi cho rằng trong BLTTDS sắp tới vấn đề TTDS có yếu tố n-ớc ngoài cần tập trung vào ba lĩnh vực chủ yếu d-ới đây:

1. Địa vị pháp lý của ng-ời n-ớc ngoài, pháp nhân n-ớc ngoài trong TTDS

Nói đến địa vị pháp lý của ng-ời n-ớc ngoài, pháp nhân n-ớc ngoài trong TTDS là đề cập đến năng lực pháp luật TTDS và năng lực hành vi TTDS của họ đ-ợc thể hiện nh- thế nào, do pháp luật nào điều chỉnh. Nghiên cứu pháp luật TTDS hiện hành cho thấy chúng ta ch-a có điều luật nào trực tiếp điều chỉnh địa vị pháp lý của ng-ời n-ớc ngoài, pháp nhân n-ớc ngoài trong TTDS. Song điều đó không có nghĩa là vấn đề này hoàn toàn không đ-ợc đề cập đến trong pháp luật TTDS. Tại Điều 83 của Pháp lệnh thủ tục giải quyết các vụ án dân sự quy định: “*Ng-ời n-ớc ngoài, pháp nhân n-ớc ngoài có quyền khởi kiện tại các Tòa án của n-ớc Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam và tham gia tố tụng theo quy định của Pháp lệnh này*”. Nh- vậy, từ quy định tại Điều 83 của Pháp lệnh, có thể suy đoán năng lực pháp luật TTDS và năng lực hành vi TTDS của ng-ời n-ớc ngoài, pháp nhân n-ớc ngoài cũng đ-ợc xác định t-ơng tự

nh- năng lực pháp luật TTDS và năng lực hành vi TTDS của công dân, pháp nhân Việt Nam. Trong khi đó, nếu liên hệ đến quy định của Điều 831 và 832 của Bộ luật Dân sự (BLDS) lại thấy rằng pháp luật dân sự có cách tiếp cận khác trong việc xác định năng lực pháp luật dân sự và năng lực hành vi dân sự của ng-ời n-ớc ngoài, pháp nhân n-ớc ngoài. Ở góc độ tiếp cận của BLDS, có thể thấy rằng năng lực pháp luật dân sự và năng lực hành vi dân sự của ng-ời n-ớc ngoài, pháp nhân n-ớc ngoài đ-ợc xác định dựa trên nguyên tắc chung của lý luận t- pháp quốc tế - nguyên tắc áp dụng luật quốc tịch (lex patriae hay lex nationalis)².

So sánh cách tiếp cận của BLDS và Pháp lệnh thủ tục giải quyết các vụ án dân sự trong việc điều chỉnh địa vị pháp lý của ng-ời n-ớc ngoài, pháp nhân n-ớc ngoài, chúng ta sẽ thấy rất rõ là giữa hai cách thức điều chỉnh có sự khác biệt đáng kể. Và chính sự khác biệt đó có thể dẫn tới một thực tế là ng-ời n-ớc ngoài hoặc pháp nhân n-ớc ngoài, mặc dù có đầy đủ năng lực hành vi dân sự trong quan hệ pháp luật nội dung, nh-ng lại không đ-ợc thừa nhận là có năng lực hành vi TTDS khi tham gia tố tụng. Nói cách khác, việc áp dụng quy định tại Điều 83 của Pháp lệnh thủ tục giải quyết các vụ án dân sự vô hình trung đã hạn chế phạm vi tác động của BLDS đối với quan hệ dân sự có yếu tố n-ớc ngoài, và ng-ợc lại.

Để khắc phục điểm bất cập này, chúng tôi cho rằng, vấn đề địa vị pháp lý của ng-ời n-ớc ngoài, pháp nhân n-ớc ngoài trong TTDS cần đ-ợc giải quyết theo h-ớng thừa nhận luật quốc tịch là căn cứ để xác định

¹ Xem Luật T- pháp quốc tế – Những vấn đề đ-ơng đại. M. M. Bogulavskiji. Mátxcova, 1994.

² Hiện nay hầu hết các n-ớc đều theo xu h-ớng áp dụng luật quốc tịch làm căn cứ để xác định năng lực pháp luật dân sự và năng lực hành vi dân sự của ng-ời n-ớc ngoài, pháp nhân n-ớc ngoài. Quy định tại Điều 831 và 832 BLDS cũng phản ánh xu h-ớng này.

năng lực pháp luật TTDS và năng lực hành vi TTDS của ng-ời n-ớc ngoài, pháp nhân n-ớc ngoài. Quy định nh- vậy vừa bảo đảm tính hài hoà giữa các chế định pháp luật có liên quan trong quan hệ dân sự và quan hệ TTDS có yếu tố n-ớc ngoài, vừa tạo sự t-ơng thích nhất định của pháp luật quốc gia với pháp luật các n-ớc trong lĩnh vực t- pháp quốc tế.

2. Thẩm quyền giải quyết vụ việc dân sự có yếu tố n-ớc ngoài

Câu hỏi về thẩm quyền xét xử bao giờ cũng là một trong những câu hỏi quan trọng nhất đặt ra cho Tòa án mỗi n-ớc khi thụ lý vụ việc dân sự có yếu tố n-ớc ngoài. Theo nguyên tắc chung, thẩm quyền giải quyết vụ việc dân sự có yếu tố n-ớc ngoài đ-ợc xác định ở hai cấp độ: cấp độ quốc tế và cấp độ quốc gia. Mục tiêu ở cấp độ quốc tế là xác định quốc gia mà Tòa án n-ớc đó có đủ thẩm quyền giải quyết vụ việc dân sự có yếu tố n-ớc ngoài. Mục tiêu ở cấp độ quốc gia là xác định một Tòa án cụ thể theo pháp luật của quốc gia đã đ-ợc lựa chọn để trực tiếp thụ lý giải quyết vụ việc³. Tất nhiên, khác với thẩm quyền xét xử ở cấp độ quốc gia chủ yếu đ-ợc xác định trên cơ sở pháp luật quốc nội, thẩm quyền giải quyết vụ việc dân sự có yếu tố n-ớc ngoài ở cấp độ quốc tế đ-ợc xác định dựa trên cơ sở pháp luật quốc gia và điều -ớc quốc tế mà quốc gia đó ký kết hoặc gia nhập. Liên hệ đến các Pháp lệnh về thủ tục giải quyết các vụ án dân sự, vụ án kinh tế, tranh chấp lao động, chúng ta thấy các Pháp lệnh này đều không quy định nguyên tắc xác định thẩm quyền ở cấp độ quốc tế tại một điều luật riêng biệt mà chỉ quy định những căn cứ xác định thẩm quyền giải quyết của Tòa án đối với vụ việc dân sự nói chung. Do đó, thẩm

quyền giải quyết vụ việc dân sự có yếu tố n-ớc ngoài ở cấp độ quốc tế chỉ có thể xác định dựa trên những quy định chung về thẩm quyền xét xử theo lãnh thổ đối với các tranh chấp dân sự thông th-ờng.

Qua việc áp dụng các quy định chung về thẩm quyền xét xử theo lãnh thổ để giải quyết vấn đề xung đột quyền tài phán ở cấp độ quốc tế (tức là phân định thẩm quyền giải quyết vụ việc dân sự có yếu tố n-ớc ngoài giữa Tòa án Việt Nam và Tòa án các n-ớc có liên quan), chúng tôi có một số nhận xét nh- sau:

- *Thứ nhất, về vấn đề xác định thẩm quyền xét xử chung của Tòa án Việt Nam đối với vụ việc dân sự có yếu tố n-ớc ngoài*

Có thể dễ dàng nhận thấy là, các căn cứ xác định thẩm quyền theo lãnh thổ quy định tại các Điều 13 của Pháp lệnh thủ tục giải quyết các vụ án dân sự, Điều 14 của Pháp lệnh thủ tục giải quyết các tranh chấp lao động, Điều 14, 15 của Pháp lệnh thủ tục giải quyết các vụ án kinh tế mới chỉ giới hạn ở những quy tắc chung để áp dụng đối với vụ việc dân sự thông th-ờng mà ch-a thể hiện đ-ợc tính đặc thù của quan hệ dân sự có yếu tố n-ớc ngoài. Vì vậy, trên thực tế đã phát sinh nhiều tr-ờng hợp v-ớng mắc về thẩm quyền xét xử ở cấp độ quốc tế rất khó xử lý. Ví dụ, nếu lãnh thổ Việt Nam chỉ là nơi thực hiện một phần hợp đồng thì tranh chấp về toàn bộ hợp đồng có thể khởi kiện tại Toà án Việt Nam hay không? Cũng nh- vậy, Toà án Việt Nam có thể thụ lý để giải quyết tranh chấp có yếu tố n-ớc ngoài phát sinh do đ-ợc lợi về tài sản không có căn cứ pháp luật hay không, nếu việc đ-ợc lợi về tài sản đó xảy ra tại Việt Nam? Có rất nhiều câu hỏi mà chúng ta không thể giải đáp, nếu ch-a có đầy đủ

³ Xem Đề tài khoa học cấp bộ “Những quan điểm cơ bản về BLTTDS Việt Nam”, Viện Nhà n-ớc và Pháp luật – 2001, tr.81.

các quy định làm căn cứ xác định thẩm quyền xét xử chung của Tòa án Việt Nam đối với vụ việc dân sự có yếu tố n-ớc ngoài.

- Thứ hai, về vấn đề xác định thẩm quyền xét xử riêng biệt của Tòa án Việt Nam đối với vụ việc dân sự có yếu tố n-ớc ngoài

Căn cứ theo quy định của Điều 13, Pháp lệnh thủ tục giải quyết các vụ án dân sự và Điều 14, Pháp lệnh thủ tục giải quyết các vụ án kinh tế, thì nơi có bất động sản đ-ợc xem là tiêu chí duy nhất để xác định thẩm quyền xét xử riêng biệt của Tòa án Việt Nam đối với vụ việc dân sự có yếu tố n-ớc ngoài. Chúng tôi cho rằng, cách tiếp cận đó của pháp luật TTDS vẫn còn điểm bất cập vì ch-a bao quát đầy đủ những tr-ờng hợp tranh chấp dân sự có yếu tố n-ớc ngoài thuộc thẩm quyền xét xử riêng biệt của Tòa án Việt Nam. Ví dụ, theo quy định của Điều 13 của Pháp lệnh thủ tục giải quyết các vụ án dân sự và Điều 14 của Pháp lệnh thủ tục giải quyết các vụ án kinh tế, các bên có quyền thỏa thuận Tòa án n-ớc ngoài giải quyết mọi tranh chấp dân sự có yếu tố n-ớc ngoài, ngoại trừ tranh chấp liên quan đến bất động sản. Vậy điều gì sẽ xảy ra khi nguyên đơn và bị đơn thỏa thuận yêu cầu Tòa án n-ớc ngoài giải quyết tranh chấp dân sự có yếu tố n-ớc ngoài liên quan đến bí mật Nhà n-ớc Việt Nam mà lẽ ra, để bảo đảm chủ quyền quốc gia thì tranh chấp đó phải do Tòa án Việt Nam xét xử? Rõ ràng, đây là một trong những vấn đề về thẩm quyền xét xử riêng biệt mà quy định của các Điều 13, 14 Pháp lệnh cho đến nay vẫn còn bỏ ngỏ câu trả lời. Điều đó chứng tỏ rằng việc áp dụng nguyên tắc phân định thẩm quyền xét xử theo nơi có bất động sản không thể giải quyết đ-ợc triệt để vấn đề xác định thẩm quyền xét xử riêng biệt của Tòa án Việt Nam đối với vụ việc dân sự có yếu tố n-ớc ngoài.

Từ những nhận xét trên cho thấy, về nguyên tắc, chúng ta có thể thừa nhận và áp dụng các quy định chung về thẩm quyền xét xử vụ việc dân sự thông thường để xác định thẩm quyền giải quyết vụ việc dân sự có yếu tố n-ớc ngoài ở cấp độ quốc tế. Tuy nhiên, nếu chỉ dừng ở phạm vi các quy định chung về thẩm quyền xét xử vụ việc dân sự thông thường thì ch-a đủ cơ sở pháp lý cần thiết để giải quyết vấn đề xung đột quyền tài phán ở cấp độ quốc tế vốn dĩ rất phức tạp và có những đặc thù rất riêng của mình. Chính vì vậy, không phải ngẫu nhiên mà pháp luật TTDS nhiều n-ớc đều dành riêng một số điều luật quy định chi tiết và cụ thể về thẩm quyền giải quyết vụ việc dân sự có yếu tố n-ớc ngoài.

Liên quan đến vấn đề xung đột quyền tài phán ở cấp độ quốc tế, một thực tế đã, đang xảy ra và việc giải quyết nó cũng không phải đơn giản. Đó là tình trạng có vụ việc dân sự đang đ-ợc Tòa án quốc gia này giải quyết nh-ng đồng thời cũng đ-ợc Tòa án n-ớc kia thụ lý, hay khi Tòa án một quốc gia đã ra phán quyết có hiệu lực pháp luật nh-ng sau đó nguyên đơn hoặc bị đơn lại khởi kiện tại Tòa án quốc gia khác về chính vụ việc đó nhằm mục đích vô hiệu hoá phán quyết đã tuyên và để nhận đ-ợc bản án có lợi hơn... Về cách thức giải quyết tình trạng này hiện đang có hai xu h-ớng trái ng-ợc nhau. Có một số ít quốc gia theo xu h-ớng thứ nhất thì cho rằng Tòa án n-ớc ngoài không khách quan và hay nghiêng về phía lợi ích của công dân, tổ chức n-ớc ngoài, nên đối với họ, việc Tòa án n-ớc ngoài đã hoặc đang thụ lý vụ án không phải là yếu tố cần xem xét, cân nhắc. Các n-ớc theo xu h-ớng thứ hai (nh- Liên bang Nga, Đức, Việt Nam, Ba Lan, Cộng hoà Séc...) lại cho rằng trong điều kiện hợp tác và hội nhập hiện nay, việc giải quyết vụ án dân sự có yếu tố n-ớc ngoài cần quan tâm đến

chủ quyền quốc gia và lợi ích của những n-ớc có liên quan, do đó, Toà án trong n-ớc sẽ đình chỉ giải quyết vụ việc dân sự có yếu tố n-ớc ngoài hoặc trả lại đơn kiện, nếu trước đó vụ việc đã được Toà án n-ớc ngoài thụ lý giải quyết, và ngược lại. Ví dụ, tại Điều 18 của Hiệp định t-ơng trợ t- pháp và pháp lý giữa Việt Nam và Liên bang Nga có quy định: *“nếu theo quy định của Hiệp định này, cơ quan t- pháp của cả hai bên ký kết đều có thẩm quyền về một số vấn đề nào đó mà vụ việc đã được khởi kiện tại cơ quan t- pháp của bên ký kết này, thì cơ quan t- pháp t-ơng ứng của bên ký kết kia sẽ không có thẩm quyền nữa”*. Tuy nhiên, đến đây cũng xin nói rõ thêm là tình trạng *“Toà án hai quốc gia song song tiến hành xét xử cùng một vụ án”* mới chỉ được giải quyết trên cơ sở một số Hiệp định t-ơng trợ t- pháp song ph-ơng nh-ng d-ơng nh- ch-a được đề cập một cách thoả đáng trong các văn bản pháp luật hiện hành. Việc bỏ trống vấn đề này trong luật quốc nội chắc chắn sẽ gây khó khăn không nhỏ không những cho Thẩm phán Việt Nam mà còn cho cả Thẩm phán các n-ớc ch-a có Hiệp định t-ơng trợ t- pháp với Việt Nam trong tr-ờng hợp phát sinh xung đột về thẩm quyền xét xử.

Với những suy nghĩ trên đây, chúng tôi cho rằng BLTTDS cần xây dựng mới quy định về thẩm quyền giải quyết vụ việc dân sự có yếu tố n-ớc ngoài theo h-ớng:

- Quy định đầy đủ và rõ ràng các căn cứ xác định thẩm quyền của Toà án Việt Nam ở cấp độ quốc tế trong việc giải quyết các vụ việc dân sự có yếu tố n-ớc ngoài. Từ đó xây dựng những quy tắc phù hợp để xác định loại vụ việc nào các bên có thể thoả thuận lựa chọn Toà án giải quyết, loại vụ việc nào thuộc thẩm quyền xét xử riêng biệt của Toà án Việt Nam.

- Quy định rõ hậu quả pháp lý (về mặt tố

tụng) trong tr-ờng hợp vụ việc dân sự đã hoặc đang được Toà án n-ớc ngoài giải quyết, cụ thể là: Toà án Việt Nam trả lại hoặc không thụ lý đơn kiện, nếu trước đó vụ việc đã được Toà án n-ớc ngoài thụ lý giải quyết và nếu phán quyết về vụ việc đó phải được công nhận và cho thi hành trên lãnh thổ Việt Nam.

3. Áp dụng pháp luật n-ớc ngoài trong TTDS

Trong quá trình xét xử vụ án dân sự có yếu tố n-ớc ngoài thì một trong những vấn đề thường xuyên được đặt ra đối với Thẩm phán là vấn đề cần áp dụng pháp luật n-ớc nào để giải quyết tranh chấp, pháp luật của n-ớc có Toà án thụ lý hay pháp luật n-ớc ngoài có liên quan? Tìm câu trả lời cho vấn đề này, các cơ quan xét xử bao giờ cũng xem xét trên cơ sở dẫn chiếu các quy phạm xung đột quy định trong các điều -ớc quốc tế hoặc trong luật quốc gia của mỗi n-ớc. Chẳng hạn, việc bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng thông thường sẽ được xác định theo pháp luật của n-ớc nơi xảy ra hành vi gây thiệt hại hoặc nơi phát sinh hậu quả thực tế của hành vi gây thiệt hại (lex loci delicti commissi), hay đối với nội dung hợp đồng thì việc lựa chọn pháp luật áp dụng lại do các bên tự thoả thuận theo nguyên tắc tự do ý chí (lex voluntatis), còn nếu các bên không có thoả thuận, thì áp dụng luật nơi thực hiện hợp đồng (lex loci solutions)...

Việc áp dụng pháp luật n-ớc ngoài theo sự dẫn chiếu của quy phạm xung đột là một đặc thù của t- pháp quốc tế. Thực tiễn và lý luận t- pháp quốc tế đã chỉ ra rằng nếu Toà án của các quốc gia chỉ thiên vị áp dụng pháp luật n-ớc mình để điều chỉnh quan hệ dân sự có yếu tố n-ớc ngoài mà không tính đến việc áp dụng pháp luật n-ớc ngoài trong những tr-ờng hợp nhất định là hợp lý và phù

hợp với trật tự công cộng thì việc giải quyết tranh chấp nhiều khi mang lại kết quả không công bằng và thoả đáng. Vì thế, các quốc gia đều thừa nhận và cho phép áp dụng pháp luật n-ớc ngoài⁴.

Nghiên cứu pháp luật dân sự Việt Nam cho thấy, tuy các quy phạm xung đột quy định tại Phần thứ bảy BLDS “*Quan hệ dân sự có yếu tố n-ớc ngoài*” còn có điểm bất cập, nh-ng ở mức độ nhất định đã thừa nhận việc áp dụng pháp luật n-ớc ngoài. Nh-ng đáng tiếc là những quy phạm xung đột dẫn chiếu đến việc áp dụng pháp luật n-ớc ngoài chỉ có giá trị thực sự về mặt lý thuyết. Vì rằng, từ khi ban hành BLDS đến nay, Tòa án Việt Nam ch-a bao giờ áp dụng pháp luật quốc gia khác để giải quyết vụ việc dân sự có yếu tố n-ớc ngoài, mà lẽ ra, việc áp dụng pháp luật n-ớc ngoài trên cơ sở dẫn chiếu của quy phạm xung đột đã có thể bảo vệ tốt hơn quyền và lợi ích chính đáng của các bên tranh chấp. Bởi thế, nhiều ý kiến cho rằng, ý nghĩa thực tiễn của những quy phạm xung đột dẫn chiếu đến việc áp dụng pháp luật n-ớc ngoài rất bị hạn chế, ng-ời ta d-ờng nh- chỉ khai thác chúng chủ yếu d-ới góc độ nghiên cứu, giảng dạy về T- pháp quốc tế tại các viện nghiên cứu và các tr-ờng đại học⁵. Thiết nghĩ, để tránh tình trạng những quy định này chỉ tồn tại trên lý thuyết và cũng để góp phần “*chuyển hoá pháp luật nội dung thành hiện thực*”, thì việc phải làm không chỉ đơn giản là sửa đổi BLDS, xây dựng các văn bản h-ớng dẫn thi hành hoặc dựa vào các điều -ớc quốc tế mà điều cốt yếu là pháp luật tố tụng phải có cơ chế khả thi cho việc Tòa án Việt Nam áp dụng pháp luật n-ớc ngoài. Để đạt đ-ợc mục đích đó, BLTTDS cần bổ sung một số

điều nhằm quy định rõ ràng những vấn đề có tính nguyên tắc trong việc áp dụng pháp luật n-ớc ngoài, cụ thể nh- sau:

- Quy định nguyên tắc chung là Tòa án áp dụng pháp luật n-ớc ngoài trên cơ sở luật quốc gia và Hiệp định quốc tế mà Việt Nam ký kết hoặc gia nhập;

- Quy định chặt chẽ thủ tục áp dụng pháp luật n-ớc ngoài trong TTDS theo h-ớng: Tòa án áp dụng pháp luật n-ớc ngoài phải trên cơ sở phù hợp với cách giải thích cũng nh- thực tiễn xét xử tại quốc gia ban hành luật n-ớc ngoài, nếu hậu quả của việc áp dụng đó không trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam. Trong tr-ờng hợp cần thiết xác định nội dung pháp luật n-ớc ngoài, Tòa án có thể, theo trình tự, thủ tục do luật định, yêu cầu các cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam và của quốc gia n-ớc ngoài cung cấp thông tin, tài liệu về pháp luật n-ớc ngoài.

*

* *

Ngoài các vấn đề nêu trên, những vấn đề về uỷ thác t- pháp trong TTDS có yếu tố n-ớc ngoài, địa vị pháp lý của Nhà n-ớc n-ớc ngoài, công nhận và cho thi hành bản án, quyết định của Tòa án n-ớc ngoài, Trọng tài n-ớc ngoài cũng cần đ-ợc sửa đổi, bổ sung cho phù hợp với thông lệ TTDS quốc tế và đặc điểm phát triển kinh tế - xã hội của Việt Nam./

** Viện khoa học kiểm sát - Viện kiểm sát nhân dân tối cao*

⁴ Xem *Những nội dung cơ bản của Công pháp và T- pháp quốc tế*. Nhà xuất bản thống kê, 1998, tr. 162.

⁵ Xem *Thông tin khoa học pháp lý, Bộ T- pháp*. Số 11+12 - 2001, tr. 229.

MỘT SỐ GÓP Ý VÀO DỰ THẢO PHÁP LỆNH TH-ÔNG MẠI ĐIỆN TỬ

Vũ Thái H^o*

Dự thảo Pháp lệnh th-ong mại điện tử lần thứ năm (Dự thảo) dành một số khoản tại Điều 6 và tám điều tại ch-ong III để định nghĩa cũng nh- ghi nhận giá trị pháp lý của chữ ký điện tử, chữ ký số, chứng thực điện tử cùng các thủ tục về cấp chứng thực điện tử¹. Phần lớn các quy định trong Dự thảo nói chung và các quy định liên quan đến chữ ký điện tử, chữ ký số và chứng thực điện tử đ-ợc tham khảo từ Luật mẫu về th-ong mại điện tử của UNCITRAL và một số đạo luật về th-ong mại điện tử của một số n-ớc trong khu vực nh- Hàn Quốc, Singapore, Philipines...². Các quy định về chữ ký điện tử, chữ ký số và chứng thực điện tử nhìn chung là toàn diện, t-ong đồng với luật pháp của nhiều n-ớc trên thế giới và trong khu vực. Tuy nhiên, vì đ-ợc tham khảo từ luật về th-ong mại điện tử của n-ớc ngoài nên một số định nghĩa, một số thuật ngữ trong Dự thảo còn ch-a thực sự phản ánh chính xác bản chất của các khái niệm. Bài viết phân tích và kiến nghị sửa đổi một số điểm trong các định nghĩa về chữ ký điện tử chữ ký số, và chứng thực điện tử nêu trong Dự thảo

1. Chữ ký điện tử

Trong thực tế th-ong mại điện tử, chữ ký điện tử đ-ợc tạo ra bởi các công nghệ khác nhau. Chữ ký điện tử có thể là loại chữ ký đơn

giản, dễ tạo nh-ng có tính an toàn thấp nh- hình ảnh chữ ký tay đ-ợc số hoá hoặc có thể là loại chữ ký phức tạp có tính an toàn cao nh- chữ ký số...

¹ Xem: Dự thảo pháp lệnh điện tử lần thứ 5 “các khoản 8-13, 17-19 trong Điều 6 và các điều trong Ch-ong III

² Nguyễn Hữu Anh, Năm nay có thể ban hành Pháp lệnh th-ong mại điện tử, địa chỉ <http://vnexpress.net/Vietnam/Phap-luat/2003/01/3B9C41C7/>

Hộp 1:

Chữ ký điện tử có thể là:

- Một âm thanh, một biểu tượng hoặc một quá trình điện tử;
- Viết ký tự “/s/” và tên của người gửi cuối một thông điệp điện tử;
- Một thỏa thuận “click-through” trên website hoặc phần mềm ứng dụng (*Thỏa thuận “click - through” là thỏa thuận được tạo ra trên website hoặc trên hướng dẫn cài đặt phần mềm có nội dung tuyên bố rằng: người sử dụng, bằng việc bấm vào một nút nhất định nào đó trên website hoặc trên hướng dẫn cài đặt phần mềm, thể hiện sự đồng ý với nội dung của thỏa thuận thể hiện trên website hoặc trên hướng dẫn cài đặt phần mềm. Xem: www.marketingterm.com/dictionary/clickthrough/;*)
- Bằng hành động nhập số nhận dạng cá nhân (PIN) hoặc mật khẩu trên một website hoặc trên một phần mềm ứng dụng khi website hoặc phần mềm tuyên bố: người sử dụng, bằng việc nhập số nhận dạng cá nhân hoặc mật khẩu, thể hiện sự đồng ý đối với giao dịch đó;
- Sử dụng hệ thống từ định danh sinh trắc học như là máy đọc vân tay, hoặc máy quét ánh mắt;
- Chữ ký số.

Việc sử dụng loại chữ ký điện tử nào tùy thuộc vào sự lựa chọn của các bên và tùy thuộc vào tầm quan trọng của giao dịch. Ví dụ, trong khi hình ảnh được số hóa của chữ ký viết tay cuối một thông điệp điện tử có thể phù hợp với việc gửi đi các thiệp mời sinh nhật, nhưng trong giao dịch có giá trị lớn, các bên khó có thể chấp nhận loại chữ ký này vì nó, về cơ bản, không thực hiện được chức năng xác nhận chính xác người gửi và xác nhận tính nguyên vẹn của thông tin.

Chữ ký điện tử có khả năng: xác định người gửi thông tin hoặc xác nhận tính toàn vẹn của thông tin hoặc cả hai khả năng trên (chữ ký số). Qua đó nó tạo cho mỗi bên giao dịch tin tưởng vào các dữ liệu điện tử được trao đổi giữa các bên.

Đối với góc độ kỹ thuật thì chữ ký điện tử là một thông tin dưới dạng điện tử được gắn với hoặc đính kèm theo một dữ liệu điện tử. Luật pháp về thương mại điện tử của mỗi nước có cách tiếp cận riêng khi định nghĩa về chữ ký điện tử. Các tiếp cận có thể là nhìn từ góc độ kỹ thuật thuần túy hoặc có thể là từ góc độ luật học.

Luật về thương mại điện tử của Mỹ thì định nghĩa chữ ký điện tử bằng cách liệt kê các loại dữ liệu điện tử có khả năng đáp ứng đòi hỏi của một chữ ký điện tử: chữ ký điện tử có thể là một âm thanh điện tử, có thể là một biểu tượng, có thể là một quá trình điện tử

“đ-ọc ng-ời gửi tạo ra hoặc chấp nhận gắn với hoặc đính kèm một cách logic với tài liệu đ-ọc ng-ời gửi gửi đi nhằm mục đích thể hiện sự đồng ý của ng-ời gửi với nội dung trong tài liệu đó...”³, còn đa phần luật của các n-ớc định nghĩa chữ ký điện tử theo dạng: “chữ ký điện tử là thông tin d-ới dạng điện tử”, “gắn với hoặc đính kèm một cách logic” nhằm mục

đích “thể hiện sự đồng ý của ng-ời gửi với nội dung thông tin” đ-ọc gửi đi.

Theo luật của Anh, “chữ ký điện tử là dữ liệu d-ới dạng điện tử đ-ọc gắn hoặc đính kèm một cách logic các dữ liệu điện tử khác và nó thực hiện chức năng xác nhận”⁴. Dự thảo sửa đổi năm 2000 đối với Luật về chữ ký số của Đức định nghĩa: “Chữ ký điện tử là dữ

Hộp 2:

Việc mã hoá thông tin có thể đ-ọc thực hiện nh- sau:

- Ng-ời ký thông tin tạo ra một cặp mã khoá, giữ bí mật mã khoá cá nhân và cung cấp mã khoá công khai cho ng-ời nhận thông tin (ng-ời nhận thông tin có đ-ọc mã khoá công khai của ng-ời gửi thông qua chứng thực điện tử do một cơ quan cấp chứng thực điện tử độc lập cấp).

- Ng-ời ký dùng phần mềm mã hoá chuyên dụng để mã hoá dữ liệu điện tử cần gửi. Chức năng “hash function” (Chức năng “hash function” khi đ-ọc áp dụng trên một thông tin cụ thể nó sẽ tạo ra một dữ liệu độc nhất t-ong ứng với thông tin trên. Mỗi thông tin sẽ có một và chỉ một “message digest”) của phần mềm khi đ-ọc áp dụng lên dữ liệu điện tử cần gửi sẽ tạo ra một “message digest” (“Message digest” là dữ liệu đ-ọc tạo ra từ một dữ liệu điện tử khi sử dụng chức năng “hash function” của phần mềm tạo ra chữ ký số) độc nhất và t-ong ứng với dữ liệu đó.

- Sau đó ng-ời ký sẽ mã hoá “message digest” bằng mã khoá cá nhân của mình. “Message digest” đ-ọc mã khoá chính là chữ ký số đ-ọc gắn hoặc đính kèm logic với dữ liệu điện tử đ-ọc gửi tới ng-ời nhận. Dữ liệu điện tử đ-ọc gửi đi không bị mã hoá mà chỉ có “message digest” bị mã hoá.

- Ng-ời nhận chỉ có thể giải mã đ-ọc “message digest” bằng cách sử dụng mã khoá công khai của ng-ời ký để xác minh nội dung của dữ liệu điện tử nhận đ-ọc. Ng-ời nhận cũng có thể xác minh đ-ọc tính toàn vẹn của dữ liệu điện tử bằng cách tạo ra “message digest” của dữ liệu điện tử và so sánh với “message digest” đã đ-ọc mã hoá bởi ng-ời ký. Nếu hai “message digest” này là giống nhau thì tính toàn vẹn của thông tin đ-ọc xác nhận.

³ Định nghĩa về chữ ký điện tử trong Luật giao dịch điện tử thống nhất của Mỹ

⁴ Các quy định về chữ ký điện tử ban hành năm 2002 của Anh. Phân giải thích các thuật ngữ.

liệu d-ới dạng điện tử gắn hoặc kèm một cách logic với một dữ liệu điện tử và nó đ-ợc sử dụng với mục đích xác nhận”. Luật của Canada định nghĩa “Chữ ký điện tử nghĩa là thông tin d-ới dạng điện tử mà ng-ời đã tạo ra hoặc chấp nhận nó nhằm mục đích ký tài liệu và nó đ-ợc gắn hoặc đính kèm với tài liệu đó”⁵.

T-ơng đồng với sự ghi nhận về chữ ký điện tử của các n-ớc, khoản 8, Điều 6, Ch-ơng I (Giải thích từ ngữ) của Dự thảo định nghĩa chữ ký điện tử nh- sau:

“Chữ ký điện tử là thông tin d-ới dạng điện tử gắn hoặc kèm một cách logic với một dữ liệu điện tử nhằm xác lập mối liên hệ giữa ng-ời gửi và nội dung của dữ liệu điện tử đó, đồng thời chỉ ra rằng ng-ời gửi đã chấp nhận nội dung thông tin trong dữ liệu điện tử”.

Phải khẳng định rằng ng-ời gửi dữ liệu điện tử không đồng thời là ng-ời ký dữ liệu điện tử đó. Ng-ời ký có thể yêu cầu một ng-ời khác gửi dữ liệu điện tử. Vì vậy, cụm từ “ng-ời gửi” trong định nghĩa nên đ-ợc sửa thành “ng-ời ký”.

Chữ ký điện tử có khả năng xác lập mối quan hệ giữa ng-ời ký với dữ liệu điện tử đ-ợc gửi đi chứ không phải với nội dung của dữ liệu điện tử (chữ ký điện tử kèm theo dữ liệu điện

tử cho biết ai là ng-ời ký dữ liệu điện tử đó) hoặc xác nhận tính toàn vẹn của dữ liệu điện tử (dữ liệu điện tử có bị thay đổi, đánh tráo trong quá trình gửi nhận hay không) và chữ ký điện tử đ-ợc sử dụng nhằm mục đích chứng nhận rằng ng-ời gửi đồng ý với nội dung của dữ liệu điện tử. Vì vậy, định nghĩa chữ ký điện tử tại khoản 8, Điều 6 của Dự thảo nên đ-ợc sửa đổi thành: “Chữ ký điện tử là thông tin d-ới dạng điện tử gắn hoặc kèm một cách logic với một dữ liệu điện tử nhằm xác lập mối liên hệ giữa ng-ời ký và dữ liệu điện tử và sự chấp nhận của ng-ời ký đối với nội dung thông tin trong dữ liệu điện tử đó”.

2. Chữ ký số

Chữ ký số là một loại chữ ký điện tử. Chữ ký số đ-ợc tạo ra dựa trên công nghệ mã hoá đặc biệt đ-ợc phát minh vào những năm 1970. Trong công nghệ này, ng-ời ta sử dụng hai mã khoá khác nhau (vì sử dụng hai mã khoá khác nhau nên dạng mã hoá này còn đ-ợc gọi là mã hoá không đối xứng). Hai mã khoá này tạo thành một cặp khoá. Một mã khoá đ-ợc giữ bí mật bởi ng-ời gửi đ-ợc gọi là mã khoá cá nhân trong khi mã khoá còn lại đ-ợc cung cấp cho ng-ời nhận đ-ợc gọi là mã khoá công khai. Khi thông tin đ-ợc mã hoá sử dụng một trong hai mã khoá này, nó chỉ có thể đ-ợc giải mã bằng mã khoá còn lại.

⁵ Luật th-ơng mại điện tử thống nhất của Canada, Phần I. Các định nghĩa.

⁶ Xem: Hiệp hội đoàn luật s- Hoa Kỳ, H-ớng dẫn về chữ ký điện tử, 1995, tr 8, 9

D-ới đây là sơ đồ thể hiện quá trình tạo ra chữ ký số và quá trình xác nhận chữ ký số⁶:

Từ đó, có thể thấy chữ ký số là thông tin duy nhất t-ơng ứng đ-ợc tạo ra từ dữ liệu điện tử đ-ợc mã hoá bằng mã khoá cá nhân của ng-ời ký sử dụng công nghệ mã hoá không đối xứng cho phép xác minh ng-ời ký dữ liệu điện tử và tính toàn vẹn của dữ liệu điện tử đó.

Dự thảo định nghĩa chữ ký số tại khoản 11, Điều 6 nh- sau: *“Chữ ký số là thông tin duy nhất gắn với một dữ liệu điện tử đ-ợc tạo ra từ một mã khoá cá nhân bằng việc sử dụng mã hoá không đối xứng mà qua đó có thể nhận dạng ng-ời tạo ra dữ liệu điện tử hoặc có thể xác minh đ-ợc bất cứ thay đổi nào của dữ liệu điện tử đó”*.

Định nghĩa trên là ch-a hoàn toàn chính xác ở một số điểm sau:

Thứ nhất, định nghĩa ghi nhận *“chữ ký số là thông tin duy nhất gắn với một dữ liệu điện tử”* nh-ng không làm rõ đ-ợc thông tin duy nhất đó xuất phát từ đâu. Trên thực tế thông tin duy nhất đó chính là *“message digest”* đ-ợc tạo ra khi áp dụng chức năng *“hash function”* của phần mềm tạo chữ ký lên dữ liệu điện tử mà ng-ời ký muốn gửi đi (xem giải thích ở trên). Các dữ liệu điện tử có nội dung khác nhau sẽ tạo ra các *“message digest”* khác nhau. Từ một dữ liệu điện tử cụ thể ta chỉ có thể tạo ra đ-ợc một *“message digest”* duy nhất. Vì vậy, theo chúng tôi, cụm từ

“thông tin duy nhất gắn với một dữ liệu điện tử” trong định nghĩa trên nên đ-ợc đổi thành: *“thông tin duy nhất t-ơng ứng đ-ợc tạo ra từ dữ liệu điện tử”*.

Thứ hai, định nghĩa ghi nhận: *“... đ-ợc tạo ra từ một mã khoá cá nhân bằng việc sử dụng mã hoá không đối xứng...”*. Thông tin duy nhất gắn với dữ liệu điện tử không hề đ-ợc tạo ra từ một mã khoá cá nhân nh- luật định nghĩa. Thông tin duy nhất đó đ-ợc tạo ra từ chính dữ liệu điện tử đ-ợc gửi đi (xem giải thích ở trên). Mã khoá cá nhân của ng-ời ký đ-ợc sử dụng là để mã hoá thông tin duy nhất đó (chứ không hề đ-ợc sử dụng để tạo ra thông tin duy nhất đó). Ng-ời ký sử dụng công nghệ mã hoá không đối xứng (đã giải thích ở trên) để mã hoá thông tin bằng mã khoá cá nhân của mình. Vì vậy, *“... đ-ợc tạo ra từ một mã khoá cá nhân bằng việc sử dụng mã hoá không đối xứng...”* nên đ-ợc sửa thành *“đ-ợc mã hoá bằng mã khoá cá nhân của ng-ời ký sử dụng công nghệ mã hoá không đối xứng”*.

Thứ ba, định nghĩa ghi nhận: *“... mà qua đó có thể nhận dạng ng-ời tạo ra dữ liệu điện tử hoặc có thể xác minh đ-ợc bất cứ thay đổi nào của dữ liệu điện tử đó”*. Liệu ta có thể nhận dạng đ-ợc ng-ời tạo ra dữ liệu điện tử thông qua chữ ký? Nhận dạng là nhìn hình dáng, đặc điểm bên ngoài nhận ra một vật nào đó hoặc một ng-ời nào đó. Xác minh là làm rõ một sự việc qua thực tế và chứng cứ

cụ thể⁷. Thông qua chữ ký của một ng-ời dù là chữ ký bằng tay, ng-ời ta cũng chỉ có thể xác định đ-ợc ng-ời đó là ai chứ không thể khẳng định là có thể nhận dạng ng-ời đó.

Hơn nữa, ng-ời tạo ra dữ liệu điện tử có thể không phải là ng-ời mà chữ ký số đại diện. Ng-ời tạo ra dữ liệu điện tử và ng-ời ký có thể là hai ng-ời hoàn toàn riêng biệt. Ví dụ, dữ liệu điện tử có thể đ-ợc tạo ra bởi nhân viên của một công ty, sau đó, việc ký bằng chữ ký số đ-ợc thực hiện bởi giám đốc của anh ta (bằng việc mã hoá dữ liệu sử dụng mã khoá cá nhân). Vì vậy, dựa vào chữ ký số, ng-ời ta chỉ có thể biết đ-ợc chữ ký số đó đại diện cho ai.

Nh- đã phân tích ở trên, chữ ký số có khả năng xác minh một dữ liệu điện tử là nguyên vẹn hay đã bị thay đổi trong quá trình gửi nhận. Vì chức năng này mà chữ số đ-ợc sử dụng chủ yếu trong các giao dịch th-ơng mại điện tử. Định nghĩa muốn phản ánh khả năng này của chữ ký số nh-ng lại ghi nhận “*có thể xác minh đ-ợc bất cứ thay đổi nào của dữ liệu điện tử đó*”. Trên thực tế, ng-ời ta chỉ có thể biết là thông tin có nguyên vẹn hay đã bị sửa đổi chứ không thể biết đ-ợc *bất cứ thay đổi nào của dữ liệu điện tử*. Vì dữ liệu điện tử đ-ợc ký không hề bị mã hoá mà vẫn đ-ợc giữ nguyên. Chỉ có “*message digest*” là đ-ợc mã hoá. Vì “*message digest*” là *độc nhất t-ơng*

ứng với dữ liệu điện tử nên khi dữ liệu điện tử gốc bị sửa đổi thì ng-ời nhận dữ liệu điện tử có thể phát hiện ra sự thay đổi bằng cách tạo ra một “*message digest*” từ dữ liệu điện tử nhận đ-ợc và so sánh với “*message digest*” mà ng-ời ký tạo ra. Vì vậy, cụm từ trên nên đ-ợc đổi thành: “*nó cho phép xác minh ng-ời ký dữ liệu điện tử và xác minh tính toàn vẹn của dữ liệu điện tử đó*”.

Từ những phân tích ở trên chúng tôi cho rằng, chữ ký số nên đ-ợc định nghĩa là: “*chữ ký số là thông tin duy nhất t-ơng ứng đ-ợc tạo ra từ dữ liệu điện tử, đ-ợc mã hoá bằng mã khoá cá nhân của ng-ời ký sử dụng công nghệ mã hoá không đối xứng, cho phép xác*

Hộp 3:

Chúng thực điện tử th-ơng gồm (Xem: *Hiệp hội đoàn luật s- của Mỹ, H-ớng dẫn về chữ ký điện tử, 1995, tr 14*):

1. Tên cơ quan chứng thực,
2. Tên hoặc các đặc điểm nhận biết ng-ời yêu cầu cấp chứng thực điện tử,
3. Mã khoá công khai của ng-ời yêu cầu cấp chứng thực,
4. Thời gian có giá trị của chứng thực điện tử,
5. Chữ ký điện tử của cơ quan chứng thực.

⁷ Xem từ điển tiếng Việt trực tuyến, <http://www.vietlex.com/vietlex-dict>

minh ng-ời ký dữ liệu điện tử và xác minh tính toàn vẹn của dữ liệu điện tử đó”.

T-ơng ứng, khoản 12, Điều 6 “*Mã khoá cá nhân là thông tin d-ới dạng điện tử dùng để tạo ra chữ ký số*” cần đ-ợc sửa lại thành: “*Mã khoá cá nhân là thông tin d-ới dạng điện tử dùng để mã hoá thông tin duy nhất t-ơng ứng đ-ợc tạo ra từ dữ liệu điện tử*”. Khoản 13, Điều 6 “*Mã khoá công khai là thông tin d-ới dạng điện tử dùng để xác minh một chữ ký số*” cần đ-ợc sửa lại thành “*Mã khoá công khai là thông tin d-ới dạng điện tử dùng để giải mã thông tin duy nhất t-ơng ứng đ-ợc tạo ra từ dữ liệu điện tử đã đ-ợc mã hoá*”.

3. Chứng thực điện tử

Chữ ký số đ-ợc xác minh bằng cách ng-ời xác minh sử dụng mã khoá công khai của ng-ời ký trong quá trình giải mã. Ng-ời xác minh phải có mã khoá công khai của ng-ời ký và phải chắc chắn rằng mã khoá công khai đó t-ơng ứng với mã khoá cá nhân của ng-ời ký. Tuy nhiên, một cặp mã khoá cá nhân và mã khoá công khai không có mối liên hệ vốn có với một cá nhân nào; nó đơn giản chỉ là một cặp các con số. Vì vậy, cần thiết phải có ph-ơng pháp để xác định một cách chắc chắn mối liên hệ giữa một ng-ời hoặc một tổ chức cụ thể với một cặp mã khoá nhất định.

Điều này có thể dễ dàng thực hiện trong các giao dịch chỉ có hai bên hoặc các bên giao dịch đã có mối quan hệ làm ăn từ tr-ớc.

Mỗi bên có thể dễ dàng trao đổi mã khoá công khai mà mình sẽ sử dụng cho nhau qua điện thoại hoặc qua một ph-ơng tiện an toàn nào khác. Tuy nhiên, giao dịch th-ơng mại điện tử lại là các giao dịch không chỉ có hai bên mà là các giao dịch nhiều bên và các bên cách xa nhau về mặt địa lý, ch-a từng có quan hệ làm ăn. Hơn nữa việc cung cấp mã khoá công khai qua các mạng mở nh- Internet là không an toàn.

Nhằm giải quyết khó khăn này, ng-ời ta sử dụng chứng thực điện tử do một cơ quan chứng thực độc lập cấp. Để liên kết một cặp mã khoá với một ng-ời ký nhất định, cơ quan chứng thực cấp một chứng thực điện tử, một thông tin điện tử liệt kê mã khoá công khai, và khẳng định rằng ng-ời ký đ-ợc xác định trong chứng thực điện tử là ng-ời nắm giữ mã khoá cá nhân t-ơng ứng. Chức năng chính của chứng thực điện tử là nhằm xác nhận một cặp mã khoá thuộc về một ng-ời xin cấp chứng thực cụ thể. Muốn xác minh chữ ký số đ-ợc tạo ra có t-ơng ứng với mã khoá cá nhân của ng-ời xin cấp chứng thực điện tử hay không, ng-ời nhận chứng thực phải sử dụng mã khoá công khai trong cặp mã khoá đã đ-ợc đăng ký.

Để bảo đảm tính chính xác của chứng thực điện tử, cơ quan chứng thực sử dụng chữ ký số để ký chứng thực đó. Chữ ký số trên chứng thực điện tử có thể đ-ợc xác minh

bằng việc sử dụng mã khoá công khai của cơ quan chứng thực nằm trong một chứng thực điện tử đ-ợc cấp bởi một cơ quan cấp chứng thực khác và chứng thực của cơ quan cấp chứng thực này lại có thể đ-ợc xác nhận bằng một mã khoá công khai trong một chứng thực khác nữa, và cứ thế, đến khi ng-ời xác nhận tin cảm thấy đủ tin t-ởng vào chứng thực thì thôi.

Chứng nhận điện tử bản thân nó cũng là một dữ liệu điện tử và cũng đ-ợc ký bằng chữ ký số để bảo đảm tính an toàn và chống việc giả mạo hay thay đổi nội dung của chứng thực điện tử. Loại chứng thực điện tử phổ biến nhất đang đ-ợc sử dụng hiện nay theo chuẩn quốc tế là “X509 phiên bản 3”⁸.

Từ phân tích trên, ta rút ra kết luận chứng thực điện tử là một thông tin điện tử xác định ng-ời xin cấp chứng thực và chứa đựng mã khoá công khai của ng-ời đó.

Khoản 17, Điều 6 của Dự thảo định nghĩa “*Chứng thực điện tử là xác nhận d-ới dạng điện tử do tổ chức chứng thực cấp, nhằm chỉ ra mối quan hệ giữa một trong các bên trong giao dịch th-ơng mại điện tử với các thông tin chứng thực về chữ ký điện tử, và chứng thực đặc tính nhận dạng của bên đó*”.

Định nghĩa này là quá r-ờm rà, không chính xác và không làm rõ đ-ợc bản chất

chức năng của chứng thực điện tử.

Việc định nghĩa ghi nhận cụm từ “... do tổ chức chứng thực cấp” là không cần thiết vì ngay tại khoản 16 cùng điều của Dự luật đã ghi nhận: “*Tổ chức chứng thực trong th-ơng mại điện tử là tổ chức cấp phát chứng thực điện tử và cung cấp các dịch vụ liên quan tới chữ ký điện tử*”. Vì vậy hiển nhiên là chứng thực điện tử là do tổ chức chứng thực cấp. Do đó khoản 17, Điều 6 nên l-ợc bỏ cụm từ này.

Định nghĩa ghi nhận một cách chung chung “... chỉ ra mối quan hệ giữa một trong các bên trong giao dịch th-ơng mại điện tử với các thông tin chứng thực về chữ ký điện tử.” Vậy “*một trong các bên trong giao dịch th-ơng mại điện tử*” này là ai? Một trong các bên đó chính là ng-ời yêu cầu chứng thực. Khái niệm này đã đ-ợc định nghĩa tại khoản 18 cùng điều của Dự thảo “*Ng-ời yêu cầu chứng thực trong th-ơng mại điện tử là ng-ời sở hữu một mã khoá công khai do tổ chức chứng thực cấp*”. Vậy cụm từ “*một trong các bên trong giao dịch th-ơng mại điện tử*” nên đ-ợc đổi thành “*ng-ời yêu cầu cấp chứng thực điện tử*”.

Việc đ-a vào cụm từ “*trong giao dịch th-ơng mại điện tử*” cũng là không cần thiết vì ng-ời yêu cầu cấp chứng thực điện tử hiển nhiên đã là ng-ời tham gia vào giao dịch

⁸ Xem: Liên minh viễn thông thế giới. Giới thiệu X.509, Mã khoá công khai và chứng thực thuộc tính tại www.itu.int/publib/itu-t.

th-ơng mại điện tử. Vì vậy cụm từ này cũng nên đ-ợc l-ợc bỏ.

Cụm từ “... *thông tin chứng thực về chữ ký điện tử*” trong định nghĩa là nhằm chỉ mã khoá công khai của ng-ời yêu cầu cấp chứng thực điện tử và “*đặc tính nhận dạng của bên đó*” nhằm chỉ tên hoặc các đặc điểm xác định ng-ời yêu cầu chứng thực. Vì vậy, để cụ thể hơn, dễ hiểu hơn cụm từ cuối của định nghĩa “... *các thông tin chứng thực về chữ ký điện tử, và chứng thực đặc tính nhận dạng của bên đó*” nên đ-ợc đổi thành: “...*mã khoá công khai và đặc điểm nhận biết của ng-ời yêu cầu cấp chứng thực*”.

Vì vậy, khoản 17, Điều 6 nên đ-ợc sửa lại nh- sau: “*Chứng thực điện tử là dữ liệu d-ới dạng điện tử xác nhận mã khoá công khai và đặc điểm nhận biết của ng-ời yêu cầu chứng thực*”.

4. Kết luận

Việc xác minh trong th-ơng mại điện tử đóng một vai trò rất quan trọng trong việc bảo đảm an toàn cho các giao dịch th-ơng mại điện tử. Chữ ký điện tử là ph-ơng tiện chủ chốt để các bên giao dịch xác nhận và xác minh các giao dịch do mình và đối tác thực hiện. Chữ ký điện tử cung cấp các bằng chứng giao dịch, và buộc ng-ời ký phải có trách nhiệm đối với nội dung mình đã ký.

Hầu hết các n-ớc trên thế giới đều công nhận tính pháp lý của chữ ký điện tử và

không phân biệt chữ ký điện tử với chữ ký đ-ợc ký bằng tay chỉ vì bản chất điện tử của nó. Tuy nhiên, chữ ký điện tử cũng có những nh-ợc điểm cần khắc phục bằng việc sử dụng các công nghệ bảo mật. Một dạng của chữ ký điện tử có tính an toàn cao là chữ ký số. Ng-ời ký sử dụng mã khoá cá nhân trong quá trình mã hoá để tạo ra chữ ký, và ng-ời nhận thông tin đó có thể xác minh chữ ký số bằng cách sử dụng mã khoá công khai của ng-ời ký trong quá trình giải mã. Chứng thực điện tử sẽ hỗ trợ cho việc xác minh chữ ký số bằng việc cung cấp mã khoá công khai một cách an toàn và chính xác cho ng-ời xác minh. Với việc sử dụng chữ ký số và chứng thực điện tử, các bên giao dịch có thể xác minh một cách chính xác đ-ợc bên ký kết, tính toàn vẹn của các thông tin giao dịch và buộc bên ký kết phải có trách nhiệm với các giao dịch./.

* *Graduate Law School, Transnational Law and Business University, Seoul, Korea*

(*Tr-ờng luật, Đại học Luật Xê-un Hàn Quốc về luật và th-ơng mại xuyên quốc gia*)

T- PHÁP QUỐC TẾ VIỆT NAM VÀ VẤN ĐỀ DẪN CHIẾU TRONG LĨNH VỰC HỢP ĐỒNG

ĐỖ VĂN ĐẠI*

Xuất phát từ sự khác nhau giữa pháp luật n-ớc ta và pháp luật một số n-ớc, một câu hỏi đặt ra là: bên cạnh nguyên tắc thừa nhận dẫn chiếu, có nên đặt ra một số ngoại lệ (tức là phủ nhận dẫn chiếu) trong lĩnh vực hợp đồng hay không? Tiếp cận vấn đề từ một thực tế là pháp luật n-ớc ta phân biệt hai tr-ờng hợp: các bên không có thoả thuận chọn pháp luật áp dụng và các bên có thoả thuận chọn pháp luật áp dụng, tác giả đã phân tích và làm rõ lời luận giải của riêng mình nhằm trả lời cho câu hỏi trên

Dẫn chiếu ng-ợc trở lại và dẫn chiếu đến pháp luật n-ớc thứ ba (gọi chung là dẫn chiếu) là hiện tượng trong đó pháp luật n-ớc ngoài, đã đ-ợc chỉ định bởi quy phạm xung đột của pháp luật toà án để chi phối một quan hệ dân sự có yếu tố n-ớc ngoài, kh-ớc từ quyền chi phối quan hệ này và dẫn ng-ợc trở lại pháp luật toà án hay pháp luật n-ớc thứ ba.

Trong t- pháp quốc tế các n-ớc, việc điều chỉnh hiện tượng dẫn chiếu không thống nhất (Xem hộp 1).

Đối với những n-ớc chấp nhận dẫn chiếu, nguyên tắc thừa nhận dẫn chiếu không hoàn toàn tuyệt đối mà có những ngoại lệ, nhất là trong lĩnh vực hợp đồng. Ví

Hộp 1

Một số nơi không chấp nhận dẫn chiếu nh- Kê-béc (Canada) (Điều 3080 BLDS Kê-béc (Canada): Xem Tạp chí JDI 1992, tr. 629, bình luận J. G. GASTEL), Ý (tr-ớc ngày 31 tháng 5 năm 1995), Bắc Âu, Hy Lạp (Bộ luật dân sự (BLDS) năm 1940), Hà Lan, Brazil (BLDS năm 1942), Ai Cập (BLDS năm 1948), Stry (BLDS năm 1949) v.v...; song một số n-ớc khác lại chấp nhận dẫn chiếu nh- Pháp, Đức (BLDS năm 1896), Anh, Bỉ, Nhật Bản (BLDS năm 1898), Thụy Điển v.v...(Xem P. COURBE, *T- pháp quốc tế (Pháp)*, Nxb Armand Colin, 2000, tr. 83; Đoàn Năng, *Một số vấn đề lý luận cơ bản về T- pháp quốc tế*, Nxb Chính trị quốc gia, 2001, tr. 98).

dụ, theo Toà án tối cao Pháp¹ và theo t-pháp quốc tế Đức², Ý³, Anh, Thụy Sĩ, Na-Uy⁴, dẫn chiếu không đ-ợc chấp nhận trong lĩnh vực hợp đồng. T-ơng tự, theo Điều 15 của Công -ớc Roma ngày 19/6/1980 về quy phạm xung đột thống nhất trong lĩnh vực hợp đồng đối với một số n-ớc châu Âu và Điều 2 của Công -ớc La Hay ngày 7/6/1955 về hợp đồng mua bán quốc tế động sản, dẫn chiếu cũng không đ-ợc chấp nhận.

Tr-ớc khi kiến nghị cụ thể việc điều chỉnh dẫn chiếu trong t- pháp quốc tế Việt Nam liên quan đến hợp đồng có yếu tố n-ớc ngoài, chúng tôi xin trình bày hiện t-ợng dẫn chiếu có thể xảy ra ở Việt Nam trong lĩnh vực này.

1. Dẫn chiếu trong lĩnh vực hợp đồng ở Việt Nam

Theo Điều 834, khoản 2 của BLDS Việt Nam, “*Quyền và nghĩa vụ của các bên theo hợp đồng dân sự đ-ợc xác định theo pháp luật của n-ớc nơi thực hiện hợp đồng, nếu không có thoả thuận khác*”. Nh- vậy, pháp luật n-ớc ta phân biệt tr-ờng hợp các bên không có thoả thuận chọn pháp luật cho hợp đồng và tr-ờng hợp các bên có thoả thuận chọn pháp luật cho hợp đồng.

Khi các bên không có thoả thuận chọn pháp luật áp dụng

Theo t- pháp quốc tế n-ớc ta, khi các bên

không có thoả thuận chọn pháp luật áp dụng cho hợp đồng, quyền và nghĩa vụ của họ đ-ợc xác định theo *pháp luật của n-ớc nơi thực hiện hợp đồng*. Nh-ng theo t- pháp quốc tế một số n-ớc, trong tr-ờng hợp này, quyền và nghĩa vụ của các bên đ-ợc xác định theo pháp luật của n-ớc có quan hệ gần bó nhất với hợp đồng. Ví dụ theo Điều 4, khoản 1 của Công -ớc Roma ngày 19 tháng 6 năm 1980, trong tr-ờng hợp pháp luật điều chỉnh hợp đồng không đ-ợc các bên thoả thuận chọn, hợp đồng đ-ợc chi phối bởi *pháp luật của n-ớc mà hợp đồng có quan hệ mật thiết nhất*. Sự khác nhau về phần hệ thuộc của quy phạm xung đột điều chỉnh hợp đồng khi các bên không có thoả thuận chọn pháp luật áp dụng ở n-ớc ta và ở n-ớc ngoài có thể làm phát sinh hiện t-ợng dẫn chiếu ở Việt Nam nh- một số tr-ờng hợp tranh chấp về hợp đồng bảo lãnh có yếu tố n-ớc ngoài (Xem hợp 2).

Ví dụ ở hợp 2 cho chúng ta thấy hiện t-ợng dẫn chiếu có thể xảy ra trong lĩnh vực hợp đồng khi các bên không có thoả thuận chọn pháp luật của một n-ớc để chi phối quan hệ của họ.

Khi các bên có thoả thuận chọn pháp luật áp dụng

Về mặt cơ cấu, quy phạm xung đột có hai bộ phận cấu thành: phần phạm vi và phần hệ thuộc⁵. Phần phạm vi của một quy phạm xung

¹ Xem ví dụ bản án của Phòng dân sự số 1 ngày 11 tháng 03 năm 1997 : *Tạp chí RCDIP* 1997, tr. 702 và tiếp theo, bình luận B. ANCEL ; *Tạp chí JDI* 1997, tr. 789 và tiếp theo, bình luận SANTA-CROCE ; *Tạp chí Dalloz* 1998, tr. 406 và tiếp theo, bình luận AGOSTINI.

² Điều 3, khoản 2 và Điều 35, khoản 1 BLDS Cộng hoà liên bang Đức (sửa đổi năm 1986): Xem *Tạp chí RCDIP* 1987, tr. 171 và 182.

³ Điều 2, khoản 1, Luật ngày 31 tháng 5 năm 1995: Xem *Tạp chí RCDIP* 1996, tr. 176.

⁴ Xem Y. LOUSSOUARN và P. BOUREL, *T- pháp quốc tế (Pháp)*, Nxb Précis-Dalloz, 2001, xuất bản lần thứ 7, tr. 255.

⁵ Xem thêm: *Từ điển luật học, sđd.*, tr. 393 ; *Giáo trình T- pháp quốc tế, sđd.*, tr. 38; ĐOÀN NĂNG, *sđd.*, tr. 65 và tiếp theo.

đột là phần quy định quy phạm này đ-ợc áp dụng đối với loại quan hệ dân sự có yếu tố n-ớc ngoài nào. Phần hệ thuộc là phần quy định chỉ ra pháp luật n-ớc nào đ-ợc chọn hay ấn định để điều chỉnh, giải quyết loại quan hệ trong phần phạm vi. Sự khác nhau về phần hệ

thuộc của quy phạm xung đột ở các n-ớc dẫn đến hiện t-ợng dẫn chiếu nh- trình bày trong ví dụ tại hộp 2. Nh-ng đây không phải là tr-ờng hợp duy nhất của hiện t-ợng dẫn chiếu vì hiện t-ợng này có thể xảy ra do sự khác nhau về nội dung của phần phạm vi của các

Hộp 2

Ví dụ, công ty A (Việt Nam) và công ty B (Pháp) ký một hợp đồng mua bán. Theo hai bên, pháp luật điều chỉnh hợp đồng mua bán là pháp luật Việt Nam. Để bảo đảm việc thực hiện nghĩa vụ thanh toán, bên A yêu cầu có sự bảo lãnh bằng tài sản riêng của giám đốc công ty B là ông C. Theo hợp đồng bảo lãnh, nếu đến thời hạn thanh toán mà bên B vẫn không thanh toán cho bên A thì ông C sẽ thanh toán thay cho bên B bằng cách chuyển khoản thông qua một ngân hàng tại Pháp. Do sơ suất, khi thiết lập hợp đồng, các bên không thoả thuận chọn pháp luật để điều chỉnh hợp đồng bảo lãnh. Do không đ-ợc bên B thanh toán, bên A yêu cầu ông C đứng ra thanh toán thay cho bên B trên cơ sở hợp đồng bảo lãnh. Vì ông C không có ý định thanh toán nên bên A khởi kiện ông C tại toà án Việt Nam. Tr-ớc toà, bên A và ông C không thống nhất với nhau về pháp luật áp dụng cho hợp đồng bảo lãnh. Theo ông C, pháp luật điều chỉnh hợp đồng bảo lãnh là pháp luật Pháp vì theo Điều 834, khoản 2 của BLDS Việt Nam, “*Quyền và nghĩa vụ của các bên theo hợp đồng dân sự đ-ợc xác định theo pháp luật của n-ớc nơi thực hiện hợp đồng, nếu không có thoả thuận khác*”, trong khi đó nơi thực hiện hợp đồng bảo lãnh là ở Pháp. Bên A, không phủ nhận quyền chi phối của pháp luật Pháp theo Điều 834, khoản 2 trên, nh-ng lý giải thêm nh- sau: theo thực tiễn xét xử ở Pháp (Ví dụ Toà th-ợng thẩm Versailles ngày 06 tháng 02 năm 1991: Tạp chí Dalloz 1992, tr. 174 và tiếp theo, bình luận J.-D. MONDOLONI ; Tạp chí JCP 1992, II, 21972, bình luận F. OSMAN ; Tạp chí RCDIP 1991, tr. 745 và tiếp theo, bình luận P. LAGARDE ; Tạp chí JDI 1992, tr. 126 và tiếp theo, bình luận J. FOYER. – Phòng dân sự số 1 Toà án tối cao Pháp ngày 03 tháng 12 năm 1996 : Tạp chí JCP 1997, II, 22827, bình luận H. MUIR WATT), trong tr-ờng hợp pháp luật điều chỉnh hợp đồng bảo lãnh không đ-ợc các bên thoả thuận chọn, quyền và nghĩa vụ của họ trong hợp đồng coi nh- đ-ợc chi phối bởi pháp luật điều chỉnh hợp đồng chính (theo một số chuyên gia T- pháp quốc tế Pháp, hợp đồng bảo lãnh đ-ợc điều chỉnh bởi pháp luật của n-ớc đã đ-ợc áp dụng để chi phối hợp đồng chính là vì pháp luật điều chỉnh hợp đồng chính đ-ợc coi là pháp luật của n-ớc mà hợp đồng bảo lãnh có quan hệ gắn bó nhất) và ở đây là pháp luật điều chỉnh hợp đồng mua bán giữa bên A và bên B, tức là pháp luật Việt Nam. Vậy theo bên A, T- pháp quốc tế Việt Nam cho phép pháp luật Pháp thẩm quyền chi phối hợp đồng bảo lãnh nh-ng pháp luật n-ớc này kh-ớc từ quyền chi phối và dẫn ng-ợc trở lại pháp luật Việt Nam và do đó pháp luật Việt Nam có thẩm quyền chi phối hợp đồng bảo lãnh.

quy phạm xung đột. Để minh họa hiện tượng dẫn chiếu này, chúng tôi xin trích một ví dụ liên quan đến thời hiệu khởi kiện (Xem hộp 3).

Trong bài viết “*Xung đột pháp luật về xác định, định danh trong t- pháp quốc tế Việt Nam*”⁶, chúng tôi có chỉ ra rằng vị trí của thời hiệu khởi kiện trong pháp luật Việt Nam không rõ ràng vì nó được ghi nhận trong luật tố tụng cũng như trong luật nội dung. Như với Dự thảo sửa đổi BLDS, vị trí của thời hiệu khởi kiện đã được định rõ vì theo Điều 829c của dự thảo “*việc xác định thời hiệu khởi kiện đối với quan hệ dân sự phải tuân theo pháp luật của nước đã được áp dụng để điều chỉnh quan hệ đó*”. Đây là một giải pháp hợp lý trong hoàn cảnh nước ta hiện nay và theo chúng tôi sẽ được luật hoá⁷ hoặc thừa nhận trong thực tế xét xử⁸ thời gian gần đây. Áp dụng giải pháp này, chúng ta có quy phạm sau: trong lĩnh vực hợp đồng, thời hiệu khởi kiện được điều chỉnh bởi pháp luật của nước đã được áp dụng để điều chỉnh hợp đồng. Điều đó có nghĩa là nếu các bên có thỏa thuận chọn pháp luật một nước để chi phối hợp đồng, thời hiệu khởi kiện được điều chỉnh bởi pháp luật nước này; nếu các bên không có thỏa thuận chọn pháp luật để chi phối hợp đồng, thời hiệu khởi kiện được điều chỉnh bởi pháp luật của nước nơi thực hiện hợp đồng. Nói một cách khác, thời hiệu khởi kiện thuộc

Hộp 3

Ví dụ tòa án Việt Nam được yêu cầu giải quyết tranh chấp hợp đồng giữa bên A (Việt Nam) và bên B (Mỹ), hợp đồng mà trong đó các bên thỏa thuận chọn pháp luật Mỹ để điều chỉnh. Theo pháp luật Việt Nam thời hiệu khởi kiện vẫn còn và theo pháp luật Mỹ thời hiệu khởi kiện đã hết, nhưng bên B vẫn khởi kiện bên A và lý giải như sau: Theo pháp luật Việt Nam, thời hiệu khởi kiện được xác định theo pháp luật của nước đã được áp dụng để điều chỉnh hợp đồng, ở đây là pháp luật Mỹ vì pháp luật này được các bên thỏa thuận chọn để điều chỉnh hợp đồng. Nhưng theo t- pháp quốc tế Mỹ, thời hiệu khởi kiện này là một vấn đề thuộc phạm vi của quy phạm xung đột điều chỉnh tố tụng của Tòa án, điều đó có nghĩa là pháp luật Mỹ từ chối quyền chi phối vấn đề thời hiệu khởi kiện và dẫn ngược trở lại pháp luật Việt Nam. Vậy, theo bên B (Mỹ), t- pháp quốc tế Việt Nam cho phép pháp luật Mỹ quyền chi phối vấn đề thời hiệu khởi kiện trong tranh chấp hợp đồng nhưng pháp luật Mỹ từ chối quyền chi phối vấn đề này và dẫn ngược trở lại pháp luật Việt Nam. Do đó, pháp luật Việt Nam có quyền điều chỉnh thời hiệu khởi kiện tức là thời hiệu khởi kiện vẫn còn.

⁶ ĐỖ VĂN ĐẠI, *Xung đột pháp luật về xác định, định danh trong T- pháp quốc tế Việt Nam*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, Tháng 10/2002, tr. 53 và tiếp theo.

⁷ Giải pháp này cũng đã được luật hoá ở Kê-béc (Canada) trong Điều 3131, BLDS: Xem Tạp chí JDI. 1992, tr. 650.

⁸ Ở Pháp, giải pháp này không được luật hoá nhưng đã được thừa nhận trong thực tế xét xử: Ví dụ, xem bản án của Phòng dân sự số 1, Tòa án tối cao Pháp ngày 21 tháng 4 năm 1971 (Tạp chí JCP. 1971, II, bình luận LEVEL, Tạp chí RCDIP. 1972, bình luận P. LAGARDE). Về vai trò của Tòa án trong việc hoàn thiện T- pháp quốc tế Việt Nam: Xem thêm ĐỖ VĂN ĐẠI, *T- pháp quốc tế và vấn đề xây dựng “quy phạm pháp luật”* bởi Tòa án ở Pháp và Việt Nam, Tạp chí Khoa học pháp lý, 7 (14)/2002, tr. 45 và tiếp theo.

phần phạm vi của quy phạm xung đột điều chỉnh quyền và nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng theo pháp luật Việt Nam.

Trong trường hợp giải pháp thiết lập trong Điều 829c của Dự thảo sửa đổi BLDS Việt Nam nêu trên được chấp nhận, thời hiệu khởi kiện đối với tranh chấp hợp đồng có yếu tố nước ngoài được điều chỉnh khác nhau theo pháp luật Việt Nam và theo hệ thống pháp luật Mỹ. Theo hệ thống pháp luật Mỹ, thời hiệu khởi kiện trong một tranh chấp hợp đồng có yếu tố nước ngoài là một vấn đề thuộc phần phạm vi của quy phạm xung đột điều chỉnh tố tụng của Tòa án⁹, trong khi đó theo pháp luật Việt Nam, đây là một vấn đề thuộc phần phạm vi của quy phạm xung đột điều chỉnh hợp đồng. Chính sự khác nhau trên sẽ dẫn đến hiện tượng dẫn chiếu.

Nói tóm lại, ví dụ nêu trên cho chúng ta thấy hiện tượng dẫn chiếu có thể xảy ra ngay cả khi các bên có thỏa thuận chọn pháp luật một nước để chi phối hợp đồng.

2. Điều chỉnh hiện tượng dẫn chiếu trong lĩnh vực hợp đồng ở Việt Nam

Trong phần 1, chúng ta thấy hiện tượng dẫn chiếu có thể xảy ra ở Việt Nam khi các bên có thỏa thuận chọn pháp luật cũng như khi họ không có thỏa thuận chọn pháp luật áp dụng cho hợp đồng. Chúng ta lần lượt nghiên cứu xem có nên phủ nhận dẫn chiếu trong hai trường hợp trên hay không.

Khi các bên có thỏa thuận chọn pháp luật áp dụng

Theo chúng tôi, khi các bên có thỏa thuận chọn pháp luật áp dụng cho hợp đồng thì chúng ta không nên chấp nhận dẫn chiếu vì lý do sau:

Chấp nhận dẫn chiếu sẽ làm đảo lộn những dự tính của các bên khi họ thỏa thuận chọn pháp luật áp dụng cho hợp đồng. Trong thực tế, khi các bên thỏa thuận chọn pháp luật của một nước cụ thể để chi phối hợp đồng, họ chỉ chọn những quy phạm thực chất của pháp luật nước này vì, theo họ, các quy phạm này là phù hợp với lợi ích của họ nhất. Ví dụ, khi các bên chọn pháp luật Mỹ để chi phối hợp đồng, thông thường họ chọn các quy phạm thực chất của pháp luật Mỹ để chi phối quan hệ phát sinh từ hợp đồng vì, theo họ, các quy phạm này là phù hợp với lợi ích của họ nhất. Nếu chúng ta chấp nhận dẫn chiếu, chúng ta sẽ không áp dụng những quy phạm thực chất của nước mà các bên đã chọn để chi phối hợp đồng. Đồng thời khi chấp nhận dẫn chiếu, chúng ta sẽ áp dụng các quy phạm thực chất của một nước mà các bên không có dự tính sử dụng để chi phối hợp đồng đó. Trong ví dụ đề cập ở hợp 3, khi chọn pháp luật Mỹ cho hợp đồng, các bên đều có dự tính là quan hệ của họ được điều chỉnh bởi các quy phạm thực chất của pháp luật Mỹ ngay cả đối với thời gian quy định của pháp luật nước này để khởi kiện. Nếu chấp nhận dẫn chiếu, chúng ta buộc các bên phải tuân theo những quy phạm thực chất của Việt Nam về thời gian

⁹ Hệ thống luật của Mỹ và của Anh có nhiều điểm tương đồng. Như ở Anh, vị trí của thời hiệu khởi kiện trong T- pháp quốc tế có thay đổi từ Luật năm 1984, có hiệu lực năm 1985 đồng nhất để phù hợp với Công ước Roma ngày 19/6/1980: Theo pháp luật Anh hiện nay, thời hiệu khởi kiện đối với tranh chấp hợp đồng có yếu tố nước ngoài được điều chỉnh bởi pháp luật của hợp đồng.

khởi kiện, những quy phạm mà các bên trong hợp đồng không có dự tính sử dụng để chi phối quan hệ của họ. Đồng thời, khi chấp nhận dẫn chiếu, chúng ta đã gạt bỏ áp dụng pháp luật thực chất Mỹ, pháp luật mà các bên có dự tính áp dụng để chi phối hợp đồng.

Vậy chấp nhận dẫn chiếu, chúng ta sẽ làm đảo lộn dự tính của các bên trong hợp đồng.

Khi chọn pháp luật áp dụng để chi phối quyền và nghĩa vụ trong hợp đồng, thông thường các bên chỉ chọn các quy phạm thực chất mà không chọn các quy phạm xung đột của t- pháp quốc tế n-ớc này. Ví dụ, khi chọn pháp luật Mỹ cho hợp đồng, các bên chọn các quy phạm thực chất của pháp luật n-ớc này để chi phối quan hệ của họ trong hợp đồng và không có ý định chọn các quy phạm xung đột của pháp luật Mỹ. Vậy, chấp nhận dẫn chiếu sẽ đi ngược lại ý chí của các bên trong hợp đồng, vì chấp nhận dẫn chiếu là chấp nhận sự chỉ dẫn của quy phạm xung đột n-ớc ngoài¹⁰, tức là chúng ta đã sử dụng quy phạm xung đột mà các bên không muốn sử dụng.

Theo Điều 834, khoản 2 của BLDS Việt Nam, *“quyền và nghĩa vụ của các bên theo hợp đồng đ-ợc xác định theo pháp luật của n-ớc mà các bên đã thoả thuận chọn”*. Pháp luật các n-ớc khác cũng quy định t-ơng tự khi các bên có thoả thuận chọn pháp luật để chi phối hợp đồng và đây d-ờng nh- là một quy phạm có tính chất quốc tế vì chúng tôi ch-a thấy pháp luật n-ớc nào quy định khác. Trong thực tế, khi thiết lập quy phạm trên, các nhà lập pháp muốn cho phép các bên trong hợp

đồng quyền tự chọn pháp luật của một n-ớc cụ thể để chi phối quan hệ phát sinh từ hợp đồng. Nếu chấp nhận dẫn chiếu khi các bên có thoả thuận chọn pháp luật áp dụng cho hợp đồng, chúng ta đi ngược lại với mục đích, tinh thần của quy phạm xung đột thiết lập trong Điều 834, khoản 2 nêu trên. Điều 834, khoản 2 thừa nhận quyền tự do chọn pháp luật chi phối hợp đồng, trong khi đó, chấp nhận dẫn chiếu dẫn đến phủ nhận quyền này. Vì khi chấp nhận dẫn chiếu, chúng ta bắt buộc các bên phải tuân theo pháp luật một n-ớc mà họ không muốn áp dụng và đồng thời chúng ta gạt bỏ quyền chi phối của pháp luật mà các bên đã chọn khi giao kết để chi phối hợp đồng. Trong ví dụ ở hợp 3, nếu chúng ta chấp nhận dẫn chiếu, chúng ta buộc các bên phải tuân theo pháp luật Việt Nam, pháp luật mà các bên không muốn áp dụng vào hợp đồng và đồng thời chúng ta gạt bỏ quyền chi phối của pháp luật Mỹ, pháp luật mà các bên muốn sử dụng để điều chỉnh hợp đồng. Điều đó có nghĩa là khi chấp nhận dẫn chiếu, chúng ta phủ nhận quyền chọn pháp luật Mỹ để áp dụng cho hợp đồng, quyền mà quy phạm xung đột thiết lập trong Điều 834, khoản 2 nêu trên thừa nhận.

Tóm lại, cũng nh- một số n-ớc châu Âu, chúng ta không nên chấp nhận dẫn chiếu khi các bên có thoả thuận chọn pháp luật áp dụng cho hợp đồng. Áp dụng giải pháp này vào ví dụ đề cập trong phần trên, chúng ta có lời giải đáp sau: dẫn chiếu của pháp luật Mỹ đến pháp luật Việt Nam không đ-ợc chấp nhận và lúc đó pháp luật Mỹ sẽ điều chỉnh

¹⁰ Dẫn chiếu chỉ xuất hiện khi chúng ta áp dụng quy phạm xung đột pháp luật của T- pháp quốc tế n-ớc ngoài – Tg.

thời hiệu khởi kiện, tức là thời hiệu khởi kiện đã hết và bên B (Mỹ) không còn quyền khởi kiện bên A tại toà án Việt Nam.

Khi các bên không có thoả thuận chọn pháp luật áp dụng

T- pháp quốc tế Pháp cũng như pháp quốc tế một số n-ớc châu Âu tham gia Công-ớc Roma năm 1980 không phân biệt tr-ờng hợp các bên có thoả thuận chọn pháp luật áp dụng cho hợp đồng và tr-ờng hợp các bên không có thoả thuận chọn pháp luật áp dụng cho hợp đồng. Trong cả hai tr-ờng hợp, dẫn chiếu không đ-ợc chấp nhận. Vậy chúng ta có nên theo T- pháp quốc tế các n-ớc này không? Theo chúng tôi, chúng ta không nên theo vì những lý do sau đây:

Khi các bên không có thoả thuận chọn pháp luật, tiêu chí chọn pháp luật để chi phối hợp đồng ở n-ớc ta và ở các n-ớc châu Âu nói trên khác nhau và chính sự khác nhau này mà, theo chúng tôi, chúng ta không nên từ chối dẫn chiếu. Khi các bên không có thoả thuận chọn pháp luật chi phối hợp đồng, xu h-ớng chung của t- pháp quốc tế các n-ớc là sẽ chọn pháp luật của n-ớc mà hợp đồng có quan hệ mật thiết. Song tiêu chí cụ thể để đạt đ-ợc mục đích này lại không giống nhau, khi các bên không có thoả thuận chọn pháp luật, ở các n-ớc châu Âu nói trên, tiêu chí xác định pháp luật chi phối hợp đồng là pháp luật của n-ớc mà hợp đồng có quan hệ mật thiết nhất. Trong khi đó ở n-ớc ta, tiêu chí xác định pháp luật chi phối hợp đồng lại là pháp luật của n-ớc nơi thực hiện hợp đồng.

Nếu sử dụng tiêu chí chọn pháp luật của n-ớc mà hợp đồng có quan hệ mật thiết nhất

để chi phối hợp đồng và đồng thời chấp nhận dẫn chiếu, chúng ta có thể sẽ áp dụng vào hợp đồng pháp luật một n-ớc có quan hệ ít mật thiết hơn so với pháp luật của n-ớc vừa đ-ợc chỉ định; điều đó đi ng-ợc lại với mục đích và xu h-ớng chung vừa nêu trên và chính vì vậy mà dẫn chiếu không đ-ợc chấp nhận ở Pháp cũng như trong Công-ớc Roma ngày 19/06/1980. Ở Việt Nam, chúng ta có cùng xu h-ớng và mục đích như các n-ớc châu Âu nói trên nhưng chúng ta sử dụng tiêu chí chọn pháp luật lại hơi khác (sử dụng tiêu chí chọn pháp luật của n-ớc nơi thực hiện hợp đồng). Thông thường, tiêu chí mà chúng ta sử dụng đem lại kết quả giống như các n-ớc châu Âu nói trên, tức là chúng ta sẽ áp dụng vào hợp đồng pháp luật của n-ớc mà hợp đồng có quan hệ mật thiết nhất, vì pháp luật của n-ớc nơi thực hiện hợp đồng thông thường là pháp luật của n-ớc mà hợp đồng có quan hệ mật thiết nhất.

Tuy vậy, sử dụng tiêu chí chọn pháp luật của n-ớc nơi thực hiện hợp đồng đôi khi dẫn đến tr-ờng hợp mà theo đó chúng ta cho phép áp dụng pháp luật của n-ớc có quan hệ ít mật thiết với hợp đồng, nhất là khi pháp luật của n-ớc nơi thực hiện hợp đồng khác từ quyền chi phối và dẫn chiếu đến pháp luật n-ớc khác. Trong ví dụ đề cập ở hợp 2, pháp luật của n-ớc có quan hệ mật thiết nhất với hợp đồng bảo lãnh không phải là pháp luật Pháp mà là pháp luật của Việt Nam vì hai lý do sau: *Thứ nhất*, hợp đồng bảo lãnh đ-ợc ký kết giữa một bên Việt Nam và một bên Pháp để bảo đảm thực hiện một hợp đồng đ-ợc thực hiện ở Việt Nam và đ-ợc điều chỉnh bởi pháp luật Việt Nam; *thứ hai*, pháp luật Pháp

không chấp nhận quyền chi phối hợp đồng bảo lãnh và dẫn chiếu đến pháp luật Việt Nam. Vậy, nếu chúng ta phủ nhận dẫn chiếu, chúng ta sẽ không áp dụng pháp luật Việt Nam, tức là phủ nhận áp dụng pháp luật của n-ớc có quan hệ mật thiết với hợp đồng bảo lãnh, mà áp dụng pháp luật Pháp, tức là chấp nhận áp dụng pháp luật của n-ớc có quan hệ ít mật thiết với hợp đồng bảo lãnh. Điều đó đi ngược lại với tinh thần chung nh- ã đề cập ở trên của quy phạm, mà theo đó, khi các bên không có thoả thuận chọn pháp luật để chi phối hợp đồng, quyền và nghĩa vụ của họ đ-ợc xác định bởi pháp luật của n-ớc nơi thực hiện hợp đồng.

Do vậy, khi các bên không có thoả thuận chọn pháp luật để chi phối hợp đồng, chúng ta không nên phủ nhận dẫn chiếu nh- ở Pháp và ở các n-ớc châu Âu áp dụng Công -ớc Roma ngày 19/06/1980. Áp dụng giải pháp này vào ví dụ ở hợp 2, chúng ta có lời giải đáp sau: dẫn chiếu của pháp luật Pháp đ-ợc chấp nhận và pháp luật điều chỉnh hợp đồng bảo lãnh là pháp luật Việt Nam.

*

* *

Tóm lại, hiện t-ợng dẫn chiếu có thể xảy ra ở Việt Nam trong lĩnh vực hợp đồng khi các bên có thoả thuận cũng nh- không có thoả thuận chọn pháp luật để chi phối hợp đồng.

Trong tr-ờng hợp các bên có thoả thuận chọn pháp luật để điều chỉnh hợp đồng, theo tôi, chúng ta nên phủ nhận dẫn chiếu. Để bảo đảm an toàn pháp lý cho các chủ thể trong quan hệ dân sự có yếu tố n-ớc ngoài, chúng ta nên luật hoá việc phủ nhận này bằng cách bổ sung vào Điều 834, khoản 2 của BLDS Việt Nam đoạn sau: “*Trong tr-ờng hợp các bên có thoả thuận chọn pháp luật một n-ớc để chi phối hợp đồng, dẫn chiếu không đ-ợc chấp nhận*” hoặc “*trong tr-ờng hợp các bên có thoả thuận chọn pháp luật của một n-ớc để chi phối hợp đồng, pháp luật của n-ớc đ-ợc chọn chỉ gồm các quy phạm thực chất và không chứa đựng quy phạm xung đột*”.

Giải pháp này đã đ-ợc luật hoá ở Đức và đ-ợc thừa nhận rộng rãi trong thực tế xét xử ở Pháp mà không cần luật hoá bằng một văn bản cụ thể nào¹¹. Vậy trong khi chờ đợi luật hoá và khi không có văn bản cụ thể, chúng tôi cho rằng Toà án tối cao Việt Nam cũng nên thừa nhận giải pháp này thông qua thông t- hoặc công văn h-ớng dẫn áp dụng luật nh- ã làm trong những vấn đề khác¹² hoặc sử dụng một vụ việc cụ thể để làm án lệ¹³.

* *Giảng viên Khoa luật Tr-ờng đại học Aix-Marseille III (Trung tâm Aix-en-Provence)- Cộng hoà Pháp*

¹¹ Xem phần số 2.

¹² Theo Điều 19, Khoản 1, Luật tổ chức Toà án nhân dân ngày 2 tháng 4 năm 2002, “Toà án nhân dân tối cao có những nhiệm vụ và quyền hạn sau đây: H-ớng dẫn các Toà án áp dụng thống nhất pháp luật, tổng kết kinh nghiệm xét xử của các Toà án”. Xem t-ợng tự, Luật tổ chức Toà án nhân dân ngày 3 tháng 7 năm 1981, Điều 20, Khoản 2 và Luật tổ chức Toà án nhân dân ngày 6 tháng 10 năm 1992, điều 18, khoản 1.

¹³ Về vai trò của án lệ ở Việt Nam: Xem Pháp Luật TP HCM, Việt Nam cần có án lệ (Trang Web , ngày 19 tháng 4 năm 2002).

TÍNH “N-ỐC” CỦA NHÀ N-ỐC CỔ TRUYỀN VIỆT NAM

Bùi Ngọc Sơn*

1. Tính n-ốc- nhu đạo và vấn đề nghiên cứu Việt Nam

Đi tìm một giả thiết làm việc cho quá trình nghiên cứu về t- t-ởng dân tộc, triết gia Việt Nam hiện đại - cố Giáo s- Cao Xuân Huy đã đ- ra hình t-ợng “n-ốc”, khái quát triết lý Việt Nam ở tinh thần nhu đạo: “Tôi nghĩ rằng tinh thần lập quốc của chúng ta chính là cái tinh thần nhu đạo”¹. Từ hệ luận này, một số nhà văn hoá học đã bàn đến tính “n-ốc” trong văn hoá Việt Nam².

Với một bối cảnh tự nhiên, ng-ời Việt đã hình thành nền nông nghiệp trồng lúa n-ốc. Làm ruộng, trồng lúa, thì mối bận tâm hàng đầu cũng là n-ốc: thuỷ lợi là biện pháp kỹ thuật hàng đầu mà thuỷ tai (lũ lụt) cũng là cái hại hàng đầu³. Bởi vậy, tính “n-ốc” là một đặc tr-ng của văn hoá Việt Nam.

Tôi nghĩ rằng tính n-ốc, tinh thần nhu đạo

mà GS Cao Xuân Huy đ- ra có thể đ-ợc coi là giả thuyết cho việc nghiên cứu Việt Nam học. Ng-ời ta có thể nhận thấy triết lý n-ốc, tinh thần nhu đạo thể hiện ở nhiều ph-ơng diện khác nhau của xã hội Việt Nam. Từ góc độ của khoa học pháp lý, tôi thử mạo muội tìm hiểu tính “n-ốc” của nhà n-ốc cổ truyền Việt Nam.

2. Những biểu hiện tính “n-ốc” của nhà n-ốc cổ truyền Việt Nam

Tính “n-ốc” trong sự ra đời nhà n-ốc đầu tiên của ng-ời Việt

Không giống nh- quy luật ra đời nhà n-ốc ở ph-ơng Tây, nhà n-ốc đầu tiên của ng-ời Việt ra đời là do áp lực của vấn đề “n-ốc”.

Đối với các nhà n-ốc ph-ơng Đông, trong đó có Việt Nam, thì n-ốc, mà cụ thể là vấn đề trị thuỷ là một yếu tố thúc đẩy tiến trình ra đời của nhà n-ốc. Nhà n-ốc Hùng V-ơng ra đời

¹ Cao Xuân Huy. T- t-ởng ph-ơng Đông- gọi những điểm nhìn tham chiếu. NXB Văn học, 1995, tr.363.

² Chẳng hạn, xem: Trần Quốc V-ơng. Văn hoá Việt Nam, tìm tòi và suy ngẫm. NXB Văn hoá dân tộc và Tạp chí Văn hoá nghệ thuật, H, 2000, tr.41.

³ Trần Quốc V-ơng. Văn hoá Việt Nam, tìm tòi và suy ngẫm. NXB Văn hoá dân tộc và Tạp chí Văn hoá nghệ thuật, H, 2000, tr.41- 42.

Hộp 1

Khảo sát sự ra đời của các nhà n-ớc Aten, La mã, Roma, Ăng-ghe-n đã vạch ra quy luật phổ biến của sự ra đời nhà n-ớc là: sự phát triển của lực l-ợng sản xuất dẫn đến phân hoá xã hội và mâu thuẫn giai cấp không thể điều hoà, khi đó nhà n-ớc ra đời với t- cách là công cụ trấn áp của giai cấp này đối với giai cấp khác (Xem cụ thể: C.Mác-Ph.Ăngghen. *Tuyển tập, Tập VI. NXB Sự thật, H, 1984*). Nh-ng đối với các nhà n-ớc ph-ong Đông, Ăng-ghe-n đã l-u ý đến vấn đề n-ớc nh- một yếu tố đặc biệt thúc đẩy sự ra đời nhà n-ớc: “Nhà n-ớc mà những nhóm tự nhiên gồm các công xã trong cùng một bộ lạc đã đi đến chỗ thiết lập ra trong quá trình tiến triển của họ, lúc đầu chỉ cốt bảo vệ những lợi ích chung của họ (ví dụ nh- việc t-ới n-ớc ở ph-ong Đông và để tự vệ chống kẻ thù bên ngoài, thì từ nay trở đi, cũng lại có luôn cả mục đích là duy trì bằng bạo lực những điều kiện tồn tại và thống trị của giai cấp thống trị chống lại giai cấp bị trị” (C.Mác và Ph. Ăng ghen. *Toàn tập, tập 20. NXB Chính trị Quốc Gia, Hà Nội, 1995.*)

cách nay khoảng 2500 năm đến 2700 năm khi đã có sự phân hoá xã hội. Từ trong cuộc sống t-ơng đối đồng đều của xã hội công xã nguyên thuỷ tan rã, một lớp ng-ời tụt xuống địa vị thấp kém và một lớp ng-ời v-ợt lên trên, tập trung trong tay nhiều của cải và quyền lực. Đó là hai cực của sự phân hoá xã hội cuối thời Hùng V-ơng, trong lúc số đông dân c- vẫn duy trì đ-ợc cuộc sống trung bình. Xã hội đã phân hoá thành các tầng lớp: quý tộc, nô tỳ, ng-ời dân tự do trong các

công xã nông thôn. Tuy nhiên, sự phân hoá xã hội ch-a sâu sắc, mức độ phân hoá ch-a cao. Những t- liệu khảo cổ học đã chứng minh cho điều này. Trong một điều kiện đấu tranh giai cấp ch-a gay gắt, t- hữu ch-a phát triển mà đất đai - loại tài sản quý giá nhất của ng-ời làm nông nghiệp lúa n-ớc vẫn thuộc sở hữu công, nh-ng nhà n-ớc vẫn ra đời là do áp lực khách quan của yếu tố n-ớc - trị thuỷ, bên cạnh yếu tố tự vệ.

Thời Hùng V-ơng là lúc con ng-ời mở rộng công cuộc chinh phục thiên nhiên, chiếm lĩnh vùng đồng bằng châu thổ, phát triển nông nghiệp trồng lúa n-ớc, khai thác những thuận lợi của thế giới tự nhiên. Đó cũng là lúc công cuộc đấu tranh khắc phục những trở ngại của thiên nhiên để khai phá đất hoang, rừng rậm, chống m-a nguồn n-ớc lũ, chống hạn hán, ngập lụt đặt ra một cách bức thiết⁴.

Việc tổ chức đắp đê trị thuỷ, xây dựng những công trình t-ới n-ớc, tiêu n-ớc phục vụ cho hoạt động nông nghiệp trồng lúa n-ớc không phải là công việc của một cá nhân, một nhà, mà đòi hỏi sức mạnh của cộng đồng, cần sự can thiệp của một thứ quyền lực có tính chất bao trùm, tác động phổ biến.

Chính vì n-ớc quan trọng nh- vậy, quyết định sinh hoạt của cả cộng đồng, là một áp lực khách quan đối với sự ra đời của tổ chức công quyền nên ng-ời Việt đã đồng nhất hoá bối cảnh sinh hoạt của mình với N-ớc, và cái tổ chức công quyền do n-ớc sinh ra đó cũng đ-ợc gọi là N-ớc, rồi sau này do ảnh h-ởng của văn hoá Hán gọi là Nhà n-ớc (dịch từ chữ “quốc gia”).

⁴ Phan Huy Lê, Trần Quốc V-ơng, Hà Văn Tấn, L-ơng Ninh. *Lịch sử Việt Nam. Tập 1. NXB Đại học và Trung học chuyên nghiệp, H, 1983, Tr133.*

Nhà n-ớc đầu tiên của ng-ời Việt với cách thức ra đời nh- thể với cơ sở kinh tế - xã hội nh- vậy là loại hình nhà n-ớc gì, hay nói theo lý luận mácxít về nhà n-ớc là thuộc kiểu nhà n-ớc gì? Ông Đinh Gia Trinh đại biểu Viện luật học đến tham dự Hội nghị khoa học về “Hùng V-ơng dựng n-ớc” đ-ợc tổ chức liên tiếp vào đầu những năm 70 đã nêu ra vấn đề này. Tuy nhiên ông đã cho rằng “Với tình hình tài liệu hiện nay, ta ch-a thể có kết luận dứt khoát về vấn đề tính chất là loại hình nhà n-ớc trong lịch sử ra đời trong thời kỳ Hùng V-ơng. Ta cần kiên trì chờ đợi có thời gian nghiên cứu sâu sắc hơn nữa để giải đáp những câu hỏi về hình thái Việt Nam của ph-ơng thức sản xuất châu Á”⁵. Từ đó đến nay, chúng tôi ch-a thấy giới luật học có kết luận dứt khoát về vấn đề này. Giới sử học Việt Nam đã chứng minh xã hội thời Hùng V-ơng không phải là chế độ nô lệ cũng không phải là chế độ phong kiến, mà thuộc loại hình theo cách nói của C.Mác là hình thái châu Á với ph-ơng thức sản xuất châu Á. Từ những kết quả nghiên cứu của sử học, thiết nghĩ cũng đã có đủ cơ sở để lập luận về kiểu nhà n-ớc đầu tiên ở Việt Nam. Lý thuyết của chủ nghĩa Mác chỉ ra rằng t-ơng ứng với một hình thái kinh tế - xã hội là một kiểu nhà n-ớc. Nếu nh- chúng ta đã đồng ý rằng xã hội Việt Nam thời Hùng V-ơng không thuộc vào loại hình chiếm hữu nô lệ hay phong kiến mà có những đặc tr-ng riêng, thuộc một loại hình riêng là hình thái châu Á, thì không có lý gì chúng ta không thể xếp kiểu nhà n-ớc vào một kiểu riêng, không phải nhà n-ớc chủ nô, cũng không phải nhà n-ớc phong kiến, mà t-ơng ứng với hình thái của nó - hình thái châu Á, là kiểu nhà n-ớc châu Á. Nhà n-ớc Việt Nam thời

Hùng V-ơng là kiểu nhà n-ớc châu Á có những đặc tr-ng sau: nhà n-ớc ra đời do thúc đẩy của nhu cầu giải quyết những công việc chung của xã hội, nhà n-ớc có vai trò giải quyết những công việc chung của cộng đồng, đại diện cho cộng đồng, vì lợi ích của cộng đồng; sự phân hoá xã hội ch-a sâu sắc; tồn tại trên cơ sở chế độ sở hữu công vệ ruộng đất và nền kinh tế nông nghiệp trồng lúa n-ớc.

Tính “hoà” của n-ớc

N-ớc có đặc tính hoà, không tách rời khỏi quần thể. Nhà n-ớc cũng có tính hoà nh- vậy, hoà vào cộng đồng không tách khỏi cộng đồng.

Nhà n-ớc ban đầu của ng-ời Việt sinh ra từ xã hội và để giải quyết những vấn đề chung của cộng đồng. Truyền thuyết và th- tịch cổ không phản ánh một sự hà khắc đậm nét nào của nhà n-ớc thời Hùng V-ơng, ng-ợc lại th-ờng nói đến một thứ tính chất hoà hợp nội bộ t-ơng đối, một đời sống yên ổn đùm bọc lẫn nhau. Câu ca dao “Rồng đen lấy n-ớc đ-ợc mùa, Rồng trắng lấy n-ớc bắt vua đi cày” có lẽ ra đời vào giai đoạn này phản ánh tính chất của quan hệ quyền lực: nhà cầm quyền không tách hẳn với đời sống cộng đồng, gắn với ng-ời dân lao động. Truyền thuyết cũng có nói đến việc vua tôi đi cày với dân. Đ-ơng nhiên, nhà n-ớc thời Hùng V-ơng cũng không thể không thực hiện chức năng trấn áp, nh-ng chức năng xã hội nổi bật hơn.

Về sau này, các nhà n-ớc phong kiến Việt Nam từ Ngô - Đinh - Tiền Lê đến Lý - Trần - Hậu Lê và cả Nguyễn Tây Sơn nữa, bên cạnh

⁵ Đinh Gia Trinh. Vấn đề nhà n-ớc thời Hùng V-ơng. In trong Hùng V-ơng dựng n-ớc, tập IV. NXB Khoa học xã hội, H, 1974, tr. 288.

việc chăm lo đến lợi ích của tập đoàn cai trị luôn củng cố chỗ dựa dân tộc và thực sự xứng đáng là ng-ời đại diện cho lợi ích dân tộc nh-các nhà nghiên cứu lịch sử đã khẳng định. Có thể nói tính chất dân tộc của các triều đại phong kiến kể trên luôn có biểu hiện rõ nét hơn tính chất giai cấp của một nhà n-ớc phong kiến

Hộp 2

Các nhà n-ớc cổ truyền Việt Nam, trừ một số tr-ờng hợp đặt biệt, đều quan tâm giải quyết những công việc hệ trọng của cả cộng đồng. Bên cạnh việc tổ chức kháng chiến chống giặc ngoại xâm, các nhà n-ớc phong kiến đều phải giải quyết vấn đề n-ớc cho sinh hoạt nông nghiệp trồng lúa n-ớc của ng-ời Việt. Công việc đắp đê trị thủy là công việc mà các chính quyền phong kiến đều quan tâm. Từ năm 1248 nhà Trần đã đặt chức Hà đê sứ chuyên lo việc đắp đê, tu bổ và bảo vệ đê.

Công việc đắp đê trị thủy gắn liền với lịch sử của các nhà n-ớc cổ truyền Việt Nam. GS Trần Quốc V-ợng cho rằng: *“Trị thủy sông Hồng, ng-ời Việt đắp đê và trên suốt thời gian lịch sử, có hẳn một nền chính trị đê điều”* (Trần Quốc V-ợng. Văn hoá Việt Nam, tìm tòi và suy ngẫm. NXB Văn hoá dân tộc và Tạp chí Văn hoá nghệ thuật, H, 2000, tr.37). Viện sĩ Trần Ngọc Thêm cũng nhận định: *“Từ khi lập quốc, chống lụt là nhiệm vụ hàng đầu của quốc gia, sự sinh tồn của dân tộc. Lịch sử Việt Nam là lịch sử đắp đê”* (Trần Ngọc Thêm. Cơ sở văn hoá Việt Nam. NXB Giáo dục, H, 1999, tr. 106.)

nh- ta th-ờng thấy của nhà n-ớc khác⁶.

Tính chất hoà đồng của n-ớc biểu hiện trong nhà n-ớc cổ truyền Việt Nam không chỉ ở việc nhà n-ớc đứng ra giải quyết những vấn đề chung của cộng đồng mà còn ở việc nhà n-ớc không đứng trên xã hội, không tách hẳn khỏi khối đa số, để quay trở lại trấn áp đa số.

Một đặc tr-ng quan trọng của chế độ phong kiến là chế độ đẳng cấp. Trong chế độ phong kiến Việt Nam cũng có thể tìm ra dấu hiệu của những đẳng cấp, nh-ng kết cấu của nó hết sức lỏng. Không hề thấy ranh giới cực đoan giữa các đẳng cấp nh- chúng ta th-ờng thấy ở các n-ớc có chế độ phong kiến điển hình. Sự chuyển hoá giữa các giai cấp diễn ra khá dễ dàng và th-ờng xuyên. Sự liên thông giữa các đẳng cấp không bị cấm kỵ. Một ng-ời có tài năng dẫu có xuất thân từ tầng lớp nông dân nghèo, nển thi đỗ cao vẫn có thể trở thành quan lại cao cấp. Hơn nữa, sự phân hoá giàu nghèo diễn ra trong xã hội hết sức chậm chạp. Không phải ngẫu nhiên mà đến tận thời kỳ cải cách ruộng đất vào thế kỷ XX, quá trình t- hữu hoá ruộng đất ở n-ớc ta vẫn ch-a hoàn thành. Một trong những tác nhân cản trở quá trình t- hữu hoá ruộng đất lại chính là do sự tác động của chính nhà n-ớc phong kiến⁷. Những điều này cho thấy nhà n-ớc hoà vào khối đa số, không tách ra khỏi cộng đồng, hoà vào cộng đồng.

Tính mềm của n-ớc

N-ớc là một chất liệu lỏng, có đặc tính mềm. Nền quân chủ của Việt Nam cũng

⁶ Vũ Minh Giang. Quan hệ giữa các yếu tố truyền thống với hệ thống chính trị trong thời kỳ quá độ lên chủ nghĩa xã hội ở n-ớc ta. Tạp chí Thông tin Lý luận, số 6, 1993, tr.10.

⁷ Vũ Minh Giang. Lịch sử và hiện trạng hệ thống chính trị ở n-ớc ta- một số vấn đề khoa học đang đặt ra. Tạp chí Khoa học xã hội, số 2, năm 1993, tr. 8.

phản ánh tính mềm mại của n-ớc. Sau khi giành đ-ợc độc lập, khi thiết lập chính thể quân chủ, các nhà n-ớc phong kiến Việt Nam tiếp thu những mô hình chính thể quân chủ của Trung Quốc, nh-ng nền quân chủ Việt Nam vẫn có những tính cách riêng của mình, thể hiện tính mềm mại của n-ớc.

Khi nền quân chủ chuyên chế của Việt Nam đ-ợc thiết lập, nhà vua lấy danh hiệu giống nh- vua Trung Quốc: Hoàng Đế⁸. Tuy nhiên vua Việt Nam không chuyên chế giống nh- vua Trung Quốc. Cho nên có ng-ời gọi đó là một nền chuyên chế mềm⁹.

Cái gì đã tạo nên tính mềm mại của nền quân chủ chuyên chế Việt Nam? Tr-ớc tiên đó chính là truyền thống dân chủ làng xã. N-ớc của ng-ời Việt cổ truyền là một làng mở rộng. Làng ứng xử với nhau theo tình cảm tạo nên truyền thống dân chủ. N-ớc tuy có tổ chức chặt chẽ hơn nh-ng trên đại thể vẫn duy trì truyền thống dân chủ ấy. Vua Việt Nam không quá chuyên chế độc đoán và tạo cho mình một uy nghiêm của ông “con trời” nh- ở Trung Hoa mà đi lên từ thủ lĩnh buôn làng, coi dân nh- con cháu mình¹⁰.

Bên cạnh truyền thống dân chủ làng xã, vai trò to lớn của nhân dân trong các cuộc kháng chiến chống giặc ngoại xâm cũng là một yếu tố tạo nên tính chất mềm mại của nền quân chủ, làm cho các v-ơng triều nhận thức đ-ợc sức mạnh của nhân dân, quan tâm đến lợi ích chung của nhân dân, của dân tộc, mà

không thể quá độc đoán, chuyên chế.

Những yếu tố dân chủ trong nền quân chủ Việt Nam gắn liền với sự nghiệp bảo vệ độc lập dân tộc đ-ơng thời và thực tế lịch sử đã chỉ rõ, một phong trào dân tộc rộng lớn bao giờ cũng chứa đựng những yếu tố dân chủ nhất định¹¹.

Chính do những yếu tố trên, nền quân chủ Việt Nam có tính chuyên chế mềm. Các vua Việt Nam sinh hoạt khá giản dị, không quá cách biệt với đời sống bình dân¹². Ý nguyện của dân đ-ợc nhà n-ớc coi trọng. Trần Quốc Tuấn xem ý dân là bức thành giữ n-ớc (chúng chí thành thánh). Lợi ích của ng-ời dân đ-ợc nhà cầm quyền quan tâm. Sử sách chép nhiều chuyện cảm động về sự quan tâm của các vua thời Lý - Trần đến dân chúng và tù nhân. Việc Vua xuất của trong kho ra phát cho dân mỗi khi đói kém, mất mùa cũng là việc x-a th-ờng thấy. Nhà Lý đặt Lầu Chuông trong thành Thăng Long để “dân chúng ai có việc kiện tụng oan uổng thì đánh chuông lên”. Nhà Trần mở Hội nghị Diên Hồng để cùng với các bô lão bàn kế đánh giặc...

Tính mềm mại của nền quân chủ Việt Nam còn thể hiện ở một loại thể chế đặc thù là l-ơng đầu chế, khác với chính thể quân chủ của Trung Quốc: Tr-ng Trắc, Tr-ng Nhị; Ngô X-ơng Văn và Ngô X-ơng Lập; ba anh em Nguyễn Nhạc, Nguyễn Huệ, Nguyễn Lữ; vua cha - vua con với định chế Thái Th-ơng

⁸ Nguyễn Văn Huyền. Toàn tập- văn hoá và giáo dục Việt Nam, tập I. NXB Giáo dục, 2000, tr. 152.

⁹ Nguyễn Thừa Hỷ. Về tính l-ơng nguyên đối trọng trong xã hội, văn hoá Việt Nam truyền thống. Việt Nam học, tập II. NXB Thế giới, H, 2000, tr. 298-299.

¹⁰ Trần Ngọc Thêm. Cơ sở văn hoá Việt Nam. NXB Giáo dục, H, 1999, tr. 110.

¹¹ Phan Huy Lê. Tìm về cội nguồn, tập II. NXB Thế giới, H, 1999, tr. 845.

¹² Theo lời kể của một sử thần Trung Hoa đến Việt Nam năm 990 thì vua và triều đình n-ớc Việt sinh hoạt rất bình dị: Lê Hoàn đi chân đất xuống n-ớc và câu cá bằng một cần câu tre dài; mỗi lần nhà vua câu đ-ợc một con thì quân thần nhảy lên reo mừng.

Hoàng: Trần, Hồ, Mạc; vua - chúa (vua Lê - chúa Trịnh).

Có ý kiến còn nhận xét rằng I-ơng đầu chế là một định chế cổ truyền của dân tộc Việt Nam ta. Bởi vậy, khi tình thế đòi hỏi, tiền nhân ta đã dễ dàng chấp nhận định chế này, chứ không ngỡ ngàng và chống đối mạnh mẽ nh- các dân tộc khác chỉ biết có cá nhân độc tôn¹³. Định chế I-ơng đầu trong lịch sử nhà n-ớc cổ truyền Việt Nam phản ánh tinh thần dân chủ, lãnh đạo tập thể của các v-ơng triều, tính chuyên chế mềm của nền quân chủ Việt Nam.

Tính linh hoạt của n-ớc

N-ớc có đặc tính linh hoạt, năng động, dễ ứng biến, dễ thích nghi. Khổng Tử nói: “*trí giả động*” và “*trí giả nhược thủy*”. Bậc trí giả thì linh hoạt giống nh- n-ớc. Nhà n-ớc cổ truyền Việt Nam có tính n-ớc nên cũng linh hoạt, năng động, dễ ứng biến, dễ thích nghi với mọi hoàn cảnh.

Do tính n-ớc, văn hoá Việt Nam có tính cách giao thoa, dung hợp với những tinh hoa của văn hoá Trung Hoa, văn hoá Ấn Độ, nh-ng vẫn có nét đặc tr-ng của văn hoá Việt Nam.

Tính cách linh hoạt tr-ớc hết biểu hiện ở hoạt động lập pháp của các nhà n-ớc phong kiến Việt Nam. Các bộ luật của các nhà n-ớc phong kiến Việt Nam mặc dù có chịu sự ảnh h-ởng của các bộ luật của nhà n-ớc phong kiến Trung Quốc nh-ng vẫn có tính cách dân tộc. Điển hình nhất là bộ Quốc triều hình luật (Luật Hồng Đức) thời nhà Lê.

Mặc dù có sự tiếp thu pháp luật của Trung Quốc. nh-na các nhà lập pháp thời nhà Lê

đã kết hợp với những đặc tr-ng của truyền thống dân tộc. Những quy phạm đặc thù của bộ luật thời nhà Lê phản ánh hệ thống các định chế riêng có xuất phát từ nhu cầu điều chỉnh các quan hệ xã hội của ng-ời Việt.

Bên cạnh hoạt động lập pháp, hoạt động ngoại giao và quân sự cũng cho thấy tính chất linh hoạt của các nhà n-ớc phong kiến Việt Nam.

Tồn tại bên cạnh một quốc gia lớn mạnh và luôn có t- t-ởng bành tr-ởng, các nhà n-ớc phong kiến Việt Nam đã rất linh hoạt trong ngoại giao khi chấp nhận một sự lệ thuộc hình thức để giữ gìn độc lập trên thực tế. Các vua phong kiến Việt Nam, từ Ngô đến Nguyễn sau này, th-ờng duy trì một nếp là sau khi chiến thắng kẻ thù liền phái sứ thần sang cống nạp d-ới dạng “*biếu*”, “*tặng*”, và nhận t-ớc phong của triều đình Trung Hoa, tỏ ý thần phục theo thể thức của một n-ớc ch-hầu. Nh-ng khi quân ph-ơng Bắc xâm chiếm lãnh thổ đất n-ớc thì chúng ta đã quyết tâm kháng chiến để bảo tồn chủ quyền và nền độc lập dân tộc.

Khi đánh giặc, các nhà n-ớc cổ truyền Việt Nam luôn tìm cách thích nghi với mọi hoàn cảnh: tiến công Ung, Khâm, Liêm; phòng ngự bến Nh- Nguyệt (Lý); ba lần tạm bỏ Thăng Long lui về Thiên Tr-ờng, Thanh Hoá, tiến công nơi Tây Kết, Hàm Tử, Ch-ơng D-ơng, Bạch Đằng (Trần) biết tự chủ thật sự mà cũng biết thần phục giả vờ đối với n-ớc lớn ph-ơng Bắc trong trần cờ thế giới trung đại (mọi triều đại từ Khúc, Đinh đến Nguyễn Tây Sơn); thắng lớn mà biết nhún mình cho biện sĩ qua sông bàn hoà (Lý Th-ờng Kiệt); gặp khó khăn ở Chí Linh biết nhún mình cầu

¹³ Lê Kim Ngân. Văn hoá chính trị Việt Nam- Chế độ chính trị Việt Nam thế kỷ XVII- XVIII, Phân khoa khoa học xã hội- Viện đại học Vạn Hạnh ấn hành, 1974, tr. 33.

hoà (viết “*Hành th-*” 1424) để một năm sau tiến quân vào xứ Nghệ thắng Trà Lân nh-trúc chẻ tro bay rồi qua xứ Thanh ra Bắc làm nên chiến thắng Tốt Động, Chúc Động, rồi Chi Lăng, X-ơng Giang, 1427 (Lê Lợi, Nguyễn Trãi)¹⁴. Những dẫn chứng lịch sử này minh chứng cho tính linh hoạt, dễ ứng biến, dễ thích nghi trong hoạt động quân sự của các nhà n-ớc cổ truyền Việt Nam.

“*Chiến tranh du kích*” cũng là sản phẩm của một chính sách quân sự linh hoạt, năng động, dễ ứng biến của các nhà n-ớc Việt Nam trong lịch sử. Đó là một cuộc chiến tranh cho phép ta luôn nắm quyền chủ động, linh hoạt bất ngờ, khiến kẻ thù luôn bị động.

Nói tóm lại, trên lĩnh vực ngoại giao cũng nh- quân sự, các nhà n-ớc cổ truyền Việt Nam đã thực hiện một ph-ơng châm “*dĩ bất biến ứng vạn biến*”.

Nhu thắng c-ơng

Kh-ơng Tử Nha có câu: “*Nhu năng chế c-ơng, nh-ợc năng chế c-ờng*” (Mềm trị đ-ợc cứng, yếu trị đ-ợc mạnh)¹⁵. Lão Tử cũng đặc biệt đề cao sức mạnh của n-ớc, của nhu: “*Trong thiên hạ không có gì nhu nh-ợc bằng n-ớc, thế mà trong tất cả những cái gì công phá đ-ợc những vật kiên cứng, không có cái gì hơn đ-ợc nó*”. Rồi Lão Tử cũng đúc kết nguyên lý: “*Nhu nh-ợc thắng c-ơng c-ờng*”¹⁶.

Sức mạnh của n-ớc là ở chỗ rất nhiều hạt nhỏ cố kết lại với nhau một cách mềm mại uyển chuyển, linh hoạt, l-u động, có thể uốn

theo đ-ờng cong, đ-ờng thẳng, chỗ lồi, chỗ lõm của đối t-ợng, đối ph-ơng, của kẻ địch để đánh phá nó, hoặc xoi mạnh vào lỗ mối, ngấm sâu vào những kẽ hở rất nhỏ của nó để làm cho nó vỡ nát¹⁷. Nhà n-ớc cổ truyền Việt Nam mang tính n-ớc nên cũng có sức mạnh của n-ớc. Sức mạnh của n-ớc đ-ợc tạo thành từ những đặc tr-ng của n-ớc. Sức mạnh của nhà n-ớc cổ truyền Việt Nam cũng đ-ợc tạo thành từ những đặc tr-ng tính n-ớc: tính hoà, tính mềm, linh hoạt, năng động, dễ ứng biến, dễ thích nghi.

Đứng tr-ớc điều kiện thiên nhiên khắc nghiệt mà không bị huỷ diệt là nhờ sức mạnh của nhu (mềm) - của n-ớc. Nếu không có một sức mạnh của nhu - của n-ớc, các nhà n-ớc cổ truyền dân tộc ta không thể tồn tại đ-ợc tr-ớc những trận thuỷ tai. Hệ thống đê điều của ng-ời Việt minh chứng cho sức mạnh trong việc chinh phục tự nhiên của những nhà n-ớc cổ truyền.

Tồn tại bên cạnh một c-ờng quốc luôn có ý đồ xâm l-ợc mà không bị đồng hoá cũng là nhờ sức mạnh của nhu - của n-ớc. Việt Nam là một quốc gia nhỏ so với các đế chế Hán - Đ-ờng - Nguyên - Mông... khổng lồ và do vậy trong nhiều thế kỷ đã bị các đế chế xâm l-ợc, đô hộ¹⁸. Trải qua gần một nghìn năm Bắc thuộc nh-ng dân tộc ta vẫn không bị đồng hoá. Từ khi n-ớc ta b-ớc vào độc lập, các triều đại phong kiến Bắc ph-ơng: Tống, Nguyên Minh, Thanh đều không từ bỏ ý định thôn tính n-ớc ta, nh-ng sức mạnh của một

¹⁴ Trần Quốc V-ơng. Văn hoá Việt Nam, tìm tòi và suy ngẫm. NXB Văn hoá dân tộc và Tạp chí Văn hoá nghệ thuật, H, 2000, tr.49.

¹⁵ Tố th- - Thái công binh pháp. NXB Thanh Hoá, 1996, tr.50.

¹⁶ Nguyễn Hiến Lê. Lão Tử Đạo Đức Kinh. NXB Văn hoá thông tin, H, 1994, tr.218.

¹⁷ Cao Xuân Huy. T- t-ờng ph-ơng Đông- gọi những điểm nhìn tham chiếu. NXB Văn học, 1995, tr.363- 364.

¹⁸ Trần Quốc V-ơng. Ghi chú về những t-ợng đồng và dị biệt về những giá trị văn hoá Đông Á giữa Việt Nam và các n-ớc Đông Á khác. Tạp chí Nghiên cứu lịch sử, số 5, 2002, tr. 7.

n-ớc nhỏ nh-ng kiên c-ờng, bất khuất, linh hoạt, năng động, dễ ứng biến đã phá tan những âm m-u xâm l-ợc của kẻ thù.

Lịch sử đã chứng minh nhà n-ớc nào xử lý tốt những tính chất này thì mạnh, ng-ợc lại thì yếu. Triều đại nhà Nguyễn có những dấu hiệu cho thấy không phát huy đ-ợc tính n-ớc của nhà n-ớc nên đã là một triều đại yếu: không quan tâm xứng đáng đến công việc đắp đê để xảy ra những vụ vỡ đê, sao chép gần nh-nguyên vẹn bộ luật nhà Thanh, không thích nghi với thời thế, vẫn bo bo giữ những chuẩn mực lạc hậu của Nho giáo... Kết quả là nhà Nguyễn đã để mất n-ớc vào tay quân xâm l-ợc. Nh-ng về cơ bản thì các triều đại phong kiến Việt Nam đã phát huy đ-ợc đặc tr-ng tính n-ớc, là những nhà n-ớc mạnh, là đại diện xứng đáng cho đồng bào để giải quyết những công việc chung. Thậm chí có triều đại phát huy tốt tính n-ớc: quan tâm đến những công việc chung của cộng đồng nh- trị thủy và chống giặc ngoại xâm, linh hoạt, năng động, ứng biến trong các hoạt động của nhà n-ớc: lập pháp, ngoại giao, quân sự... đã trở thành một nhà n-ớc rất mạnh. Đó là nhà Lê. E.O. Berzin trong tác phẩm Đông Nam Á từ thế kỷ XIII đến thế kỷ XVI đã đánh giá n-ớc Đại Việt d-ới triều Lê sơ thế kỷ XV là quốc gia hùng mạnh nhất khu vực Đông Nam Á.

3. Tính “n-ớc” của nhà n-ớc hiện đại

Một xã hội phát triển là một xã hội biết đi lên từ truyền thống. Nhà n-ớc Việt Nam hiện đại không thể thoát ly với những đặc tr-ng chính trị của truyền thống. Tính n-ớc của nhà n-ớc cổ truyền Việt Nam là giá trị mà nhà n-ớc hiện đại cần phát huy.

Nhà n-ớc phải hoà mình vào xã hội, phải thật sự là đại diện cho lợi ích chung của cộng đồng. Nhà n-ớc phải là ng-ời đứng ra cung cấp các dịch vụ công cho xã hội, là ng-ời hoạch định những chính sách vì lợi ích chung của xã hội. Mọi chính sách của nhà n-ớc đều phải vì lợi ích chung của cộng đồng. Muốn vậy, quy trình thiết kế chính sách phải đặt lợi ích của nhân dân, của xã hội lên trên hết, và nhân dân phải đ-ợc tạo điều kiện để tham gia vào quy trình đó.

Trong thời đại công nghiệp hoá, hiện đại hoá, và toàn cầu hoá, hơn bao giờ hết Nhà n-ớc Việt Nam cần phát huy tính mềm dẻo, linh hoạt, năng động, dễ ứng biến, cần khắc phục tính cứng nhắc, thụ động của nhà n-ớc.

Đảng ta đã đánh giá: “*Tổ chức bộ máy nhà n-ớc công kênh, trùng lấp chức năng với nhiều tầng nấc trung gian và những thủ tục hành chính phiền hà*”¹⁹. Tổ chức nhà n-ớc nh- thế khó có thể phản ứng một cách linh hoạt tr-ớc thời cuộc. Sự công kênh, chồng chéo chức năng của nhà n-ớc làm cho nhà n-ớc trở nên bị động. Một nhà n-ớc linh hoạt, năng động là một nhà n-ớc tinh gọn.

Hoạt động lập pháp của nhà n-ớc cũng có nhiều biểu hiện cho thấy nhà n-ớc ch-a thực sự linh hoạt, năng động. Trong những năm gầy đây, Việt Nam đã đạt kỷ lục so với tr-ớc về mức độ sửa đổi luật. Trong 15 năm có 29 trên 87 luật đ-ợc sửa đổi, bổ sung hoặc thay thế, chiếm 33% các luật đã ban hành²⁰. Tình trạng chúng ta sửa đổi luật quá nhiều cho thấy rằng nhà n-ớc thụ động tr-ớc thực tiễn. Nhà n-ớc luôn đi sau thực tiễn. Và chính điều này làm cho độ an toàn pháp lý không đ-ợc

¹⁹ Đảng Cộng sản Việt Nam. Văn kiện đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ IX. NXB Chính trị quốc gia, H, 2001, tr. 77.

²⁰ Nguyễn Chí Dũng. Tình hình xây dựng pháp luật hơn 15 năm qua. Tạp chí Nghiên cứu lập pháp. số 4, năm 2001.

cao, ảnh hưởng đến đời sống của người dân, nhất là môi trường kinh doanh của các nhà doanh nghiệp.

Tính thụ động của nhà nước trước thực tiễn cũng biểu hiện ở chỗ nhiều đạo luật cần cho cuộc sống thì ch-a được ban hành trong khi một số văn bản pháp luật ban hành ra nh-ng không thực hiện được vì không phù hợp với thực tiễn đất nước. Luật về cạnh tranh, luật về trình cầu dân ý... đang thiết thực với cuộc sống thì ch-a được ban hành. Trong khi đó có những văn bản nh- nghị định về đội mũ bảo hiểm khi đi mô tô, xe máy coi nh- đã vô hiệu lực trên thực tế. Luật của Việt Nam không phù hợp với cuộc sống một phần vì mối bận tâm của nhà nước dường nh- chỉ dồn vào việc làm thế nào để đảm bảo cho hệ thống pháp luật đủ cho xã hội (kiểu nh- cần bao nhiêu thì vừa) mà quên mất nhu cầu pháp luật, có nghĩa là không hỏi xem, người dân, xã hội có cần đến luật đó hay không²¹, phần vì đôi khi chúng ta nhập khẩu pháp luật nước ngoài một cách máy móc, cứng nhắc.

Tình trạng hoạt động lập pháp của nhà nước thụ động trước xã hội cũng thể hiện ở chỗ luật thường không có khả năng trực tiếp đi vào cuộc sống mà phải “chờ” các văn bản hướng dẫn thi hành, mà các văn bản này thì thường được ban hành rất chậm.

Hoạt động áp dụng pháp luật của nhà nước cũng cho thấy nhà nước ch-a thực sự linh hoạt, chủ động. Tình trạng án tồn đọng kéo dài cho thấy sự thụ động của tòa án trước xã hội. Việc áp dụng pháp luật của thẩm phán cũng mang tính cứng nhắc. Trong khi thẩm phán được coi là người “nói ra luật” thì Hiến pháp lại không quy định cho thẩm phán quyền

giải thích pháp luật. Điều này làm cho các thẩm phán phải cứng nhắc theo luật mà thiếu sự sáng tạo cần thiết của hoạt động tài phán.

Trong những lĩnh vực hoạt động khác của nhà nước nh- giáo dục, giao thông cũng có những biểu hiện của sự thụ động của nhà nước trước thực tiễn. Những bất cập của nền giáo dục Việt Nam báo chí nói cũng đã rất ráo rầu rồi nh-ng tiến trình cải cách giáo dục xem ra không đạt được kết quả nh- mong muốn. Về giao thông, trình trạng tai nạn giao thông ngày càng tăng, ùn tắc giao thông trong các thành phố lớn nh- Hà Nội, TP. Hồ Chí Minh, chính sách xử lý của nhà nước vẫn ch-a có những bước đột phá, ch-a có sự thay đổi căn bản, mà chỉ mang tính chất là những “giải pháp tình thế”...

Để kết thúc bài viết này, tôi xin kể lại câu chuyện truyền thuyết về nguồn gốc dân tộc Việt Nam. Người Việt là con Rồng cháu Tiên. Bồ Lạc Long Quân từ nước mà đi lên. Rồng là biểu tượng của nguồn gốc dân tộc. Rồng được mô tả là loại có nhiều khúc uốn lượn mềm mại, có vẩy, sống ở nước, cũng biểu trưng cho mây m-a, cho nước. Rồng cũng là loài linh hoạt, biến hoá khôn lường. Việt Nam muốn hoá Rồng ở châu Á này cũng phải có khả năng ứng biến nh- Rồng vậy./.

* Khoa Luật, Đại học quốc gia Hà Nội

²¹ Nguyễn Đức Lam. Tại sao dân thờ ơ với luật? In trong Một góc nhìn của trí thức, tập III, NXB Trẻ & Tạp chí Tia sáng, H, 2003, tr. 45.

Trang địa ph-ơng

NG-ỒI NGOẠI TỈNH DI C- VÀO HÀ NỘI

Chuyện không chỉ của công an ph-ờng

Nguyễn An

Đẻ ng-ời nh-ng không đẻ đất

Những năm qua, đặc biệt là vài năm gần đây, tốc độ tăng dân số tại Hà Nội đã đạt đến mức kỷ lục. Một trong những lý do cơ bản là do ng-ời ngoại tỉnh (NNT) và các thành phố khác tràn vào nội đô với nhiều mục đích khác nhau nh-ng chủ yếu vẫn là học nghề và tìm việc làm. Nh- “áo chuột, mình voi”, số l-ợng NNT tràn về Hà Nội đã làm cho dân số Thủ đô “v-ợt mức kế hoạch” so với... tận năm 2005 đến hàng trăm ngàn ng-ời, v-ợt xa sự dự đoán của các nhà chuyên môn. Theo thống kê của cơ quan chuyên trách, trong năm 2001, số NNT di c- vào Hà Nội là 22.266 hộ với 156.525 nhân khẩu nh-ng từ 2002 đến hiện tại, đã lên tới 24.582 hộ với 173.090 nhân khẩu. Trung bình mỗi năm, Hà Nội “đón chào” khoảng hơn 2000 hộ với hơn 10.000 nhân khẩu. Trong số đó, có một l-ợng dân c- khá lớn không có chỗ ở ổn định. Vì những lý do, mục đích khác nhau, tầng lớp dân c- này có thể “định c-” và “tái định c-” tùy thích và để lại những rối bời cho nhà chức trách và cả xã hội. Phòng Quản lý hành chính

và trật tự xã hội của Công an Hà Nội cho biết: “Năm 2001, số ng-ời từ tỉnh, thành phố khác về Hà Nội lao động tự do, c- trú không ổn định là 2.128 gồm 65.335 nhân khẩu, nh-ng từ năm 2002 đến nay đã lên tới 2.662 hộ với 79.329 nhân khẩu, gây nhiều diễn biến phức tạp, tác động nhiều mặt đến việc hoạch định chính sách, phát triển kinh tế, xã hội nói chung và khó khăn cho công tác quản lý an ninh trật tự nói riêng”. Đây là vùng dân c- làm đầu đầu các cơ quan chức năng trong công tác quản lý và để lại những hậu quả về kinh tế, xã hội, trật tự trị an, đồng thời là mảnh đất màu mỡ cho các loại tội phạm, tệ nạn phát triển.

Mặc kệ phố xá, ta cứ theo kiểu ta

Không phủ nhận những tác động tích cực về mặt kinh tế, xã hội của NNT và các thành phố khác di dịch vào Thủ đô. Tuy nhiên, với những thói quen, lối sống, ý thức chấp hành luật pháp của số đông bộ phận dân c- trên rất thấp nên đã ảnh hưởng không nhỏ đến chất l-ợng cộng đồng dân c- thành thị. Những ngõ nhỏ ở các ph-ờng Hạ Đình, Kh-ơng Đình, Kh-ơng Trung (Thanh Xuân),

làng Phùng Khoang (Từ Liêm) x-a kia vốn yên ắng, trật tự an rất tốt. Tr-ớc đây, cứ khoảng 10 đến 11 giờ đêm, các ngõ nhỏ này im ắng nh-ng bây giờ thì không. Những phòng có sinh viên học sinh thuê trọ thì họ ăn mừng sinh nhật, ngày lễ tình yêu, thậm chí cả ngày nói dối đến tận 2, 3 giờ sáng. Với chiếc ghi-ta thùng, một ít vung xoong, nồi, họ có thể gào thét mặc sức và kết thúc bao giờ cũng hàng đống vỏ hoa quả, bánh kẹo, bình r-ợu, hạt h-ớng d-ơng... vút bừa bãi xung quanh và những tiếng rú ga xe máy ầm ĩ lẫn tiếng c-ời đùa rồn rảng. Chỗ nào có các cô ca-ve ngoại tỉnh thuê trọ thì luôn diễn ra trò đánh ghen, giành khách.

Nhiều ng-ời lao động ngoại tỉnh (NLĐNT) sinh hoạt cá nhân rất mất vệ sinh. Hơn thế, mặc dù sống đan xen với cộng đồng dân c-ồn định của thành phố nh-ng chớ thu đ-ợc ở họ một khoản nào cho các loại quỹ an ninh trật tự, vệ sinh, ủng hộ đồng bào bị thiên tai lũ lụt... Mặc nhiên h-ởng thụ những công trình phúc lợi công cộng của thành phố nh-ng họ không phải chia sẻ một nghĩa vụ nào.

Đó là chuyện ăn, ở. Còn chuyện họ kiếm tiền thì sao? NLĐNT ngoài một số ít tìm đ-ợc việc làm ổn định, còn lại là m-u sinh ở ngoài phố và các ngã t-, ngã năm, bến xe, bến tàu, cổng chợ, công viên, các nơi nghỉ ngơi vui chơi giải trí công cộng và thậm chí cả nơi cửa Phậ! Cứ hình dung: Cả dãy phố dài từ lòng đ-ờng đến vỉa hè đ-ợc các chị, các anh lao công dọn dẹp rất sạch sẽ nh-ng chỉ loáng sau đã chềnh ềnh trên đó những xe chở đầy d-a hấu, nhãn, vải, cà chua... và hàng đống rác đầy ruồi nhặng. Ở Singapore, một mẫu thuốc lá vút ra phố có thể bị xử phạt 400 đô la, nh-ng ở Hà Nội, chẳng ai làm gì nổi với những gánh hàng rong đó. Còn nữa, sự ùn tắc giao thông khiến những Ngã T- Sở, Ngã T- Vọng, Chùa Bộc, Cầu Giấy... bị đông cứng hàng tiếng đồng hồ mà một nguyên nhân là ý

thức chấp hành luật giao thông của những anh xe thô, chị bán cà chua, những gánh hàng rong đi lại vô tội vạ vào giờ cao điểm. Việc vi phạm về vệ sinh, trật tự phố ph-ờng và luật lệ giao thông của ng-ời lao động ngoại tỉnh đã rõ, nh-ng việc xử phạt có thực hiện đ-ợc không? Xin th-a, không! Cảnh sát trật tự tóm đ-ợc chị bán hàng rong tràn ra cả đ-ờng phố, cảnh sát giao thông ra quyết định xử phạt với anh xe thô nh-ng bao giờ họ có tiền trong ng-ời và những biên bản vi phạm, những quyết định xử phạt chỉ để cho...vui! Hiện tại, cách hiệu quả nhất mà công an vẫn làm là tịch thu. Nh-ng thu để làm gì với d-a hấu, cà chua, bắp cải...? Vừa mang tiếng ác vì t-ớc đi miếng cơm, manh áo của họ, vừa không thực hiện đ-ợc chức trách nhiệm vụ trong khi gốc rễ của vấn đề không đ-ợc giải quyết đến nơi đến chốn.

Đất hứa cho các loại tệ nạn và tội phạm

NLĐNT khi đến Hà Nội tìm kế sinh nhai, thiên đ-ờng ch-a thấy đâu nh-ng chính bản thân họ là nạn nhân cho các loại tệ nạn, là đối t-ợng để bọn tội phạm thực hiện hành vi phạm pháp, ẩn náu. Đồng thời rất nhiều trong số họ do không chịu nổi sự căm dỗ nơi chốn thị thành đã dần trở thành kẻ phạm tội. Theo thống kê của công an ph-ờng Hạ Đình (Thanh Xuân), có khoảng 70% tội phạm hình sự xuất phát từ môi tr-ờng sống của NLĐNT. Trong đó NLĐNT trực tiếp phạm pháp chiếm 18%! Nh-ng đó là chỉ bó hẹp ở một ph-ờng. Hà Nội hiện có hàng trăm ngàn NNT cần phải quản lý, có bao nhiêu phần trăm tội phạm có liên quan từ đây, cũng ch-a thấy cơ quan chức năng có thống kê cụ thể và thông báo rộng rãi trên các ph-ơng tiện thông tin đại chúng.

Trong số hàng trăm ngàn ng-ời ô ạt đổ về Hà Nội với đích chủ yếu để kiếm sống thì chỉ có 8.582 ng-ời tìm đ-ợc việc làm, bên cạnh đó có đến 34.484 ng-ời ch-a có việc làm

hoặc việc làm không ổn định. Đó là ch-a nói đến 1.701 học sinh, sinh viên ra tr-ờng hoặc bị đuổi học, không về quê, tiếp tục ở lại Hà Nội. Thất nghiệp là cha đẻ của tệ nạn và tội phạm.

Mặt khác, bọn tội phạm th-ờng cho rằng: Hiện tại, việc quản lý đối với những NNT nói chung và NLĐNT nói riêng còn rất lỏng lẻo nên chúng dễ dàng “*ấn thân*” trong môi tr-ờng sống của họ. Nhiều tr-ờng hợp do may mắn, kiếm đ-ợc công ăn việc làm ổn định, có thu nhập, họ sắm sửa nhiều thứ đồ dùng có giá trị nh- ti vi, đầu đĩa, xe máy... nh-ng vì sống trong những căn phòng xây tạm bợ, cửa ra vào không chắc chắn nên đây là điều kiện hết sức thuận lợi để bọn đạo chích nhòm ngó và hoạt động. Còn một vấn đề cũng rất quan trọng, đó là vai trò của chủ nhà thuê trọ. Theo quy định của Nghị định 08/CP về quản lý các ngành nghề kinh doanh có điều kiện, trong đó có quản lý về nhà cho thuê trọ, các chủ hộ kinh doanh phải th-ờng xuyên khai báo tạm trú, đôn đốc nhắc nhở ng-ời thuê trọ chấp hành các quy định của pháp luật và th-ờng xuyên nắm tình hình, phát hiện những bất minh thông tin kịp thời cho cơ quan công an, nh-ng hầu nh- rất ít ng-ời thực hiện đúng quy định của chính phủ. Thực tế, có khoảng 20% chủ nhà không có mặt nơi có nhà cho thuê. Cộng đồng c- dân ở đây, vì thế mặc sức sống theo kiểu “*quân hội vô phèng*”! Thậm chí, khi xảy ra phạm pháp, công an còn không biết tìm chủ nhà ở đâu, gây không ít khó khăn cho công tác đấu tranh, trấn áp các loại tội phạm.

Mọi chuyện đổ lên đầu cảnh sát khu vực

Có bao nhiêu ng-ời ngoại tỉnh về Hà Nội thì có bấy nhiêu phiền toái, phức tạp thậm chí cả nguy hiểm trong công tác quản lý. Tất cả đổ hết lên đầu cảnh sát khu vực (CSKV).

Xung quanh vấn đề này đã có không ít những bi hài.

Theo quy định của điều lệnh CSKV, mỗi cán bộ chỉ phụ trách khoảng 200 đến 300 hộ với hơn 1000 nhân khẩu. Oái oăm thay, mỗi CSKV tại công an ph-ờng Hạ Đình (Thanh Xuân) phải phụ trách đến 500 hộ. Cá biệt, CSKV ở cụm 3 ph-ờng Hạ Đình phụ trách tới 693 hộ với cả nghìn nhân khẩu (nếu tính trung bình mỗi hộ có 3 ng-ời). Lại nữa, những ng-ời đẻ ra Điều lệnh CSKV không nghĩ rằng Hà Nội sẽ bùng nổ dân số do một phần khá lớn NLĐNT di c- ô ạt vào thành phố nên không đ-a cộng đồng dân c- này vào diện quản lý của CSKV (có nghĩa: CSKV chỉ phải quản lý những hộ có hộ khẩu, nhà cửa ổn định). Tuy nhiên, kỷ luật ngành công an không nh- thế: Nếu phạm pháp xảy ra trong số những hộ gia đình thuê trọ ở địa bàn mà CSKV không nắm đ-ợc thì vẫn bị xử lý kỷ luật nh- th-ờng! Thậm chí còn kỷ luật nặng! Một CSKV than thở: “*Không bao giờ hết việc, nếu tập trung vào quản lý số đối t-ợng là NLĐNT thì không còn thời gian để làm việc khác*”. Còn nữa, xoay quanh việc lập hồ sơ xác minh để quản lý đối t-ợng là NNT có nhiều trở trêu không biết kêu ai. Thông th-ờng, mỗi bộ hồ sơ gồm có 7 loại giấy tờ phô tô với giá khoảng 700 đồng, một túi hồ sơ và tem th-khoảng 2000 đồng, tổng cộng 2.700 đồng. Bộ hồ sơ này đ-ợc gửi qua đ-ờng b-u điện đến công an địa ph-ơng nơi đối t-ợng xin tạm trú có hộ khẩu để xác minh hai chiều những yếu tố nhân thân. Nh-ng bi hài không ở đó. Tính đến thời điểm hiện tại, toàn thành phố Hà Nội có khoảng 173.090 nhân khẩu, t-ơng đ-ơng với gần ấy bộ hồ sơ xác minh. Làm phép tính: 173.090 nhân khẩu, nhân với 2.700 đồng/bộ hồ sơ, thành tiền là 467.343.000 đồng. Toàn bộ số tiền này, CSKV phải bỏ tiền túi ra để chi phí và không có một chế độ quyết toán nào! Đã thế, rất

nhiều tr-ờng hợp vừa mới xin đăng ký tạm trú, công tác xác minh ch-a xong, họ đã biến mất khỏi địa bàn này và di chuyển đến địa bàn khác. Khi đến chỗ mới, họ lại xin tạm trú, CSKV lại phải chi tiếp 2.700 đồng cho mỗi bộ hồ sơ. Có khoảng 30% bộ hồ sơ (của khoảng 173.090 nhân khẩu) th-ờng xuyên phải bổ sung theo kiểu dạng này. Một l-ợng tiền không nhỏ, và tất cả đổ hết lên đầu CSKV.

Làm sao để hạn chế những tiêu cực?

Phải thấy rằng: Vấn đề di dịch dân c- từ ngoại tỉnh vào nội đô là điều bình th-ờng không chỉ ở Hà Nội. Đây là vấn đề mang tính toàn cầu và nó thể hiện đúng bản chất quy luật sinh tồn. Tuy nhiên, không một quốc gia nào mong muốn sự gia tăng dân số một cách đột ngột và trái với tự nhiên tại một nơi cụ thể nào đó. Bởi sẽ gây ra nhiều rối loạn trong việc hoạch định các chính sách kinh tế, xã hội. Nh-ng rất nhiều n-ớc đã không dùng các mệnh lệnh hành chính cứng nhắc để hạn chế. Việc khắc phục tình trạng quá tải và nâng cao chất l-ợng dân c- tại Hà Nội cũng nh- các đô thị lớn khác không phải một sớm một chiều mà phải dần từng b-ớc, áp dụng đồng bộ nhiều biện pháp một cách kiên trì mới mong có hiệu quả.

Tr-ớc hết, Nhà n-ớc phải nỗ lực hơn trong việc giải quyết tận gốc vấn đề thất nghiệp ở nông thôn bằng những ch-ơng trình kinh tế phù hợp nh- tìm đầu ra cho nông sản, thành lập các dự án nông - lâm - ng- nghiệp, kêu gọi đầu t-... để thu hút nhân lực. Mặt khác, th-ờng xuyên tuyên truyền giáo dục, vận động, thuyết phục NNT ở lại quê h-ơng làm ăn sinh sống bằng những ký kết h-ơng -ớc khối xóm. Ngoài ra, cơ quan chức năng nên cập nhật th-ờng xuyên các thông tin cụ thể về tình hình NNT vào các thành phố lớn và những tác hại của nó trên các ph-ơng tiện thông tin đại chúng và Internet. Làm đ-ợc

điều này, sẽ góp phần giảm dòng ng-ời ô ạt kéo về các thành phố lớn để kiếm sống.

Bên cạnh đó, rất cần thiết tham khảo những kinh nghiệm của một số n-ớc trên thế giới trong việc quản lý, hạn chế NNT di c- vào các thành phố. Ở một số đô thị lớn của các n-ớc, nhà chức trách không cấm NNT vào nội đô m-u sinh, nh-ng buộc NLĐNT phải ký gửi một khoản tiền nhất định vào ngân hàng. Khoản tiền này đ-ợc dùng để chia sẻ những gánh nặng chung của đô thị (giao thông, điện, n-ớc, nơi vui chơi giải trí, thắng cảnh...) và để đảm bảo cho các phán quyết của nhà n-ớc có hiệu lực khi họ vi phạm. Chấp nhận đóng một khoản tiền tr-ớc khi vào thành phố làm ăn, NLĐNT đ-ợc phép hành nghề, còn nếu không, xin mời hãy quay lại nơi xuất phát.

Thành phố cần dành một quỹ đất nhất định, xây dựng những khu cao tầng cho thuê với giá rẻ, phù hợp với ng-ời lao động có thu nhập thấp, tạo điều kiện đi lại thuận lợi cho họ bằng các hệ thống giao thông công cộng. NLĐNT là cộng đồng dân c- đặc biệt, việc tách họ ra khỏi cộng đồng dân c- ổn định là rất cần thiết. Bởi sẽ rất thuận lợi trong việc quản lý con ng-ời, đồng thời có điều kiện để bảo vệ những quyền lợi chính đáng của họ.

Trong công tác quản lý cần giải quyết dứt điểm những bất cập hiện tại. Không thể để tái diễn tình trạng CSKV bỏ tiền túi ra để làm việc công nh-ng không đ-ợc quyết toán. Cần đầu t- nhiều hơn nữa về mặt trang thiết bị, kinh phí hoạt động cho công an ph-ờng, bổ sung quân số để giảm bớt sức ép cho CSKV. Ngành công an cũng cần l-u ý đến ý kiến của rất nhiều CSKV về việc quay lại mô hình thành lập đồn công an nh- ngày x-a để chia sẻ bớt gánh nặng cho công an ph-ờng./.