

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

ISSN 1859 - 2953

www.nclp.org.vn

VĂN PHÒNG QUỐC HỘI

Số 14(199) / Tháng 7/2011



***Chào mừng kỳ họp thứ nhất,
Quốc hội khóa XIII***

DIỄN ĐÀN VỀ NHÀ NƯỚC, PHÁP LUẬT, CHÍNH SÁCH

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn



Mục lục

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

- 6** Tiêu chí tổng kết việc thi hành quy định về tổ chức và hoạt động của Bộ máy nhà nước trung ương qua bốn bản hiến pháp

TS. Trương Thị Hồng Hà

- 13** Vai trò của bầu cử trong việc xây dựng Nhà nước pháp quyền của dân, do dân và vì dân

TS. Vũ Văn Nhiệm

- 22** Hiện tượng “lẩn tránh pháp luật” trong tư pháp quốc tế

ThS. Bành Quốc Tuấn

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 29** Điều kiện có hiệu lực của giao dịch dân sự theo quy định của Bộ luật Dân sự năm 2005

ThS. Nguyễn Thị Tinh

- 33** Các kiến nghị sửa đổi Bộ luật Lao động 1994 từ việc thực hiện Công ước số 29 của ILO

Phan Thanh Huyền

CHÍNH SÁCH

- 39** Lao động, việc làm và quản lý đất đai ở Hà Nội hiện nay

TS. Hoàng Xuân Nghĩa

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 44** Bồi thường thiệt hại do công chứng viên gây ra

TS. Đỗ Văn Đại

- 53** Bồi thường, hỗ trợ và tái định cư các dự án thủy lợi, thủy điện theo quyết định 34 của Thủ tướng Chính phủ

ThS. Lê Ngọc Thanh

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 59** Một số vấn đề lý luận rút ra từ kinh nghiệm tổ chức chính quyền địa phương ở Pháp và Đức

TS. Nguyễn Thị Kim Thoa - ThS. Nguyễn Thị Hạnh

HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

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

TỔNG BIÊN TẬP

TS. PHẠM VĂN HÙNG

PHÓ TỔNG BIÊN TẬP:

NGUYỄN QUANG MINH

TRỤ SỞ:

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

THIẾT KẾ:

NGUYỄN ANH VŨ

GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:

Số 117/GP-NGÀY 30-3-2001
CỦA BỘ VH TT

PHÁT HÀNH:

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

TÀI KHOẢN:

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

IN TẠI CÔNG TY CP IN KHKT

GIÁ: 15.000 ĐỒNG

Ảnh bìa: Tổng bí thư, Chủ tịch Quốc hội Nguyễn Phú Trọng và Phó chủ tịch Quốc hội Nguyễn Đức Kiên chụp ảnh lưu niệm với cán bộ, viên chức, biên tập viên Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn



Legis 7/2011

STATE AND LAW

- 6** Criteria for reviewing the implementation of regulations on organization and operation of the central state apparatus over four constitutions

Dr. Truong Thi Hong Ha

- 13** The role of elections in building law-governed State of the people, by the people and for the people

Dr. Vu Van Nhiem

- 22** The phenomenon of "legal evasion" in private international law

LL.M. Banh Quoc Tuan

DISCUSSION OF BILLS

- 29** The conditions of civil transaction validity in accordance with the provisions of the Civil Code 2005

LL.M. Nguyen Thi Tinh

- 33** The proposed amendments to the Labor Code 1994 from the implementation of ILO Convention No. 29

Phan Thanh Huyen

POLICIES

- 39** Labour, employment and land management in Hanoi nowadays

Dr. Hoang Xuan Nghia

LEGAL PRACTICE

- 44** Compensation for damage caused by notary

Dr. Do Van Dai

- 53** Compensation, assistance and resettlement projects of irrigation, hydropower under the Government's Decision No.34

LL.M Le Ngoc Thanh

FOREIGN EXPERIENCE

- 59** Several theoretical issues drawn from the experience of organization of local government institutions in France and Germany

Dr. Nguyen Thi Kim Thoa - LL.M Nguyen Thi Hanh

EDITORIAL:

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

EDITOR-IN-CHIEF:

Dr. PHAM VAN HUNG

VICE EDITOR-IN-CHIEF:

NGUYEN QUANG MINH

OFFICE:

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

DESIGN:

NGUYEN ANH VU

LICENSE OF PUBLISHMENT:

N^o 117/GP-DATE 30-3-2001
MINISTRY OF CULTURE AND
INFORMATION

DISTRIBUTION:

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

ACCOUNT NUMBER:

0011000467735
LEGISLATIVE STUDY MAGAZINE
VIETCOMBANK

PRINTED IN SCIENCE TECHNOLOGY
PRINTING COMPANY

Price: 15,000 VND

THƯ CHÚC MỪNG CỦA TẠP CHÍ NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP GỬI CÁC VỊ ĐẠI BIỂU QUỐC HỘI

Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp là cơ quan báo chí thuộc Văn phòng Quốc hội được thành lập theo Nghị quyết 242/NQ-UBTVQH10 ngày 14/12/2000 của Ủy ban Thường vụ Quốc hội. Nhân khai mạc kỳ họp thứ nhất Quốc hội khóa XIII, Tạp chí xin gửi đến các vị đại biểu Quốc hội Khóa XIII lời chúc mừng trân trọng và nồng nhiệt nhất.

Cùng với các đơn vị khác của Văn phòng Quốc hội, hơn mười năm qua, cán bộ, công chức, viên chức, biên tập viên Tạp chí đã không ngừng phấn đấu, giữ vững tôn chỉ mục đích, làm cầu nối giữa các chuyên gia, nhà khoa học, cộng tác viên để công bố, đăng tải những kết quả mới nhất nghiên cứu về Nhà nước, pháp luật và chính sách, đặc biệt là những kết quả nghiên cứu trực tiếp về các dự án luật được đưa vào Chương trình xây dựng luật, pháp lệnh hàng năm và cả nhiệm kỳ của Quốc hội. Những kết quả nghiên cứu công bố, đăng tải trên Tạp chí đã và sẽ là nguồn tài liệu tham khảo thiết thực cho việc thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn của đại biểu Quốc hội. Tạp chí đã nhận được sự đánh giá cao của các đồng chí Lãnh đạo Đảng, nhà nước, các vị đại biểu Quốc hội, cộng đồng các nhà khoa học và bạn đọc trong và ngoài nước. Tháng 12/2010 nhân dịp kỷ niệm 10 năm ngày thành lập (14/12/2000 – 14/12/2011), Tạp chí đã được Thủ tướng Chính phủ tặng Bằng khen.

Thực hiện Cương lĩnh xây dựng đất nước trong thời kỳ quá độ lên chủ nghĩa xã hội (bổ sung, phát triển năm 2011) và Nghị quyết Đại hội Đảng lần thứ XI, nhiều vấn đề quốc kế dân sinh, nhiều dự án luật và các quyết sách lớn thuộc thẩm quyền của Quốc hội trong đó có việc sửa đổi Hiến pháp đòi hỏi có sự chung tay góp sức của toàn xã hội, đặc biệt là các chuyên gia, nhà khoa học. Nhân dân và cử tri cả nước đang đặt kỳ vọng vào các vị đại biểu Quốc hội khóa XIII. Với phương châm hành động “Nâng niu, quý trọng mọi ý tưởng lập pháp vì con người”, Tạp chí rất vinh dự và tự hào được đóng góp một phần vào công cuộc vẻ vang này, tiếp tục chuyển tải kịp thời kết quả nghiên cứu của các chuyên gia, nhà khoa học, cộng tác viên đến các đại biểu Quốc hội (qua ấn phẩm Nghiên cứu Lập pháp hoặc Website: www.nclp.org.vn). Tạp chí rất mong nhận được sự quan tâm của các vị đại biểu Quốc hội tới công tác nghiên cứu về Nhà nước, pháp luật, chính sách và thể hiện quan điểm, trí tuệ của mình vì sự phát triển của đất nước bằng những bài viết trên ấn phẩm Nghiên cứu Lập pháp của Văn phòng Quốc hội (bài viết xin gửi qua Email: nclp@qh.gov.vn).

Cán bộ, công chức, viên chức, biên tập viên của Tạp chí sẽ là người bạn đồng hành hữu ích cùng các vị đại biểu Quốc hội trong việc thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn của mình. Tạp chí mong nhận được nhiều sự góp ý, động viên, giúp đỡ của các cơ quan của Quốc hội, Ủy ban Thường vụ Quốc hội, các Đoàn đại biểu Quốc hội và các vị đại biểu Quốc hội.

Tạp chí xin kính chúc các vị đại biểu Quốc hội khóa XIII sức khỏe, trí tuệ, nhiệt huyết, thành công trong việc thực hiện sứ mệnh vẻ vang vì lợi ích của nhân dân, dân tộc.

Trân trọng.

TẠP CHÍ NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

TIÊU CHÍ TỔNG KẾT VIỆC THI HÀNH QUY ĐỊNH VỀ TỔ CHỨC VÀ HOẠT ĐỘNG CỦA BỘ MÁY NHÀ NƯỚC TRUNG ƯƠNG QUA BỐN BẢN HIẾN PHÁP

■ TRƯƠNG THỊ HỒNG HÀ*

Một trong những nội dung cơ bản của bốn bản Hiến pháp nước ta là nhóm các chế định về tổ chức và hoạt động của bộ máy nhà nước ở trung ương. Các nhóm chế định này được thiết kế trong Hiến pháp nhằm mục đích đảm bảo cho bộ máy nhà nước được tổ chức và vận hành theo đúng bản chất của Nhà nước xã hội chủ nghĩa (XHCN) và đáp ứng yêu cầu của nhân dân về một Nhà nước của nhân dân, do nhân dân và vì dân. Khi nghiên cứu, tổng kết đánh giá việc thi hành các quy định về tổ chức bộ máy nhà nước ở trung ương trong bốn bản Hiến pháp, cần hết sức chú trọng tới tiêu chí đánh giá. Bởi lẽ, chỉ khi nào có được bộ tiêu chí đánh giá toàn diện, đúng đắn và khoa học thì việc tổng kết và đánh giá hoạt động thực thi Hiến pháp mới đạt được chất lượng, các giải pháp đưa ra nhằm sửa đổi và bổ sung Hiến pháp trong giai đoạn tới về vấn đề này mới đảm bảo tính khả thi.

1. Tiêu chí về mặt nội dung

1.1. Bảo đảm chủ quyền nhân dân

Việc xây dựng và thi hành các quy định về tổ chức và hoạt động của bộ máy nhà nước trung ương trong bốn bản Hiến pháp cần bảo đảm các cơ quan trong bộ máy nhà nước ở trung ương khi hoạt động thể hiện được bản chất của Nhà nước ta là Nhà nước XHCN mang tính pháp quyền. Do đó, các quy định của Hiến pháp và việc áp dụng các chức năng, nhiệm vụ của các cơ quan nhà nước trung ương phải bảo đảm nguyên tắc tổ chức và hoạt động của Nhà nước là chủ quyền cao nhất thuộc về nhân dân. Hiến pháp là cơ sở pháp luật quan trọng nhất, cơ bản nhất thiết lập chủ quyền của nhân dân và đảm bảo chủ quyền nhân dân được thực hiện thông qua việc tổ chức ra các cơ quan nhà nước ở trung ương.

Tiêu chí đảm bảo chủ quyền nhân dân trong tổ chức và thực hiện các quy định của bốn bản Hiến pháp được xây dựng trên cơ sở bản chất của Nhà nước XHCN. Nhà nước ta là Nhà nước của nhân dân, do nhân dân, vì nhân dân. Do đó, các quy định về tổ chức bộ máy nhà nước trung ương không được đứng trên pháp luật và càng không phải là bộ máy được thiết lập nên để cai trị nhân dân. Các quy định của Hiến pháp về bộ máy nhà nước trung ương, đặc biệt là Quốc hội trước hết phải thể hiện ý chí, nguyện vọng của giai cấp công nhân và nhân dân lao động. Từng quy định của Hiến pháp phải đảm bảo chủ quyền nhân dân được tôn trọng và gìn giữ. Đồng thời, Hiến pháp cũng cần đảm bảo rằng các quy định khi triển khai trên thực tiễn phải hợp lòng dân, có tính thuyết phục, khả thi và bảo đảm được tính thực quyền của các cơ quan nhà nước ở trung ương.

(*) TS. Giảng viên Viện Nhà nước và Pháp luật, Học viện chính trị - hành chính quốc gia Hồ Chí Minh.

Chủ quyền nhân dân không chỉ là tiêu chí mà còn là mục đích phải đạt được của Hiến pháp Việt Nam khi xác định bản chất giai cấp và xã hội của Nhà nước. Ngay trong bản Hiến pháp XHCN đầu tiên- Hiến pháp Cộng hòa Liên bang Nga năm 1918, đã khẳng định vấn đề mà Hiến pháp cần phải hướng đến chủ quyền nhân dân và bản chất giai cấp của Hiến pháp. Điều 9, Hiến pháp Cộng hòa liên bang Xô Viết đã trang trọng tuyên bố: “Xác lập chuyên chính của giai cấp vô sản thành thị và nông thôn và của bần cố nông... thủ tiêu nạn người bóc lột người và sáng tạo chủ nghĩa xã hội...”. Kế thừa và phát huy trên thực tiễn bản chất của Nhà nước kiểu mới, Hiến pháp Việt Nam đầu tiên năm 1946 đã xác định chủ quyền nhân dân một cách rõ nét: “Nước Việt Nam là một nước dân chủ cộng hòa. Tất cả quyền bính trong nước là của toàn thể nhân dân Việt Nam, không phân biệt nòi giống, gái trai, giàu nghèo, giai cấp, tôn giáo” (Điều 1, Hiến pháp năm 1946). Quy định này của Hiến pháp đã làm cơ sở cho mục tiêu đưa Hiến pháp vào cuộc sống để các cơ quan nhà nước ở trung ương tổ chức và thực hiện.

Tiêu chí đảm bảo chủ quyền nhân dân là cơ sở để đánh giá mức độ và mối quan hệ giữa Nhà nước và nhân dân. Đồng thời, nó là cơ sở để chống lại mọi âm mưu và hành động chống lại độc lập, chủ quyền, thống nhất và toàn vẹn lãnh thổ Việt Nam.

1.2. Bảo đảm tính dân chủ xã hội chủ nghĩa

Tiêu chí dân chủ được xem là một tiêu chí mang đậm tính chính trị, tính lịch sử, tính dân tộc, văn hóa, xã hội và màu sắc pháp lý hiện đại cho hoạt động đánh giá việc tổ chức và thực hiện quy định về tổ chức bộ máy nhà nước trong bốn bản Hiến pháp. Đặc biệt, để khẳng định được bản chất của Nhà nước thông qua tổ chức thực hiện quyền lực nhà nước ở trung ương và địa phương bằng Hiến pháp, các Nhà nước hiện đại đều cố gắng thể hiện việc tổ chức thực hiện các quy định của Hiến pháp đảm bảo tiêu chí dân chủ. Chỉ khác rằng, Nhà nước tư sản củng cố và thực thi nền dân chủ tư sản còn Nhà nước XHCN thì thực thi cơ chế

dân chủ XHCN.

Đánh giá việc thực hiện các quy định của Hiến pháp dựa trên tiêu chí mức độ dân chủ được xem là một cách làm khoa học. Bởi lẽ, với vai trò của mình, Hiến pháp ghi nhận và bảo đảm thực hiện các quyền năng và trách nhiệm của các cơ quan nhà nước ở trung ương. Mỗi một giai đoạn nhất định trong đời sống chính trị - pháp lý và xã hội, tính dân chủ trong tổ chức và hoạt động của bộ máy nhà nước ở trung ương được xác định không giống nhau. Do đó, khi xác định dân chủ là thuộc tính làm nên bản chất của Nhà nước XHCN thì việc đầu tiên là xác định mối quan hệ dân chủ giữa cơ quan nhà nước với nhân dân. Đặc biệt, Nhà nước dân chủ thì pháp luật cũng phải dân chủ - dân chủ do đó cũng là bản chất của pháp luật. Mà Hiến pháp là đạo luật cơ bản khi đã đáp ứng yêu cầu và mục tiêu dân chủ thì việc xây dựng và triển khai thực hiện Hiến pháp một cách dân chủ sẽ bảo đảm cho việc quản lý xã hội của Nhà nước được dân chủ.

Trong các cơ quan nhà nước ở trung ương, Quốc hội là một cơ quan có vị trí pháp lý đặc biệt liên quan đến mối quan hệ dân chủ giữa Nhà nước và nhân dân. Do đó, để đảm bảo tiêu chí dân chủ, Quốc hội được nhân dân bầu ra theo nguyên tắc dân chủ, là cơ quan đại biểu cao nhất của nhân dân, thay mặt nhân dân thực thi quyền lập hiến và lập pháp. Vì lẽ đó, dân chủ là bản chất của hoạt động lập hiến, lập pháp, đồng thời cũng là động lực của hoạt động tổ chức thực thi Hiến pháp. Dân chủ cũng là yếu tố quyết định chất lượng của hoạt động do các cơ quan nhà nước tiến hành mà mục đích quan trọng là bảo đảm cho Hiến pháp được thực hiện đầy đủ và hiệu quả trên thực tế.

Các cơ quan nhà nước ở trung ương trong quá trình hoạt động của mình phải hết sức nỗ lực khi cụ thể hóa Hiến pháp bằng các hình thức và phương pháp pháp lý mà Hiến pháp cho phép. Nghĩa là dân chủ phải được đảm bảo trong thực tiễn hoạt động của từng chủ thể. Do đó, đánh giá tiêu chí về dân chủ trong thực thi Hiến pháp cần căn cứ vào việc ban hành Hiến pháp, luật, các quy định chứa đựng quy phạm

pháp luật và các hoạt động tổ chức thực hiện pháp luật, hoạt động bảo vệ pháp luật của các cơ quan nhà nước. Tiêu chí dân chủ được xác định là một căn cứ để đánh giá hoạt động thực thi Hiến pháp vì lợi ích của nhân dân, có sự tham gia ý kiến của nhân dân.

1.3. Phù hợp với quan điểm, đường lối, chính sách của Đảng ta về xây dựng Nhà nước trong từng thời kỳ

Khi đánh giá việc tổ chức thực hiện Hiến pháp cần thiết phải chú trọng tới việc cơ quan, tổ chức nhà nước ở trung ương khi thực hiện chức năng, nhiệm vụ hiến định có đảm bảo phù hợp với quan điểm, đường lối, chính sách của Đảng ta trong từng thời kỳ không. Ở Việt Nam, thực tiễn lịch sử và Điều 4 của Hiến pháp năm 1980, 1992 đã khẳng định: Đảng cộng sản Việt Nam là lực lượng lãnh đạo Nhà nước và toàn thể xã hội. Đây là nguyên tắc hiến định mang tính chính trị - pháp lý, phù hợp với điều kiện khách quan của lịch sử phát triển Nhà nước trong từng giai đoạn. Do đó, việc tổ chức thực thi hiến pháp, nói cho cùng, đó là sự tổ chức thực thi quyền lực chính trị của Nhà nước dưới sự lãnh đạo của Đảng. Vì vậy, nó không tồn tại ngoài ý chí của Đảng mà phải đồng nhất với đường lối, chính sách phát triển đất nước của Đảng qua từng thời kỳ. Trong lịch sử tổ chức và thực thi các bản Hiến pháp của Việt Nam có những thời kỳ, Chủ tịch nước được thiết kế là người đứng đầu Nhà nước, vừa là người đứng đầu Chính phủ; Chính phủ có Nội các. Song đến giai đoạn phát triển dân chủ hơn và mang đậm tính chất XHCN, Chủ tịch nước được xác định là tập thể với tên gọi là Hội đồng Nhà nước; đồng thời, chế định Chính phủ được xây dựng bao gồm Hội đồng Bộ trưởng. Các quy định về bộ máy nhà nước trung ương qua các thời kỳ đã chứng tỏ sự thiết kế phù hợp với đường lối, chính sách của Đảng và phù hợp với tình thế cách mạng mà Nhà nước là một tổ chức chính trị có vị trí trung tâm.

Ngoài ra, cũng phải thấy rằng, tiêu chí này đánh giá sự đảm bảo giữ vững bản chất của Nhà nước XHCN qua các giai đoạn, kể cả khi xây dựng và hoàn thiện Nhà nước pháp quyền

XHCN, giai đoạn nào các cơ quan nhà nước cũng thể hiện đặc trưng là Nhà nước do Đảng Cộng sản lãnh đạo.

1.4. Phù hợp với các điều kiện chính trị, kinh tế, xã hội của đất nước

Cũng như pháp luật nói chung, việc tổ chức thực thi các quy định của Hiến pháp về tổ chức bộ máy nhà nước ở trung ương cũng phải phản ánh đúng trình độ phát triển của nền kinh tế - xã hội của đất nước. Do đó, khi đánh giá về hoạt động thực thi Hiến pháp cần chú trọng tới tiêu chí phù hợp với các điều kiện kinh tế, xã hội. Không thể lấy tiêu chí về tư tưởng cao hơn để đánh giá các hoạt động tổ chức thực hiện quy định của Hiến pháp thoát ly khỏi thực tế của đời sống kinh tế. Đặc biệt, các so sánh, bằng chứng về sự phát triển cần phải cân đối với thực trạng nền kinh tế và cách thức quản lý kinh tế của từng thời kỳ, nhất là các hoạt động và chiến lược đổi mới đất nước về kinh tế đang diễn ra mạnh mẽ khoảng 25 năm gần đây. Bên cạnh đó, một trong những căn cứ để đánh giá quá trình thực thi các quy định của Hiến pháp về tổ chức và hoạt động của bộ máy nhà nước ở trung ương là tính phù hợp và sự tương thích với sự phát triển của trình độ dân trí, văn hóa và mức độ phát huy các truyền thống tốt đẹp của dân tộc. Hoạt động thực thi Hiến pháp là hoạt động đưa Hiến pháp vào cuộc sống, đảm bảo giá trị bền vững của Hiến pháp được duy trì, tồn tại và tôn vinh. Do đó, nếu hoạt động của cơ quan nhà nước ở trung ương trong quá trình thực thi Hiến pháp được đánh giá là phù hợp với Hiến pháp nhưng không phù hợp với đặc thù văn hóa Việt và thiếu sự gắn gũi với nền văn hóa tiến tiến, đậm đà bản sắc dân tộc là mục đích mà Hiến pháp hướng đến, thì sự thực thi Hiến pháp thuần túy là quá trình thực hiện pháp luật, không phản ánh được tính văn hóa, lịch sử và truyền thống dân tộc cần phải có của nó.

1.5. Phù hợp với những nguyên tắc, yêu cầu xây dựng Nhà nước pháp quyền, như:

Tính công khai

Tính công khai bắt nguồn từ đặc điểm của pháp luật, là đòi hỏi của hệ thống pháp luật

nói chung và các quy định của Hiến pháp về tổ chức bộ máy nhà nước ở trung ương nói riêng. Bởi lẽ, pháp luật được xem là hệ thống quy tắc xử sự mà tất cả mọi người đều phải biết và tuân theo. Tính công khai của các quy định của Hiến pháp thể hiện ở chỗ không chỉ Hiến pháp mà tất cả các văn bản quy phạm pháp luật về tổ chức bộ máy nhà nước phải được ban hành đúng thẩm quyền, theo trình tự luật định và công bố theo quy định của pháp luật. Để đảm bảo tính công khai rộng rãi, cần đánh giá các hoạt động thực thi Hiến pháp dựa trên cơ sở các văn bản quy phạm pháp luật phải được ban hành đúng trình tự, thủ tục và với hình thức pháp lý cao, hạn chế tối đa các văn bản hướng dẫn thi hành. Khi tổ chức thực hiện, các cơ quan nhà nước hướng đến đảm bảo quyền tiếp cận thông tin của người dân đối với các hoạt động của cơ quan nhà nước. Điều này thể hiện sự tăng cường hoạt động giám sát của nhân dân đối với hoạt động của cơ quan nhà nước. Công khai chính là tiêu chí để đánh giá quá trình các cơ quan nhà nước ở trung ương khi tiến hành hoạt động của mình đã tự giác tuân theo pháp luật hay chưa, có huy động sự tham gia của nhân dân vào quản lý nhà nước không; có tạo điều kiện, cơ chế giải quyết khiếu nại, tố cáo đối với hoạt động thực thi công vụ của các cán bộ, công chức một cách thuận tiện hay không.

Tính minh bạch

Minh bạch là yêu cầu quan trọng của hệ thống pháp luật và hoạt động thực thi pháp luật. Trong điều kiện hội nhập quốc tế, “minh bạch” trở thành yêu cầu, nguyên tắc của Hiến pháp và pháp luật quốc gia trong mối quan hệ với pháp luật quốc tế mà quốc gia đó tham gia ký kết hoặc gia nhập. Tính minh bạch đòi hỏi các quy phạm pháp luật quy định chức năng, nhiệm vụ của cơ quan nhà nước ở trung ương phải đầy đủ, rõ ràng, cụ thể, ổn định, có thể dự đoán trước, tạo điều kiện thuận lợi cho người dân trong việc tiếp cận và thực hiện để bảo vệ các quyền và lợi ích hợp pháp của mình. Đồng thời, tính minh bạch đòi hỏi quá trình tổ chức và thực thi các quy định của Hiến pháp về tổ

chức và hoạt động bộ máy nhà nước ở trung ương phải xác định tiêu chí về tính phù hợp với với điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên, có sự tương thích nhất định với các cơ quan nhà nước của các nước trên thế giới. Tiêu chí này đòi hỏi việc tổ chức, thực thi các quy định của Hiến pháp phải có sự kế thừa, có chọn lọc kinh nghiệm của các nước trong việc điều chỉnh bằng pháp luật các quan hệ xã hội phát sinh trong hoạt động của các cơ quan nhà nước ở trung ương. Đặc biệt, mỗi quan hệ giữa các cơ quan nhà nước ở trung ương phải nằm trong mối quan hệ công pháp quốc tế, đó là thực thi pháp luật trong nước và quốc tế đảm bảo chủ quyền của Việt Nam và các quan hệ quốc tế theo nguyên tắc hợp tác, bình đẳng và cùng có lợi.

1.6. Bảo đảm khả năng kiểm soát quyền lực

Việc tổ chức thực thi các quy định về tổ chức bộ máy nhà nước ở trung ương qua các bản Hiến pháp cần được đánh giá dựa trên tiêu chí quan trọng trong tổ chức và thực hiện quyền lực nhà nước, đó là khi các cơ quan nhà nước tiến hành các chức năng, nhiệm vụ của mình cần đảm bảo rằng quyền lực nhà nước đang được kiểm soát một cách chặt chẽ từ phía nhân dân. Bởi lẽ, theo lý luận và trên thực tế, khi Hiến pháp phân quyền cho các cơ quan nhà nước ở trung ương và cơ quan nhà nước ở địa phương theo nguyên tắc quyền lực nhà nước là thống nhất đòi hỏi quá trình tổ chức thực hiện, quyền lực nhà nước cũng phải đảm bảo được tổ chức thi hành một cách thống nhất. Trong đó, các cơ quan phối hợp thực hiện quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp đều hoạt động dưới sự kiểm soát quyền lực nhà nước và quyền lực nhân dân. Tiêu chí đảm bảo có sự kiểm soát quyền lực mang tính nhà nước đòi hỏi phải căn cứ vào việc đánh giá hoạt động giám sát của Quốc hội, các cơ quan của Quốc hội, đại biểu Quốc hội và Hội đồng nhân dân. Tuy nhiên, đối với các cơ quan trung ương thì việc giám sát của Quốc hội là một thiết chế giám sát quyền lực đang có ưu thế hiện nay. Sự kiểm soát quyền lực từ phía Quốc hội được

hiều chính là sự giám sát gián tiếp của nhân dân. Chính hoạt động giám sát của Quốc hội với việc thực hiện quyền giám sát tối cao đối với toàn bộ hoạt động của Nhà nước sẽ là câu trả lời cho việc các cơ quan nhà nước ở trung ương được tổ chức và thực hiện các quy định của Hiến pháp như thế nào. Đặc biệt, qua các bản Hiến pháp trong lịch sử Nhà nước Việt Nam thì vị trí của Quốc hội và hoạt động giám sát của Quốc hội ngày càng được đề cao, phù hợp hơn với thực tế và luôn tạo ra cơ chế kiểm soát quyền lực nhà nước hữu hiệu đối với việc thực thi pháp luật của các cơ quan nhà nước ở trung ương. Ngoài ra, hoạt động kiểm sát của Viện kiểm sát đối với hoạt động tư pháp, hoạt động thanh tra Chính phủ đối với các cơ quan của Chính phủ và đặc biệt, hoạt động của Kiểm toán Nhà nước đã và đang thiết lập một cơ chế kiểm soát quyền lực nhà nước do các cơ quan nhà nước ở trung ương thực hiện. Việc đánh giá hiệu quả hoạt động của các cơ quan có chức năng giám sát, thanh tra, kiểm sát nêu trên phản ánh mức độ và hiệu quả thực thi các quy định của Hiến pháp về các cơ quan nhà nước ở trung ương. Nếu hoạt động giám sát tối cao của Quốc hội, thanh tra của Chính phủ, kiểm sát của Viện kiểm sát nhân dân tối cao và kiểm toán của cơ quan kiểm toán nhà nước đạt được tính minh bạch, khách quan và được tiến hành thường xuyên, liên tục thì hiệu quả của hoạt động thực thi các quy định của Hiến pháp do các cơ quan nhà nước ở trung ương tiến hành cũng sẽ đảm bảo đúng mục đích tôn trọng Hiến pháp và thể hiện được bản chất của Nhà nước, của chế độ XHCN trong thực tế. Ngược lại, nếu các hoạt động kiểm soát quyền lực nhà nước không được chú trọng, cơ chế phân công quyền lực nhà nước sẽ trở thành lý thuyết và xa rời với thực tế; đồng thời không tạo được giới hạn thẩm quyền của từng thiết chế bộ máy nhà nước. Điều này cũng có nghĩa, chỉ phân quyền mà không giám sát việc các cơ quan nhà nước thực hiện quyền lực nhà nước thì quyền lực nhà nước sẽ bị biến thành lợi ích của riêng một nhóm người sở hữu nó về thực chất và vô hình trung, quyền lực của nhân

dân giao cho Nhà nước sẽ bị thao túng và biến thành một khối của cải mang tính hình thức.

2. Tiêu chí về mặt hình thức

2.1. Tính toàn diện

Đánh giá việc thi hành các quy định của Hiến pháp về tổ chức và thực hiện của các cơ quan nhà nước ở trung ương cần phải đảm bảo tính toàn diện. Tính toàn diện là tiêu chuẩn cơ bản thể hiện mức độ hoàn thiện của hệ thống pháp luật mà hệ thống đó lấy Hiến pháp làm cơ sở pháp lý cơ bản. Tính toàn diện ở đây được xem là tiêu chí hàng đầu để đánh giá mức độ thực thi các quy định của pháp luật về tổ chức bộ máy nhà nước ở trung ương. Đối với Hiến pháp và hệ thống pháp luật, tính toàn diện là tiêu chuẩn để “định lượng” mức độ điều chỉnh của pháp luật, còn đối với hoạt động thực thi pháp luật, tính toàn diện thể hiện sự tổ chức thực hiện pháp luật theo diện rộng hay hẹp, mức độ triển khai các chức năng, nhiệm vụ mà Hiến pháp đã quy định hay chỉ tiến hành một số chức năng, thẩm quyền nhất định. Tính toàn diện cho phép đánh giá việc thực thi Hiến pháp của cơ quan nhà nước ở trung ương đã đạt hay chưa. Bởi lẽ, trong thực tiễn, có những cơ quan được Hiến pháp quy định cho rất nhiều quyền song lại không thực hiện các quyền đó hoặc nhiều cơ quan khi tổ chức thực hiện thấy khó khăn về phía mình nên “đổ lỗi” cho “cơ chế”, cho việc thiếu quy định, trình tự để thực hiện thẩm quyền đó (như quyền bỏ phiếu tín nhiệm Chính phủ, các thành viên của Chính phủ hay quyền quyết định trưng cầu ý dân của Quốc hội hay như việc Chính phủ ban hành quá nhiều nghị định mang tính chất giải thích luật). Tính toàn diện cũng là tiêu chuẩn để đánh giá việc thực thi quy định của Hiến pháp về tổ chức và hoạt động của cơ quan nhà nước ở trung ương trong việc triển khai các hình thức pháp lý hay phi pháp lý để tổ chức thực hiện Hiến pháp.

2.2. Tính đồng bộ

Tính đồng bộ của Hiến pháp và việc tổ chức thực hiện Hiến pháp là một tiêu chí đòi hỏi trong quá trình đánh giá cần căn cứ vào sự

thực thi của các cơ quan có thống nhất không, có bị mâu thuẫn, chông chéo về chức năng, nhiệm vụ hay không. Đây cũng chính là cách thức tiếp cận để trả lời câu hỏi, trong thực tiễn, các quy định của Hiến pháp có tạo ra sự phối hợp chặt chẽ giữa các cơ quan trong quá trình tổ chức thực hiện quyền lực nhà nước hay không. Điều này đòi hỏi việc đánh giá thực thi Hiến pháp phải tiếp cận đến từng cơ quan, đầu mối cơ quan và các bộ phận của nó trong các hoạt động nhằm thực hiện chức năng, nhiệm vụ cụ thể. Đặc biệt, cần đánh giá cách thức giải quyết xung đột về thẩm quyền giữa các cơ quan trong thực tiễn đã phù hợp với tinh thần của Hiến pháp chưa, Hiến pháp nào đã tạo ra cơ chế giải quyết xung đột về thẩm quyền một cách hợp lý nhất. Chỉ có thể đánh giá trên cơ sở tiêu chí về tính đồng bộ mới cho chúng ta thấy rõ được mức độ hoàn thiện của tổ chức bộ máy của từng cơ quan nhà nước ở trung ương nói riêng và các cơ quan trong cả hệ thống cơ quan nhà nước. Đặc biệt, tiêu chí đồng bộ chính là cơ sở để tiến hành rà soát và sắp xếp lại các cơ quan trong bộ máy nhà nước đảm bảo cho sự cân đối, hài hòa về tổ chức, đồng thời hiệu quả trong việc triển khai các chức năng. Trong thực tiễn, việc sắp xếp lại các cơ quan trong bộ máy nhà nước đang chia thành ba nhánh: hệ thống cơ quan lập pháp (Quốc hội), hệ thống cơ quan hành pháp (Chính phủ) và hệ thống cơ quan tư pháp (Tòa án và Viện kiểm sát). Trong ba nhánh cơ quan này, tính đồng bộ được thể hiện trong mỗi thời kỳ là không giống nhau, đặc biệt có những cơ quan về hình thức là đang tinh giản nhưng thực chất lại chỉ giảm số lượng đầu mối mà phình to các cơ cấu bên trong. Lý do cho hiện tượng này là chức năng, nhiệm vụ của các cơ quan ngày càng tăng lên. Tuy nhiên, cần thấy rằng, chức năng, nhiệm vụ lại do Hiến pháp quy định mà Hiến pháp lại mang tính ổn định. Do đó, nhiều khi, các cơ quan nhà nước ở trung ương tiến hành các cách thức thực thi Hiến pháp lại không phụ thuộc vào quy định của Hiến pháp mà lại phụ thuộc vào tình hình thực tiễn và chịu sự tác động ở nhiều yếu tố chủ quan khác nhau. Điều này cho thấy,



xét về mặt hình thức, cần phải đánh giá lại tính đồng bộ trong thực thi Hiến pháp để đảm bảo rằng các cơ quan nhà nước ở trung ương khi thực hiện các quy định của Hiến pháp luôn luôn chú trọng tới tính đồng bộ khi thiết kế cơ cấu tổ chức của cơ quan mình trong mối quan hệ với các cơ quan khác.

3. Tiêu chí về kỹ thuật tổ chức

3.1. Thực thi các quy định của Hiến pháp cần đảm bảo tính khoa học

Đây là một tiêu chí hết sức quan trọng làm cơ sở cho việc đánh giá hoạt động thực thi các quy định về tổ chức và hoạt động của các cơ quan nhà nước. Nếu việc triển khai các quy định của Hiến pháp không được tiến hành khoa học thì mọi hoạt động thực thi Hiến pháp chỉ mang tính hình thức, thậm chí gây lãng phí về vật chất, nguồn lực, thời gian hay nghiêm trọng hơn là những tổn thất về chính trị. Tuy nhiên, tính khoa học lại đòi hỏi về thời điểm triển khai các quy định của Hiến pháp trong thực tiễn, mức độ cụ thể hóa các quy định của Hiến pháp trong các văn bản quy phạm pháp luật và sự lựa chọn thực hiện sự ủy quyền của Hiến pháp cho các cơ quan nhà nước khác. Điều này dẫn đến một thực tế là khi triển khai đánh giá hoạt động thực hiện Hiến pháp và pháp luật trong bất cứ lĩnh vực nào chúng ta rất ngại đề cập một cách trực diện về tiêu chí khoa học để đánh giá, mà hầu như chỉ tiếp cận đến một vài

khía cạnh của tính khoa học. Tính khoa học là một nội hàm của tiêu chí về kỹ thuật tổ chức cho phép chúng ta xác định và đánh giá một cách khách quan và đúng đắn mức độ thực thi các quy định của Hiến pháp về tổ chức và hoạt động của các cơ quan nhà nước ở trung ương trong các thời kỳ và qua từng bản Hiến pháp khác nhau. Chính vì lẽ đó, tiêu chí khoa học đòi hỏi có sự tham gia đánh giá hoạt động thực thi pháp luật của nhiều nhà khoa học trong các lĩnh vực khác nhau như: luật học, chính trị học, hành chính học, quản lý học, văn hóa học, triết học; đồng thời phải thu hút sự quan tâm đánh giá của các nhà quản lý công tác tại các cơ quan nhà nước ở trung ương là đối tượng đang được đánh giá. Bên cạnh đó, các nhà hoạt động thực tiễn, các doanh nghiệp và nhân dân cũng là các chủ thể quan trọng được hỏi ý kiến đánh giá hoạt động của các cơ quan nhà nước khi các cơ quan này hoạt động.

3.2. Mức độ nhận thức đúng đắn về các quy định của Hiến pháp về tổ chức và hoạt động của các cơ quan nhà nước ở trung ương

Các quy định của Hiến pháp được coi là hoàn thiện không chỉ thể hiện ở chỗ được ban hành dưới hình thức một văn bản quy phạm pháp luật, mà quan trọng hơn là Hiến pháp phải đi vào cuộc sống. Điều này đòi hỏi một tiêu chí cần đạt được là phải làm cho nhân dân nắm đầy đủ và hiểu được nội dung của Hiến pháp. Muốn vậy, công tác tuyên truyền, giáo dục pháp luật, giải thích pháp luật phải là những công việc được tiến hành thường xuyên, các biện pháp và hình thức giáo dục và nâng cao ý thức pháp luật... cho nhân dân được triển khai có hiệu quả chính là tiêu chí đánh giá mức độ thực thi Hiến pháp trong thực tiễn. Bởi lẽ, các quy định của Hiến pháp về tổ chức và hoạt động của các cơ quan nhà nước ở trung ương phải được chính cán bộ, công chức trong hệ thống các cơ quan đó hiểu rõ và hiểu một cách thống nhất thì mới có cơ sở vận hành các quy định của Hiến pháp trên thực tiễn hoạt động theo chức năng, nhiệm vụ và thẩm quyền được giao phó. Tính vi hiến vì thế mới được khắc phục ngay từ trong nhận thức. Hơn nữa, người

dân nhận thức đúng đắn để bảo vệ quyền và lợi ích của mình có hiệu quả.

Bên cạnh đó, cũng cần thấy rằng, Hiến pháp được coi là hoàn thiện còn thể hiện thông qua hoạt động thực hiện và áp dụng pháp luật của đội ngũ cán bộ, công chức. Do vậy, phải nâng cao trình độ, năng lực, phẩm chất cho đội ngũ cán bộ, công chức mà trước hết là cán bộ, công chức làm công tác tại các cơ quan trung ương. Họ phải là những người nắm vững các quy định của Hiến pháp, pháp luật hành chính cùng các luật tổ chức và hoạt động của các cơ quan nhà nước ở trung ương cùng các văn bản quy phạm pháp luật có liên quan. Đòi hỏi này cho thấy, tiêu chí nhận thức là một tiêu chí mang tính chất kỹ thuật song đòi hỏi phải được xem xét và đưa vào hệ tiêu chí. Không thể có một Hiến pháp hoàn hảo và hoạt động thực thi Hiến pháp có hiệu quả khi nhận thức về Hiến pháp của đội ngũ cán bộ, công chức trong cơ quan nhà nước và nhân dân lại thấp kém hoặc hoạt động tuyên truyền, giáo dục pháp luật không được chú trọng.

Như vậy, có thể nhận thấy rằng, việc xây dựng tiêu chí để đánh giá hoạt động thực thi Hiến pháp được xem là một trong những việc làm cần thiết. Trên cơ sở tổ chức và hoạt động của từng cơ quan nhà nước ở trung ương như Quốc hội, Chính phủ, Tòa án nhân dân, Viện kiểm sát nhân dân, các tiêu chí nêu trên sẽ là cơ sở chủ yếu để đánh giá một cách khách quan, toàn diện và khoa học việc thực thi các quy định của Hiến pháp qua các giai đoạn.

Trên đây là cách tiếp cận để đánh giá theo các tiêu chí chiều dọc. Ngoài ra, còn có thể xây dựng và có nhiều tiêu chí đánh giá khác nữa theo chiều ngang, đánh giá chéo v.v., phụ thuộc vào từng quy mô và tính chất của từng hoạt động để đưa các tiêu chí khác nhau vào đánh giá. Vấn đề cuối cùng vẫn phải trả lời câu hỏi khi xác định tiêu chí để đánh giá, đó là: “Các cơ quan nhà nước ở trung ương trong thời gian vừa qua đã được tổ chức và hoạt động đúng với tinh thần của Hiến pháp ở mức độ nào và làm cách nào để biết được mức độ hiện có?”. ■

VAI TRÒ CỦA BẦU CỬ TRONG VIỆC XÂY DỰNG NHÀ NƯỚC PHÁP QUYỀN CỦA DÂN, DO DÂN VÀ VÌ DÂN

■ VŨ VĂN NHIÊM*

Điều 2 Hiến pháp 1992 (sửa đổi năm 2001) nước ta qui định rõ “Nhà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa của nhân dân, do nhân dân, vì nhân dân. Tất cả quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân mà nền tảng là liên minh giữa giai cấp công nhân với giai cấp nông dân và đội ngũ trí thức”. Bầu cử không những là phương thức nhân dân lựa chọn và ủy thác quyền lực cho các thiết chế đại diện, thể hiện rõ nét nhất Nhà nước “của nhân dân”, nó còn có ý nghĩa quan trọng quyết định phương thức hoạt động “do nhân dân” để hướng tới mục đích “vì nhân dân” của Nhà nước. Bài viết bàn về vai trò của bầu cử trong việc xây dựng Nhà nước pháp quyền của dân, do dân và vì dân.

1. Bầu cử có vai trò hợp pháp hóa chính quyền - nền tảng của mọi nhà nước pháp quyền

1.1. Luật pháp quốc tế về hợp pháp hóa (legitimacy) chính quyền

Tuyên ngôn quốc tế về quyền con người năm 1948 của Liên hiệp quốc đã khẳng định “Nền tảng uy quyền của các quyền lực công cộng là ý chí của nhân dân; ý chí này phải được thể hiện qua các cuộc bầu cử thường kỳ và chân thực, được tổ chức theo nguyên tắc bình đẳng, phổ thông đầu phiếu và bỏ phiếu kín hoặc bằng những tiến trình bầu cử tự do tương đương” (Điều 21)¹. Công ước quốc tế về

các quyền dân sự và chính trị trình trọng tuyên bố “Mọi công dân, không có bất kỳ sự phân biệt nào... và không có sự hạn chế bất hợp lý nào, đều có quyền và cơ hội để: a) tham gia vào việc điều hành các công việc nhà nước một cách trực tiếp hoặc thông qua những người đại diện được họ tự do lựa chọn; b) bầu cử và ứng cử trong các cuộc bầu cử định kỳ chân thực, bằng phổ thông đầu phiếu, bình đẳng và bỏ phiếu kín nhằm đảm bảo cho cử tri tự do bày tỏ ý nguyện của mình...” (Điều 25)². Bằng bầu cử, nhân dân lựa chọn, thành lập ra cơ quan đại diện và ủy thác quyền lực cho họ. Họ thay mặt nhân dân, thực hiện quyền lực trong bộ

(*) TS. Đại học Luật TP Hồ Chí Minh.

(1) Thông qua và tuyên bố theo nghị quyết số 217A(III) ngày 10/12/1948 của Đại hội đồng Liên hiệp quốc.

(2) Công ước này được thông qua và đề nghị cho các nước ký kết, phê chuẩn, gia nhập theo Nghị quyết của Đại hội đồng Liên hiệp quốc số 2200(XXI) ngày 16/12/1966. Có hiệu lực ngày 23/3/1976 (theo Điều 49). Việt Nam gia nhập ngày 24/9/1982.

máy nhà nước, và như vậy mới là quyền lực hợp pháp.

Như vậy, ý chí của nhân dân là nền tảng của quyền lực nhà nước. Thông qua bầu cử, nhân dân chọn lựa cho mình người đại diện và ủy thác quyền lực cho họ. Nói cách khác, cơ quan đại diện nhận quyền lực từ nhân dân và thay mặt nhân dân để thực hiện quyền lực (chủ quyền nhân dân) trong bộ máy nhà nước. Chính vì lẽ đó, chính quyền được thành lập thông qua các cuộc bầu cử hợp pháp được cộng đồng quốc tế công nhận.

Hội nghị an ninh và hiệp tác châu Âu (Organization for Security and Co-operation in Europe - CSCE) khẳng định “ý chí của nhân dân thông qua bầu cử định kỳ và chân thực là nền tảng cho thẩm quyền và tính hợp pháp của quyền lực nhà nước”³.

Lịch sử phát triển của nhà nước trên thế giới đã trải qua nhiều cách thức tổ chức chính quyền mà không qua bầu cử. Dân chủ xét dưới góc độ tổ chức bộ máy nhà nước có nghĩa là nhân dân chính là chủ thể của quá trình tổ chức. Do vậy, các phương thức tổ chức không thể hiện bản chất đó như truyền ngôi thế tập, dùng bạo lực... có xu thế chuyển sang bầu cử. Trong thế giới hiện đại, chính quyền thành lập không qua bầu cử - như bằng đảo chính quân sự - dù nhằm mục đích gì (kể cả được coi là chính đáng, như chính quyền cũ quá thối nát), thường không được các quốc gia, các tổ chức quốc tế công nhận, hoặc nếu có thì sự thừa nhận cũng hết sức dè dặt. Ngược lại, một chính quyền do người dân thành lập thông qua bầu cử theo những nguyên tắc tiến bộ: tự do, công bằng và trung thực, thì về nguyên tắc, chính quyền đó được coi là hợp pháp và được sự thừa nhận của cộng đồng quốc tế.

Nhiều nhà nghiên cứu đã khẳng định rằng, trong một hệ thống chính trị dân chủ, không gì có thể thay thế được những cuộc bầu cử đại chúng có vai trò hợp pháp hóa quyền uy của người đại diện. Chức năng thiết yếu của các cuộc bầu cử là hợp pháp hóa uy quyền công cộng và cung cấp những đại biểu dân cử với một sự uỷ nhiệm quyền lực đặc biệt⁴. Chế độ bầu cử được coi là “phương thức chính thống thay đổi quyền lực nhà nước”⁵. J.Locke cho rằng, *chính quyền được tạo dựng trên cơ sở sự bằng lòng của dân chúng; hành động của chính quyền không được sự đồng lòng của dân chúng là không có giá trị hay không được uỷ quyền*.

Sự hậu thuẫn của cử tri càng lớn, việc thực hiện quyền lực của cơ quan dân cử sẽ càng thuận lợi⁶. Cuộc bầu cử càng đảm bảo chế độ phổ thông đầu phiếu, cử tri tham gia bầu cử càng đông, ứng cử viên hoặc đảng phái chính trị trúng cử đạt độ tín nhiệm càng cao, càng đảm bảo tính chính đáng. Cũng thật dễ hiểu, những cơ quan, những chức danh do nhân dân trực tiếp bầu ra, bao giờ tính “chính danh” cũng cao hơn, vì sự tấn phong của nhân dân tạo vị thế vững chắc cho họ: họ là người đại diện cho nhân dân, nhận được quyền lực trực tiếp từ chính nhân dân. Về nguyên tắc, những cơ quan do nhân dân bầu ra, thì phải do nhân dân phế truất (trong trường hợp cần xử lý kịp thời, thủ tục thực hiện cần chặt chẽ và thường kết hợp những hình thức nhất định để đảm bảo ý chí của nhân dân). Và cũng vậy, các cơ quan được thành lập từ cơ quan đại diện thường được gọi là những cơ quan phái sinh từ nhân dân.

Mặt khác, cũng cần thấy rằng, không phải tất cả các cuộc bầu cử đều tạo tính hợp pháp, tính chính đáng cho quyền lực nhà nước. Nếu

(3) Conference for Security and Co-operation in Europe, second conference on the human dimension of the CSCE Document of the Copenhagen meeting of the Conference on the human dimension of the CSCE, Copenhagen, 5 June- 29 July, 1990.

(4) Timothy D. Sisk With Julie Ballington, Scott A. Bollens, Pran Chopra, Julia Demichelis, Carlos E. Juárez, Arno Loessner, Michael Lund, Demetrios G. Papademetriou, Minxin Pei, John Stewart, Gerry Stoker, David Storey, Proserpina Domingo Tapales, John Thompson, Dominique Wooldridge, “Democracy at the local level the international idea handbook on participation, representation, conflict management, and governance” (International IDEA Handbook Series 4), © International Institute for Democracy and Electoral Assistance (International IDEA) 2001, p.115.

(5) Nguyễn Đăng Dung (2002), *Hiến pháp và bộ máy nhà nước*, Nxb. Giao thông vận tải, Hà Nội, tr. 347.

(6) TS. Đặng Đình Tân (Chủ biên), *Nhân dân giám sát các cơ quan dân cử ở Việt Nam trong thời kỳ đổi mới*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội -2006, tr.143.

như các cuộc bầu cử không phản ánh ý chí của nhân dân thì bầu cử chỉ là “vỏ bọc”, được mượn để hợp thức hóa chính quyền. Không phải ngẫu nhiên, cộng đồng tiến bộ quốc tế, để thúc đẩy quá trình dân chủ hóa, thúc đẩy việc tôn trọng thực thi và bảo vệ quyền con người, bằng nhiều biện pháp đã khuyến khích các nước mở rộng bầu cử tự do, công bằng, cạnh tranh, vì suy cho cùng, đó là cách thức tốt nhất để các cuộc bầu cử phản ánh đúng đắn nhất, trung thực nhất ý chí của nhân dân. Vì sự chặt chẽ, tính thống nhất và sự ràng buộc của pháp luật quốc tế đối với các quốc gia còn ở mức độ nhất định, trong khi đó, các cuộc bầu cử ở mỗi nước là do pháp luật của nước đó quy định; do vậy, không đơn giản để có tiêu chí thống nhất về bầu cử tự do, công bằng đối với các nước. Tuy nhiên, các cuộc bầu cử không tuân thủ các nguyên tắc bầu cử tiến bộ, như không đảm bảo phổ thông đầu phiếu (như bầu cử chỉ dành cho nam giới...), hạn chế tự do (như khủng bố, ám sát các ứng cử viên...), không đảm bảo bình đẳng, công bằng (như tìm mọi cách loại bỏ ứng cử viên, gian lận phiếu...), hay các biểu hiện bất minh để hạ thấp vai trò của cử tri... khó có thể được coi là các cuộc bầu cử đúng đắn, chân chính. Do đó, tính chính đáng của chính quyền được thành lập thông qua các cuộc bầu cử như vậy là một vấn đề cần được xem xét.

1.2. Hợp pháp hóa quyền lực chính trị ở Việt Nam

Ở Việt Nam, ngay sau khi mới được thành lập, chính quyền cách mạng phải đối phó với một tình thế hết sức khó khăn. Chính phủ lâm thời long trọng tuyên bố với thế giới: nước Việt Nam đã trở thành một nước tự do, độc lập. Chính phủ nước Việt Nam dân chủ cộng hòa đã ra đời, song chưa được một quốc gia nào trên thế giới công nhận⁷. Mặc dù trong điều kiện thù trong, giặc ngoài, tình hình chính trị, kinh tế, xã hội hết sức khó khăn, tại phiên họp đầu tiên của Chính phủ lâm thời ngày 3/9/1945,

Chủ tịch Hồ Chí Minh đã chỉ ra rằng “Phải bầu ngay Quốc hội, càng sớm càng tốt. Bên trong thì nhân dân tin tưởng thêm vào chế độ mình. Trước thế giới, Quốc hội do dân bầu ra sẽ có một giá trị pháp lý không ai có thể phủ nhận được”⁸; “Chỉ có Tổng tuyển cử mới để cho dân chúng có dịp nói hết những ý muốn của họ và chỉ có Chính phủ lập ra bởi Tổng tuyển cử mới là đại diện chân chính và trung thành của toàn thể quốc dân. Sau hết cũng chỉ có Tổng tuyển cử mới có thể cấp cho nước Việt Nam một Hiến pháp, mới ấn định rõ ràng quyền lợi của quốc dân và Chính phủ mới phá tan được hết những nghi ngờ ở trong cũng như ở ngoài với chính quyền nhân dân”⁹.

Thắng lợi của cuộc Tổng tuyển cử đánh dấu bước trưởng thành của Nhà nước cách mạng Việt Nam, mở ra một thời kỳ mới, thời kỳ đất nước ta có một Quốc hội mới, một Chính phủ thống nhất, một bản Hiến pháp tiến bộ và một hệ thống chính quyền hoàn toàn đầy đủ danh nghĩa về mặt pháp lý để đại diện cho nhân dân Việt Nam về đối nội và đối ngoại. Nhà nước Việt Nam dân chủ cộng hòa có tính chất hợp pháp, dân chủ - Nhà nước của dân, do dân và vì dân, được quốc dân giao phó trọng trách điều hành đất nước, tổ chức toàn dân kháng chiến và kiến quốc, giải quyết mọi quan hệ của Việt Nam trên trường quốc tế¹⁰.

Sau ngày thống nhất đất nước năm 1975, để thực hiện thống nhất nước nhà về mặt Nhà nước, Hội nghị Hiệp thương chính trị thống nhất Tổ quốc (từ 15-21/11/1975) đã quyết định tổ chức Tổng tuyển cử trên toàn bộ lãnh thổ Việt Nam để bầu ra Quốc hội chung cho cả nước. Quốc hội sẽ xác nhận thể chế nhà nước, bầu ra các cơ quan lãnh đạo của Nhà nước và quy định Hiến pháp mới của nước Việt Nam thống nhất. Do vậy, Quốc hội khóa VI do nhân dân cả hai miền Nam, Bắc bầu ra (vào ngày 25/4/1976) là người đại diện hợp pháp cho toàn thể nhân dân Việt Nam.

(7) Quốc hội nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam, *Lịch sử Quốc hội Việt Nam 1946-1960*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội -2000, tr. 27.

(8) Hồ Chí Minh, *Tuyển tập*, tập 4, tr. 133.

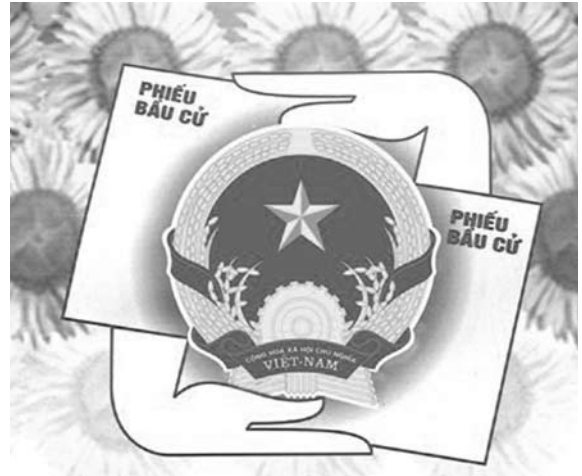
(9) Báo Cứu quốc, Số ra ngày 24/11/1945.

(10) Hồ Chí Minh, *Toàn tập*, Nxb. Sự thật, Hà Nội 1987, tập 4, tr. 103.

2. Bầu cử có vai trò nền tảng của dân chủ - nội dung và biểu hiện quan trọng của mọi nhà nước pháp quyền

2.1. Bầu cử kiến tạo chế độ đại diện - phương thức cơ bản thực hiện quyền lực nhân dân trong nhà nước pháp quyền

Trong nhà nước pháp quyền, ý chí của nhân dân là cội nguồn của quyền lực nhà nước. Sinh thời, Chủ tịch Hồ Chí Minh luôn luôn coi nhân dân là cội rễ của quyền lực nhà nước: “Gốc có vững, cây mới bền/Xây lâu thắng lợi trên nền nhân dân”¹¹. Người cho rằng, Nhà nước ta là Nhà nước của dân, Nhà nước phải hoạt động vì dân, lấy việc phục vụ nhân dân làm mục tiêu cao nhất của mình. “Nước ta là một nước dân chủ. Bao nhiêu lợi ích đều vì dân. Bao nhiêu quyền hạn đều của dân. Công việc đổi mới, xây dựng là trách nhiệm của dân. Sự nghiệp kháng chiến kiến quốc là công việc của dân. Chính quyền từ xã đến Chính phủ trung ương do dân cử ra. Đoàn thể từ trung ương đến xã đều do dân tổ chức lên. Nói tóm lại, quyền hành và lực lượng đều ở nơi dân”. Hiến pháp năm 1946 coi việc “Thực hiện một chính quyền mạnh mẽ và sáng suốt của nhân dân” là một trong ba nguyên tắc của chính thể mới và nền dân chủ nhân dân. Hiến pháp 1992 (sửa đổi năm 2001) hiện nay cũng khẳng định “Nhà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa của nhân dân, do nhân dân, vì nhân dân...”. Điều này như một nguyên lý phổ biến trên thế giới trong việc xây dựng nhà nước pháp quyền và thực thi dân chủ. Tổng thống thứ 16 của nước Mỹ, Abraham Lincoln, có bức thông điệp Gettysburg năm 1863 nổi tiếng “Dân chủ là chính quyền của dân, do dân và vì dân”. Trong một nền dân chủ đại diện, bầu cử tự do và công bằng đóng vai trò nền tảng để người dân quyết định cơ cấu chính trị và chính sách tương lai của họ¹². Nếu nhân dân không tin nhiệm về các



nhà lãnh đạo, họ có quyền bỏ phiếu bãi nhiệm các nhà lãnh đạo đó vào thời điểm ấn định các cuộc bầu cử. Người dân phải quyết định ai là người lãnh đạo của họ. Nếu không có các cuộc bầu cử tiến bộ và công bằng, sẽ không có cơ sở bảo đảm cho việc xây dựng nhà nước pháp quyền của dân, do dân và vì dân.

Trong nhà nước pháp quyền, quyền lực nhà nước xuất phát từ nhân dân, nên nhà nước pháp quyền Việt Nam phải là nhà nước do nhân dân Việt Nam thành lập. Tính pháp quyền cao nhất của quyền lực nhà nước là ở chỗ: nhân dân tự do lựa chọn bầu ra những đại biểu xứng đáng thay mặt nhân dân gánh vác việc nước. Bầu cử là một phương thức hợp pháp hóa quyền lực nhà nước mang tính phổ biến và là xu thế tất yếu của thế giới hiện đại. Trong các bài viết về Thường thức chính trị trên báo Cứu quốc năm 1953, Chủ tịch Hồ Chí Minh đã từng viết: “Trong các cuộc bầu cử, công dân Việt Nam từ 18 tuổi trở lên, không phân biệt gái, trai, tôn giáo, mức tài sản, trình độ văn hóa, không phân biệt nòi giống đều có quyền tham gia. Đó là một cách hợp lý để nhân dân lao động thực hành quyền thống trị của mình”¹³.

Pháp quyền xét dưới góc độ tổ chức bộ máy

(11) Vũ Kỳ, *Bác Hồ viết Di chúc*, Nxb. Sự thật, Hà Nội 1989, tr. 7.

(12) Howard Cincotta, *Dân chủ là gì? (What Is Democracy?)* (Trong ấn phẩm “Các nguyên lý của dân chủ - Principles of Democracy”), Ấn phẩm của Chương trình Thông tin Quốc tế-The Bureau of International Information Programs, U.S. Department of State, Bộ Ngoại giao Hoa Kỳ, tháng 4/2005. http://vietnamese.vietnam.usembassy.gov/doc_principles.html.

(13) Hồ Chí Minh toàn tập, Tập 7, tr. 219, 220.

nhà nước có nghĩa nhân dân chính là chủ thể của quá trình tổ chức. Nhà nước pháp quyền không những là người đại diện chân chính cho nhân dân của quốc gia đó, mà nó phải được cộng đồng quốc tế thừa nhận. Nhà nước là người đại diện của nhân dân, cho nên, nhân dân phải có tiếng nói quyết định vào việc thành lập ra các cơ quan nhà nước. Bầu cử là hoạt động phổ thông nhất và mang tính đơn giản nhất, thông qua đó, nhân dân trực tiếp thành lập các cơ quan quyền lực nhà nước: “Nhân dân sử dụng quyền lực nhà nước thông qua Quốc hội và Hội đồng nhân dân là những cơ quan đại diện cho ý chí và nguyện vọng của nhân dân, do nhân dân bầu ra và chịu trách nhiệm trước nhân dân”. Từ các thiết chế đại diện do nhân dân bầu ra này, các cơ quan nhà nước khác lần lượt được thành lập. Về bản chất, bầu cử không những là con đường kiến thiết chế độ đại diện mà nó cũng chính là phương thức để nhân dân loại bỏ những người đại diện. Do vậy, để nhân dân giám sát quyền lực nhà nước, chế ngự sự tha hóa, lạm quyền của quyền lực nhà nước một cách có hiệu quả, đồng thời với việc đổi mới chế độ bầu cử, cần xây dựng cơ chế cụ thể và hữu hiệu quyền bãi nhiệm đại biểu dân cử của nhân dân. Nói cách khác, nhân dân có thể thay thế, thậm chí phế truất những người đại diện do mình bầu ra bất cứ lúc nào, nếu họ không còn sự tín nhiệm của nhân dân, mà không phải đợi đến hết nhiệm kỳ: “Đại biểu Quốc hội bị cử tri hoặc Quốc hội bãi nhiệm và đại biểu Hội đồng nhân dân bị cử tri hoặc Hội đồng nhân dân bãi nhiệm khi đại biểu đó không còn xứng đáng với sự tín nhiệm của nhân dân” (Điều 7 Hiến pháp 1992). Chính vì tầm quan trọng của việc khẳng định chủ quyền nhân dân, trong quá trình đổi mới hệ thống chính trị, đổi mới bộ máy nhà nước ở nước ta không thể không nói tới đổi mới chế độ bầu cử. Làm sao để “quyền hành và lực lượng đều ở nơi dân”, để nhân dân

thực sự tìm được những người xứng đáng và đích thực thay mặt mình gánh vác việc nước - đó là những vấn đề cơ bản của việc đổi mới chế độ bầu cử ở nước ta hiện nay¹⁴.

Nhân dân là chủ thể của quyền lực nhà nước là một đặc điểm quan trọng của nhà nước pháp quyền. Quyền lực của nhân dân là tối thượng. Bản thân nhà nước không “tự nhiên” có quyền mà do nhân dân ủy quyền; quyền lực của người cầm quyền có thể bị tước bỏ, quyền lực của nhân dân thì không ai có thể tước bỏ nó đi được¹⁵. Điều đáng nói ở đây là, mặc dù hành vi bầu cử rất đơn giản, nhưng vai trò, ý nghĩa của bầu cử lại rất to lớn, là hoạt động cụ thể và thiết thực nhất của quyền lực nhân dân.

Mặt khác, bầu cử thực chất đó là sự chuyển giao quyền lực nhân dân sang nhà nước. Bằng bầu cử, nhân dân lựa chọn, thành lập ra cơ quan đại diện và ủy thác quyền lực cho họ. Tuy nhiên, cũng chính trong việc chuyển giao quyền lực ấy lại phát sinh một hệ lụy mà nhân dân không mong muốn, rằng tuy thoát thai từ xã hội, nhưng quyền lực nhà nước lại có xu hướng tách ra khỏi xã hội và “tựa hồ như đứng trên xã hội”. Nhân dân khi chuyển giao quyền lực của mình cho nhà nước, nhưng không phải ở đâu, bao giờ, nhà nước (thông qua các cơ quan nhà nước) cũng phản ánh ý chí, nguyện vọng của nhân dân và không phải bao giờ, quyền lực nhà nước cũng được thực hiện trong phạm vi, mức độ mà nhân dân trao cho. Do vậy, quyền lực nhà nước cần phải được kiểm soát và giới hạn nhằm loại trừ một nghịch lý là quyền lực nhà nước của nhân dân nhưng nó lại đe dọa chính nhân dân¹⁶. Cách đây nửa thiên niên kỷ, Thomas Hobbes (1588-1679) khẳng định sự cần thiết của nhà nước, khi cho rằng, cuộc sống mà không có nhà nước hiệu lực để duy trì trật tự thì rất đơn độc, nghèo nàn, đối bại, tàn bạo và ngắn ngủi. Mặt khác, ông cũng

(14) GS.TSKH. Đào Trí Úc (Chủ biên), *Mô hình tổ chức và hoạt động của Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa Việt Nam (sách chuyên khảo)*, Nxb. Tư pháp, Hà Nội, 2007, tr. 237.

(15) *Xây dựng Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa Việt Nam (Sách chuyên khảo, GS.TS Đào Trí Úc Chủ biên)*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội - 2005, tr. 28.

(16) Đỗ Minh Khôi, *Các cách thức chế ngự quyền lực nhà nước*, Tạp chí Khoa học Pháp lý, số 1 (32)/2006, tr. 47.

nhận ra mặt trái về xu hướng lệch hành của nhà nước, ví nó như con “thủy quái” trong Kinh thánh¹⁷, cho nên phải kiểm soát và chế ngự sự lạm quyền của nó. Vấn đề là ở chỗ, với các nhà nước khác nhau, phạm vi và mức độ của sự “lệch hành” là khác nhau. Nhà nước xã hội chủ nghĩa với những thuộc tính riêng biệt: có cơ sở kinh tế dựa trên chế độ công hữu, nhà nước đại diện cho đa số, lại được sự lãnh đạo của Đảng cộng sản, có nhiều khả năng nhất để đại diện cho ý chí, nguyện vọng cho nhân dân. Thành quả của Liên Xô và một số nước xã hội chủ nghĩa một thời trước đây đã chứng minh điều đó. Tuy nhiên, cũng chính từ thực tiễn đầy sinh động đó đã chứng minh một điều: giữa lý thuyết với thực tiễn, đôi khi còn có khoảng cách đáng kể. Dù đã không ít nỗ lực, các nhà nước xã hội chủ nghĩa nói chung, Nhà nước ta nói riêng vẫn chưa thể là mô hình lý tưởng cho việc thực thi nguyên tắc quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân. Đầu đó, vẫn tồn tại những căn bệnh tha hóa, tùy tiện, quan liêu, cửa quyền...¹⁸. Do vậy, nhân dân kiểm soát, giám sát và hạn chế sự tha hóa, sự lạm quyền quyền lực nhà nước là đúng đắn và rất cần thiết, là một nội dung quan trọng của nhà nước pháp quyền¹⁹. Bầu cử không chỉ đơn thuần là việc lựa chọn người đại diện, mà còn đóng vai trò quan trọng trong việc giám sát và chế ngự quyền lực nhà nước²⁰.

Bên cạnh đó, nhà nước pháp quyền là một nhà nước phải quan tâm đặc biệt đến lợi ích nhân dân. Việc xây dựng nhà nước pháp quyền đặt ra những yêu cầu mới về bảo đảm các quyền của công dân. Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa Việt Nam phải là Nhà nước của dân, do dân và vì dân như Điều 2 Hiến pháp 1992 (sửa đổi năm 2001) đã khẳng định. Thông qua bầu cử theo nguyên tắc phổ thông, bình đẳng, trực tiếp và bỏ phiếu kín (Điều 7

Hiến pháp 1992), nhân dân lựa chọn ra những đại biểu Quốc hội, đại biểu Hội đồng nhân dân. Quốc hội, Hội đồng nhân dân là những cơ quan đại diện cho ý chí và nguyện vọng của nhân dân, do nhân dân bầu ra và chịu trách nhiệm trước nhân dân. Chính vì vậy, bầu cử không chỉ đơn thuần là việc lựa chọn người đại diện, mà còn là phương thức quan trọng để nhân dân giám sát, thậm chí chế ngự quyền lực nhà nước. Bầu cử là phương thức giám sát trực tiếp của nhân dân đối với cơ quan dân cử. Cử tri tham gia bầu cử là một hình thức giám sát quan trọng nhất đối với cơ quan và đại biểu dân cử²¹. Sự kiểm tra, giám sát và kiểm soát việc thực hiện quyền lực nhà nước của nhân dân có vai trò đặc biệt quan trọng trong nhà nước pháp quyền; nó bảo đảm việc nhân dân trao quyền nhưng không mất quyền. Khi nhà nước không đáp ứng yêu cầu của nhân dân, thì nhân dân có quyền thay thế nhà nước ấy bằng một nhà nước khác (cũng thông qua bầu cử).

Chế độ bầu cử và dân chủ đại diện có mối liên hệ mật thiết, không thể tách rời như “hai bánh của cỗ xe ngựa”. Muốn đổi mới tổ chức và hoạt động của cơ quan dân cử, trước hết cần đổi mới chế độ bầu cử. Suy cho cùng, việc đổi mới cơ quan dân cử luôn xoay quanh hai vấn đề cơ bản: bằng cách nào để tính đại diện được đảm bảo và làm sao để quyền lực của Quốc hội/Hội đồng nhân dân thực quyền như bản chất vốn có của nó? Hai thuộc tính quan trọng nhất này đều xuất phát từ chế độ bầu cử và do chế độ bầu cử quy định. “Của dân” là nguồn gốc quyền lực nhà nước; “do dân” là phương thức thực hiện quyền lực nhà nước, “vì dân” là mục đích của quyền lực nhà nước. Để đạt được mục đích “vì dân”, chính quyền phải “của dân” và hoạt động phải xoay quanh trục “do dân”. Nói cách khác, nguồn

(17) PGS.TS Nguyễn Đăng Dung, *Sự hạn chế quyền lực nhà nước*, Nxb. Đại học Quốc gia, Hà Nội - 2006, tr. 21, 22.

(18) Đặng Phong (Quang Thiện ghi), *Thuyền nhỏ phải lựa dòng*, báo Tuổi trẻ chủ nhật, 17/12/2006.

(19) TS. Đặng Đình Tân (Chủ biên), *tlđđ*, tr. 62.

(20) Đỗ Minh Khôi (2007), *Mối quan hệ giữa dân chủ và pháp luật trong điều kiện Việt Nam hiện nay*, Luận án Tiến sĩ Luật học, Hà Nội - 2007, tr. 38, tr.83-88.

(21) TS. Đặng Đình Tân (Chủ biên) (2006), *tlđđ*, tr. 140.

gốc, phương thức và mục đích của việc thực hiện quyền lực nhà nước dân chủ phải có mối liên hệ chặt chẽ với nhau. Do vậy, đời mới chế độ bầu cử là một nội dung quan trọng trong việc xây dựng Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa của dân, do dân và vì dân ở Việt Nam trong giai đoạn hiện nay.

2.2. Bầu cử là biểu hiện quan trọng của dân chủ và nhà nước pháp quyền

Chế độ bầu cử là nền tảng của dân chủ, có vai trò đặc biệt quan trọng đối với việc kiến tạo chế độ dân chủ²². Chế độ bầu cử là một trong những trụ cột trong cấu trúc dân chủ ở bất cứ nhà nước nào²³. Dân chủ và bầu cử gắn bó mật thiết như hình với bóng. Ở đâu có bầu cử tự do và trung thực, thì ở đó một chế độ dân chủ được nảy nở và phát triển²⁴. Dân chủ có nghĩa là nhân dân là nguồn gốc, là chủ thể của quyền lực nhà nước; các cơ quan quyền lực phải được nhân dân bầu hoặc bãi miễn thông qua bầu cử tự do, bình đẳng và bỏ phiếu kín. Giovanni Sartori, chính trị gia người Ý cho rằng “bầu cử là công cụ điều khiển mạnh mẽ nhất của chính trị”²⁵. Rất nhiều nhà nghiên cứu về dân chủ đều liên hệ, viện dẫn đến bầu cử, như dân chủ là một “đạng” nhà nước, trong đó quyền lực chính trị do nhân dân thực thi trực tiếp hoặc thông qua những người đại diện do

họ bầu ra²⁶; dân chủ là nhà nước, mà nhà nước đó do nhân dân ưng thuận (một cách tự do) tạo ra²⁷. “Chế độ dân chủ là chế độ trong đó các người cầm quyền đều do dân bầu lên. Ở chỗ nào có những cuộc bầu cử tự do và thành thật tức là ở đó có dân chủ nảy nở”²⁸. Liên minh Nghị viện thế giới đã khẳng định: “Yếu tố then chốt của một nền dân chủ là một chế độ bầu cử tự do và trung thực”²⁹.

Không những thế, rất nhiều các hiệp ước, hiến chương quốc tế, khu vực đều khẳng định vai trò của bầu cử đối với thực thi dân chủ, bảo đảm quyền con người, như Hiến chương Paris cho một châu Âu mới tuyên bố: “Ý chí của nhân dân thông qua bầu cử tự do, công bằng và định kỳ là nền tảng cho một nhà nước dân chủ”³⁰. Tại các nước lớn ngày nay, dân chủ dựa trên ý tưởng rằng chủ quyền của nhân dân hợp pháp hóa cả chính quyền lẫn quyền cộng đồng quyết định, trên những nguyên tắc phục tùng đa số, bảo vệ thiểu số và trên hệ thống nghị trường đại diện³¹. Hội nghị An ninh và hiệp tác châu Âu (CSCE) khẳng định rằng, dân chủ “có nền tảng là việc tôn trọng con người và chế độ pháp quyền”, công nhận chế độ pháp quyền là một yếu tố thiết yếu để đảm bảo việc tôn trọng nhân quyền và hoan nghênh “quyết tâm chung của tất cả các quốc gia thành viên nhằm xây

(22) Andrew Reynolds, Ben Reilly and Andrew Ellis With José Antonio Cheibub, Karen Cox, Dong Lisheng, Jørgen Elklit, Michael Gallagher, Allen Hicken, Carlos Huneeus, Eugene Huskey, Stina Larserud, Vijay Patidar, Nigel S. Roberts, Richard Vengroff, Jeffrey A. Weldon, “Electoral System Design: The New International IDEA Handbook” © International Institute for Democracy and Electoral Assistance 2005, tr.1.

(23) Ibtissam al-Attiyat Musa Shteiwi Suleiman Sweiss (Editor of the original Arabic version: Ziad Majed), *Building Democracy in Jordan: Women’s Political Participation Political Party Life and Democratic Elections*, © International Institute for Democracy and Electoral Assistance (IDEA) and the Arab NGO, Network for Development (ANND), 2005, tr. 103.

(24) Lê Đình Chân (Giáo sư Luật khoa-Đại học Sài Gòn), *Sự tuyển chọn dân chủ: bầu cử, Luật hiến pháp và các định chế chính trị*, Sài Gòn, 1971, tr.127.

(25) Mark Anstey, Christopher Bennett, David Bloomfield, K. M. de Silva, Nomboniso Gasa, Yash Ghai, Peter Harris, Luc Huyse, Rasma Karklins, Michael Lund, Charles Nupen, David M. Olson, Anthony J. Regan, Ben Reilly, Andrew Reynolds, Carlos Santiso and Timothy D. Sisk (Editors: Peter Harris and Ben Reilly With a Foreword by Kofi A. Annan), “*Democracy and Deep-Rooted Conflict: Options for Negotiators*”, *Handbook Series by IDEA 1 9 9 8* (Copyright © International Institute for Democracy and Electoral Assistance, (International IDEA) 1998, tr. 191.

(26) Civitas, *National Standards for Civics and Government* (Calabasas, CA: Center for Civic Education, 1994)-Theo: Meaning of Democracy, <http://127.0.0.1:800/Default/www.aceproject.org/main/english/ve/vek05b01.htm>

(27) *Defining Democracy*, http://127.0.0.1:800/Default/www.aceproject.org/main/english/ve/vez_001.htm

(28) Nguyễn Văn Bông, *Luật hiến pháp và chính trị học*, Sài Gòn, 1971, tr. 121.

(29) *Inter - Parliamentary Union* (1998), *Democracy its principles and Achivement*.

(30) *Charter of Paris for a New Europe*, 1990.

(31) Josef Thesing, *Nhà nước pháp quyền (sách chuyên khảo)*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội 2002, tr. 373.

dựng các xã hội dân chủ trên nền tảng tuyển cử tự do và chế độ pháp quyền³². Chế độ pháp quyền dường như không chỉ đòi hỏi pháp luật phải có giá trị phổ quát, mà còn đòi hỏi việc thực thi pháp luật cũng phải phổ quát như vậy, nghĩa là pháp luật phải có khả năng thực thi một cách bình đẳng đối với tất cả các thành viên của cộng đồng³³.

Các thiết chế đại diện là hiện thân của dân chủ, vì thông qua các thiết chế này, quyền lực nhân dân được thực hiện. Tuy nhiên, vấn đề quan trọng là bằng cách nào để nhân dân lựa chọn và ủy thác quyền lực cho các thiết chế đại diện diễn ra như đúng bản chất của nó? Làm sao để các cuộc bầu cử có vai trò như “những trục khuỷu trung chuyển từ quyền lực của hàng triệu chủ nhân thành quyền lực của chính quyền”³⁴. Montesquieu, một trong những nhà tư tưởng khai sáng kiệt xuất, trong *Tinh thần pháp luật* bất hủ, đã từng viết “Luật về cách bầu cử cũng là một luật cơ bản trong nền dân chủ”³⁵. Chế độ bầu cử là nội dung và là hình thức thể hiện của dân chủ. Tiếp cận dưới góc độ thể chế, dân chủ là chế độ xã hội, chế độ nhà nước, chế độ bầu cử³⁶. Mức độ của dân chủ và hiệu quả của sự ủy trị quyền lực của người dân đến đâu, điều đó phụ thuộc rất nhiều vào chế độ bầu cử: ai bầu, bầu ai, bầu như thế nào?

Chủ tịch Hồ Chí Minh đã từng nói “Tổng tuyển cử là một dịp cho toàn thể quốc dân tự do lựa chọn những người có tài, có đức, để gánh vác công việc nước nhà. Trong cuộc Tổng tuyển cử, hễ là những người muốn lo việc nước thì đều có quyền ra ứng cử; hễ là công dân thì

đều có quyền đi bầu cử. Không chia gái trai, giàu nghèo, tôn giáo, nòi giống, giai cấp, đảng phái, hễ là công dân Việt Nam thì đều có hai quyền đó. Vì lẽ đó, cho nên Tổng tuyển cử tức là tự do, bình đẳng, tức là dân chủ đoàn kết”³⁷. Đối với nước ta, dân chủ đại diện lại càng có vai trò đặc biệt quan trọng, vì Hiến pháp mới chỉ khẳng định về dân chủ đại diện, mà chưa đề cập rõ ràng về dân chủ trực tiếp. Vai trò của bầu cử đối với bộ máy nhà nước có thể được ví như vai trò của nền móng trong việc xây dựng một ngôi nhà. Muốn có ngôi nhà kiên cố và hiện đại, thì trước hết phải có nền móng vững chắc. Để có một Nhà nước “của dân”, trước hết phải thiết kế và thực thi một chế độ bầu cử sao cho bộ máy nhà nước đó “đúng” là kết quả của sự lựa chọn dựa trên ý chí của nhân dân. Mỗi quan hệ giữa chế độ bầu cử với bản chất, mục đích của nhà nước là mối quan hệ biện chứng: một mặt, một chế độ bầu cử đảm bảo đúng ý chí của nhân dân trong việc lựa chọn và ủy quyền, thì bản thân việc lựa chọn và ủy quyền đó không những đảm bảo nhà nước đó là nhà nước “của dân” mà đã bao hàm ý nghĩa nhà nước đó là nhà nước “do dân và vì dân”; mặt khác, một nhà nước đích thực “của dân” sẽ là cơ sở rất quan trọng để nó là một nhà nước “do dân và vì dân”. Ngược lại, nếu không đảm bảo nhà nước đó là nhà nước đích thực của dân, nhân dân còn “đứng ngoài”, hoặc chưa đóng vai trò quyết định, thì dù nó tổ chức, hoạt động theo nguyên tắc nào, mục đích “do dân và vì dân” của nhà nước đó cũng khó có thể đạt được. Điều đó không những không đảm bảo cơ sở pháp quyền của nhà nước, mà mục

(32) Josef Thesing, *Tlđđ*, tr. 566-568.

(33) Josef Thesing, *Tlđđ*, tr. 624, 625.

(34) Cách dùng từ của PGS.TS Phạm Duy Nghĩa. Xem: Phạm Duy Nghĩa, *Mong đợi về một Quốc hội đổi mới*, *Tạp chí Nhà nước và pháp luật*, số 6(230)/2007, tr. 3.

(35) Xem: Montesquieu, *Tinh thần pháp luật*, Nxb. Giáo dục và Khoa Luật Trường Đại học Khoa học Xã hội- Nhân văn Hà Nội, 1996, tr. 51.

(36) Đỗ Minh Khôi (2007), *Mối quan hệ giữa dân chủ và pháp luật trong điều kiện Việt Nam hiện nay*, *Luận án Tiến sĩ Luật học*, Hà Nội-2007.

(37) Hồ Chí Minh toàn tập, Tập 4, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội 1995.

(38) Professor Goodwin- Gill, *The World of Parliaments (Quarterly Review of the Inter-Parliamentary Union) May 2006 - N°21*; Lijphart, A. (1992), ‘Democratization and Constitutional Choices in Czecho-Slovakia, Hungary and Poland 1989-1991’, *Journal of Theoretical Politics*, 4(2), 208.

Andrew Reynolds, Ben Reilly and Andrew Ellis With José Antonio Cheibub, Karen Cox, Dong Lisheng, Jørgen Elklit, Michael Gallagher, Allen Hicken, Carlos Huneeus, Eugene Huskey, Stina Larsrud, Vijay Patidar, Nigel S. Roberts, Richard Vengroff, Jeffrey A. Weldon, “Electoral System Design: The New International IDEA Handbook” © International Institute for Democracy and Electoral Assistance 2005.

đích nhà nước sẽ không đảm bảo dân chủ, hoặc mục đích dân chủ có thể được đặt ra, nhưng sẽ bị chệch hướng.

Giáo sư Goodwin-Gill cho rằng “Bầu cử tự do và công bằng là trái tim của dân chủ”³⁸. Cựu Tổng thống Mỹ Jimmy Carter³⁹, cựu Thư ký Nhà nước Mỹ Jame A. Baker⁴⁰ đều cho rằng bầu cử là trái tim của dân chủ và nhấn mạnh rằng *nó là phương thức để nhân dân lựa chọn người lãnh đạo và giữ họ chịu trách nhiệm trước nhân dân. Nếu chế độ bầu cử bị khiếm khuyết, toàn bộ nền dân chủ đặt dưới nguy cơ khủng hoảng*⁴¹.

Như vậy, bầu cử là định chế quan trọng, mang tính nền tảng trong việc kiến tạo cơ chế chính trị của mỗi quốc gia. Nhưng tại sao lại như vậy? Câu trả lời là: vì kết quả bầu cử thể hiện ý chí của nhân dân, cơ chế chính trị được xây dựng trên nền tảng của chế độ bầu cử, tức là được xây dựng trên nền tảng ý chí của nhân dân. Đây là cơ sở, là điều kiện tiên quyết cho một chính quyền, hệ thống chính trị của dân, do dân, vì dân và đó là mục tiêu cao cả của dân chủ.

Ở Việt Nam và các nước xã hội chủ nghĩa, vai trò của chế độ bầu cử còn mang tính đặc thù. Thứ nhất, đối với các nước tư sản, bộ máy nhà nước được tổ chức và hoạt động theo nguyên tắc phân chia quyền lực, do đó nhân dân không những bầu ra Quốc hội, mà ở nhiều nước, nhân dân còn bầu ra Tổng thống. Do vậy, bản thân chế độ bầu cử là công cụ nhằm kiểm soát, đối trọng giữa các nhánh quyền lực và nó có khả năng tạo ra cơ hội “sửa sai” cho nhân dân. Chẳng hạn, sau khi bầu cử Tổng thống, nếu đường lối, chính sách do Tổng thống thực thi không hợp lòng dân, đến kỳ bầu cử Quốc hội, cử tri sẽ dồn phiếu cho các đảng đối lập

để “khắc chế”, “đối trọng” đường lối của Tổng thống và ngược lại. Khác với các nước tư sản, ở nước ta, khi nhân dân bầu ra Quốc hội, Hội đồng nhân dân thì cũng có nghĩa gần như trao toàn bộ “ấn kiếm” cho các cơ quan này mà không có nhiều cơ hội “sửa sai” như ở các nước tư sản. Về nguyên tắc, cử tri có quyền bãi nhiệm các đại biểu dân cử khi họ không còn được sự tín nhiệm của nhân dân. Tuy nhiên, việc bãi nhiệm thường tiến hành với từng đại biểu riêng biệt, hơn nữa, việc bãi nhiệm tuy đã có trong các điều khoản của Hiến pháp, các đạo luật về tổ chức các cơ quan nhà nước, nhưng chưa có cơ chế cụ thể để thực hiện, để áp dụng vào thực tiễn. Vả lại, kể cả khi chúng ta xây dựng được cơ chế bãi nhiệm đại biểu dân cử, do thủ tục phức tạp cần phải có của cơ chế và tính phức tạp của trách nhiệm chính trị, cơ chế này vẫn mang tính phòng ngừa nhiều hơn. Thứ hai, vị trí, thẩm quyền của cơ quan dân cử trong bộ máy nhà nước các nước xã hội chủ nghĩa có tính đặc biệt: Quốc hội là cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất, Hội đồng nhân dân là cơ quan quyền lực nhà nước ở địa phương. Đối với Việt Nam, thẩm quyền xây dựng Hiến pháp được trao cho Quốc hội, cho nên, có thể hình dung rằng thông qua bầu cử, nhân dân trao những thẩm quyền quan trọng, như quyết định các vấn đề quan trọng nhất của cả nước/địa phương cho cơ quan quyền lực nhà nước, trao cả quyền lập hiến cho Quốc hội.

Tóm lại, chế độ bầu cử là một định chế quan trọng của dân chủ, nền tảng của mọi nhà nước pháp quyền. Việc thiết kế, thực thi chế độ bầu cử tiến bộ, phù hợp là công việc quan trọng hàng đầu đối với bất cứ nhà nước pháp quyền nào, trong đó có Việt Nam. ■

(39) Jimmy Carter là Tổng thống thứ 39 của nước Mỹ. Sau khi rời Nhà trắng vào 1982, ông thành lập Trung tâm Carter, qua đó cống hiến cho việc giải quyết xung đột, mở rộng dân chủ và nâng cao vai thế quyền con người. Ông được nhận giải thưởng Nobel hòa bình vào 2002).

(40) Jame A. Baker, III là cựu Thư ký (thứ 61) Nhà nước Mỹ; ông từng là người đứng đầu chiến dịch tranh cử cho ba Tổng thống Ford, Reagan và Bush (cha) qua năm nhiệm kỳ tổng thống từ 1976 đến 1992. Hiện nay, Ông hoạt động trong Hãng Luật Baker Botts, là Chủ tịch danh dự của Viện nghiên cứu về chính sách công mang tên Ông tại Trường Đại học Rice.

(41) Xem: *Buiding Confidence in U.S Election Report of the Commission on Federal Election Reform, September 2005 (Organized by Center for Democracy and Election Management American University; Support by Camegie Corporation of New York The Fort Foundation John S. And Jame L.Knight Foundation Omidyar Network; Reseach by Electionline.org/The Pew Charitable Trusts, tr. 93.*

HIỆN TƯỢNG

“LẤN TRÁNH PHÁP LUẬT” TRONG TƯ PHÁP QUỐC TẾ

■ BÀN HỒ QUỐC TUẤN*

1. Khái niệm “lấn tránh pháp luật”

Tư pháp quốc tế là một bộ phận của pháp luật quốc tế có đối tượng điều chỉnh là các quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài. Đặc điểm cơ bản và đặc thù của đối tượng điều chỉnh của tư pháp quốc tế là luôn xuất hiện yếu tố nước ngoài trong quan hệ pháp luật, chính đặc điểm này của đối tượng điều chỉnh mà tư pháp quốc tế có một phương pháp điều chỉnh đặc biệt: phương pháp xung đột. Phương pháp xung đột được xây dựng trên nền tảng của một hệ thống tổng thể các quy phạm xung đột chứa đựng trong văn bản pháp luật quốc gia (quy phạm xung đột quốc nội) và trong các điều ước quốc tế mà quốc gia đó là thành viên (quy phạm xung đột quốc tế), là các quy phạm không trực tiếp giải quyết quan hệ pháp luật mà chỉ dẫn chiếu tới luật thực chất của quốc gia mà ở đó có các quy định thực tế phân định quyền và nghĩa vụ của các bên trong quan hệ. Hệ thống pháp luật được quy phạm xung đột chỉ định áp dụng có thể có lợi, cũng có thể bất lợi cho một trong các bên tham gia quan hệ tranh chấp. Nguyên

nhân của hiện tượng này là vì mỗi quốc gia trên thế giới đều có hệ thống quy phạm xung đột riêng của mình. Chính vì vậy, cùng một vụ việc nhưng cách giải quyết ở các quốc gia khác nhau sẽ rất khác nhau. Đây chính là cơ sở làm phát sinh hiện tượng lấn tránh pháp luật trong tư pháp quốc tế.

Các chủ thể khi tham gia vào quan hệ do tư pháp quốc tế điều chỉnh đều luôn chú trọng đến vấn đề quan hệ đó sẽ được điều chỉnh bởi hệ thống pháp luật thực chất của nước nào, vì đây là yếu tố quan trọng nhất quyết định quyền và nghĩa vụ của các bên trong quan hệ và như vậy, quyết định đến mức độ lợi ích hoặc mục đích mong muốn đạt được khi tham gia quan hệ của các bên. Tuy nhiên, việc luật thực chất của quốc gia nào sẽ được áp dụng để điều chỉnh quan hệ lại do quy phạm xung đột đã được áp dụng quyết định. Vì vậy, quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài được điều chỉnh bởi quy phạm xung đột của hệ thống pháp luật nào là vấn đề có ý nghĩa quan trọng.

Khi nhận thấy hệ thống pháp luật thực chất do quy phạm xung đột dẫn chiếu đến có khả

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

năng sẽ gây bất lợi cho mình, một bên trong quan hệ sẽ tìm cách tránh để không phải chịu sự điều chỉnh của hệ thống pháp luật đó và hướng đến một hệ thống pháp luật khác có lợi hơn trên cơ sở vận dụng các quy phạm xung đột sao cho có lợi nhất. Như vậy, *lẩn tránh là hiện tượng đương sự dùng những biện pháp cũng như thủ đoạn để tránh việc áp dụng hệ thống pháp luật đáng lẽ phải được áp dụng điều chỉnh các quan hệ của họ và nhắm tới hệ thống pháp luật khác có lợi hơn*. Trong việc lẩn tránh này, quy phạm xung đột đóng vai trò rất quan trọng.

2. Thủ đoạn “lẩn tránh pháp luật”

Chủ thể của quan hệ pháp luật dân sự có yếu tố nước ngoài sẽ sử dụng một số thủ đoạn để áp dụng hệ thống pháp luật có lợi cho mình, tránh áp dụng hệ thống pháp luật lẽ ra phải được áp dụng vì nó bất lợi cho mình. Để áp dụng hệ thống pháp luật có lợi cho mình và tránh áp dụng hệ thống pháp luật bất lợi, chủ thể của quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài có thể áp dụng các thủ đoạn sau:

Loại thủ đoạn thứ nhất, lợi dụng sự khác nhau của các quy phạm xung đột trong hệ thống pháp luật các nước. Các quy phạm xung đột của các nước khác nhau sẽ dẫn đến việc lựa chọn luật thực chất khác nhau khi cùng giải quyết một vấn đề. Nói rộng hơn, đây là thủ đoạn lợi dụng sự khác nhau giữa tư pháp quốc tế các nước.

Ví dụ: Khoản 1 Điều 104 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000 của Việt Nam quy định: “Việc ly hôn giữa công dân Việt Nam với người nước ngoài, giữa người nước ngoài với nhau thường trú tại Việt Nam được giải quyết theo quy định của luật này”. Vậy, theo tư pháp quốc tế Việt Nam, pháp luật điều chỉnh ly hôn giữa công dân Việt Nam với người nước ngoài, giữa người nước ngoài với nhau thường trú tại Việt Nam được giải quyết theo luật của Việt Nam. Căn cứ để lựa chọn luật thực chất áp dụng ở đây là nơi cư trú của các bên.

Tuy nhiên, tư pháp quốc tế một số nước

lại quy định pháp luật điều chỉnh ly hôn có yếu tố nước ngoài là luật của nước mà người chồng có quốc tịch vào thời điểm ly hôn, nghĩa là áp dụng căn cứ Luật Quốc tịch của đương sự. Giả sử anh A là công dân của nước X mà ở đó tư pháp quốc tế quy định pháp luật thực chất điều chỉnh ly hôn có yếu tố nước ngoài là luật thực chất của nước mà người chồng có quốc tịch vào thời điểm ly hôn. Vợ chồng anh A và chị B, trong đó anh A là công dân nước X, chị B là công dân của nước Y, cả hai đang thường trú tại Việt Nam, có tài sản ở Việt Nam. Do mâu thuẫn, họ quyết định ly hôn. Theo quy định của tư pháp quốc tế Việt Nam, vụ việc phải do pháp luật thực chất của Việt Nam giải quyết. Nhưng khi tìm hiểu pháp luật Việt Nam, A nhận thấy mình bị bất lợi hơn trong vấn đề phân chia tài sản nếu ly hôn ở Việt Nam so với ly hôn ở nước X. Vì vậy, A rời Việt Nam trở về nước X rồi nộp đơn xin ly hôn tại Tòa án nước X, vụ việc được giải quyết theo pháp luật của nước X (pháp luật của nước người chồng mang quốc tịch). Sau khi có bản án, A xin công nhận và thi hành tại Việt Nam.

Đây là thủ đoạn lẩn tránh pháp luật dựa vào sự khác nhau của quy phạm xung đột của pháp luật nước X và quy phạm xung đột của pháp luật Việt Nam trong vấn đề ly hôn, dẫn đến pháp luật thực chất của nước X được áp dụng thay vì pháp luật được áp dụng là pháp luật thực chất của Việt Nam.

Loại thủ đoạn thứ hai, lợi dụng sự khác nhau trong quy phạm xung đột của chính nước có quy phạm xung đột được áp dụng để chọn luật điều chỉnh quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài. Hệ thống tư pháp quốc tế Việt Nam chứa đựng một số quy phạm xung đột cho phép pháp luật Việt Nam hay pháp luật nước ngoài điều chỉnh quan hệ có yếu tố nước ngoài. Chủ thể của quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài có thể sử dụng một số thủ đoạn để áp dụng pháp luật nước ngoài có lợi cho mình và tránh áp dụng pháp luật của nước bất lợi cho mình (kể cả luật của Việt Nam) mà không cần sử dụng hệ thống tư pháp quốc

tế nước ngoài. Họ có thể sử dụng quy phạm xung đột của hệ thống tư pháp quốc tế Việt Nam để tránh áp dụng pháp luật mà hệ thống tư pháp quốc tế Việt Nam chỉ định để điều chỉnh vì pháp luật được chỉ định bất lợi cho họ. Ví dụ:

Theo Khoản 1, 2 Điều 767 Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 2005, thừa kế theo pháp luật liên quan đến bất động sản được điều chỉnh bởi pháp luật của nước nơi có tài sản và thừa kế theo pháp luật liên quan đến động sản được điều chỉnh bởi pháp luật của nước mà người để lại thừa kế có quốc tịch. Vậy, nếu A có quốc tịch nước ngoài có để lại tài sản ở Việt Nam thì pháp luật Việt Nam được áp dụng nếu tài sản là bất động sản và pháp luật nước ngoài sẽ được áp dụng nếu tài sản là động sản. Theo pháp luật Việt Nam, con chưa thành niên, cha, mẹ, vợ, chồng, con đã thành niên mà không có khả năng lao động vẫn được hưởng phần di sản bằng 2/3 suất của một người thừa kế theo pháp luật, nếu di sản được chia theo pháp luật, trong trường hợp họ không được người lập di chúc cho hưởng di sản hoặc chỉ cho hưởng phần di sản ít hơn 2/3 suất đó (Điều 669 BLDS). Quy định này bất lợi cho người muốn để lại toàn bộ di sản cho một người nào đó. Tuy nhiên, một số nước không có quy định này, người có di sản muốn để lại toàn bộ di sản cho bất cứ người nào mà họ muốn. Nếu A có bất động sản tại Việt Nam thì phải áp dụng pháp luật Việt Nam. Để tránh quy định của pháp luật Việt Nam, A sẽ tìm cách biến bất động sản tại Việt Nam thành động sản để có thể áp dụng pháp luật của nước mà mình mang quốc tịch. Ví dụ, bất động sản của A là một căn nhà, A sẽ chuyển căn nhà này thành giá trị phần vốn góp trong công ty, giá trị phần vốn góp trong doanh nghiệp là động sản, và luật thực chất áp dụng giải quyết quan hệ thừa kế này sẽ là luật của nước mà A mang quốc tịch, A đã tránh không áp dụng quy định của pháp luật Việt Nam bằng chính quy phạm xung đột của pháp luật Việt Nam.

3. Quan điểm của tư pháp quốc tế các nước về hiện tượng “lẩn tránh pháp luật”

Hầu hết các nước trên thế giới đều xem đây là hiện tượng không bình thường và đều hạn chế hoặc ngăn cấm. Biện pháp để ngăn cấm, hạn chế ở các nước cũng khác nhau.

Thực tiễn tư pháp ở Pháp cho thấy, Tòa án không chấp nhận việc “lẩn tránh pháp luật” của Pháp và ở Pháp đã hình thành nguyên tắc pháp luật là mọi hành vi, mọi hợp đồng ký kết mà “lẩn tránh pháp luật” đều bị coi là bất hợp pháp.

Ở Anh - Mỹ, nếu các hợp đồng giữa các bên ký kết mà “lẩn tránh pháp luật” của các nước này, sẽ bị Tòa án hủy bỏ.

Ở Nga, Điều 48 BLDS Cộng hòa liên bang Nga quy định: “Các hợp đồng ký kết nhằm lẩn tránh pháp luật bị coi là vô hiệu”.

Điều 21 BLDS Bồ Đào Nha quy định: “Trong quá trình áp dụng quy phạm xung đột pháp luật, coi như không có giá trị pháp lý những hoàn cảnh pháp lý được thiết lập với mục đích tránh áp dụng pháp luật thông thường được chỉ định để điều chỉnh”.

Điểm b Điều 8 Luật Rumani ngày 22/9/1992 về quan hệ có yếu tố nước ngoài, “áp dụng pháp luật nước ngoài bị gạt bỏ khi nó được chỉ dẫn do lẩn tránh pháp luật. Khi pháp luật nước ngoài bị gạt bỏ, pháp luật Rumani được áp dụng”.

Tương tự, theo Điều 30 Bộ luật Tư pháp quốc tế Tuy-ni-di (1998), “lẩn tránh pháp luật được hình thành bởi thay đổi giả tạo bộ phận của quy phạm xung đột pháp luật liên quan đến hoàn cảnh pháp lý thực tiễn với mục đích tránh pháp luật Tuy-ni-di hoặc pháp luật nước ngoài được chỉ định điều chỉnh bởi quy phạm xung đột thông thường được áp dụng. Khi điều kiện của lẩn tránh pháp luật được thỏa mãn, sự thay đổi thành phần của quy phạm xung đột không được sử dụng”¹.

Ở nước ta, hiện tượng “lẩn tránh pháp luật” trong tư pháp quốc tế hầu như chưa có, nhưng trong các văn bản pháp luật đã ban

(1) Xem thêm: TS. Đỗ Văn Đại; TS. Mai Hồng Quỳnh, *Tư pháp quốc tế Việt Nam*, Nxb. Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh, 2007, tr. 120, tr. 121.

hành từng có những quy định cấm các trường hợp lẩn tránh. Ví dụ: Theo Khoản 4 Điều 6 Pháp lệnh về Hôn nhân và gia đình giữa công dân Việt Nam với người nước ngoài năm 1993, thì “Việc kết hôn của công dân Việt Nam với người nước ngoài được tiến hành ở nước ngoài và tuân theo pháp luật nước đó về nghi thức kết hôn thì được công nhận tại Việt Nam, trừ trường hợp việc kết hôn đó có ý định rõ ràng là để lẩn tránh các quy định của pháp luật Việt Nam về điều kiện kết hôn và cấm kết hôn”. Phân tích quy định này chúng ta thấy, Nhà nước Việt Nam thừa nhận giá trị pháp lý của việc kết hôn tiến hành ở nước ngoài, nếu như việc kết hôn đó tiến hành đúng theo các quy định của pháp luật, không lẩn tránh pháp luật Việt Nam để hướng đến một hệ thống pháp luật khác có lợi hơn. Như vậy, pháp luật Việt Nam cũng đã thể hiện rõ quan điểm không chấp nhận hiện tượng lẩn tránh pháp luật.

Tuy nhiên, quy định này chỉ giới hạn ở lĩnh vực kết hôn có yếu tố nước ngoài. Thêm vào đó, nó cũng chưa nói rõ hậu quả của việc “lẩn tránh” sẽ như thế nào và việc xử lý sẽ tiến hành theo pháp luật nước nào. Đến nay, điều khoản cũng không còn hiệu lực (Pháp lệnh này đã bị thay thế bởi Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000, có hiệu lực từ ngày 01/01/2001). Vì vậy, có thể kết luận đến thời điểm này, chúng ta chưa có một cơ sở pháp lý chung để xử lý hiện tượng “lẩn tránh pháp luật” trong quan hệ có yếu tố nước ngoài.

4. Hoàn thiện pháp luật để khắc phục hiện tượng “lẩn tránh pháp luật” trong tư pháp quốc tế Việt Nam

“Lẩn tránh pháp luật” là một hiện tượng không lành mạnh trong đời sống pháp lý quốc tế. Việc “lẩn tránh pháp luật” dẫn đến những quan hệ pháp luật có yếu tố nước ngoài diễn ra một cách “bất thường”, hoạt động áp dụng pháp luật quốc tế sẽ không diễn ra theo đúng trật tự vốn có của nó, bởi đối tượng trong quan hệ cố gắng hướng đến một hệ thống pháp luật

có lợi cho mình tất yếu sẽ ảnh hưởng đến lợi ích hợp pháp của chủ thể khác mà lẽ ra, nó đã được bảo vệ nếu áp dụng hệ thống pháp luật được quy phạm xung đột dẫn chiếu tới. Lợi ích hợp pháp bị xâm phạm này đôi khi là lợi ích của quốc gia. Nếu “lẩn tránh pháp luật” không được ngăn chặn và có giải pháp xử lý đúng đắn thì mối quan hệ hợp tác kinh tế - thương mại giữa các quốc gia có thể xảy ra những bất đồng, tổn thương. Đặc biệt là đối với Việt Nam, một nền kinh tế đang từng bước hội nhập vào hoạt động kinh tế chung của toàn cầu, cơ sở pháp lý cho sự vận hành của nền kinh tế thị trường đang trong giai đoạn hoàn thiện, nền kinh tế rất dễ bị tác động bởi những hiện tượng bất thường của đời sống pháp lý quốc tế, thì vấn đề này càng phải được quan tâm ngăn chặn. Tuy nhiên, hiện nay pháp luật Việt Nam chưa điều chỉnh hiện tượng “lẩn tránh pháp luật”, đặc biệt là trong những văn bản pháp luật có vị trí pháp lý cao điều chỉnh các quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài như BLDS, Bộ luật Tố tụng Dân sự (BLTTDS)... Chính vì vậy, việc hoàn thiện pháp luật để xử lý hiện tượng “lẩn tránh pháp luật” là rất cần thiết.

Chúng tôi cho rằng, các quy định của pháp luật Việt Nam về “lẩn tránh pháp luật” trong tư pháp quốc tế phải đảm bảo:

Thứ nhất, các quy định điều chỉnh hiện tượng “lẩn tránh pháp luật” cần được nêu tập trung trong BLTTDS năm 2004. Việt Nam là một trong số các nước không ban hành đạo luật riêng về tư pháp quốc tế (trên thế giới có nhiều nước đã ban hành đạo luật về tư pháp quốc tế như Bỉ, Thụy Sĩ, Italia,...). Các quy định pháp luật về tư pháp quốc tế của Việt Nam được nêu rải rác trong nhiều văn bản pháp luật như Luật Hôn nhân và gia đình 2000, Luật Thương mại 2005, BLDS 2005... Tuy nhiên, những quy định liên quan đến tố tụng dân sự quốc tế (luật hình thức của tư pháp quốc tế) phần lớn tập trung tại BLTTDS. Những quy định này mang tính nguyên tắc chung, được áp dụng điều chỉnh tất cả các quan hệ dân sự

có yếu tố nước ngoài. Như đã phân tích, pháp luật Việt Nam đã từng có quy định thể hiện quan điểm không chấp nhận việc “lẩn tránh pháp luật”. Tuy nhiên, đó chỉ là một quy định cá biệt trong một lĩnh vực cụ thể - quan hệ hôn nhân gia đình giữa người Việt Nam với người nước ngoài. Do đó, nó không thể trở thành một nguyên tắc chung của hệ thống pháp luật Việt Nam để áp dụng đối với tất cả các quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài và cho đến thời điểm hiện tại, quy định này đã hết hiệu lực pháp luật. Trong khi đó, BLTTDS lại không có quy định nào điều chỉnh vấn đề này. Chính vì vậy, chúng tôi cho rằng, để xử lý các trường hợp “lẩn tránh pháp luật” trong thực tiễn tư pháp quốc tế Việt Nam, cần quy định vấn đề trong BLTTDS, bởi lẽ:

- BLTTDS là đạo luật quan trọng nhất của pháp luật tố tụng dân sự Việt Nam, chứa đựng những quy định mang tính chất nguyên tắc có hiệu lực áp dụng chung cho tất cả các vấn đề phát sinh trong lĩnh vực tố tụng dân sự, kể cả tố tụng dân sự có yếu tố nước ngoài, mà xử lý hiện tượng “lẩn tránh pháp luật” không phải là luật nội dung của tư pháp quốc tế Việt Nam. Vì vậy, việc đưa các quy định xử lý “lẩn tránh pháp luật” vào BLTTDS sẽ đảm bảo hiệu lực pháp lý cao nhất của quy phạm pháp luật cũng như trao cho các quy định này hiệu lực chung để áp dụng trong thực tiễn đối với mọi loại quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài.

- Việc tập trung trong một đạo luật sẽ góp phần nâng cao tính đồng bộ và thống nhất của hệ thống pháp luật Việt Nam hiện nay. Nếu vấn đề này được quy định trong nhiều văn bản pháp luật có hiệu lực pháp lý khác nhau sẽ dẫn đến tình trạng tản mát, chồng chéo, mâu thuẫn của hệ thống pháp luật. Tình trạng này đã xảy ra đối với pháp luật nội dung của tư pháp quốc tế Việt Nam (quy phạm pháp luật giải quyết xung đột pháp luật, ngoài BLDS còn được điều chỉnh trong nhiều văn bản pháp luật khác nhau). Chính vì vậy, các quy định của luật hình thức cần rút kinh nghiệm tránh mắc phải khuyết điểm này. Hơn

nữa, quy định về luật hình thức thường đòi hỏi tính đồng bộ, thống nhất cao mới có thể áp dụng trên thực tế.

- Bên cạnh đó, việc ghi nhận các quy định về “lẩn tránh pháp luật” vào BLTTDS sẽ nâng cao hiệu quả áp dụng pháp luật trong thực tiễn của cơ quan nhà nước có thẩm quyền bởi cơ quan có thẩm quyền xử lý hiện tượng này (thường là Tòa án) cũng như những người có thẩm quyền áp dụng pháp luật sẽ nhanh chóng tìm thấy quy định cần thiết mà không cần phải tốn thêm thời gian đối chiếu, kiểm tra, xem xét các văn bản pháp luật khác. Điều này càng có ý nghĩa quan trọng hơn khi thực tế tại Việt Nam, trình độ chuyên môn cũng như kinh nghiệm thực tiễn của đội ngũ cán bộ, công chức trong các cơ quan thực thi pháp luật còn hạn chế, đặc biệt là trong lĩnh vực quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài.

Thứ hai, khi hiện tượng “lẩn tránh pháp luật” đã xảy ra trên thực tế thì phải xử lý nhanh chóng, kịp thời và chính xác nhằm khôi phục lại trật tự pháp lý quốc tế. Chúng tôi cho rằng, các nguyên tắc xử lý hiện tượng “lẩn tránh pháp luật” trong BLTTDS cần bao gồm các nội dung sau:

- Nếu một quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài được áp dụng pháp luật mà việc áp dụng đó là kết quả thu được từ việc “lẩn tránh pháp luật” thì kết quả của quan hệ này (được thể hiện trong bản án, quyết định của Tòa án, quyết định của Trọng tài nước ngoài) sẽ không được công nhận và cho thi hành tại Việt Nam. Ngược lại, nếu việc áp dụng pháp luật Việt Nam là kết quả của lẩn tránh thì kết quả đó cũng không được công nhận và cho thi hành tại quốc gia có hệ thống pháp luật lẽ ra phải áp dụng, dù nội dung vụ việc có quan hệ chặt chẽ với Việt Nam.

- Nếu pháp luật lẽ ra phải được áp dụng là pháp luật Việt Nam nhưng đã không được áp dụng do “lẩn tránh pháp luật” thì sau khi tuyên bố không công nhận và cho thi hành tại Việt Nam kết quả của quan hệ đó, cơ quan nhà nước có thẩm quyền của Việt Nam cần xác định rõ luật áp dụng để giải quyết quan hệ

là pháp luật Việt Nam. Điều này nhằm khôi phục lại trật tự pháp lý đã bị thay đổi do hiện tượng “lẩn tránh pháp luật” trước đó gây ra.

- Nếu một nước công nhận kết quả của một quan hệ dân sự đã “lẩn tránh pháp luật” Việt Nam và đã áp dụng pháp luật nước đó thì Việt Nam có quyền áp dụng nguyên tắc có đi có lại, công nhận một quan hệ dân sự đã “lẩn tránh pháp luật” nước đó để áp dụng pháp luật Việt Nam. Trên thực tế, pháp luật của nhiều quốc gia trên thế giới cũng áp dụng nguyên tắc này. Điều đó sẽ đảm bảo nguyên tắc có đi có lại và bình đẳng trong việc áp dụng pháp luật nước ngoài điều chỉnh các quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài, một trong những yêu cầu cơ bản của đời sống pháp lý quốc tế.

Thứ ba, BLTTDS nên quy định cơ quan có thẩm quyền xử lý hiện tượng “lẩn tránh pháp luật” là Tòa án Việt Nam, bởi lẽ:

- Tòa án là thiết chế truyền thống trong bộ máy nhà nước được trao cho chức năng giải quyết các tranh chấp trong xã hội. Việt Nam đang phấn đấu xây dựng một nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa mà ở đó pháp luật đứng ở vị trí cao nhất điều chỉnh các quan hệ xã hội. Trong mô hình nhà nước pháp quyền, Tòa án luôn ở vị trí trung tâm để đảm bảo cho pháp luật được thực thi một cách nghiêm minh.

- Quan hệ dân sự nói chung và quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài nói riêng về bản chất là những quan hệ tư. Ở đó, yếu tố bình đẳng là yêu cầu cơ bản chi phối tất cả các quan hệ, các bên chủ thể tham gia quan hệ bình đẳng với nhau và nguyên tắc tự nguyện, tự do thỏa thuận được quán triệt trong suốt quá trình hình thành, phát triển và kết thúc của quan hệ. Chính vì vậy, nếu giao cho bất cứ một cơ quan nào nằm trong hệ thống cơ quan quản lý hành chính nhà nước xử lý các mối quan hệ này đều không đảm bảo được nguyên tắc khách quan và bình đẳng. Trong các quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài thì nguyên tắc bình đẳng càng cần phải được tôn trọng và đặt lên hàng đầu mới đảm bảo được uy tín của hệ thống pháp luật Việt Nam, tạo

dựng niềm tin với các chủ thể nước ngoài, góp phần thúc đẩy quá trình hội nhập quốc tế của Việt Nam.

- Những quy định về xử lý hiện tượng “lẩn tránh pháp luật” thuộc về lĩnh vực tố tụng dân sự quốc tế. Trong BLTTDS, thẩm quyền xử lý những vấn đề về tố tụng dân sự quốc tế, như: giải quyết tranh chấp, công nhận và cho thi hành tại Việt Nam bản án, quyết định dân sự của Tòa án nước ngoài, quyết định của Trọng tài nước ngoài,... đều trao cho Tòa án. Chính vì vậy, việc trao cho Tòa án thẩm quyền xử lý các vấn đề liên quan đến hiện tượng “lẩn tránh pháp luật” là hoàn toàn hợp lý. Điều này cũng góp phần tạo điều kiện thuận lợi cho Tòa án có đủ thẩm quyền thực hiện chức năng, nhiệm vụ của mình trong việc xử lý các vấn đề có liên quan đến quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài.

Thứ tư, quy định về thẩm quyền cụ thể của Tòa án Việt Nam xử lý hiện tượng “lẩn tránh pháp luật”. BLTTDS cần xác định những trường hợp nào Tòa án Việt Nam có thẩm quyền tuyên bố không công nhận một quan hệ pháp luật dân sự có yếu tố nước ngoài do “lẩn tránh pháp luật”, bởi không phải trong bất kỳ trường hợp nào và đối với bất cứ quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài nào Tòa án Việt Nam cũng đều có quyền và đều cần phải xem xét quan hệ có “lẩn tránh pháp luật” hay không. Bên cạnh đó, BLTTDS cũng cần quy định thẩm quyền cụ thể của Tòa án Việt Nam xử lý các quan hệ này. Chúng tôi cho rằng, việc xử lý một quan hệ pháp luật dân sự có hiện tượng “lẩn tránh pháp luật” có tính chất tương tự như việc Tòa án giải quyết một vụ việc dân sự có yếu tố nước ngoài. Chính vì vậy, để xác định thẩm quyền của Tòa án Việt Nam trong hai trường hợp trên cần sử dụng những tiêu chí xác định thẩm quyền giải quyết các vụ việc dân sự có yếu tố nước ngoài của Tòa án Việt Nam (hiện được quy định tại Điều 410 BLTTDS). Điều này sẽ góp phần thống nhất các tiêu chí xác định thẩm quyền của Tòa án Việt Nam trong việc xử lý các vấn đề có liên quan đến quan hệ dân sự có yếu tố

nước ngoài².

Thứ năm, chủ thể có quyền và nghĩa vụ yêu cầu Tòa án tuyên bố không công nhận một quan hệ là kết quả của hiện tượng “lẩn tránh pháp luật”. “Lẩn tránh pháp luật” nếu đã xảy ra trên thực tế sẽ có nguy cơ gây thiệt hại cho lợi ích của hai nhóm chủ thể: thứ nhất là Nhà nước có hệ thống pháp luật lẽ ra đã phải được áp dụng. Đây là nhóm lợi ích chung thuộc về trật tự xã hội hơn là lợi ích cá nhân; thứ hai là những chủ thể trong quan hệ dân sự đó có lợi ích đã bị thiệt hại do phải chịu sự điều chỉnh của hệ thống pháp luật lẽ ra không được áp dụng. Đây là nhóm lợi ích trực tiếp bị xâm hại bởi hiện tượng “lẩn tránh pháp luật”. Xuất phát từ cơ sở này, theo chúng tôi, BLTTDS cần quy định có hai nhóm chủ thể có quyền và nghĩa vụ yêu cầu Tòa án tuyên bố không công nhận một quan hệ là kết quả của hiện tượng “lẩn tránh pháp luật”:

- Nhóm chủ thể có quyền: những chủ thể tham gia vào quan hệ pháp luật và có lợi ích trực tiếp bị xâm hại bởi việc “lẩn tránh pháp luật”. Nhóm chủ thể này có quyền nộp đơn ra trước Tòa án có thẩm quyền của Việt Nam trong trường hợp họ nhận thấy quyền và lợi ích hợp pháp của mình đã bị xâm hại. Và, đương nhiên, vì là quyền nên họ có quyền lựa chọn giữa khả năng nộp đơn hoặc không nộp đơn để bảo vệ lợi ích hợp pháp của mình.

- Nhóm chủ thể có nghĩa vụ: những cơ quan có thẩm quyền thực thi pháp luật trong bộ máy nhà nước Việt Nam. Xuất phát từ lợi ích được bảo vệ trong trường hợp này là trật tự xã hội nên với tư cách là chủ thể đại diện cho xã hội, các cơ quan nhà nước trong quá trình thực thi nhiệm vụ của mình mà phát hiện một quan hệ dân sự có hiện tượng “lẩn tránh pháp luật” có nghĩa vụ phải thông báo cho những chủ thể có quyền nộp đơn hoặc phải tự nộp đơn yêu cầu Tòa án không công

nhận một quan hệ do “lẩn tránh pháp luật” nếu việc nộp đơn này có liên quan trực tiếp đến việc thực hiện nhiệm vụ cụ thể của cơ quan mình.

Thứ sáu, xây dựng cơ chế đảm bảo thực hiện: bên cạnh những quy định cụ thể điều chỉnh nội dung của việc xử lý các quan hệ dân sự có hiện tượng “lẩn tránh pháp luật”, BLTTDS còn phải có những quy định về cơ chế kiểm tra, giám sát để đảm bảo được rằng, khi hiện tượng “lẩn tránh pháp luật” xảy ra, nó sẽ được ngăn chặn kịp thời hoặc kết quả của nó sẽ nhanh chóng được xử lý, tránh phát sinh hậu quả xấu trên thực tế. Vai trò này thuộc về các cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền như là một nội dung hoạt động cụ thể trong chức năng quản lý nhà nước.

Bên cạnh đó, xuất phát từ việc áp dụng pháp luật nước ngoài trong tư pháp quốc tế thông qua phương pháp xung đột là một hoạt động phức tạp, đòi hỏi các bên có liên quan, đặc biệt là chủ thể có thẩm quyền quyết định áp dụng hệ thống pháp luật nước ngoài khi giải quyết các mối quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài, phải có một kiến thức nhất định về lĩnh vực này. Chính vì vậy, để đảm bảo các quy định của pháp luật về “lẩn tránh pháp luật” được thực thi hiệu quả trên thực tế, công tác tuyên truyền, phổ biến pháp luật cần được tiến hành đồng bộ và hiệu quả đối với các đối tượng có liên quan. Đồng thời, cần không ngừng nâng cao ý thức chấp hành nghiêm túc các quy định về áp dụng luật của tư pháp quốc tế Việt Nam cũng như tư pháp quốc tế các nước trong quá trình tham gia các quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài của các chủ thể Việt Nam trên tinh thần tuân thủ pháp luật quốc tế, góp phần thúc đẩy sự phát triển của các quan hệ kinh tế - dân sự có yếu tố nước ngoài tại Việt Nam. ■

(2) Về thẩm quyền giải quyết các vụ việc dân sự có yếu tố nước ngoài của Tòa án Việt Nam, xem thêm: *Bành Quốc Tuấn, Từ một quy định về thẩm quyền xét xử các vụ việc dân sự có yếu tố nước ngoài của Tòa án, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 24 (161), tháng 12/2009.*

ĐIỀU KIỆN CÓ HIỆU LỰC CỦA GIAO DỊCH DÂN SỰ THEO QUY ĐỊNH CỦA BỘ LUẬT DÂN SỰ NĂM 2005

■ NGUYỄN THỊ TÌNH*

Điều kiện có hiệu lực của giao dịch dân sự (GDĐ) là một trong những nội dung cơ bản, quyết định sự ổn định, tính hợp lý, tính hiệu quả của các giao dịch trong giao lưu dân sự nói chung và trong hoạt động thương mại nói riêng. Nếu pháp luật không có những quy định cụ thể, rành mạch sẽ làm cho các chủ thể hoang mang và không tự tin khi tham gia GDĐ, thương mại, gây ra những hậu quả khó lường đối với nền kinh tế - xã hội và có thể tạo ra sự tùy tiện không đáng có trong quá trình áp dụng pháp luật của các chủ thể có liên quan. Vì vậy, vấn đề về điều kiện có hiệu lực của GDĐ cần phải được nghiên cứu và xem xét, đưa ra những giải pháp cụ thể nhằm mang lại sự ổn định và tạo đà phát triển cho nền kinh tế.

Theo quy định tại Điều 122 Bộ luật Dân sự năm 2005 (BLDS 2005), một GDĐ chỉ được coi là có hiệu lực khi đáp ứng đầy đủ các yêu cầu sau: a) Người tham gia giao dịch có năng lực hành vi dân sự; b) Mục đích và nội dung của giao dịch không vi phạm điều cấm của pháp luật, không trái đạo đức xã hội; c) Người tham gia giao dịch hoàn toàn tự nguyện. 2. Hình thức GDĐ là điều kiện có hiệu lực của giao dịch trong trường hợp pháp luật có quy định.

Tuy nhiên, trong quá trình áp dụng luật cũng như nghiên cứu tính hợp lý của các quy định này trong thực tiễn, chúng tôi nhận thấy vẫn còn một số bất cập cần phải được bổ sung, sửa đổi trên các khía cạnh sau đây:

Một là, cần quy định cụ thể về khái niệm “người tham gia GDĐ”

Theo quy định tại Khoản 1 (a), Điều 122 BLDS 2005, điều kiện đầu tiên để xác định một GDĐ có hiệu lực đó là “Người tham gia giao dịch có năng lực hành vi dân sự”. Để xác định rõ nội hàm của quy định này, khái niệm “người tham gia giao dịch” cần phải được làm rõ. Tuy nhiên, trong nội dung các quy phạm pháp luật hiện nay chưa có bất cứ một định nghĩa nào về “người tham gia giao dịch”. Vì vậy, khi mà chưa có một định nghĩa chính thống, khái niệm này có thể được hiểu theo nhiều cách khác nhau. Theo cách hiểu phổ biến hiện nay, “người tham gia giao dịch” bao gồm hai chủ thể: chủ thể hợp đồng và người ký kết hợp đồng. Điều đó có nghĩa là, để một GDĐ có hiệu lực, trước hết người tham gia giao dịch (chủ thể hợp đồng và người đại diện ký kết hợp đồng (nếu có) phải có năng lực hành vi (NLHV) tham gia từng GDĐ cụ thể.

(*) ThS. Khoa Luật Thương mại, Trường Đại học Thương mại.

Tuy nhiên, khi giao dịch của người không có NLHV hoặc bị mất NLHV được xác lập thông qua người đại diện, thì cách hiểu về người tham gia giao dịch như trên lại gặp một số trở ngại. Có ý kiến cho rằng, người bị mất NLHV và người không có NLHV trong các trường hợp trên không phải là người tham gia giao dịch, bởi mọi vấn đề từ khi xác lập đến khi thực hiện giao dịch đều được thực hiện thông qua người đại diện. Chúng tôi nhận thấy, BLDS 2005 mặc dù không trực tiếp ghi nhận họ là người tham gia giao dịch nhưng đã gián tiếp thừa nhận vai trò tham gia giao dịch của người bị mất NLHV, người không có NLHV khi quy định GDDS của người chưa đủ sáu tuổi và người bị mất NLHV dân sự phải do người đại diện theo pháp luật xác lập, thực hiện (Điều 21, Khoản 2 Điều 22) và tại Khoản 3 Điều 69 “Các GDDS giữa người giám hộ với người được giám hộ có liên quan đến tài sản của người được giám hộ đều vô hiệu, trừ trường hợp...”. Với những quy định này, rõ ràng chúng ta không thể phủ nhận vai trò tham gia giao dịch của người mất NLHV và người không có NLHV, bởi lẽ họ là người có quyền và lợi ích liên quan đến giao dịch, cụ thể hơn, họ là người có tài sản là đối tượng của giao dịch. Tuy nhiên, nếu áp họ vào hai loại chủ thể tham gia giao dịch như cách hiểu thông thường hiện nay là không hợp lý, bởi lẽ, mặc dù họ có tài sản mang ra giao dịch nhưng họ không thể là chủ thể của hợp đồng và cũng không thể là người ký kết hợp đồng, bởi chủ thể của hợp đồng, người trực tiếp xác lập và thực hiện hợp đồng trong trường hợp này chính là người đại diện theo pháp luật của họ. Vì vậy, khái niệm “người tham gia giao dịch” có thể được hiểu, ngoài hai chủ thể theo cách hiểu thông thường (chủ thể của hợp đồng và người ký kết hợp đồng) còn bao gồm cả đối tượng này. Với cách suy luận như vậy, khi áp dụng điều kiện về “người tham gia giao dịch có NLHV dân sự” trong trường hợp này thì người tham gia giao dịch với tư cách chủ sở hữu của tài sản là đối tượng giao dịch nếu bị mất NLHV, không có NLHV, sẽ đương nhiên không thể đáp ứng điều kiện về “người tham

gia giao dịch phải có NLHV dân sự” như đã nêu ở trên. Điều kiện về “NLHV” trong trường hợp này chỉ có thể đáp ứng bởi chủ thể của hợp đồng và người trực tiếp ký kết hợp đồng (người đại diện, người giám hộ). Suy luận theo lẽ thông thường, những giao dịch loại này theo các điều kiện quy định tại Điều 122 BLDS 2005 sẽ không bao giờ được coi là có hiệu lực, điều đó đã gián tiếp tước quyền tham gia giao dịch của người bị mất NLHV dân sự, người chưa có NLHV dân sự dù sự tham gia đó chỉ là tham gia một cách gián tiếp thông qua người đại diện, người giám hộ.

Theo chúng tôi, để giải quyết vấn đề này, BLDS 2005 nên bổ sung nội dung để giải thích rõ khái niệm “người tham gia giao dịch” có tính đến đặc thù trong các GDDS của người không có NLHV và người bị mất NLHV như đã phân tích ở trên. Có như vậy, mới tạo ra cách hiểu thống nhất và điều kiện thuận lợi cho các chủ thể bảo vệ quyền và lợi ích chính đáng của mình, hạn chế tối đa sự tùy tiện trong việc áp dụng pháp luật.

Hai là, cần phải xác định rõ ranh giới của sự “tự nguyện” và “mất tự nguyện” trong quy định về điều kiện “Người tham gia giao dịch hoàn toàn tự nguyện”

Khái niệm “tự nguyện” được đưa ra ở đây rất mơ hồ, chung chung, gây khó khăn và tùy tiện trong quá trình áp dụng luật. Chẳng hạn, việc tham gia giao dịch của một bên không có lợi thế về sức mạnh thị trường do sức ép của một bên có vị thế mạnh trên thị trường, hay giao dịch giữa một bên là cấp dưới trực tiếp buộc phải tham gia giao dịch vì sợ “uy thế” của cấp trên có bị coi là không đáp ứng điều kiện “hoàn toàn tự nguyện” theo quy định của Điều 122 vẫn là một vấn đề còn bỏ ngỏ. Việc một bên chủ thể dùng lợi thế thị trường, quyền lực thương mại để ép buộc một hoặc các bên chủ thể khác tham gia và thực hiện GDDS rất có thể được ngụy biện là sự thỏa thuận, thương lượng, đánh đổi lợi ích giữa các bên. Ở cấp độ mất tự nguyện nghiêm trọng, có thể nhận biết dễ dàng như việc một bên chủ thể dùng vũ lực, đe dọa dùng vũ lực với bên kia nhằm đạt mục

đích trong GDDS thì đương nhiên giao dịch này sẽ vô hiệu và chủ thể thực hiện hành vi ép buộc có thể sẽ phải chịu trách nhiệm hành chính hoặc hình sự. Ở cấp độ dân sự và thương mại, do có sự giao thoa, khó phân biệt giữa ép buộc và thỏa thuận cho nên rất cần phải có một khái niệm để chỉ ra những dấu hiệu của sự ép buộc, mất tự nguyện khi các bên chủ thể thực hiện một GDDS.

Vì vậy, theo chúng tôi, để giải quyết vấn đề này, BLDS 2005 cần phải quy định một tiêu chí để xác định giới hạn cụ thể của sự tự nguyện và mất tự nguyện khi các chủ thể tham gia vào một GDDS.

Ba là, sửa đổi điều kiện về hình thức GDDS là điều kiện có hiệu lực của giao dịch

Quy định này hiện nay đang gây nhiều tranh cãi và thực tế không bảo vệ được lợi ích hợp pháp của những người ngay tình, đôi khi tạo ra kẽ hở cho một số đối tượng lợi dụng để yêu cầu tuyên bố GDDS vô hiệu nhằm phục vụ các lợi ích, mục đích cá nhân một bên chủ thể.

Theo quy định tại Điều 134 BLDS 2005 “Trong trường hợp pháp luật quy định hình thức GDDS là điều kiện có hiệu lực của giao dịch mà các bên không tuân theo thì theo yêu cầu của một hoặc các bên, Tòa án, cơ quan nhà nước có thẩm quyền khác quyết định buộc các bên thực hiện quy định về hình thức của giao dịch trong một thời hạn; quá thời hạn đó mà không thực hiện thì giao dịch vô hiệu”. Theo chúng tôi, quy định này trên thực tế chỉ có ý nghĩa trong trường hợp cả hai bên chủ thể của giao dịch đều có thiện chí mong muốn tiếp tục thực hiện hợp đồng. Tuy nhiên, trường hợp này hầu như khó có thể xảy ra, bởi việc tuyên bố vô hiệu là do yêu cầu của một trong các bên, do đó, khi họ đã nộp đơn yêu cầu tuyên bố vô hiệu có nghĩa là họ mong muốn hợp đồng đó không được tiếp tục thực hiện nữa. Chẳng hạn, khi giao dịch có đối tượng là bất động sản, theo quy định của pháp luật Việt Nam thì cần phải bằng văn bản có chứng nhận, chứng thực của cơ quan nhà nước có thẩm quyền, nếu các bên thiết lập hợp đồng mua bán bằng giấy viết tay

chưa có công chứng, chứng thực, rõ ràng đã vi phạm về mặt hình thức. Thông thường đối với bất động sản khi thấy giá trị tài sản tăng cao, bên bán thường là bên mong muốn hợp đồng đó bị vô hiệu để được lấy lại tài sản thực tế mình đã bán, do vậy, họ thường lợi dụng việc vi phạm về mặt hình thức để yêu cầu Tòa án tuyên bố vô hiệu và họ sẽ không hợp tác với bên mua để cùng ra công chứng chứng thực bản hợp đồng theo yêu cầu của Tòa án. Hậu quả là việc yêu cầu hoàn thiện về mặt hình thức của Tòa án sẽ không có giá trị và sẽ tạo cơ hội cho bên có hành vi làm lợi bất chính do muốn lấy lại tài sản thực tế đã bán khi giá trị của tài sản tăng cao. Chính vì vậy, theo chúng tôi, để ngăn chặn hiện tượng này, cần phải yêu cầu các bên hoàn thiện về mặt hình thức, nếu họ vẫn cố tình không tuân thủ thì cần phải coi là giao dịch đó có hiệu lực. Bên cạnh đó, để đảm bảo các bên có thái độ nghiêm túc tuân thủ hình thức khi ký kết hợp đồng, pháp luật cũng nên có chế tài về mặt hành chính đối với các bên (chẳng hạn phạt tiền) đối với trường hợp không tuân thủ về mặt hình thức.

Bốn là, cần sửa đổi nội dung khái niệm “đe dọa” trong GDDS bị coi là vô hiệu do bị đe dọa.

Theo quy định tại Điều 132 “Khi một bên tham gia GDDS do bị lừa dối hoặc bị đe dọa thì có quyền yêu cầu Tòa án tuyên bố GDDS đó là vô hiệu”. Theo đó, khái niệm “đe dọa” được hiểu là “hành vi cố ý của một bên hoặc người thứ ba làm cho bên kia buộc phải thực hiện giao dịch nhằm tránh thiệt hại về tính mạng, sức khỏe, danh dự, uy tín, nhân phẩm, tài sản của mình hoặc của cha, mẹ, vợ, chồng, con của mình”.

Với quy định này, BLDS 2005 đã giới hạn chủ thể bị tác động do hành vi đe dọa của bên kia là *người tham gia giao dịch hoặc của cha, mẹ, vợ, chồng, con của người tham gia giao dịch*. Theo chúng tôi, quy định như trên chưa bao quát, bởi lẽ trên thực tế, không phải chỉ có những đối tượng như cha, mẹ, vợ, chồng, con hoặc bản thân bị đe dọa xâm hại về tính

mạng, sức khỏe... mới làm ảnh hưởng đến quyết định giao kết hợp đồng của một bên, có những trường hợp mặc dù không có quan hệ như trên, nhưng có mối quan hệ đủ để họ phải hy sinh quyền lợi riêng để bảo vệ tính mạng, sức khỏe, danh dự, uy tín, nhân phẩm, tài sản của người khác vẫn có khả năng tác động một cách trực tiếp, thông qua đó ép buộc họ phải tham gia giao dịch. Việc giới hạn về đối tượng có khả năng bị xâm hại như trên là chưa bao quát, chưa phản ánh được đúng thực tế các mối quan hệ đa dạng trong đời sống xã hội. Do vậy, theo chúng tôi, cần phải quy định theo hướng xem xét khả năng tác động của sự đe dọa đó đến chủ thể tham gia giao dịch mà không nên liệt kê các đối tượng bị đe dọa phải gánh chịu thiệt hại như quy định trong Điều 132, BLDS 2005 hiện nay.

Năm là, nên sửa đổi điều kiện mục đích và nội dung của giao dịch “không trái đạo đức xã hội” thành “không xâm phạm trật tự công cộng”.

Theo quy định tại Khoản 1 (b) Điều 122, GDDS phải đáp ứng điều kiện “mục đích và nội dung của giao dịch không vi phạm điều cấm của pháp luật, không trái đạo đức xã hội”. Tuy nhiên, khái niệm đạo đức xã hội mặc dù đã được định nghĩa ở Điều 128 “Đạo đức xã hội là những chuẩn mực ứng xử chung giữa người với người trong đời sống xã hội, được cộng đồng thừa nhận và tôn trọng” nhưng vẫn còn rất mơ hồ và thiếu tính cụ thể. Vấn đề xác định thế nào là chuẩn mực đạo đức trong thực tế phụ thuộc vào nhiều yếu tố và quan điểm của mỗi cá nhân, mỗi cộng đồng và thậm chí ở mỗi giai đoạn có thể có cách hiểu khác nhau. Có thể thấy, mục đích của quy định này là để bảo vệ lợi ích của các chủ thể tham gia giao dịch, quyền và lợi ích hợp pháp của những người liên quan cũng như lợi ích chung của xã hội. Theo chúng tôi, nên sửa đổi nội dung này theo hướng thay cụm từ “không trái đạo đức xã hội” thành “không xâm phạm trật tự công cộng”. Cách quy định này phù hợp với thông lệ quốc tế (pháp luật của Pháp, Nhật Bản đã quy

định rất cụ thể về điều kiện này), vừa dễ dàng chứng minh hơn so với việc quy về chuẩn mực đạo đức để xác định một giao dịch có vô hiệu do vi phạm về mặt đạo đức hay không mà vẫn đạt được mục đích của pháp luật trong việc bảo vệ lợi ích chung của xã hội.

Sáu là, nên loại bỏ quy định tại Điều 127 BLDS 2005

Theo quy định tại Điều 127 BLDS 2005 “GDDS không có một trong các điều kiện được quy định tại Điều 122 của Bộ luật này thì vô hiệu”. Theo chúng tôi, quy định này là không hợp lý bởi lẽ ngoài trường hợp vô hiệu do vi phạm Điều 122 như trên, BLDS 2005 còn có các điều khoản cụ thể nêu các trường hợp GDDS vô hiệu như Điều 128 (GDDS vô hiệu do vi phạm điều cấm của pháp luật, trái đạo đức xã hội), Điều 129 (GDDS vô hiệu do giả tạo), Điều 130 (GDDS vô hiệu do người chưa thành niên, người mất NLHV dân sự, người bị hạn chế NLHV dân sự xác lập, thực hiện), Điều 131 (GDDS vô hiệu do bị nhầm lẫn), Điều 132 (GDDS vô hiệu do bị lừa dối, đe dọa), Điều 133 (GDDS vô hiệu do người xác lập không nhận thức và làm chủ được hành vi của mình), Điều 134 (GDDS vô hiệu do không tuân thủ quy định về hình thức). Bên cạnh đó, BLDS 2005 cũng quy định một số trường hợp vô hiệu vì những lý do khác không thuộc các trường hợp nêu tại Điều 122 và Điều 128-134. Cụ thể, Điều 411 BLDS 2005 quy định, đối với GDDS là hợp đồng “nếu ngay từ khi ký kết, hợp đồng có đối tượng không thể thực hiện được vì lý do khách quan thì hợp đồng này bị vô hiệu”. Chẳng hạn, A và B ký kết hợp đồng xây dựng, theo đó, B phải xây cho A hoàn chỉnh khu chung cư 50 tầng, với 500 căn hộ trong thời gian là 12 tiếng thì đối tượng của hợp đồng là công việc không thể thực hiện được, do vậy sẽ vô hiệu theo quy định tại Điều 411. Hoặc theo quy định tại Khoản 3, Điều 69 BLDS 2005 quy định “Các GDDS giữa người giám hộ với người được giám hộ có liên quan đến tài

(Xem tiếp trang 38)

CÁC KIẾN NGHỊ

SỬA ĐỔI BỘ LUẬT LAO ĐỘNG 1994 TỪ VIỆC THỰC HIỆN CÔNG ƯỚC SỐ 29 CỦA ILO

■ PHAN THANH HUYỀN*

“Cần đặt ra lộ trình thúc đẩy hành động chống lại một loại tệ nạn xã hội mà không có chỗ trong thế giới hiện đại. Để thực hiện được mục tiêu toàn cầu hoá công bằng và việc làm nhân văn cho tất cả mọi người, chúng ta cần phải loại bỏ lao động cưỡng bức”⁽¹⁾.

I. Tình hình thực hiện Công ước số 29 của ILO về lao động cưỡng bức hoặc bắt buộc

Ngày 29/1/2007, Chủ tịch nước đã ký quyết định số 148/2007/QĐ-CTN về việc gia nhập Công ước số 29 về lao động cưỡng bức hoặc bắt buộc (LĐCBHBB) của Tổ chức Lao động thế giới (ILO) và chính thức trở thành thành viên của Công ước từ ngày 05/3/2007. Việc gia nhập Công ước đã tạo điều kiện cho Việt Nam hội nhập quốc tế, phát triển quan hệ lao động hài hòa và ổn định, tiếp tục nâng cao vị thế trên trường quốc tế.

Công ước số 29, được thông qua tại kỳ họp thứ 14 của ILO ngày 10/6/1930, gồm 33 điều quy định các quốc gia thành viên cam kết phải có chính sách quốc gia hủy bỏ việc sử dụng LĐCBHBB dưới mọi hình thức trong thời gian ngắn nhất.

Công ước số 29 về LĐCBHBB là một trong 8 Công ước cơ bản trên tổng số 188 Công ước của ILO và là một trong hai Công ước về lao

động cưỡng bức (LĐCB) - cùng với Công ước số 105 về xoá bỏ các hình thức cưỡng bức lao động. Theo Công ước 29, LĐCBHBB “là chỉ mọi công việc hoặc dịch vụ mà một người ép buộc phải làm dưới sự đe dọa của một hình phạt nào đó mà bản thân người đó không tự nguyện làm”. Nội dung cơ bản của Công ước 29 quy định, các quốc gia thành viên của Công ước cam kết hủy bỏ việc sử dụng “LĐCB” dưới mọi hình thức trong thời gian ngắn nhất có thể đạt được. Tuy nhiên ở giai đoạn chuyển tiếp, nhà nước có thể sử dụng một số hình thức LĐCB vào mục đích công cộng nhưng phải tuân thủ các điều kiện hết sức nghiêm ngặt mà Công ước quy định. Đồng thời, Công ước nghiêm cấm việc sử dụng LĐCB trong khu vực tư nhân mà không có bất kỳ ngoại lệ nào. Mọi cơ quan nhà nước không được phép áp đặt hoặc cho phép áp đặt việc LĐCB vì lợi ích của tư nhân, công ty hoặc hiệp hội tư nhân.

Sau năm năm gia nhập Công ước số 29,

(*) **Đại học Công đoàn.**

(1) “Một liên minh toàn cầu chống lao động cưỡng bức”, Báo cáo toàn cầu trong khuôn khổ các hoạt động tiếp theo của Tuyên bố ILO về các Nguyên tắc và Quyển cơ bản tại nơi làm việc, năm 2005.

Việt Nam đã và đang nỗ lực tăng cường phòng, chống và tiến tới xoá bỏ hoàn toàn LĐCB với nhiều hoạt động như: hoàn thiện hệ thống quy phạm pháp luật liên quan đến vấn đề LĐCBHBB; tổ chức tuyên truyền, phổ biến, giải thích, giáo dục pháp luật về LĐCBHBB thông qua các chương trình có tính quốc gia; tăng cường quản lý nhà nước và thanh tra lao động đối với vấn đề LĐCB; lồng ghép mối quan tâm về LĐCBHBB vào các chương trình, dự án phát triển kinh tế - xã hội; tăng cường hợp tác quốc tế trong đấu tranh xoá bỏ tình trạng LĐCB dưới hình thức buôn bán người, đặc biệt là buôn bán phụ nữ, trẻ em... Bằng những nỗ lực đó, Việt Nam đã thực hiện nghĩa vụ của quốc gia thành viên một cách tương đối đầy đủ. Biểu hiện nổi bật là:

- Hệ thống các quy phạm pháp luật liên quan đến LĐCBHBB của Việt Nam về cơ bản phù hợp và tương thích với nội dung của Công ước 29. Pháp luật Việt Nam nghiêm cấm cưỡng bức lao động dưới mọi hình thức.

- Hoạt động tổ chức tuyên truyền, phổ biến, giải thích, giáo dục pháp luật về LĐCB đã góp phần hình thành và nâng cao nhận thức, ý thức pháp luật về LĐCB cho các chủ thể, đặc biệt là người sử dụng lao động (NSDLĐ), người lao động (NLĐ), tổ chức đại diện của NLĐ, đại diện của NSDLĐ...

- Việc tổ chức thực hiện pháp luật, thanh kiểm tra và xử lý những vi phạm pháp luật liên quan đến LĐCB được chú trọng.

Ở Việt Nam, các hình thức LĐCB không phổ biến. Nhà nước Việt Nam có sử dụng công dân của mình để thực hiện một số công việc hoặc dịch vụ nghĩa vụ hay bắt buộc, nhưng không bị coi là LĐCB theo quy định của Công ước 29² như: nghĩa vụ lao động công ích của công dân theo quy định của pháp luật, nghĩa vụ quân sự, lao động của phạm nhân tại các trại giam theo bản án hoặc quyết định đã có hiệu lực pháp luật của Toà án, lao động tham gia phòng chống bão lụt, bảo vệ đê điều trong những trường hợp khẩn cấp... Quá trình sử

dụng các hình thức lao động này đều đảm bảo các quy định của pháp luật, đặc biệt về điều kiện lao động (như an toàn lao động, vệ sinh lao động, thời giờ làm việc, thời giờ nghỉ ngơi...). Nhà nước cũng đảm bảo đầy đủ các chính sách, các ưu đãi nhất định cho NLĐ (như đối với quân nhân, NLĐ tham gia phòng chống bão lụt, bảo vệ đê điều trong trường hợp khẩn cấp), hay kết quả của hoạt động lao động được phục vụ cho chính đối tượng lao động (như kết quả lao động của phạm nhân hoặc lao động trong các trại giáo dưỡng). Hoàn toàn không có tình trạng áp đặt hoặc cho phép áp đặt việc huy động sử dụng LĐCBHBB vì lợi ích của những cá nhân, công ty hay hiệp hội tư nhân. Hành vi vi phạm pháp luật liên quan đến LĐCB có thể bị xử lý hành chính hoặc truy cứu trách nhiệm hình sự. Pháp luật Việt Nam hiện hành không có các quy định về hình thức huy động, sử dụng lao động phục vụ cá nhân người đứng đầu; về các công việc áp đặt như một loại thuế; việc di chuyển LĐCBHBB; việc lưu trú lâu dài tại nơi làm việc đối với LĐCBHBB; việc sử dụng LĐCBHBB để vận chuyển người hay hàng hoá, canh tác bắt buộc như là biện pháp phòng ngừa nạn đói hoặc thiếu hụt thực phẩm cung cấp, việc áp đặt LĐCBHBB như là một biện pháp xử phạt đối với tập thể do hành vi vi phạm của một vài thành viên. Pháp luật Việt Nam cũng không cho phép việc sử dụng LĐCBHBB đối với công việc dưới mặt đất trong các hầm mỏ.

Tuy nhiên, để thực hiện một cách triệt để các quy định của Công ước số 29, vẫn còn một số vấn đề cần phải được hoàn thiện. Việc “nội luật hoá” các quy định của Công ước còn chưa đầy đủ nên nhận thức và ý thức pháp luật về phòng chống và xoá bỏ LĐCBHBB chưa cao, gây khó khăn cho quá trình tổ chức thực hiện pháp luật cũng như quá trình thanh tra, kiểm tra và xử lý vi phạm. LĐCB là một hành vi nguy hiểm và có thể coi là một dạng tội phạm, tuy nhiên, chế tài trong hệ thống pháp luật Việt Nam liên quan đến hành vi này chưa đủ mạnh

(2) Khoản 2, Điều 2, Công ước 29.

và chưa có những tội danh cụ thể cho các hành vi huy động bất hợp pháp LĐCBHBB.

II. Sửa đổi Bộ luật Lao động liên quan đến vấn đề phòng, chống và tiến tới xoá bỏ hoàn toàn lao động cưỡng bức

Có thể nói, mảnh đất màu mỡ cho LĐCBHBB nảy sinh trên thế giới nói chung và Việt Nam nói riêng là khu vực kinh tế tư nhân và liên quan mật thiết đến quan hệ lao động làm công ăn lương giữa NLD và NSDLĐ³. Ở Việt Nam, điều chỉnh toàn diện quan hệ lao động giữa NLD làm công ăn lương với NSDLĐ là Bộ luật Lao động (BLLĐ) năm 1994 (sửa đổi, bổ sung vào các năm 2002, 2006 và 2007). Việc phòng, chống và tiến tới xoá bỏ LĐCBHBB đương nhiên phải bắt đầu từ giải pháp hoàn thiện pháp luật mà trước hết là BLLĐ hiện hành.

BLLĐ 1994 được ban hành khi nền kinh tế nước ta mới chuyển sang cơ chế kinh tế thị trường, quan hệ lao động chỉ ở giai đoạn sơ khai. Qua 3 lần sửa đổi, bổ sung, đến nay, có thể nói các quy định của BLLĐ liên quan đến LĐCBHBB phù hợp với hầu hết các quy định của Công ước 29. Đây là một trong những yếu tố thuận lợi để Việt Nam thực hiện một cách triệt để Công ước này. BLLĐ đã ghi nhận nguyên tắc “Cấm ngược đãi NLD; cấm cưỡng bức lao động dưới bất kỳ hình thức nào”⁴. Nguyên tắc này đã được thể chế hoá trong hầu hết các chế định của BLLĐ, qua đó, NLD có quyền lựa chọn việc làm, lựa chọn nơi làm việc và đối tác làm việc, có quyền thay đổi, chấm dứt quan hệ lao động theo quy định của pháp luật; được đảm bảo quyền được trả lương và thu nhập hợp lý, điều kiện lao động an toàn, vệ sinh, được bảo hộ lao động một cách đầy đủ và toàn diện, được nghỉ ngơi, được tôn trọng

về danh dự nhân phẩm, được đối xử bình đẳng, được bảo đảm quyền tham gia bảo hiểm xã hội, quyền thành lập và gia nhập tổ chức đại diện của NLD, được sắp xếp công việc phù hợp với giới tính và sức khoẻ của NLD... Tuy nhiên, đến nay, quan hệ lao động đã có những bước phát triển mới năng động, linh hoạt đa dạng và phức tạp hơn. Mặt trái của nền kinh tế thị trường đã tác động lên quan hệ lao động dẫn đến nhiều nguy cơ, trong đó có nguy cơ nảy sinh LĐCB. Thực tiễn thiết lập và vận hành quan hệ lao động trong cơ chế thị trường đã và đang xuất hiện những biểu hiện của LĐCB, đòi hỏi phải có sự điều chỉnh kịp thời và hiệu quả của pháp luật lao động. Từ thực tiễn đó và để góp phần thực hiện tốt hơn nghĩa vụ quốc gia thành viên của Công ước 29, chúng tôi đưa ra một vài kiến nghị sửa đổi BLLĐ năm 1994 liên quan đến vấn đề LĐCBHBB:

- *BLLĐ cần đưa ra khái niệm và các hình thức của LĐCBHBB.* Để đấu tranh, hạn chế và xoá bỏ LĐCBHBB, vấn đề then chốt là chúng ta phải nhận diện được hành vi này thông qua khái niệm và các hình thức cưỡng bức hoặc bắt buộc lao động trong bối cảnh quan hệ lao động của nền kinh tế thị trường và mang tính đặc thù ở Việt Nam. Thực tế, cách hiểu và những biểu hiện của LĐCB ở mỗi một khu vực địa lý, một điều kiện kinh tế - xã hội khác nhau của các quốc gia trên thế giới lại có những đặc thù khác nhau⁵. Nếu thiếu những quy định này sẽ gây khó khăn cho các chủ thể liên quan trong việc nhận diện, phát hiện hành vi LĐCBHBB trên thực tế, từ đó khó có thể giúp họ phòng tránh chúng, hay giúp các nạn nhân đưa LĐCBHBB ra ánh sáng, đồng thời giúp cơ quan có thẩm quyền xử lý chúng một cách hiệu quả. Khoản 1 Điều 11 Nghị định 44/2003/NĐ-CP của Chính phủ ngày 09/5/2003 quy định

(3) Theo Báo cáo toàn cầu trong khuôn khổ các hoạt động tiếp theo của tuyên bố ILO về các Nguyên tắc và Quyền cơ bản tại nơi làm việc, năm 2005: Toàn thế giới có khoảng 12,3 triệu người đang là nạn nhân của lao động cưỡng bức, trong đó có 9,8 triệu người bị tư nhân bóc lột.

(4) Khoản 2 Điều 5 BLLĐ 1994, sửa đổi 2007.

(5) Ở Brazil, thuật ngữ “LĐCBHBB” được hiểu đồng nghĩa với “lao động nô lệ”; ở Ấn Độ, năm 1982, Toà án tối cao Ấn Độ đã diễn giải lao động ràng buộc là hành vi không trả lương tối thiểu; pháp luật một số nước dùng thuật ngữ “LĐCBHBB” để chỉ điều kiện làm việc tồi tàn, độc hại với đồng lương thấp của NLD

chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của BLLĐ về hợp đồng lao động có quy định “Bị ngược đãi, cưỡng bức lao động là trường hợp NLD bị đánh đập, nhục mạ hoặc bị ép buộc làm những công việc không phù hợp với giới tính, ảnh hưởng đến sức khoẻ, nhân phẩm, danh dự của NLD”. Tuy nhiên, thực chất văn bản dưới luật này mới chỉ giải thích cụm từ “ngược đãi, cưỡng bức lao động” trong phạm vi giao kết và thực hiện hợp đồng lao động hơn là một định nghĩa. Vì vậy, so với khái niệm mà Công ước 29 đưa ra về LĐCBHBB thì cách hiểu về LĐCBHBB như vậy là hẹp hơn rất nhiều. Về phạm vi, khái niệm mà Công ước 29 đưa ra không bó hẹp dưới dạng các hành động cụ thể là “đánh đập, nhục mạ hoặc bị ép buộc” NLD mà nó thể hiện dưới dạng cả đe dọa và cả hành động liên quan tới bạo lực, hay hạn chế về thân thể, hay tước đoạt quyền tự do và các đặc quyền khác của NLD. Về đối tượng của đe dọa hay áp dụng các hình phạt nhằm ép buộc NLD phải làm những công việc mà bản thân họ không tự nguyện hoặc trong những điều kiện lao động tối tàn theo khái niệm của Công ước 29 không chỉ đối với NLD mà còn có thể đối với cả thân nhân của họ. Về công việc sử dụng LĐCBHBB theo khái niệm của Công ước 29 cũng không chỉ bó hẹp trong phạm vi giao kết và thực hiện hợp đồng lao động hay trong quan hệ lao động mà đó có thể là bất kỳ một “công việc hoặc dịch vụ” nào “mà một người ép buộc phải làm dưới sự đe dọa của một hình phạt nào đó mà bản thân người đó không tự nguyện làm”.

- *Xem xét, sửa đổi một số quy định của BLLĐ để đảm bảo tính tương thích cao hơn giữa pháp luật trong nước với quy định của Công ước 29.*

Trước hết, đó là quy định liên quan đến việc điều chuyển NLD làm công việc khác trái nghề. BLLĐ đặt ra những điều kiện hết sức chặt chẽ liên quan đến quyền này của

NSDLĐ⁶. Quyết định điều chuyển nếu tuân theo đúng các điều kiện đó thì NLD buộc phải chấp hành mà không có yếu tố thoả thuận và nếu không chấp hành, NLD sẽ phải chịu một trong các hình thức kỷ luật lao động tuỳ vào mức độ lỗi của họ. Hay quy định về xử lý kỷ luật lao động, BLLĐ hiện hành quy định một trong các hình thức xử lý kỷ luật lao động là chuyển NLD vi phạm kỷ luật làm công việc khác có mức lương thấp hơn trong thời hạn tối đa là sáu tháng (Công ước 29 chưa coi đây là một hình thức LĐCBHBB). Nhưng quy định này dễ bị phía doanh nghiệp lợi dụng để thực hiện hành vi cưỡng bức hoặc bắt buộc NLD làm những công việc họ không mong muốn với mức lương thấp hơn mức lương công việc hiện tại. Chẳng hạn, một số doanh nghiệp tư nhân và doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài vì lý do phân biệt đối xử với cán bộ công đoàn đã tạo cơ chế để điều chuyển hoặc xử lý kỷ luật lao động đối với họ, để chuyển họ làm công việc khác mà bản thân họ không mong muốn, có mức lương thấp hơn công việc hiện tại, nhằm gây khó khăn cho hoạt động công đoàn của họ⁷.

Về thời gian làm việc, BLLĐ đã có những quy định chặt chẽ về giờ làm thêm của NLD để tránh tình trạng bóc lột sức lao động của NLD. Tuy nhiên, nhu cầu sử dụng lao động làm thêm giờ của doanh nghiệp là rất lớn, điều đó dẫn đến một thực tế là nhiều doanh nghiệp huy động lao động làm thêm quá số giờ quy định mà không có sự thoả thuận với NLD, hoặc nếu NLD không đồng ý sẽ bị đe dọa xử lý kỷ luật. Trong khi đó, giới hạn của thời giờ làm thêm vẫn có thể mở rộng hơn nữa, trên phạm vi đồng đều hơn, mà vẫn nằm trong giới hạn cho phép để tránh và hạn chế tai nạn lao động cũng như đảm bảo được sức khoẻ và sự tái tạo sức lao động cho NLD. Qua đó, nhu cầu về huy động lao động làm thêm giờ của doanh nghiệp được đáp ứng, cũng là cách thức chúng

(6) Điều 34 BLLĐ.

(7) Xem các vụ việc cụ thể trong Kỷ yếu hội thảo phân biệt đối xử vì lý do công đoàn - Thực trạng ở Việt Nam và kinh nghiệm quốc tế, Tổng liên đoàn Việt Nam và Dự án quan hệ lao động Việt Nam - ILO.

ta hạn chế và chấm dứt hình thức LĐCBHBB liên quan đến vấn đề thời giờ làm thêm.

- Bổ sung một số quy định mới để điều chỉnh kịp thời những biểu hiện của LĐCBHBB trong bối cảnh quan hệ lao động đa dạng, phức tạp của nền kinh tế thị trường, nhưng cũng đảm bảo cho quan hệ lao động phát triển hài hoà, ổn định và linh hoạt hơn.

Một thời gian dài ở Việt Nam, vấn đề cho thuê lại lao động nảy sinh như một nhu cầu tất yếu của nền kinh tế thị trường bởi nó giúp cho NSDLĐ có thể ứng phó với các thay đổi trong nhu cầu về lao động, khi nhu cầu lao động của doanh nghiệp thay đổi theo mùa vụ hoặc phụ thuộc vào đơn đặt hàng từ phía đối tác. Thông qua hình thức này, NSDLĐ có thể tiết kiệm được chi phí tuyển dụng, giảm thiểu được chi phí cho lao động dôi dư khi nhu cầu lao động giảm, qua đó góp phần hạ giá thành sản phẩm. Tuy nhiên, trong quá trình cho thuê lại lao động, NLD đã không được bảo vệ một cách đầy đủ cả về mặt luật pháp và cả từ phía NSDLĐ. Vấn đề này chưa được BLLĐ 1994 điều chỉnh. Và thực tế, NLD trong hợp đồng cho thuê lại lao động đôi khi làm việc trong những điều kiện không được đảm bảo trên nhiều phương tiện như thời giờ làm việc, thời giờ nghỉ ngơi, ổn định việc làm, trách nhiệm trợ cấp hay bồi thường tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp, tham gia bảo hiểm xã hội... khi doanh nghiệp sử dụng lao động và trung tâm giới thiệu việc làm hay doanh nghiệp dịch vụ giới thiệu việc làm đùn đẩy trách nhiệm lẫn nhau⁸. Tình trạng doanh nghiệp không đóng bảo hiểm xã hội cho NLD, không đảm bảo chế độ nghỉ phép, thai sản, tiền thưởng cho NLD là tương đối phổ biến. Mặt khác, NLD trong quan hệ cho thuê lại lao động thường là lao động phổ thông, khả năng tiếp cận và lựa chọn việc làm của họ hạn chế bởi chính trình độ

nghề nghiệp của họ và đôi khi họ buộc phải chấp nhận những công việc trong điều kiện lao động không được đảm bảo vì cuộc sống mưu sinh của họ và vì nguy cơ mất việc làm. Thiết nghĩ, vấn đề cho thuê lại lao động nếu được pháp luật điều chỉnh một cách đầy đủ và phù hợp sẽ tạo cơ hội cho NLD có khả năng tiếp cận với việc làm nhiều hơn, trong điều kiện lao động được đảm bảo và giảm thiểu được nguy cơ NLD bị bóc lột sức lao động, qua đó doanh nghiệp cũng được hưởng lợi mà thị trường lao động sẽ năng động và linh hoạt hơn.

BLLĐ cũng nên quy định về những điều kiện đảm bảo cho hoạt động của tổ chức công đoàn một cách hiệu quả và có cơ chế bảo vệ cán bộ công đoàn khi họ bảo vệ quyền và lợi ích của NLD nói chung, trong đấu tranh với hiện tượng cưỡng bức lao động đối với NLD nói riêng. Điều đó không chỉ góp phần hoàn thiện thêm cơ chế ba bên trong quan hệ lao động mà còn để tránh tình trạng phân biệt đối xử vì lý do công đoàn đã xảy ra dưới góc độ là một trong những biểu hiện về LĐCBHBB đã xảy ra trong thực tiễn với chính cán bộ công đoàn⁹.

- Đối với các quy định của BLLĐ liên quan đến LĐCBHBB đã phù hợp với nội dung của Công ước 29, nên quy định chế tài đủ mạnh để đảm bảo cho việc thực thi những quy định đó một cách hiệu quả trong đời sống thực tiễn.

Kết quả của quá trình hạn chế và tiến tới xoá bỏ hoàn toàn LĐCBHBB không chỉ lệ thuộc vào yếu tố luật pháp mà còn lệ thuộc vào chính ý thức pháp luật của NSDLĐ bởi chủ thể của hành vi này chỉ có thể là NSDLĐ. Bên cạnh việc tuyên truyền, phổ biến pháp luật, cũng cần có chế tài đủ mạnh để đảm bảo tính răn đe và giáo dục NSDLĐ trong việc chấp hành các quy định của pháp luật liên quan đến LĐCBHBB. Ví dụ, mặc dù pháp luật đã

(8) Vấn đề cho thuê lại lao động tồn tại quan hệ ba bên: doanh nghiệp sử dụng và trả công cho NLD nhưng không trực tiếp ký hợp đồng lao động với NLD - Trung tâm hoặc doanh nghiệp giới thiệu việc làm ký hợp đồng lao động với NLD không nhằm sử dụng và không trả công lao động mà ký kết hợp đồng với doanh nghiệp nhằm cho thuê lại lao động - NLD không chịu sự quản lý của doanh nghiệp sử dụng lao động một cách đầy đủ.

(9) Xem thêm Kỷ yếu hội thảo phân biệt đối xử vì lý do công đoàn - Thực trạng ở Việt Nam và kinh nghiệm quốc tế, Tổng liên đoàn Việt Nam và dự án quan hệ lao động Việt Nam - ILO.

ngghiêm cảm, nhưng chưa có chế tài cụ thể, nên tình trạng buộc NLĐ phải đặt cọc tiền trước khi vào làm việc hay giữ văn bằng, chứng chỉ gốc của NLĐ nhằm trói buộc người làm lao động trong quan hệ lao động tại một số doanh nghiệp tư nhân vẫn xảy ra. Hay mức bồi thường tai nạn lao động và bệnh nghề nghiệp chưa đủ để nâng cao ý thức, trách nhiệm của NSDLĐ trong việc đảm bảo an toàn lao động, vệ sinh lao động cho NLĐ. Trên cơ sở quy định về các hình thức cưỡng bức hoặc bắt buộc lao động, cần quy định rõ ràng và cụ thể chế tài phù hợp với mức độ nguy hiểm của từng hình thức. Cần xác định LĐCBHBB ở một góc độ nào đó là một loại tội phạm, nên ngoài trách nhiệm hành chính thì tùy mức độ nguy hiểm của hành vi, có thể quy định một cách cụ thể rõ ràng trách nhiệm hình sự liên quan đến tội danh huy động bắt hợp pháp LĐCBHBB.

Trước yêu cầu của hội nhập và toàn cầu hoá, khi pháp luật quốc tế cũng như pháp luật ở nhiều quốc gia quy định không sử dụng LĐCB là một trong những tiêu chuẩn đối với hàng hoá xuất, nhập khẩu thì việc phòng, chống và xoá bỏ các hành vi LĐCBHBB không chỉ dừng lại ở nghĩa vụ thực hiện các cam kết quốc tế của quốc gia thành viên Công ước 29, mà là vấn đề có tính cấp bách phải thực hiện để đảm bảo “giấy thông hành” cho hàng hoá và dịch vụ của các doanh nghiệp Việt Nam tiếp cận thị trường quốc tế. LĐCBHBB ở Việt Nam chưa phải là hiện tượng phổ biến, song với sự phức tạp của quan hệ lao động trong quá trình Việt Nam ngày càng đi vào nền kinh tế thị trường thực chất, thiết nghĩ đây là vấn đề cấp bách mà quá trình sửa đổi, bổ sung BLLĐ 1994 cần quy định một cách cụ thể, phù hợp. ■

ĐIỀU KIỆN CÓ HIỆU LỰC CỦA GIAO DỊCH DÂN SỰ THEO QUY ĐỊNH CỦA BỘ LUẬT DÂN SỰ NĂM 2005

(Tiếp theo trang 32)

sản của người được giám hộ đều vô hiệu, trừ trường hợp giao dịch được thực hiện vì lợi ích của người được giám hộ và có sự đồng ý của người giám sát việc giám hộ”. Chẳng hạn, hợp đồng giữa A (là người bị mất NLHV dân sự) và B (người giám hộ của A) về việc bán ngôi nhà do A được thừa kế cho B sẽ bị coi là vô hiệu nếu B không chứng minh được giao dịch đó được thực hiện vì lợi ích của A (chẳng hạn để có tiền chữa bệnh cho A) và giao dịch đó có sự

đồng ý của người giám sát việc giám hộ.

Thực chất, những trường hợp vô hiệu quy định tại các điều từ 128-134 là sự cụ thể hóa một số trường hợp vô hiệu do không tuân thủ các điều kiện như quy định tại Điều 122 BLDS 2005. Tuy nhiên, sự tồn tại của Điều 127 với nội dung như đã trình bày ở trên đã rơi vào tình trạng vừa thừa (không cần thiết phải có quy định “thiếu một trong các điều kiện ở Điều 122 là vô hiệu” vì chính nội dung Khoản 1, Điều 122 khi quy định “GDĐS có hiệu lực khi có đủ các điều kiện sau đây: ...” đã chứa đựng nội hàm đó rồi), vừa thiếu (vì ngoài các trường hợp vô hiệu do vi phạm các điều kiện có hiệu lực mang tính nguyên tắc chung ở Điều 122, còn có các trường hợp được liệt kê cụ thể ở Điều 128 -134 và một số trường hợp ngoại lệ quy định tại Điều 69 và Điều 411 BLDS 2005. Do vậy, theo chúng tôi nên loại bỏ quy định tại Điều 127 nhằm tránh sự bất hợp lý và thiếu sự thống nhất trong nội dung các quy định luật. ■

LAO ĐỘNG, VIỆC LÀM VÀ QUẢN LÝ ĐẤT ĐAI Ở HÀ NỘI HIỆN NAY

■ HOÀNG XUÂN NGHĨA*

Hà Nội - Thủ đô của cả nước, là đầu não chính trị - hành chính quốc gia, trung tâm lớn về văn hóa, khoa học, giáo dục đào tạo, kinh tế và giao lưu quốc tế. Nơi đây đang diễn ra các quá trình công nghiệp hoá, đô thị hoá (CNH, ĐTH), phát triển kinh tế thị trường và tăng trưởng rất năng động (với tốc độ 10-11%/năm). Có thể nói, Hà Nội đang thay da đổi thịt từng ngày, từ một thủ đô truyền thống trở thành thủ đô ngày càng giàu đẹp, văn minh, hiện đại trong thời kỳ hội nhập. Tuy nhiên, do tốc độ CNH, ĐTH cao và tăng trưởng kinh tế nóng đang gây tác động tiêu cực tới các mặt chính trị - xã hội - đô thị - môi trường và gây áp lực lớn lên công tác quản lý, điều hành vĩ mô nói chung, trong đó, có giải quyết lao động việc làm và công tác quy hoạch, quản lý đất đai trên địa bàn.

1. Lao động, việc làm và quản lý đất đai trong quá trình công nghiệp hóa, đô thị hóa ở Hà Nội

1.1. Những bất cập

Thứ nhất, thu hồi giải phóng mặt bằng (GPMB) phục vụ triển khai các dự án diễn ra với tốc độ nhanh và quy mô rộng lớn đã gây xáo trộn tới việc làm, đời sống của người dân.

Trong giai đoạn trước khi mở rộng địa giới từ năm 2000-2008, thành phố Hà Nội đã thực hiện bàn giao mặt bằng khoảng 2.000 dự án, trong tổng số gần 3.000 dự án phải thu hồi đất GPMB, với gần 10.000 ha và liên quan tới hàng vạn hộ dân. Bình quân mỗi năm thu hồi khoảng 300 dự án với trên 1.000 ha. Đối với Hà Nội mở rộng, chỉ tính đến 31/8/2008, trên địa bàn đã có hơn 800 dự án đầu tư yêu cầu GPMB với quy mô hơn 12.833 ha đất phải

thu hồi, liên quan đến gần 120.000 tổ chức, hộ gia đình và cá nhân, trong đó dự kiến phải bố trí tái định cư và giải quyết việc làm cho khoảng 18.000 hộ¹. Bản Đồ án quy hoạch Thủ đô mới hiện đang chờ Thủ tướng phê duyệt đã đề xuất quỹ đất đô thị tăng từ 920 km² (lần đầu) lên 1.200 km² (lần điều chỉnh). Như vậy, thực hiện Bản Đồ án quy hoạch này thì tới năm 2030 Hà Nội sẽ phải thu hồi GPMB 102.000 ha đất, chủ yếu là đất nông nghiệp và phải bố trí việc làm, đời sống cho hàng triệu nông dân ngoại thành.

Như vậy, quá trình CNH, ĐTH ở Hà Nội thời gian qua đã lấy đi nhiều đất canh tác, đất lúa hai vụ. Riêng trong năm 2008, Hà Nội thu hồi khoảng 1.500 ha đất, trong đó có hơn 900 ha đất nông nghiệp trồng lúa hai vụ (gần 2/3 diện tích thu hồi); số lao động mất việc làm do chuyển đổi mục đích sử dụng đất nông nghiệp

(*) TS. Viện Nghiên cứu phát triển KT-XH Hà Nội.

(1) Số liệu của Ban chỉ đạo GPMB Thành phố, Hà Nội, 2009.

trên địa bàn năm 2008 là khoảng 40.000 người. Huyện Thạch Thất, trong tổng số gần 2.882 ha đất sẽ thu hồi có tới 1.853 ha đất nông nghiệp, liên quan tới 15.618 hộ dân. Đằng sau những dự án là câu chuyện dài về đời sống, việc làm của người nông dân. Chỉ riêng xã Vân Canh (huyện Hoài Đức) đã có 5 dự án với tổng diện tích đất sẽ thu hồi lên tới gần 300 ha. Khi tất cả các dự án này đi vào hoạt động, gần như người dân trong xã không còn đất canh tác. Hà Nội cũng đã xây dựng Đề án giải pháp hỗ trợ ổn định đời sống, đào tạo nghề và việc làm cho các hộ dân vùng chuyển đổi mục đích sử dụng đất nông nghiệp, với 4 giải pháp được đưa ra: thành lập quỹ hỗ trợ, ổn định đời sống, phổ cập giáo dục, học nghề và tạo việc làm cho các hộ dân bị thu hồi trên 30% đất sản xuất nông nghiệp. Tuy nhiên, thực tế những hỗ trợ này chưa mang lại hiệu quả như mong muốn, trong khi nông dân than phiền không có việc làm, chỉ một số ít được tổ chức học nghề, chuyển đổi nghề.

Tạo việc làm và ổn định đời sống cho các hộ dân bị thu hồi đất luôn là vấn đề nóng, khó khăn nhất trong hậu GPMB. Theo một điều tra, sau khi thu hồi đất GPMB, trên địa bàn có 58% người dân dùng tiền đền bù xây nhà cửa, mua sắm tiện nghi, đồ dùng; 2,55% hộ đầu tư cho học nghề và chỉ có 1,27% hộ đầu tư cho sản xuất phi nông nghiệp. Năm 2007, trong tổng số 20.000 lao động bị thu hồi đất ở Hà Nội chỉ có chưa đầy 5.000 người được học nghề (chiếm 25% so với tổng số người dân bị thu hồi đất) và số được bố trí việc làm còn ít hơn nữa. Những năm qua, Hà Nội tiến hành thu hồi đất GPMB đối với hàng chục vạn hộ dân, trong đó hàng vạn hộ phải bố trí tái định cư và chuyển đổi nghề, nhưng cũng có hàng vạn hộ chưa bố trí được việc làm. Điều này đang gây nhiều bức xúc về đời sống, xã hội².

Có thể nói, quá trình CNH, ĐTH như một tất yếu khách quan, bên cạnh mặt tích cực và thành tựu tăng trưởng hiển nhiên, thì cũng đang xuất hiện các tác động tiêu cực cần được

tính đến và có giải pháp kịp thời. Rõ ràng do tốc độ ĐTH quá nóng, mà chủ yếu do công tác quy hoạch và quản lý điều hành vĩ mô, có công tác quy hoạch, quản lý nhà nước (QLNN) về đất đai và giải quyết lao động việc làm còn bất cập, thiếu đồng bộ và chưa bám sát thực tiễn, đã gây ra các hệ lụy không mong muốn, làm cho thành quả phát triển không đến được với tất cả mọi người. Đang tồn tại nghịch lý là ĐTH mà vẫn nghèo!

Một vấn đề lớn đặt ra cho chính sách CNH Việt Nam và Hà Nội thời gian tới: càng đi vào CNH thì sản xuất nông nghiệp càng bị thu hẹp và người dân càng bị tách khỏi ruộng đất; chúng ta có thể ĐTH được đất đai, các công trình xây dựng, nhà cửa và làng thôn; nhưng quá trình này chỉ thành công khi ĐTH được người nông dân, ĐTH được lao động nông thôn ngay chính trên vùng đất họ đang sinh sống, tức chuyển đổi họ thành một công dân đô thị, lao động phi nông nghiệp, để họ hội nhập vào đời sống và văn minh thị trường, công nghiệp.

Thứ hai, tình trạng nhiều dự án chậm triển khai hay thi công kéo dài, dự án “treo”, gây lãng phí nguồn lực.

Dự án “treo” là tình trạng khá phổ biến và nan giải trong công tác quản lý đất đai, trật tự xây dựng và phát triển đô thị tại các thành phố lớn. Thành phố Hà Nội đang tồn tại những dự án treo như: dự án chợ Cống Vị (Ba Đình) cao 6 tầng với tổng diện tích sàn 3000 m²; dự án đường 2,5 km từ khu vực đô thị mới Định Công ra quốc lộ 1A; dự án khu nhà ở di dân GPMB Kim Liên - La Thành; dự án cải tạo hạ tầng kỹ thuật hồ Ba Mẫu, hồ Kim Liên; dự án nút giao thông Cầu Tiên; dự án bãi đỗ xe Hồ Bụng Cá... Các dự án này có thâm niên hàng chục năm có lẽ, nhưng tới nay, nhiều hạng mục vẫn chưa khởi động, hoặc thi công dở dang nên công trình bị xuống cấp, nhiều khu đất lớn của Hà Nội sau khi GPMB lại bỏ hoang hóa thành bãi tập kết vật liệu, phế liệu, tụ điểm ma túy, tội phạm... Điều này gây lãng phí kinh tế

(2) Hậu GPMB ở Hà Nội: Thực trạng và giải pháp. Đề tài trọng điểm thành phố năm 2010.

và ảnh hưởng xấu tới xã hội - môi trường, cuộc sống và tâm lý bức xúc của người dân. Theo Bộ Tài nguyên và Môi trường, năm 2007, chỉ tính các dự án lớn, tại Hà Nội có 29 dự án “treo” với tổng diện tích 699 ha, gây lãng phí thất thoát hàng ngàn tỷ đồng, đứng thứ 5 trong các tỉnh thành có nhiều dự án “treo”. Theo công bố của Sở Tài nguyên và Môi trường Thành phố, tính tới 31/12/2007 trên địa bàn có 381 dự án chưa triển khai trong tổng số 3.401 dự án (tương đương 4.055 ha/33.143 ha) đã giao và cho thuê đất từ 1/1/1993³.

Dự án “treo” có những nguyên nhân do khâu GPMB nhiều vướng mắc, hoặc cơ chế chính sách thay đổi dẫn tới sự chênh lệch giá đền bù theo thời điểm giữa những hộ dân trong cùng một dự án, do khiếu kiện khiến một số dự án đang triển khai buộc phải dừng lại thanh tra; có nguyên nhân liên quan tới thủ tục hành chính phức tạp trong việc lên phương án đền bù, xác nhận nguồn gốc sử dụng đất; chọn nhà thầu thiếu năng lực nên không đủ điều kiện thực hiện dự án trong thực tế; luật pháp và chế tài, thanh kiểm tra, giám sát việc tuân thủ tiến độ dự án, thực hiện quy hoạch phê duyệt chưa nghiêm; cuối cùng, không thể không kể tới cơ chế giao đất và định giá thuê đất của chúng ta còn dễ dãi và bất cập nên bị lạm dụng để găm đất, đầu cơ đất đai... Dường như có cách tính toán ngầm: cứ xin được dự án là đã có lợi bạc tỷ rồi. Điều này gây các rối loạn phức tạp về quản lý thị trường đất đai và quản lý kinh tế.

Thứ ba, khiếu kiện bức xúc và tranh chấp phức tạp về đất đai.

Một vụ việc xảy ra cách đây mấy năm là trường hợp đáng suy nghĩ. Ngày 13/12/2004, hàng trăm người dân địa phương đã tụ tập tấn công lực lượng bảo vệ và các đại biểu tham dự buổi lễ khởi công dự án sân golf Vân Trì thuộc xã Kim Nỗ (Đông Anh). Ngoài dự án sân golf, còn có các dự án hồ điều hòa, dự án đường 5 kéo dài... khiến 1.000 hộ trong tổng số 2.500 hộ dân mất đất. Trung bình cứ 1 hộ

mất đất thì có 2 lao động mất việc làm. Mặc dù nhà thầu đã phải tăng mức giá đền bù từ 2,5 triệu đồng/sào lên 12 triệu đồng/sào và hỗ trợ thêm 6 triệu đồng cho mỗi hộ bị lấy đất. Riêng dự án sân golf lấy 128 ha kéo theo 600 hộ dân trong vùng mất sinh kế. Nguyên nhân gây rối không chỉ do một số người quá khích, mà sâu xa còn do người dân có nỗi lo lắng, bất ổn về cuộc sống, công ăn việc làm sau khi thu hồi đất GPMB, nhất là tại địa phương, vấn đề thu hồi đất cho các dự án quá lớn. Nếu không giải quyết thấu đáo tình trạng này sẽ gây khó khăn thực hiện các dự án và hậu quả xã hội khôn lường. Ngoài ra, trên địa bàn thành phố còn xảy ra một số vụ việc tranh chấp, khiếu kiện cũng liên quan tới đất đai và GPMB. Thậm chí, có vụ tranh chấp xô xát dẫn đến nhà cửa, phương tiện bị đốt cháy, các diện tích lúa, hoa màu bị phá hoại, một số người quá khích đã có những hành động trả thù hủy hoại tài sản, cây trồng vật nuôi. Những hiện tượng nêu trên không chỉ gây tổn hại về kinh tế, mà hơn thế còn gây mất ổn định về chính trị - xã hội và sự phát triển bền vững.

Theo thống kê, trên cả nước có tới 80% trường hợp đơn thư khiếu kiện của công dân liên quan tới công tác quản lý, tranh chấp về đất đai và GPMB. Chỉ tính trong vòng 5 năm gần đây, Hà Nội đã tiếp nhận và giải quyết 1.106 vụ việc khiếu kiện, tố cáo; trong đó có 585 vụ liên quan đến đất đai, xây dựng, GPMB (chiếm 53%). Các quận, huyện tiếp nhận 3.305 vụ liên quan đến đất đai GPMB (chiếm khoảng 70% tổng số đơn thư). Một số vụ việc sai phạm về đất đai gây bức xúc trong nhân dân đã được xử lý theo quy định, như dự án nút giao thông Ngã Tư Sở (xử lý cán bộ Cục thuế quận Đống Đa), dự án Quốc lộ 2 xã Minh Trí - Xuân Hoà, huyện Sóc Sơn (xử lý cán bộ Ban quản lý dự án huyện), các dự án bãi rác Việt Hùng - Đông Anh v.v..⁴.

Tuy nhiên, việc giải quyết dứt điểm, kịp thời các tranh chấp, khiếu kiện của dân chưa

(3) Thời báo Doanh nhân số ra ngày 29/04/2008.

(4) Hậu GPMB ở Hà Nội: Tlđd.

hiều. Trên thực tế, không hiếm trường hợp, cán bộ do thiếu năng lực và phẩm chất, đã lạm dụng chức quyền và các kẽ hở của cơ chế chính sách để trục lợi cá nhân, gây tổn hại cho lợi ích chung và lợi ích của người dân. Một số vụ việc hay trường hợp đã bị phát hiện, phê bình, xử lý kỷ luật, buộc điều chuyển hoặc cho thôi việc, thậm chí phải truy tố trách nhiệm hình sự trước pháp luật. Đây là tổn thất lớn, tổn thất cán bộ và niềm tin vào chính quyền, bên cạnh mất mát về tiền của vật chất do liên quan tới thất thoát, tham nhũng đất đai.

1.2. Nguyên nhân

Một là, công tác quy hoạch và quản lý quy hoạch đất đai còn rất yếu, thiếu căn cứ khoa học và thực tiễn. Có hiện tượng làm quy hoạch tùy tiện và mang tính hình thức. Việc tổ chức thực thi, thanh tra, kiểm tra và chế tài xử phạt vi phạm về đất đai chưa nghiêm. Đặc biệt, công tác lập quy hoạch đất đai không phải lúc nào cũng đi trước làm công cụ cho QLNN. Chưa đảm bảo sự gắn kết, thống nhất giữa quy hoạch đất đai và các quy hoạch phát triển kinh tế - xã hội khác. Cho tới nay, chúng ta vẫn thiếu một số quy hoạch đất đai chuyên ngành trên phạm vi cả nước, vùng và địa phương. Như thiếu quy hoạch về các loại đất cho các nhu cầu phát triển cụ thể, ví dụ, đất cho nông nghiệp và trồng lúa, trồng rừng, cây đặc sản, nuôi trồng thủy hải sản, đất đô thị và khu công nghiệp, khu chế xuất, thậm chí là cần quy hoạch cả hệ thống sân bay, bến cảng, đường giao thông, khu du lịch, sân golf... trên cả nước là bao nhiêu? Vì thiếu quy hoạch chung mà các địa phương cấp đất tùy tiện, có tình trạng số sân golf nhiều hơn cả số người chơi golf.

Hai là, duy trì quá lâu cơ chế hai giá trong tính bồi thường GPMB và hạch toán chi phí đất đai đầu vào cho các doanh nghiệp thuê đất, công tác bồi thường thu hồi đất GPMB vì thế cũng gặp nhiều khó khăn, mâu thuẫn nan giải. Kéo theo là duy trì cơ chế giao đất (cơ chế xin - cho) đối với các dự án và nhà đầu tư. Nếu tổ chức đấu thầu cũng chỉ mang tính hình thức, đôi khi dàn dựng kiểu “quân xanh, quân đỏ”, mà thực chất là “thông thầu”, rốt cuộc,

chỉ nhà đầu tư và người ra quyết định giao đất dự án được hưởng lợi, còn người dân và Nhà nước đều bị thiệt hại, trong nhiều trường hợp, tổn thất này là rất lớn. Theo các chuyên gia, công tác QLNN về đất đai thời gian qua dựa vào cơ chế 2 giá - giá Nhà nước quy định rất thấp so với giá thị trường (giá trao đổi trên thị trường thường cao hơn rất nhiều lần), làm thất thoát nguồn lực lớn và cơ bản của xã hội, có số liệu tính toán là lên tới 70 tỷ USD*. Ngoài ra, do không tính đủ các chi phí đầu vào là đất đai nên các dự án không thể hạch toán, kinh doanh hiệu quả. Theo đó, cơ cấu đầu tư dự án để lấy đất cứ tăng lên, tình trạng lãng phí, tham nhũng về đất đai ngày càng lớn và càng phức tạp.

Cũng do định giá bồi thường quá thấp, nên người dân có thái độ bất hợp tác, khiếu kiện liên miên không có hồi kết; trong khi các dự án phát triển kinh tế - xã hội không thể khởi công được hoặc bị kéo dài. Có dự án vất qua nhiều cơ chế với nhiều nhiệm kỳ lãnh đạo mà vẫn chưa hoàn thành. Điều này đã gây tổn thất lớn cho xã hội, bởi chi phí phát sinh bị đội lên nhiều lần, công trình chậm đưa vào khai thác để phục vụ dân sinh và kinh tế. Ví dụ, dự án đường Lạc Long Quân trên địa bàn quận Tây Hồ (Hà Nội) kéo dài gần chục năm và chi phí tăng từ 120 tỷ lên 450 tỷ đồng; dự án đường vành đai 3 kéo dài 11 năm vào chi phí tăng từ 820 tỷ lên 2.200 tỷ đồng... Hà Nội cũng nổi tiếng có những con đường đất nhất hành tinh: đoạn đường từ Ô Chợ Dừa tới Trung Tự dự kiến 750 tỷ đồng, tức 40 triệu USD/km; đoạn đường Trần Duy Hưng - Khuất Duy Tiến - Nguyễn Trãi dự kiến 1.300 tỷ đồng, tức xấp xỉ 14 triệu USD/km; đoạn đường từ phố Đào Tấn tới đê Bưởi chi phí cao gấp 5 lần mức trung bình thế giới... Ai cũng biết, làm đường cao tốc trên thế giới chỉ mất 1 - 1,5 triệu USD cho một km.

Đương nhiên, ngoài vấn đề chi phí tăng do dự án kéo dài thì còn nguyên nhân do quy hoạch, quản lý đất đai chưa tốt, khiến giá cả và thị trường đất đai biến động mạnh với những cú “sốc” giá chóng mặt.

Ba là, thị trường đất đai trên địa bàn Hà Nội hình thành chưa đồng bộ và vận hành thiếu ổn định, xảy ra hiện tượng đầu cơ và tăng giá đột biến, gây hậu quả tiêu cực tới phân bổ nguồn lực và phân hóa thu nhập của dân cư. Có thể nói, giá đất đầu cơ và lũng đoạn là hệ quả độc quyền của những nhóm lợi ích, hình thành và lớn mạnh từ sự buông lỏng QLNN về đất đai. Giá đất lũng đoạn cao một cách phi lý, không phải do cung - cầu hiện thực và khả năng thanh toán của thị trường quyết định. Theo các chuyên gia, bình quân giá đất Hà Nội cao hơn 2 lần so với TP Hồ Chí Minh, xấp xỉ mức giá của các thủ đô Tokyo, Matxcova... Trong khi mật bằng thu nhập dân cư, mức hưởng dụng và khả năng sinh lời của đất đai ở Hà Nội thấp hơn nhiều so với các thành phố lớn trên thế giới⁶. Điều này đã gây hậu quả xấu về kinh tế - xã hội. Doanh nghiệp và người dân đều gặp khó khăn khi tiếp cận nguồn lực đất đai hoặc phải chấp nhận chi phí cao để thuê mặt bằng kinh doanh, tạo dựng nhà ở, khiến môi trường kinh doanh Thủ đô kém hấp dẫn, sức cạnh tranh của hàng hóa và doanh nghiệp giảm sút, gia tăng chênh lệch điều kiện sống và phân hóa giàu nghèo.

2. Một số kiến nghị

Nhằm hoàn thiện QLNN về đất đai, giải quyết lao động việc làm trong quá trình CNH, ĐTH theo yêu cầu phát triển kinh tế thị trường và hội nhập của nước ta trong giai đoạn mới, chúng tôi xin nêu một số định hướng giải pháp cho Hà Nội và cả nước như sau:

Thứ nhất, khẩn trương tạo lập đồng bộ các yếu tố và thể chế cơ bản của thị trường đất đai. Trong đó, có tổ chức sàn giao dịch, cơ quan thẩm định giá chuyên nghiệp, cổng thông tin lưu trữ về nhà đất và xây dựng chỉ số giá bất động sản (giống như chỉ số giá vàng, đô-la, chứng khoán). Tăng cường QLNN đối với thị trường đất đai, lập lại kỷ cương và trật tự, đưa thị trường này đi vào vận hành ổn định, lành mạnh. Thực hiện nhất quán cơ chế thị trường

trong phân bổ nguồn lực đất đai phục vụ cho tăng trưởng và cải thiện đời sống nhân dân.

Thứ hai, đảm bảo quyền sở hữu tối cao và quản lý thống nhất của Nhà nước về đất đai. Nhà nước tổ chức giao đất thông qua đấu thầu dự án, áp dụng cơ chế giá thị trường, kiên quyết xóa bỏ bao cấp về đất đai, chống đầu cơ và tham nhũng đất đai. Thực hiện phân phối lại lợi ích từ đất đai trên nguyên tắc Nhà nước phải thu địa tô và mức chênh lệch giá do đầu tư vào hạ tầng, do quy hoạch, chuyển đổi công năng và quyền sử dụng đất đai đem lại. Nhân dân, các tổ chức, doanh nghiệp được nhận thuê đất, giao đất theo giá thị trường và có quyền sử dụng đất ổn định lâu dài, được chuyển nhượng, góp vốn và đền bù theo thị trường cùng với trách nhiệm tài chính đầy đủ.

Thứ ba, hoàn thiện công tác quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất đai. Quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất đai phải theo nguyên tắc phân bổ hợp lý và hiệu quả nguồn lực đất đai cho các nhu cầu đầu tư phát triển và đời sống. Nhà nước lập quy hoạch đất đai thống nhất cho cả nước, từng vùng và địa phương, đảm bảo duy trì quỹ đất ổn định cho các yêu cầu cơ bản như an ninh, quốc phòng, kinh tế, dân sinh. Việc chuyển đổi công năng, mục đích sử dụng đất phải do các cấp có thẩm quyền phê duyệt, thậm chí ở cấp cao nhất phê duyệt (như Quốc hội) và cần phải tính toán chi phí cơ hội, hiệu quả kinh tế - xã hội đầy đủ khi ra quyết định chuyển đổi, hạn chế tối đa lấy đất nông nghiệp, nhất là đất lúa cho mục đích công nghiệp - dịch vụ.

Thứ tư, điều chỉnh mô hình CNH, ĐTH và tốc độ thu hồi đất GPMB cho phù hợp. Trong bối cảnh tái cơ cấu và chuyển đổi mô hình tăng trưởng hiện nay, Thủ đô càng cần thực hiện mô hình CNH, ĐTH bền vững theo nguyên tắc gắn kết hữu cơ giữa CNH, ĐTH với giải quyết đồng bộ vấn đề “tam nông”, phát triển nông nghiệp, nông thôn hài hòa về kinh tế - xã

(Xem tiếp trang 52)

(6) Thực trạng và giải pháp giải quyết nhà ở cho người thu nhập thấp ở Hà Nội. Đề tài trọng điểm thành phố năm 2008.

BỒI THƯỜNG THIẾT HẠI DO CÔNG CHỨNG VIÊN GÂY RA

■ ĐỖ VĂN ĐẠI*

Hệ thống công chứng ở nước ta được chính thức thành lập khi Hội đồng Bộ trưởng ban hành Nghị định số 45/HĐBT ngày 27/2/1991 về Công chứng nhà nước (CCNN). Từ đó đến khi có Luật Công chứng (có hiệu lực thi hành từ ngày 01/7/2007), Chính phủ đã có thêm hai lần ban hành các nghị định về công chứng. Đó là Nghị định số 31/CP ngày 18/5/1996 về Tổ chức và hoạt động CCNN và Nghị định số 75/2000/NĐ-CP ngày 08/12/2000 về công chứng, chứng thực.

Hoạt động công chứng là một hoạt động đặc thù và trong quá trình thực hiện công việc của mình, Công chứng viên (CCV) có thể gây thiệt hại và vấn đề bồi thường được đặt ra. Bài viết phân tích cơ sở pháp lý giải quyết bồi thường thiệt hại (BTTH) và điều kiện để phát sinh trách nhiệm BTTH do CCV gây ra.

1. Qua các vụ việc cụ thể

Vụ việc thứ nhất: Chiều ngày 05/02/2009, bà Nga đến Văn phòng Công chứng (VPCC) Ba Đình đề nghị công chứng hợp đồng chuyển quyền sở hữu nhà và quyền sử dụng đất ở với tư cách là bên mua với bên bán là vợ chồng bà Thủy, ông Chín. Sau khi kiểm tra hồ sơ, CCV đã thụ lý. Do bên bán không đến công chứng tại trụ sở VPCC (vì đau chân) nên đã đề nghị CCV tiến hành ký hợp đồng ngoài trụ sở. Sau khi tiến hành soạn hợp đồng, đến 19h ngày 05/02/2009, CCV đã đến địa chỉ theo bà Nga yêu cầu để tiến hành công chứng. Ngày 06/02/2009, CCV đóng dấu tại Văn phòng và bà Nga đến VPCC để đóng phí công chứng và nhận 04 bộ hợp đồng bản gốc. Sau khi ký kết hợp đồng, bà Nga đã giao tiền đầy đủ cho vợ chồng bà Thủy và ông Chín, đồng thời vợ chồng bà Thủy, ông Chín giao lại “sổ đỏ” căn

nhà nói trên. Ngày 20/8/2009, bà Nga đến Văn phòng đăng ký đất đai Hà Nội để tiến hành thủ tục sang tên “sổ đỏ” thì được Văn phòng đăng ký đất đai Hà Nội trả lời rằng, mảnh đất và căn nhà của bà Thủy và ông Chín đã được bà Thủy và ông Chín thế chấp cho Công ty đa ngành Hà Nội bằng Hợp đồng công chứng số 01/HĐTC ngày 23/7/2008 của VPCC Ba Đình cũng do chính CCV Dững chứng nhận để vay hai tỷ đồng. Việc thế chấp này chưa được giải chấp, nên bà Nga không đủ tư cách để thực hiện việc sang tên “sổ đỏ”. Bà Nga đã có đơn khiếu nại và yêu cầu BTTH.

Vụ việc thứ hai: Vợ chồng ông Tấn nợ bà Ri hơn hai tỷ đồng. Cấp sơ thẩm (ngày 03/08/2007), phúc thẩm (ngày 02/11/2007) đều tuyên vợ chồng ông Tấn phải trả cho bà Ri số tiền hơn 2,1 tỷ đồng. Vợ chồng ông Tấn mới trả cho bà Ri được hơn 600 triệu (còn thiếu

(*) TS, Quyền Trưởng khoa Luật dân sự, ĐH Luật TP. Hồ Chí Minh.

khoảng hơn 1,4 tỷ) thì đã có yêu cầu Phòng công chứng số 1 Tiền Giang công chứng việc sang nhượng hai căn nhà của mình (đã thế chấp cho Ngân hàng và Ngân hàng đồng ý cho chuyển nhượng) cho bà Tuyết và chị Thi. Biết được việc sang nhượng này nên bà Ri đã có đơn gửi Phòng công chứng số 1 Tiền Giang để ngăn chặn không cho sang nhượng. Tuy nhiên, bà Trúc (CCV) vẫn chứng thực cho vợ chồng ông Tấn bán hai căn nhà này. Cho rằng hành vi của CCV gây thiệt hại cho mình, bà Ri kiện Phòng công chứng số 1 Tiền Giang đòi BTHH số tiền hơn 1,4 tỷ đồng.

Trong cả hai vụ việc trên, yêu cầu BTHH đều liên quan đến hành vi công chứng của CCV.

2. Cơ sở pháp lý giải quyết vấn đề bồi thường thiệt hại do CCV gây ra

2.1 Không áp dụng Luật Trách nhiệm bồi thường của Nhà nước

Khi thi hành Luật Công chứng thì trên thực tế, tồn tại hai hình thức hành nghề công chứng. Đó là Phòng công chứng và VPCC: Nếu CCV làm việc trong các Phòng CCNN (là đơn vị sự nghiệp trực thuộc Sở Tư pháp) thì họ là viên chức nhà nước (CCV là công chức hoặc viên chức nhà nước theo quy định tại Nghị định số 06/2010/NĐ-CP ngày 25/01/2010); CCV làm việc trong các VPCC thì không là công chức hay viên chức nhà nước.

Nếu CCV tại VPCC gây thiệt hại, chúng ta không áp dụng các quy định của Luật Trách nhiệm bồi thường của Nhà nước (Luật TNBTCNN), vì như đã nói, họ không phải là công chức hay viên chức nhà nước.

Còn đối với CCV tại Phòng công chứng, thì “Phòng công chứng là cơ quan nhà nước, do Nhà nước thành lập, CCV là công chức nhà nước”, nên khi những người này tiến hành công chứng và gây thiệt hại, vấn đề BTHH được đặt ra thì có áp dụng Luật TNBTCNN không? Vấn

đề này, khi tham khảo ý kiến của một số CCV thuộc Phòng công chứng (nhà nước), chúng tôi đã nhận được câu trả lời là sẽ áp dụng Luật TNBTCNN.

Trong vụ việc yêu cầu BTHH ở Tiền Giang, người tiến hành công chứng là CCV của Phòng CCNN và bản án không viện dẫn bất kỳ quy định nào của Luật TNBTCNN. Thực tế, Luật TNBTCNN chỉ có hiệu lực từ ngày 1/1/2010 nên việc Tòa án không viện dẫn Luật này có thể được giải thích theo hướng Luật chưa có hiệu lực đối với yêu cầu BTHH.

Tuy nhiên, theo chúng tôi, cho dù có tồn tại hoàn cảnh tương tự như vụ việc này và các tình tiết xảy ra sau khi Luật TNBTCNN có hiệu lực, chúng ta cũng không thể áp dụng Luật TNBTCNN trong mối quan hệ với người bị thiệt hại vì các lý do sau đây:

Thứ nhất, Điều 1 về Phạm vi điều chỉnh quy định “Luật này quy định TNBTCNN đối với cá nhân, tổ chức bị thiệt hại do người thi hành công vụ gây ra trong hoạt động quản lý hành chính, tổ tụng, thi hành án”. Ở đây, hành vi của CCV không phải là hành vi “trong hoạt động tổ tụng, thi hành án”. Do đó, nếu muốn áp dụng Luật TNBTCNN thì phải chứng minh được rằng, hành vi của CCV thuộc Phòng công chứng nằm “trong hoạt động quản lý hành chính”. Tuy nhiên, rất khó khăn định hành vi công chứng là “hoạt động quản lý hành chính”.

Thứ hai, trong quá trình xây dựng Luật TNBTCNN đã có ý kiến cho rằng “phải quy định thêm nhóm hành vi phải bồi thường trong lĩnh vực CCNN”¹. Trong Điều 13 về “Phạm vi trách nhiệm bồi thường trong hoạt động quản lý hành chính”, Luật TNBTCNN có liệt kê các hành vi trong hoạt động quản lý hành chính có thể làm phát sinh trách nhiệm bồi thường nhưng không có hành vi trong lĩnh vực CCNN². Điều đó cho thấy, vấn đề có hay không đưa hành vi trong lĩnh vực CCNN vào Luật TNBTCNN đã

(1) Xem Trọng Mạnh, Công chứng sai, phải bồi thường: <http://phapluattp.vn/225239p0c1013/cong-chung-sai-phai-boi-thuong.htm>
 (2) Thực ra khoản 12 Điều 13 Luật TNBTCNN còn quy định “các trường hợp được bồi thường khác do pháp luật quy định” và có ý kiến cho rằng khoản này bao gồm cả hoạt động của công chứng.

được đặt ra trong quá trình xây dựng Luật này, nhưng các nhà lập pháp đã không đồng ý đưa hành vi trong lĩnh vực CCNN vào trong Luật TNBTCNN.

Thứ ba, CCV của các VPCC không là viên chức nhà nước nên đương nhiên vấn đề BTTH do hành vi của họ gây ra sẽ không được điều chỉnh bởi Luật TNBTCNN. Vì thế, nếu chúng ta áp dụng Luật TNBTCNN cho hành vi của CCV trong Phòng CCNN thì sẽ tạo ra sự không thống nhất trong hệ thống pháp luật Việt Nam và bất công bằng giữa công chứng tư và CCNN; thiếu sự bình đẳng giữa hai loại hình công chứng.

2.2 Áp dụng Luật Công chứng

- Quy định về bồi thường. Khi xây dựng Luật Công chứng, vấn đề trách nhiệm BTTH do CCV gây ra đã được nhiều người quan tâm. Trong Điều 16 về “nghĩa vụ và quyền của CCV”, Dự thảo (tháng 4/2006) có quy định “CCV có nghĩa vụ bồi thường theo quy định của pháp luật, nếu gây thiệt hại”. Với quy định này thì CCV chịu trách nhiệm trực tiếp về thiệt hại mà mình gây ra (chính CCV gây thiệt hại phải BTTH).

Theo Báo cáo (số 1604/UBPL11) thẩm tra Dự án Luật Công chứng của Ủy ban Pháp luật Quốc hội khóa XI thì “đối với CCV thuộc Phòng Công chứng là công chức nhà nước mà gây thiệt hại, thì theo quy định tại Điều 619 Bộ luật Dân sự năm 2005 (BLDS), cơ quan, tổ chức quản lý cán bộ, công chức phải BTTH do cán bộ, công chức của mình gây ra trong khi thi hành công vụ; nếu cán bộ, công chức đó có lỗi thì phải có trách nhiệm hoàn trả cho cơ quan, tổ chức. Do đó, đề nghị cơ quan trình dự án cần nghiên cứu để quy định lại nội dung này cho phù hợp với BLDS”, còn đối với CCV của VPCC, “cần được nghiên cứu để quy định rõ trong dự thảo Luật nhằm nâng cao trách nhiệm của CCV cũng như góp phần bảo vệ quyền lợi chính đáng của người yêu cầu công chứng khi có thiệt hại xảy ra do hành vi có lỗi của CCV”. Trong Tài liệu báo cáo tại Hội nghị đại biểu Quốc hội chuyên trách tháng 8/2006 và gửi xin

ý kiến các Đoàn đại biểu Quốc hội, Ủy ban Thường vụ Quốc hội đã cho biết “nhiều ý kiến đề nghị cần quy định theo hướng CCV nếu gây thiệt hại cho người yêu cầu công chứng thì trước hết tổ chức hành nghề công chứng phải bồi thường, sau đó tổ chức hành nghề công chứng có quyền yêu cầu CCV đã gây thiệt hại bồi hoàn cho tổ chức hành nghề công chứng nếu họ có lỗi. Tiếp thu ý kiến đại biểu, chúng tôi đã chỉnh lý như trong Dự thảo Luật”. Trong Dự thảo đề ngày 17/10/2006, chúng ta không thấy quy định như Điều 16 nêu trên mà Điều 33 của Dự thảo về *Nghĩa vụ của tổ chức hành nghề công chứng* quy định “BTTH do lỗi mà CCV của tổ chức hành nghề công chứng gây ra cho người yêu cầu công chứng”. Ở đây, chúng ta không theo hướng chỉ quy định trách nhiệm trực tiếp của CCV mà theo hướng quy trách nhiệm cho tổ chức hành nghề công chứng nơi CCV làm việc.

Cuối cùng, Luật Công chứng được thông qua (ngày 29/11/2006) đã không quy định “CCV có nghĩa vụ bồi thường theo quy định của pháp luật, nếu gây thiệt hại” mà quy định tại khoản 5 Điều 32 rằng “tổ chức hành nghề công chứng” có nghĩa vụ “BTTH do lỗi mà Công chứng viên của tổ chức hành nghề công chứng gây ra cho người yêu cầu công chứng”.

- Phạm vi của quy định về bồi thường trong Luật Công chứng. Trong vụ việc yêu cầu BTTH liên quan đến VPCC Ba Đình, người yêu cầu bồi thường là người đã yêu cầu công chứng. Trong Báo cáo giải trình ngày 5/1/2010 gửi Thanh tra Sở Tư pháp Hà Nội, VPCC Ba Đình đã nêu “việc chúng tôi có thiếu sót, có lỗi vô ý đã chứng nhận hợp đồng mua bán đã gây thiệt hại cho khách hàng. Chúng tôi nghiêm túc rút kinh nghiệm và sẽ bồi thường thỏa đáng cho khách hàng theo quy định của pháp luật dân sự khi có yêu cầu theo quy định tại khoản 5 Điều 32 Luật Công chứng”. Trong văn bản báo cáo này, VPCC Ba Đình đề cập đến cả Điều 32 Khoản 5 Luật Công chứng và pháp luật về dân sự nên người đọc rất lúng túng khi xác định căn cứ để giải quyết vấn đề bồi thường. Pháp

luật dân sự ở đây là những quy định nào? Có phải quy định tại Điều 619 BLDS như Báo cáo thẩm tra Dự án Luật Công chứng của Ủy ban Pháp luật Quốc hội khóa XI đã viện dẫn? Việc bà Nga yêu cầu công chứng và CCV chấp nhận công chứng phải chăng đã tồn tại quan hệ hợp đồng và thiệt hại là do công chứng hợp đồng nên đây là thiệt hại trong hợp đồng?

Trong vụ việc liên quan đến bà Ri, người yêu cầu bồi thường là bà Ri nhưng bà Ri không phải là người đã yêu cầu công chứng, nên không thể viện dẫn khoản 5 Điều 32 Luật Công chứng: nếu bà Ri có thiệt hại thì thiệt hại này không phải đã “gây ra cho người yêu cầu công chứng” như khoản 5 Điều 32 Luật Công chứng đã quy định. Khi giải quyết yêu cầu của bà Ri, TAND TP. Mỹ Tho³ không viện dẫn khoản 5 Điều 32 Luật Công chứng. Theo chúng tôi, việc Tòa án không viện dẫn khoản 5 Điều 32 Luật Công chứng là đúng vì như đã nêu ở trên, bà Ri là người cho rằng có thiệt hại nhưng không là người yêu cầu công chứng.

Qua hai vụ việc trên chúng ta thấy, không phải cứ có yêu cầu BTHH do hành vi của CCV gây ra là chúng ta vận dụng các quy định về BTHH trong Luật Công chứng. Các quy định về BTHH trong Luật Công chứng chỉ áp dụng đối với “thiệt hại gây ra cho người yêu cầu công chứng”.

2.3 Áp dụng quy định của Bộ luật Dân sự

2.3.1. Trường hợp người bị thiệt hại không là người yêu cầu công chứng

- Thiệt hại do CCV của Phòng CCNN gây ra. Khi giải quyết yêu cầu của bà Ri, TAND TP. Mỹ Tho⁴ không viện dẫn khoản 5 Điều 32 Luật Công chứng mà đã viện dẫn một số quy định của BLDS trong đó có Điều 619 về “BTHH do cán bộ, công chức gây ra”. Việc Tòa án không viện dẫn khoản 5 Điều 32 Luật Công chứng là đúng: thiệt hại không gây ra cho người yêu cầu công chứng. Còn đối với việc Tòa án viện

dẫn Điều 619 BLDS, chúng ta có thể lý giải như sau: Thiệt hại của bà Ri có thể có là thiệt hại ngoài hợp đồng và là do CCV của Phòng CCNN (là công chức) gây ra.

- Thiệt hại do CCV của VPCC gây ra. Ví dụ, ông Thiều qua đời vào tháng 10/2007 để lại một số tài sản không có di chúc, trong đó có một thửa đất gần 5.000 m². Khi những người thừa kế theo pháp luật làm thủ tục phân chia di sản thì vợ kế của ông Thiều đi thế chấp đất trên để vay 170 triệu đồng. Ngày 9/6/2010, hợp đồng vay tiền của bà đã được CCV của VPCC Minh Thụ (TP. Tân An) chứng nhận. Về vấn đề này, Trưởng VPCC Minh Thụ giải thích: “Khi đến văn phòng làm thủ tục thì có hai người (vợ kế của ông Thiều và một người đàn ông). Cả hai đều xuất trình đầy đủ các giấy tờ hợp lệ. Hôm đó, do đông khách nên Văn phòng không phát hiện ra người đàn ông đó không phải là ông Thiều và đã công chứng để họ vay tiền. Chúng tôi xin nhận trách nhiệm và sẽ bồi thường nếu có thiệt hại xảy ra cho những người có quyền lợi liên quan”⁵. Như vậy, phía VPCC đã chấp nhận nếu có thiệt hại thì sẽ bồi thường. Trong trường hợp này, chúng ta cũng không thể áp dụng khoản 5 Điều 32 Luật Công chứng vì người bị thiệt hại không phải là người yêu cầu công chứng. Chúng ta cũng không thể áp dụng Điều 619 BLDS để yêu cầu VPCC bồi thường vì CCV của VPCC không là “cán bộ, công chức”.

Theo khoản 1 Điều 26 Luật Công chứng, “VPCC do một CCV thành lập được tổ chức và hoạt động theo loại hình doanh nghiệp tư nhân. VPCC do hai CCV trở lên thành lập được tổ chức và hoạt động theo loại hình công ty hợp danh”. Như vậy, VPCC có thể là công ty hợp danh hay doanh nghiệp tư nhân (thực tế, có nhiều VPCC do một CCV thành lập theo loại hình doanh nghiệp tư nhân nhưng lại có nhiều CCV làm việc). Đối với trường hợp

(3) Bản án số 187/2009/DSST ngày 30/12/2009 của TAND TP. Mỹ Tho tỉnh Tiền Giang.

(4) Tlđđ.

(5) Xem Minh Hiếu, Công chứng cho người chết vay tiền: <http://phapluattp.vn/20110226120050149p0c1027/cong-chung-cho-nguoi-chet-vay-tien.htm>

Văn phòng là công ty hợp danh thì đây là pháp nhân⁶ nên chúng ta có thể khai thác Điều 618 BLDS để giải quyết quan hệ bồi thường giữa người bị thiệt hại và VPCC: theo Điều 618 BLDS, “pháp nhân phải BTTH do người của mình gây ra trong khi thực hiện nhiệm vụ được pháp nhân giao; nếu pháp nhân đã BTTH thì có quyền yêu cầu người có lỗi trong việc gây thiệt hại phải hoàn trả một khoản tiền theo quy định của pháp luật”⁷.

Đối với VPCC là doanh nghiệp tư nhân thì chúng ta không thể sử dụng Điều 618 vì doanh nghiệp tư nhân không có tư cách pháp nhân. Khi CCV của doanh nghiệp tư nhân này gây thiệt hại thì chúng ta có thể sử dụng Điều 622 BLDS theo đó “cá nhân, pháp nhân và các chủ thể khác phải BTTH do người làm công gây ra trong khi thực hiện công việc được giao”. Ở đây, CCV gây thiệt hại có thể được coi là người làm công cho doanh nghiệp tư nhân và Điều 622 quy định trách nhiệm cho “cá nhân, pháp nhân và các chủ thể khác” với tư cách là người sử dụng người làm công nên cũng được áp dụng cho doanh nghiệp tư nhân (là “chủ thể khác” trong Điều 622)⁸.

2.3.2. Trường hợp người bị thiệt hại là người yêu cầu công chứng

Đối với trường hợp này, như trên đã nêu, chúng ta áp dụng khoản 5 Điều 32 Luật Công chứng. Điều đó không có nghĩa là chúng ta sẽ không sử dụng quy định nào của BLDS.

Thực ra Điều 619 BLDS có hai ý: Ý thứ nhất liên quan đến người bị thiệt hại và tổ chức, cơ quan quản lý cán bộ, công chức⁹. Ý

thứ hai là mối quan hệ giữa cán bộ, công chức và cơ quan, tổ chức quản lý¹⁰. Khoản 5 Điều 32 Luật Công chứng chỉ đề cập đến mối quan hệ giữa tổ chức hành nghề công chứng và người bị thiệt hại. Do đó, khoản 5 Điều 32 Luật Công chứng chỉ thay thế ý thứ nhất của Điều 619 BLDS. Trong quan hệ giữa cán bộ, công chức và cơ quan, tổ chức quản lý sau khi bồi thường cho người bị thiệt hại, các quy định trong Điều 619 (ý thứ hai nêu trên) vẫn được áp dụng.

Quy định tại khoản 5 Điều 32 Luật Công chứng đề cập đến “tổ chức hành nghề công chứng” nói chung, không giới hạn ở hành vi của CCV thuộc Phòng CCNN hay thuộc VPCC nên nó được áp dụng cho cả hai. Điều đó có nghĩa là nếu VPCC là công ty hợp danh (pháp nhân) thì đoạn đầu của Điều 618 BLDS (đã nêu ở trên) được thay thế bằng khoản 5 Điều 32 Luật Công chứng và đoạn sau Điều 618 BLDS vẫn được vận dụng sau khi bồi thường cho người bị thiệt hại¹¹. Còn nếu VPCC là doanh nghiệp tư nhân, đoạn đầu của Điều 622 BLDS (đã nêu ở trên) được thay thế bằng khoản 5 Điều 32 Luật Công chứng và đoạn sau của Điều 622 BLDS vẫn được vận dụng sau khi bồi thường cho người bị thiệt hại¹².

3. Điều kiện phát sinh trách nhiệm bồi thường thiệt hại do công chứng viên gây ra

3.1. Trường hợp người bị thiệt hại là người yêu cầu công chứng

- Lỗi của CCV: Khoản 5 Điều 32 Luật Công chứng quy định “tổ chức hành nghề công chứng” có nghĩa vụ “BTTH do lỗi mà CCV của tổ chức hành nghề công chứng gây

(6) Theo khoản 2 Điều 130 Luật Doanh nghiệp, “công ty hợp danh có tư cách pháp nhân kể từ ngày được cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh”.

(7) Về BTTH do người của pháp nhân gây ra, xem thêm Đỗ Văn Đại, Luật BTTH ngoài hợp đồng Việt Nam - Bản án và bình luận bản án, Nxb. CTQG 2010, Bản án số 45 và 46.

(8) Về BTTH do người làm công gây ra, xem thêm Đỗ Văn Đại, Luật BTTH ngoài hợp đồng Việt Nam - Bản án và bình luận bản án, Nxb. CTQG 2010, Bản án số 44.

(9) Cụ thể là “cơ quan, tổ chức quản lý cán bộ, công chức phải BTTH do cán bộ, công chức của mình gây ra trong khi thi hành công vụ”.

(10) Cụ thể là “cơ quan, tổ chức quản lý cán bộ, công chức có trách nhiệm yêu cầu cán bộ, công chức phải hoàn trả một khoản tiền theo quy định của pháp luật, nếu cán bộ, công chức có lỗi trong khi thi hành công vụ”.

(11) “Nếu pháp nhân đã BTTH thì có quyền yêu cầu người có lỗi trong việc gây thiệt hại phải hoàn trả một khoản tiền theo quy định của pháp luật”.

(12) “Cá nhân, pháp nhân và các chủ thể khác (...) có quyền yêu cầu người làm công, người học nghề có lỗi trong việc gây thiệt hại phải hoàn trả một khoản tiền theo quy định của pháp luật”.

ra cho người yêu cầu công chứng”. Điều đó có nghĩa là trách nhiệm (nghĩa vụ) bồi thường của tổ chức hành nghề công chứng chỉ phải bồi thường khi CCV của tổ chức này có “lỗi”. Trong khoa học pháp lý (nhất là trong BLDS), thuật ngữ “lỗi” được sử dụng rất phổ biến. Nghiên cứu kỹ thì chúng ta thấy thuật ngữ này có thể được hiểu là liên quan đến “nhận thức” của người có hành vi gây thiệt hại (còn được gọi là lỗi “chủ quan”, cái tiềm ẩn bên trong nội tâm của chủ thể); “lỗi” còn được hiểu là hành vi của chủ thể không phù hợp với chuẩn mực của xã hội, quy định của pháp luật (còn được gọi là lỗi “khách quan”, được chủ thể thể hiện ra bên ngoài). Xu hướng hiện nay là xem nhẹ yếu tố lỗi “nhận thức”. Trong Luật Công chứng, khoản 5 Điều 32 đề cập đến “lỗi” của CCV nhưng không cho biết thuật ngữ này cần được hiểu như thế nào. Thiết nghĩ, mọi hành vi của CCV không phù hợp với yêu cầu của pháp luật về công chứng đối với CCV (trong đó bao gồm cả đạo đức nghề nghiệp) đều được coi là “lỗi” theo quy định tại khoản 5 Điều 32 Luật Công chứng.

Theo Điều 2 Luật Công chứng, “công chứng là việc CCV chứng nhận tính xác thực, tính hợp pháp của hợp đồng, giao dịch khác (sau đây gọi là hợp đồng, giao dịch) bằng văn bản mà theo quy định của pháp luật phải công chứng hoặc cá nhân, tổ chức tự nguyện yêu cầu công chứng”¹³. Bên cạnh đó, Điều 5 Luật Công chứng quy định “Lời chứng của CCV phải ghi rõ thời gian, địa điểm công chứng, họ, tên CCV, tên tổ chức hành nghề công chứng; chứng nhận người tham gia hợp đồng, giao dịch hoàn toàn tự nguyện, có năng lực hành vi dân sự, mục đích, nội dung của hợp đồng, giao dịch không vi phạm pháp luật, không trái

đạo đức xã hội, đối tượng của hợp đồng, giao dịch là có thật, chữ ký trong hợp đồng, giao dịch là đúng chữ ký của người tham gia hợp đồng, giao dịch”. Do đó, theo hướng dẫn của Bộ Tư pháp, “trường hợp phát hiện thấy hợp đồng đã công chứng có nội dung vi phạm điều cấm của pháp luật, trái đạo đức xã hội gây thiệt hại đến quyền, lợi ích của những người liên quan trong hợp đồng thì hướng dẫn cho người có quyền lợi bị thiệt hại khởi kiện ra Tòa án giải quyết theo quy định của pháp luật”¹⁴. Trong vụ việc liên quan đến VPCC Ba Đình, Văn phòng này đã thừa nhận “CCV đã có thiếu sót trong quy trình công chứng hợp đồng” là “chủ quan không kiểm tra đăng ký giao dịch đảm bảo”¹⁵. Trong vụ việc này, tài sản trong hợp đồng chuyển nhượng được công chứng đã được thế chấp mà theo BLDS (khoản 4 Điều 349), bên thế chấp chỉ “được bán, trao đổi, tặng cho tài sản thế chấp không phải là hàng hóa luân chuyển trong quá trình sản xuất, kinh doanh, nếu được bên nhận thế chấp đồng ý”. Ở đây, bên thế chấp đã chuyển nhượng tài sản thế chấp cho bà Nga nhưng không có sự đồng ý của Ngân hàng (bên nhận thế chấp) nên hợp đồng này vô hiệu¹⁶. Điều đó có nghĩa là CCV đã công chứng một hợp đồng không hợp pháp nên có lỗi theo khoản 5 Điều 32 Luật Công chứng.

Phần vừa rồi cho thấy lỗi của CCV và lỗi này được thể hiện ra bên ngoài theo dạng “không hành động”: không kiểm tra kỹ thông tin. Thiết nghĩ, lỗi của CCV có thể biểu hiện ra bên ngoài theo dạng “hành động”. Chẳng hạn, nếu thuộc trường hợp từ chối công chứng mà CCV vẫn công chứng thì đây có thể được coi là có lỗi¹⁷.

- Thiệt hại của người yêu cầu công chứng:

(13) “Hoạt động công chứng bao gồm một chuỗi thủ tục rất phức tạp kể từ khi CCV tiếp nhận ý chí của các bên giao kết hợp đồng như: xác định tư cách chủ thể của các bên, kiểm tra năng lực hành vi dân sự của chủ thể, tính tự nguyện của các bên hợp đồng, xác định nguồn gốc hợp pháp của đối tượng hợp đồng, kiểm tra tính hợp pháp của nội dung hợp đồng, thời gian, địa điểm giao kết hợp đồng v.v.” (xem Đặc san Tuyên truyền pháp luật số 13-Chuyên đề về công chứng, chứng thực, Bộ Tư pháp 2007).

(14) Công văn số 3378/BTP-BTTP ngày 22/9/2010 của Bộ Tư pháp gửi Sở Tư pháp tỉnh Vĩnh Long hướng dẫn giải quyết đơn khiếu nại

(15) Công văn ngày 27/11/2009 của VPCC gửi bà Nga.

(16) Xem Đỗ Văn Đại, Luật hợp đồng Việt Nam- Bản án và bình luận bản án, Nxb. CTQG, H, 2011 (tái bản lần thứ ba), Bản án số 29 và 30, phần số 8.

(17) Về vấn đề từ chối công chứng, xem thêm Đỗ Văn Đại và Dương Hoàn, Về vấn đề từ chối công chứng khi có đơn ngăn chặn của cá nhân, Tạp chí Khoa học pháp lý số 02/2011.

Khoản 5 Điều 32 Luật Công chứng quy định “tổ chức hành nghề công chứng” có nghĩa vụ “BTTH do lỗi mà CCV của tổ chức hành nghề công chứng gây ra cho người yêu cầu công chứng”. Để quy trách nhiệm bồi thường của tổ chức hành nghề công chứng, thì theo quy định này, phải tồn tại thiệt hại; không có thiệt hại thì tổ chức hành nghề công chứng không phải bồi thường cho dù CCV có lỗi theo phân tích ở trên. Vấn đề đặt ra là xác định thiệt hại mà người yêu cầu công chứng phải gánh chịu như thế nào?

Việc xác định thiệt hại thực tế mà bên yêu cầu công chứng phải gánh chịu là rất khó. Trong vụ việc liên quan đến VPCC Ba Đình, bà Nga ký hợp đồng mua bán với giá 2,4 tỷ đồng nhưng không đăng ký sang tên được vì tài sản đã thế chấp cho Ngân hàng. VPCC Ba Đình đã chấp nhận về nguyên tắc sẽ bồi thường và bà Nga đã đòi bồi thường 3 tỷ đồng. Điều đó có nghĩa - theo bà Nga - thiệt hại của bà là 3 tỷ đồng. Tại sao lại là 3 tỷ đồng? VPCC đã trả lời rằng, yêu cầu này “chưa phù hợp”, “sẽ bồi thường cho bà Nga trên cơ sở phán quyết của TAND các cấp có thẩm quyền” (Công văn ngày 27/11/2009). Phòng Bổ trợ tư pháp Hà Nội đã mời bà Nga và CCV VPCC Ba Đình đến làm việc để giải quyết. Tại buổi làm việc này, phía bà Nga đề nghị VPCC Ba Đình BTTH là một tỷ năm trăm triệu đồng. VPCC Ba Đình đã không chấp nhận bồi thường số tiền này với lý do bà Nga không đưa ra được căn cứ thiệt hại cụ thể.

Vụ việc trên cho thấy, việc xác định chính xác thiệt hại mà người yêu cầu công chứng gánh chịu là rất khó. Trong trường hợp này, bên yêu cầu thiệt hại phải chứng minh thiệt hại cụ thể của mình.

- Quan hệ nhân quả: Theo khoản 5 Điều 32 Luật Công chứng, “tổ chức hành nghề công chứng” có nghĩa vụ “BTTH do lỗi mà CCV của tổ chức hành nghề công chứng gây ra cho người yêu cầu công chứng”.

Với quy định này thì chỉ thiệt hại “do lỗi” của CCV gây ra mới được bồi thường (chỉ

thiệt hại có mối quan hệ nhân quả với lỗi của CCV mới được bồi thường). Cũng theo quy định trên, nếu thiệt hại do lỗi của người yêu cầu công chứng gây ra thì tổ chức hành nghề công chứng không phải bồi thường. Trong vụ việc liên quan đến VPCC Ba Đình, thiết nghĩ bà Nga cũng có lỗi. Cụ thể là: Bà Nga là người tham gia ký kết hợp đồng mua bán nên bà Nga cũng có trách nhiệm kiểm tra đối tượng của hợp đồng mua bán. Việc CCV công chứng hợp đồng mua bán tài sản đã thế chấp là có lỗi, nhưng do bà Nga cũng có trách nhiệm kiểm tra, tìm kiếm thông tin nên trong thiệt hại của bà Nga có một phần lỗi của bà Nga. Do bà Nga cũng có một phần lỗi trong việc để thiệt hại của mình phát sinh nên bà Nga không được bồi thường khoản thiệt hại tương ứng với phần lỗi của mình. Nói cách khác, tổ chức hành nghề công chứng không có trách nhiệm bồi thường toàn bộ thiệt hại cho người yêu cầu công chứng khi chính người yêu cầu công chứng cũng có lỗi một phần, tổ chức hành nghề công chứng chỉ BTTH tương ứng với phần lỗi của mình.

3.2 Trường hợp người bị thiệt hại là người không yêu cầu công chứng

- Điều kiện trong Điều 618, 619, 622 BLDS. Khi người bị thiệt hại không phải là người yêu cầu công chứng, chúng ta không thể áp dụng khoản 5 Điều 32 Luật Công chứng như đã phân tích ở trên. Trong trường hợp này, nếu muốn quy trách nhiệm cho tổ chức hành nghề công chứng (khi khởi kiện thì tổ chức này sẽ là bị đơn), chúng ta có thể áp dụng Điều 618, 619 hay 622 BLDS tùy vào việc CCV làm việc tại Phòng CCNN (thì áp dụng Điều 619 BLDS) hay VPCC (thì áp dụng Điều 618 hay 622 BLDS). Để quy trách nhiệm cho tổ chức hành nghề công chứng, chúng ta phải thỏa mãn các điều kiện nêu trong các điều luật này.

Nếu CCV làm trong Phòng CCNN thì khi muốn quy trách nhiệm cho Phòng công chứng, phải thỏa mãn các điều kiện sau đây của Điều 619: Thứ nhất là phải tồn tại thiệt hại (việc xác định thiệt hại đã được phân tích ở phần trên). Thứ hai, thiệt hại này do CCV của Phòng công

chúng gây ra. Thứ ba, thiệt hại được “gây ra trong khi thi hành công vụ”. Trong vụ việc liên quan đến bà Ri, CCV đã lấy chữ ký của bên bán ngoài giờ làm việc. Vậy nếu có thiệt hại thì thiệt hại này có do CCV gây ra trong khi thi hành công vụ không? Câu trả lời rất khó. Thiết nghĩ, nếu bắt buộc phải có câu trả lời thì chúng ta nên theo hướng có lợi cho người bị thiệt hại (tức chấp nhận điều kiện thứ ba này được thỏa mãn).



Nếu CCV làm trong VPCC thì khi muốn quy trách nhiệm của VPCC (là công ty hợp danh hay doanh nghiệp tư nhân), chúng ta phải thỏa mãn các điều kiện sau đây của Điều 618 hay Điều 622: Thứ nhất, có thiệt hại thực tế. Thứ hai, thiệt hại do CCV (người của pháp nhân hay người làm công của doanh nghiệp tư nhân) gây ra. Thứ ba, thiệt hại do CCV gây ra “trong khi thực hiện nhiệm vụ được pháp nhân giao” (Điều 618) hay “trong khi thực hiện công việc được giao” (Điều 622).

- Điều kiện khác: Ngoài các điều kiện nêu tại Điều 618, 619 hay 622 BLDS nêu trên, để quy trách nhiệm cho tổ chức hành nghề công chứng, chúng ta có cần thêm điều kiện khác không?

Trách nhiệm của tổ chức công chứng theo các quy định trên là dạng trách nhiệm thực hiện nghĩa vụ bồi thường thay cho CCV thuộc tổ chức công chứng. Các điều kiện trên chỉ là điều kiện để buộc tổ chức công chứng “thực hiện thay” trách nhiệm của CCV nhằm tạo điều kiện cho người bị thiệt hại. Để có chủ thể thực hiện “thay” thì bản thân CCV đã phải có trách nhiệm. Do đó, thiết nghĩ, các điều kiện để phát sinh trách nhiệm cho chính CCV cần được hội

đủ. Trong vụ việc liên quan đến bà Ri, Phòng công chứng bị kiện bồi thường do hành vi của CCV của mình nên đây là yêu cầu bồi thường thay. Vì thế để yêu cầu bồi thường đối với Phòng công chứng được chấp nhận thì các căn cứ phát sinh trách nhiệm của chính CCV phải hội đủ. Thực tế, bên cạnh việc viện dẫn Điều 619 BLDS, Tòa sơ thẩm (sau đó là Tòa phúc thẩm) đã viện dẫn cả Điều 604 BLDS về căn cứ phát sinh trách nhiệm BTTH¹⁸. Điều này cho thấy dường như Tòa án cũng theo hướng, ngoài các điều kiện tại Điều 619, cần phải hội đủ các điều kiện tại Điều 604 BLDS đối với trách nhiệm của chính CCV (hành vi trái pháp luật, thiệt hại, mối quan hệ nhân quả và lỗi).

Đối với vụ việc liên quan đến bà Ri, theo án lệ của Hội đồng Thẩm phán¹⁹, đây là trường hợp từ chối công chứng (vì đã có cá nhân ngăn chặn) nhưng CCV vẫn tiến hành công chứng nên có thể coi CCV đã có hành vi trái pháp luật theo quy định tại Điều 604 BLDS. Tuy nhiên, điều kiện về tồn tại thiệt hại có được thỏa mãn hay không trong vụ việc này còn phải xem xét lại (khi không đủ chứng cứ

(18) “1. Người nào do lỗi cố ý hoặc lỗi vô ý xâm phạm tính mạng, sức khỏe, danh dự, nhân phẩm, uy tín, tài sản, quyền, lợi ích hợp pháp khác của cá nhân, xâm phạm danh dự, uy tín, tài sản của pháp nhân hoặc chủ thể khác mà gây thiệt hại thì phải bồi thường. 2. Trong trường hợp pháp luật quy định người gây thiệt hại phải bồi thường cả trong trường hợp không có lỗi thì áp dụng quy định đó”.

(19) Về quyết định giám đốc thẩm này, xem Đỗ Văn Đại và Dương Hoán, Về vấn đề từ chối công chứng khi có đơn ngăn chặn của cá nhân, Tạp chí Khoa học pháp lý số 02/2011.

để khẳng định thiệt hại tồn tại thì trách nhiệm của CCV không phát sinh cho dù người này có hành vi trái pháp luật).

- Quy trách nhiệm trực tiếp cho CCV: Chúng ta thấy, nếu muốn quy trách nhiệm cho tổ chức hành nghề công chứng đối với thiệt hại do CCV của tổ chức này gây ra thì phải hội đủ các điều kiện của Điều 618, 619 hay 622 BLDS. Nhưng nếu các điều kiện này không hội đủ thì liệu có thể quy trách nhiệm trực tiếp cho CCV không? BLDS không quy định thực sự rõ ràng về vấn đề này. Tuy nhiên, như đã nêu ở trên, trách nhiệm của tổ chức công chứng tại Điều 618, 619 hay 622 BLDS là trách nhiệm “thực hiện thay” trách nhiệm của CCV. Vì thế, nếu trách nhiệm thực hiện thay không thỏa mãn thì vẫn còn trách nhiệm của CCV nên người bị thiệt hại có quyền yêu cầu trực tiếp CCV phải BTTH.

*

Như vậy, vấn đề BTTH do CCV gây ra được điều chỉnh rất phức tạp trong pháp luật thực định Việt Nam. Sự phức tạp này một phần là do có sự phân biệt CCV thuộc Phòng công chứng (viên chức nhà nước) và CCV thuộc VPCC (công chứng tư). Sự phức tạp một phần còn do sự chông chéo giữa các văn bản như

Luật Công chứng, BLDS và có sự hiện diện của nhiều chủ thể trong cùng một vụ việc như người bị thiệt hại (có thể là người yêu cầu công chứng hay không yêu cầu công chứng), CCV gây thiệt hại và tổ chức hoạt động công chứng được yêu cầu bồi thường.

Do có sự phức tạp nêu trên, khi giải quyết yêu cầu BTTH do CCV gây ra, chúng ta cần phân biệt người yêu cầu BTTH là người yêu cầu công chứng hay người không yêu cầu công chứng. Đối với trường hợp thứ nhất, chúng ta áp dụng khoản 5 Điều 32, Luật Công chứng để xác định trách nhiệm của tổ chức hành nghề công chứng. Đối với trường hợp thứ hai, chúng ta áp dụng các quy định về BTTH ngoài hợp đồng trên cơ sở Điều 604 và Điều 618, 619 hay Điều 622 BLDS.

Khi thiệt hại do CCV gây ra, không nên áp dụng Luật TNBTCNN cho dù CCV là công chức, viên chức. Việc không áp dụng Luật TNBTCNN tạo ra sự công bằng giữa các Phòng CCNN và VPCC tư, đồng thời tạo điều kiện thuận lợi cho người bị thiệt hại trong việc yêu cầu bồi thường. ■

LAO ĐỘNG, VIỆC LÀM VÀ QUẢN LÝ ĐẤT ĐAI...

(Tiếp theo trang 43)

hội - đô thị - môi trường. Xây dựng nền nông nghiệp Thủ đô theo hướng nông nghiệp đô thị sinh thái, sử dụng công nghệ cao và tạo ra giá trị cao, khai thác hiệu quả các nguồn lực quý giá của Hà Nội là lao động và đất đai. Trong

đó, người nông dân là chủ thể sáng tạo ra các giá trị mới và được hưởng lợi ích từ quá trình CNH, ĐTH. Xử lý hài hòa mối quan hệ giữa phát triển công nghiệp, đô thị và vấn đề “tam nông” đã là cách thức tồn tại trong quá khứ 1.000 năm của Thăng Long, đồng thời cũng là một thách thức trong sự phát triển đầy kỳ vọng của Thủ đô Hà Nội trong hiện tại và tương lai⁷. Chỉ trên cơ sở giải quyết tốt mối quan hệ này, Việt Nam và Thủ đô Hà Nội mới có thể cạnh tranh, phát triển và trường tồn trong thời đại toàn cầu hóa và kinh tế tri thức. ■

(7) Hoàng Xuân Nghĩa: Phát triển kinh tế hàng hóa Thăng Long – Hà Nội, quy luật chung và những biểu hiện đặc thù. Hội thảo Quốc tế Việt Nam học lần thứ 2, Đại học Quốc gia Hà Nội, 2009.

BỒI THƯỜNG, HỖ TRỢ VÀ TÁI ĐỊNH CƯ

CÁC DỰ ÁN THỦY LỢI, THỦY ĐIỆN THEO QUYẾT ĐỊNH 34 CỦA THỦ TƯỚNG CHÍNH PHỦ

■ LÊ NGỌC THANH*

Ngày 08/4/2010, Thủ tướng Chính phủ đã ban hành Quyết định số 34/2010/QĐ-TTg (Quyết định 34) Quy định về bồi thường, hỗ trợ và tái định cư các dự án thủy lợi, thủy điện. Điều này đã nói lên tính cấp thiết, đặc thù, quan trọng của việc bồi thường, hỗ trợ và tái định cư (sau đây gọi tắt là bồi thường) đối với các công trình thủy lợi, thủy điện (TLĐ). Bài viết nêu những điểm mới, tích cực cần được áp dụng, nhân rộng, đồng thời chỉ ra những giới hạn của các quy định trong Quyết định 34 để có những sửa đổi, bổ sung cần thiết, nhằm bảo đảm mối quan hệ hài hòa giữa Nhà nước, nhà đầu tư và người sử dụng đất.

1. Những điểm mới cơ bản của Quyết định 34 về công tác bồi thường

Một là, đã có sự tách bạch về bồi thường với hỗ trợ, tái định cư, tránh được tình trạng trong một số trường hợp, các khoản chi phí của Nhà nước về hỗ trợ còn nhiều hơn bồi thường và trong trường hợp các đối tượng có liên quan vẫn chưa nhận thức được rằng, bồi thường là nghĩa vụ, còn hỗ trợ lại là quyền của Nhà nước, dẫn đến khiếu kiện kéo dài, thậm chí khiếu kiện về “quyền hỗ trợ của Nhà nước”.

Hai là, quy định các chính sách hỗ trợ ổn định đời sống như: hỗ trợ lương thực đối với hộ bị thu hồi toàn bộ đất ở, đất sản xuất, phải di chuyển chỗ ở; hộ bị thu hồi được tính theo tỷ lệ phần trăm diện tích đất sản xuất nông nghiệp đang sử dụng đều được Nhà nước hỗ trợ với mức cao hơn so với các quy định hiện hành. Đặc biệt, trong Quyết định 34 còn quy định

mức hỗ trợ về y tế, giáo dục, thấp sáng, chất đốt, hỗ trợ sản xuất...; đồng thời phân cấp cho Ủy ban nhân dân cấp tỉnh cụ thể hóa các nội dung trên.

Ba là, có sự công khai, minh bạch và chia sẻ thông tin giữa người dân và Nhà nước qua quy định hỗ trợ cho các hộ tái định cư được tham quan điểm tái định cư bao gồm: chi phí thuê phương tiện, ăn, ở trong thời gian tham quan.

Bốn là, khắc phục được nhiều cách hiểu theo quy định tại Khoản 2 Nghị định số 197/2004/NĐ-CP của Chính phủ, nay là Khoản 3 Điều 24 Nghị định số 69/2009/NĐ-CP của Chính phủ Về bồi thường nhà, công trình xây dựng trên đất: “Đối với công trình kết cấu hạ tầng kỹ thuật, mức bồi thường bằng mức xây dựng mới của công trình có tiêu chuẩn kỹ thuật tương đương do Bộ Xây dựng ban hành, nếu công

(*) *ThS Luật học, Trường Đại học Lao động Xã hội (CS II TP Hồ Chí Minh).*

trình không còn sử dụng thì không được bồi thường”. Quy định này đã dẫn đến hai cách hiểu: (i) Công trình không sử dụng được thì không bồi thường (cách hiểu thứ nhất); (ii) Khu vực đất bị thu hồi dẫn đến công trình không còn sử dụng được nữa; ví dụ như kênh mương nội đồng phục vụ sản xuất, nay khu vực đó bị Nhà nước thu hồi đất, chuyển mục đích sử dụng đất nên công trình “kênh mương nội đồng” đó đương nhiên không sử dụng được nữa (cách hiểu thứ hai).

Chính vì cách hiểu theo nội dung bất lợi cho người sử dụng đất, nên khi thu hồi đất tại huyện Vũ Thư (tỉnh Thái Bình) để làm Khu công nghiệp, công trình kênh tưới do nhân dân đóng góp xây dựng với giá trị xây dựng ban đầu là 200 triệu đồng đã không được chính quyền địa phương bồi thường (theo cách hiểu thứ hai, vì Khu công nghiệp không thể sử dụng công trình kênh tưới nước vào mục đích gì được). Điều này đã gây bức xúc cho nhân dân, dẫn đến khiếu nại kéo dài¹.

Tình trạng trên đã được khắc phục trong Khoản 2 Điều 7 của Quyết định 34: “Công trình công cộng được xây dựng bằng vốn của tập thể hay do nhân dân đóng góp thì được bồi thường thiệt hại”, không phân biệt là công trình đó còn hay không còn được sử dụng, mà cơ sở để bồi thường là xuất xứ nguồn vốn được đầu tư để xây dựng công trình đó phải bằng vốn của tập thể hay của nhân dân đóng góp. Tuy nhiên, cách hiểu của quy định này chưa được áp dụng trong các trường hợp Nhà nước thu hồi đất vì mục đích không phải là xây dựng công trình TLTD. Thiết nghĩ, nhằm tạo điều kiện thuận lợi cho cơ quan áp dụng pháp luật và cả cho người sử dụng đất bị Nhà nước thu

hồi đất, cần quy định rõ vấn đề này như nội dung trong Quyết định 34.

2. Một số hạn chế của Quyết định 34

Khái niệm “trực tiếp sản xuất nông nghiệp”

Cụm từ “trực tiếp sản xuất nông nghiệp” xuất hiện rất nhiều trong các văn bản quy phạm pháp luật về đất đai² và được xem là cơ sở để hộ gia đình, cá nhân được cơ quan nhà nước có thẩm quyền giao đất; người sử dụng đất được Nhà nước hỗ trợ một số chính sách “đặc thù” khi thu hồi đất để sử dụng vào các mục đích công cộng, quốc phòng, an ninh..., trong đó, có trường hợp Nhà nước bồi thường, hỗ trợ và tái định cư đối với các dự án TLTD. Tuy vậy, cụm từ trên chưa được giải thích bằng văn bản của cơ quan nhà nước có thẩm quyền, dẫn đến có nhiều cách hiểu khác nhau:

- Xét về mặt ngữ nghĩa, *trực tiếp*³ là tiếp xúc thẳng với đối tượng, không qua khâu trung gian; *sản xuất*⁴ là tạo ra của cải vật chất; *nông nghiệp*⁵ là ngành sản xuất chủ yếu của xã hội có nhiệm vụ cung cấp sản phẩm trồng trọt và chăn nuôi. Như vậy, chúng ta có thể hiểu, người trực tiếp sản xuất nông nghiệp là người tự mình tạo ra của cải vật chất, cung cấp sản phẩm trồng trọt và chăn nuôi cho xã hội.

Chúng ta hãy xét trong trường hợp cụ thể sau:

Hai vợ chồng sản xuất 01 ha cà phê vối kinh doanh, với năng suất bình quân hiện nay ở Đắk Lắk là 03 tấn cà phê nhân, tổng cộng công lao động (không tính công máy móc phục vụ) là 350 công, trong đó công thu hoạch (thời gian thu hoạch khoảng 20 ngày) là 120 công⁶. Như vậy, điều có thể thấy rằng: hai vợ chồng

(1) TS. Lê Đức Thịnh (2008), *Các giải pháp nhằm hạn chế tranh chấp phát sinh khi thu hồi đất nông nghiệp trong quá trình công nghiệp hóa, đô thị hóa, Kỷ yếu Hội thảo “Tình trạng tranh chấp và khiếu nại đất đai kéo dài: Thực trạng và các giải pháp”* do Trung tâm Thông tin, Thư viện và nghiên cứu khoa học, Văn phòng Quốc hội tổ chức tại Buôn Ma Thuột từ ngày 08/9/2008.

(2) Điều 42 Luật Đất đai năm 2003; Điều 28, Điều 29 Nghị định 197/2004/NĐ-CP; Khoản 1 Điều 22, Khoản 2 Điều 23 Nghị định 69/2009/NĐ-CP của Chính phủ.

(3) GS, TS. Nguyễn Như Ý (Chủ biên) (2010), *Đại Từ điển Tiếng Việt*, Nxb Đại học Quốc gia TP Hồ Chí Minh, tr. 1682.

(4) GS, TS. Nguyễn Như Ý (Chủ biên) (2010), *sđđ*, tr. 1357.

(5) GS, TS. Nguyễn Như Ý (Chủ biên) (2010), *sđđ*, tr. 1205.

(6) Tổng Công ty cà phê Việt Nam (2007), *Hướng dẫn xây dựng Phương án khoán sản xuất nông nghiệp trong các đơn vị thuộc Tổng Công ty cà phê Việt Nam thực hiện theo Nghị định 135 của Chính phủ*.

họ không thể tự mình thu hoạch (vì thời gian thu hoạch chỉ diễn ra trong thời gian khoảng 20 ngày, nếu không phải quản lý, tham gia trực tiếp chế biến cà phê từ quả tươi sang nhân xô, thì họ cũng chỉ đáp ứng được 40 công thu hoạch/nhu cầu 120 công = 33%), mà phải thuê nhân công; đó là chưa tính đến phải thuê công lao động theo thời vụ: tưới nước, bón phân, chế biến sản phẩm từ tươi sang nhân,... Nếu xét dưới góc độ ngữ nghĩa, thì hai vợ chồng trong trường hợp nêu trên chưa phải là người trực tiếp sản xuất nông nghiệp một cách trọn vẹn, vì họ không tự mình hoàn thành các công đoạn trong quá trình sản xuất, mà phải thuê công lao động trong một số việc cụ thể.

Xét về thu nhập là tiêu chí để xác định người trực tiếp sản xuất nông nghiệp như cách hiểu hiện nay của một số địa phương⁷ thì sẽ phát sinh việc bất hợp lý nếu đề cập đến các đối tượng khác có tham gia sản xuất nông nghiệp, trong đó có công chức chẳng hạn, khi thực tế thu nhập của họ hiện nay, nếu chỉ hoàn toàn phụ thuộc vào lương thì chưa đáp ứng được nhu cầu sinh hoạt của gia đình⁸. Chúng ta trở lại tình huống nêu trên với điều kiện hai vợ chồng là công chức được cha mẹ cho tặng quyền sử dụng đất là 01 ha và tài sản trên đất là vườn cà phê với kinh doanh. Về thời gian, họ có thể tham gia khoảng 160 công lao động, bằng 45% công định mức (do tuần làm việc 5 ngày, nên mỗi tuần họ có quỹ thời gian là 4 ngày, trong năm tạm tính họ tham gia lao động 40 tuần). Về thu nhập, với 3 tấn cà phê nhân, họ có thu nhập là 105 triệu đồng⁹, bằng 28% so với tổng thu nhập (tất nhiên, đây chỉ là những con số tạm tính trên cơ sở giá tháng 11/2010, 2 công chức, lương hệ số $2.34 \times 2 \times 730.000 \times 12$ tháng = 41 triệu). Do vậy, khi cho rằng người trực tiếp sản xuất được xét đến là những người có thu nhập không từ nguồn ngân sách như cách hiểu của một số địa phương như đã nêu, chỉ phù hợp với giai đoạn khi nào người

làm công ăn lương ngân sách đủ đảm bảo nuôi sống mình và gia đình họ. Đồng thời, đối với những đối tượng đa ngành nghề, vừa làm sản xuất nông nghiệp theo hình thức thuê lao động, vừa buôn bán thì xác định như thế nào? Họ có phải là người trực tiếp sản xuất nông nghiệp hay không?

Cũng cần lưu ý rằng, việc xác định chính xác ngành nghề, thu nhập của đội ngũ cán bộ, công chức, người lao động gián tiếp trong các doanh nghiệp nhà nước chỉ mang tính chất tương đối, khi một thời gian dài trong thời kỳ bao cấp, Nhà nước có chủ trương cho lực lượng này phải tự túc lương thực trong một thời gian nhất định bằng cách bố trí đất sản xuất nông nghiệp. Về vấn đề này, Nhà nước cũng đã ghi nhận tại Điểm a Khoản 4 Điều 10 Nghị định 197/2004/NĐ-CP: "...Hỗ trợ cho hộ gia đình, cá nhân nhận giao khoán đất là cán bộ, công nhân viên của nông, lâm trường quốc doanh đang làm việc hoặc đã nghỉ hưu, nghỉ mất sức lao động, thôi việc được hưởng trợ cấp đang trực tiếp sản xuất nông, lâm nghiệp...".

Thiết nghĩ, những vấn đề trên cần được bổ sung, giải thích ngay trong Luật Đất đai, hoặc Ủy ban Thường vụ Quốc hội có trách nhiệm giải thích pháp luật theo quy định tại Điều c Khoản 3 Điều 91 Hiến pháp năm 1992 (đã được sửa đổi, bổ sung năm 2001), lượng hóa các tình huống đã liệt kê để đưa ra quy định phù hợp với điều kiện thực tế sản xuất nông nghiệp ở nông thôn Việt Nam hiện nay.

Khái niệm "ảnh hưởng trực tiếp"

Khoản 2 Điều 2 của Quyết định 34 quy định:

"Hộ tái định cư là hộ dân (bao gồm hộ một người hoặc hộ có từ hai người trở lên) và tổ chức hoạt động theo quy định của pháp luật Việt Nam ở trong vùng dự án TLTD bị ảnh hưởng trực tiếp phải di chuyển đến nơi ở mới". Như vậy, để xác định là hộ tái định cư, bao gồm hộ gia đình, tổ chức hoạt động theo quy

(7) Theo tài liệu của Hội đồng bồi thường, hỗ trợ và tái định cư Công trình Đê bao Quảng Điền, tỉnh Đắk Lắk.

(8) Cải cách tiền lương: Cải tổ để trả giá đúng sức lao động, truy cập ngày 14/9/2010 tại địa chỉ: <http://www.caobang.gov.vn>.

(9) Giá cà phê 35.000đ/kg theo thông tin trên trang Web: <http://www.daktra.com.vn>, truy cập ngày 15/11/2010.

định pháp luật cần có phải các yêu cầu sau:

(i) Hộ gia đình, tổ chức đó phải ở trong vùng dự án xây dựng TLTĐ;

(ii) Hộ gia đình, tổ chức đó bị ảnh hưởng trực tiếp, không thể sinh sống, hoạt động được mà phải di chuyển đến nơi ở mới.

Nhưng thế nào là bị ảnh hưởng trực tiếp thì chưa được văn bản pháp luật giải thích.

Trong trường hợp này, khi các quy định pháp luật chưa giải thích cụ thể, thì phải tìm cách hiểu nghĩa của khái niệm. Ảnh hưởng¹⁰ là tác dụng đối với người và sự vật nào đó; trực tiếp¹¹ là tiếp xúc thẳng với đối tượng, không qua khâu trung gian. Từ đó, ảnh hưởng trực tiếp của TLTĐ theo ý nghĩa tiêu cực, bất lợi cho người sử dụng đất có thể được hiểu là sự tác hại của công trình do việc tiếp xúc với đối tượng là đất đai và tài sản trên đất.

Chúng ta đều biết, TLTĐ khi được đưa vào khai thác, sử dụng sẽ có hiệu quả kinh tế - xã hội rất to lớn, chính vì lẽ đó mà mức độ ảnh hưởng khi xây dựng công trình rất lớn, không thể lường trước hết được, kể cả khi đã có đánh giá tác động môi trường

Thực tiễn ở một vùng trồng cà phê cho thấy, mặc dù vị trí đất sản xuất trên cốt ngập lòng hồ, nhưng sau một thời gian nhất định, khi công trình TLTĐ hoàn thành, diện tích cà phê ở vị trí đó vẫn bị vàng úa và chết. Xét điều kiện để bồi thường cho các hộ sử dụng đất trong trường hợp trên thì không được, vì khu vực này không bị ảnh hưởng trực tiếp do nằm trên cốt ngập lòng hồ; đồng thời khi chưa xây dựng công trình thì vườn cà phê vẫn phát triển bình thường, chỉ khi nào Chủ đầu tư ngăn đập thì nước trong lòng hồ mới bắt đầu thẩm thấu và tác hại đối với cây cà phê mới xảy ra. Khi vườn cà phê bị chết, thì theo cách hiểu như đã nêu, cây cà phê chết là do ảnh hưởng trực tiếp của việc thẩm thấu nước từ lòng hồ. Như vậy, có thể thấy rằng, sau khi công trình đưa vào

sử dụng thì yếu tố “ảnh hưởng trực tiếp” đối với đối tượng là đất đai và tài sản trên đất - là vườn cà phê, mới xuất hiện. Sự việc nêu trên cũng phù hợp với lý thuyết sinh học cây trồng. Các nhà khoa học đã xác định rằng, để cho cây cà phê sinh trưởng, phát triển được bình thường thì ngoài các điều kiện như: giống, khí hậu, dinh dưỡng... thì mức nước ngầm phải thấp hơn 01 mét, vì đây là độ sâu mà bộ rễ của cây cà phê phát triển tốt nhất, nếu quá giới hạn này, thì cây cà phê không thể sống được do không có bộ phận hấp thụ để các cơ quan vận chuyển dinh dưỡng nuôi thân, quả¹². Sự việc này đã xảy ra sau khi công trình thủy điện Buôn Kuốp, tỉnh Đắk Lắk được hoàn thành xây dựng, đưa vào khai thác khoảng 2 năm, thì người sử dụng đất mới khiếu nại thực tế xảy ra đối với vườn cà phê bị chết do ảnh hưởng của lòng hồ TLTĐ. Thực tiễn từ vụ việc trên đã làm các cơ quan chức năng rất lúng túng trong việc áp dụng pháp luật để giải quyết yêu cầu bồi thường của người sử dụng đất, vì thiệt hại thực tế tại thời điểm này mới xảy ra, trong khi các văn bản pháp luật về bồi thường lại chưa quy định đến¹³.

Chúng ta có thể dễ dàng thấy, ngoài thiệt hại giá trị tài sản trên đất do vườn cà phê bị chết phải chuyển sang cây trồng hàng năm khác, còn có yếu tố giá trị quyền sử dụng đất bị giảm do thay đổi mục đích sử dụng đất từ đất trồng cây lâu năm sang đất trồng cây hàng năm.

Để giải quyết các nội dung trên, theo chúng tôi, không cần thiết phải quy định cụ thể ảnh hưởng trực tiếp như Khoản 2 Điều 2 của Quyết định 34 mà thay đổi bằng khái niệm “ảnh hưởng”, để phù hợp cả trong trường hợp trực tiếp sau khi xây dựng công trình (xét tại thời điểm đang xây dựng công trình là ảnh hưởng gián tiếp); đồng thời, pháp luật cũng cần quy định Chủ đầu tư phải có trách nhiệm ước tính thiệt hại do công trình TLTĐ gây ra sau khi

(10) GS,TS. Nguyễn Như Ý (Chủ biên) (2010), *sđđ*, tr. 29.

(11) GS,TS. Nguyễn Như Ý (Chủ biên) (2010), *sđđ*, tr. 1205.

(12) Vụ Khoa học công nghệ và chất lượng sản phẩm (2001), *Tuyển tập Tiêu chuẩn Việt Nam*, tr. 172.

(13) Theo tài liệu của Hội đồng bồi thường, hỗ trợ và tái định cư Công trình thủy điện Buôn Kuốp (huyện Krông Ana) tỉnh Đắk Lắk.



đưa vào sử dụng, khai thác, để xây dựng dự toán, làm cơ sở cho việc bồi thường khi có thiệt hại thực tế xảy ra.

Bồi thường thiệt hại cây trồng trên đất

Với cách tiếp cận là xem xét tổng giá trị mà người sử dụng đất nhận được khi Nhà nước quyết định thu hồi đất, không phân biệt cụ thể khoản nào là bồi thường, khoản nào là hỗ trợ thì cách tính toán bồi thường vườn cây lâu năm trong Quyết định 34 là điểm mới, tiến bộ so với các quy định trước đây. Từ Nghị định 22/2001/NĐ-CP đến Nghị định 197/2004/NĐ-CP của Chính phủ đều quy định cách tính toán để bồi thường đối với vườn cây lâu năm theo nguyên tắc: giá trị hiện có của vườn cây (không bao hàm giá trị đất) theo giá ở địa phương đến thời điểm thu hồi đất¹⁴. Thực ra, kỳ vọng của người sản xuất khi đầu tư trồng cây lâu năm, không phải là sự thay đổi theo chiều hướng có lợi về mặt giá trị của vườn cây, mà chính là nguồn thu nhập từ sản phẩm do vườn cây mang lại. Do vậy, với quy định về bồi thường vườn cây lâu năm trong thời kỳ kinh doanh như Điều 8 của Quyết định 34 là phù hợp với kỳ vọng của người sản xuất.

Cần thấy rằng, với sự đầu tư, thâm canh, giống cây trồng, điều kiện khí hậu, thổ nhưỡng khác nhau thì chu kỳ sản xuất kinh doanh cũng khác nhau¹⁵; do đó, việc đưa ra tiêu chí biến động, khó xác định để tính toán bồi thường “Vườn cây đang trong thời kỳ sản xuất kinh doanh: bồi thường từ thu nhập vườn cây tính bằng thu nhập trung bình 3 năm gần nhất của vườn cây (kỳ sản xuất kinh doanh) nhân với số năm thời kỳ sản xuất kinh doanh (còn lại) của vườn cây được quy định tại Đoạn 3 Điểm b Khoản 2 Điều 8 của Quyết định 34 là chưa phù hợp với thực tế sản xuất đang diễn ra. Bên cạnh đó, kết quả thực nghiệm trong khoa học nông nghiệp đã cho thấy rằng, với mức độ đầu tư, yêu cầu về giống cây trồng..., nhiều vườn cây cà phê với trong thời kỳ “kiến thiết cơ bản” đã cho năng suất từ 0,7 tấn đến 3 tấn cà phê nhân¹⁶. Như vậy, việc đưa ra quy định: “Vườn cây đang trong thời kỳ kiến thiết cơ bản: bồi thường phần đầu tư xây dựng cơ bản vườn cây theo giá trị đầu tư (bao gồm chi phí trồng và chăm sóc) tính đến thời điểm bồi thường” tại Đoạn 2, Điểm b Khoản 2 Điều 8 của Quyết định 34 sẽ không còn phù hợp với lý giải đã

(14) Khoản 2 Điều 23 Nghị định 22/1998/NĐ-CP, Khoản 2 Điều 24 Nghị định 197/2004/NĐ-CP của Chính phủ.

(15) KS. Nguyễn Trọng Chất (1993), *Xây dựng tiêu chuẩn cây và vườn cây cà phê với Kiến thiết cơ bản*, đăng trong *Kỷ yếu Kết quả nghiên cứu khoa học của Viện Nghiên cứu cà phê (1983 - 1993)*, tr. 555 - 565.

(16) TS. Lê Ngọc Báu (2007), *Nghiên cứu các giải pháp khoa học công nghệ và kinh tế - xã hội để phát triển bền vững một số cây công nghiệp lâu năm ở Tây Nguyên*, đăng trong: *Báo cáo tổng kết khoa học kỹ thuật của Viện Khoa học kỹ thuật nông, lâm nghiệp Tây Nguyên*, tr. 131.

nêu trên, khi các kênh khuyến nông, chuyên gia áp dụng tiến bộ khoa học kỹ thuật phát triển, cùng với trình độ sản xuất của người dân ngày càng được nâng cao thì khoảng cách giữa kết luận trong khu vực thực nghiệm khoa học với thực tiễn sản xuất không còn đáng kể nữa.

Cùng trong lĩnh vực này, chúng ta có thể tiếp thu kinh nghiệm về lập pháp của Trung Quốc. Do sự khác biệt tương đối về chế độ sở hữu đất đai mà pháp luật Trung Quốc không quy định về chế độ thu hồi đất, mà thay vào đó là “trung thu”, hoặc “trung dụng” đất đai vì lợi ích công cộng. Điều 10 Hiến pháp nước Cộng hòa nhân dân Trung Hoa năm 1982 (đã được sửa đổi, bổ sung qua các năm: 1988, 1993, 1999, 2004) quy định: “Đất đai ở đô thị thuộc sở hữu nhà nước. Đất ở nông thôn, ngoại thành thuộc sở hữu tập thể...”

Nhà nước có thể vì lợi ích công cộng mà trưng thu hoặc trưng dụng đất theo quy định pháp luật và trả bồi thường...”¹⁷. Nội dung này cũng được nhắc lại trong Điều 2 Luật Quản lý đất đai có hiệu lực ngày 01/01/1999 của Trung Quốc.

Đất bị trưng dụng sẽ được bồi thường trên cơ sở mục đích ban đầu sử dụng. Bồi thường trưng dụng đất canh tác sẽ bao gồm: bồi thường đất, hỗ trợ tái định cư và cây trồng chưa thu hoạch trên đất. Bồi thường trưng dụng đất canh tác từ 6 đến 10 lần giá trị sản lượng trung bình hàng năm của 3 năm trước khi trưng dụng. Hỗ trợ tái định cư cho trưng dụng đất canh tác được tính toán theo số nhân khẩu nông nghiệp cần được tái định cư. Nhân khẩu nông nghiệp cần được tái định cư được tính bằng cách chia số đất canh tác bị trưng dụng cho bình quân số đất canh tác trên đầu người của đơn vị có đất bị trưng dụng. Các khoản hỗ trợ tái định cư được chia cho các thành viên nhân khẩu nông nghiệp cần được tái định cư sẽ từ 4 đến 6 lần giá trị sản lượng trung bình hàng năm của đất canh tác bị trưng dụng trong 3 năm trước. Tuy

nhiên, khoản trợ cấp tái định cư cao nhất cho mỗi hecta đất canh tác bị thu hồi không vượt quá 15 lần giá trị sản lượng trung bình hàng năm của đất canh tác bị trưng dụng trong 3 năm trước.

Tuy nhiên, mức bồi thường đất đai và hỗ trợ tái định cư không vượt qua 30 lần giá trị sản lượng trung bình hàng năm của đất canh tác bị trưng dụng trong 3 năm trước. Tùy theo sự phát triển kinh tế, xã hội và hoàn cảnh đặc biệt, Hội đồng Nhà nước có thể tăng mức bồi thường đất đai và hỗ trợ tái định cư đối với việc trưng dụng đất canh tác.

Ngoài ra, đối với việc trưng dụng đất để xây dựng các dự án thủy lợi lớn và vừa, hoặc dự án thủy điện thì Hội đồng Nhà nước sẽ quy định riêng về mức bồi thường đất đai và hỗ trợ tái định cư¹⁸.

Như vậy, cho dù là bồi thường khi trưng dụng đất hay hỗ trợ tái định cư, pháp luật đất đai Trung Quốc cũng đều dựa trên cơ sở giá trị sản lượng trung bình hàng năm của đất canh tác bị trưng dụng, hay nói cách khác là dựa vào thu nhập trung bình hàng năm của tài sản là cây trồng trên đất.

Bồi thường tài sản trên đất là vườn cây lâu năm dựa trên giá trị thu nhập từ vườn cây mang lại cho người sử dụng đất là phù hợp với cách phân tích nêu trên. Do vậy, chúng tôi đề nghị mở rộng đối tượng được bồi thường là vườn cây lâu năm trong thời kỳ kiến thiết cơ bản theo quy định pháp luật đã cho sản phẩm (ví dụ như cà phê, cao su, chè,...); đồng thời, nên quy định mức bồi thường theo giá trị thu nhập trung bình ba năm gần nhất của vườn cây nhân với số lần tùy thuộc vào đối tượng: cây hàng năm, cây lâu năm trong thời kỳ kiến thiết cơ bản hoặc cây lâu năm trong giai đoạn kinh doanh; và ủy quyền cho Ủy ban nhân dân cấp tỉnh, tùy thuộc vào sự phát triển kinh tế, xã hội của địa phương, hiệu quả kinh tế, xã hội của công trình TLTD mang lại mà có quyết định cho phù hợp. ■

(17) Constitution of the People's Republic of China.

(18) Land Administration Law of the People's Republic of China.

Một số vấn đề lý luận rút ra từ kinh nghiệm tổ chức chính quyền địa phương ở Pháp và Đức

■ NGUYỄN THỊ KIM THOA*

■ NGUYỄN THỊ HẠNH**

Việc thí điểm không tổ chức Hội đồng nhân dân quận, huyện, phường đã gây ra các cuộc tranh luận sôi nổi trong thời gian qua. Hiện vẫn còn nhiều ý kiến khác nhau về vấn đề này, đặc biệt là về cơ sở lý luận để duy trì hay không duy trì cơ chế đại diện dân cử ở cấp địa phương hoặc duy trì ở cấp chính quyền nào. Nhằm cung cấp thêm thông tin trong quá trình nghiên cứu cải cách tổ chức và hoạt động của chính quyền địa phương, sửa đổi Luật Tổ chức Hội đồng nhân dân và Ủy ban nhân dân năm 2003, bài viết trình bày kinh nghiệm tổ chức chính quyền địa phương ở Cộng hòa Pháp và Cộng hòa Liên bang Đức, một nước theo mô hình nhà nước đơn nhất và một nước theo mô hình nhà nước liên bang.

1. Tổ chức chính quyền địa phương của Cộng hòa Pháp và Cộng hòa Liên bang Đức

1.1. Tổ chức chính quyền địa phương của Cộng hòa Pháp

Theo quy định tại Điều 72 của Hiến pháp năm 1958 đã được sửa đổi, bổ sung ngày 28/3/2003, các đơn vị hành chính lãnh thổ của nước Cộng hòa Pháp bao gồm: xã, tỉnh, vùng, các đơn vị hành chính lãnh thổ có quy chế đặc biệt và các đơn vị hành chính hải ngoại¹.

Các đơn vị hành chính lãnh thổ ở Pháp chịu sự điều chỉnh của một số nguyên tắc chung, mặc dù được trao thêm nhiều quyền lực và có thêm nhân lực để thực hiện chức năng, nhiệm vụ được giao. Trước và sau sửa đổi năm 2003, Điều 72 Hiến pháp vẫn quy định rằng, các đơn

vị hành chính lãnh thổ “hoạt động theo nguyên tắc tự quản thông qua các hội đồng dân cử”. Có hai nguyên tắc trong hoạt động của chính quyền địa phương: thứ nhất, phải có sự tham gia của công dân với tư cách là người bầu ra các cơ quan ra quyết định hoặc dưới phương thức tham khảo ý kiến và biểu quyết trung cầu dân ý (là một trong những đặc trưng của các đơn vị hành chính lãnh thổ); thứ hai, có sự kiểm tra, giám sát của Nhà nước trung ương đối với các quyết định của chính quyền địa phương.

a) Xã và hợp tác liên xã

Để giải quyết tình trạng manh mún do có số lượng rất lớn các xã (36.800) và rất nhiều xã có quy mô nhỏ (hơn 30.000 xã có dân số dưới 2.000 dân, trong đó hơn 22.000 xã có dưới 500 dân) nên nhiều hình thức hợp tác liên xã đã

(*) TS, Phó vụ trưởng, Vụ Pháp luật Hình sự - Hành chính, Bộ Tư pháp.

(**) ThS, Vụ Pháp luật Hình sự - Hành chính, Bộ Tư pháp.

(1) Do có sự khác biệt lớn đối với Việt Nam, bài viết này không trình bày về tổ chức mô hình đơn vị hành chính lãnh thổ có quy chế đặc biệt (Đảo Cooc, thành phố Paris và vùng Paris) và các đơn vị hành chính hải ngoại (ví dụ: Đảo Nouvelle - Caledonie).

được ra đời trong những thập niên gần đây.

Xã được quản lý bởi một cơ quan dân cử - Hội đồng xã, trong đó cơ quan chấp hành là Xã trưởng.

Hội đồng xã: Các quy định về hoạt động của Hội đồng xã từng bước được sửa đổi nhằm đảm bảo sự cân bằng quyền lực giữa cơ quan ra quyết định và cơ quan chấp hành. Hội đồng xã họp ít nhất mỗi quý một lần. Ngoài ra, Xã trưởng có quyền triệu tập Hội đồng xã khi xét thấy cần thiết. Xã trưởng bắt buộc phải triệu tập cuộc họp của Hội đồng xã khi có yêu cầu của người đại diện Nhà nước trung ương hoặc của ít nhất 1/3 số đại biểu Hội đồng xã đối với xã trên 3.500 dân và 1/2 số đại biểu Hội đồng đối với xã dưới 3.500 dân.

Số lượng đại biểu Hội đồng xã dao động từ 9 đến 69 người, tùy theo số dân trong xã. Đại biểu Hội đồng xã được bầu theo hình thức phổ thông đầu phiếu. Đại biểu Hội đồng xã có nhiệm kỳ sáu năm và không bị hạn chế số lần bầu lại.

Hội đồng xã họp công khai, tuy nhiên, các đại biểu trong Hội đồng có thể quyết định họp kín, tòa án chỉ kiểm tra, giám sát một cách hạn chế về căn cứ của quyết định họp kín. Biên bản phiên họp của Hội đồng xã được niêm yết công khai. Các nghị quyết của Hội đồng xã được công bố trên Tuyến tập các quyết định hành chính. Nghị quyết của Hội đồng có hiệu lực thi hành kể từ ngày thực hiện xong thủ tục công bố công khai và nộp cho người đại diện của Nhà nước trung ương.

Hội đồng xã chỉ có thể bị giải tán theo quyết định có căn cứ của Chính phủ, chủ yếu trong trường hợp có sự mâu thuẫn giữa các phe phái chính trị trong Hội đồng xã mà không thể thỏa thuận được với nhau, làm tê liệt hoạt động của Hội đồng.

Cơ quan chấp hành của xã: Xã trưởng là đại biểu Hội đồng xã, do Hội đồng xã bầu ra theo đa số tuyệt đối ở hai vòng đầu và đa số tương đối ở vòng thứ ba. Hội đồng xã không có quyền

bãi nhiệm Xã trưởng. Xã trưởng chỉ có thể bị bãi nhiệm bằng quyết định của Chính phủ.

Xã trưởng có trách nhiệm chuẩn bị dự thảo nghị quyết của Hội đồng xã, làm chủ tọa các phiên họp của Hội đồng và đảm bảo thực hiện các quyết định của Hội đồng. Các Phó xã trưởng được bầu tương tự như Xã trưởng, số lượng Phó xã trưởng được xác định một cách tự do, nhưng không được vượt quá 30% tổng số đại biểu của Hội đồng xã.

Các chức năng, nhiệm vụ của xã chủ yếu do Hội đồng xã thực hiện, bởi vì Hội đồng xã là cơ quan có thẩm quyền giải quyết mọi vấn đề liên quan đến lợi ích chung của xã. Hội đồng xã có thẩm quyền biểu quyết ngân sách xã, thành lập và tổ chức các sự nghiệp công trong xã, phê duyệt các hợp đồng ủy thác dịch vụ công...; ngoài ra, Hội đồng cũng cho ý kiến về mọi vấn đề động chạm đến lợi ích của địa phương.

b) Tỉnh

Đơn vị hành chính lãnh thổ cấp tỉnh được quản lý bởi một Hội đồng tỉnh và có một cơ quan chấp hành.

Hội đồng tỉnh: Hội đồng tỉnh họp theo quyết định của Chủ tịch Hội đồng, ít nhất là mỗi quý một lần. Hội đồng có thể họp bất thường theo đề nghị của ít nhất một phần ba số đại biểu Hội đồng hoặc theo yêu cầu của Ủy ban thường trực.

Thành phần của Ủy ban thường trực bao gồm Chủ tịch và các Phó Chủ tịch Hội đồng, thực hiện những quyền hạn, nhiệm vụ do Hội đồng phân công. Riêng quyền biểu quyết ngân sách và lập quyết toán ngân sách thì không phân công cho Ủy ban thường trực.

Hội đồng tỉnh họp công khai. Tỉnh trưởng² có quyền tham gia phiên họp của Hội đồng nếu được sự đồng ý của Chủ tịch Hội đồng hoặc khi có yêu cầu của Thủ tướng Chính phủ.

Hội đồng tỉnh “ban hành nghị quyết để giải quyết các công việc trong tỉnh”. Hội đồng tỉnh có thẩm quyền biểu quyết ngân sách tỉnh và có thẩm quyền rất rộng đối với các vấn đề xã hội,

(2) Tỉnh trưởng, Vùng trưởng là người đại diện của Nhà nước trung ương đặt tại địa phương. Chính sách phân quyền đã ít nhiều làm giảm vai trò của Tỉnh trưởng, Vùng trưởng, nhưng vẫn đóng vai trò cơ bản trong việc thực thi chính sách tân quyền, điều phối hoạt động của các cơ quan của Nhà nước trung ương đặt tại địa phương và mối quan hệ giữa trung ương và chính quyền địa phương.

đó là lý do tại sao đại biểu Hội đồng thường tham gia điều hành một số tổ chức như: Ủy ban xét duyệt trợ cấp xã hội, Hội đồng quản trị các cơ sở y tế công lập tuyến tỉnh, cơ quan quản lý nhà ở dành cho người có thu nhập thấp, Ủy ban cấp vùng về vệ sinh dịch tễ và các vấn đề xã hội.

Hội đồng tỉnh có thể bị giải thể theo nghị định của Chính phủ trong trường hợp Hội đồng không thể hoạt động được. Tuy nhiên, giả thiết này mới chỉ xảy ra một lần (năm 1874).

Đại biểu Hội đồng tỉnh được bầu theo đơn vị bầu cử, mỗi đơn vị bầu một đại biểu theo nguyên tắc đa số với hai vòng bỏ phiếu. Vì mỗi tổng là một đơn vị bầu cử, nên trong tỉnh có bao nhiêu tổng thì Hội đồng tỉnh có chừng ấy đại biểu. Nhiệm kỳ của đại biểu Hội đồng tỉnh là sáu năm, cứ ba năm thì bầu lại một nửa số đại biểu trong Hội đồng.

Chủ tịch Hội đồng tỉnh: Chủ tịch Hội đồng là cơ quan chấp hành của chính quyền tỉnh³. Chủ tịch Hội đồng do Hội đồng bầu ra trong số các đại biểu của Hội đồng và có nhiệm kỳ ba năm, có quyền ủy quyền cho các Phó Chủ tịch, các Phó Chủ tịch cũng được bầu theo phương thức tương tự như Chủ tịch.

Chủ tịch Hội đồng tỉnh còn chịu trách nhiệm chuẩn bị và thực thi các quyết định của Hội đồng, là người lập dự toán ngân sách trình Hội đồng thông qua, sau đó thực hiện ngân sách đó. Giám đốc các cơ quan chuyên môn của tỉnh điều hành hoạt động của các cơ quan đó dưới sự chỉ đạo của Chủ tịch Hội đồng tỉnh.

c) Vùng

Vùng ở Pháp chỉ được thực sự công nhận về quy chế đơn vị hành chính lãnh thổ sau khi ra đời Luật ngày 2/3/1982, mặc dù về mặt lịch sử đã được thành lập trước đó như là những tổ chức sự nghiệp công. Quy chế cũng chỉ đi vào thực tế sau khi tổ chức cuộc bầu cử đại biểu Hội đồng vùng theo phương thức phổ thông đầu phiếu vào năm 1986, biên chế tại các cơ quan của vùng hiện nay vẫn còn hạn chế.

Vùng được đặt dưới sự quản lý của một Hội

đồng do nhân dân trực tiếp bầu ra. Hội đồng vùng có một cơ quan chấp hành. Ngoài ra, vùng còn có Hội đồng kinh tế - xã hội với chức năng tư vấn.

Hội đồng vùng: Hội đồng vùng có một Ủy ban thường trực, là cơ quan do phiên họp toàn thể Hội đồng bầu ra theo nguyên tắc đại diện tỷ lệ. Hội đồng vùng có thể ủy quyền cho Ủy ban thường trực thực hiện một số thẩm quyền của mình.

Hội đồng vùng có thẩm quyền quyết định những định hướng trong chính sách của vùng, xem xét và thông qua ngân sách cũng như các chương trình hành động được trình lên Hội đồng.

Các đại biểu Hội đồng vùng thường đồng thời kiêm nhiệm một công việc khác, bởi vì họ chỉ phải có mặt tại Hội đồng 28 ngày mỗi năm. Số lượng đại biểu vùng dao động từ 31 đến 209 người theo quy mô dân số của từng vùng.

Chủ tịch Hội đồng vùng: Chủ tịch Hội đồng vùng là cơ quan chấp hành của vùng, do Hội đồng bầu ra trong số các đại biểu của Hội đồng và có nhiệm kỳ sáu năm.

Chủ tịch Hội đồng vùng có trách nhiệm chuẩn bị và thi hành các nghị quyết của Hội đồng, quản lý di sản của vùng và có quyền chỉ đạo đối với các cơ quan hành chính riêng của vùng, nhưng không có thẩm quyền đối với các vấn đề trật tự, an ninh xã hội.

Luật ngày 7/3/1998 về hoạt động của Hội đồng vùng đã tăng cường quyền hạn cho cơ quan chấp hành của vùng, thiết lập thủ tục thông qua ngân sách vùng mà không cần sự biểu quyết của Hội đồng vùng. Tuy nhiên, do có trường hợp vi phạm thủ tục (Tòa án hành chính Orléans, bản án ngày 9/7/1998), Luật ngày 19/1/1999 đã nêu rõ: Chủ tịch Hội đồng vùng chỉ được phép sử dụng thủ tục thông qua ngân sách không cần biểu quyết nếu như trước đó, dự toán ngân sách đã chính thức bị Hội đồng vùng bác bỏ dự toán, Chủ tịch Hội đồng vùng phải gửi cho các đại biểu Hội đồng một dự toán ngân sách mới được chỉnh sửa trên cơ

(3) Trước thời điểm ban hành Luật ngày 2/3/1982 về phân quyền, Tỉnh trưởng là người đứng đầu Hội đồng tỉnh.

sở dự toán ban đầu và căn cứ theo những đề xuất được đưa ra tại phiên thảo luận của Hội đồng. Luật quy định: “ Dự toán ngân sách mới và các dự thảo nghị quyết liên quan coi như đã được thông qua mà không cần biểu quyết, trừ trường hợp đa số tuyệt đối các đại biểu Hội đồng đưa ra ý kiến phản đối”.

2.2. Tổ chức chính quyền địa phương của Cộng hòa Liên bang Đức

Hiến pháp điều chỉnh quan hệ giữa liên bang với các bang, xã, huyện, khu/vùng. Các bang có thẩm quyền ban hành văn bản quy phạm pháp luật nhưng cũng có những thẩm quyền bị hạn chế để bảo đảm tính thống nhất của cả liên bang. Điều 28 Hiến pháp liên bang đòi hỏi các thể chế hợp hiến ở các bang phải phù hợp với nguyên tắc cơ bản của một Nhà nước pháp quyền, dân chủ và cộng hòa theo tinh thần của Hiến pháp. Ở các bang, huyện và xã phải có cơ quan đại diện nhân dân, được lập nên thông qua bầu cử phổ thông, bỏ phiếu kín, bình đẳng, tự do và trực tiếp của người dân.

a) Xã

Khác với Cộng hòa Pháp, là một Nhà nước liên bang, ở Cộng hòa Liên bang Đức có sự đa dạng trong thiết chế chính quyền địa phương. Ngay đối với quy chế hành chính xã, cũng có 4 mô hình cơ bản là: quy chế dạng Hội đồng Nam Đức, Quy chế dạng Hội đồng Bắc Đức, Quy chế dạng Hội đồng thành phố và Quy chế dạng Thị trưởng. Người ta gọi đó là Quy chế Hội đồng nếu trọng tâm quyết định mọi việc nằm trong tay Hội đồng xã (còn gọi là quy chế theo chế độ nhất nguyên), gọi là Quy chế thị trưởng (hay Chủ tịch xã) nếu Thị trưởng/Chủ tịch xã có vai trò đặc biệt mạnh hoặc sẽ gọi là Quy chế Ủy ban nếu nhất thiết phải lấy ý kiến thống nhất giữa Hội đồng địa phương do phổ thông đầu phiếu với tư cách là viện thứ nhất và Hội đồng hành chính do Hội đồng địa phương cử ra với tư cách là viện thứ hai.

Tuy có sự khác nhau về mô hình như đã nêu trên, nhưng các quy chế địa phương đều có cùng cơ sở pháp lý là Hiến pháp liên bang nên cũng có nhiều điểm tương đồng về nguyên tắc tổ chức, cấu trúc các cơ quan cũng như nhiệm

vụ, quyền hạn. Việc nhân dân bầu ra cơ quan đại diện ở xã và huyện theo nguyên tắc dân chủ đã tạo ra một uy tín về nhân sự, chuyên môn. Pháp luật cũng như thực tế đều cho thấy, cơ quan dân cử này có tầm quan trọng đặc biệt. Cơ quan đại diện có vai trò quan trọng trong việc ra các quyết định chỉ đạo về mặt chính trị và hành chính ở địa phương cũng như trong việc kiểm tra các cơ quan thực hiện.

Về cơ bản, các cơ quan đại diện chỉ có thể bàn bạc và ra nghị quyết về các đề nghị. Do đó, cần có một cơ quan khác thường xuyên thực hiện các quyết định của cơ quan đại diện, tức là cơ quan chấp hành và quản lý hành chính, giải quyết các vấn đề cụ thể của pháp luật, chuẩn bị và thực hiện các quyết định của đại diện xã hay hội đồng huyện. Với việc thành lập cả cơ quan đại diện và cơ quan chấp hành ở địa phương thì phải có sự phân chia quyền hạn và nhiệm vụ giữa chúng với nhau. Sự phân chia nhiệm vụ, quyền hạn này giữa các bang cũng có sự khác nhau, song một điều quan trọng cơ bản chung được tuyên bố là chính quyền luôn bảo vệ nhân dân, bảo đảm nền tự do và hạn chế quyền lực. Do đó, người ta có thể so sánh sự phân chia nhiệm vụ, quyền hạn giữa cơ quan đại diện và cơ quan chấp hành ở địa phương với sự phân chia quyền lực ở Nhà nước trung ương.

b) Huyện

Tổ chức “huyện” như một cấp đại diện địa phương trong hệ thống hành chính địa phương có ở một số bang của Cộng hòa Liên bang Đức. Huyện được coi là “hiệp hội của các xã” (ở bang NW) hay là “đại diện khu vực” (ở bang Nd và bang Bay), là “đại diện luật pháp công” ở bang BW... Huyện vừa là đơn vị hành chính của Nhà nước, vừa có những quyền tự quản nhất định, tuy rất hạn chế. Các huyện vừa có quyền bầu cử riêng để bầu ra Hội đồng huyện, vừa có ngân sách riêng.

Hội đồng huyện gồm có Chủ tịch huyện và các thành viên Hội đồng được bầu. Các thành viên Hội đồng huyện được bầu thông qua bầu cử phổ thông đầu phiếu, trực tiếp, tự do, bình đẳng và bỏ phiếu kín với nhiệm kỳ năm năm. Chủ tịch hoặc trong trường hợp Chủ tịch vắng

mặt, Phó Chủ tịch huyện giữ vai trò chủ tọa các cuộc họp Hội đồng.

Một ủy ban huyện được thành lập gồm chủ tịch huyện và tối đa sáu thành viên khác có nhiệm vụ chuẩn bị cho các cuộc họp của Hội đồng huyện. Hội đồng huyện có thể thành lập các tiểu ban tư vấn hoặc các tiểu ban có thẩm quyền khác. Các tiểu ban có thể được ủy quyền quyết định một số lĩnh vực và không được giao quyết định những vấn đề như: ban hành, sửa đổi hoặc hủy bỏ quy chế huyện, quyết định công nhận công dân danh dự huyện; quyết định liên quan đến thù lao, kỷ luật... của Chủ tịch huyện và các công chức chuyên nghiệp, thẩm định báo cáo tài chính của các cơ sở công thuộc huyện, kế hoạch tài chính,... các việc mà theo luật chỉ Hội đồng huyện mới có thẩm quyền.

Chủ tịch huyện là công chức của huyện có thời hạn (nhiệm kỳ sáu năm), được công dân của huyện trực tiếp bầu ra. Chủ tịch huyện chịu trách nhiệm thực hiện các nghị quyết của Hội đồng huyện và các tiểu ban. Chủ tịch huyện giải quyết các công việc thường xuyên thuộc phạm vi ảnh hưởng của huyện nhưng không có ý nghĩa cơ bản đối với huyện và không làm phát sinh những trách nhiệm quan trọng; giải quyết các công việc được giao cho huyện thông qua luật hoặc trên cơ sở một đạo luật; các công việc Hội đồng huyện giao bằng hình thức nghị quyết với sự chấp thuận của Chủ tịch huyện trong từng trường hợp cụ thể hoặc giao tổng thể tại Quy chế chung, ngoại trừ một số lĩnh vực.

c) Vùng

Vùng còn được gọi là “cấp địa phương thứ ba” nhưng là một trường hợp ngoại lệ chỉ có ở bang Bay. Tại bang Bay có bảy vùng, cấp vùng này có vai trò như là một cộng đồng xã, huyện có nhiệm vụ giải quyết những vấn đề vượt quá năng lực của các huyện. Cấp vùng này cũng có một cơ quan đại diện nhân dân (nghị viện vùng), được bầu cùng với nghị viện bang.

Hội đồng vùng: Số thành viên của Hội đồng vùng của mỗi vùng bằng số đại biểu Quốc hội bang mà vùng đó được bầu. Công chức và viên chức chuyên nghiệp của vùng không được đồng

thời tham gia Hội đồng vùng. Các Hội đồng vùng được bầu trực tiếp hoặc do Hội đồng liên xã cử ra theo kết quả bầu cử hội đồng trong vùng. Theo phương thức bầu cử trực tiếp thì địa vị của Hội đồng vùng được nâng cao hơn. Chủ tịch cơ quan hành chính vùng cũng có thể được bầu trực tiếp hoặc do Hội đồng vùng cử ra (việc đề cử này đôi khi còn phải có sự chấp thuận của Hội đồng liên xã).

Chủ tịch vùng: Trong phiên họp đầu tiên sau bầu cử, Hội đồng vùng bầu Chủ tịch và Phó chủ tịch vùng trong số thành viên Hội đồng vùng. Khác với xã và huyện, Chủ tịch vùng không phải do cử tri bầu trực tiếp.

2. Một vài nhận xét

Từ những mô hình tổ chức chính quyền địa phương nêu trên, chúng tôi có một vài suy ngẫm sau:

a) Việc xóa bỏ hay không ghi nhận vai trò của hội đồng dân cử ở Việt Nam là một vấn đề cần phải suy nghĩ, cân nhắc trong giai đoạn hiện nay, nhất là trong bối cảnh xây dựng Nhà nước pháp quyền và dân chủ hóa cũng như chủ trương thực hiện chính sách phân quyền cho chính quyền địa phương ngày càng mạnh mẽ hơn.

Như đã nêu, đối với Cộng hòa Pháp, nguyên tắc thứ nhất trong hoạt động của các đơn vị hành chính lãnh thổ đã rất quan tâm đến yếu tố dân chủ (sự tham gia của công dân với tư cách là người bầu ra các cơ quan ra quyết định hoặc dưới phương thức tham khảo ý kiến và biểu quyết trưng cầu dân ý, là một trong những đặc trưng của các đơn vị hành chính lãnh thổ). Hơn nữa, theo quy định của Hiến pháp Cộng hòa Pháp, tư cách đơn vị hành chính lãnh thổ gắn liền với quy trình bầu cử, bởi vì những cơ quan hành chính không đặt dưới sự quản lý, điều hành của một Hội đồng dân cử thì không có tư cách là đơn vị hành chính lãnh thổ. Kể từ năm 1958 (ban hành Hiến pháp Cộng hòa V), phương thức quản lý thông qua Hội đồng dân cử đã trở thành căn cứ pháp lý của cơ chế tự chủ của các đơn vị hành chính lãnh thổ. Do đó, tất cả các cơ quan ra quyết định của các đơn vị

hành chính lãnh thổ đều phải được bầu ra theo phương thức phổ thông đầu phiếu (chính vì thế, các tập hợp liên xã không được coi là những đơn vị hành chính lãnh thổ).

Ở Cộng hòa Liên bang Đức, với quan niệm: việc nhân dân bầu ra cơ quan đại diện ở xã và huyện theo nguyên tắc dân chủ là tạo ra một uy tín về nhân sự, chuyên môn, tầm quan trọng của cơ quan này. Theo luật định thì cơ quan đại diện có vai trò quan trọng trong việc ra các quyết định chỉ đạo về mặt chính trị và hành chính ở địa phương cũng như trong việc kiểm tra các cơ quan thực hiện. Cơ quan chấp hành (Chủ tịch huyện, Chủ tịch xã) chỉ giải quyết các công việc thường xuyên thuộc phạm vi ảnh hưởng của huyện, của xã nhưng không có ý nghĩa cơ bản đối với huyện, với xã và không làm phát sinh những trách nhiệm quan trọng...

b) Một điều cần lưu ý là khi hai nước nêu trên nói đến “đơn vị hành chính lãnh thổ” hoặc “cấp hành chính” thì được hiểu bao gồm cả cơ quan đại diện (Hội đồng xã, huyện, tỉnh, vùng) và cơ quan chấp hành của cơ quan đại diện này (Chủ tịch, Thị trưởng, Xã trưởng...).

c) Thực tiễn cho thấy, nhiệm vụ, quyền hạn của Ủy ban nhân dân (UBND) và của Hội đồng nhân dân (HĐND) ở Việt Nam hiện nay khá trùng lặp, cả về thẩm quyền ban hành văn bản quy phạm pháp luật cũng như phạm vi vấn đề và lĩnh vực nhiệm vụ phụ trách, mặc dù Luật Tổ chức HĐND và UBND đã cố gắng phân biệt bằng các từ “chủ trương” với “chính sách” hay “biện pháp”... nhưng không đem lại hiệu quả (HĐND chủ yếu ban hành “chủ trương”, UBND ban hành “biện pháp” hoặc “chỉ đạo thực hiện”...). Sự “lấn sân” trong hoạt động của UBND đã dần dần làm mờ nhạt đi vai trò của các HĐND, dù ở bất cứ chính quyền cấp nào, chứ không chỉ ở cấp quận, huyện, vùng. Đơn cử như trong lĩnh vực ban hành văn bản quy phạm pháp luật, nhiều địa phương đã chủ ý để UBND ban hành văn bản thuộc thẩm quyền quy định của HĐND. Thủ tục duy nhất được

thực hiện là có tờ trình của UBND lên HĐND về việc ban hành văn bản đó. Điều đáng nói hơn cả là xu hướng trong các luật gần đây chỉ nhắc tới UBND như là cơ quan chính quyền địa phương mà không đề cập gì tới vai trò của HĐND, với quan niệm của không ít người là HĐND thực tế “không làm gì cả” nên không nên quy định nhiệm vụ trong luật (!). Nếu như các luật chuyên ngành cũng không ghi nhận, phân giao thẩm quyền cho HĐND với tư cách là cơ quan trong bộ máy chính quyền địa phương thì những quy định của Luật Tổ chức HĐND và UBND cũng sẽ chỉ đóng vai trò khiêm tốn trong cuộc cải cách về phân cấp, phân quyền trong thời gian tới⁴.

d) Đối với Việt Nam, tiến hành cải cách hành chính không có nghĩa là chỉ chú trọng đơn giản hóa tổ chức và hoạt động của các cơ quan mà xao lãng nền tảng và nguyên tắc tổ chức, hoạt động cũng như vai trò, ý nghĩa của các cơ quan đó. Việc cải cách về tổ chức chỉ nên dựa trên cơ sở chức năng, nhiệm vụ cần phải cải cách, phục vụ cho việc thực hiện tốt nhiệm vụ mà không nên theo hướng ngược lại, cải cách tổ chức rồi mới thay đổi chức năng, nhiệm vụ. Mọi cải cách về tổ chức cũng phải trên cơ sở bắt cập về mặt tổ chức trong thực tiễn làm ảnh hưởng đến hiệu quả thực hiện chức năng, nhiệm vụ.

e) Có nhiều ý kiến cho rằng, những hạn chế trong hoạt động thời gian qua của HĐND các cấp một phần do các quy định của pháp luật liên quan tới thời gian làm việc, kỳ họp của HĐND quá ít, các thành viên Hội đồng nhân dân lại phải hoạt động kiêm nhiệm nên hiệu quả thấp. Thiết nghĩ, chế độ kiêm nhiệm không phải là vấn đề đáng lo ngại vì nếu như thời gian thực tế cần thiết để bảo đảm hoạt động của HĐND không phải là nhiều thì việc kiêm nhiệm là hợp lý (ví dụ Hội đồng xã ở Cộng hòa Pháp cũng chỉ họp ít nhất mỗi quý một lần, thành viên một số loại Hội đồng ở Cộng hòa Pháp, Cộng hòa Liên bang Đức cũng hoạt động kiêm nhiệm). ■

(4) Có rất nhiều vấn đề đáng bàn liên quan đến nhiệm vụ, quyền hạn của các cấp chính quyền địa phương, Tuy nhiên, bài viết này chỉ giới hạn tập trung ở mô hình tổ chức, mặc dù nhiệm vụ, quyền hạn của các cấp chính quyền có tác động quan trọng tới vấn đề cơ cấu tổ chức. Vấn đề về nhiệm vụ, quyền hạn của chính quyền địa phương sẽ được nghiên cứu, trình bày ở một bài viết khác.