

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

ISSN 1859 - 2953

www.nclp.org.vn

VĂN PHÒNG QUỐC HỘI

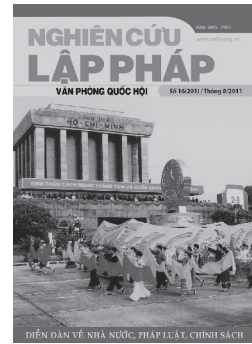
Số 16(201) / Tháng 8/2011



DIỄN ĐÀN VỀ NHÀ NƯỚC, PHÁP LUẬT, CHÍNH SÁCH

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn



Mục lục

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

- 5** Kiểm soát quyền lực nhà nước trong xây dựng Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa Việt Nam
GS, TS. Trần Ngọc Đường
- 10** Đổi mới tổ chức bộ máy nhà nước trong Hiến pháp sửa đổi
PGS, TS. Nguyễn Minh Đoan
- 15** Thay đổi trong quan điểm chỉ đạo của Đảng về tổ chức xét xử giám đốc thẩm, tái thẩm vụ án hình sự
Phạm Văn An
- 19** Một số vấn đề nhìn từ góc độ tố tụng trong vụ kiện đầu tiên của Việt Nam tại WTO
ThS. Nguyễn Tiến Vinh

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 30** Những nội dung cần điều chỉnh của Dự án Luật hòa giải ở cơ sở
TS. Trần Huy Liệu - ThS. Lưu Tiến Minh
- 38** Sức sống của Bộ luật Dân sự Việt Nam từ góc nhìn so sánh với Bộ luật Dân sự Pháp, Đức, Hà Lan
Bùi Thị Thanh Hằng - Đỗ Giang Nam

CHÍNH SÁCH

- 45** Vai trò của pháp luật trong kiểm soát đầu tư công
PGS, TS. Phạm Duy Nghĩa

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 51** Chuyển đổi doanh nghiệp nhà nước thành công ty theo Luật doanh nghiệp 2005 có phải là “bình mới, rượu cũ” ?
PGS, TS. Đinh Dũng Sỹ
- 56** Giải pháp pháp luật về hạn chế rủi ro trong hoạt động cho vay của các ngân hàng thương mại
ThS. Nguyễn Thị Mai Hoa

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 61** Quan hệ giữa Quốc hội và Chính phủ trong Hiến pháp năm 1958 của Pháp và vận dụng ở Việt Nam
ThS. Vũ Thu Hằng

THÔNG TIN LẬP PHÁP

- 66** Nghị quyết về việc sửa đổi, bổ sung Hiến pháp năm 1992 và thành lập Ủy ban dự thảo sửa đổi Hiến pháp năm 1992

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

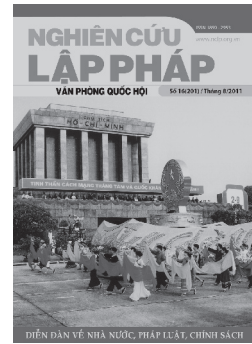
IN TẠI CÔNG TY CP IN KHKT

GIÁ: 15.000 ĐỒNG

Ảnh bìa: TTXVN

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn



Legis 8/2011

STATE AND LAW

- 5** Control of state power in the construction of the socialist law-governed state Vietnam

Prof, Dr. Tran Ngoc Duong

- 10** Renovation of the state apparatus in the amended Constitution

Prof, Dr. Nguyen Minh Doan

- 15** Changes in the Party's viewpoints on court's reviewing case according to cassation procedure and reopening procedure

Pham Van An

- 19** Some problems seen from the perspective of proceedings in the first lawsuit of Vietnam in WTO

LL.M. Nguyen Tien Vinh

DISCUSSION OF BILLS

- 30** The contents should be regulated by the Law on reconciliation in grassroots

Dr. Tran Huy Lieu - LL.M. Luu Tien Minh

- 34**8 The vitality of the Civil Code of Viet Nam from the comparative perspective to the Civil Code of France, Germany and the Netherlands

Bui Thi Thanh Hang - Do Giang Nam

POLICIES

- 45** The role of law in the control of public investment

Prof, Dr. Pham Duy Nghia

LEGAL PRACTICE

- 51** Convert state enterprises into companies under the Enterprise Law in 2005 - Is it old wine in a new bottle?

Prof, Dr. Dinh Dung Sy

- 56** Law solution to limit risks in lending by commercial banks

LL.M. Nguyen Thi Mai Hoa

FOREIGN EXPERIENCE

- 61** Legal relations between the Parliament and Government in the French Constitution in 1958 and its application to Vietnam

LL.M. Vu Thu Hang

FOREIGN EXPERIENCE

- 66** Resolution on the amending and supplementing the Constitution 1992 and on the founding of the Commission to draft amendments to the Constitution 1992

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 PUBLISMENT:

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

KIỂM SOÁT QUYỀN LỰC NHÀ NƯỚC TRONG XÂY DỰNG NHÀ NƯỚC PHÁP QUYỀN XÃ HỘI CHỦ NGHĨA VIỆT NAM

■ TRẦN NGỌC ĐƯỜNG*

Cương lĩnh xây dựng đất nước trong thời kỳ quá độ lên chủ nghĩa xã hội (bổ sung, phát triển năm 2011) đã khẳng định: “Nhà nước ta là Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa (XHCN) của nhân dân, do nhân dân và vì nhân dân”¹; tổ chức và hoạt động của nó dựa trên một trong những nguyên tắc nền tảng: “Quyền lực Nhà nước là thống nhất; có sự phân công, phối hợp và kiểm soát giữa các cơ quan trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp”². So với Cương lĩnh năm 1991, lần này Cương lĩnh chẳng những bổ sung thêm “Nhà nước ta là Nhà nước pháp quyền XHCN” mà còn đưa một nội dung mới vào nguyên tắc tổ chức và hoạt động của bộ máy Nhà nước là “Kiểm soát giữa các cơ quan trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp”. Sự bổ sung và phát triển này có ý nghĩa gì? Và nội dung của nó như thế nào?

1. Ý nghĩa của kiểm soát quyền lực

- Trước hết, kiểm soát quyền lực nhà nước bắt nguồn từ nguồn gốc và bản chất của Nhà nước pháp quyền XHCN là “Tất cả quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân”. Quyền lực nhà nước không phải là quyền lực tự có của Nhà nước mà quyền lực của nhân dân, được nhân dân ủy quyền, nhân dân giao quyền. Nhân dân không trực tiếp thực hiện quyền lực nhà nước của mình mà lại giao cho Nhà nước thay mình thực hiện, nên tất yếu nảy sinh đòi hỏi chính đáng và tự nhiên phải kiểm soát quyền lực nhà nước. Mặt khác, khi ủy quyền cho Nhà nước, quyền lực nhà nước lại thường vận động theo xu hướng tự phủ định mình, trở thành đối lập với chính mình lúc ban đầu (từ của nhân dân là

số đông chuyển sang số ít của một nhóm người hoặc của một người). C.Mác gọi hiện tượng này là sự tha hóa của quyền lực nhà nước. Quyền lực nhà nước là của nhân dân giao cho các cơ quan nhà nước suy cho cùng là giao cho những con người cụ thể thực thi. Mà hành động của con người thì luôn luôn chịu sự tác động của các loại tình cảm và dục vọng khiến cho lý tính đôi khi bị chìm khuất³. Đặc biệt là khi lý tính bị chi phối bởi các dục vọng, thói quen hay tình cảm thì khả năng sai lầm trong việc thực thi quyền lực nhà nước càng lớn. Với đặc điểm đó của con người, không thể khẳng định người được ủy quyền luôn luôn làm đúng, làm đủ những gì mà nhân dân đã ủy quyền. Vì vậy, kiểm soát quyền lực nhà nước là một nhu cầu

(*) GS, TS. Văn phòng Quốc hội.

(1 và 2) Văn kiện Đại hội Đại biểu toàn quốc lần thứ XI. Nxb. Chính trị Quốc gia. H., 2011, trang 85.

(3) JonMills. Luận về tự do, Nxb, Chính trị Quốc gia, H., 2005, tr 131.

khách quan từ phía người ủy quyền là nhân dân đối với người được ủy quyền là Nhà nước. Hơn thế nữa, quyền lực nhà nước không phải là một đại lượng có thể cân, đong, đo, đếm xác định được một cách chính xác, để có thể giao quyền một cách cụ thể. Điều đó lại càng đòi hỏi phải kiểm soát quyền lực nhà nước để hạn chế sự lạm quyền, lạm quyền, mâu thuẫn chông chéo hoặc trùng lặp trong quá trình thực thi quyền lực nhà nước giữa các cơ quan nhà nước, làm cho hiệu lực và hiệu quả thực thi quyền lực nhà nước bị hạn chế.

Xuất phát từ đòi hỏi khách quan nói trên, quyền lực nhà nước thường được lượng hóa, phân định thành các quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp. Sự lượng hóa này là để giao cho các cơ quan nhà nước khác nhau, thay mặt nhân dân thực hiện. Sự phân định các quyền như vậy là điều kiện cơ bản để nhân dân giao quyền mà không bị lạm quyền, nhân dân kiểm soát và đánh giá được hiệu lực và hiệu quả thực hiện các quyền mà mình đã giao. Đồng thời cũng là để cho các cơ quan tương ứng được giao quyền để cao trách nhiệm trong việc thực thi quyền lực nhà nước và tự kiểm tra việc thực hiện quyền lực nhà nước được giao của mình. Vì thế, phân công quyền lực nhà nước là cơ sở, là đòi hỏi khách quan để thực hiện được việc kiểm soát quyền lực nhà nước.

Quyền lập pháp là quyền đại diện cho nhân dân thể hiện ý chí chung của quốc gia. Những người được nhân dân trao quyền này là những người do phổ thông đầu phiếu bầu ra hợp thành cơ quan gọi là Quốc hội. Thuộc tính cơ bản, xuyên suốt mọi hoạt động của quyền này là đại diện cho nhân dân, bảo đảm cho ý chí chung của nhân dân được thể hiện trong các đạo luật mà mình là cơ quan duy nhất được nhân dân giao quyền biểu quyết thông qua luật là quyền lập pháp. Đồng thời, là người thay mặt nhân dân giám sát tối cao mọi hoạt động của Nhà nước, nhất là hoạt động thực hiện quyền hành pháp. Đây là một hình thức kiểm soát quyền lực nhà nước bên trong tổ chức bộ máy nhà nước để góp phần giúp cho các cơ quan hành pháp và tư pháp làm đúng, làm đủ nhiệm vụ

quyền hạn được giao, hạn chế sự lạm quyền, lạm quyền.

Quyền hành pháp là quyền tổ chức thực hiện ý chí chung của quốc gia do Chính phủ đảm trách. Thuộc tính cơ bản, xuyên suốt mọi hoạt động của quyền này là quản lý nhà nước (hay cai trị) mà thực chất là tổ chức thực hiện pháp luật để bảo đảm an ninh, an toàn và phát triển xã hội. Không có một Chính phủ quản lý nhà nước hữu hiệu, thông minh thì không thể có một Nhà nước giàu có, phát triển ổn định cả về mặt kinh tế lẫn mặt xã hội. Thực hiện quyền này đòi hỏi Chính phủ và các thành viên của Chính phủ phải nhanh nhạy, quyết đoán kịp thời và quyền uy tập trung thống nhất. Đồng thời phải thường xuyên kiểm tra, thanh tra - một hình thức kiểm soát quyền lực bên trong bộ máy hành pháp.

Quyền tư pháp là quyền xét xử, được nhân dân giao cho Tòa án và các cơ quan tư pháp. Độc lập và chỉ tuân theo pháp luật là nguyên tắc xuyên suốt và cao nhất trong tổ chức thực hiện quyền này. Mọi cá nhân, cơ quan, tổ chức không được phép can thiệp vào hoạt động xét xử của Tòa án. Đây thực chất là quyền bảo vệ ý chí chung của quốc gia bằng việc xét xử các hành vi vi phạm Hiến pháp, pháp luật từ phía công dân và cơ quan nhà nước. Vì vậy, bảo vệ pháp luật, công lý, tự do của công dân là trách nhiệm hàng đầu của quyền tư pháp. Mọi cơ quan, tổ chức và cá nhân có nghĩa vụ tôn trọng, giữ gìn và bảo vệ tính pháp quyền và công lý trong các phán quyết của Tòa án. Kiểm sát các hoạt động tư pháp của Viện kiểm sát, phúc thẩm, giám đốc thẩm, tái thẩm của Tòa án - là các hình thức kiểm soát quyền lực nhà nước bên trong bộ máy tư pháp để đảm bảo cho quyền tư pháp độc lập và chỉ tuân theo pháp luật.

Như vậy, xuất phát từ đặc điểm của quyền lực nhà nước, việc phân định thành ba quyền nói trên là một nhu cầu khách quan. Thực tiễn xây dựng Nhà nước pháp quyền XHCN ở nước ta chỉ ra rằng, việc phân định rành mạch ba quyền là cách thức tốt nhất để phát huy vai trò của nhà nước đồng thời là cơ sở để kiểm soát

việc thực hiện quyền lực nhà nước.

Ngoài ra, trong quan hệ với quyền lực nhà nước, một thực tế khách quan thường xảy ra là công dân không được bình đẳng với Nhà nước về thông tin, nên thường xảy ra tình trạng: (1) người chủ quyền lực nhà nước (nhân dân) thiếu thông tin hoặc không được thông tin đầy đủ; (2) khả năng Nhà nước không nắm bắt đúng mục đích, lợi ích của nhân dân; (3) khả năng những người thực thi quyền lực cụ thể không hiểu rõ mục đích; (4) khả năng hiểu đúng mục đích nhưng không sử dụng quyền lực đúng cách, hợp lý; (5) khả năng các đại diện vì lợi ích riêng có thể vượt quyền, lạm quyền làm tổn hại đến mục đích chung. Hơn nữa, Nhà nước là tổ chức duy nhất có thuộc tính cưỡng chế. “Thuộc tính cưỡng chế mang lại cho Nhà nước quyền lực can thiệp một cách có hiệu quả vào các hoạt động chính trị, kinh tế, xã hội, nhưng với độc quyền này, Nhà nước có thể can thiệp một cách độc đoán, chuyên quyền, xâm hại đến quyền và lợi ích hợp pháp của con người. Quyền này cộng với bất bình đẳng về thông tin giữa dân chúng và Nhà nước tạo ra những cơ hội cho các công chức xúc tiến những lợi ích của riêng họ hay những bạn bè đồng minh của họ, làm thiệt hại cho lợi ích chung. Những khả năng kiếm lợi và tham nhũng là rất lớn⁴.”

- Hai là, kiểm soát quyền lực trong Nhà nước pháp quyền XHCN còn là tất yếu kỹ thuật để thực thi quyền lực đạt hiệu quả. Quyền lực nhà nước nếu không được tổ chức thành hệ thống, tuân theo những nguyên tắc, cơ chế, quy trình nhất định và được thực thi bởi những con người cụ thể thì quyền lực không phát huy được vai trò của mình. Ngày nay, cùng với sự phát triển như vũ bão của khoa học và công nghệ, xã hội càng trở nên hiện đại, tổ chức quyền lực nhà nước lại càng phải có sự phân công, phối hợp và kiểm soát. Đây là một yêu cầu khách quan do sự phân công lao động xã hội, do tính chuyên nghiệp hóa của hoạt động

quyền lực. Đồng thời trong lao động quyền lực cũng có những hạn chế. Trước hết, khả năng của con người là hữu hạn bắt nguồn từ sự hữu hạn của trí tuệ và lý tính của mình. Dù một người có trí tuệ siêu việt, là “thánh nhân” như thế nào đi nữa thì khả năng sai lầm vẫn có thể xảy ra “loài người không phải là thánh thần không bao giờ sai lầm, chân lý của họ phần nhiều chỉ là các chân lý một nửa”⁵.

Do vậy, khả năng sai lệch trong nhận thức và thực thi quyền lực nhà nước, khả năng sử dụng quyền lực thiếu hiệu quả là có thể xảy ra.

Hơn nữa, con người bị điều khiển bởi nhiều khát vọng, trong đó có khát vọng về quyền lực vừa là mục tiêu, vừa là công cụ để đạt được các khát vọng khác. Hobbes nhấn mạnh: “Tinh thần vị kỷ trong loài người là một khát vọng không ngừng đối với quyền lực và điều này chỉ mất đi khi con người chết”⁶. C. Mác - cũng như Locke và Hobbes - đều cho rằng, bản chất của con người là có thể thay đổi được. Do đó, không thể khẳng định người được ủy quyền luôn xứng đáng với sự tín nhiệm của nhân dân. Vì vậy, trong tổ chức quyền lực nhà nước cần phải có sự kiểm soát một cách chặt chẽ những con người làm việc trong bộ máy quyền lực nhà nước, để có thể phát hiện và xử lý được khi những người này không còn xứng đáng với sự tín nhiệm của nhân dân.

- Ba là, kiểm soát quyền lực trong xây dựng Nhà nước pháp quyền XHCN Việt Nam còn bắt nguồn từ đặc trưng Nhà nước ta do một Đảng duy nhất lãnh đạo. Sự lãnh đạo của Đảng cộng sản Việt Nam đối với Nhà nước và xã hội là một tất yếu lịch sử. Tất yếu đó đòi hỏi phải kiểm soát quyền lực giữa các chủ thể cấu thành hệ thống chính trị ở nước ta. Đó là:

+ Kiểm soát của nhân dân, chủ thể tối cao của quyền lực nhà nước đối với quyền lực nhà nước.

+ Kiểm soát quyền lực nhà nước bên trong tổ chức và hoạt động của bộ máy nhà nước giữa các quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp, giữa

(4) Ngân hàng Thế giới (1998), *Nhà nước trong một thế giới chuyển đổi*, H., 1998, tr. 126.

(5) John Mills. *Sđd*, tr 13

(6) Hobbes. *Leviathan*, Harmondsworth, Penguin, 1968, p 161.

quyền lực nhà nước ở trung ương và quyền lực nhà nước ở địa phương.

+ Kiểm soát của chủ thể lãnh đạo nhà nước là Đảng cộng sản Việt Nam đối với Nhà nước.

Kiểm soát quyền lực nhà nước giữa các chủ thể nói trên là nhằm đảm bảo cho tổ chức và hoạt động của Nhà nước vận hành nhịp nhàng, ăn khớp và thông suốt, chống được lạm quyền, lộng quyền. Tổ chức và hoạt động của quyền lực nhà nước có sự kiểm soát thì “tất cả quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân” không chỉ tuyên bố trong Cương lĩnh, trong Hiến pháp mà là điều kiện làm cho nó trở thành hiện thực. Do đó, “kiểm soát quyền lực” thực chất là kiểm soát quyền lực nhà nước để đảm bảo cho tất cả quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân, bản chất của Nhà nước pháp quyền XHCN mà Đảng và Nhà nước ta đang hướng tới xây dựng.

2. Nội dung cơ bản của kiểm soát quyền lực nhà nước ở nước ta

Kiểm soát quyền lực nhà nước là một vấn đề phức tạp, bởi sự phức tạp của tổ chức quyền lực nhà nước và hoạt động thực thi quyền lực nhà nước. Tính phức tạp đó, một mặt do kiểm soát việc sử dụng quyền lực nhà nước để chống sự lạm dụng nó là đòi hỏi bắt buộc đối với bất kỳ nhà nước dân chủ và pháp quyền nào. Nhưng mặt khác, kiểm soát được việc sử dụng quyền lực nhà nước mà lại không làm mất đi tính năng động, mềm dẻo cần phải có để tiến hành các công việc nhà nước. Cái khó nhất trong thiết kế một chính quyền nhà nước trước hết là làm cho bộ máy nhà nước có khả năng kiểm soát được xã hội và sau nữa - không kém phần quan trọng - là buộc Nhà nước phải tự kiểm soát được chính mình. Vì thế, kiểm soát quyền lực nhà nước theo nghĩa rộng chính là việc thiết kế tổ chức và thực thi quyền lực nhà nước sao cho đạt được mục đích chính trị chung và đạt được hiệu quả cao nhất. Xét theo nghĩa hẹp, kiểm soát quyền lực nhà nước là toàn bộ những phương thức, quy trình, quy định mà dựa vào đó, Nhà nước và xã hội có thể ngăn chặn, loại bỏ những hoạt động sai trái của các thiết chế quyền lực nhà

nước, phát hiện và điều chỉnh được việc thực thi quyền lực nhà nước, đảm bảo cho quyền lực nhà nước thực thi đúng mục đích chung và đạt được hiệu quả cao nhất. Vì thế, quyền lực nhà nước chỉ có thể kiểm soát được khi có cơ chế xác định và các điều kiện cần thiết cho sự vận hành của nó trên thực tế. Cơ chế đó bao gồm kiểm soát bên ngoài, lẫn kiểm soát bên trong quyền lực nhà nước.

Mục đích của kiểm soát quyền lực nhà nước, theo chủ nghĩa Mác - Lênin, là loại bỏ những điều kiện xã hội đã sản sinh ra Nhà nước và giai cấp. Đây chính là quá trình khắc phục sự tha hóa của quyền lực nhà nước, đưa quyền lực nhà nước trở về với đúng nghĩa của nó là quyền lực của nhân dân, quyền lực thực hiện chức năng công quản xã hội. Vì thế, có thể nói, nội dung của kiểm soát quyền lực nhà nước là: (i) đảm bảo cho quyền lực nhà nước được sử dụng đúng mục đích; (ii) *đảm bảo cho quyền lực nhà nước thực thi có hiệu lực, hiệu quả.*

Cần phải nhận thức sâu sắc vai trò của kiểm soát quyền lực nhà nước. Bởi trong Nhà nước dân chủ và pháp quyền thì quan hệ giữa Nhà nước và nhân dân là quan hệ đại diện, ủy quyền. Bản thân quan hệ này cần phải khắc phục các biểu hiện sau:

Một là, giữa người chủ và người đại diện có thể xảy ra mâu thuẫn về lợi ích. Nếu xảy ra điều đó thì kết quả là người chủ phải chịu sự thiệt thòi nào đó về lợi ích của mình, do người đại diện không làm đúng, làm đủ nhiệm vụ và quyền hạn được giao; người chủ phải chịu những tổn thất do người đại diện gây ra.

Hai là, sự không bình đẳng về thông tin và hành động giữa người chủ và người đại diện nhất là trong điều kiện của nền kinh tế tri thức và khoa học công nghệ phát triển như vũ bão. Người đại diện vốn có những thông tin mà người chủ không thể có hoặc phải chi phí lớn mới có được. Người đại diện lại có thể sử dụng nhiều hành động khác nhau làm cho người chủ khó lòng mà nhận xét và kết luận về tính đúng đắn của các kết quả do họ đưa ra.

Ba là, trong các thể chế dân chủ, tổ chức và hoạt động quyền lực nhà nước thường xảy ra

một thực tế là: có trường hợp thiểu số là đúng và hợp lý nhưng vẫn phải chịu sự chi phối và quyết định của đa số thiên cận. Đây là vấn đề nan giải đã được đặt ra từ lâu trong lịch sử chính trị và được Madison khái quát thành “sự chuyên chế của đa số”.

Để khắc phục những nhược điểm nói trên của lao động quyền lực nhà nước, kiểm soát quyền lực được xem là một nguyên tắc hiến định. Vì thế, kiểm soát quyền lực phải được ghi nhận và bổ sung vào Hiến pháp năm 1992 và tiếp tục thể chế trong các đạo luật về tổ chức bộ máy nhà nước. Việc thể chế nguyên tắc kiểm soát quyền lực của Cương lĩnh thành nguyên tắc hiến định và tiếp tục cụ thể hóa trong các đạo luật về tổ chức bộ máy nhà nước trong thời gian sắp tới, cần tập trung vào các nội dung sau đây:

- Xuất phát từ bản chất của hệ thống chính trị nước ta được tổ chức và hoạt động theo cơ chế Đảng lãnh đạo, nhân dân làm chủ và Nhà nước quản lý, nên kiểm soát quyền lực nhà nước là kiểm soát quyền lực nhà nước giữa Đảng lãnh đạo đối với Nhà nước quản lý. Đây là đặc điểm thể hiện mối quan hệ tất yếu lịch sử và khách quan ở nước ta. Trong suốt 80 năm qua, Đảng ta đã trải qua 15 năm lãnh đạo nhân dân đấu tranh cách mạng giành chính quyền, hơn 65 năm cầm quyền - trong đó 30 năm cầm quyền trong hoàn cảnh chiến tranh ác liệt chống thực dân và đế quốc xâm lược giành độc lập dân tộc và xây dựng chủ nghĩa xã hội trên phạm vi cả nước và 35 năm cầm quyền trong hòa bình xây dựng đất nước. Lịch sử đã chứng minh một cách thuyết phục về tính tất yếu khách quan của sự lãnh đạo của Đảng Cộng sản Việt Nam đối với Nhà nước. Với đặc điểm khách quan này, trong điều kiện xây dựng Nhà nước pháp quyền XHCN đòi hỏi phải có sự kiểm soát quyền lực nhà nước của Đảng, đảm bảo vai trò lãnh đạo của Đảng đối với Nhà nước, hạn chế sự dựa dẫm, ỷ lại của Nhà nước, làm cho cả hai đều yếu, không phát huy đúng vị trí và vai trò của mình. Dưới ánh sáng của đường lối xây dựng Nhà nước pháp quyền XHCN thật sự của dân, do dân và

vì dân với nguyên tắc: “Quyền lực nhà nước là thống nhất nhưng có sự phân công, phối hợp và kiểm soát trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp” đã được ghi nhận trong Cương lĩnh của Đảng, đòi hỏi phải tiếp tục đổi mới về nội dung và phương thức lãnh đạo của Đảng, để xứng đáng là một Đảng cầm quyền về trí tuệ, về tư tưởng, về phẩm chất năng lực lãnh đạo và hoạt động thực tiễn. Vấn đề trước hết trong mối quan hệ này là phân công trách nhiệm giữa Đảng lãnh đạo và Nhà nước quản lý như thế nào cho rõ ràng, minh bạch, có hiệu lực và hiệu quả, để Đảng không quyết định thay Nhà nước, để phát huy dân chủ, tập hợp trí tuệ của các tầng lớp nhân dân, tạo sự đồng thuận giữa Đảng, Nhà nước và nhân dân đối với những quyết định trọng đại của đất nước (trừ những quyết định bí mật quốc gia). Dựa trên sự phân công trách nhiệm rõ ràng đó, Đảng thực hiện việc kiểm soát quyền lực nhà nước và phát huy vai trò của Nhà nước là một nội dung quan trọng trong tổ chức và hoạt động quyền lực ở nước ta.

- Kiểm soát quyền lực nhà nước giữa nhân dân - chủ thể tối cao và duy nhất của quyền lực nhà nước, đối với Nhà nước - chủ thể quản lý. Đây là mối quan hệ kiểm soát quyền lực của người chủ đối với Nhà nước. Thực tiễn chỉ ra rằng, chỉ có phân định một cách thực chất, giao quyền một cách rõ ràng những nhiệm vụ quyền hạn gì cho Nhà nước, còn những gì nhân dân thực thi quyền lực nhà nước một cách trực tiếp hoặc thông qua tổ chức chính trị, xã hội, nghề nghiệp của mình, thì nhân dân mới thực hiện được quyền kiểm soát quyền lực nhà nước có hiệu quả. Đồng thời, xây dựng một cơ chế giám sát hữu hiệu để nhân dân kiểm soát được quyền lực nhà nước đã giao, đã ủy quyền cho Nhà nước, đặc biệt là hoàn thiện và cụ thể hóa cơ chế nhân dân thực hiện được quyền bãi nhiệm và miễn nhiệm những người do mình bầu ra khi họ không còn xứng đáng (đã được Hiến pháp quy định nhưng trong thực tiễn, nhân dân chưa thực hiện được).

(Xem tiếp trang 18)

ĐỔI MỚI TỔ CHỨC BỘ MÁY NHÀ NƯỚC TRONG HIẾN PHÁP SỬA ĐỔI

■ NGUYỄN MINH ĐOAN*

V.I. Lênin đã từng nhấn mạnh rằng, không có bộ máy nhà nước (BMNN), chúng ta sẽ tiêu vong và không làm cho BMNN hoạt động ngày một tốt hơn, hiệu quả hơn, thì chúng ta cũng sẽ tiêu vong trước khi xây dựng được cơ sở của chủ nghĩa xã hội. Như vậy, tổ chức BMNN và việc củng cố, hoàn thiện BMNN sao cho ngày một tốt hơn, hiệu quả hơn là vấn đề vô cùng quan trọng đối với mỗi nhà nước nói chung, đối với Nhà nước ta hiện nay nói riêng. Cơ cấu tổ chức BMNN với những nguyên tắc tổ chức và hoạt động của nó luôn được quy định chặt chẽ trong hiến pháp và cũng có thể khẳng định, nội dung quan trọng nhất của các bản hiến pháp chính là những quy định về BMNN.

Hầu hết các BMNN hiện nay đều tổ chức các cơ quan nhà nước thành ba nhóm lớn để thực hiện ba quyền, hay nói cụ thể hơn là ba nhóm công việc cơ bản của BMNN là xây dựng pháp luật, tổ chức thực hiện pháp luật và xét xử. BMNN Việt Nam hiện nay được thiết kế theo Hiến pháp 1992 (sửa đổi năm 2001) cũng vậy. Tuy nhiên, do nhiều lý do khác nhau, mô hình tổ chức và vận hành của BMNN Việt Nam hiện nay vẫn còn nhiều bất cập cần được nhận thức và hoàn thiện cho phù hợp với điều

kiện và tình hình mới của đất nước.

Nghị quyết của Đại hội Đảng lần thứ XI đã nhấn mạnh cần phải khẩn trương nghiên cứu, sửa đổi bổ sung Hiến pháp 1992 (đã được sửa đổi, bổ sung năm 2001) phù hợp với tình hình mới. Chúng tôi nêu một số quan điểm của mình về vấn đề BMNN để cùng tham gia “...xây dựng, bổ sung các thể chế và cơ chế vận hành cụ thể để bảo đảm nguyên tắc tất cả quyền lực nhà nước (QLNN) thuộc về nhân dân và nguyên tắc QLNN là thống nhất, có sự phân công, phối hợp và kiểm soát giữa các cơ quan trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp”¹.

1. Vấn đề xác định các cơ quan trong bộ máy nhà nước

Điều 2 Hiến pháp 1992 quy định: “Nhà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa (XHCN) Việt Nam là Nhà nước pháp quyền XHCN của nhân dân, do nhân dân, vì nhân dân. Tất cả QLNN 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. QLNN là thống nhất, có sự phân công và phối hợp giữa các cơ quan nhà nước trong việc thực hiện các quyền lập pháp,

(*) PGS, TS. Đại học Luật Hà Nội

(1) Đảng Cộng sản Việt Nam, Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XI, Nxb Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2011, tr. 247.

hành pháp và tư pháp”. Tuy nhiên, tư tưởng chỉ đạo của quan điểm trên đã chưa được thể hiện một cách đầy đủ và chính xác ở các quy định khác của Hiến pháp. Chẳng hạn, vì cho rằng nhân dân trao quyền lực của mình cho các cơ quan nhà nước thông qua con đường bầu cử nên Điều 6 Hiến pháp 1992 đã quy định: “Nhân dân sử dụng QLNN thông qua Quốc hội và HĐND là các 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”. Cũng vì vậy, Hiến pháp xác định Quốc hội là cơ quan đại biểu cao nhất của nhân dân, cơ quan QLNN cao nhất của nước Cộng hoà XHCN Việt Nam (Điều 83) và Hội đồng nhân dân (HĐND) là cơ quan QLNN ở địa phương (Điều 119). Chúng tôi cho rằng, việc xác định các cơ quan nhà nước như trên là chưa thực sự chính xác. Theo chúng tôi, bầu cử chỉ là một cách thức hình thành cơ quan nhà nước. Cơ quan nhà nước có thể được hình thành bằng nhiều cách thức khác nhau như thông qua bầu cử, bổ nhiệm và các cách thức khác. Do vậy, bầu cử không phải là hành vi nhân dân (cử tri) trao quyền lực của mình cho cơ quan nhà nước (Quốc hội và HĐND) mà việc trao quyền lực của nhân dân cho cơ quan nhà nước (Quốc hội và HĐND, Chính phủ, Toà án, Viện kiểm sát...) là thông qua hành vi ban hành hiến pháp. Bằng việc ban hành hiến pháp, nhân dân đã trao quyền lực của mình cho các cơ quan nhà nước, xác định thẩm quyền của Quốc hội, Chính phủ, Toà án, Viện kiểm sát... (Hiến pháp lúc này gần giống như văn bản thoả thuận về việc QLNN được nhân dân giao cho những cơ quan nào, đến đâu). Các cơ quan nhà nước nhận quyền từ nhân dân thông qua hiến pháp chứ không phải thông qua con đường bầu cử của cử tri. Vì vậy, việc Hiến pháp quy định về Quốc hội và HĐND như trên theo chúng tôi là chưa phù hợp, vì:

Một là, QLNN thuộc về nhân dân được nhân dân giao cho không chỉ Quốc hội và HĐND, mà còn giao cho cả các cơ quan khác của Nhà nước như Toà án, Viện kiểm sát... Quốc hội và HĐND cũng như Chính phủ, Toà án, Viện

kiểm sát... đều nhận quyền lực trực tiếp từ nhân dân. Các cơ quan nói trên chỉ khác nhau ở cách thức thành lập và quyền lực được giao. Do vậy, không nên quan niệm rằng, Chủ tịch nước, Thủ tướng Chính phủ, Chánh án Toà án nhân dân tối cao, Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân tối cao... do Quốc hội bầu nên được xem như họ nhận quyền từ Quốc hội, tương tự như vậy đối với các cơ quan khác;

Hai là, nhân dân sử dụng QLNN không chỉ thông qua Quốc hội và HĐND, mà thông qua tất cả các cơ quan nhà nước. Các cơ quan nhà nước đều nhận quyền từ nhân dân trên cơ sở các quy định của Hiến pháp và thực hiện QLNN trong khuôn khổ của Hiến pháp. Do vậy, tất cả các cơ quan nhà nước từ Quốc hội, HĐND, Chính phủ, Toà án... không được ban hành các văn bản pháp luật hoặc có những hoạt động trái với quy định của Hiến pháp, vì như vậy là trái với ý chí của nhân dân, vượt quá giới hạn quyền lực mà nhân dân giao cho;

Ba là, việc xác định chỉ có Quốc hội và HĐND là cơ quan QLNN sẽ dẫn đến việc hiểu nhầm về các cơ quan khác của Nhà nước, vì như trên đã khẳng định, các cơ quan như Chính phủ, Toà án, Viện kiểm sát cũng mang và thực hiện QLNN, do vậy các cơ quan đó cũng phải được gọi là cơ quan QLNN.

Từ những phân tích trên, chúng tôi cho rằng, nên quy định trong Hiến pháp “Quốc hội là cơ quan đại biểu (đại diện) cao nhất của nhân dân, cơ quan cao nhất thực hiện quyền lập pháp”; “Chính phủ là cơ quan hành chính nhà nước cao nhất, cơ quan cao nhất thực hiện quyền hành pháp”; “Toà án quốc gia là cơ quan xét xử, cơ quan cao nhất thực hiện quyền tư pháp”; “HĐND là cơ quan đại biểu (đại diện) của nhân dân ở địa phương”; “Ủy ban nhân dân (UBND) là cơ quan hành chính nhà nước ở địa phương”... Việc quy định như vậy trong Hiến pháp sẽ có tác dụng:

Thứ nhất, luôn bảo đảm QLNN thống nhất ở nhân dân, xuất phát từ nhân dân, thuộc về nhân dân;

Thứ hai, nâng cao được vị thế và vai trò của quyền tư pháp và cơ quan thực hiện quyền



tư pháp (Toà án quốc gia) trong điều kiện xây dựng nhà nước pháp quyền của nhân dân, do nhân dân, vì nhân dân. Bảo đảm được sự phân công, kiểm soát, phối hợp giữa các cơ quan nhà nước trong việc thực hiện ba quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp. Các cơ quan nhà nước (Quốc hội, Chính phủ, Toà án) có thể kiểm chế, kiểm soát nhau trong việc thực thi nhiệm vụ, quyền hạn theo đúng quy định của Hiến pháp, không trái với ý chí của nhân dân, tránh được hiện tượng lạm quyền, lộng quyền;

Thứ ba, bảo đảm được tính dân chủ giữa các cơ quan nhà nước trong việc nắm giữ và thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp. Lúc này, Chính phủ không phải là cơ quan chấp hành của Quốc hội và UBND không phải là cơ quan chấp hành của HĐND.

Quy định như vậy mới thể hiện được việc thể chế hoá quan điểm của Đảng về xây dựng nhà nước pháp quyền mà trước đây Hiến pháp 1992 chỉ mới được nêu ở Điều 2 mà chưa được thể hiện ở các điều khác của Hiến pháp khi được sửa đổi năm 2001.

2. Củng cố địa vị pháp lý của Chủ tịch nước

Đề đất nước nói chung, BMNN nói riêng vận hành thống nhất, năng động và linh hoạt cần phải có một nhân vật trung tâm phối hợp (cũng như người chủ hộ trong mỗi gia đình,

người thủ trưởng trong mỗi cơ quan nhà nước, người đứng đầu các tổ chức...). Nhân vật trung tâm đó vừa là người đứng đầu đất nước, vừa là biểu tượng thống nhất ý chí, tập trung quyền lực của BMNN. Đó có thể là Tổng thống ở các nước theo chính thể cộng hoà tổng thống, cũng có thể là Thủ tướng ở các nước có chính thể cộng hoà đại nghị... Ở Việt Nam trước đây, nhân vật trung tâm là Chủ tịch Hồ Chí Minh. Một thời gian sau, chúng ta đã thực hiện chế độ Chủ tịch tập thể, nhưng không thấy hiệu quả và buộc phải quay về với mô hình Chủ tịch là cá nhân. Tuy nhiên, do nhiều lý do mà chức danh Chủ tịch nước hiện nay được thiết kế chưa phù hợp. Theo quy định, Chủ tịch nước là người đứng đầu Nhà nước, thay mặt nước Cộng hoà XHCN Việt Nam về đối nội và đối ngoại. Chủ tịch nước có nhiệm vụ và quyền hạn: công bố Hiến pháp, luật, pháp lệnh; thống lĩnh các lực lượng vũ trang nhân dân và giữ chức vụ Chủ tịch Hội đồng quốc phòng và an ninh... Khi xét thấy cần thiết, Chủ tịch nước có quyền tham dự các phiên họp của Chính phủ. Còn người đứng đầu Chính phủ là Thủ tướng; đứng đầu tổ chức Đảng cầm quyền thực hiện việc lãnh đạo nhà nước là Tổng Bí thư Đảng cộng sản. Có thể nói, việc quy định thẩm quyền của những người đứng đầu đất nước hiện nay như vậy đang làm cho quyền lực của nhân vật trung tâm ở Việt Nam khá phân tán. Do vậy,

cần nghiên cứu “xác định rõ hơn quyền hạn và trách nhiệm của Chủ tịch nước để thực hiện đầy đủ chức năng nguyên thủ quốc gia, thay mặt Nhà nước về đối nội, đối ngoại và thống lĩnh các lực lượng vũ trang”².

Việc củng cố địa vị pháp lý của Chủ tịch nước là rất cần thiết xuất phát từ nhu cầu khách quan của đất nước và Việt Nam sẽ có một nhân vật thể hiện được đầy đủ vị trí trung tâm của quyền lực. Điều này phù hợp với cả lịch sử (mô hình này đã được Hiến pháp Việt Nam năm 1946 quy định) và thực tiễn hiện hành trong tổ chức QLNN trên thế giới, khi hầu hết các Nhà nước đều có xu hướng thiết lập mô hình chính thể cộng hoà hỗn hợp, nghĩa là, Tổng thống là nguyên thủ quốc gia - người đứng đầu nhà nước, thay mặt quốc gia về đối nội và đối ngoại, đồng thời là trung tâm của QLNN.

Theo chúng tôi, việc củng cố địa vị của Chủ tịch nước cần tập trung vào các vấn đề sau: (i) tăng thêm thẩm quyền của quyền hành pháp cho Chủ tịch nước: Chủ tịch nước không chỉ có quyền công bố Hiến pháp, luật, pháp lệnh mà còn phải tham gia tích cực hơn vào các hoạt động của quyền hành pháp; (ii) Tổng bí thư của Đảng cộng sản là người giữ chức vụ Chủ tịch nước: Việc “nhất thể hoá” hai chức danh cao nhất của Đảng và Nhà nước sẽ giải quyết được mối quan hệ giữa Đảng và Nhà nước ở tầm cao nhất, bảo đảm sự lãnh đạo của Đảng đối với Nhà nước một cách trực tiếp, thống nhất và toàn diện. Lúc này, Chủ tịch nước vừa là biểu tượng đại diện cho sự thống nhất, đoàn kết của cả quốc gia dân tộc vừa thể hiện được vai trò lãnh đạo của Đảng cầm quyền, vừa là nhân vật trung tâm của QLNN, phối hợp giữa các nhánh QLNN, giải quyết những tranh chấp, mâu thuẫn nếu có giữa các cơ quan cao nhất của Nhà nước trong quá trình vận hành QLNN.

Việc “nhất thể hoá” chức vụ cao nhất trong bộ máy đảng với Nhà nước đã được nhiều quốc gia khác nhau trên thế giới áp dụng và có hiệu quả. Về mặt lý luận, Tổng

Bí thư Đảng cộng sản là người ưu tú nhất từ những người ưu tú của giai cấp tiên tiến nhất có năng lực quản lý, lãnh đạo tốt hơn những đảng viên khác. Chủ tịch nước cũng là người có tài, có đức, có năng lực quản lý nhà nước, quản lý xã hội, đã trưởng thành và được lựa chọn trong các tầng lớp nhân dân. Do vậy, Tổng Bí thư hoàn toàn xứng đáng đảm nhiệm chức vụ Chủ tịch nước. Việc tổ chức như vậy, cũng thể hiện được mối quan hệ gắn bó giữa Đảng, Nhà nước và nhân dân.

Việc hợp nhất chức danh Tổng Bí thư với chức danh Chủ tịch nước sẽ làm cho quyền lực tập trung vào tay một cá nhân này nhiều hơn, cao độ hơn, và điều này làm một số người lo ngại có thể dẫn đến sự độc đoán, chuyên quyền. Chúng tôi cho rằng, nguy cơ độc đoán, chuyên quyền có thể khắc phục được bằng cơ chế lãnh đạo tập thể của tổ chức Đảng. Bởi Điều 9 trong Điều lệ của Đảng Cộng sản Việt Nam đã quy định: “Đảng Cộng sản Việt Nam tổ chức theo nguyên tắc tập trung dân chủ. Nội dung cơ bản của nguyên tắc đó là: 1. Cơ quan lãnh đạo các cấp đều do bầu cử lập ra. 2. Cơ quan lãnh đạo các cấp của Đảng thực hiện nguyên tắc lãnh đạo tập thể, cá nhân phụ trách... 4. Nghị quyết của Đảng phải được chấp hành nghiêm chỉnh. Thiếu số phục tùng đa số, cấp dưới phục tùng cấp trên, cá nhân phục tùng tổ chức...”

Việc nhất thể hoá hai chức vụ nói trên cũng sẽ nâng cao hơn được trách nhiệm của người đảm nhiệm chức vụ quan trọng đó trước Đảng, trước Nhà nước và trước nhân dân, không còn tình trạng đẩy trách nhiệm cho nhau khi không làm tốt công việc giữa cơ quan đảng và cơ quan nhà nước, đề cao trách nhiệm của các tổ chức Đảng, Nhà nước đối với nhân dân.

3. Quan hệ giữa trung ương và địa phương xét từ phương diện tổ chức và vận hành của bộ máy nhà nước

Hiện nay, trong BMNN Việt Nam, các cơ quan hành chính nhà nước được tổ chức để quản lý đất nước vừa theo ngành vừa theo đơn

(2) Đảng Cộng sản Việt Nam, Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XI, Nxb Chính trị quốc gia, Hà Nội 2011, tr. 249.

vị hành chính lãnh thổ. Song do nhiều lý do mà các cơ quan hành chính trực thuộc Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ quá nhiều. Điều này biểu hiện qua việc có khá nhiều bộ và cơ quan ngang bộ, ngoài ra, còn có các cơ quan của Chính phủ. Đồng thời, do việc chia tách tỉnh, nên đã hình thành thêm quá nhiều đơn vị hành chính cấp tỉnh và thành phố trực thuộc trung ương. Điều này đã dẫn đến tình trạng, trong quản lý điều hành của nền hành chính có quá nhiều đầu mối trực thuộc Thủ tướng, làm cho hoạt động chỉ đạo, điều hành của Thủ tướng - người đứng đầu cơ quan hành chính nhà nước cao nhất - gặp rất nhiều khó khăn. Vì vậy, Nghị quyết Đại hội Đảng lần thứ X đã ghi: “Đẩy mạnh cải cách hành chính, đổi mới tổ chức và hoạt động của Chính phủ theo hướng xây dựng hệ thống cơ quan hành pháp thống nhất, thông suốt, hiện đại”³. Cụ thể là phải thực hiện “Cơ cấu lại bộ máy Chính phủ theo hướng giảm các đầu mối, phù hợp với yêu cầu đổi mới chức năng, nhiệm vụ. Cơ cấu lại các cơ quan trong hệ thống hành chính nhà nước các cấp...”⁴.

Để giải quyết các vấn đề này, có thể có nhiều cách:

Một là, giảm bớt các bộ và cơ quan ngang bộ theo tinh thần là “tổ chức bộ quản lý đa ngành, đa lĩnh vực, bảo đảm tinh gọn và hợp lý” mà Nghị quyết Đại hội Đảng lần thứ X đã đề ra. Từ đó “Xác định rõ chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn, trách nhiệm, tổ chức của các bộ, cơ quan ngang bộ; khắc phục tình trạng bỏ trống hoặc trùng lặp về chức năng, nhiệm vụ giữa các bộ, ngành”⁵.

Hai là, giảm bớt các đơn vị hành chính cấp tỉnh bằng việc phân định lại các đơn vị hành chính cấp tỉnh theo hướng sáp nhập một số tỉnh nhỏ có sự gắn kết chặt chẽ với nhau một cách hợp lý. Không nên sáp nhập với quy mô quá lớn như đã từng làm trước đây, mà phải nghiên cứu thật kỹ điều kiện kinh tế - xã hội, cơ sở hạ

tầng giao thông, thông tin liên lạc để việc sáp nhập có tác dụng thúc đẩy kinh tế - xã hội địa phương phát triển và tiện lợi cho hoạt động quản lý hành chính nhà nước từ trung ương.

Hoặc là, vẫn giữ nguyên các đơn vị hành chính tỉnh như hiện nay, nhưng thành lập thêm một số đơn vị hành chính trung gian có tính chất vùng (khu vực) để chỉ đạo trực tiếp từng cụm tỉnh “khắc phục tình trạng chia cắt, khép kín theo địa giới hành chính”⁶ tỉnh. Lúc này, Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ sẽ chỉ đạo các địa phương thông qua các cơ quan hành chính vùng (khu vực). Điều này cũng thuận lợi cho việc phát triển kinh tế vùng, liên vùng (khu vực). Thực tế hiện nay, trong ngành toà án thì Toà án nhân dân tối cao vẫn phải đặt trụ sở tại các khu vực khác nhau để giải quyết các công việc một cách kịp thời và hiệu quả.

Khi các đầu mối trực thuộc Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ ít đi thì đội ngũ những người giúp việc cho Thủ tướng sẽ giảm đi đáng kể và Thủ tướng có điều kiện điều hành, chỉ đạo một cách trực tiếp và tốt hơn. Không còn hiện tượng có “Chính phủ con” trong “Chính phủ to” như dư luận nói đùa để điều hành đất nước. Cần chú ý là việc quản lý của các bộ đối với địa phương chỉ là quản lý theo ngành, theo lĩnh vực, còn việc điều hành, quản lý, chỉ đạo của Thủ tướng Chính phủ đối với Chủ tịch các tỉnh là theo đơn vị hành chính lãnh thổ. Ở phương diện này Việt Nam còn khá yếu nên mới có chuyện mà chúng ta vẫn nghe nói là “trên bảo dưới không nghe”. Do vậy, cần “tiếp tục đổi mới tổ chức và hoạt động Chính phủ theo hướng xây dựng nền hành chính thống nhất, thông suốt, trong sạch, vững mạnh, có hiệu lực, hiệu quả”⁷ nhất là về phương diện hành chính lãnh thổ. ■

(3) Đảng Cộng sản Việt Nam, Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ X, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2006, tr. 126-127.

(4) Đảng Cộng sản Việt Nam, Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ X, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2006, tr. 254.

(5) Đảng Cộng sản Việt Nam, Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XI, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2011, tr. 249.

(6) Đảng Cộng sản Việt Nam, Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ X, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2006, tr. 224.

(7) Đảng Cộng sản Việt Nam, Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XI, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2011, tr. 249.

THAY ĐỔI TRONG QUAN ĐIỂM CHỈ ĐẠO CỦA ĐẢNG VỀ TỔ CHỨC XÉT XỬ GIÁM ĐỐC THẨM, TÁI THẨM VỤ ÁN HÌNH SỰ

■ PHẠM VĂN AN*

Kết luận số 79-KL/TW ngày 28/7/2010 của Bộ Chính trị về Đề án đổi mới tổ chức và hoạt động của Tòa án, Viện kiểm sát và Cơ quan điều tra (Kết luận 79) theo Nghị quyết số 49-NQ/TW ngày 2/6/2005 của Bộ Chính trị về Chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020 (Nghị quyết 49) tiếp tục thể hiện các quan điểm nhất quán của Đảng về cải cách tư pháp. Tuy nhiên, từ Nghị quyết 49 đến Kết luận 79 của Bộ Chính trị đã có những điều chỉnh, những thay đổi quan trọng liên quan đến công tác giải quyết và kiểm sát việc giải quyết vụ án hình sự ở giai đoạn giám đốc thẩm, tái thẩm, đòi hỏi các ngành Kiểm sát và Tòa án cần có sự quán triệt và nghiên cứu thực hiện cho đúng đắn.

Theo Luật Tổ chức Tòa án nhân dân (TAND) và Bộ luật Tố tụng hình sự hiện hành thì Tòa Hình sự TAND tối cao có nhiệm vụ giám đốc thẩm, tái thẩm những bản án, quyết định có hiệu lực pháp luật của TAND cấp tỉnh, Hội đồng thẩm phán TAND tối cao giám đốc thẩm, tái thẩm những bản án, quyết định có

hiệu lực pháp luật của Tòa án Quân sự trung ương, Tòa Hình sự TAND tối cao và các Tòa Phúc thẩm TAND tối cao.

Nghị quyết 49 có nêu “tổ chức hệ thống Tòa án theo thẩm quyền xét xử, không phụ thuộc vào đơn vị hành chính, gồm: Tòa án sơ thẩm khu vực được tổ chức ở một hoặc một số đơn vị hành chính cấp huyện; Tòa án phúc thẩm có nhiệm vụ chủ yếu là xét xử phúc thẩm và sơ thẩm một số vụ án; Tòa thượng thẩm được tổ chức theo khu vực, có nhiệm vụ xét xử phúc thẩm; TAND tối cao có nhiệm vụ tổng kết kinh nghiệm xét xử, hướng dẫn áp dụng thống nhất pháp luật, phát triển án lệ và xét xử giám đốc thẩm, tái thẩm”.

Theo Nghị quyết 49, hệ thống Tòa án các cấp bao gồm (1) Tòa án sơ thẩm khu vực, (2) Tòa án phúc thẩm, (3) Tòa thượng thẩm, (4) TAND tối cao. Nhiệm vụ của TAND tối cao là xét xử giám đốc thẩm, tái thẩm, ngoài ra có nhiệm vụ nữa là tổng kết kinh nghiệm xét xử, hướng dẫn áp dụng thống nhất pháp luật, phát triển án lệ.

Theo tinh thần nêu trên của Nghị quyết 49

(*) *Vụ Thực hành quyền công tố và Kiểm sát xét xử hình sự, Viện Kiểm sát nhân dân tối cao.*

thì nhiệm vụ xét xử giám đốc thẩm, tái thẩm các vụ án hình sự hiện nay của Tòa án cấp tỉnh sẽ không còn nữa. Trong khi đó, nhiệm vụ xét xử giám đốc thẩm, tái thẩm của TAND tối cao vẫn được giữ nguyên. Điều đó có nghĩa là tất cả các trường hợp đề nghị kháng nghị giám đốc thẩm, tái thẩm đối với bản án, quyết định của Tòa án đã có hiệu lực pháp luật, từ cấp sơ thẩm khu vực, cấp phúc thẩm, cấp thượng thẩm sẽ dồn hết về Viện Kiểm sát nhân dân (KSND) tối cao và TAND tối cao.

Ngay trong điều kiện hiện tại thì Viện KSND tối cao và TAND tối cao đã ở trong tình trạng quá tải khi giải quyết các trường hợp đề nghị kháng nghị giám đốc thẩm, tái thẩm vụ án hình sự phải thụ lý, giải quyết. Qua theo dõi hàng năm, Viện KSND tối cao thụ lý khoảng 1000 trường hợp đề nghị kháng nghị giám đốc thẩm, tái thẩm vụ án hình sự. Số án giải quyết được chỉ khoảng 500 đến 600 vụ, tức đạt khoảng 50 đến 60%. Như vậy, số vụ án đề nghị kháng nghị giám đốc thẩm, tái thẩm tồn lại hàng năm khoảng 40 đến 50%. Tính trong phạm vi nhiều năm, thì số án tồn qua các năm càng ngày càng lớn, năm này tồn sang năm sau, năm sau lại tồn qua năm sau nữa. Nếu theo Nghị quyết 49, hai cơ quan này lại phải thụ lý, giải quyết thêm các trường hợp đề nghị kháng nghị giám đốc thẩm, tái thẩm các bản án, quyết định của Tòa án cấp sơ thẩm khu vực (tức cấp huyện hiện nay), thì chắc chắn tình trạng quá tải sẽ trở nên trầm trọng hơn, nếu không có một giải pháp cơ bản nào để chủ động xử lý tình hình.

Chính vì vậy, đã có một sự thay đổi quan trọng trong quan điểm chỉ đạo của Trung ương Đảng về vấn đề này. Sự thay đổi đó đến từ Kết luận 79, Kết luận này vẫn khẳng định việc đổi mới tổ chức, hoạt động của Tòa án, Viện kiểm sát, Cơ quan điều tra cơ bản theo Nghị quyết 49 với bốn cấp Tòa án, song đã có một số điều chỉnh và một trong những điều chỉnh đáng chú ý có liên quan đến công tác xét xử giám đốc thẩm, tái thẩm các vụ án hình sự. Bốn cấp Tòa án theo Kết luận 79 là: (1) TAND sơ thẩm khu vực (không gọi là Tòa án sơ thẩm khu vực như Nghị quyết 49); (2) TAND tỉnh, thành phố trực

thuộc trung ương (không gọi là Tòa án phúc thẩm); (3) TAND cấp cao (không gọi là Tòa án thượng thẩm); (4) TAND tối cao. Theo Kết luận 79, nhiệm vụ xét xử giám đốc thẩm, tái thẩm vụ án hình sự không chỉ giao cho TAND tối cao như Nghị quyết 49 nữa mà giao cho hai cấp Tòa án, đó là TAND cấp cao và TAND tối cao. Trong đó, TAND cấp cao “giám đốc thẩm, tái thẩm các bản án, quyết định của Tòa án cấp dưới đã có hiệu lực pháp luật nhưng lại kháng nghị”, TAND tối cao “xét xử giám đốc thẩm, tái thẩm, tổng kết kinh nghiệm xét xử, hướng dẫn áp dụng thống nhất pháp luật, được tổ chức tinh gọn, với số lượng thẩm phán từ 13 đến 17 người”.

Như vậy, TAND tối cao sẽ chủ yếu giám đốc thẩm, tái thẩm đối với bản án, quyết định có hiệu lực pháp luật của TAND cấp cao và tương đương trở lên; TAND cấp cao có nhiệm vụ giám đốc thẩm, tái thẩm đối với các bản án, quyết định có hiệu lực pháp luật của TAND sơ thẩm khu vực và TAND cấp tỉnh.

Kết luận 79 cũng khẳng định “Tổ chức hệ thống Viện KSND gồm bốn cấp, phù hợp với hệ thống tổ chức của TAND”, cụ thể là: (1) Viện KSND khu vực, (2) Viện KSND tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương; (3) Viện KSND cấp cao; (4) Viện KSND tối cao.

Nhiệm vụ của Viện KSND có một sự tương thích nhất định với nhiệm vụ của Tòa án, khối lượng nhiệm vụ của Viện kiểm sát các cấp tăng lên hay giảm đi đều tỷ lệ thuận với nhiệm vụ của Tòa án. Số lượng việc thụ lý, giải quyết các trường hợp đề nghị kháng nghị giám đốc thẩm, tái thẩm các vụ án hình sự ở TAND tối cao và Viện KSND tối cao trong những năm qua tương đương nhau, khoảng 1.000 trường hợp mỗi năm.

Giám đốc thẩm, tái thẩm các vụ án hình sự - một nhiệm vụ nặng nề của TAND tối cao - sẽ được san sẻ phần lớn cho TAND cấp cao. Tình trạng quá tải của việc thụ lý, giải quyết các trường hợp đề nghị kháng nghị giám đốc thẩm, tái thẩm các vụ án hình sự ở Viện KSND tối cao và TAND tối cao vì thế sẽ được giải tỏa. Hai cơ quan này sẽ khắc phục được tình trạng sa lầy

vào những công việc sự vụ cụ thể, có điều kiện nhiều hơn để thực hiện tốt các nhiệm vụ ở tầm vĩ mô, theo chức năng nhiệm vụ của mình như nghiên cứu, tổng kết kinh nghiệm công tác, hướng dẫn áp dụng thống nhất pháp luật, xây dựng chương trình, kế hoạch công tác, quản lý chỉ đạo điều hành trong toàn ngành, vạch ra và tổ chức thực hiện những vấn đề chiến lược của ngành, đáp ứng yêu cầu, nhiệm vụ trong giai đoạn mới.

Tuy nhiên, trong khi thực hiện sự phân cấp việc giám đốc thẩm, tái thẩm các vụ án hình sự, cần phải tiếp tục nghiên cứu, tính toán về những phát sinh có thể xảy đến đối với TAND cấp cao, Viện KSND cấp cao khi tiếp nhận nhiệm vụ này. Theo Kết luận 79, TAND cấp tỉnh “không thực hiện nhiệm vụ giám đốc thẩm, tái thẩm” nữa, trong khi đó cũng theo Kết luận 79, TAND cấp cao “giám đốc thẩm, tái thẩm các bản án, quyết định của Toà án cấp dưới đã có hiệu lực pháp luật”. Như vậy, TAND cấp cao phải thụ lý, giải quyết theo thủ tục giám đốc thẩm, tái thẩm hai loại án sau:

- Số bản án, quyết định có hiệu lực pháp luật của TAND tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương. Loại án này hiện tại do Viện KSND tối cao, TAND tối cao thụ lý, giải quyết.

- Số bản án, quyết định có hiệu lực pháp luật của TAND sơ thẩm khu vực. Loại án này hiện tại do Viện KSND, TAND cấp tỉnh thụ lý, giải quyết theo thủ tục giám đốc thẩm, tái thẩm.

TAND cấp cao, theo Kết luận 79 còn có nhiệm vụ quan trọng là xét xử phúc thẩm các bản án, quyết định sơ thẩm của TAND cấp tỉnh có kháng cáo, kháng nghị và Viện KSND cấp cao phải thực hiện nhiệm vụ kiểm sát việc thụ lý, giải quyết số án này.

Riêng về ngành KSND, hiện có quan điểm Viện KSND các cấp phải kiểm sát việc thụ lý, giải quyết, tham gia xét xử tại phiên tòa đối với tất cả các vụ án dân sự, hành chính, kinh tế, lao động, kinh doanh thương mại và những việc khác theo quy định của pháp luật. Hiện Bộ luật Tố tụng dân sự đang được xây dựng theo hướng này. Cùng với việc thụ lý, giải quyết các vụ án hình sự theo thủ tục giám đốc thẩm, tái thẩm thì

Viện KSND cấp cao cũng sẽ phải thụ lý, giải quyết các vụ án dân sự... theo thủ tục giám đốc thẩm, tái thẩm. Theo đó, khối lượng nhiệm vụ của Viện kiểm sát nói chung và của Viện KSND cấp cao sẽ lại tăng lên rất nhiều.

Như vậy, phần lớn các trường hợp đề nghị giám đốc thẩm, tái thẩm vụ án hình sự hiện do Viện KSND tối cao và TAND tối cao thụ lý, giải quyết cộng với toàn bộ các trường hợp đề nghị giám đốc thẩm, tái thẩm vụ án hình sự do TAND sơ thẩm khu vực xét xử dồn về cho TAND cấp cao thụ lý, giải quyết. Qua theo dõi, hiện nay mỗi năm, TAND tối cao phải xét xử khoảng 70 vụ án hình sự theo thủ tục giám đốc thẩm, tái thẩm, trong khi đó TAND cấp tỉnh phải xét xử khoảng từ 160 đến 180 vụ (năm 2010 thụ lý 169 vụ - 317 bị cáo). Theo Kết luận 79, toàn bộ số lượng án này sẽ được giao cho TAND cấp cao giải quyết, và với số lượng lớn các trường hợp đề nghị kháng nghị giám đốc thẩm, tái thẩm vụ án hình sự như thế này sẽ đòi hỏi một lực lượng lớn cán bộ tham gia giải quyết. Trong khi đó, số vụ án phải xét xử theo thủ tục giám đốc thẩm, tái thẩm chỉ chiếm phần rất nhỏ trong tổng số các trường hợp đề nghị giám đốc thẩm, tái thẩm mà Viện kiểm sát và Toà án phải thụ lý, xem xét giải quyết. Vì vậy, theo chúng tôi, vấn đề này cần được tiếp tục xem xét, tính toán để có sự tổ chức, bố trí lực lượng tham gia giải quyết cho phù hợp, tránh việc khắc phục tình trạng quá tải ở TAND tối cao lại chuyển tình trạng đó về TAND cấp cao.

Giải pháp phân cấp án giám đốc thẩm, tái thẩm ở TAND tối cao về TAND cấp cao mặc dù rất quan trọng và sẽ phát huy tác dụng tích cực trong tình hình hiện nay, nhưng theo chúng tôi, đó cũng chưa phải là giải pháp căn bản và tối ưu nhất đối với một nền tư pháp. Bởi vì, thực chất đó cũng chỉ là các giải pháp mang tính kỹ thuật, là việc điều chỉnh, cơ cấu lại, phân công lại cho Toà án và Viện kiểm sát các cấp tham gia giải quyết số án giám đốc thẩm, tái thẩm, cụ thể là sự chuyển dịch, giảm tải số án ở cấp cao nhất để chuyển về cấp thấp hơn, còn tổng số án giám đốc thẩm, tái thẩm

phát sinh là vẫn chưa thay đổi.

Giải pháp nào để giảm một cách căn bản tổng số các trường hợp đề nghị giám đốc thẩm, tái thẩm các vụ án hình sự trong phạm vi toàn quốc? Đây là vấn đề chiến lược lâu dài của cả nền tư pháp. Luật pháp của chúng ta yêu cầu phải tôn trọng quyền khiếu nại, tố cáo của công dân, thụ lý, giải quyết thỏa đáng tất cả các đề nghị của họ liên quan đến các vụ án, dù đó là các vụ án đã có bản án, quyết định giải quyết của Tòa án có hiệu lực pháp luật. Song ở góc nhìn khác, thì tố tụng hình sự không thể là một quá trình kéo dài vô tận. Cần phải giải quyết thỏa đáng mọi yêu cầu, mọi ý kiến của người dân liên quan đến vụ án, song là giải quyết trong một giới hạn nào đó cả về thời gian và về cấp độ của tố tụng. Tố tụng của chúng ta đã đưa ra nguyên tắc xét xử hai cấp, vẫn chưa đủ, chúng ta lại phải đưa ra một thủ tục đặc biệt là thủ tục giám đốc thẩm, tái thẩm, nhưng lại vẫn là chưa đủ,

trong khi các thủ tục đặc biệt ấy, dường như đã trở thành thủ tục thông thường.

Rõ ràng, chúng ta phải giới hạn việc giải quyết các vụ án hình sự trong một khuôn khổ nào đó. Tuy nhiên, một sự giới hạn như vậy phải dựa trên cơ sở việc giải quyết vụ án phải đúng đắn, phải đủ độ tin cậy. Việc khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử sơ thẩm, phúc thẩm phải đảm bảo chất lượng; đúng người, đúng tội, đúng pháp luật; phải khắc phục được một cách cơ bản các vi phạm, thiếu sót trong giải quyết vụ án, không làm oan người vô tội, không bỏ lọt tội phạm. Việc xem xét lại vụ án ở cấp giám đốc thẩm, tái thẩm chỉ là và phải là hãn hữu, là rất ít, đúng như tính chất của nó, là một thủ tục đặc biệt. Khi đó, chẳng những không còn tình trạng quá tải án giám đốc thẩm, tái thẩm ở cơ quan tư pháp cấp cao nhất mà ở các cấp khác cũng không phải quá bận tâm về vấn đề này. ■

KIỂM SOÁT QUYỀN LỰC NHÀ NƯỚC TRONG XÂY DỰNG NHÀ NƯỚC PHÁP QUYỀN...

(Tiếp theo trang 9)

- Kiểm soát quyền lực bên trong tổ chức quyền lực nhà nước (giữa các thành tố cấu thành quyền lực nhà nước: giữa lập pháp, hành pháp và tư pháp và giữa quyền lực nhà nước ở trung ương và địa phương). Đây là mối quan hệ kiểm soát quyền lực trong tổ chức và hoạt động của bộ máy nhà nước. Chỉ trên cơ sở phân công một cách đúng đắn, hợp lý, minh bạch, rõ ràng giữa ba quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp để cho các quyền này có điều kiện thực hiện đầy đủ và đúng đắn ý nguyện của nhân dân đã được ghi nhận thành các quy định của Hiến pháp và các đạo luật; đồng thời, phân

cấp, phân quyền giữa quyền lực nhà nước ở trung ương và ở địa phương một cách phù hợp, mới thực hiện được việc kiểm soát quyền lực bên trong bộ máy nhà nước. Theo kinh nghiệm tổ chức quyền lực nhà nước ở các nhà nước đương đại, kiểm soát quyền lực nhà nước là yếu tố thể hiện tính pháp quyền và dân chủ của một bộ máy nhà nước, là nhân tố góp phần làm nên sự giàu có của một quốc gia. Với vai trò to lớn như vậy, việc kiểm soát quyền lực nhà nước bên trong tổ chức quyền lực nhà nước là một nội dung quan trọng không thể thiếu trong xây dựng Nhà nước pháp quyền XHCN ở nước ta. Tiếp tục phân công, phân nhiệm một cách rạch ròi, hợp lý, khoa học nhiệm vụ và quyền hạn của mỗi quyền, tăng cường kiểm soát lẫn nhau trong thực thi quyền lực nhà nước giữa các quyền và phối hợp chặt chẽ giữa ba quyền trên cơ sở nhiệm vụ quyền hạn được giao, là một công việc phải được tiến hành thường xuyên trong quá trình xây dựng và hoàn thiện bộ máy nhà nước. ■

MỘT SỐ VẤN ĐỀ NHÌN TỪ GÓC ĐỘ TỔ TỤNG TRONG VỤ KIẾN ĐẦU TIÊN CỦA VIỆT NAM TẠI WTO

■ NGUYỄN TIẾN VINH*

Ngày 11/1/2007, Việt Nam chính thức trở thành Thành viên thứ 150 của Tổ chức thương mại thế giới (WTO)¹. Tư cách Thành viên của WTO cho phép Việt Nam tham gia vào một sân chơi bình đẳng, tiếp cận với thị trường hàng hoá, dịch vụ của các Thành viên khác của WTO trên cơ sở nguyên tắc không phân biệt đối xử, minh bạch và dựa trên luật lệ. Đặc biệt, tư cách Thành viên cũng đem lại cho Việt Nam cơ hội sử dụng cơ chế giải quyết tranh chấp của WTO nhằm chống lại những vi phạm của các Thành viên khác².

Không lâu sau thời điểm gia nhập, ngày 1/2/2010, theo thủ tục quy định tại Nghị định thư về cơ chế giải quyết tranh chấp của WTO (DSU), Việt Nam đã gửi yêu cầu tham vấn cho

Hoa Kỳ về một số biện pháp mà nước này áp dụng đối với các sản phẩm tôm nước ấm đông lạnh của Việt Nam, mở đầu vụ tranh chấp đầu tiên của Việt Nam tại WTO³. Ngày 7/4/2010, sau các cuộc tham vấn bất thành, Việt Nam đệ trình lên Cơ quan giải quyết tranh chấp của WTO (DSB) yêu cầu thành lập Ban Hội thẩm (Panel) giải quyết các khiếu kiện của mình⁴. Việt Nam yêu cầu Panel tuyên bố Hoa Kỳ vi phạm Hiệp định về chống bán phá giá của WTO ở bảy nội dung khác nhau⁵. Ngày 19/5/2011, Panel của WTO đã chính thức công bố Báo cáo giải quyết tranh chấp về vụ khiếu kiện⁶.

Căn cứ nội dung của Báo cáo và xét đến thời điểm hiện tại, có thể coi vụ kiện Tôm là một thắng lợi của Việt Nam, tuy chưa phải là

(*) **Th.S Giảng viên Khoa Luật, ĐHQG Hà Nội**

(1) Xem Nghị quyết của Quốc hội số 71/2006/QH11 ngày 29/11/2006 Phê chuẩn Nghị định thư gia nhập Hiệp định thành lập Tổ chức thương mại thế giới của nước CHXHCN Việt Nam.

(2) Xem Tờ trình số 150/TTr-CP của Chính phủ ngày 11/11/2006 Về kết quả đàm phán gia nhập Tổ chức thương mại thế giới và phê chuẩn Nghị định thư gia nhập Hiệp định thành lập Tổ chức thương mại thế giới.

(3) United-State – Antidumping measures on certain shrimp from Viet Nam- Request for Consultations by Viet Nam, Doc. WT/DS404/1, 4 February 2010. Sau đây gọi tắt là vụ kiện tôm, theo ký hiệu vụ kiện tại WTO là vụ DS404.

(4) DS404, Request for the Establishment of a Panel by Viet Nam, Doc. WT/DS404/5, 9 April 2010.

(5) Các nội dung này bao gồm: 1) Việc Hoa Kỳ sử dụng phương pháp Quy về không (Zeroing as applied) để tính biên độ bán phá giá đối với các doanh nghiệp bị điều tra bắt buộc; 2) Phương pháp Quy về không của Hoa Kỳ về mặt pháp lý (as such); 3) Việc Hoa Kỳ sử dụng biên độ bán phá giá theo phương pháp Quy về không để tính mức thuế chung (all others rate); 4) Việc Hoa Kỳ áp dụng mức thuế suất toàn quốc (country wide rate) cho một số doanh nghiệp không bị điều tra hoặc rà soát riêng rẽ; 5) Việc Hoa Kỳ sử dụng các dữ liệu có sẵn bất lợi cho việc tính toán mức thuế suất toàn quốc; 6) Việc Hoa Kỳ giới hạn các doanh nghiệp Việt Nam được lựa chọn để điều tra riêng rẽ (sampling); 7) Việc Hoa Kỳ “tiếp tục sử dụng biện pháp bị khiếu kiện” (continued use of challenged practices). Xem: DS404, Report of the Panel, Doc. WT/DS404/R, 11 July 2011, para. 3.1, p.3.

(6) DS404, Report of the Panel, Doc. WT/DS404/R, 11 July 2011.

một thắng lợi trọn vẹn và chung cuộc⁷. Một mặt, bên cạnh việc ủng hộ đa số các nội dung khiếu kiện của Việt Nam (nội dung 1, 2, 3, 4, 5) trong đó đặc biệt là khiếu kiện về biện pháp Quy về không, Báo cáo của Panel cũng bác bỏ hoặc không xem xét 2 nội dung khác (nội dung 6 và 7). Mặt khác, từ thời điểm Báo cáo được công bố, theo quy định của DSU, cả Hoa Kỳ và Việt Nam còn có thời hạn 60 ngày để kháng cáo theo thủ tục phúc thẩm. Trong trường hợp có kháng cáo như vậy, Báo cáo của Panel sẽ được xem xét lại bởi Cơ quan phúc thẩm (AB) và vụ kiện sẽ còn kéo dài cho đến thời điểm DSB thông qua báo cáo của AB.

Là vụ kiện đầu tiên mà Việt Nam tham gia một cách chủ động và thắng lợi tại WTO, vụ kiện Tôm cần được nghiên cứu một cách kịp thời nhằm rút ra những bài học cần thiết cho quá trình hội nhập nói chung và sử dụng cơ chế giải quyết tranh chấp nói riêng của Việt Nam tại WTO trong thời gian tới. Bên cạnh việc nghiên cứu các nội dung tranh chấp đã được đặt ra và được phân xử trong vụ kiện, việc tìm hiểu các vấn đề có tính chất thủ tục mà Việt Nam đã gặp phải và giải quyết trong vụ kiện cũng hết sức cần thiết.

I. Quy chế nước đang phát triển: tham gia với chế độ đối xử khác biệt và đặc biệt hay với tư cách chủ động và bình đẳng?

1. Tính kém hiệu quả của chế độ đối xử khác biệt và đặc biệt dành cho các nước đang phát triển trong cơ chế giải quyết tranh chấp của WTO

Giống như hầu hết các Hiệp định khác của WTO, Nghị định thư về cơ chế giải quyết

tranh chấp cũng có các quy định đối xử đặc biệt và khác biệt (Special and Defferential Treatment – SDT) dành cho các nước đang phát triển (CNĐPT). Các quy định này có thể được tìm thấy trong từng giai đoạn giải quyết tranh chấp, từ giai đoạn tham vấn, thành lập Panel đến giai đoạn xem xét bởi Panel, bởi AB hay trong giai đoạn thông qua và thực thi các khuyến nghị và quyết định của DSB. Chúng được xây dựng nhằm giúp CNĐPT khắc phục hai trở ngại chính khi tham gia cơ chế giải quyết tranh chấp của WTO: trở ngại về tiềm lực tài chính, kinh tế và trở ngại về năng lực, kinh nghiệm tổ tụng tại WTO⁸.

Thực tiễn giải quyết tranh chấp tại WTO cho thấy các quy định SDT của DSU là không hiệu quả, rất ít được viện dẫn thành công bởi CNĐPT⁹. Điều này được giải thích bởi ba nguyên nhân cơ bản. *Thứ nhất*, đại đa số các quy định SDT của DSU chỉ mang tính chất tuyên bố, thiếu tính chi tiết và không có cơ chế đảm bảo thực thi. *Thứ hai*, một số quy định nếu không có những hạn chế này thì lại nhằm giải quyết những vấn đề không thực sự là mối quan tâm, hay những khó khăn thực tế của CNĐPT. *Thứ ba*, các quy định SDT không đề cập đến các quyền, lợi thế về nội dung của CNĐPT trong vụ tranh chấp. Chúng chỉ nhằm mang đến một số những thuận lợi, lợi thế về mặt thủ tục. Vì vậy, việc sử dụng chúng có thể tạo lên những bất lợi về dư luận cho CNĐPT.

Trong khuôn khổ Vòng đàm phán Doha hiện thời¹⁰, giữa những đề xuất nhằm hoàn thiện cơ chế giải quyết tranh chấp của WTO, có khá nhiều đề xuất nhằm tăng cường hiệu quả của các quy định SDT dành cho CNĐPT¹¹.

(7) Xem nhận định của ông Nguyễn Hữu Dũng, Phó Chủ tịch thường trực của Hiệp hội chế biến và xuất khẩu thủy sản Việt Nam (VASEP) trên báo điện tử Người lao động ngày 12/7/2011: “Vụ kiện Tôm: mới thắng một nửa” <http://nld.com.vn/20110712112951140p0c1014/vu-kien-tom-moi-thang-mot-nua.htm>

(8) FRANÇOIS, Joseph, HORN, Henrik and KAUNITZ, Niklas, *Trading Profiles and Developing Country Participation in the WTO Dispute Settlement System*, IFN (Research Institute of Industrial Economics) Working Paper No. 730, 2008; BOWN, Chad P., HOEKMAN, Bernard M., *Developing Countries and Enforcement of Trade Agreements: Why Dispute Settlement is Not Enough*, *Journal of World Trade*, Vol. 42, 2008, pp. 177-203.

(9) ROESSLER, Friedder, *Special and differential treatment of developing countries under the WTO dispute settlement system*: <http://www.scribd.com/doc/17249044/Special-and-Differential-Treatment-of-Developing-Countries-Under-the-Wto>

(10) Vòng đàm phán Doha của WTO được khởi động từ năm 2011, sau rất nhiều thay đổi lịch trình, hiện vẫn trong tình trạng bế tắc. Xem thêm thông tin tại: www.wto.org/english/tratop_e/dda_e/dda_e.htm

(11) Xem các báo cáo của Chủ tịch các Phiên họp đặc biệt của Cơ quan giải quyết tranh chấp: tài liệu WTO -TN/DS/9 ngày 6/6/2003; WTO - JOB(08)81 ngày 18/6/2008.

Tuy nhiên, có rất ít trong chúng đạt được sự đồng thuận của các nước Thành viên¹².

Đứng trước thực tế nêu trên, câu hỏi đặt ra là làm thế nào để CNDPT có thể sử dụng một cách hiệu quả cơ chế giải quyết tranh chấp của WTO, đặc biệt khi đối mặt với họ trong một vụ tranh chấp là một nước phát triển có tiềm lực kinh tế, nhân lực cũng như kinh nghiệm tổ tụng nổi trội hơn hẳn?¹³ Bên cạnh những ý kiến nhấn mạnh đến việc phải tăng cường và sử dụng thường xuyên chế độ SDT, nhiều ý kiến cho rằng, CNDPT thay vì tìm kiếm một sự đối xử ưu đãi và khác biệt, cần chủ động tham gia một cách bình đẳng trên cơ sở tận dụng triệt để những cơ hội có được cả trong và ngoài các quy định của DSU¹⁴. Ủng hộ cho quan điểm này, một số nghiên cứu thực nghiệm chỉ ra rằng, có nhiều nước trong CNDPT đã sử dụng khá thường xuyên và thành công cơ chế giải quyết tranh chấp của WTO, bảo vệ tốt những lợi ích thương mại của họ ngay cả trong các tranh chấp với các cường quốc thương mại hàng đầu như: Hoa Kỳ, EU...¹⁵

2. Vụ kiện Tôm của Việt Nam: một ví dụ về sự tham gia chủ động và bình đẳng vào cơ chế giải quyết tranh chấp của WTO

Trong quá trình đàm phán gia nhập WTO, Việt Nam đã yêu cầu và được các Thành viên coi là “một nước đang phát triển với thu nhập thấp và nợ nước ngoài cao”¹⁶. Với tư cách này, Việt Nam đã nhận được một số đối xử “linh hoạt” nhất định. Khi đã trở thành Thành viên của WTO, Việt Nam cũng có quyền viện

dẫn các quy định SDT trong các hiệp định của WTO, bao gồm cả Nghị định thư về giải quyết tranh chấp.

Tại vụ kiện Tôm, trong cả giai đoạn tham vấn, thành lập Panel lẫn trong quá trình xem xét bởi Panel, Việt Nam đã không viện dẫn hay yêu cầu áp dụng bất kỳ một quy định SDT của DSU. Ngoài ra, rất đáng lưu ý là trong toàn bộ Báo cáo của Panel, cụm từ “nước đang phát triển” nhằm chỉ Việt Nam đã không hề xuất hiện. Từ thực tế này, có thể nhận định rằng, ngoài việc là nước chủ động khởi kiện, Việt Nam còn thực hiện vụ kiện với tư thế hoàn toàn bình đẳng với Hoa Kỳ, cường quốc thương mại số một của WTO.

Nhận định trên đây không nhằm loại trừ việc nghiên cứu và tìm kiếm những khả năng Việt Nam vận dụng chế độ SDT trong tương lai. Kinh nghiệm của một số nước trong CNDPT cho thấy, mặc dù có những hạn chế cố hữu, các quy định SDT trong DSU vẫn có thể được áp dụng thành công, đặc biệt khi nước đang phát triển là bị đơn trong vụ tranh chấp. Chẳng hạn, trong trường hợp cần có thêm thời gian thích đáng cho việc chuẩn bị hồ sơ vụ kiện, CNDPT có thể yêu cầu áp dụng điều 10.12 của DSU cho phép khả năng kéo dài thời hạn thủ tục tham vấn. Tương tự như vậy, nếu là nước thua kiện có nghĩa vụ phải thực thi phán quyết, họ cũng có thể viện dẫn quy định tại điều 21.2 của DSU để yêu cầu trọng tài hoặc cân nhắc nội dung, mức độ của biện pháp phải thực thi, hoặc kéo dài thời hạn được coi là “hợp lý” để thực thi phán quyết của DSB¹⁷.

(12) BALÁS, P., *Chairing the DSU Negotiations: An Overview*, in GEORGIEV, D., and VAN DER BORGHT, K. (edited by), *Reform and Development of the WTO Dispute Settlement System*, 2006, p.16.

(13) NORDSTROM, Hakan and SHAFFER, Gregory, *Access to justice in the wto: a case for a small-claims procedure?*, in THOMAS Chantal, TRACHTMAN, Joel P. (Edited by), *Developing countries in the WTO legal system*, Oxford University Press, New York, 2009.

(14) Xem QURESHI, Asif H., *Participation of developing countries in the WTO dispute settlement system*, in ORTINO, Federico and PERTESMANN, Ernst-Ulrich (edited by), *sdd.*, Chú thích 13, tr. 494.

(15) SHAFFER, Gregory and al., *Brazil's Response to the Judicialized WTO Regime: Strengthening the State through Diffusing Expertise*, ICTSD South America Dialogue on WTO Dispute Settlement and Sustainable Development, Sao Paulo, Brazil 22-23 June 2006.

(16) Xem Báo cáo của Ban công tác về việc Việt Nam gia nhập WTO, tài liệu WT/ACC/VNM/48 ngày 27/10/2006, đoạn 6, tr.5.

(17) Năm 1998, theo yêu cầu của Indonesia, Trọng tài được thành lập theo thủ tục quy định tại điều 21.3c đã áp dụng điều 21.1 của DSU để trao cho Indonesia thêm 6 tháng so với “thời hạn hợp lý” nhằm thực thi phán quyết của Cơ quan giải quyết tranh chấp. Xem: *Indonesia – Certain measures affecting the automobile industry, Arbitration under article 21.3 c) of the DSU, doc. WT/DSS4/15, 7/12/1998, para. 24.*

II. Mối quan hệ Nhà nước - Tư nhân: vai trò của doanh nghiệp, tiếng nói của chuyên gia và các tổ chức dân sự

1. Vai trò của doanh nghiệp, các hiệp hội doanh nghiệp

Trên phương diện pháp lý, các tranh chấp được giải quyết tại GATT trước đây, cũng như tại WTO hiện nay là các tranh chấp giữa các chính phủ. Tuy vậy, trên thực tế đứng sau các chính phủ trong mỗi vụ tranh chấp lại là những doanh nghiệp (DN) với những lợi ích thương mại cụ thể. Xuất phát từ các hoạt động thương mại mang tính quốc tế của mình, các DN hàng ngày “sống” với các quy định pháp luật, thực tiễn hành chính của các chính phủ nước ngoài. Trong đại đa số các trường hợp, chính họ phát hiện ra những biện pháp bảo hộ, những hành vi vi phạm của chính phủ nước ngoài và yêu cầu chính phủ của họ can thiệp để đối phó với các vi phạm đó khi cần thiết. Khi vụ tranh chấp được đưa ra WTO, các DN trở thành đối tác của chính phủ: họ cung cấp chứng cứ, lập luận pháp lý cho các cơ quan của chính phủ để theo đuổi vụ kiện. Đặc biệt, xu hướng ngày càng nhấn mạnh đến vấn đề cung cấp chứng cứ, thực hiện nghĩa vụ chứng minh của thực tiễn giải quyết tranh chấp tại WTO một cách gián tiếp đã làm tăng lên đáng kể vai trò của các DN¹⁸. Riêng đối với CNDPT, DN còn có vai trò rõ nét hơn, thể hiện ở việc họ đóng góp cùng nhà nước nguồn kinh phí, giới thiệu và cung cấp nguồn nhân lực chuyên gia, tư vấn và luật sư trong mỗi vụ kiện.

Tại hầu hết các cường quốc thương mại, từ khá sớm đã hình thành những cơ chế phối hợp chặt chẽ giữa các cơ quan của nhà nước với xã hội dân sự nói chung và khối DN nói riêng trong giải quyết các tranh chấp quốc tế

về thương mại¹⁹. Các nghiên cứu thực nghiệm tại CNDPT được coi là thành công nhất trong việc sử dụng cơ chế giải quyết tranh chấp của WTO cũng đi đến kết luận là cơ chế hợp tác hiệu quả giữa nhà nước với DN và các hiệp hội DN là một trong những nhân tố tiên quyết đảm bảo sự thành công²⁰.

Thực tế trong vụ kiện Tôm của Việt Nam, vai trò của Hiệp hội Chế biến và xuất khẩu thủy sản Việt Nam (VASEP) đã được thể hiện một cách rất tích cực ngay từ giai đoạn các DN chế biến, xuất khẩu tôm của Việt Nam phải đối mặt với các biện pháp điều tra chống bán phá giá của Hoa Kỳ từ đầu những năm 2000²¹. Chính VASEP là chủ thể chủ động đề xuất đưa vụ kiện Tôm ra WTO. Trong quá trình theo đuổi vụ kiện, vai trò đóng góp tài chính, giới thiệu chuyên gia và luật sư cho Chính phủ Việt Nam của VASEP cũng được thể hiện rõ.

Tuy vậy, vụ kiện Tôm cũng đã cung cấp một bài học đắt giá cho các DN Việt Nam, cho thấy sự cần thiết tăng cường nhận thức và tính chủ động của các DN trong việc giải quyết các tranh chấp thương mại quốc tế. Trong vụ kiện này, tại nội dung khiếu kiện thứ 6 của mình, Việt Nam yêu cầu Panel tuyên bố Hoa Kỳ đã vi phạm điều 6.10.2 của Hiệp định chống bán phá giá của WTO khi Hoa Kỳ đã giới hạn các DN Việt Nam được lựa chọn để điều tra riêng rẽ.

Trong phản phản bác của mình, Hoa Kỳ lập luận rằng theo quy định tại điều 6.10.2 Hiệp định chống bán phá giá, Hoa Kỳ chỉ có nghĩa vụ điều tra riêng rẽ đối với DN không được lựa chọn ban đầu nhưng đã tự nguyện cung cấp thông tin để có thể xem xét điều tra. Theo Hoa Kỳ, trong quá trình tiến hành các rà soát hành chính đang bị khiếu kiện, đã không có DN Việt

(18) ALAVI, Amin, *On the (Non)-Effectiveness of the World Trade Organization's Special and Differential Treatments in the Dispute Settlement Process*, *Journal of World Trade*, Vol. 40, 2007, pp. 319-349.

(19) SHAFFER, Gregory C., *What's new in EU trade dispute settlement? Judicialization, public-private networks and the WTO legal order*, *Journal of European Public Policy*, Vol. 13, No 6, 2006, pp. 832-850.

(20) BOHL, Kristin, *Problems of developing country access to WTO dispute settlement*, *Chicago-Kent Journal of International & Comparative Law*, Vol.9, 2009, p. 175.

(21) Để có thêm thông tin, có thể xem: Bao Anh Thai, *An analysis of "lessons learned" from "catfish" and "shrimp" anti-dumping cases*:

http://www.baolawfirm.com.vn/dmdocuments/an_analysis_of_lessons_learned_from_antidumping_case.pdf

Nam nào không được lựa chọn nhưng vẫn tự nguyện cung cấp thông tin như theo quy định tại điều 6.10.2²². Chấp nhận lập luận này của Hoa Kỳ và sau khi khẳng định Việt Nam không đưa ra được bằng chứng trái ngược, Panel đã bác khiếu kiện của Việt Nam²³. Như vậy, nội dung khiếu kiện duy nhất của Việt Nam bị bác trong vụ kiện Tôm đã được giải thích là xuất phát từ hành vi thụ động từ các DN Việt Nam.

Nhìn một cách khái quát, sự thụ động của các DN, vai trò hạn chế của các hiệp hội DN, ngành hàng Việt Nam có thể được giải thích bởi hai lý do cơ bản. Một mặt, đại đa số các DN Việt Nam là DN vừa và nhỏ, sự hiểu biết và kinh nghiệm giao thương quốc tế, đặc biệt là kinh nghiệm đối phó với các tranh chấp quốc tế còn hạn chế. Mặt khác, xét về phương diện quản lý nhà nước, sự liên kết giữa các DN, ngành hàng cũng cần một khung pháp luật phù hợp²⁴. Điều này cho thấy, việc ban hành một văn bản ở tầm một đạo luật về hội, đặc biệt có nội dung điều chỉnh về các hiệp hội, ngành hàng là điều cần thiết.

Vai trò của các DN, các hiệp hội DN, ngành hàng, đặc biệt mối quan hệ giữa các chủ thể này với các cơ quan nhà nước trong giải quyết các tranh chấp thương mại quốc tế hiện được đề cập chủ yếu trong một Chỉ thị của Thủ tướng Chính phủ năm 2005²⁵. Do ban hành từ trước thời điểm Việt Nam gia nhập WTO, Chỉ thị đã có những nội dung trở nên lạc hậu. Chẳng hạn, Chỉ thị mới chỉ nhấn mạnh đến các tranh chấp thương mại tại nước ngoài, chưa đề cập hợp lý đến việc giải quyết các tranh chấp tại các tổ chức quốc tế như WTO. Mặt khác, Chỉ thị cũng chưa thiết lập được một cơ chế

phối hợp chung giữa các cơ quan nhà nước với các DN, các hiệp hội DN. Đặc biệt, vì là một chỉ thị của Thủ tướng, nhiều nội dung của văn bản chỉ mang tính chất điều hành, giá trị quy phạm pháp lý thấp. Những hạn chế trên đây cho thấy, Việt Nam cần có một văn bản có tính quy phạm, có giá trị pháp lý cao để giải quyết thích đáng cơ chế phối hợp giữa các DN, hiệp hội DN, ngành hàng với các cơ quan nhà nước có thẩm quyền trong việc đối phó với các tranh chấp thương mại quốc tế nói chung và các tranh chấp tại WTO nói riêng.

2. Tiếng nói của chuyên gia, các tổ chức dân sự

Khác với các DN, các tổ chức dân sự phi chính phủ không có lợi ích thương mại trực tiếp trong các vụ tranh chấp tại GATT 1947 trước đây, cũng như tại WTO hiện nay. Xuất phát từ tiền đề các tranh chấp này là các tranh chấp giữa các chính phủ mà trong cả thời kỳ của GATT 1947 cũng như trong thời gian đầu của WTO, xã hội dân sự nói chung, các cá nhân, các tổ chức phi chính phủ nói riêng đã không hoặc có tiếng nói rất hạn chế, trong quá trình giải quyết tranh chấp. Điều này đã và đang tiếp tục có những thay đổi quan trọng tại WTO²⁶.

Từ thực tiễn xét xử của mình, AB đã từng bước dỡ bỏ những hạn chế, thậm chí khuyến khích sự tham gia tích cực hơn của xã hội dân sự, đặc biệt của các tổ chức phi chính phủ, thông qua cơ chế gọi là *amicus curiae*²⁷.

Động thái trên đây của AB ngày càng gặp phải sự phản ứng từ các nước thành viên của WTO, đặc biệt từ CNDPT. Ngoài việc cho rằng, *amicus curiae* không có cơ sở pháp lý

(22) DS404, Báo cáo của Panel, đoạn 7.182.

(23) DS404, Báo cáo của Panel, đoạn 7.183.

(24) Chẳng hạn, xem CATBAGAN Aaron, *Rights of Action for Private Non-state Actors in the WTO Dispute Settlement System*, *Denver Journal of International Law and Policy*, Vol. 37, 2009, p. 295.

(25) Chỉ thị số 20/2005/CT-TTg ngày 9/6/2005 của Thủ tướng Chính phủ Về việc phòng, chống các vụ kiện thương mại nước ngoài.

(26) STERN Brigitte, *L'intervention des tiers dans le contentieux de l'OMC*, R.G.D.I.P, Tome CVII-2003, pp. 258-259; VAN DEN BOSSCHE, Peter, *NGO involvement in the WTO: A lawyer's perspective on a glass half-full or half-empty?*, *Maastricht Faculty of Law Working Paper 2006/10*, Maastricht, 2006.

(27) *Amicus curiae* là một thuật ngữ La-tinh (Bạn của quan toà) diễn tả trường hợp một bên thứ ba trong một vụ tranh chấp gửi đến toà án ý kiến của mình về mặt sự việc hay pháp lý nhằm giúp toà án đưa ra phán quyết cho vụ tranh chấp. Xem ZAMBELLI Mirko, *L'AMICUS CURIAE dans le règlement des différends de l'OMC: État des lieux et perspectives*, *Revue internationale de droit économique*, 2005, pp. 199-200.

trong DSU, như vậy việc chấp nhận chúng như diễn giải của AB là một hành vi vi phạm quyền của cơ quan này, CNĐPT cho rằng, việc chấp nhận rộng rãi *amicus curiae* đem lại rất nhiều bất lợi cho họ²⁸. *Thứ nhất*, việc chấp nhận rộng rãi *amicus curiae* có nghĩa là chấp nhận sự can thiệp tích cực hơn của các tổ chức phi chính phủ vào quá trình giải quyết tranh chấp của WTO. Trên thực tế, đa số các tổ chức phi chính phủ quan trọng đều có nguồn gốc từ các nước phát triển và hầu như chỉ các tổ chức này mới có đủ khả năng tài chính, nhân lực để tham gia. *Thứ hai*, những vấn đề mà các tổ chức phi chính phủ thường quan tâm là bảo vệ môi trường, bảo vệ người lao động hay các tiêu chuẩn thương mại liên quan đến bảo vệ sức khỏe con người, động thực vật. Đây lại chính là những vấn đề mà CNĐPT rơi vào vị thế yếu và thường bị chỉ trích. *Thứ ba*, vì những lý do trên, chấp nhận sự tham gia rộng rãi hơn của xã hội dân sự vào cơ chế giải quyết tranh chấp đồng nghĩa với việc tạo thêm sự bất cân xứng vốn đã sâu sắc trong tương quan giữa CNĐPT với các nước phát triển. Những tranh cãi về vai trò của *amicus curiae* đang tiếp tục diễn ra tại Vòng đàm phán Doha, bất chấp án lệ của AB vẫn tiếp tục được viện dẫn, áp dụng.

Trong vụ kiện Tôm, tiếng nói của chuyên gia đã đóng góp một phần đáng kể vào thắng lợi quan trọng nhất của phía Việt Nam. Trong vụ kiện này, để chứng minh phương pháp Quy về không đơn giản (*simple zeroing*) được sử dụng bởi USDOC trong cuộc điều tra bán phá giá ban đầu cũng như các đợt rà soát hành chính tiếp theo đối với các DN Việt Nam (nội dung 1), Việt Nam đã trình lên Panel Bản khai có tuyên thệ của một chuyên gia phân tích thương mại có tên là Michael Ferrier, người từng làm việc cho USDOC trong phân tích cơ sở dữ liệu trên máy tính dùng để áp dụng phương pháp Quy về không. Bản khai có tuyên thệ của ông Michael

Ferrier đã được Panel chấp nhận như một phần trong hồ sơ của Việt Nam, được dùng như một chứng cứ hữu hiệu để Panel đi đến kết luận là phương pháp Quy về không đơn giản trên thực tế đã được áp dụng bởi phía Hoa Kỳ²⁹. Tương tự, liên quan đến nội dung khiếu kiện 2 của Việt Nam về phương pháp Quy về không về mặt pháp lý (*zeroing* “as such”), Bản khai có tuyên thệ của ông Micheal Ferrier cũng được Panel sử dụng như một chứng cứ quan trọng, làm cơ sở cho kết luận về sự vi phạm của Hoa Kỳ³⁰. Đặc biệt, liên quan đến nội dung này, để bác bỏ lập luận của Hoa Kỳ cho rằng Bản khai có tuyên thệ của ông Micheal Ferrier không được coi là một “ý kiến của chuyên gia” nhằm chứng minh phương pháp Quy về không “as such” của Hoa Kỳ, Panel đã trích dẫn các án lệ của AB, theo đó Panel có quyền sử dụng các tài liệu trong hồ sơ của các bên trong vụ tranh chấp bất chấp mục đích ban đầu của người cung cấp chứng cứ đó³¹.

Diễn tiến trên của vụ kiện chứng tỏ Việt Nam đã nhận định và vận dụng có hiệu quả vai trò của chuyên gia trong vụ tranh chấp, góp phần quan trọng vào thắng lợi của vụ kiện. Tuy nhiên, nhìn về dài hạn, Việt Nam cần theo dõi chặt chẽ diễn biến của Vòng đàm phán Doha liên quan đến vấn đề *amicus curiae*. Đặc biệt, khi các (DN) Việt Nam phải đối mặt với nguy cơ cao đối với các hàng rào kỹ thuật, các biện pháp vệ sinh dịch tễ, các biện pháp nhằm bảo vệ môi trường hay các tiêu chuẩn xã hội ở các thị trường nước ngoài, Việt Nam cần đứng về phía quan điểm chung của CNĐPT về vấn đề này. Một cách chủ động hơn, Việt Nam cần có những cơ chế hợp tác với các tổ chức phi chính phủ, các tổ chức dân sự hoạt động trong lĩnh vực bảo vệ người lao động, bảo vệ môi trường. Mặc dù chưa liên quan đến một vụ tranh chấp thương mại cụ thể, nhưng những sự kiện diễn ra vừa qua trong quan hệ với Quỹ bảo vệ động

(28) BERGSTROM Amanda, *Imbalance of Power: Procedural Inequities within the WTO Dispute Settlement System*, Pacific McGeorge Global Business & Development Law Journal, Vol. 22, 2009, pp. 95-97.

(29) Xem DS404, Báo cáo của Panel, Mục D.2, từ đoạn 7.73 đến đoạn 7.101.

(30) DS404, Báo cáo của Panel, Mục D.3, từ đoạn 7.102 đến đoạn 7.142.

(31) DS404, Báo cáo của Panel, đoạn 7.114, đặc biệt Chú thích số 170.

vật hoang dã thế giới (WWF) ở Châu Âu là một kinh nghiệm cho vấn đề này³².

III. Bên thứ ba trong vụ tranh chấp: ý nghĩa của việc tích cực tham gia và ảnh hưởng từ sự tham gia của các Thành viên khác

1. Ý nghĩa của việc tích cực tham gia vào các vụ tranh chấp với tư cách bên thứ ba

Việc một nước tham gia vào quá trình giải quyết tranh chấp của WTO với tư cách là bên thứ ba được hình thành từ thực tiễn của GATT trước đây và hiện được quy định khá chi tiết trong DSU của WTO³³. Theo quy định của DSU, một nước Thành viên có thể tham gia vào tiến trình giải quyết tranh chấp giữa các nước Thành viên khác từ giai đoạn tham vấn³⁴, trong giai đoạn xem xét bởi Panel³⁵ cũng như trong giai đoạn phúc thẩm³⁶. Điều kiện để một nước có thể trở thành bên thứ ba trong một vụ tranh chấp được quy định khá đơn giản. Trong giai đoạn tham vấn, nước yêu cầu tham gia với tư cách bên thứ ba phải có một “lợi ích thương mại đáng kể” trong vụ tranh chấp và yêu cầu tham gia phải được bên được yêu cầu tham vấn chấp thuận. Trong giai đoạn xem xét bởi Panel, nước yêu cầu tham gia chỉ cần có “lợi ích đáng kể” trong vụ kiện và không cần phải có sự chấp thuận của các bên trong vụ tranh chấp. Một nước đã yêu cầu tham gia với tư cách bên thứ ba trong giai đoạn xem xét bởi Panel có thể tiếp tục tham gia với tư cách đó trong giai đoạn phúc thẩm. Trên thực tế, tuyệt đại đa số các yêu cầu tham gia với tư cách bên thứ ba đều được chấp nhận, thậm chí trong nhiều trường hợp, nước yêu cầu chỉ cần viện lý do “có lợi

ích mang tính hệ thống” trong vụ kiện³⁷.

Với tư cách là bên thứ ba, nước Thành viên tham gia có quyền thể hiện ý kiến của mình đối với các vấn đề được đề cập trong vụ tranh chấp bằng cách gửi văn bản đến Panel, hoặc phát biểu trực tiếp tại các phiên họp, được nhận các văn bản đệ trình của các bên tranh chấp cho phiên họp đầu tiên của Panel. Các ý kiến của bên thứ ba phải được gửi cho các bên tranh chấp và phải được phản ánh trong báo cáo của Panel³⁸. Trong giai đoạn phúc thẩm, ý kiến của bên thứ ba cũng phải được lắng nghe bởi AB. Trong trường hợp bên thứ ba thấy rằng quyền lợi thương mại của mình bị ảnh hưởng bởi biện pháp đang là đối tượng của vụ tranh chấp, họ có quyền khởi động một vụ kiện mới theo trình tự quy định tại DSU³⁹.

Căn cứ các quy định của DSU, quyền can thiệp với tư cách bên thứ ba được quy định nhằm cho phép các nước không phải các bên trong một vụ tranh chấp có thể bảo vệ được các lợi ích của mình. Tuy nhiên, trên thực tế, các nước thường sử dụng cơ chế can thiệp này với những mục đích khác nhau.

Thứ nhất, việc một nước tham gia với tư cách bên thứ ba có thể nhằm theo dõi một cách có hệ thống quá trình giải thích, áp dụng các quy định của WTO không những bởi các nước Thành viên khác, mà còn bởi cả các cơ quan giải quyết tranh chấp của WTO.

Thứ hai, bằng việc tham gia với tư cách bên thứ ba, đặc biệt trong giai đoạn Panel và phúc thẩm, một nước Thành viên có thể hy vọng ảnh hưởng đến quan điểm và phán quyết của cơ quan giải quyết tranh chấp của WTO.

(32) Thông tin về vụ việc, chẳng hạn xem: Chu Khôi, Cá tra Việt Nam lại bị chơi xấu, *VnEconomy*, 19/4/2011: <http://vneconomy.vn/20110419092037741POC10/ca-tra-viet-nam-lai-bi-choi-xau.htm>

(33) FOOTER Mary E., *Some aspects of third party intervention in GATT/WTO dispute settlement proceedings*, in PETERSMANN Ernst-Ulrich (Edited by), *International trade law and the GATT/WTO dispute settlement system*, Kluwer law, London-The Hague-Boston, 1997, pp. 213-245.

(34) DSU, điều 4.11.

(35) DSU, điều 10.

(36) DSU, điều 17.4.

(37) BUSCH Marc L., REINHARDT Eric, *With a little help from our friends? Developing country complaints and third-party participation*, in THOMAS Chantal, TRACHTMAN Joel P. (Edited by), *Developing countries in the WTO legal system*, Oxford University Press, New York, 2009, pp. 250-251.

(38) DSU, điều 10.2 và 10.3.

(39) DSU, điều 10.4.

Theo quy định của DSU, quan điểm và quyền lợi của bên thứ ba phải được cân nhắc đầy đủ trong quá trình giải quyết tranh chấp.

Thứ ba, cơ chế tham gia với tư cách bên thứ ba cũng có thể được sử dụng, đặc biệt bởi CNĐPT, các nước mới gia nhập WTO như một biện pháp tập dượt, làm quen với các thủ tục, quy trình tố tụng giải quyết tranh chấp tại tổ chức này.

Theo thống kê chính thức tại WTO, cho đến nay, Việt Nam đã tham gia vào 9 vụ kiện khác nhau với tư cách là bên thứ ba⁴⁰. Với một khoảng thời gian ngắn kể từ thời điểm trở thành Thành viên của WTO, Việt Nam có thể được coi là một trong những nước tích cực nhất tham gia vào cơ chế giải quyết tranh chấp với tư cách là bên thứ ba. Phần lớn các vụ việc mà Việt Nam tham gia đều liên quan đến việc sử dụng các biện pháp tự vệ thương mại như biện pháp chống bán phá giá, chống trợ cấp⁴¹. Đặc biệt, trong đó có những vụ việc giải quyết trực tiếp các khiếu kiện về biện pháp Quy về không của Hoa Kỳ⁴². Khi tham gia với tư cách bên thứ ba vào hàng loạt các vụ việc nêu trên, Việt Nam đã hầu như không bày tỏ thái độ về nội dung các vụ tranh chấp thông qua việc đưa ra các ý kiến bằng văn bản hay phát biểu tại các phiên tranh tụng trực tiếp. Duy nhất, trong vụ việc Hoa Kỳ kiện chế độ thuế nhập khẩu bổ sung của Ấn Độ, Việt Nam đã bày tỏ quan điểm cả trong giai đoạn xem xét bởi Panel⁴³ và trong giai đoạn phúc thẩm⁴⁴.

Ngoài ý nghĩa làm quen với quy trình tố

tụng tại WTO, sử dụng các cơ hội để thể hiện quan điểm trong các vụ việc mà Việt Nam đánh giá có “lợi ích đáng kể”, việc tích cực tham gia của Việt Nam với tư cách bên thứ ba vào các vụ tranh chấp hẳn đã có những tác dụng tích cực trong quá trình thực hiện vụ kiện Tôm, đặc biệt liên quan đến nội dung khiếu kiện phương pháp Quy về không của Hoa Kỳ. Thực tế, trong các lập luận của mình, Việt Nam đã viện dẫn nhiều lần thực tiễn xét xử của WTO về biện pháp Quy về không. Về phần mình, Panel cũng thường xuyên sử dụng các án lệ của AB của WTO để đưa ra các kết luận có lợi cho Việt Nam liên quan đến nội dung khiếu kiện này⁴⁵.

Có thể nói, việc nắm bắt và sử dụng những án lệ phong phú tại WTO về biện pháp Quy về không của Hoa Kỳ đã đóng góp một phần rất quan trọng vào một chiến thắng được dự báo trước của Việt Nam trong vụ kiện Tôm⁴⁶.

2. Ảnh hưởng từ sự tham gia của các nước Thành viên thứ ba khác trong vụ tranh chấp

Vấn đề tham gia với tư cách bên thứ ba cũng có thể được nhìn nhận từ một góc độ khác trong vụ kiện Tôm. Thực tế, đã có 7 Thành viên khác tham gia vào vụ kiện với tư cách là bên thứ ba, bao gồm: Trung Quốc, Hàn Quốc, Ấn Độ, Nhật Bản, Mê-hi-cô, Thái Lan và EU⁴⁷.

Liên quan đến các nội dung khiếu kiện 1, 2 và 3 của Việt Nam về việc áp dụng phương pháp Quy về không của Hoa Kỳ, tất cả những Thành viên là bên thứ ba có đưa ra ý kiến đều

(40) Xem thống kê tại Mục Dispute cases involving Việt Nam trên tranh Web của WTO:

http://www.wto.org/english/thewto_e/countries_e/vietnam_e.htm

(41) Xem *United States - Use of Zeroing in Anti-Dumping Measures Involving Products from Korea (Report of the Panel)*, Doc. WT/DS402/R, 18 January 2011; *European Union - Anti-Dumping Measures on Certain Footwear from China (Request for Consultations by China)*, Doc. WT/DS405/1, 8 February 2010; *China - Countervailing and Anti-Dumping Duties on Grain Oriented Flat-rolled Electrical Steel from the United States (Request for Consultations by the United States)*, Doc. WT/DS414/1, 20 September 2010.

(42) Xem vụ DS343, DS402 nêu trên.

(43) *India - Additional and Extra-Additional Duties on Imports from the United States (Report of the Panel)*, Doc. WT/DS360/R, 9 June 2008, paras. 563-567.

(44) *India - Additional and Extra-Additional Duties on Imports from the United States (Report of the Appellate body)*, Doc. WT/DS360/AB/R, 30 October 2008, paras. 111-112.

(45) Ví dụ, xem DS404, Báo cáo của Panel, đoạn 7.112, chú thích số 136; đoạn 7.119.

(46) Về dự báo thắng lợi của Việt Nam trong vụ kiện Tôm, chẳng hạn xem bài viết “Việt Nam kiện Mỹ ra WTO: khả năng thắng rất cao”, Báo điện tử Diễn đàn doanh nghiệp, ngày 27/3/2010, tại địa chỉ:

<http://ddd.com.vn/2010032310594626cat81/viet-nam-kiem-my-ra-toa-kha-nang-thang-rat-cao-.htm>

(47) DS404, Báo cáo của Panel, đoạn 1.7.

ủng hộ quan điểm của Việt Nam và đề nghị Panel đi theo những án lệ đã có của AB có lợi cho quan điểm của Việt Nam. Như đã thấy, Panel đã xét cho Việt Nam thắng kiện trong cả ba nội dung này.

Tuy nhiên, liên quan đến nội dung khiếu kiện thứ 4, về việc Hoa Kỳ áp dụng thuế suất toàn quốc (country wide rate), trừ Trung Quốc ủng hộ quan điểm của Việt Nam, tất cả các bên thứ ba có ý kiến đều ủng hộ quan điểm của Hoa Kỳ⁴⁸. Tại nội dung này, Panel đã kết luận ủng hộ quan điểm của Việt Nam và Trung Quốc.

Những diễn tiến trên đây của vụ kiện cho phép đi đến một số nhận định sau:

Thứ nhất, đối với các nội dung khiếu kiện về phương pháp Quy về không của Hoa Kỳ, mặc dù kết luận của Panel có cơ sở vững chắc từ án lệ của AB, sự ủng hộ rộng rãi của các bên thứ ba trong vụ kiện hiển nhiên là một lợi thế đối với Việt Nam. Một sự ủng hộ như vậy về nguyên tắc cũng sẽ có lợi trong quá trình giám sát, đảm bảo thực thi phán quyết giải quyết tranh chấp sau này.

Thứ hai, sự ủng hộ rộng rãi của các bên thứ ba đối với các nội dung khiếu kiện về phương pháp Quy về không của Hoa Kỳ là điều hoàn toàn dễ hiểu: hầu hết các Thành viên của WTO đều đã hoặc sẽ có thể tiếp tục là đối tượng bị thiệt hại từ phương pháp này trong lĩnh vực điều tra chống bán phá giá. Tuy nhiên, đối với nội dung khiếu kiện thứ 4 của Việt Nam, vì vấn đề thuế suất toàn quốc (country wide rate) trong chống bán phá giá chỉ được đặt ra đối với những nước bị đối xử là nền kinh tế phi thị trường, tiêu biểu nhất là Trung Quốc và Việt Nam, do vậy, các nước không những không có lợi ích khi phản đối biện pháp của Hoa Kỳ, mà thậm chí họ còn có lợi ích để ủng hộ biện pháp đó. Trên thực tế bản thân họ cũng có thể đang đối xử với Việt Nam (và Trung Quốc) một cách tương tự như Hoa Kỳ đang làm. Như vậy, sự tham gia của bên thứ ba vào vụ tranh chấp là có tác động hai mặt, tùy thuộc vào

việc các bên thứ ba đó có quan điểm ủng hộ hay phản bác đối với mỗi bên trong vụ kiện.

Thứ ba, nếu nhìn từ lợi ích của nguyên đơn, sự tham gia của bên thứ ba trong vụ kiện, ngay cả khi có được sự ủng hộ của họ, cũng có thể đem lại bất lợi cho việc giải quyết vụ việc. Sự ủng hộ rộng rãi của nhiều bên thứ ba đứng về quan điểm của nguyên đơn sẽ tạo nên sức ép lớn đối với bị đơn, tạo nguy cơ họ phải nhượng bộ nhiều hơn so với trường hợp nếu họ chỉ phải nhượng bộ riêng với nguyên đơn. Do vậy, trong giai đoạn tham vấn, bị đơn sẽ khó chấp nhận một giải pháp dựa trên thương lượng như mục đích ưu tiên của DSU⁴⁹ và vụ việc có khả năng lớn hơn phải được giải quyết bằng thủ tục tố tụng kéo dài. Trong giai đoạn thông qua báo cáo giải quyết tranh chấp, sức ép từ việc phải nhượng bộ lớn hơn cũng đưa đến khả năng bị đơn sẽ kháng cáo cao hơn. Tương tự, trong giai đoạn thực thi phán quyết giải quyết tranh chấp, khả năng bên bị đơn thua kiện sửa đổi luật lệ, tuân thủ với quyết định giải quyết tranh chấp sẽ thấp hơn, xuất phát từ việc họ phải tính toán lợi ích mà họ phải từ bỏ cả trong với quan hệ của bên thứ ba tham gia vào vụ việc, đặc biệt nếu bên thứ ba đó chiếm một vị trí quan trọng trong chính sách thương mại quốc tế của họ.

Nhận định thứ ba trên đây có thể có ý nghĩa quan trọng trong việc đánh giá diễn tiến tiếp theo của vụ kiện Tôm. Chẳng hạn, từ nhận định này, có thể đi đến giả định rằng nếu Hoa Kỳ kháng cáo báo cáo của Panel, thì kết luận của Panel về nội dung khiếu kiện thứ 4 của Việt Nam sẽ là vấn đề được ưu tiên trong đơn kháng cáo. Hơn nữa, ngay cả khi Hoa Kỳ không kháng cáo, khả năng Hoa Kỳ chấp nhận sửa đổi luật lệ, từ bỏ việc áp dụng thuế suất chung toàn quốc trong điều tra bán phá giá đối với các DN từ nền kinh tế phi thị trường là rất thấp, xét những hệ quả đối với Hoa Kỳ trong mối quan hệ thương mại với Trung Quốc.

IV. Xác định phạm vi và thời điểm khởi

(48) DS404, Báo cáo của Panel, đoạn 7.243.

(49) Điều 3.7 của DSU có đoạn: "Một giải pháp thỏa thuận mà các bên cùng chấp nhận và phù hợp với các hiệp định có liên quan được biệt ưu tiên"

kiện: bài học quan trọng từ vụ kiện Tôm

Việc xác định phạm vi của vụ kiện và thời điểm khởi kiện có ý nghĩa đặc biệt quan trọng đối với mỗi vụ kiện tại WTO. Đây chính là hai trong số những nhân tố làm thắng lợi của Việt Nam tại vụ kiện Tôm chưa trọn vẹn.

Trên thực tế, các nội dung mà Việt Nam khiếu kiện liên quan các biện pháp của Hoa Kỳ trong đợt điều tra lần đầu, trong các đợt rà soát hành chính và rà soát cuối kỳ của vụ kiện chống bán phá giá tôm của Việt Nam tại Hoa Kỳ. Vì đợt điều tra lần đầu và đợt rà soát hành chính thứ nhất đã hoàn toàn diễn ra trước khi Việt Nam gia nhập WTO⁵⁰, các biện pháp do Hoa Kỳ thực hiện vào thời gian đó không thể bị khiếu kiện và xem xét bởi Panel. Đối với đợt rà soát hành chính lần 4⁵¹ và 5⁵² cũng như đợt rà soát cuối kỳ⁵³, vì vào thời điểm Việt Nam khởi kiện ra WTO đều chưa có kết quả cuối cùng, về nguyên tắc cũng không thuộc thẩm quyền xem xét của Panel. Với những lý do này, phạm vi khiếu kiện cũng như các kết luận của Panel chỉ liên quan đến các đợt rà soát hành chính lần 2 và 3 của Hoa Kỳ.

Tuy nhiên, việc có được phán quyết của WTO đối với cả các đợt rà soát thứ 4, 5 và đợt rà soát cuối kỳ mới thực sự có ý nghĩa đối với các DN Việt Nam. Một mặt, vì các quyết định giải quyết tranh chấp của WTO chỉ có giá trị hiệu lực cho tương lai, việc các DN Việt Nam được giảm hoặc dỡ bỏ thuế bán phá giá trên cơ sở thực thi quyết định giải quyết tranh chấp chỉ có thể được thực hiện từ đợt rà soát lần 4. Mặt khác, theo quy định của pháp luật Hoa Kỳ, các

DN Việt Nam sẽ được dỡ bỏ lệnh áp dụng thuế bán phá giá và thoát khỏi vụ kiện nếu trong ba lần rà soát hành chính liên tiếp biên độ bán phá giá của họ được xác định bằng không (0)⁵⁴. Điều này chỉ có thể đạt được khi tính cả đợt rà soát hành chính lần 4.

Có lẽ xuất phát từ bối cảnh trên, Việt Nam đã xác định “việc tiếp tục sử dụng các biện pháp bị khiếu kiện” của Hoa Kỳ là một trong những nội dung khiếu kiện, yêu cầu Panel giải quyết. Nếu có được thắng lợi về nội dung khiếu kiện này, thì các kết luận của Panel sẽ được áp dụng cả với các đợt rà soát hành chính lần 4, 5 cho dù vào thời điểm xem xét, kết quả cuối cùng của các đợt rà soát này chưa được công bố.

Đối mặt với nội dung khiếu kiện này của Việt Nam, Hoa Kỳ cho rằng Panel không có thẩm quyền, với hai lập luận cơ bản: *thứ nhất*, Việt Nam đã không nêu trong văn bản yêu cầu thành lập Panel “việc tiếp tục sử dụng biện pháp bị khiếu kiện” là biện pháp mà Việt Nam khiếu kiện⁵⁵; *thứ hai*, “việc tiếp tục sử dụng biện pháp bị khiếu kiện” không thể được coi là biện pháp có thể bị khiếu kiện và được giải quyết theo cơ chế giải quyết tranh chấp của WTO bởi nó đề cập đến những biện pháp trong tương lai⁵⁶. Liên quan đến lập luận thứ nhất, Hoa Kỳ viện dẫn điều 6.2 của DSU, theo đó, thẩm quyền giải quyết tranh chấp của Panel chỉ được hình thành khi: 1) các nội dung khiếu kiện đã được đề cập đến trong các cuộc tham vấn giữa các bên; 2) văn bản yêu cầu thành lập Panel đã nêu rõ các biện pháp bị khiếu kiện; 3)

(50) Điều tra lần đầu được Bộ Thương mại Hoa Kỳ (USDOC) khởi động vào ngày 20/1/2004, kết luận vào ngày 8/12/2004. Ngày 1/1/2005 USDOC chính thức công bố quyết định áp thuế bán phá giá. Đợt rà soát hành chính lần 1 áp dụng cho giai đoạn từ 16/7/2004 đến 31/1/2006, kết luận cho đợt rà soát này được đưa ra vào ngày 12/12/2007. Xem DS404, Báo cáo của Panel, đoạn 7.24 và 7.25.

(51) Được áp dụng cho giai đoạn từ 1/2/2008 đến 31/1/2009, kết luận cho đợt rà soát này được công bố ngày 9/8/2010. Xem DS404, Báo cáo của Panel, đoạn 7.28.

(52) Được áp dụng cho giai đoạn từ 1/2/2009 đến 31/1/2010. Trong thời gian vụ kiện Tôm được xem xét bởi Panel, đợt rà soát này vẫn đang được tiến hành. Xem DS404, Báo cáo của Panel, đoạn 7.29.

(53) Được bắt đầu từ 4/1/2010, 5 năm kể từ ngày có quyết định áp thuế bán phá giá. Ngày 7/12/2011, USDOC chính thức công bố kết quả rà soát cuối kỳ, theo đó nếu lệnh áp thuế bán phá giá được dỡ bỏ, hiện tượng bán phá giá vẫn tồn tại hoặc tái diễn với biên độ bán phá giá được xác định từ 4,30 đến 25,76%, không thay đổi so với kết quả có được từ lần điều tra ban đầu năm 2004. Xem DS404, Báo cáo của Panel, đoạn 7.30.

(54) Điều 351.222 Mục 19 của Bộ luật Liên bang (19 CFR 351.222) của Hoa Kỳ.

(55) DS404, Báo cáo của Panel, đoạn 7.39.

(56) DS404, Báo cáo của Panel, đoạn 7.39.

trong văn bản yêu cầu thành lập Panel đã trình bày một cách ngắn gọn cơ sở pháp lý của các khiếu kiện.

Xem xét lập luận thứ nhất của Hoa Kỳ, Panel nhận định rằng trong văn bản yêu cầu thành lập Panel của Việt Nam, không có dữ kiện nào chứng tỏ Việt Nam đã nêu “việc tiếp tục sử dụng các biện pháp bị khiếu kiện” là một trong những nội dung khiếu kiện⁵⁷. Từ nhận định này, Panel đã từ chối giải quyết nội dung khiếu kiện thứ 7 của Việt Nam về “việc tiếp tục sử dụng biện pháp bị khiếu kiện”, mà không cần xem xét lập luận thứ hai của Hoa Kỳ⁵⁸.

Như vậy, liên quan đến nội dung khiếu kiện thứ 7, bài học kinh nghiệm rút ra từ vụ kiện Tôm là việc xác định phạm vi vụ kiện và thời điểm khởi kiện. Vụ kiện rất có thể đã có kết quả trọn vẹn hơn đối với Việt Nam nếu thời điểm khởi kiện được thực hiện sau đợt rà soát hành chính lần 4 của Hoa Kỳ, hoặc đơn yêu cầu thành lập Panel đã nêu rõ “việc tiếp tục sử dụng các biện pháp bị khiếu kiện” là một trong những nội dung khiếu kiện.

*

Quá trình hội nhập ngày càng sâu rộng vào nền kinh tế, thương mại quốc tế đồng nghĩa với việc tham gia ngày càng phổ biến vào các tranh chấp thương mại quốc tế, xét cả từ phía DN cũng như từ phía Nhà nước. Trong bối cảnh đó, với tư cách là vụ kiện đầu tiên Việt Nam chủ động tiến hành và giành thắng lợi tại WTO, vụ kiện Tôm có ý nghĩa quan trọng đối với Việt Nam. Bên cạnh những lợi ích thương mại cho DN, lợi thế về ngoại giao kinh tế cho Nhà nước, vụ kiện Tôm cũng có thể đem lại những kinh nghiệm hữu ích trong giải quyết các tranh chấp thương mại quốc tế, ở nước ngoài cũng như tại WTO trong tương lai.

Vụ kiện Tôm cho thấy, thái độ chủ động chuẩn bị, tích cực tham gia cả từ phía các DN lẫn từ phía các cơ quan nhà nước là yếu tố quan trọng hàng đầu trong giải quyết các tranh chấp. Điều này cũng nhấn mạnh đến nhu cầu tạo dựng và hoàn thiện một hành lang pháp lý phù hợp cho sự liên kết, phối hợp giữa các DN, sự tham gia tích cực của các DN, hiệp hội DN nói riêng cũng như của các tổ chức thuộc xã hội dân sự nói chung cùng với các cơ quan nhà nước phòng ngừa và giải quyết các tranh chấp thương mại quốc tế.

Vụ kiện Tôm cũng cho thấy, để có thể sử dụng tốt cơ chế giải quyết tranh chấp của WTO nhằm bảo vệ những chính sách thương mại quốc gia, đối phó hiệu quả với những chính sách, biện pháp bảo hộ của nước ngoài, việc nắm vững và sử dụng linh hoạt các cơ chế tố tụng tại WTO là điều hết sức quan trọng. Về điểm này, chúng ta cần đẩy mạnh nghiên cứu, vận dụng các án lệ và thực tiễn giải quyết tranh chấp của Cơ quan phúc thẩm của WTO.

Cuối cùng, những phân tích từ góc độ lợi ích của DN cho thấy, để có thể đạt được tất cả những lợi ích từ vụ kiện Tôm, việc khởi động một vụ kiện mới tại WTO nhằm vào các đợt rà soát hành chính lần 4, 5 và đợt rà soát cuối kỳ của Hoa Kỳ nên sớm được xem xét. Về điểm này, có hai khả năng cần được nghiên cứu một cách thấu đáo: hoặc vụ kiện mới sẽ là một vụ kiện tương tự như vụ kiện hiện tại, trên cơ sở tiếp tục sử dụng những yêu cầu và lập luận pháp lý của vụ kiện hiện tại nhưng áp dụng cho các đợt rà soát hành chính lần 4, 5 và đợt rà soát cuối kỳ của Hoa Kỳ; hoặc vụ kiện mới sẽ là một sự kéo dài của vụ kiện hiện tại trên cơ sở đưa ra khiếu kiện về “việc tiếp tục sử dụng biện pháp bị khiếu kiện” của Hoa Kỳ, với các lập luận pháp lý tương ứng⁵⁹. ■

(57) Theo Panel, Việt Nam chỉ đề cập đến “việc tiếp tục sử dụng các biện pháp bị khiếu kiện” như biện pháp bị khiếu kiện trong các văn bản gửi Panel sau văn bản yêu cầu thành lập Panel.

(58) DS404, Báo cáo của Panel, đoạn 769-770.

(59) Trong vụ kiện Tôm, Việt Nam đã viện dẫn khá nhiều thành công của EU trong một vụ kiện có nội dung tương tự như nội dung khiếu kiện thứ 7 của Việt Nam. Xem vụ *United-States – Continued existence and application of zeroing methodology*, Report of the Appellate Body, Doc. WT/DS350/AB/R, 4 February 2009. Một vụ kiện tương tự khác do Brazil khởi động và giành thắng lợi ngay trước vụ kiện Tôm của Việt Nam, xem *United States - Anti-Dumping Administrative Reviews and Other Measures Related to Imports of Certain Orange Juice from Brazil - Report of the Panel*, doc. WT/DS382/R, 25/5/2011.

NHỮNG NỘI DUNG CẦN ĐIỀU CHỈNH CỦA DỰ ÁN LUẬT HÒA GIẢI Ở CƠ SỞ

■ TRẦN HUY LIỆU*
■ LƯU TIẾN MINH**

Sau 12 năm tổ chức thực hiện Pháp lệnh về Tổ chức và hoạt động hòa giải ở cơ sở năm 1998 (Pháp lệnh năm 1998), tổ chức và hoạt động hòa giải ở cơ sở đã ngày càng phát triển và khẳng định được vị trí, vai trò của mình trong đời sống xã hội. Tuy nhiên, Pháp lệnh năm 1998 có một số quy định còn mang tính chất khái quát và chưa điều chỉnh toàn diện các quan hệ xã hội phát sinh trong quá trình hòa giải, cần được nghiên cứu, quy định cụ thể làm cơ sở pháp lý cho việc củng cố, kiện toàn tổ chức và nâng cao hiệu quả hoạt động hòa giải ở cơ sở trong Luật Hòa giải ở cơ sở đang được xây dựng.

1. Xác định khái niệm hòa giải ở cơ sở

Trên thế giới có nhiều quan niệm về hoà giải. Theo Hiệp hội hoà giải Hoa Kỳ thì “hoà giải là một quá trình, trong đó bên thứ ba giúp hai bên tranh chấp ngồi lại với nhau để cùng giải quyết vấn đề của họ”⁽¹⁾. Theo quan niệm này, người hoà giải không tham gia sâu vào việc thoả thuận giải quyết tranh chấp của các bên. Vai trò chủ yếu của người hoà giải là làm trung gian, giúp cho hai bên tranh chấp tự nguyện ngồi lại với nhau, tạo điều kiện cho họ duy trì đối thoại và thương lượng giải quyết mâu thuẫn, bất đồng.

Từ điển thuật ngữ của ILO/EASMAT về quan hệ lao động và các vấn đề liên quan coi

“Hoà giải là sự tiếp nối của quá trình thương lượng trong đó các bên cố gắng làm điều hoà những ý kiến bất đồng. Bên thứ ba đóng vai trò người trung gian hoàn toàn độc lập với hai bên..., không có quyền áp đặt..., hành động như một người môi giới, giúp hai bên ngồi lại với nhau và tìm cách đưa các bên tranh chấp tới những điểm mà họ có thể thoả thuận được”⁽²⁾.

Theo Từ điển tiếng Việt, hoà giải được hiểu là “hành vi thuyết phục các bên đồng ý chấm dứt xung đột hoặc xích mích một cách ôn hoà”⁽³⁾. Quan niệm này nêu lên phương thức và mục đích của hoà giải nhưng chưa khái quát được bản chất, nội dung và các yếu tố cấu thành các loại hình hoà giải. Trong lý luận cũng như

(*) TS. Bộ Tư pháp.

(**) ThS. Sở Nội vụ TP. Hà Nội.

(1) Tài liệu hướng dẫn Tập huấn Trọng tài lao động, Bộ Lao động, Thương binh và xã hội, tháng 5/1997.

(2) *Tlđđ*

(3) Từ điển tiếng Việt, Nxb. Khoa học xã hội, Hà Nội, 1995.

trong thực tiễn, các luật gia cho rằng, khó có thể đưa ra một khái niệm hoà giải chung cho tất cả các loại hình hoà giải trong đời sống xã hội, vì mỗi một loại hình hoà giải đều có đối tượng, trình tự, thủ tục hoà giải, chủ thể tham gia quan hệ hoà giải khác nhau.

Điều 1 Pháp lệnh năm 1998 quy định: *Hoà giải ở cơ sở được thực hiện thông qua hoạt động của Tổ hòa giải hoặc các tổ chức thích hợp khác của nhân dân ở thôn, xóm, bản, ấp, tổ dân phố và các cụm dân cư khác để hướng dẫn, giúp đỡ, thuyết phục các bên tranh chấp đạt được thỏa thuận, tự nguyện giải quyết với nhau những vi phạm pháp luật và tranh chấp nhỏ nhằm giữ gìn đoàn kết trong nội bộ nhân dân, phòng ngừa, hạn chế vi phạm pháp luật, bảo đảm trật tự, an toàn xã hội trong cộng đồng dân cư.* Xét về mặt bản chất, quy định này chưa thật chuẩn xác, bởi hoạt động hòa giải do con người cụ thể là tổ viên Tổ hòa giải thực hiện chứ không phải là Tổ hòa giải thực hiện. Để đưa ra khái niệm về hòa giải ở cơ sở một cách khái quát, mang tính khoa học, phù hợp với thực tiễn, cần nghiên cứu một cách toàn diện bản chất của quan hệ hòa giải, cơ sở pháp lý và đặc điểm tổ chức và hoạt động hoà giải ở cơ sở trong thời gian qua.

- Hoạt động hoà giải của Tổ hoà giải là một hình thức “giải quyết những vi phạm pháp luật và tranh chấp nhỏ trong nhân dân”. Tổ hoà giải hiện nay không phải là một tổ chức chính quyền mà là một tổ chức quần chúng của nhân dân, do nhân dân cử ra và được thành lập theo đơn vị dân cư ở cơ sở: xóm, thôn, làng, bản, ấp, tổ dân phố, cụm dân cư v.v..

- Xuất phát từ vị trí, vai trò của Tổ hoà giải là tổ chức quần chúng của nhân dân, do nhân dân lập nên ở cơ sở, nên số lượng, cơ cấu thành viên của các Tổ hoà giải thường có từ 3 đến 8 tổ viên tùy theo đặc điểm cụ thể của từng cụm dân cư. Cơ cấu tổ viên của Tổ hoà giải rất phong phú cả về giới tính và cơ cấu xã hội: có nam, có nữ; có già, có trẻ; có Đảng viên, Đoàn viên; có đại diện của tất cả các tổ chức chính trị - xã hội trong cộng đồng dân cư ở địa phương.

- Việc hoà giải, giải quyết những vi phạm pháp luật (VPPL) và tranh chấp nhỏ trong nhân dân do Tổ viên Tổ hoà giải thực hiện. Trong hoạt động hoà giải, các bên tranh chấp cần đến một bên thứ ba (sau đây gọi là Hoà giải viên) làm trung gian, giúp họ đạt được một thỏa thuận, giải quyết được những bất đồng. Trong quá trình hoà giải, Hoà giải viên có vai trò trung lập, khách quan, vận dụng pháp luật, đạo đức xã hội và phong tục tập quán tốt đẹp của nhân dân ta, để giải thích, hướng dẫn, giúp đỡ và thuyết phục các bên tranh chấp tự nguyện giải quyết với nhau những VPPL và tranh chấp nhỏ, xoá bỏ mâu thuẫn, bất đồng và đạt được thỏa thuận phù hợp với pháp luật và đạo đức xã hội, nhằm giữ gìn sự đoàn kết trong nội bộ nhân dân, góp phần phòng ngừa và hạn chế VPPL, giữ gìn an ninh chính trị, trật tự, an toàn xã hội trong cộng đồng dân cư.

- Hoà giải viên không phải là công chức nhà nước, là người được nhân dân ở cơ sở lựa chọn cử ra, đại diện cho các giới, các tổ chức, đoàn thể của nhân dân ở cơ sở và được chính quyền phường, xã, thị trấn công nhận. Đó là những người có phẩm chất đạo đức tốt, có uy tín trong nhân dân; có tinh thần trách nhiệm, nhiệt tình và tự nguyện tham gia công tác hoà giải; có hiểu biết nhất định về kiến thức xã hội và kinh nghiệm sống; có khả năng thuyết phục, vận động quần chúng thực hiện chính sách của Đảng và pháp luật của Nhà nước và được bồi dưỡng một số kiến thức pháp luật nhất định phục vụ cho công tác hoà giải ở cơ sở.

- Thẩm quyền của Tổ hoà giải là hoà giải những VPPL và những tranh chấp nhỏ trong nhân dân. Thông qua hoạt động hoà giải mà Tổ hoà giải tuyên truyền, phổ biến, giáo dục, nâng cao ý thức pháp luật cho nhân dân, đồng thời thuyết phục, vận động nhân dân chấp hành các chính sách của Đảng và pháp luật của Nhà nước.

- Về trình tự, thủ tục hoà giải không quy định bắt buộc và không có một khuôn mẫu thống nhất. Tùy thuộc đối tượng, tính chất vụ việc, điều kiện mâu thuẫn và quan hệ gia đình, xã hội... của các bên tranh chấp mà Hoà

giải viên lựa chọn phương pháp, cách thức, kỹ năng hoà giải phù hợp.

- Phương pháp tiến hành hoà giải của phần lớn các Tổ hoà giải vẫn thường áp dụng là dùng uy tín của Hoà giải viên, trên cơ sở pháp luật và đạo đức xã hội để giải thích, thuyết phục, giáo dục, cảm hoá, động viên các bên tranh chấp tự hoà giải, đi đến thoả thuận giải quyết tranh chấp, mâu thuẫn và những bất đồng với phương châm kiên trì và bền bỉ không có giới hạn.

Từ những đặc điểm về tổ chức và hoạt động hoà giải của Tổ hoà giải đã phân tích trên đây, kế thừa những điểm hợp lý của hòa giải ở cơ sở quy định tại Điều 1 Pháp lệnh năm 1998, có thể xác định khái niệm: *Hoà giải ở cơ sở là việc Hoà giải viên vận dụng pháp luật, đạo đức xã hội để giải thích, hướng dẫn, giúp đỡ, thuyết phục các bên tranh chấp đạt được thoả thuận, tự nguyện giải quyết với nhau những VPPL và tranh chấp nhỏ nhằm giữ gìn đoàn kết trong nội bộ nhân dân, phòng ngừa, hạn chế VPPL, bảo đảm an ninh chính trị, trật tự, an toàn xã hội trong cộng đồng dân cư.*

2. Quy định nguyên tắc hoà giải

Nguyên tắc hòa giải là những quan điểm, tư tưởng chủ đạo được áp dụng xuyên suốt trong quá trình tiến hành hòa giải. Pháp lệnh năm 1998 đã quy định một số nguyên tắc tiến hành hòa giải có thể kế thừa nhưng cần cụ thể hóa thêm cho dễ thực hiện. Cụ thể, trong hoạt động hoà giải phải tuân thủ các nguyên tắc sau đây:

- *Tuân thủ pháp luật, đạo đức xã hội và phong tục, tập quán tốt đẹp của nhân dân.* Nguyên tắc này đòi hỏi người tiến hành hòa giải đưa ra lời khuyên, giải thích, hướng dẫn các bên tranh chấp tự giải quyết tranh chấp và các bên thoả thuận với nhau về cách giải quyết phải phù hợp với đường lối, chính sách của Đảng, pháp luật của Nhà nước, đạo đức xã hội và phong tục, tập quán tốt đẹp của nhân dân.

- *Tôn trọng sự tự nguyện của các bên, không áp đặt, bắt buộc các bên tranh chấp phải tiến hành hoà giải.* Bản chất của hoà giải ở cơ sở là việc hướng dẫn, giúp đỡ, thuyết phục các bên tranh chấp tự nguyện tham gia thương lượng

và giải quyết với nhau những tranh chấp, bất đồng. Sự tự nguyện (tự do ý chí) của các bên thể hiện ở việc các bên tự nguyện thoả thuận về lựa chọn phương pháp giải quyết, lựa chọn người tham gia hoà giải, tự do thảo luận, đề xuất giải pháp, thoả thuận chấp nhận ý kiến tư vấn, giải quyết của Hoà giải viên. Vì vậy, mọi tác động đến sự tự do ý chí của các bên như cưỡng ép, làm cho một trong hai bên bị lừa dối hay nhầm lẫn đều không thể hiện đầy đủ tính tự nguyện của các bên.

- *Khách quan, công minh, có lý, có tình.* Nguyên tắc này đòi hỏi Hoà giải viên phải khách quan, vô tư, công minh bảo đảm giải quyết tranh chấp một cách công bằng, bình đẳng, quan tâm đến lợi ích của các bên tranh chấp, không thiên vị vì lợi ích của bên này mà bỏ qua lợi ích của bên kia, nhằm xây dựng niềm tin, tôn trọng và hiểu biết lẫn nhau để các bên biết kiềm chế, nhường nhịn nhau, đạt được thoả thuận, đi đến hoà giải thành.

Hoạt động hoà giải ở cơ sở đòi hỏi phải tuân thủ nguyên tắc có lý, có tình, nghĩa là hoà giải phải dựa trên cơ sở pháp luật và đạo đức xã hội. Trước hết cần đề cao yếu tố tình cảm, dựa vào đạo đức xã hội để phân tích, khuyên nhủ các bên ứng xử phù hợp với chuẩn mực đạo đức: như con cái phải có hiếu với cha mẹ; anh chị em phải biết thương yêu, đùm bọc lẫn nhau; vợ chồng sống với nhau phải có tình, có nghĩa; đối với xóm giềng thì “tối lửa tắt đèn có nhau”... Cùng với việc giải thích, thuyết phục các bên ứng xử phù hợp với các quy tắc đạo đức xã hội, Hoà giải viên phải dựa vào pháp luật để phân tích, tư vấn pháp luật, đưa ra những lời khuyên và hướng dẫn các bên thực hiện các quyền và nghĩa vụ của mình theo quy định của pháp luật nhằm giữ gìn đoàn kết trong nội bộ nhân dân, củng cố, phát huy những tình cảm và đạo lý truyền thống tốt đẹp trong gia đình và cộng đồng, phòng ngừa, hạn chế VPPL, bảo đảm trật tự, an toàn xã hội trong cộng đồng dân cư.

- *Giữ bí mật thông tin đời tư của các bên tranh chấp.* Trong quá trình thực hiện hoà giải, Hoà giải viên phải giữ bí mật thông tin về đời

tư của các bên tranh chấp. Khi đã được các bên tranh chấp tin tưởng và thổ lộ bí mật thông tin về đời tư có tính nhạy cảm của mình cho Hoà giải viên, thì Hoà giải viên không được tiết lộ thông tin đó cho người khác. Điều đáng lưu ý ở đây là cần phân biệt giữa bí mật thông tin đời tư với thông tin bí mật của cá nhân các bên tranh chấp về hành vi bất hợp pháp mà họ đã thực hiện và thổ lộ với người làm công tác hoà giải trong tình huống đặc biệt nào đó.

- *Tôn trọng quyền và lợi ích hợp pháp của người khác, không xâm phạm lợi ích của Nhà nước và lợi ích công cộng.* Trong mọi trường hợp, Hoà giải viên không chỉ giúp các bên giải quyết tranh chấp mà còn góp phần giáo dục ý thức tôn trọng pháp luật của công dân. Khi hướng dẫn các bên thoả thuận giải quyết tranh chấp không được trái với quy định của pháp luật và không lợi dụng hoà giải để làm thiệt hại đến lợi ích của người thứ ba, lợi ích của Nhà nước, lợi ích công cộng.

Các tranh chấp, xích mích trong đời sống sinh hoạt hàng ngày của cộng đồng dân cư như sử dụng lối đi chung, sử dụng điện, nước sinh hoạt, đổ rác thải làm mất vệ sinh môi trường,... thường liên quan đến nhiều người khác ngoài các bên tranh chấp. Hoà giải viên không thể vì mục đích đạt được hoà giải thành của các bên tranh chấp mà hướng dẫn các bên hoặc đồng tình với thoả thuận của các bên xâm phạm đến quyền, lợi ích hợp pháp của bất kỳ người nào khác hoặc xâm phạm lợi ích của Nhà nước, lợi ích công cộng.

- *Kịp thời, chủ động, kiên trì nhằm ngăn chặn VPPL, hạn chế những hậu quả xấu khác có thể xảy ra và đạt được kết quả hoà giải.* Khác với các loại hình hoà giải khác, pháp luật không quy định thời hạn tiến hành hoà giải. Thực tiễn hoạt động hoà giải cho thấy, có nhiều việc tranh chấp trong cộng đồng dân cư diễn ra trong một thời gian dài, đòi hỏi Hoà giải viên phải chủ động, kiên trì, tranh thủ từng thời điểm thích hợp để gặp gỡ các bên, dần dần mới thuyết phục được các bên tranh chấp ngồi lại với nhau để tự giải quyết.

Việc hoà giải chỉ kết thúc khi các bên đã đạt

được thoả thuận và tự nguyện thực hiện thoả thuận đó hoặc các bên không đạt được thoả thuận. Đối với tranh chấp phức tạp, mâu thuẫn giữa các bên gay gắt, có thể gây hậu quả xấu, ảnh hưởng tới an ninh, trật tự trong địa bàn dân cư thì Hoà giải viên phải kịp thời báo cáo cho Tổ trưởng Tổ hoà giải đề kiến nghị cơ quan có thẩm quyền có biện pháp giải quyết.

- Để bảo đảm cho hoạt động hoà giải được thực hiện theo đúng nguyên tắc và tránh sai phạm trong quá trình hoà giải, Dự án Luật Hoà giải ở cơ sở cần có quy định cấm Hoà giải viên và các bên tranh chấp thực hiện hành vi sau đây: thực hiện hoà giải không phù hợp với pháp luật và đạo đức xã hội; xúi giục các bên khiêu nạt, khiêu khích, tố cáo trái pháp luật; lợi dụng hoạt động hoà giải để trục lợi hoặc hoạt động trái pháp luật, trái đạo đức xã hội, xâm phạm đến quyền và lợi ích hợp pháp của người thứ ba hoặc xâm phạm lợi ích của Nhà nước và lợi ích của cộng đồng; lợi dụng hoạt động hoà giải để trốn tránh trách nhiệm hình sự hoặc xử phạt vi phạm hành chính mà theo quy định của pháp luật vụ việc phải bị xử lý về mặt hình sự hoặc xử phạt vi phạm hành chính; tiết lộ thông tin về đời tư của các bên tranh chấp mà Hoà giải viên hoặc các bên biết được trong quá trình thực hiện hoà giải, trừ trường hợp các bên đồng ý hoặc pháp luật có quy định khác; hoà giải các loại vụ việc không được hoà giải.

3. Quy định phạm vi hoà giải

3.1. Hoà giải được tiến hành đối với việc VPPL và tranh chấp nhỏ trong cộng đồng dân cư, bao gồm:

- Mâu thuẫn, xích mích giữa các cá nhân với nhau (mâu thuẫn, xích mích giữa các thành viên trong gia đình hoặc xích mích giữa các cá nhân trong quan hệ xóm giềng như sử dụng lối đi chung, sử dụng điện, nước, công trình phụ, giờ giấc sinh hoạt, gây mất vệ sinh chung v.v.);

- Tranh chấp về quyền, lợi ích phát sinh từ quan hệ dân sự như tranh chấp phát sinh từ các quan hệ về tài sản, quan hệ hợp đồng dân

sự, nghĩa vụ dân sự, thừa kế, quyền sử dụng đất v.v.;

- Tranh chấp về quyền, lợi ích phát sinh từ quan hệ hôn nhân và gia đình như: thực hiện quyền và nghĩa vụ của vợ, chồng; quyền và nghĩa vụ của cha mẹ và con; nhận nuôi con nuôi; ly hôn; yêu cầu cấp dưỡng v.v.;

- Tranh chấp phát sinh từ những việc VPPL mà theo quy định của pháp luật, những việc vi phạm đó chưa đến mức bị xử lý bằng biện pháp hình sự hoặc biện pháp hành chính như trộm cắp vặt, đánh chửi nhau gây mất trật tự công cộng, đánh nhau gây thương tích nhẹ, va quệt xe cộ gây thương tích nhẹ.

- Các hành vi VPPL hình sự mà người bị hại đã không yêu cầu hoặc rút yêu cầu khởi tố vụ án hình sự theo quy định của Bộ luật Tố tụng hình sự, Viện Kiểm sát hoặc Toà án không tiếp tục tiến hành việc tố tụng và không bị cơ quan nhà nước có thẩm quyền xử lý vi phạm hành chính theo quy định của pháp luật đối với các hành vi như cố ý gây thương tích hoặc gây tổn hại cho sức khoẻ của người khác.

3.2. Quy định các loại vụ, việc không được hoà giải:

- Tội phạm hình sự phải xử lý về hình sự hoặc bị cơ quan nhà nước có thẩm quyền xử lý hành chính theo quy định của pháp luật;

- Hành vi VPPL bị xử lý hành chính: hành vi cố ý hoặc vô ý vi phạm các quy tắc quản lý nhà nước (QLNN) mà chưa đến mức truy cứu trách nhiệm hình sự và bị xử lý vi phạm hành chính; hành vi VPPL về an ninh, trật tự, an toàn xã hội nhưng chưa đến mức truy cứu trách nhiệm hình sự và bị áp dụng các biện pháp xử lý vi phạm hành chính như giáo dục tại xã, phường, thị trấn; đưa vào trường giáo dưỡng; đưa vào cơ sở giáo dục; đưa vào cơ sở chữa bệnh; quản chế hành chính.

- VPPL và các tranh chấp mà theo quy định của pháp luật thì không được hoà giải như: kết hôn trái pháp luật; tranh chấp gây thiệt hại đến tài sản nhà nước; tranh chấp phát sinh từ giao dịch trái pháp luật và tranh chấp về lao động.

4. Quy định về Tổ hoà giải ở cơ sở

Pháp lệnh năm 1998 chỉ quy định thành lập Tổ hoà giải ở thôn, xóm, bản, ấp..., và chưa quy định rõ quyền và nghĩa vụ của Tổ hoà giải ở cơ sở. Tuy nhiên, trong thực tiễn hoạt động hoà giải ở cơ sở, một số địa phương ở các tỉnh phía Nam hình thành hoà giải ở 2 cấp, đó là Tổ hoà giải ở thôn, xóm, bản, ấp... và Ban hoà giải ở cấp xã. Nếu Tổ hoà giải thực hiện hoà giải không thành thì chuyển lên Ban hoà giải xã tiếp tục hoà giải. Chính vì vậy có quan điểm cho rằng, tổ chức hoà giải ở cơ sở nên thành lập theo mô hình này. Theo chúng tôi, cơ cấu Ban hoà giải cấp xã gồm có các thành viên là công chức, viên chức của chính quyền cấp xã, nên không phù hợp với tính chất xã hội, tự quản của Tổ hoà giải, vì vậy chúng tôi cho rằng, ở cơ sở chỉ thành lập Tổ hoà giải ở thôn, xóm bản ấp là phù hợp với tính chất xã hội, tự quản của quần chúng nhân dân đã trở thành truyền thống văn hóa của dân tộc Việt Nam.

Theo hướng này, Dự án Luật Hoà giải cơ sở cần dành cả một chương quy định về Tổ hoà giải ở cơ sở, trong đó có những quy định rõ vị trí pháp lý, cơ cấu, quyền và nghĩa vụ của Tổ hoà giải, cụ thể như sau:

- *Về vị trí, cơ cấu của tổ hoà giải:* Tổ hoà giải ở cơ sở do Ủy ban nhân dân (UBND) xã, phường, thị trấn quyết định thành lập trên cơ sở đề nghị của Ban Tư pháp và Ủy ban Mặt trận Tổ quốc (UBMTTQ) cùng cấp; Tổ hoà giải ở cơ sở là tổ chức tự quản của nhân dân được thành lập ở thôn, xóm, bản, ấp, tổ dân phố và các cụm dân cư khác để tổ chức thực hiện việc hoà giải những việc VPPL và tranh chấp nhỏ trong nhân dân theo quy định của pháp luật; Tổ hoà giải có ít nhất từ 3 Hoà giải viên trở lên, trong đó có Tổ trưởng và các Hoà giải viên do UBMTTQ xã, phường, thị trấn phối hợp với các tổ chức thành viên của UBMTTQ lựa chọn, giới thiệu để nhân dân bầu và đề nghị UBND cùng cấp công nhận.

- *Tổ hoà giải có các quyền và nghĩa vụ sau đây:* Tổ chức thực hiện hoà giải các tranh chấp nhỏ trong cộng đồng dân cư theo quy định của

pháp luật; tổ chức sinh hoạt để cập nhật kiến thức pháp luật, trao đổi kinh nghiệm và bàn giải pháp hòa giải những vụ việc phức tạp, hoặc tranh chấp có các bên ở các cụm dân cư khác nhau; được kiến nghị với cấp ủy và chính quyền cơ sở về những vấn đề liên quan đến thi hành pháp luật và giải pháp giữ gìn trật tự, an toàn xã hội ở cơ sở; được đề nghị chính quyền, tổ chức đoàn thể xã hội bố trí địa điểm sinh hoạt, hỗ trợ tủ sách, tài liệu pháp luật và kinh phí phục vụ sinh hoạt và thực hiện hòa giải; phối hợp với tổ chức thực hiện trợ giúp pháp lý để thực hiện trợ giúp pháp lý bằng hình thức hòa giải và tư vấn pháp luật cho người được trợ giúp pháp lý và trợ giúp pháp lý lưu động ngay ở cơ sở; sơ kết, tổng kết và thực hiện chế độ thống kê, báo cáo về tổ chức và hoạt động hòa giải cho UBND và UBMTTQ cấp xã.

5. Quy định về người thực hiện hòa giải (Hòa giải viên)

Pháp lệnh năm 1998 quy định người thực hiện hòa giải là Tổ viên tổ hòa giải và người khác được Tổ hòa giải mời tham gia nếu nhận thấy người được mời tham gia hòa giải sẽ mang lại hiệu quả. Đây là quy định hợp lý và được kiểm nghiệm trong thực tiễn cần được kế thừa. Tuy nhiên, theo chúng tôi, cần đổi tên Tổ viên Tổ hòa giải thành Hòa giải viên cho phù hợp với tính chất hoạt động của người thực hiện hòa giải và bổ sung thêm các quy định về vị trí pháp lý, tiêu chuẩn, quyền, nghĩa vụ của Hòa giải viên. Theo hướng này, Dự án Luật Hòa giải cơ sở cần dành một chương quy định về người thực hiện hòa giải, cụ thể như sau:

- Người thực hiện hòa giải gồm có: Hòa giải viên và người khác được Tổ hòa giải mời tham gia hòa giải

- Tiêu chuẩn của Hòa giải viên cần quy định một cách mềm dẻo, tạo môi trường thu hút được những người có uy tín, tâm huyết tự nguyện tham gia công tác hòa giải, cụ thể Hòa giải viên cần có các tiêu chuẩn sau đây: công dân Việt Nam từ 18 tuổi trở lên, có năng lực hành vi dân sự đầy đủ, có phẩm chất đạo đức tốt và có uy tín trong cộng đồng dân cư; có

hiểu biết pháp luật và khả năng thuyết phục, vận động nhân dân thực hiện chính sách, pháp luật; tự nguyện tham gia tổ chức hoà giải, có tinh thần trách nhiệm, nhiệt tình trong công tác hoà giải.

- Hoà giải viên có các quyền và nghĩa vụ sau: Hoà giải các tranh chấp nhỏ trong cộng đồng dân cư theo quy định của pháp luật; được bồi dưỡng chuyên môn, nghiệp vụ và kỹ năng hòa giải ở cơ sở; được hưởng tiền bồi dưỡng thực hiện hòa giải theo quy định của pháp luật; được tham gia sinh hoạt Tổ hòa giải và đề xuất những giải pháp nâng cao hiệu quả hoạt động hòa giải ở cơ sở; thông qua hoạt động hoà giải, tuyên truyền, vận động nhân dân nghiêm chỉnh chấp hành chính sách của Đảng và pháp luật của Nhà nước; tuân thủ pháp luật, đạo đức xã hội và nguyên tắc hoạt động hòa giải; kịp thời báo cáo với Tổ hòa giải những vấn đề phát sinh làm ảnh hưởng đến kết quả hòa giải để có biện pháp giải quyết.

Ngoài ra, có thể quy định cơ chế, thủ tục bầu, công nhận và miễn nhiệm Hòa giải viên ngay trong Dự án Luật Hòa giải ở cơ sở để sau khi Luật có hiệu lực, có thể thực hiện được ngay mà không phải ban hành Nghị định hướng dẫn thi hành.

6. Quy định về hoạt động hòa giải ở cơ sở

Dự án Luật Hòa giải ở cơ sở cần dành một chương quy định về hoạt động hòa giải, trong đó có các quy định về căn cứ tiến hành hòa giải; người thực hiện hòa giải; thời gian, địa điểm tiến hành hòa giải; thực hiện hòa giải; phương thức tiến hành hòa giải; thực hiện hòa giải và kết thúc hòa giải.

- Về căn cứ để tiến hành hòa giải. Việc hoà giải được tiến hành trong các trường hợp sau đây: hoà giải viên chủ động hoà giải theo sáng kiến của mình trong trường hợp trực tiếp chứng kiến hoặc biết về việc tranh chấp để kịp thời ngăn chặn “chuyện bé xé ra to” hoặc gây hậu quả nghiêm trọng; hoà giải viên thực hiện hoà giải theo sự phân công của Tổ trưởng Tổ hoà giải; theo yêu cầu của một bên hoặc các bên tranh chấp; theo đề nghị của cơ quan, tổ

chức hoặc cá nhân khác.

- *Người tiến hành hoà giải.* Việc hoà giải có thể do một hoặc một số Hoà giải viên phối hợp thực hiện. Trong trường hợp cần thiết, Tổ hoà giải có thể mời người không phải là Hoà giải viên thực hiện hoà giải hoặc cùng tham gia hoà giải với Hoà giải viên. Người được mời có thể là người có kiến thức pháp luật, có kinh nghiệm cuộc sống và có uy tín, có sức thuyết phục đối với các bên tranh chấp. Trong từng trường hợp cụ thể, người được mời có thể là người thân thích, người cao tuổi, bạn bè, người hàng xóm của một hoặc các bên và biết rõ nguyên nhân tranh chấp. Người thực hiện hoà giải không tiến hành việc hoà giải nếu họ là người có quyền lợi liên quan đến vụ việc hoà giải hoặc vì những lý do cá nhân khác mà không thể bảo đảm hoà giải được khách quan hoặc không đem lại kết quả. Trong trường hợp không thể tiếp tục tiến hành hoà giải, người hoà giải có trách nhiệm báo cáo kịp thời cho Tổ trưởng Tổ hoà giải và bàn giao công việc cho người hoà giải khác theo sự phân công của Tổ trưởng Tổ hoà giải.

- *Thời gian, địa điểm tiến hành việc hoà giải.* Việc hoà giải được tiến hành vào thời gian mà các đương sự yêu cầu hoặc theo sáng kiến của Hoà giải viên và được các bên tranh chấp đồng ý. Việc hoà giải có thể được tiến hành theo sáng kiến của Hoà giải viên ngay tại thời điểm xảy ra tranh chấp, nếu Hoà giải viên là người chứng kiến và xét thấy cần thiết phải hoà giải ngay. Hoà giải viên lựa chọn địa điểm thuận lợi cho việc hoà giải, phù hợp với nguyện vọng của các bên hoặc hoà giải tại địa điểm mà các bên lựa chọn.

- *Phương thức hoà giải.* Theo quy định tại Pháp lệnh năm 1998 thì việc hoà giải được tiến hành bằng lời nói và chỉ lập biên bản hoà giải trong trường hợp được các bên yêu cầu hoặc được các bên đồng ý. Quy định này mang tính mềm dẻo, linh hoạt và không hành chính hóa quan hệ hoà giải. Tuy nhiên, trong thực tiễn giải quyết các tranh chấp dân sự, đặc biệt các tranh chấp trong quan hệ hôn nhân và gia đình, quan hệ thừa kế..., quy định này chưa phù hợp với

ơ chế giải quyết của cơ quan tư pháp, bởi Tòa án chỉ thụ lý vụ việc khi đã qua hoà giải nhưng không thành hoặc chưa phù hợp với việc hoà giải, giải quyết tranh chấp đất đai (Điều 135 Luật Đất đai quy định: kết quả hoà giải tranh chấp đất đai phải được lập thành biên bản có chữ ký của các bên tranh chấp và xác nhận của UBND xã, phường, thị trấn nơi có đất. Do không có biên bản hoà giải nên thiếu chứng cứ chứng minh là vụ việc đã được hoà giải nhưng không thành). Vì vậy, để đồng bộ với cơ chế giải quyết tranh chấp của Tòa án và tạo điều kiện thuận lợi cho các bên tranh chấp khi không còn cách nào khác phải khiếu kiện yêu cầu Tòa án giải quyết, chúng tôi cho rằng, cần quy định hoà giải được thực hiện bằng lời nói và lập biên bản hoà giải. Việc lập biên bản hoà giải có nhiều ưu điểm: nếu hoà giải thành thì biên bản ghi lại các thỏa thuận làm căn cứ để các bên tự nguyện thực hiện các thỏa thuận đó. Trong trường hợp các bên không đạt được thỏa thuận và việc tiếp tục hoà giải không thể đạt kết quả, thì biên bản hoà giải là căn cứ để các bên khiếu kiện yêu cầu cơ quan có thẩm quyền giải quyết theo quy định của pháp luật.

- *Thực hiện hoà giải:* tùy từng trường hợp cụ thể, Hoà giải viên có thể tiến hành việc hoà giải bằng cách gặp gỡ từng bên hoặc các bên; sau khi tìm hiểu sự việc, nguyên nhân phát sinh mâu thuẫn, tham khảo ý kiến của cá nhân, cơ quan, tổ chức hữu quan, lắng nghe ý kiến của các bên, Hoà giải viên phân tích, thuyết phục các bên đạt được thỏa thuận phù hợp với pháp luật, đạo đức xã hội và phong tục, tập quán tốt đẹp của nhân dân và tự nguyện thực hiện thỏa thuận đó; trong trường hợp các bên không thể đạt được thỏa thuận và việc tiếp tục hoà giải không thể đạt kết quả, thì Hoà giải viên hướng dẫn cho các bên làm thủ tục cần thiết để đề nghị cơ quan nhà nước có thẩm quyền giải quyết. Đối với tranh chấp phức tạp, mâu thuẫn giữa các bên gay gắt, có thể gây hậu quả nghiêm trọng, ảnh hưởng đến an ninh, trật tự trong địa bàn dân cư, thì Hoà giải viên kịp thời báo cáo cho Tổ trưởng Tổ hoà giải để kiến nghị cơ quan có thẩm quyền giải quyết theo quy định của pháp luật.

- *Kết thúc việc hoà giải.* Vụ, việc hoà giải được kết thúc trong hai trường hợp sau đây: (i) khi tranh chấp được giải quyết (hòa giải thành) trên cơ sở các bên đã đạt được thoả thuận và cam kết tự nguyện thực hiện thoả thuận đó. (ii) các bên không đạt được thoả thuận, việc tiếp tục hoà giải không thể đạt kết quả (hòa giải không thành) và tiếp tục khiếu kiện cơ quan nhà nước có thẩm quyền giải quyết.

Trong trường hợp hòa giải không thành, Hoà giải viên có trách nhiệm hướng dẫn cho các bên làm các thủ tục cần thiết để đề nghị cơ quan nhà nước có thẩm quyền giải quyết.

7. Quy định quản lý nhà nước về công tác hoà giải

Có quan điểm cho rằng, Dự án Luật Hòa giải ở cơ sở chỉ quy định những nội dung chủ yếu về QLNN đối với công tác hòa giải ở cơ sở mà không quy định chi tiết nhiệm vụ, trách nhiệm QLNN về công tác hòa giải của các ngành, các cấp và giao cho Chính phủ ban hành Nghị định quy định chi tiết các vấn đề này. Quan điểm thứ hai cho rằng, Dự án Luật cần quy định cụ thể nội dung QLNN và phân cấp, quy định chi tiết nhiệm vụ, trách nhiệm QLNN của các ngành, các cấp để ngay sau khi Luật có hiệu lực thi hành thì triển khai thực hiện được ngay, khắc phục tình trạng Luật muốn thi hành được phải chờ Nghị định hướng dẫn. Theo chúng tôi, Dự án Luật Hòa giải ở cơ sở nên quy định chi tiết ngay những nội dung cần điều chỉnh. Cụ thể, Dự án Luật Hòa giải ở cơ sở cần dành một chương quy định về QLNN công tác hòa giải ở cơ sở, gồm các nội dung sau đây:

- *Nội dung QLNN về công tác hoà giải:* ban hành cơ chế, chính sách, văn bản quy phạm pháp luật về tổ chức và hoạt động hoà giải; tổ chức và theo dõi việc thực hiện các chính sách và pháp luật đó; chỉ đạo, hướng dẫn, kiểm tra việc xây dựng, củng cố, kiện toàn tổ chức và nghiệp vụ hoạt động hoà giải ở cơ sở; tổ chức bồi dưỡng đường lối, chính sách của Đảng, pháp luật của Nhà nước, nâng cao nghiệp vụ và kỹ năng hoà giải cho người thực hiện hoà giải; tạo điều kiện về cơ sở vật chất, kinh phí hỗ trợ hoạt động hòa

giải và cung cấp thông tin, tài liệu pháp luật phục vụ công tác hòa giải ở cơ sở; sơ kết, tổng kết công tác hoà giải ở cơ sở và báo cáo về công tác hoà giải với cơ quan có thẩm quyền; tổ chức thi đua, khen thưởng công tác hoà giải của Tổ hoà giải.

- *Cơ quan QLNN về công tác hòa giải ở cơ sở:* Chính phủ thống nhất QLNN về công tác hoà giải trong phạm vi cả nước; Bộ Tư pháp giúp Chính phủ thực hiện QLNN về công tác hoà giải ở cơ sở; chỉ đạo và hướng dẫn UBND các cấp thực hiện QLNN về công tác hoà giải ở địa phương; UBND các cấp thực hiện QLNN về công tác hoà giải theo sự chỉ đạo và hướng dẫn của Bộ Tư pháp. Các cơ quan tư pháp địa phương giúp UBND cùng cấp QLNN về công tác hoà giải ở địa phương.

Căn cứ tình hình cụ thể và khả năng ngân sách của địa phương, UBND các cấp tạo điều kiện, hỗ trợ về kinh phí cho việc kiện toàn tổ chức, bồi dưỡng nghiệp vụ, sơ kết, tổng kết, thi đua, khen thưởng nhằm nâng cao hiệu quả hoạt động hoà giải ở địa phương.

Ngoài ra, cần có quy định Ủy ban Trung ương Mặt trận tổ quốc Việt Nam động viên, khuyến khích các tổ chức thành viên phối hợp với các cơ quan nhà nước tham gia quản lý và thực hiện công tác hòa giải ở cơ sở.

8. Quy định chuyển tiếp

Để bảo đảm tính kế thừa và liên tục của tổ chức và hoạt động hòa giải ở cơ sở, Dự án Luật Hòa giải ở cơ sở cần có quy định chuyển tiếp tổ chức và hoạt động hòa giải ở cơ sở được thành lập theo Pháp lệnh năm 1998 và có quy định mở để khuyến khích các loại hình hòa giải khác cùng tham gia hòa giải theo Hiến pháp, cụ thể cần quy định chuyển tiếp như sau:

- Các Tổ hoà giải thành lập theo Pháp lệnh năm 1998 được tiếp tục hoạt động và được củng cố, kiện toàn và triển khai hoạt động theo Luật Hòa giải ở cơ sở.

- Các quy định của Luật này này được áp dụng đối với hoạt động hoà giải của các tổ chức thích hợp khác của nhân dân trong cộng đồng dân cư ở cơ sở. ■

SỨC SỐNG CỦA BỘ LUẬT DÂN SỰ VIỆT NAM TỪ GÓC NHÌN SO SÁNH VỚI BỘ LUẬT DÂN SỰ PHÁP, ĐỨC, HÀ LAN

■ BÙI THỊ THANH HẰNG*
■ ĐỖ GIANG NAM**

Ở Việt Nam, tính từ năm 1995 đến nay đã có hai Bộ luật Dân sự - BLDS (BLDS năm 1995 và BLDS năm 2005) và hiện chúng ta cũng có kế hoạch xem xét xây dựng BLDS thứ ba trong vài năm tới. Như vậy, tuổi thọ trung bình của BLDS nước ta là 10 năm. Một trong những lý do khách quan dẫn đến tuổi thọ khiêm tốn của BLDS Việt Nam là sự phát triển nhanh chóng của nền kinh tế cũng như quá trình hội nhập quốc tế sâu rộng. Bên cạnh đó, một lý do khiến BLDS Việt Nam chưa có sức sống cao và phải liên tục sửa đổi là nó chưa đạt được chuẩn mực cần có. Nghĩa là BLDS chưa có một cấu trúc hợp lý, logic cho hệ thống quy phạm dân sự; còn lúng túng trong việc lựa chọn ngôn từ diễn đạt và chưa nhìn nhận đúng vai trò của Tòa án trong việc giải thích pháp luật. Bài viết đề cập dưới góc nhìn so sánh với BLDS Pháp, Đức, Hà Lan nhằm góp phần hoàn thiện BLDS với tính cách là một văn bản thống nhất, làm nền tảng cho cả hệ thống luật tư.

1. Cấu trúc cần có của Bộ luật Dân sự Việt Nam

Bản về BLDS Pháp, nhiều học giả coi đó là “bản Hiến pháp” của dân luật hay ví nó như một đài kỷ niệm¹. Sự so sánh này một mặt cho thấy vị trí vô cùng quan trọng nhưng rất gần gũi, quen thuộc của BLDS Pháp đối với mỗi người dân trong cuộc sống hàng ngày. Mặt khác, nó cũng khẳng định tính ổn định, khả năng vượt thời gian của BLDS Pháp² và tầm

ảnh hưởng vô cùng to lớn của BLDS Pháp đối với pháp luật dân sự thế giới³.

Việc ví von BLDS như một đài kỷ niệm làm chúng ta không khỏi liên tưởng đến mối liên hệ giữa BLDS với quy phạm tạo nên nó như là mối liên hệ giữa một công trình kiến trúc kỳ vĩ được tạo nên bởi những viên gạch bình dị nhờ sức sáng tạo của những kiến trúc sư tài ba được thể hiện thông qua việc xây dựng kết cấu, sự sắp đặt tinh tế, khéo léo và

**Bộ môn Luật dân sự, Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội.*

** *Bộ môn Luật dân sự, Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội.*

(1) Alain Levasseur. *On the structure of a civil code.* Tul. L. Rev. 44. (1969-1970), tr. 703.

(2) Jean-Marie Burguburu, *BLDS Pháp: Còn lại những gì? Kỷ yếu Hội thảo kỷ niệm 200 năm BLDS Pháp, Nhà Pháp luật Việt Pháp, tháng 11/2004, tr. 54.*

(3) Michel Grimaldi, *Ảnh hưởng của BLDS Pháp trên phạm vi thế giới, Kỷ yếu Hội thảo kỷ niệm 200 năm BLDS Pháp, Nhà Pháp luật Việt Pháp, tháng 11/2004, tr. 81.*

sự lựa chọn những viên gạch cho công trình đó. Nói cách khác, điều trước hết cần phải làm khi xây dựng một văn bản pháp luật - trong đó có BLDS - là phải lựa chọn được cấu trúc thích hợp, đảm bảo an toàn về mặt pháp lý. Với tầm quan trọng như thế, cấu trúc của một bộ luật nhất thiết phải được xây dựng đầu tiên để giới hạn phạm vi những vấn đề được đưa vào BLDS và những vấn đề được đặt trong những đạo luật riêng (luật chuyên ngành), đồng thời xác định tương quan giữa BLDS và các luật chuyên ngành, tránh việc đưa vào Bộ luật những nội dung pháp lý không thuộc bản chất của dân sự⁴.

Là một văn bản nền tảng cho cả hệ thống luật tư, việc xây dựng BLDS phải đảm bảo thống nhất về tính rõ ràng, tính xác định và tính có thể dự báo trước được⁵. Tuy nhiên, BLDS cũng phải hàm chứa trong nó sự mềm dẻo, linh hoạt, đáp ứng nhu cầu giải quyết các tình huống phát sinh trong đời sống xã hội do đặc tính quan hệ dân sự - là những quan hệ luôn biến động cùng sự vận hành, phát triển của xã hội dân sự và nền kinh tế thị trường.

Để đạt được điều này, cấu trúc của bộ luật phải được thiết kế theo một mô hình chặt chẽ được tuân thủ từ đầu cho đến cuối của bộ luật với những quy định chung được đặt trước các quy định chi tiết. Điều này sẽ tạo sự hài hòa trong từng quy phạm của bộ luật và sự hài hòa về tổng thể của bộ luật⁶. Mặt khác, kết cấu này còn tạo ra khả năng chỉ dẫn cao, cho phép người sử dụng tiếp cận một cách dễ dàng lĩnh vực mà người đó quan tâm cũng như cả bộ luật. Việc tạo ra một mô hình có cấu trúc chặt chẽ, có tính thống nhất cao như BLDS Pháp là cách hữu ích giúp chúng ta tránh được sự lặp lại không cần thiết nhiều điều khoản như BLDS hiện hành⁷.

2. Ngôn từ của Bộ luật Dân sự và vai trò của Tòa án với Bộ luật Dân sự

Trong những thập kỷ gần đây, tầm quan trọng của xu hướng xây dựng một văn bản pháp luật có ngôn từ rõ ràng ngày càng tăng. Điều này trên thực tế đối ngược với ngôn từ lập pháp thường phức tạp, chi tiết là lý do chính gây cản trở cho việc tiếp cận và hiểu được các quy phạm pháp luật dẫn đến khả năng làm giảm độ chính xác pháp lý của quy phạm cũng như làm gia tăng các chi phí cho việc giải thích và thực hiện pháp luật.

Ngôn ngữ rõ ràng là ngôn ngữ trực tiếp và đơn giản được thiết kế để truyền đạt thông điệp của quy phạm được dự định đến người đọc một cách rõ ràng, hiệu quả. Tuy nhiên, điều này không đơn giản là sử dụng những từ ngữ dễ hiểu và diễn cảm mà quy phạm phải được thiết kế trên cơ sở có cấu trúc ngữ pháp sáng sủa. Việc thiết kế một quy phạm rõ ràng được tạo nên bởi hai yếu tố: thứ nhất, lựa chọn hợp lý ngôn từ và cấu trúc câu đơn giản; tiếp đến là thiết kế một bố cục vật chất đơn giản.

Xét về mặt lý luận, đây là cái đích mà mọi BLDS hiện đại, trong đó có BLDS Việt Nam muốn hướng tới. Tuy nhiên, ngôn từ cũng như nội dung của các quy định trong BLDS Việt Nam còn có nhiều hạn chế. Sự hạn chế này có thể nhận thấy dưới ba biểu hiện:

Thứ nhất, sự thiếu đồng nhất trong việc sử dụng ngôn từ. Điều này có thể được minh chứng một cách rõ ràng ở việc sử dụng thuật ngữ “điều cấm của pháp luật”⁸ và “trái với pháp luật”⁹ hoặc coi “thiện chí và trung thực” với tính cách là một nguyên tắc không thể tách rời¹⁰, nhưng lại chỉ đề cập đến “trung thực” mà không đề cập đến “thiện chí” trong các điều khoản riêng¹¹ hoặc mặc dù đề cập cả “thiện chí” và “trung thực” nhưng lại được sắp xếp

(4) Vấn đề này có sự tranh luận sôi nổi và đã có nhận thức thống nhất khi xây dựng BLDS 2005 nên bài viết không đề cập tới.

(5) Xem Aauthur S. Hartkamp, *Judicial discretion under the new civil code of the Netherlands*, 40 *Am. J. Comp. L.* 551, 1992.

(6) Xem Stijn Debaene, Raf van Kuyck and Bea Van Buggenhout, *Legislative Technique as Basis of a Legislative Drafting System*, tr. 3.

(7) Xem: Điều 13 và Điều 281; Điều 124 và Điều 401; Điều 126, Điều 409 và Điều 673; Điều 187.2, Điều 188, Điều 194.2, Điều 242, Điều 243, Điều 244, Điều 247 và Điều 599; Điều 283 và Điều 412; Điều 374 và Điều 424; Điều 287 và Điều 415... của BLDS năm 2005.

(8) Xem Điều 122.1.b của BLDS 2005.

(9) Xem Điều 652.1.b của BLDS 2005.

(10) Xem Điều 6 của BLDS 2005.

(11) Xem Điều 283, Điều 412 của BLDS 2005.

như những nguyên tắc tách rời¹²...

Thứ hai, quy định của BLDS 2005 còn chưa mềm dẻo tạo nên sức sống cho BLDS. Chẳng hạn các quy định tại Điều 18, Điều 163, Điều 172, Điều 390...

Thứ ba, các quy định của BLDS không rõ ràng, thiếu tính chuẩn xác pháp lý như Điều 58, Điều 139, Điều 280...

Bên cạnh những hạn chế về ngôn từ cũng như nội dung của điều luật, dường như vai trò của Tòa án trong việc đảm bảo sức sống của BLDS cũng chưa được nhìn nhận một cách thỏa đáng.

Để có được những giải pháp xác đáng cho những hạn chế nêu trên, cách xử lý của các BLDS Pháp, Đức và Hà Lan là lựa chọn tham chiếu với tính cách là những bài học quý giá cho việc xây dựng BLDS mới.

2.1. Bộ luật Dân sự Pháp

Khi tiến hành pháp điển hóa BLDS Pháp, các nhà lập pháp cho rằng ngôn từ của Bộ luật phải là thứ ngôn từ mà một công dân bình thường có thể tiếp cận được. Bên cạnh đó, BLDS cũng phải chứa đựng những điều khoản chung để đảm bảo tính linh hoạt của nó. Để giải quyết vấn đề, BLDS Pháp lựa chọn việc sử dụng một cách hài hòa vai trò của nhà lập pháp và vai trò của Tòa án. Điều này được thể hiện rõ thông qua khẳng định của Portalis - một trong những tác giả chính xây dựng BLDS Pháp rằng: “Chúng ta cần phải tránh xa tham vọng điều chỉnh và dự đoán được tất cả mọi thứ (quan hệ xã hội)... Chức năng của Bộ luật này là ấn định một phác thảo chung những châm ngôn về công lý, thiết lập những nguyên tắc pháp lý có thể áp dụng rộng rãi, và không được sa đà vào những câu hỏi quá chi tiết. Kỹ năng của nhà làm luật thể hiện ở việc họ phát hiện ra các nguyên tắc nền tảng (trong mỗi lĩnh vực, chế định pháp lý) để đem lại sự thịnh vượng chung, còn người thẩm phán phải đem những nguyên tắc chung đó, thậm chí kể cả mở rộng

nó đối với từng hoàn cảnh cụ thể bằng cách áp dụng một cách thông thái và hợp lý”¹³.

Như vậy, những người soạn thảo BLDS Pháp cũng nhận thức rõ rằng ngay cả những nhà lập pháp khôn khéo, tài tình nhất cũng không thể dự đoán được tất cả những vấn đề có thể nảy sinh trong đời sống dân sự, và khoảng trống này cần phải dành cho những quyết định tư pháp. BLDS Pháp, vì vậy đã quy định tại Điều 4: “Thẩm phán mà từ chối xét xử, với lý do pháp luật không quy định, quy định không rõ ràng hay không đầy đủ, thì có thể sẽ bị truy tố về tội từ chối xét xử”. Với quy định này, BLDS Pháp đã khẳng định Tòa án là người giải thích luật và đưa ra giải pháp pháp lý đối với những vụ việc cụ thể mà luật chưa dự đoán được. Nhờ đó, BLDS Pháp mới có khả năng thích nghi với sự biến chuyển của xã hội và có sức sống lâu bền.

Ví dụ nổi tiếng nhất về phong cách lập pháp của BLDS Pháp, được tìm thấy trong các điều khoản về trách nhiệm dân sự ngoài hợp đồng (từ điều 1382 đến 1386). Có thể nói, chỉ với 5 điều đã dẫn đến sự hình thành những quy tắc đồ sộ do án lệ tạo ra chi phối quan hệ bồi thường thiệt hại giữa các bên. Vào thời điểm soạn thảo, các nhà lập pháp không thể hình dung nổi sự thay đổi chóng mặt của kinh tế và công nghệ sẽ diễn ra trong vòng hàng trăm năm sau, nhưng chỉ với quy định mang tính chất nguyên lý: “Bất cứ hành vi nào của một người mà gây thiệt hại cho người khác, thì người gây thiệt hại do lỗi của mình phải bồi thường thiệt hại”¹⁴ đã làm nền tảng cho Tòa án giải thích, vận dụng để tạo ra giải pháp thích ứng với sự phát triển của máy móc hiện đại của nền công nghiệp, của phương tiện giao thông gây thiệt hại sau này.

Tóm lại, phương pháp pháp điển hóa BLDS Pháp đặc trưng bởi việc sử dụng ngôn từ dễ hiểu, đơn giản nhưng cũng không kém phần lịch thiệp; thứ ngôn từ này, cùng với sự chặt

(12) Xem Điều 389 của BLDS 2005.

(13) Konrad Zweigert and Hein Kotz, *Introduction to comparative law*, Clarendon press Oxford 1998, tr. 90.

(14) Điều 1382 BLDS Pháp, bản dịch của Nhà pháp luật Việt Pháp, Hà Nội, 2005.

chẽ thống nhất trong bộ luật dựa trên tư duy logic của người Pháp, đã làm cho BLDS Pháp đáp ứng đòi hỏi tiếp cận pháp luật của mỗi công dân bình thường. Thêm nữa, “điểm đặc biệt của BLDS 1804, đó là việc phát hiện ra những nguyên tắc nòng cốt của luật dân sự. Những nguyên tắc này tạo nên tính mềm dẻo trong việc giải thích Bộ luật và do đó giúp cho Bộ luật được trường tồn. Thành công của những nhà soạn thảo BLDS Pháp là đã hình dung ra được mối quan hệ bổ sung qua lại giữa những quy định của luật thành văn với việc giải thích mang tính mềm dẻo và thích ứng với thực tế của tòa án”¹⁵.

2.2. Bộ luật Dân sự Đức

Nếu như BLDS Pháp dựa trên mô hình của Gaius, được chia thành luật về người, về vật và hành vi, thì BLDS Đức với kết cấu gồm 5 quyển: Phần chung, Trái quyền, Vật quyền, Luật gia đình và Luật thừa kế có nguồn gốc trực tiếp từ trường phái Pandectist. BLDS Đức, với tư cách là thành quả của quá trình tranh luận kỹ càng và lâu dài của các học giả, đã đưa ra hệ thống ngôn từ, khái niệm pháp lý rất trừu tượng, khoa học. Cách tiếp cận này của BLDS Đức dẫn đến ngôn từ pháp lý khô khan và quá mang tính chuyên ngành nếu so sánh với sự giản dị, dễ hiểu và lịch lãm của BLDS Pháp. Chính vì thế, BLDS Đức được xem là không được thiết kế cho những công dân bình thường như BLDS Pháp, mà nó được viết ra cho các luật gia chuyên nghiệp.

BLDS Đức quan tâm nhiều đến các quy tắc pháp lý chi tiết và đầy đủ để có thể dễ dàng áp dụng vào từng hoàn cảnh, vụ việc cụ thể¹⁶. Điều đó, một mặt dường như đảm bảo tính an toàn pháp lý nhưng cũng làm người ta lo ngại là nó có thể tỏ ra thiếu thích ứng với sự vận động của xã hội, với nhu cầu điều chỉnh quan hệ mới mà nhà làm luật có thể không thể dự liệu được. Tuy nhiên, lo ngại này sẽ

được xóa bỏ nếu chúng ta nhìn vào cấu trúc của BLDS Đức, gồm Phần chung (Quyển 1) và bốn quyển khác mà trong mỗi quyển đều bao gồm các phần chung và riêng là kết cấu rất hợp lý, đưa ra khung pháp lý cơ bản, tạo điều kiện cho cơ quan lập pháp dễ dàng soạn thảo những đạo luật chuyên ngành. Bên cạnh đó là việc cho phép Tòa án được áp dụng những điều khoản chung để sáng tạo ra các giải pháp mới đối phó sự biến chuyển cuộc sống. Điều khoản chung, được nhắc đến và ca ngợi nhiều nhất là Điều 242 BLDS Đức, Điều khoản Treu und Glauben (Faith and Credit) quy định “Bên có nghĩa vụ phải thực hiện nghĩa vụ một cách thiện chí và trung thực, và cần quan tâm đến những yêu cầu của tập quán”. Đây được coi là điều khoản vàng của BLDS Đức, từ điều khoản ngắn gọn này đã làm phát sinh hàng loạt quy tắc pháp lý mới như vấn đề áp đặt trách nhiệm pháp lý trong quan hệ tiền hợp đồng (culpa in contrahendo), nghĩa vụ đàm phán lại khi có sự thay đổi căn bản hoàn cảnh..., nó cũng là căn cứ của một số lượng án lệ khổng lồ, mà chỉ riêng việc phân tích nó, một học giả Đức (tiền sỹ Weber) đã xuất bản công trình dày tới 2.000 trang.

Về các điều khoản chung¹⁷, Markesinis¹⁸ cho rằng các điều khoản chung đóng ba vai trò căn bản:

Thứ nhất, chúng trao cho thẩm phán những quyền đáng kể mà họ không có trong một hệ thống pháp điển hóa như nước Đức¹⁹. Thẩm quyền này được sử dụng trước hết là để tạo ra các quy tắc pháp lý cụ thể từ việc áp dụng các điều khoản chung. Chẳng hạn, bắt nguồn từ Điều 242 BLDS Đức, thẩm phán đã sáng tạo ra quy tắc áp đặt trách nhiệm pháp lý tiền hợp đồng (học thuyết Culpa in contrahendo), sau đó năm 2002, quy tắc này đã được pháp điển hóa thành Điều 313 BLDS Đức.

Liên quan chặt chẽ tới vai trò trên, *chức*

(15) Guy Canivet, Báo cáo đề dẫn, Kỷ yếu hội thảo kỷ niệm 200 năm BLDS Pháp, Nhà pháp luật Việt Pháp, tr. 8.

(16) Konrad Zweigert and Hein Kotz, *tlđđ*, tr. 145.

(17) Bên cạnh Điều 242, một số điều khoản thường được nhắc đến như Điều 138, Điều 157, 826 BLDS Đức.

(18) Markesinis, *Giáo sư trường Luật- Đại học Texas, Austin, Hoa Kỳ*.

(19) Basil Markesinis, *The German law of contract – a comparative treatise, Oxford 2006, tr. 23*.

năng thứ hai của điều khoản chung là cho phép BLDS thích nghi với những nhu cầu mới của xã hội²⁰. Điều 242 BLDS Đức tiếp tục là minh chứng rõ ràng khi nó tạo điều kiện cho Tòa án giải thích linh hoạt luật hợp đồng trước sự phát triển của nền kinh tế. Đây là nguyên nhân giải thích tại sao BLDS Đức có thể vững bền và vẫn có sức sống trong một thế kỷ đầy biến động như thế kỷ 20.

Chức năng thứ ba là những điều khoản chung cho phép các giá trị hiến pháp được thâm nhập vào lĩnh vực luật tư thông qua điều khoản về thiện chí và điều khoản về chính sách công²¹. Những điều khoản này, ngày nay được coi như “Einfallstore”, tạm dịch là những cánh cổng mà thông qua đó, những giá trị đạo đức được đưa vào địa hạt luật tư. Chẳng hạn, Điều 242 - điều khoản về sự thiện chí được hiểu là một phương pháp được sử dụng để đạo đức hóa quan hệ hợp đồng, và nhằm làm giảm đi sự thiếu công bằng có thể nảy sinh nếu áp dụng tuyệt đối nguyên tắc tự do hợp đồng, qua đó những giá trị nền tảng này được đưa vào như chuẩn mực cho sự ứng xử cao nhất trong luật hợp đồng, rộng hơn nữa là luật nghĩa vụ và thậm chí toàn bộ luật tư.

Tóm lại, chúng ta thấy cũng như Pháp, Đức xem vai trò của Tòa án với tư cách là người đồng hành với BLDS Đức trong việc đảm bảo sự thích nghi của BLDS với sự phát triển của cuộc sống. Tuy nhiên, cơ hội cho Thẩm phán ở Đức dựa vào chỉ là các điều khoản chung như Điều 138, Điều 157, Điều 242 và Điều 826. “Những điều khoản chung này vận hành như là một loại sấp bồi trơn an toàn, thiếu vắng nó, những điều khoản cứng nhắc và chính xác của BLDS Đức không khéo sẽ nổ tung khi chịu sức ép từ sự vận động của xã hội”²².

2.3. Bộ luật Dân sự Hà Lan

Nếu như BLDS Pháp 1804, BLDS Đức 1896 là những sản phẩm lập pháp từ thế kỷ

19, thì BLDS Hà Lan 1994 là Bộ luật rất mới mẻ, trong quá trình tái pháp điển hóa, các nhà soạn thảo Hà Lan đã có ưu thế là có thể so sánh, kế thừa các giải pháp pháp lý khoa học và hiện đại nhất. Điểm đáng chú ý là khi thông qua BLDS mới, Hà Lan vẫn luôn nhận thức rõ tầm quan trọng của những khái niệm mở, cũng như vai trò thẩm phán trong việc cung cấp các giải pháp pháp lý mới. Arthur S. Hartkamp²³ khẳng định: “Không nghi ngờ gì nữa, BLDS Hà Lan với 3.000 điều, chưa kể tới quyển 4 (Thừa kế) và quyển 5 (Hợp đồng chuyên biệt) sẽ sớm được thông qua, đã cung cấp các câu trả lời rõ ràng cho hầu hết các vấn đề mà thực tiễn hiện nay đối mặt cũng như những vấn đề mà các nhà lập pháp dự báo có khả năng chắc chắn xảy ra trong tương lai... Cấu trúc BLDS, đáng chú ý nhất là được sắp xếp theo mô hình chặt chẽ từ các quy tắc chung sau đó hướng dần tới các quy tắc chi tiết hơn, và trong một số trường hợp quá trình này có nhiều cấp độ. Đặc sắc nhất ở chỗ, trong BLDS Hà Lan số lượng khổng lồ những quy phạm chi tiết được cân bằng bởi những khái niệm mang tính mở (những điều khoản chung, những nguyên tắc) với một chủ ý rõ ràng là trao quyền tự do cho Tòa án khi giải thích nó, có thể áp dụng sáng tạo để đáp ứng nhu cầu mới của xã hội, đảm bảo BLDS không trở nên lạc hậu”²⁴.

Một minh chứng cho các khái niệm mang tính mở này là khái niệm “thiện chí” (good faith). Điều 6.1 đoạn 1 quy định rằng: “Các chủ thể của quan hệ nghĩa vụ phải hành xử theo sự hợp lý và công bằng”. Bắt nguồn từ quy phạm này, khái niệm hợp lý được Tòa án viện dẫn đến nguyên tắc “bona fides” hay “thiện chí” tới mức ngày nay nó chi phối tất cả các lĩnh vực luật nghĩa vụ và hợp đồng của Hà Lan. Như vậy, trong hệ thống pháp luật Hà Lan, nguyên tắc “hợp lý và công bằng” được hiểu gần như đồng nghĩa với nguyên tắc “good faith” trong

(20) Basil Markesinis, *tlđđ*, tr. 23.

(21) Basil Markesinis, *tlđđ*, tr. 24.

(22) Konrad Zweigert and Hein Kotz, *tlđđ*, tr. 146.

(23) Giáo sư luật dân sự Hà Lan.

(24) Arthur S. Hartkamp, *tlđđ*.

hệ với ba chức năng chính: thứ nhất, tất cả các hợp đồng đều phải được giải thích theo sự hợp lý; thứ hai, hợp lý có “chức năng bổ sung”. Theo đó, nó bổ sung các quyền và nghĩa vụ có thể nảy sinh giữa các bên hợp đồng, mà những quyền và nghĩa vụ này đã không được thỏa thuận trước trong hợp đồng, cũng như không được quy định minh thị trước trong luật thành văn; thứ ba, hợp lý có “chức năng giới hạn”, chức năng này được quy định trong Điều 6:248. Theo đó, những quy tắc ràng buộc giữa các bên, không được áp dụng mở rộng tới phạm vi mà, trong những hoàn cảnh đặc thù, sự áp dụng đó là không thể chấp nhận được theo tiêu chuẩn của sự hợp lý và công bằng²⁵.

Qua những phân tích nêu trên, chúng ta nhận thấy, BLDS Pháp, BLDS Đức hay BLDS Hà Lan đều có cơ chế của riêng mình để đảm bảo sức sống lâu dài của BLDS bên cạnh điểm chung là thừa nhận vai trò không thể thiếu của Tòa án trong việc giải thích - “sáng tạo” nên các giải pháp pháp lý khi ngôn từ của BLDS không phát huy được hiệu lực của nó.

Học tập kinh nghiệm nước ngoài cho việc xây dựng BLDS mới, xét về mặt kỹ thuật lập pháp, chúng ta cần nhận thức và cân nhắc kỹ vai trò của các nguyên tắc cũng như vai trò của Tòa án trong việc giải thích pháp luật để BLDS mới hoàn hảo hơn, lâu bền hơn. Điều này đặc biệt có ý nghĩa, nếu chỉ xét về số lượng điều khoản trong BLDS thì BLDS Việt Nam chỉ có số lượng điều khoản khá khiêm tốn (777 điều) bên cạnh sự đồ sộ của các BLDS khác như BLDS Đức (2.385 điều), BLDS Pháp (2.283 điều), BLDS Hà Lan (3.500 điều), BLDS Quebec (3.168), BLDS Louisiana (3.556 điều), BLDS Nhật (1.044 điều)... việc cho phép Tòa án giải thích, áp dụng sáng tạo những điều khoản chung để giải quyết từng trường hợp cụ thể là việc làm rất cần thiết. Điều này càng có ý nghĩa hơn khi BLDS 2005 của chúng ta dường như có rất nhiều quy phạm chung. Ở



đây chúng tôi xin đơn cử các quy định liên quan đến nguyên tắc thiện chí và trung thực.

Nguyên tắc thiện chí và trung thực trong BLDS 2005 được đề cập ở tầng cao nhất trong cấu trúc chung - riêng. Tuy nhiên, pháp luật Việt Nam dường như chưa có sự nhìn nhận chúng trong mối quan hệ ở tầng dưới - quy định chi tiết tại phần vật quyền và trái quyền. Theo chúng tôi, nó cần phải được nhìn nhận dưới hai khía cạnh. Ở khía cạnh chủ quan, nguyên tắc này trong phần vật quyền, được xác định là trạng thái chủ quan của ý chí: ngay tình - “không biết hoặc không thể biết” về một sự kiện nhất định chẳng hạn như các trường hợp được quy định tại Điều 189 và các điều từ Điều 265 đến Điều 278 BLDS. Ở khía cạnh khách quan, nguyên tắc này được đề cập trong phần trái quyền một cách minh thị tại Điều 283, Điều 389 và Điều 412 với thuật ngữ thiện chí, trung thực.

Nếu đứng từ góc độ pháp luật hợp đồng, khi truy tìm giải pháp pháp lý chi phối quan hệ này, thoát nhìn chúng ta thấy dường như nguyên tắc thiện chí và trung thực được bóc lột tới ba tầng:

Tầng thứ nhất: Điều 389. Nguyên tắc giao kết hợp đồng dân sự: “Việc giao kết hợp đồng dân sự phải tuân theo các nguyên tắc sau đây: 2. Tự nguyện bình đẳng, thiện chí, hợp tác, trung thực và ngay thẳng” và Điều 412. Nguyên tắc

(25) Authur S. Hartkamp, t.lđd.

thực hiện hợp đồng dân sự: “Việc thực hiện hợp đồng dân sự phải tuân theo các nguyên tắc sau đây: 2. Thực hiện một cách trung thực, theo tinh thần hợp tác và có lợi nhất cho các bên, bảo đảm sự tin cậy lẫn nhau”.

Tầng thứ hai: Điều 283. Nguyên tắc thực hiện nghĩa vụ dân sự: “Bên có nghĩa vụ dân sự phải thực hiện nghĩa vụ của mình một cách trung thực, theo tinh thần hợp tác...”.

Tầng thứ ba: Điều 6. Nguyên tắc thiện chí và trung thực: “Trong quan hệ dân sự các bên phải thiện chí, trung thực trong việc xác lập, thực hiện quyền, nghĩa vụ dân sự, không bên nào được lừa dối bên nào”.

Với ba tầng này, nếu bỏ qua một số lỗi về sự không thống nhất về thuật ngữ và ngôn từ, rõ ràng có thể coi BLDS 2005 đã có cách tiếp cận logic theo trật tự thứ bậc từ chung đến riêng tạo nên “mạng lưới nguyên tắc dày đặc” giúp các thẩm phán Việt Nam có thể sử dụng các nguyên tắc này để giải quyết mọi tình huống pháp lý nảy sinh trong cuộc sống khi thiếu các quy phạm cụ thể. Tuy nhiên, thực trạng xét xử lại không phải như vậy mà trên thực tế “Phần nguyên tắc cơ bản của BLDS rất ít được khai thác trong khi đó những quy định này có tiềm năng điều chỉnh nhiều vấn đề của hợp đồng... chẳng hạn... hiện nay quy tắc thiện chí và trung thực dường như rất ít được khai thác, trong khi đó, đây là một trong những nguyên tắc cơ bản của BLDS và nó bao trùm toàn bộ quan hệ dân sự trong đó có quan hệ hợp đồng”²⁶. Thực tiễn này có lẽ nằm ở chỗ, mặc dù đã có sự phân tầng nhưng nguyên tắc này mới chỉ dừng lại ở việc tầng dưới là sự nhắc lại của tầng trên chứ không có sự phân tầng chung riêng theo đúng nghĩa của nó.

Đối chiếu nguyên tắc thiện chí và trung thực được quy định trong BLDS 2005 với Điều 242 BLDS Đức cho thấy BLDS Việt Nam rõ ràng đã xem xét nguyên tắc này với phạm vi rộng lớn hơn nhiều so với BLDS Đức. Đó là:

“bao quát toàn bộ quan hệ dân sự theo nghĩa rộng” mà chưa phát huy được sức mạnh tiềm ẩn của nó; trong khi đó, Điều 242 BLDS Đức chỉ dừng lại ở phạm vi quan hệ nghĩa vụ, thậm chí nếu theo ngôn từ chính xác của điều luật thì Điều 242 BLDS Đức chỉ được áp dụng từ thời điểm nghĩa vụ được xác lập.

Do đâu mà mặc dù BLDS 2005 đã có sự xuất hiện của cấu trúc chung - riêng nhưng những người áp dụng pháp luật Việt Nam lại chưa thấy được vai trò và vị trí xứng đáng của nguyên tắc này, trong khi thực tiễn pháp lý ở Việt Nam đòi hỏi phải có sự điều chỉnh uyển chuyển của pháp luật trong rất nhiều tình huống để đảm bảo quan hệ hợp đồng công bằng hơn như nhu cầu điều chỉnh hợp đồng do hoàn cảnh thay đổi²⁷, nhu cầu can thiệp sớm hơn để áp đặt trách nhiệm pháp lý tiền hợp đồng, hay nhu cầu áp đặt nghĩa vụ hạn chế thiệt hại do vi phạm hợp đồng²⁸. Sẽ hợp lý hơn nếu như chúng ta nhìn nhận vấn đề này không thực sự nằm ở Tòa án, mà có lẽ nằm trong cách thức lập pháp của BLDS cũng như sự nhìn nhận chưa chính xác về vai trò giải thích pháp luật của Tòa án trong hệ thống pháp luật nước ta. Mặt khác, các nguyên tắc trong BLDS 2005, có lẽ mới chỉ được nhìn nhận như là những tư tưởng chỉ đạo, định hướng cho hoạt động lập pháp và áp dụng pháp luật, mà chưa thực sự được xem xét nó với tính chất là những “điều khoản chung” chứa đựng giải pháp pháp lý tiềm ẩn cho phép BLDS thích ứng với nhu cầu mới của xã hội. Do vậy, BLDS cần có sự sắp xếp, đối chiếu, sử dụng một cách chuẩn xác các thuật ngữ ở các điều khoản để giảm bớt tính tuyên ngôn trong những quy định nguyên tắc, đồng thời làm tăng thêm tính ứng dụng của chúng đặc biệt trong khung cảnh BLDS được xem là Bộ luật gốc của hệ thống luật tư. Có như vậy mới tạo cho BLDS có tính ổn định, có sức sống lâu bền. ■

(26) Đỗ Văn Đại, *Vị trí của BLDS trong lĩnh vực hợp đồng*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 7/2008.

(27) Lê Minh Hùng, *Điều khoản điều chỉnh hợp đồng do hoàn cảnh thay đổi trong pháp luật nước ngoài và kinh nghiệm cho Việt Nam*, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, số 6 tháng 3/2009.

(28) Đỗ Thành Công, *Nghĩa vụ hạn chế thiệt hại do vi phạm hợp đồng*, Tạp chí Khoa học pháp lý, số 4/2010.

VAI TRÒ CỦA PHÁP LUẬT TRONG KIỂM SOÁT ĐẦU TƯ CÔNG

■ PHẠM DUY NGHĨA*

Đầu tư công của Việt Nam hiện nay vừa cao, vừa không hiệu quả. Trong khi tỷ lệ đầu tư công ở các nước OECD và Đông Á đều vào khoảng 3-5% GDP, Trung Quốc là 3,5%, Indonesia 1,6%, thì tỷ lệ này ở Việt Nam hàng năm ước tính bằng khoảng 17%-20% GDP¹. Do số liệu thống kê chỉ giới hạn vào các dự án đầu tư công theo nghĩa hẹp gồm các dự án không có khả năng hoàn vốn trực tiếp², nếu kể cả đầu tư của khu vực doanh nghiệp nhà nước (DNNN), có lẽ tỷ lệ này còn cao hơn một cách đáng kể. Về số lượng dự án, theo số liệu mới công bố ngày 21/04/2011 của Bộ Kế hoạch và Đầu tư, năm 2010 cả nước đã thống kê được 34.607 dự án đầu tư đang tiến hành, trong đó 20.332 dự án có trên 30% vốn từ ngân sách nhà nước, ít hơn nhiều con số 60.639 dự án đầu tư từ ngân sách vào năm 2008³. Nhà nước Việt Nam vừa đầu tư nhiều, vừa không hiệu quả, kể cả so với các quốc gia chuyển đổi trong những giai đoạn lịch sử tương ứng của họ⁴. Nói cách khác, tăng trưởng ở Việt Nam đã được dẫn dắt phần đáng kể bởi đầu tư của Nhà

nước, song hiệu quả sử dụng đồng vốn thấp. Đây là lĩnh vực còn phát sinh tham nhũng, là nguyên nhân chính làm tồi tệ thêm lạm phát và lãng phí nguồn lực. Thực tế đó chỉ ít đặt ra hai bài toán, một là phải thắt chặt đầu tư, và hai là, trong số các dự án Nhà nước buộc phải đầu tư, cần thay đổi các thể chế để tăng cường hiệu quả sử dụng đồng vốn.

Vai trò của hệ thống pháp luật nhằm thắt chặt đầu tư công

Muốn giải hai bài toán trên, vừa thắt chặt đầu tư công, vừa nâng cao hiệu quả sử dụng vốn, cần tối nhiều công cụ và thể chế khác nhau, trong đó hệ thống pháp luật đóng một vai trò nhất định. Nói cách khác, để đầu tư công diễn ra tràn lan và kém kiểm soát, cũng có một phần lỗi của thể chế, trong đó có pháp luật. Như vậy, thảo luận về vai trò của pháp luật để giám sát tốt hơn đầu tư công là việc làm có ý nghĩa. Tuy nhiên, cần nhấn mạnh ở đây hai ý: thứ nhất, kiểm soát đầu tư công cần tới cả hệ thống pháp luật, với sự can thiệp của nhiều lĩnh vực pháp luật khác nhau, chứ không chỉ bằng một đạo luật riêng biệt, ví dụ Luật Đầu tư

(*) PGS, TS. Khoa Luật và Chương trình giảng dạy kinh tế Fulbright, Đại học Kinh tế TP Hồ Chí Minh

(1) Xem thêm: R Frensch at al, *How to improve public investment efficiency in Ukraine*, Osteuropa Institut (2004), Kurzanalysen und Information Nr 17 Mai 2004.

(2) Dự thảo Luật Đầu tư công, bản tháng 3/2010 định nghĩa khái niệm đầu tư công theo nghĩa hẹp này.

(3) Báo cáo của Bộ KH&ĐT ngày 21/04/2011 về chế độ báo cáo, giám sát, đánh giá tổng thể đầu tư năm 2010, Nguồn tin: Bộ Kế hoạch và Đầu tư và Văn phòng Chính phủ.

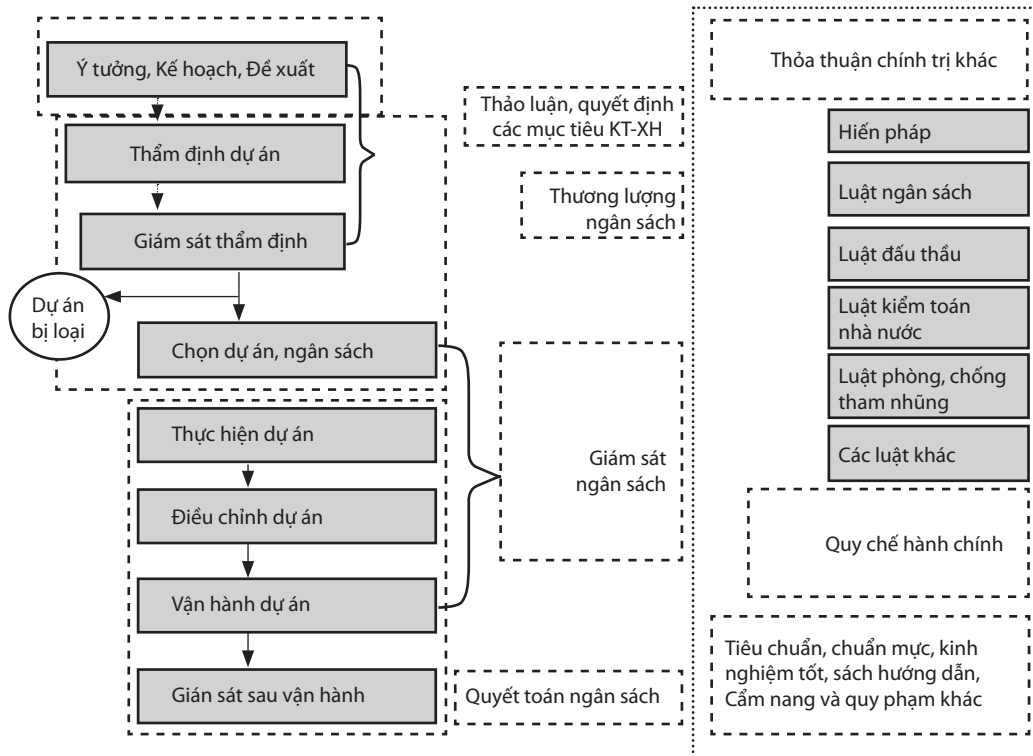
(4) Xem thêm Nguyễn Đình Tài, Lê Thanh Tú, *Nâng cao hiệu quả đầu tư công ở Việt Nam*, Tạp chí Tài chính, 04/2010.

công đang được soạn thảo từ hơn ba năm nay; thứ hai, mặc dù có vai trò to lớn, song pháp luật cũng có giới hạn của nó, những vấn đề cần được giải quyết bằng ý thức hệ, nhận thức chính trị hay các tương quan quyền lực khó có thể giải quyết bằng công cụ pháp luật. Đầu tư công gắn liền với quan niệm về công hữu và quan niệm về vai trò của Nhà nước trong phát triển, quan niệm về vai trò chủ đạo của DNNN trong nền kinh tế, những nhận thức mang tính chính trị, ý thức hệ này chỉ được thay đổi qua tranh luận xã hội và nhận biết của giới cầm quyền, hơn là bởi công cụ pháp luật.

Các công đoạn liên quan đến đầu tư công cần được giám sát

Đầu tư công được thực hiện bằng các dự án, ví dụ hơn hai vạn dự án có vốn từ ngân sách đang được thực hiện trong năm 2010 và vô số những dự án lớn nhỏ khác được đầu tư bởi các DNNN, ví dụ như Tập đoàn Vinashin.

Để kiểm soát hiệu quả một dự án đầu tư công, phải nhận diện toàn bộ quy trình từ hình thành, thẩm định, thẩm tra, quyết định cấp ngân sách, kiểm soát chi tiêu, nghiệm thu, vận hành cho đến đánh giá hiệu quả dự án sau khi hoàn thành. Những giai đoạn này do nhiều cơ quan nhà nước thực hiện, cần được giám sát bằng những thể chế khác nhau. Dựa vào những nghiên cứu mới đây của WB và IMF về hiệu quả đầu tư công⁵, bảng dưới đây tìm cách mô tả toàn bộ quy trình đầu tư công thành 8 giai đoạn, sơ khởi từ ý tưởng cho đến hoàn công, đưa vào sử dụng và đánh giá nghiệm thu. Tương ứng với 8 giai đoạn đó, nhiều lĩnh vực pháp luật đa dạng khác nhau có thể có những vai trò nhất định tới giám sát đầu tư công. Bài viết dưới đây phác thảo những ý tưởng góp phần thảo luận về vai trò của pháp luật và của cơ quan dân cử tương ứng với 08 giai đoạn của một dự án đầu tư công:



(5) Anand Rajaram at al, A Diagnostic Framework for Assessing Public Investment Management, WB Policy Working Paper 5397, August 2010, xem thêm: Murray Petrie, Promoting Public Investment Efficiency: A Synthesis of Country Experiences, Hanoi, August 2010 (unpublished paper).

Giai đoạn 1: Đề xuất ý tưởng, kế hoạch đầu tư công

Hàng chục vạn dự án đầu tư công được các DNNN, các đơn vị trong hệ thống chính trị và chính quyền các cấp đề xuất. Nếu sáng kiến đề xuất dự án từ khu vực DNNN xuất phát từ thị trường, từ cơ hội kinh doanh, từ các lợi ích kinh tế đa dạng, luật pháp khó mà kiểm soát chúng, ngược lại, sáng kiến lập dự án của các đơn vị công quyền chỉ dùng ngân sách phải xuất phát từ sứ mạng, chức năng và các định hướng chính trị, xã hội của chúng. Một hệ thống kiểm soát đầu tư công tốt phải bắt đầu từ định hình các tiêu chí sàng lọc sáng kiến dự án (preliminary screening), tránh ngay từ đầu các dự án hoang tưởng, không thật gắn với chức năng, sứ mệnh của cơ quan công quyền và chiến lược phát triển kinh tế - xã hội (KT-XH). Ở Việt Nam, các chiến lược phát triển KT-XH trung và dài hạn được định hình bởi các cơ quan của Đảng (Đại hội, các nghị quyết Trung ương, chỉ thị của Ban bí thư, các tổ chức Đảng cơ sở). Cần thảo luận để làm rõ hơn các tiêu chí đề xuất sáng kiến lập dự án đầu tư công, đặt chúng dưới sự kiểm soát của một đầu mối nhất định. Như đã nhấn mạnh, điều này không khả thi đối với khu

vực doanh nghiệp, song cần phải làm đối với các đầu mối chi tiêu ngân sách⁶. Quy trình này gắn với lập kế hoạch phát triển KT-XH cần được minh bạch hơn, có các tiêu chí định lượng cụ thể, tránh các đề xuất dựa theo thỏa thuận chính trị giữa các phe nhóm. Pháp luật không có vai trò lớn đối với nội bộ các cuộc thảo luận về chiến lược phát triển KT-XH trong nội bộ các cơ quan của Đảng, song có thể đẩy mạnh thảo luận chính trị giúp các chiến lược đó có khả năng định lượng, đủ để thẩm định các sáng kiến lập dự án đầu tư công. Khi các chiến lược và chỉ tiêu phát triển này được chuyển sang các cơ quan dân cử, Quốc hội và Hội đồng nhân dân (HĐND) quyết định các mục tiêu phát triển KT-XH, chức năng này cần gắn liền với quy trình ngân sách trung hạn. Ở góc độ này, Hiến pháp, Luật Ngân sách, Luật Tổ chức Quốc hội và quy trình hoạt động của Quốc hội cũng như pháp luật tương ứng về cơ quan dân cử địa phương cần được đánh giá nhằm khẳng định quyền lực thực tế của Quốc hội và cơ quan dân cử trong lập kế hoạch ngân sách trung hạn, lấy kế hoạch ngân sách làm trọng tâm trong hoạch định chiến lược phát triển quốc gia và các địa phương. Hai quy trình ngân sách (do Bộ Tài chính chịu trách

Quy trình ngân sách và quy trình xây dựng kế hoạch phát triển KT-XH thực hiện hàng năm:

➤ Công việc thuộc Bộ tài chính

- ➔ Tháng 4: Thủ tướng ra Chỉ thị
- ➔ Tháng 6: Bộ TC ra thông tư hướng dẫn triển khai
- ➔ Hạn 25/7 hàng năm: Các tỉnh gửi dự toán về Bộ TC
- ➔ Tháng 8: Tổng hợp dự toán, dự kiến kế hoạch phân bổ
- ➔ Tháng 9: CP xem xét trình QH
- ➔ Trước 15/11: QH phê chuẩn dự toán NSNN
- ➔ 10/12: HĐND quyết định dự toán NS địa phương

➤ Công việc thuộc Bộ Kế hoạch & Đầu tư

- ➔ Tháng 6: Bộ KH & ĐT xây dựng khung định hướng - kế hoạch
- ➔ Cuối tháng 7: Các ngành/tỉnh gửi báo cáo xây dựng kế hoạch
- ➔ Tháng 8: Bộ KH & ĐT tổng hợp kế hoạch phát triển toàn quốc
- ➔ Tháng 9: CP thảo luận
- ➔ Tháng 10-11 QH thảo luận QĐ kế hoạch phát triển KT-XH của đất nước (qua nghị quyết với 20-25 chỉ tiêu hàng năm)

(6) Ở Chile, 5-8% các đề xuất dự án bị bác ngay trong giai đoạn sàng lọc đầu tiên này, nguồn WB 2010 (đã dẫn), tr. 9.

nhiệm chính) và quy trình xây dựng kế hoạch phát triển KT-XH (do Bộ Kế hoạch và đầu tư chịu trách nhiệm chính) hiện đang được tiến hành song song, có lẽ nên thống nhất lại (xem bảng dưới đây). Thêm nữa, trong Hiến pháp, Luật Tổ chức Quốc hội và pháp luật về thủ tục nghị viện, cần chuyển nội dung Quốc hội và HĐND quyết định kế hoạch phát triển KT-XH thành quyền lực thẩm tra và thông qua kế hoạch tài chính trung hạn. Trong quy trình ngân sách, cần chỉnh sửa Luật Ngân sách tạo điều kiện cho cơ quan dân cử tham gia sớm vào quá trình đề xuất và thông qua chỉ tiêu ngân sách, kiểm soát việc “dịch” chỉ tiêu thành kế hoạch ngân sách trung hạn và hàng năm. Kiểm soát được ngân sách, cơ quan dân cử sẽ kiểm tra được kế hoạch tổng thể về đầu tư công. Cũng như vậy, kỷ luật chi tiêu của Chính phủ phải được đánh giá dựa theo khung ngân sách do cơ quan dân cử đã chấp thuận.

Tóm lại, trong giai đoạn thứ nhất, thắt chặt đầu tư công bắt đầu bằng việc kiểm soát các sáng kiến đầu tư. Các ưu tiên của Đảng cầm quyền là lĩnh vực mà pháp luật khó có thể can thiệp. Song, tăng minh bạch, thảo luận và quyết định tại các cơ quan dân cử về các chỉ tiêu hay tiêu chí đánh giá các sáng kiến đầu tư là điều có thể làm. Muốn vậy, phải thay đổi quyền lực của cơ quan dân cử trong quá trình xây dựng chỉ tiêu ngân sách cũng như kế hoạch KT-XH. Đây là lĩnh vực cần đánh giá lại vai trò của Luật hiến pháp, luật ngân sách, các quy trình quyết định kế hoạch KT-XH hiện hành.

Giai đoạn 2: Lập và thẩm định dự án đầu tư công

Dựa trên sáng kiến và đề xuất, hàng năm, hàng chục vạn dự án đầu tư công sẽ được lập và thẩm định. Dự thảo Luật Đầu tư công đã

tìm cách pháp điển hóa thực tiễn hiện nay vào các điều từ 30-38 của dự luật. Đây là lĩnh vực cơ bản thuộc hành pháp, Chính phủ với tính chất là cơ quan hoạch định chính sách hoặc ủy quyền cho một cơ quan hành chính chấp pháp có thể lập các tiêu chuẩn và thủ tục thẩm định dự án đầu tư công.

Trong giai đoạn 2, điều quan trọng là phải xây dựng những chuẩn mực, thủ tục chặt chẽ trong lập và thẩm định đề xuất dự án đầu tư, cũng như xây dựng năng lực (con người và bộ máy để thực thi các chuẩn mực đó). Nhu cầu pháp điển hóa các chuẩn mực này trong một Dự luật Đầu tư công có thể không cao. Quan trọng và cấp thiết hơn là phải có một cơ quan chuyên trách được ủy quyền đưa ra các chuẩn mực giám sát thẩm định dự án đầu tư công cũng như đào tạo năng lực thẩm định đầu tư công của nhân viên hành chính toàn quốc. Đây là lĩnh vực mà pháp luật về tổ chức Chính phủ, quy chế hoạt động của Bộ Kế hoạch và Đầu tư, Bộ Tài chính có liên quan chặt chẽ tới giám sát quá trình lập dự án đầu tư công.

Giai đoạn 3: Thẩm tra dự án

Có lẽ cần có những chuẩn mực phân quyền rạch ròi, những khoản chi nào Chính phủ được tự quyết, và những khoản chi nào cần sự chấp thuận của Quốc hội hoặc của HĐND các cấp. Đây là nội dung thông thường của một đạo luật khung về ngân sách và các kế hoạch ngân sách hàng năm thường do Quốc hội ban hành cũng dưới dạng một đạo luật, gọi là luật ngân sách hàng năm. Hiện nay, bằng một nghị quyết⁷, Quốc hội đã quy định các dự án đầu tư công có quy mô vốn đầu tư và tỷ trọng vốn nhà nước trên tổng số vốn đầu tư của dự án từ 20.000 tỷ đồng phải trình Quốc hội phê chuẩn. Tuy vậy, một lỗ hổng đặt ra là Hội đồng quản trị các tập đoàn quốc doanh được tự quyết các dự án tới 50% tài sản tập

(7) Nghị quyết số 66/2006/QH11 ngày 29/6/2006 của Quốc hội về dự án, công trình quan trọng quốc gia trình Quốc hội quyết định chủ trương đầu tư, dự kiến được sửa đổi nâng mức đầu tư lên 35.000 tỷ đồng đối với các dự án cần được Quốc hội phê chuẩn.

đoàn, nếu tài sản của Vinashin là 90.000 tỷ đồng thì Hội đồng quản trị tập đoàn này được tự quyết các dự án tới 45.000 tỷ đồng, lớn hơn nhiều hạn mức mà Chính phủ phải trình Quốc hội. Đây rõ ràng là một nội dung cần tính toán để sửa đổi lại luật khung về ngân sách và luật ngân sách hàng năm, tăng quyền cho các cơ quan dân cử. Nếu Bộ Kế hoạch và Đầu tư đề xuất tăng ngưỡng các dự án cần Quốc hội phê chuẩn từ 20.000 tỷ đồng thành 35.000 tỷ đồng, thì thực ra đề xuất này chỉ tăng quyền cho Chính phủ và trên thực tế, có thể giảm quyền của Quốc hội.

Giai đoạn thẩm tra có trọng tâm nhấn mạnh vào hoạt động thẩm tra của cơ quan dân cử, ví dụ HĐND và Quốc hội. Có thể có nhiều hoạt động liên quan đến quá trình này, ví dụ yêu cầu thẩm định bởi một tổ chức độc lập, trước khi thảo luận tại các ủy ban của Quốc hội và HĐND phải có các phiên điều trần, cho phép các ý kiến tranh luận và phản biện đa chiều. Lĩnh vực này cần có một tuyên bố rõ ràng trong Luật Ngân sách về những chi tiêu công, bất kể là từ DNNN hay từ cơ quan công quyền, trong khuôn khổ nào thì hành pháp được tự quyết định, trong những khuôn khổ nào thì Quốc hội và HĐND phải quyết định. Những điều này thường thể hiện ở luật ngân sách hàng năm với quy trình nghị viện công khai, cho phép điều trần và thảo luận đa chiều. Những sức ép này giúp cơ quan dân cử quyết định trong thẩm tra các đề xuất đầu tư công của cơ quan hành pháp. Một Nghị quyết của Quốc hội về công trình trọng điểm quốc gia cần chấp thuận của Quốc hội dường như chưa đủ, cần thảo luận về luật khung ngân sách và luật ngân sách hàng năm. Các đạo luật này sẽ phân quyền rạch ròi giữa lập pháp

và hành pháp trong quyết định về đầu tư công, trong đó công luận phải được biết về khung chi tiêu tổng thể và có quyền tham gia trong quá trình đó.

Giai đoạn 4: Chấp thuận ngân sách và lựa chọn dự án

Sau khi được chấp thuận về ngân sách, lựa chọn dự án thuộc thẩm quyền hành pháp, việc này được tiến hành trong một khung khổ dày đặc các quy định của luật đấu thầu, luật về mua sắm công, luật về quản lý, sử dụng tài sản nhà nước, luật thực hành tiết kiệm, chống lãng phí và pháp luật về phòng, chống tham nhũng và các luật khác. Khung khổ pháp luật Việt Nam về những vấn đề liên quan đã được ban hành có thể nói tương đối đầy đủ, khuyến khích minh bạch trong mua sắm công, khuyến khích đấu thầu cạnh tranh, không chế lạm dụng, lãng phí công quỹ⁸.

Ưu tiên trong giai đoạn lựa chọn dự án hiện nay không phải lập pháp, trên thực tế là tăng tuân thủ pháp luật, tuân thủ đúng các quy định về đấu thầu dự án công, các cam kết tiết kiệm, phòng và chống tham nhũng mà Nhà nước đã ban hành. Muốn vậy, phải tăng trách nhiệm giải trình của những người có trách nhiệm trong Chính phủ và bộ máy hành chính, tăng minh bạch, bảo đảm quyền có thông tin của người dân, tăng giám sát của người dân và xã hội dân sự đối với tuân thủ pháp luật.

Giai đoạn 5: Thực hiện, triển khai dự án

Sau khi dự án được lựa chọn, điều quan trọng là giám sát thực hiện dự án để tuân thủ đúng các mục đích và chi phí của dự án. Trong hầu hết các tình huống, thắng thầu trở thành một thứ độc quyền, chủ đầu tư tận

(8) Xem Luật Phòng, chống tham nhũng 2005; Luật Thực hành tiết kiệm, chống lãng phí 2005; Luật Quản lý, sử dụng tài sản nhà nước 2008; Luật Quản lý nợ công 2009 và nhiều văn bản pháp luật có liên quan.

dụng cơ hội đó, không tuân thủ các cam kết về mục đích và giá, có những dự án tổng giá thành đã tăng lên rất nhanh so với dự kiến hoặc mức phác thảo ban đầu (ví dụ Dự án Nhà máy lọc dầu Dung Quất). Luật pháp có thể tác động tới quá trình này bao gồm các quy định về báo cáo thực hiện tiến độ dự án, các quy định về thương thảo hợp đồng sau khi thắng thầu quy định quyền và nghĩa vụ một cách rõ ràng giữa các cơ quan nhà nước có thẩm quyền và đơn vị thắng thầu, các quy định về kiểm toán, các chuẩn mực kế toán để đánh giá thực hiện dự án. Các quy định từ điều 39-55 Dự thảo Luật Đầu tư công đã phác thảo những nội dung cần điều chỉnh trong giai đoạn này.

Nếu dự án kéo dài nhiều năm, thậm chí dài hơn cả nhiệm kỳ của cơ quan hành pháp, cần xác lập những thể chế để giám sát được chi phí và mục đích cần đạt được của toàn bộ dự án, vượt qua những giới hạn của trách nhiệm giải trình theo nhiệm kỳ. Luật pháp có thể tác động tới giai đoạn này có thể bao gồm nhiều lĩnh vực từ chuẩn mực báo cáo, thông kê, kế toán, kiểm toán, tới cơ chế thực thi các cam kết của Nhà nước và đơn vị thắng thầu. Thách thức lớn ở đây là tạo ra một cơ chế trách nhiệm vượt qua giới hạn nhiệm kỳ của Quốc hội và Chính phủ, theo dõi toàn bộ dự án, từ những cam kết về mục đích đầu tiên tới quá trình thực hiện dự án.

Giai đoạn 6: Điều chỉnh dự án

Tận dụng độc quyền có được sau khi trúng thầu, nhiều nhà thầu sử dụng thủ pháp điều chỉnh dự án để thay đổi các cam kết kỹ thuật hay giá thành khi tham gia dự thầu. Đôi khi điều chỉnh dự án trong quá trình thực hiện là việc khó tránh khỏi do biến động của thị trường và môi trường chính sách, tuy nhiên, những thay đổi này phải được thẩm định

hoặc thẩm tra như đã trình bày ở trên. Nhiều nước quy định khi giá thành dự án tăng từ 10% hoặc 20%, dự án buộc phải tái thẩm định lại với những chuẩn mực khắt khe như dự án mới⁹.

Pháp luật ảnh hưởng tới giám sát thực hiện và điều chỉnh dự án bao gồm các quy định về đấu thầu và thẩm định dự án, đặc biệt khi chi phí thực tế thực hiện dự án tăng lên một cách đáng kể. Để tăng hệ thống chuẩn mực giám sát dự án đa dạng, ngoài pháp luật, phải tính tới hệ thống các quy chế hành chính (dưới luật, mang tính nội bộ hành pháp) và các chuẩn mực nghề nghiệp, hiệp hội (chuẩn mực không mang tính quy phạm pháp luật).

Giai đoạn 7: Nghiệm thu, vận hành dự án

Sau khi thực hiện, các dự án đầu tư công được nghiệm thu, tài sản công cần được đăng ký tài sản. Phải có một hệ thống đăng ký tài sản công đầy đủ, cập nhật, đáng tin cậy. Trọng tâm trong giai đoạn này là thực thi các quy định của Luật Quản lý, sử dụng tài sản nhà nước 2008 và thiết lập hệ thống đăng ký tài sản công. Hơn thế nữa, việc tăng hiệu quả giám sát của Kiểm toán Nhà nước có thể cũng cần được thảo luận để hối thúc sử dụng công sản hiệu quả hơn. Ưu tiên trong giai đoạn này không phải là lập pháp, mà là tăng tuân thủ pháp luật liên quan cũng như tăng tính công khai của các báo cáo kiểm toán nhà nước.

Giai đoạn 8: Đánh giá dự án sau khi triển khai

Như đã trình bày, vượt qua khuôn khổ nhiệm kỳ, cần có những đánh giá về hiệu quả đầu tư công sau khi dự án đã được triển khai. Chúng tôi chưa rõ hiện nay, các dự án đầu tư công ở

(Xem tiếp trang 60)

(9) Xem thêm Murray Petrie (2010) đã dẫn ở trên, tài liệu này phác thảo những chuẩn mực giám sát dự án công của một số nhóm nước, chia thành các nhóm nước OECD, nhóm nước sử dụng tài nguyên và nhóm nước đang phát triển.

CHUYỂN ĐỔI DOANH NGHIỆP NHÀ NƯỚC THÀNH CÔNG TY THEO LUẬT DOANH NGHIỆP 2005 CÓ PHẢI LÀ “ BÌNH MỚI, RƯỢU CŨ ” ?

■ ĐINH DŨNG SỸ*

Luật Doanh nghiệp được Quốc hội khóa XI thông qua ngày 29/11/2005 và có hiệu lực thi hành từ ngày 01/7/2006 (LDN 2005). Những người soạn thảo thường gọi đạo luật này là “Luật Doanh nghiệp thống nhất”, vì nó được xây dựng trên cơ sở (nói đúng hơn là với mục tiêu) hợp nhất hai luật: Luật Doanh nghiệp năm 2000 và Luật Doanh nghiệp nhà nước năm 2003 (Luật DNNN). LDN 2005 ra đời tạo ra một mặt bằng pháp lý thống nhất, một sân chơi chung cho tất cả các loại hình doanh nghiệp thuộc mọi thành phần kinh tế. Nói cụ thể hơn, LDN 2005 đã xoá bỏ các mô hình tổ chức pháp lý của các DNNN theo quy định của Luật DNNN, để chuyển sang các mô hình công ty theo quy định của LDN 2005.

1. Kết quả sắp xếp, đổi mới doanh nghiệp nhà nước

Theo quy định của LDN 2005, trong thời hạn bốn năm, kể từ ngày 01/7/2006, tất cả các DNNN phải chuyển đổi sang mô hình công ty. Như vậy, ngày 30/6/2010 là hạn cuối cùng để các DNNN - gồm các tổng công ty và Công ty nhà nước (CTNN) độc lập - phải chuyển đổi thành Công ty cổ phần (CTCP) hoặc Công ty trách nhiệm hữu hạn (công ty TNHH).

Vào thời điểm năm 2001, ở nước ta có 5.655 DNNN. Trong 10 năm vừa qua, chúng ta đã cổ phần hóa được gần 4.000 doanh nghiệp. Theo thông tin từ Ban chỉ đạo Đổi mới doanh nghiệp, tính đến trước thời điểm 1/7/2010, Nhà nước còn nắm giữ 100% vốn ở 1.206 doanh nghiệp, trong đó đã chuyển đổi

khoảng hơn 900 doanh nghiệp thành công ty TNHH một thành viên. Số còn lại khoảng gần 300 doanh nghiệp, hoặc sẽ được tiếp tục cổ phần hóa theo kế hoạch trong năm 2010, hoặc sẽ được chuyển đổi thành công ty TNHH một thành viên trong tháng 7/2010, số không đủ điều kiện chuyển đổi sẽ tiến hành cơ cấu lại nợ để chuyển thành CTCP hoặc công ty TNHH hai thành viên trở lên, nếu không sắp xếp được theo các hình thức trên thì tiến hành bán hoặc cho phá sản mà không cấp bổ sung vốn¹.

Trong số gần 300 doanh nghiệp nói trên, có khoảng 40 doanh nghiệp đã tiến hành cổ phần hóa từ trước ngày 01/7/2010 mà đã xác định xong giá trị doanh nghiệp, nhóm này sẽ tiếp tục tiến hành cổ phần hóa; khoảng 30 doanh nghiệp đến ngày 01/7/2010 tuy chưa xác định

(*) PGS. TS. Vụ Pháp luật, Văn phòng Chính phủ.

(1) <http://www.chinhphu.vn>: “Chuyển đổi doanh nghiệp nhà nước: Không làm kiểu “bình mới, rượu cũ”. 12:56 PM, 06/07/2010.

xong giá trị doanh nghiệp nhưng dự kiến trong tháng 7 sẽ xác định xong thì trong năm 2010 sẽ hoàn thành thực hiện cổ phần hóa, cũng sẽ không phải chuyển đổi thành công ty TNHH một thành viên; khoảng 40 doanh nghiệp không đủ điều kiện theo quy định tại Nghị định 25/2010/NĐ-CP để chuyển đổi thành công ty TNHH một thành viên, nhóm này sẽ phải tiến hành cơ cấu lại nợ để chuyển thành CTCP hoặc công ty TNHH hai thành viên trở lên, nếu không sắp xếp được thì tiến hành bán doanh nghiệp hoặc cho phá sản. Còn khoảng 182 doanh nghiệp phải chuyển đổi thành công ty TNHH một thành viên và về cơ bản đã được chuyển đổi hết trong tháng 7/2010².

Như vậy, có thể nói là sau tháng 7/2010, chúng ta đã cơ bản hoàn thành việc chuyển đổi các mô hình tổ chức pháp lý DNNN theo Luật DNNN thành các mô hình công ty theo quy định của LDN 2005.

2. Sau khi chuyển đổi, doanh nghiệp nhà nước được quan niệm như thế nào và các hình thức tổ chức pháp lý mới của doanh nghiệp nhà nước là gì?

Theo quy định của Luật DNNN năm 2003, DNNN được định nghĩa “là tổ chức kinh tế do Nhà nước sở hữu toàn bộ vốn điều lệ hoặc có cổ phần, vốn góp chi phối được tổ chức dưới hình thức CTNN, CTCP, công ty TNHH”³. Như vậy, trước khi việc chuyển đổi DNNN hoàn thành thì DNNN tồn tại dưới các mô hình theo cả hai luật (Luật DNNN 2003 và LDN 2005), gồm: CTNN (CTNN độc lập và Tổng CTNN); CTCP nhà nước; công ty TNHH nhà nước một thành viên; công ty TNHH nhà nước hai thành viên trở lên; doanh nghiệp có cổ phần, vốn góp chi phối của Nhà nước - là doanh nghiệp mà cổ phần hoặc vốn góp của Nhà nước chiếm trên

50% vốn điều lệ, Nhà nước giữ quyền chi phối đối với doanh nghiệp.

Các doanh nghiệp có một phần vốn của Nhà nước, nhưng phần vốn góp của Nhà nước trong vốn điều lệ chỉ chiếm từ 50% trở xuống, thì không được gọi là DNNN.

Sau khi tất cả các DNNN được thành lập và hoạt động theo quy định của Luật DNNN đã được chuyển đổi thành CTCP hoặc công ty TNHH, thì Luật DNNN cũng chấm dứt sự tồn tại và giá trị pháp lý của nó⁴, mô hình CTNN (gồm Tổng CTNN và CTNN độc lập) không còn tồn tại nữa. Cũng có người lầm tưởng rằng, sau khi các CTNN đã được chuyển đổi xong, Luật DNNN đã hoàn toàn chấm dứt sự tồn tại thì không còn khái niệm, tên gọi DNNN nữa. Đó là một nhận thức không đúng. DNNN sẽ vẫn tồn tại, tên gọi DNNN sẽ vẫn còn như nó đã từng có, chỉ có các mô hình tổ chức pháp lý doanh nghiệp dưới hình thức CTNN là không còn nữa. Tuy nhiên, các DNNN cũng không còn hoạt động theo một luật riêng, một sân chơi riêng mà phải hòa cùng với các doanh nghiệp thuộc các thành phần kinh tế khác trong một sân chơi chung, một môi trường pháp lý bình đẳng, với mô hình tổ chức, quản trị công ty giống nhau. Điều khác biệt giữa chúng chỉ là vấn đề cơ cấu sở hữu công ty (ngoại trừ mối quan hệ chủ quản hành chính - đây chính là điểm mấu chốt cần bàn để trả lời câu hỏi về “bình mới, rượu có mới?”).

Hiện nay, DNNN được định nghĩa “là doanh nghiệp trong đó Nhà nước sở hữu trên 50% vốn điều lệ”⁵ và hiện được tồn tại dưới các hình thức pháp lý sau:

- Công ty TNHH một thành viên do Nhà nước làm chủ sở hữu, là công ty TNHH do Nhà nước sở hữu toàn bộ vốn điều lệ;
- Công ty TNHH hai thành viên trở lên do

(2) Trang Web đã dẫn.

(3) Điều 1 Luật DNNN năm 2003.

(4) Theo quy định của LDN 2005 thì Luật DNNN năm 2003 hết hiệu lực từ ngày 01/7/2006 (ngày LDN 2005 có hiệu lực). Tuy nhiên, một số quy định của Luật DNNN năm 2003 vẫn còn có giá trị pháp lý áp dụng cho các CTNN chưa chuyển đổi trong thời gian bốn năm chuyển đổi như đã nói trên. Do vậy, có thể nói đạo luật này chỉ thực sự chấm dứt sự tồn tại sau khi tất cả các CTNN đã được chuyển đổi sang các mô hình công ty theo LDN 2005.

(5) Khoản 22 Điều 4 LDN 2005.

Nhà nước làm chủ sở hữu, là công ty TNHH trong đó tất cả các thành viên đều là công ty của Nhà nước, do Nhà nước sở hữu toàn bộ vốn điều lệ;

- CTCP nhà nước, là CTCP mà toàn bộ cổ đông đều là cổ đông nhà nước, do Nhà nước sở hữu toàn bộ vốn điều lệ;

- CTCP hoặc công ty TNHH hai thành viên trở lên mà cổ phần hoặc vốn góp của Nhà nước chiếm trên 50% vốn điều lệ.

3. Làm thế nào để tránh tình trạng “bình mới, rượu cũ” đối với các doanh nghiệp nhà nước sau khi đã chuyển đổi

Làm thế nào để việc chuyển đổi các CTNN thành các mô hình công ty theo quy định của LDN 2005 không chỉ dừng lại ở việc “thay tên, đổi họ”, tránh được tình trạng “bình mới, rượu cũ”? Có ý kiến cho rằng, quá trình chuyển đổi DNNN đã không làm theo kiểu “bình mới, rượu cũ”, không phải bây giờ mới làm, mà đã được chuẩn bị và diễn ra từ nhiều năm nay. Mặt khác, việc thay đổi, khắc phục các yếu kém trong cách quản trị doanh nghiệp không thể là việc một sớm một chiều mà cần làm từng bước. DNNN phải kinh doanh có hiệu quả thực sự và chịu trách nhiệm trước Nhà nước, phải có lợi nhuận đóng góp cho ngân sách nhà nước. Đồng thời, các ý kiến này cũng chỉ ra rằng, điểm khác biệt giữa các CTNN theo mô hình của Luật DNNN trước đây và Công ty TNHH một thành viên là ở mô hình quản lý, giám sát. Theo đó, tại các Tập đoàn, Tổng CTNN thì Hội đồng quản trị (HDQT) lập Ban kiểm soát, Thủ tướng chỉ bổ nhiệm Trưởng ban, còn các đơn vị thuộc Bộ, địa phương thì Bộ và địa phương quyết định, đó là kiểm soát nội bộ. Còn Công ty TNHH một thành viên không có Ban kiểm soát mà có các kiểm soát viên do chủ sở hữu quyết định bổ nhiệm.

Vậy, thực chất của việc chuyển đổi CTNN thành các mô hình công ty của LDN 2005 là gì? Điều này tùy thuộc vào mô hình công ty được chuyển đổi là CTCP hay công ty TNHH một thành viên hay hai thành viên trở lên. Tuy nhiên, về tổng thể, những nội dung pháp lý cơ

bản của việc chuyển đổi này thể hiện ở những điểm sau:

- *Thứ nhất*, đó là việc thay đổi mô hình tổ chức pháp lý doanh nghiệp gắn với việc thay tên đổi họ theo đúng nghĩa đen của cụm từ này, từ các CTNN với tên gọi là tổng công ty hay công ty độc lập nào đó thành các CTCP hoặc công ty TNHH (tuy nhiên, trên thực tế, về hình thức, hầu hết các Tổng công ty, tập đoàn sau khi chuyển đổi vẫn giữ tên Tổng công ty, Tập đoàn như trước đây, chỉ xác định rõ thêm mô hình tổ chức doanh nghiệp là CTCP hoặc công ty TNHH).

- *Thứ hai*, thay đổi cơ cấu sở hữu (chủ sở hữu) công ty, từ một chủ sở hữu duy nhất - Nhà nước sang nhiều chủ sở hữu, trong đó có các ông chủ tư nhân đối với CTCP và công ty TNHH hai thành viên trở lên (trừ CTCP hoặc công ty TNHH hai thành viên trở lên mà các cổ đông hoặc thành viên đều là Nhà nước và công ty TNHH một thành viên do Nhà nước nắm giữ 100% vốn điều lệ).

- *Thứ ba*, thay đổi về mô hình tổ chức, quản trị công ty. Cụ thể như: về tổ chức quản lý, CTNN có hoặc không có HĐQT do người quyết định thành lập doanh nghiệp quyết định bổ nhiệm; còn CTCP thì có Đại hội đồng cổ đông, có HĐQT do Đại hội đồng cổ đông bầu ra; công ty TNHH thì có Hội đồng thành viên hoặc Chủ tịch công ty; về kiểm soát, đối với những CTNN có HĐQT thì có Ban kiểm soát do HĐQT thành lập; còn CTCP có trên 11 cổ đông là cá nhân hoặc có cổ đông là tổ chức chiếm trên 50% tổng số cổ phần của công ty thì bắt buộc phải có Ban kiểm soát do Đại hội đồng cổ đông bầu; công ty TNHH có từ 11 thành viên trở lên thì phải thành lập Ban kiểm soát, các trường hợp khác thì có Kiểm soát viên.

- *Thứ tư*, về Điều lệ công ty: Các DNNN đã chuyển đổi thành CTCP hoặc công ty TNHH đương nhiên phải xây dựng lại Điều lệ công ty theo mô hình công ty mới theo quy định của LDN 2005.

- *Thứ 5*, về mối quan hệ và quyền của chủ sở hữu đối với công ty:

Đối với CTNN: Nhà nước là chủ sở hữu đối

với CTNN. Các cơ quan, tổ chức, cá nhân thực hiện chức năng đại diện chủ sở hữu CTNN gồm: Chính phủ; Thủ tướng Chính phủ (đối với CTNN đặc biệt do Thủ tướng quyết định thành lập); Bộ quản lý ngành, UBND cấp tỉnh (đối với CTNN không có HĐQT); HĐQT của công ty (đối với công ty có HĐQT); Bộ Tài chính (trong xây dựng chính sách, cơ chế tài chính, cấp vốn đầu tư, giám sát, đánh giá hiệu quả); Tổng công ty Đầu tư và kinh doanh vốn nhà nước (SCIC) (đối với công ty do mình đầu tư toàn bộ vốn điều lệ và phần vốn do mình đầu tư ở doanh nghiệp khác). Ngoài ra còn có trường hợp CTNN là đại diện chủ sở hữu đối với phần vốn của công ty đầu tư ở doanh nghiệp khác. Về quyền của chủ sở hữu, đối với các CTNN thì đại diện chủ sở hữu nhà nước có các quyền sau: (i) quyết định thành lập, tổ chức lại, giải thể, chuyển đổi công ty và các vấn đề về tổ chức, nhân sự của công ty; (ii) quyết định mục tiêu, chiến lược, kế hoạch phát triển công ty, quyết định các dự án đầu tư có giá trị lớn; (iii) Quyết định mức vốn đầu tư, mức vốn điều lệ và điều chỉnh mức vốn điều lệ của công ty, quyết định các dự án vay, cho vay có giá trị lớn; (iv) kiểm tra, giám sát, đánh giá kết quả hoạt động kinh doanh của công ty.

Đối với DNNN đã chuyển đổi: Chủ sở hữu gồm Nhà nước và bất kỳ tổ chức, cá nhân nào là thành viên góp vốn hoặc cổ đông của công ty, và quyền của chủ sở hữu nhà nước cũng giống như các chủ sở hữu tư nhân khác tùy theo mô hình công ty là CTCP hay công ty TNHH. Ví dụ như quyền của Đại hội đồng cổ đông, quyền của cổ đông sáng lập, quyền của cổ đông phổ thông trong CTCP; hoặc quyền của thành viên, Hội đồng thành viên, Chủ tịch Hội đồng thành viên trong công ty TNHH hai thành viên trở lên; hoặc Chủ sở hữu công ty hay Hội đồng thành viên, Chủ tịch công ty trong công ty TNHH một thành viên.

Điểm khác biệt cơ bản và vô cùng quan trọng trong quan hệ sở hữu giữa “ông chủ - Nhà nước” của CTNN với “ông chủ - Nhà nước” của các DNNN đã chuyển đổi, xét về bản chất pháp lý chính là ở chỗ: đối với các

CTNN thì ông chủ sở hữu cũng chính là các cơ quan chủ quản hành chính (Bộ, UBND cấp tỉnh) còn chủ sở hữu nhà nước của các DNNN đã chuyển đổi thì về nguyên tắc (theo LDN 2005) là một trong những người sở hữu doanh nghiệp (thành viên góp vốn hoặc cổ đông) và bình đẳng với các chủ sở hữu khác của DNNN, trừ công ty TNHH một thành viên do Nhà nước làm chủ sở hữu.

Và vì vậy, chúng tôi cho rằng, nếu việc chuyển đổi các CTNN này không cùng đồng thời với việc cắt bỏ mối quan hệ chủ quản hành chính của các cơ quan nhà nước để thay bằng một cơ chế đại diện chủ sở hữu khác đối với các DNNN đã chuyển đổi sang CTCP hoặc công ty TNHH, đặc biệt là các công ty TNHH nhà nước một thành viên, thì e rằng, tình trạng “bình mới, rượu cũ” là khó tránh khỏi.

Việc chuyển đổi mô hình tổ chức pháp lý mới chỉ là một nửa của vấn đề. Chúng tôi quan niệm đổi mới, sắp xếp DNNN phải luôn đi bằng hai chân: một là, chuyển đổi mô hình tổ chức pháp lý doanh nghiệp (trong đó bao gồm cả đổi mới quản trị nội bộ doanh nghiệp theo quy định của LDN 2005); hai là, phải chuyển đổi cơ chế quản lý, giám sát của Nhà nước (chủ sở hữu) đối với DNNN. Nếu hai việc này chúng ta không cùng làm một lúc thì chưa thể đem lại hiệu quả thiết thực và toàn diện được.

Đối với việc chuyển đổi mô hình tổ chức pháp lý doanh nghiệp đến thời điểm này có thể nói về cơ bản là xong, tất nhiên việc đổi mới quản trị nội bộ công ty thì còn là một câu chuyện dài. Mặt khác, chúng ta sẽ còn tiếp tục sắp xếp, cổ phần hóa những doanh nghiệp mà Nhà nước vẫn còn nắm giữ 100% vốn điều lệ, để DNNN dù ít nhưng mạnh, chỉ còn là những tập đoàn, những công ty nắm giữ những lĩnh vực then chốt, có vai trò chủ đạo và có khả năng lấp được những mất cân đối của nền kinh tế thị trường xét về chiến lược và là công cụ ổn định thị trường khi có khủng hoảng hoặc suy thoái kinh tế, nhưng không tạo ra độc quyền doanh nghiệp.

Đối với việc đổi mới cơ chế quản lý, giám sát của Nhà nước đối với DNNN không phải

là chúng ta chưa làm mà đã và đang tiếp tục làm (sự ra đời của Tổng công ty Đầu tư và kinh doanh vốn nhà nước - SCIC - là một ví dụ). Nhưng cần phải nhìn nhận rằng, ở thời điểm hiện nay, khi việc chuyển đổi mô hình tổ chức pháp lý doanh nghiệp về cơ bản đã được thực hiện thì việc đổi mới cơ chế quản lý, giám sát là chưa tương xứng. Tình trạng lỏng lẻo và thiếu các quy định pháp luật về cơ chế giám sát việc sử dụng vốn, tài sản, đánh giá hiệu quả, xác định trách nhiệm ở các Tập đoàn, Tổng CTNN trong thời gian qua, điển hình là trường hợp Vinashin, đã chỉ rõ điều đó. Do vậy, cần tiếp tục đẩy mạnh việc đổi mới cơ chế quản lý, giám sát, đánh giá hiệu quả đối với DNNN để tương xứng với việc chuyển đổi về mô hình tổ chức pháp lý. Tức là làm thế nào để “hai cái chân” nói trên phải cùng đồng hành, không lệch pha nhau. Nói một cách hình ảnh, nếu hai cái chân đó không bước đi theo nhịp thì “bình mới nhưng chưa chắc rượu đã mới”. Có nghĩa là DNNN có tên gọi mới, có hình thức tổ chức pháp lý mới, nhưng chưa có mô hình quản trị mới, cơ chế quản lý, giám sát mới thì chưa thể MỚI hoàn toàn được.

Điều quan trọng nhất trong đổi mới cơ chế quản lý, giám sát của Nhà nước đối với DNNN hiện nay sau khi đã được chuyển đổi thành CTCP, công ty TNHH là cần đổi mới mối quan hệ của chủ sở hữu (Nhà nước) với doanh nghiệp, tức là quan hệ quản lý chứ không phải quan hệ quản trị doanh nghiệp. Vì quản trị doanh nghiệp là phải tuân theo các quy định của LDN 2005 về từng mô hình công ty: CTCP, công ty TNHH một thành viên hay hai thành viên trở lên. Nhưng có một vấn đề mà LDN 2005 không thể với tay tới được đó là mối quan hệ quản lý, giám sát (thậm chí là chi phối về mặt hành chính) của ông chủ sở hữu Nhà nước (“ông hành chính chủ quản”) đối với doanh nghiệp. Nếu chúng ta chưa đổi mới được vấn đề này thì DNNN dù đã là CTCP, công ty TNHH, đặc biệt là công ty TNHH một thành viên, vẫn rất có thể sẽ là một thứ “bình mới, rượu cũ”.

Theo chúng tôi, để đổi mới triệt để cơ chế

quản lý, giám sát các DNNN khi đã chuyển đổi thành các CTCP, công ty TNHH, để tránh tình trạng “bình mới, rượu cũ” thì phải xóa bỏ được mối quan hệ hành chính chủ quản doanh nghiệp và thay thế bằng một cơ chế quản lý, giám sát mới - cơ chế đại diện chủ sở hữu nhà nước đối với các DNNN và phần vốn của Nhà nước ở các doanh nghiệp khác - để các doanh nghiệp độc lập và hoạt động theo pháp luật.

Muốn xóa bỏ được mối quan hệ hành chính chủ quản thì đương nhiên phải tìm ra được một hình thức thay thế nó. Tức là các DNNN hiện tại dù đã chuyển đổi sang các mô hình công ty theo LDN 2005 thì về cơ bản vẫn chịu sự quản lý và lệ thuộc về mặt hành chính vào một cơ quan quản lý nhà nước là Bộ hoặc Ủy ban nhân dân cấp tỉnh. Nếu xóa bỏ quan hệ hành chính chủ quản này thì phải có một hình thức đại diện thực hiện quyền của chủ sở hữu nhà nước để thay thế, và khi đó, các DNNN sẽ độc lập và hoạt động theo LDN 2005, đại diện chủ sở hữu sẽ thay cơ quan hành chính chủ quản thực hiện các quyền của chủ sở hữu đối với công ty TNHH một thành viên của Nhà nước hoặc đại diện chủ sở hữu phần vốn của Nhà nước ở các CTCP, hoặc công ty TNHH hai thành viên trở lên.

Như vậy, theo chúng tôi, để đổi mới toàn diện các DNNN sau khi đã được chuyển đổi mô hình tổ chức pháp lý, nhằm bảo đảm tính độc lập, tăng cường tính trách nhiệm, đem lại sự minh bạch và hiệu quả của DNNN thì cần tiếp tục phải đổi mới cách quản trị các DNNN và cơ chế thực hiện đại diện quyền chủ sở hữu nhà nước đối với doanh nghiệp. Mô hình quản trị nào, đặc biệt là mô hình thực hiện đại diện quyền của chủ sở hữu nhà nước nào sẽ thay thế cho mối quan hệ hiện nay của các cơ quan nhà nước đối với các DNNN (vừa là quan hệ hành chính chủ quản - thực hiện quản lý hành chính đối với doanh nghiệp, vừa là đại diện chủ sở hữu - tham gia tổ chức, quản trị doanh nghiệp)? Tổng công ty Đầu tư và kinh doanh vốn nhà nước (SCIC) có phải là đơn vị duy nhất và là tất cả trong việc này hay không? Xin được tiếp tục trao đổi về vấn đề này trong một dịp khác. ■

GIẢI PHÁP PHÁP LUẬT VỀ HẠN CHẾ RỦI RO

TRONG HOẠT ĐỘNG CHO VAY CỦA CÁC NGÂN HÀNG THƯƠNG MẠI

■ NGUYỄN THỊ MAI HOA*

Lợi nhuận và rủi ro là hai vấn đề luôn song hành với nhau, lợi nhuận càng lớn thì rủi ro càng cao; đó là một nguyên tắc luôn đúng với hoạt động của mọi chủ thể kinh doanh, trong đó có ngân hàng thương mại (NHTM). Phát triển hoạt động kinh doanh và hạn chế rủi ro là yêu cầu tối quan trọng đối với NHTM, đặc biệt trong hoạt động cho vay, chỉ khi hạn chế được rủi ro NHTM mới thực sự phát triển và tạo sự ổn định cho nền kinh tế.

1. Thực trạng hoạt động cho vay của Ngân hàng thương mại

Hiện nay, ở Việt Nam nguồn vốn huy động được sử dụng để cấp tín dụng bao gồm: tiền gửi của cá nhân dưới hình thức tiền gửi không kỳ hạn và tiền gửi có kỳ hạn; tiền gửi có kỳ hạn của tổ chức (trừ Kho bạc Nhà nước), bao gồm cả tiền gửi có kỳ hạn của tổ chức tín dụng (TCTD) khác và chi nhánh ngân hàng nước ngoài; tiền vay của tổ chức trong nước (trừ Kho bạc, tiền vay của TCTD khác trong nước) và tiền vay của TCTD nước ngoài; vốn huy động từ tổ chức, cá nhân dưới hình thức phát hành giấy tờ có giá. Nhưng theo Luật các TCTD năm 2010, Thông tư số 13/2010/TT-NHNN ngày 20/5/2010 của Thống đốc Ngân hàng Nhà nước quy định về các tỷ lệ bảo đảm an toàn trong hoạt động của các TCTD, nguồn vốn huy động để sử dụng cấp tín dụng không bao gồm: tiền gửi có kỳ hạn của Kho bạc, tiền

vay của Kho bạc và các TCTD trong nước. Quy định không được sử dụng các nguồn vốn huy động của các đối tượng nói trên để cấp tín dụng là bất hợp lý vì theo Hiệp hội Ngân hàng Việt Nam (VNBA), nguồn vốn huy động của các đối tượng trên chiếm từ 15% - 20% trong tổng số vốn huy động của các TCTD và đây là nguồn vốn có tính ổn định cao. NHTM chỉ được cấp tín dụng trên nguồn vốn huy động bằng 80%, còn lại 20% nguồn vốn huy động và 15% nguồn vốn huy động từ Kho bạc và TCTD trong nước dùng để đảm bảo khả năng thanh toán của ngân hàng là quá cao và không hợp lý theo ý kiến của Hiệp hội ngân hàng Việt Nam gửi lên Thủ tướng Chính phủ

Theo số liệu của Ngân hàng Nhà nước Việt Nam, năm 2002, tổng số nợ xấu của các NHTM và TCTD là hơn 20.000 tỷ đồng, chiếm 7,2% tổng dư nợ. Đến năm 2004, tổng nợ xấu giảm xuống còn trên 13.000 tỷ đồng, chiếm tỷ lệ

(*) *ThS. Biên tập viên Báo Pháp luật Việt Nam.*

dưới 4%, thấp hơn tỷ lệ an toàn cho phép theo thông lệ quốc tế là 5%. Đến hết năm 2005, tổng tỷ lệ nợ xấu lại tăng lên con số 17.500 tỷ đồng, nhưng lại chỉ chiếm 3,18% tổng dư nợ, riêng khối NHTM nhà nước thì tỷ lệ này trên 5%. Đến tháng 9/2006, thực trạng nợ quá hạn của các NHTM và TCTD là bao nhiêu chưa có con số công bố từ Ngân hàng Nhà nước, nhưng nhiều chuyên gia ngân hàng cho rằng, con số tuyệt đối là hơn 20.000 tỷ đồng, tỷ lệ này không biến đổi nhiều, vẫn dưới mức 5% do tổng dư nợ cho vay và đầu tư cũng tăng nhanh, nhưng không phải là đáng quan tâm. Song, một số chuyên gia của một số tổ chức tiền tệ quốc tế và chuyên gia NHTM trong nước cho rằng, tỷ lệ nợ xấu của NHTM thực tế luôn cao gấp khoảng hai lần số liệu do Ngân hàng Nhà nước công bố hiện nay đang ở mức 7- 8%, riêng các ngân hàng.

Năm 2010, Ngân hàng Nhà nước thông tin, tỷ lệ nợ xấu của hệ thống Ngân hàng Việt Nam tính đến cuối năm 2010 vào khoảng 2,5%. Thống đốc Ngân hàng Nhà nước cũng cho biết, toàn bộ dư nợ của hệ thống ngân hàng đối với Tập đoàn Công nghiệp và Tàu thủy Việt Nam (Vinshin) chỉ dưới 26 nghìn tỷ đồng và hiện đang cơ cấu lại 16 nghìn tỷ đồng. Số này chưa đưa vào nợ xấu, và nếu tính vào cũng chỉ tăng 0,7%.

Tính đến tháng 6/2011, Ngân hàng Nhà nước thông báo nợ xấu toàn hệ thống ngân hàng hiện chiếm 2,72% tổng dư nợ, tăng 0,55% so với cuối năm 2010. Lãnh đạo Ngân hàng Nhà nước cho rằng dù nợ xấu đang tăng từ mức 2,17% cuối năm 2010 lên 2,72% vào 10/6/2011, nhưng mức tăng trên không nghiêm trọng. Riêng TP. Hồ Chí Minh, nợ xấu của các TCTD trên địa bàn TP. Hồ Chí Minh đến hết tháng 4/2011 ở mức 4,2% tổng dư nợ, tăng từ mức 3,9% của tháng 3/2011, trong đó các công ty cho thuê tài chính có nợ xấu lên đến 26,3%, nợ xấu của khối quốc doanh là 5,6% và cổ phần là 2,9%. Đây là thống kê của chi nhánh Ngân hàng Nhà nước thành phố được Cục Thống kê công bố lại. Tổng dư nợ đến cuối tháng 5-2011



của các ngân hàng ở thành phố là 748.900 tỉ đồng, tính ra nợ xấu tới 31.290 tỉ đồng, tương đương gần 1,52 tỉ đô la Mỹ. Với cả nước, con số tuyệt đối nợ xấu sẽ lớn hơn nhiều.

Hậu quả rủi ro trong hoạt động cho vay của NHTM tác động đến cả nền kinh tế - xã hội và các ngân hàng. Đối với ngân hàng, khi gặp rủi ro tín dụng, ngân hàng không thu được vốn đã cấp và lãi cho vay, ngân hàng phải trả vốn và lãi cho khoản tiền huy động khi đến hạn, điều này làm cho ngân hàng mất cân đối trong việc thu chi. Không thu được nợ thì vòng quay vốn tín dụng giảm làm ngân hàng kinh doanh không có hiệu quả. Khi gặp phải rủi ro tín dụng, ngân hàng thường rơi vào tình trạng mất khả năng thanh toán, làm mất lòng tin của người gửi tiền, ảnh hưởng đến uy tín của ngân hàng. Trong nội bộ ngân hàng, do gặp phải rủi ro tín dụng nên không có lương trả cho nhân viên vì thế những người có năng lực sẽ chuyển công tác, gây khó khăn cho ngân hàng.

2. Quy định về cấm cho vay và hạn chế cho vay

Thứ nhất, những trường hợp không được cấp tín dụng: Điều 126 Luật các TCTD năm 2010 quy định TCTD, chi nhánh ngân hàng nước ngoài không được cấp tín dụng đối với những tổ chức, cá nhân sau đây: thành viên Hội đồng quản trị, thành viên Hội đồng thành viên, thành viên Ban kiểm soát, Tổng giám

đốc (Giám đốc), Phó Tổng giám đốc (Phó giám đốc) và các chức danh tương đương của TCTD, chi nhánh ngân hàng nước ngoài, pháp nhân là cổ đông có người đại diện phần vốn góp là thành viên Hội đồng quản trị, thành viên Ban kiểm soát của TCTD là công ty cổ phần, pháp nhân là thành viên góp vốn, chủ sở hữu của TCTD là công ty trách nhiệm hữu hạn; cha, mẹ, vợ, chồng, con của thành viên Hội đồng quản trị, thành viên Hội đồng thành viên, thành viên Ban kiểm soát, Tổng giám đốc (Giám đốc), Phó Tổng giám đốc (Phó giám đốc) và các chức danh tương đương. Quy định tại khoản 1 Điều này không áp dụng đối với quỹ tín dụng nhân dân, tổ chức tài chính vi mô. TCTD, chi nhánh ngân hàng nước ngoài không được cấp tín dụng cho khách hàng trên cơ sở bảo đảm của đối tượng quy định tại khoản 1 Điều này. TCTD, chi nhánh ngân hàng nước ngoài không được bảo đảm dưới bất kỳ hình thức nào để TCTD khác cấp tín dụng cho đối tượng quy định tại Khoản 1 Điều này. TCTD không được cấp tín dụng cho doanh nghiệp hoạt động trong lĩnh vực kinh doanh chứng khoán mà TCTD nắm quyền kiểm soát. TCTD không được cấp tín dụng trên cơ sở nhận bảo đảm bằng cổ phiếu của chính TCTD hoặc công ty con của TCTD. TCTD không được cho vay để góp vốn vào một TCTD khác trên cơ sở nhận tài sản bảo đảm bằng cổ phiếu của chính TCTD nhận vốn góp.

Thứ hai, theo Luật các TCTD năm 2010, Thông tư số 19/2010/TT-NHNN ngày 27/9/2010 của Thống đốc Ngân hàng Nhà nước sửa đổi, bổ sung một số điều của Thông tư số 13 và các văn bản pháp luật của Ngân hàng Nhà nước thì pháp luật cấm cho vay và hạn chế cho vay đối với các cá nhân có liên quan trong quá trình cho vay hoặc có trách nhiệm chính trong hoạt động quản trị rủi ro tín dụng hoặc công ty chứng khoán trực thuộc TCTD. Quy định trên là hợp lý và có cơ sở. Bởi nếu pháp luật cho phép các đối tượng trên được vay vốn họ sẽ có quyền lực hoặc có khả năng tạo áp lực đối với người có quyền vì lợi ích riêng và có thể tạo ra giao dịch tư lợi hoặc

để đầu tư vào lĩnh vực có nguy cơ rủi ro cao làm ảnh hưởng đến tình hình kinh doanh của ngân hàng, gây rủi ro tín dụng.

Ngoài ra, pháp luật còn cấm cho vay đối với những trường hợp không đáp ứng được các điều kiện vay vốn. Ngân hàng không cấp tín dụng cho những khoản vay không đáp ứng đủ các điều kiện vay vốn như: mục đích sử dụng vốn vay là bất hợp pháp hoặc không có dự án đầu tư, phương án sản xuất, kinh doanh, dịch vụ khả thi và có hiệu quả hoặc không có dự án đầu tư, phương án phục vụ đời sống khả thi và phù hợp với quy định pháp luật chẳng hạn như đi vay trả nợ thuế...

Thứ ba, bên cạnh quy định về đối tượng bị cấm cho vay, pháp luật quy định các đối tượng hạn chế cấp tín dụng. Theo Điều 127 Luật các TCTD năm 2010, TCTD, chi nhánh ngân hàng nước ngoài không được cấp tín dụng không có bảo đảm, cấp tín dụng với điều kiện ưu đãi cho những đối tượng sau đây: tổ chức kiểm toán, kiểm toán viên đang kiểm toán tại TCTD, chi nhánh ngân hàng nước ngoài; thanh tra viên đang thanh tra tại TCTD, chi nhánh ngân hàng nước ngoài; kế toán trưởng của TCTD, chi nhánh ngân hàng nước ngoài; cổ đông lớn, cổ đông sáng lập; doanh nghiệp có một trong những đối tượng quy định tại Khoản 1 Điều 126 của Luật này sở hữu trên 10% vốn điều lệ của doanh nghiệp đó; người thẩm định, xét duyệt cấp tín dụng; các công ty con, công ty liên kết của TCTD hoặc doanh nghiệp mà TCTD nắm quyền kiểm soát. Tổng mức dư nợ cấp tín dụng đối với các đối tượng quy định tại các điểm a, b, c, d và đ khoản 1 Điều này không được vượt quá 5% vốn tự có của TCTD, chi nhánh ngân hàng nước ngoài. Việc cấp tín dụng đối với những đối tượng quy định tại khoản 1 Điều này phải được Hội đồng quản trị, Hội đồng thành viên của TCTD thông qua và công khai trong TCTD. Tổng mức dư nợ cấp tín dụng đối với một đối tượng quy định tại điểm e khoản 1 Điều này không được vượt quá 10% vốn tự có của TCTD; đối với tất cả các đối tượng quy định tại điểm e khoản 1 Điều này không được vượt quá 20% vốn tự có của TCTD... Những

quy định này nhằm hạn chế sự ảnh hưởng đến khả năng thu hồi nợ của ngân hàng. Ngoài ra, hiện nay các NHTM hạn chế vay đối với kinh doanh chứng khoán và bất động sản do hai lĩnh vực này hệ số rủi ro là 250%.

3. Giải pháp pháp luật hạn chế rủi ro trong hoạt động cho vay của Ngân hàng thương mại

Các biện pháp hạn chế rủi ro trong hoạt động cho vay của NHTM thường chi tiết hóa trong Quy chế hoạt động cũng như Điều lệ hoạt động. Các biện pháp hạn chế rủi ro trong hoạt động cho vay cụ thể bao gồm:

Thứ nhất, tuân thủ các quy định về đảm bảo an toàn trong hoạt động của NHTM. Các quy định về đảm bảo an toàn trong hoạt động của các TCTD bao gồm tổng thể các quy định về tỷ lệ an toàn vốn tối thiểu, giới hạn cho vay, tỷ lệ khả năng chi trả, tỷ lệ cấp tín dụng. Đây là một trong những biện pháp hạn chế rủi ro có ý nghĩa rất quan trọng không những bảo đảm an toàn trong hoạt động của từng NHTM, mà còn đảm bảo an toàn hệ thống thanh toán, nâng cao sức cạnh tranh của các NHTM trong nước, góp phần phát triển kinh tế- xã hội. Đó cũng là điều kiện cần để hệ thống ngân hàng Việt Nam thực hiện lộ trình cam kết gia nhập WTO về mở cửa thị trường tài chính. Tỷ lệ an toàn vốn tối thiểu được tính theo tỷ lệ % của tổng vốn cấp một và vốn cấp hai so với tổng tài sản đã điều chỉnh rủi ro của ngân hàng. Tỷ lệ này không những được dùng để xác định khả năng tài chính của ngân hàng trong việc thanh toán các khoản nợ có thời hạn mà còn là thước đo dùng để bảo vệ người gửi tiền trước những rủi ro của ngân hàng và tăng tính ổn định, hiệu quả của hệ thống tài chính. Xuất phát từ ý nghĩa đó, NHNN yêu cầu các NHTM phải duy trì tỷ lệ an toàn vốn tối thiểu là 9%. Giới hạn cho vay của ngân hàng đối với một nhóm khách hàng có liên quan không vượt quá 50% vốn tự có của ngân hàng. Giới hạn cho vay, chiết khấu giấy tờ có giá đối với hoạt động kinh doanh chứng khoán không vượt quá 20% vốn điều lệ của ngân hàng.

Thứ hai, cấm cho vay hoặc hạn chế cho vay đối với các cá nhân có liên quan đến quá trình cho vay hoặc những người có trách nhiệm chính trong hoạt động quản trị của NHTM. Song hành, ngân hàng cũng hạn chế cho vay đối với một số lĩnh vực đầu tư nhất định mà ngân hàng đánh giá có nguy cơ rủi ro cao và khả năng rủi ro đối với khách hàng là điều khó tránh khỏi.

Thứ ba, sử dụng các biện pháp bảo đảm tiền vay. Đảm bảo tiền vay là một trong những công cụ quan trọng để hạn chế rủi ro trong hoạt động cho vay. Các biện pháp bảo đảm tiền vay hữu hiệu chính là sử dụng tài sản thế chấp, cầm cố hoặc có sự bảo lãnh của người thứ ba. Trong trường hợp khách hàng không hoàn trả được vốn vay và lãi, ngân hàng có thể bán tài sản bảo đảm bù đắp cho các tổn thất của mình do món vay gây lên. Ngoài ra, ngân hàng có thể yêu cầu khách hàng mở tài khoản tại ngân hàng mình và gửi một khoản vay tối thiểu bằng, chẳng hạn bằng 10% giá trị của món vay để dự phòng. Bằng cách này ngân hàng có thể giám sát đối với người đi vay một cách có hiệu quả hơn, đồng thời giúp tăng cường khả năng hoàn trả. Trong trường hợp người vay vỡ nợ, ngân hàng lấy phần đó để bù đắp một phần món vay bị tổn thất trong quá trình cho vay.

Thứ tư, phân loại nợ và trích lập dự phòng: khách hàng là người sử dụng sản phẩm của ngân hàng và quyết định thành công trong hoạt động kinh doanh của ngân hàng. Để hạn chế rủi ro trong hoạt động cho vay, ngân hàng lựa chọn những khách hàng vay có triển vọng tốt ra khỏi những khách hàng vay có tiềm ẩn xấu. Ngân hàng sàng lọc khách hàng bằng cách tập hợp các thông tin tin cậy về khách hàng hay bên có nghĩa vụ thanh toán nợ. Trên cơ sở các thông tin thu thập được tiến hành tính điểm tín dụng, đánh giá xếp loại khách hàng có triển vọng tốt hay xấu để quyết định việc cấp tín dụng. Đồng thời, lập quỹ dự phòng rủi ro được coi là một trong những biện pháp quan trọng để tăng khả năng chống đỡ rủi ro của ngân hàng, giúp ngân hàng có thể ổn định và phát triển được hoạt động kinh doanh trong trường

hợp rủi ro xảy ra.

Thứ năm, nên thành lập phòng pháp chế của NHTM cổ phần theo hướng chuyên nghiệp. Tùy theo cách thức tổ chức, điều hành của Ban Tổng Giám đốc của từng ngân hàng mà cơ cấu của Phòng Pháp chế có thể sẽ bao gồm Trưởng phòng, giúp việc cho trưởng phòng là phó trưởng phòng và các chuyên viên, chịu sự quản lý và điều hành trực tiếp của Ban Tổng Giám đốc. Bộ máy của Phòng Pháp chế thường gồm có: tổ tổng hợp và tư vấn, tổ xử lý nợ, tổ pháp lý chứng từ và tổ quản lý đầu tư... Nhiệm vụ cụ thể của các tổ do Trưởng Phòng Pháp chế quy định. Nhiệm vụ và quyền hạn của trưởng phòng pháp chế bao gồm việc tổ chức thực hiện và chịu trách nhiệm trước Ban tổng giám đốc Ngân hàng về mọi mặt công tác của phòng; quyết định chương trình, kế hoạch công tác và tổ chức quản lý việc thực hiện nhiệm vụ của phòng; quản lý, phân công nhiệm vụ cho cán bộ trong phòng. Đề nghị bổ nhiệm, miễn nhiệm, nâng lương, khen thưởng, kỷ luật, tuyển dụng và bồi dưỡng cán bộ theo thẩm quyền đã được phân cấp; tham gia các cuộc họp do Ban Tổng Giám đốc triệu tập; ký thừa lệnh tổng giám đốc NHTM trên các văn bản hành chính theo thẩm quyền. Phó

trưởng phòng có nhiệm vụ giúp trưởng phòng chỉ đạo điều hành một số mặt công tác của phòng theo phân công của Trưởng phòng và chịu trách nhiệm trước trưởng phòng về nhiệm vụ được phân công, ký thay trưởng phòng trên các văn bản hành chính theo sự phân công của trưởng phòng. Khi trưởng phòng vắng mặt, Phó trưởng phòng được uỷ quyền điều hành công tác của phòng, chịu trách nhiệm về kết quả những công việc đã giải quyết và báo cáo lại khi trưởng phòng có mặt; tham gia ý kiến với trưởng phòng về tổ chức, hoạt động của phòng theo nguyên tắc tập trung dân chủ và chế độ thủ trưởng.

Tóm lại, rủi ro trong hoạt động cho vay của một ngân hàng xảy ra ở một mức độ khác nhau: nhiều nhất là ngân hàng bị giảm lợi nhuận không thu hồi được lãi cho vay, nặng nhất khi ngân hàng không thu hồi được vốn lãi, nợ thất thu với tỷ lệ cao dẫn đến ngân hàng bị lỗ và mất vốn. Nếu tình trạng này kéo dài không khắc phục được, ngân hàng sẽ bị phá sản, gây hậu quả nghiêm trọng cho nền kinh tế nói chung và hệ thống ngân hàng nói riêng. Chính vì vậy, các nhà quản lý ngân hàng nên cẩn trọng và tỉnh táo trước khi quyết định cho vay. ■

VAI TRÒ CỦA PHÁP LUẬT TRONG KIỂM SOÁT ĐẦU TƯ CÔNG

(Tiếp theo trang 50)

Việt Nam có được cơ quan nào tiến hành đăng ký tài sản công, đánh giá sau khi thực hiện dự án hay không (ví dụ đánh giá sau khi vận hành Nhà máy lọc dầu Dung Quất, đánh giá sau khi hoàn tất các Chương trình đầu tư kỷ niệm 1000 năm Thăng Long...), và nếu có, hệ quả pháp lý

hay ảnh hưởng của các dự án đã nghiệm thu tới kế hoạch ngân sách tiếp tới ra sao. Đây có thể là một nội dung cần nghiên cứu thêm liên quan đến các quy định của Luật Ngân sách, quy trình lập kế hoạch KT-XH cũng như xem xét báo cáo trách nhiệm giải trình của Chính phủ và chính quyền địa phương. Nếu chưa có, cần phải quy định trách nhiệm này của cơ quan nhà nước, chí ít trong quá trình thảo luận về Luật Ngân sách và phân bổ ngân sách hàng năm. Nếu kế hoạch ngân sách sắp tới sẽ được lập theo kết quả đầu ra, trong những phiên thảo luận về ngân sách hàng năm có thể lồng ghép những nội dung đánh giá dự án đầu tư công đã triển khai và nghiệm thu như là luận chứng cho kế hoạch ngân sách sắp tới. ■

QUAN HỆ GIỮA QUỐC HỘI VÀ CHÍNH PHỦ TRONG HIẾN PHÁP 1958 CỦA PHÁP VÀ VẬN DỤNG Ở VIỆT NAM

■ VŨ THU HẰNG*

Hoàn thiện hệ thống pháp luật, đổi mới tổ chức và hoạt động của bộ máy nhà nước là nhiệm vụ mà Đảng và Nhà nước ta đặc biệt quan tâm, nhất là hiện nay khi cơ cấu nhân sự bộ máy nhà nước đã được Kỳ họp thứ nhất, Quốc hội khóa XIII thông qua. Để bộ máy nhà nước hoạt động hiệu quả, vấn đề cơ bản là giải quyết tốt mối quan hệ giữa các cơ quan nhà nước, đặc biệt là quan hệ giữa Quốc hội và Chính phủ. Học hỏi kinh nghiệm các nước tiên tiến, từ đó vận dụng phù hợp với điều kiện, hoàn cảnh Việt Nam là một yêu cầu cần thiết. Bài viết trình bày mối quan hệ pháp lý giữa Quốc hội và Chính phủ nước Cộng hòa Pháp, qua đó đưa ra một số ý kiến về việc vận dụng ở Việt Nam trong giai đoạn hiện nay.

1. Mối quan hệ trong hoạt động lập pháp

Hiến pháp 1958 của Pháp ra đời ngày 4/10/1958 thay thế Hiến pháp 1946 nhằm phân định rõ ba quyền: lập pháp, hành pháp, tư pháp; thiết lập một Quốc hội do dân bầu nhưng bị hạn chế quyền lực; nâng cao vị thế của Chính phủ; xây dựng chế định nguyên thủ quốc gia là hiện thân của quyền hành pháp để điều khiển mọi hoạt động của Chính phủ. Một trong những mục tiêu của các nhà soạn thảo Hiến pháp 1958 là: gia tăng quyền hành pháp trong mối tương quan với quyền lập pháp¹.

Với tư tưởng đó, mặc dù vẫn khẳng định trung thành với Tuyên ngôn Nhân quyền 1789 và Hiến pháp năm 1946 nhưng Hiến pháp 1958 có nhiều cải cách trong mối quan hệ giữa Quốc hội và Chính phủ. Hiến pháp 1958 dành riêng một chương (chương 5) với 18 điều để ghi

nhận mối quan hệ giữa Quốc hội và Chính phủ trên ba lĩnh vực cơ bản: lập pháp, giám sát và quyết định những vấn đề quan trọng của đất nước. Đây là những lĩnh vực quan trọng mà bất kỳ quốc gia nào cũng phải giải quyết.

Mối quan hệ giữa Quốc hội và Chính phủ Pháp trong hoạt động lập pháp được thể hiện chủ yếu thông qua hai vấn đề chính: đối tượng điều chỉnh của quyền lập pháp và quy trình lập pháp.

Đối tượng điều chỉnh của quyền lập pháp và quyền hành pháp được Hiến pháp phân định rõ ràng. Theo quy định tại Điều 34, Quốc hội có quyền lập pháp trong các lĩnh vực như: xây dựng kế hoạch phát triển kinh tế - xã hội; nhân quyền (quyền công dân); quốc tịch; dân sự (hôn nhân, thừa kế, sinh tặng, quyền và nghĩa vụ dân sự); hình sự (trọng tội, khinh tội, hình

(*) ThS. Trường cao đẳng Nội vụ Hà Nội.

(1) Nguyễn Đăng Dung, Luật Hiến pháp đối chiếu, Nxb. TP. Hồ Chí Minh, Tp. Hồ Chí Minh, 2001, tr. 396.

phạt); tài chính (giá, thuế, quy chế phát hành tiền tệ); hành chính (bầu cử, thành lập các loại sở công lập, công chức); giáo dục; quốc phòng (ấn định nguyên tắc cơ bản về tổ chức tổng quát quốc phòng); lao động (quyền làm việc, bảo hiểm xã hội). Những vấn đề khác sẽ được Chính phủ quy định bằng Sắc lệnh. Chính phủ còn có thể ban hành Sắc lệnh để sửa đổi các đạo luật của Quốc hội. Tuy nhiên, việc sửa đổi này phải tuân theo những nguyên tắc nhất định như: phải có sự thỏa thuận của Tham chính viện; những đạo luật ban hành sau khi Hiến pháp 1958 có hiệu lực chỉ có thể bị sửa đổi bởi Sắc lệnh nếu Hội đồng Bảo hiến tuyên bố đạo luật có tính cách lập quy (Điều 37).

Về quy trình lập pháp, đây là một trong những quy trình quan trọng thuộc chức năng của Quốc hội các nước. Mỗi quốc gia tùy thuộc vào đặc điểm của mình có những quy trình lập pháp riêng. Tuy nhiên, hầu hết quy trình lập pháp của Nghị viện các nước tư sản đều bắt nguồn từ sáng kiến lập pháp, sau đó soạn thảo dự án luật trình các ủy ban của Nghị viện xem xét thông qua. Quy trình ban hành luật của Nghị viện Pháp cũng tuân thủ những quy định chung đó. Mối quan hệ giữa Nghị viện và Chính phủ Pháp được thiết lập chặt chẽ trong quy trình, thủ tục này.

Ở Pháp, sáng kiến lập pháp thuộc về nghị sĩ và thành viên Chính phủ. Chính phủ có vai trò đặc biệt với quyền sáng kiến lập pháp. Điều 39 Hiến pháp quy định: “Thủ tướng và các thành viên Nghị viện đều có quyền đưa ra sáng kiến ban hành luật. Các dự thảo luật được đưa ra thảo luận tại Hội đồng Bộ trưởng sau khi có ý kiến của Tòa án hành chính tối cao và được trình lên Thường vụ Hạ viện hoặc Thường vụ Thượng viện”. Nghị sĩ và thành viên Chính phủ còn có quyền yêu cầu sửa đổi luật (Điều 44). Tuy nhiên, các đề xuất sửa đổi, bổ sung do thành viên Nghị viện đưa ra sẽ không được chấp nhận nếu việc thông qua các đề xuất sửa đổi, bổ sung đó có hệ quả làm giảm nguồn lực của Nhà nước, tạo ra hoặc làm tăng thêm khoản chi của Nhà nước (Điều 40).

Ở Việt Nam, bốn bản Hiến pháp đều quy

định Chính phủ có quyền trình dự án luật trước Quốc hội (quyền sáng kiến lập pháp). Tuy nhiên, chủ thể quyền sáng kiến lập pháp ở nước ta rất rộng. Ngoài Chính phủ, Điều 87 Hiến pháp 1992 quy định: “Chủ tịch nước, Ủy ban Thường vụ Quốc hội, Hội đồng dân tộc và các Ủy ban của Quốc hội, Tòa án nhân dân tối cao, Viện Kiểm sát nhân dân tối cao, Mặt trận Tổ quốc Việt Nam và các thành viên của Mặt trận, các đại biểu Quốc hội cũng có quyền trình dự án luật ra trước Quốc hội. Đại biểu Quốc hội thực hiện quyền kiến nghị về luật thông qua việc kiến nghị ban hành luật mới hoặc sửa đổi, bổ sung luật hiện hành”. Trên thực tế, ở nước ta, quyền sáng kiến lập pháp là thực quyền đối với Chính phủ nhưng lại là quyền mang tính hình thức đối với đại biểu Quốc hội. Đây cũng là một trong những nguyên nhân dẫn đến sự giảm sút vai trò lập pháp của Quốc hội Việt Nam. Vấn đề nâng cao chất lượng đại biểu Quốc hội, xây dựng cơ chế phát huy vai trò của đại biểu Quốc hội trong hoạt động sáng kiến lập pháp cần được đặc biệt quan tâm trong nhiệm kỳ Quốc hội khóa XIII.

Trong quy trình lập pháp của Pháp, các chủ thể của sáng quyền lập pháp soạn thảo và trình dự án luật ra một trong các ủy ban thường trực của hai viện để xem xét. Hiến pháp quy định thẩm quyền của Hạ viện và Thượng viện trong lĩnh vực lập pháp là khá bình đẳng nhưng đối với dự án luật về tài chính thì phải đưa ra Hạ viện xem xét trước. Báo cáo thẩm tra của các ủy ban là cơ sở để các viện thảo luận và thông qua dự án.

Thủ tục trình dự án luật của các nghị sĩ cũng tương tự thủ tục trình dự án luật của Chính phủ. Dự án luật được chuyển cho Ủy ban có liên quan nghiên cứu, xem xét khi có yêu cầu của Chính phủ hoặc của một trong hai Viện đã nhận được dự án luật đó. Dự án luật mà không có đề nghị của Chính phủ hoặc một trong hai Viện sẽ được chuyển cho một trong những Ủy ban chuyên trách của Hạ viện hoặc của Thượng viện (Điều 43).

Khi xem xét dự án luật tại Nghị viện, Nghị viện phải xem xét các dự án luật do Chính phủ

đệ trình đầu tiên. Đối với những yêu cầu sửa đổi luật không được ủy ban nghiên cứu trước, Chính phủ có thể phản đối.

Sau khi đã được thông qua tại một viện, dự án luật phải trình sang viện kia để biểu quyết, chấp thuận. Vai trò của Chính phủ là rất lớn khi có sự bất đồng ý kiến giữa hai Viện. Trong trường hợp Chính phủ tuyên bố tính cấp thiết phải ban hành dự án luật đó thì Thủ tướng có quyền đề nghị một Ủy ban hỗn hợp có thành phần ngang số giữa Hạ viện và Thượng viện chịu trách nhiệm soạn thảo, đề xuất một văn bản về các quy định vẫn còn có ý kiến khác nhau. Chính phủ có thể đưa văn kiện do Ủy ban soạn thảo cho hai Viện chuẩn y. Nếu Ủy ban trên không thể mang lại sự thỏa hiệp, Chính phủ có quyền yêu cầu Hạ viện đưa ra quyết định cuối cùng (Điều 45).

Như vậy, Hiến pháp 1958 của Pháp đã quy định khá cụ thể quy trình lập pháp của Quốc hội. So với các Hiến pháp trước, thủ tục lập pháp trong Hiến pháp 1958 đã giúp Chính phủ có thể can thiệp khá sâu vào quy trình xem xét dự án luật tại hai Viện của Quốc hội; giúp hạn chế một phần quyền lực của Quốc hội và thiết lập một Chính phủ mạnh hơn, có thể kiểm soát quyền lập pháp của Quốc hội.

2. Hoạt động quyết định những vấn đề quan trọng của đất nước

Hiến pháp 1958 của Pháp đã có những cải cách nhất định trong cách thức tổ chức và thực hiện quyền lực nhà nước đồng thời vẫn tôn trọng Tuyên ngôn Nhân quyền 1789. Đây là Tuyên ngôn chỉ phối quy định về thẩm quyền quyết định những vấn đề quan trọng có liên quan đến chủ quyền quốc gia. Điều 3 Hiến pháp quy định nhân dân Pháp là chủ thể duy nhất của chủ quyền quốc gia. Nhân dân Pháp thực hiện chủ quyền quốc gia dưới hai hình thức: thông qua đại diện và thông qua con đường trưng cầu ý kiến nhân dân. Như vậy, xét về nguyên tắc, Quốc hội Pháp là những người đại diện cho nhân dân quyết định những vấn đề quan trọng của đất nước.

Đây là điểm tương đồng giữa Hiến pháp

Pháp và Hiến pháp Việt Nam. Hiến pháp Việt Nam luôn khẳng định quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân. Nhân dân Việt Nam là chủ thể duy nhất của quyền lực nhà nước. Nhân dân thực hiện quyền lực nhà nước thông qua cơ quan đại diện là Quốc hội và Hội đồng nhân dân các cấp. Tuy nhiên, nếu Hiến pháp của Pháp khẳng định trực tiếp hai hình thức nhân dân thực hiện quyền lực nhà nước thì Hiến pháp Việt Nam chưa trực tiếp quy định nghĩa vụ trưng cầu ý dân của Nhà nước. Hình thức này chỉ được gián tiếp quy định thông qua quyền tham gia quản lý nhà nước của công dân. Khi sửa đổi Hiến pháp 1992, chúng ta nên quy định rõ: trong trường hợp quyết định những vấn đề quan trọng của đất nước, Nhà nước có nghĩa vụ trưng cầu ý dân.

Những vấn đề quan trọng nhất của đất nước do Quốc hội Pháp quyết định. Quốc hội biểu quyết thông qua luật quy định các vấn đề như: các quyền dân sự, tài chính, quốc phòng... (Điều 34). Để thực hiện chương trình hoạt động của mình, Chính phủ có thể yêu cầu Nghị viện cho phép ban hành Pháp lệnh quy định việc áp dụng trong một thời gian nhất định các biện pháp thông thường thuộc phạm vi điều chỉnh của luật. Các Pháp lệnh này được ban hành sau khi đã đưa ra thảo luận tại Hội đồng Bộ trưởng và sau khi có ý kiến của Toà án Hành chính tối cao... (Điều 38).

Đối với những lĩnh vực quan trọng, Quốc hội Việt Nam có thể đưa ra quyết định dưới hai hình thức: luật và nghị quyết. Hiện nay, nhiều nhà khoa học cho rằng, tính chất pháp lý của nghị quyết chưa rõ ràng, chế tài trong nghị quyết đối với các cơ quan thực hiện cũng không có. Vì vậy, với những vấn đề trọng đại của đất nước, Quốc hội nên phân loại rõ hơn và ban hành luật.

Ở Pháp, vai trò của Chính phủ trong hoạt động quyết định những vấn đề quan trọng của đất nước được thực hiện thông qua Tổng thống. Đối với những hoạt động về thực thi các mục tiêu chính trị như: quyết định đưa ra trưng cầu ý dân; bảo vệ Hiến pháp, bảo đảm sự độc lập quốc gia, sự toàn vẹn lãnh thổ; bảo đảm sự

hoạt động và điều hòa các cơ quan công quyền, Tổng thống trực tiếp quyết định. Theo quy định tại Điều 16: “Khi có sự đe dọa nghiêm trọng và trực tiếp đến sự tồn tại của các thiết chế của nền Cộng hoà, độc lập dân tộc, toàn vẹn lãnh thổ hay đến việc thực hiện các cam kết quốc tế của nước Cộng hoà Pháp và có sự đứt quãng trong hoạt động bình thường của các cơ quan hiến định của Nhà nước, Tổng thống có quyền áp dụng mọi biện pháp cần thiết để khắc phục, sau khi tham khảo ý kiến chính thức của Thủ tướng, Chủ tịch của hai Viện và Chủ tịch Hội đồng Hiến Pháp”.

Đối với các nhiệm vụ khác như việc ấn định và điều khiển chính sách quốc gia, Chính phủ sẽ quyết định và thực thi với việc sử dụng bộ máy hành chính và quân lực. Thủ tướng bảo đảm việc thi hành luật và thực hiện quyền lập quy. Chính phủ chịu trách nhiệm trước Quốc hội theo điều kiện và thủ tục luật định.

Như vậy, nếu loại trừ vai trò của Tổng thống đối với Chính phủ thì chính thể của nhà nước Pháp thể hiện nhiều đặc điểm của chính thể cộng hòa đại nghị. Chính phủ thực hiện hoạt động quản lý, chấp hành những chính sách quan trọng do Quốc hội quyết định. Mối quan hệ giữa Quốc hội và Chính phủ Pháp khi quyết định những vấn đề trọng đại của quốc gia thể hiện phần nào chức năng chấp hành - điều hành của Chính phủ đối với Quốc hội.

3. Hoạt động giám sát

Mặc dù chế độ chính trị của Pháp theo Hiến pháp 1958 không giống chế độ Nghị viện của Anh, cũng không giống chế độ Tổng thống của Mỹ mà thể hiện một chính thể cộng hòa hỗn hợp, lưỡng tính nhưng mối quan hệ pháp lý giữa Quốc hội và Chính phủ Pháp vẫn thể hiện rõ nét nguyên tắc: kiểm soát quyền lực và cân bằng quyền lực.

Yếu tố cân bằng quyền lực cũng thể hiện trong cách thức tổ chức quyền lực nhà nước ta. Đó chính là sự phân công, phối hợp giữa các cơ quan thực hiện ba quyền: lập pháp, hành pháp, tư pháp. Yếu tố kiểm soát quyền lực đã chính thức được Đại hội Đảng IX nêu ra và trở

thành một định hướng cơ bản trong đổi mới tổ chức và hoạt động của bộ máy nhà nước.

Hiến pháp 1992 (sửa đổi) ghi nhận thêm một nguyên tắc tổ chức và hoạt động của bộ máy nhà nước tại Điều 2; đó là nguyên tắc: “Quyền lực nhà nước là thống nhất, có sự phân công và phối hợp giữa các cơ quan nhà nước trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp”. Điều này bắt nguồn từ quan điểm của Đại hội Đảng IX. Trong thời gian tới, Hiến pháp nên tiếp tục thể chế hóa đường lối Đại hội Đảng XI bằng cách ghi nhận thêm: “Quyền lực nhà nước là thống nhất, có sự phân công, phối hợp và kiểm soát giữa các cơ quan nhà nước trong việc thực hiện ba quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp”. Đây cũng là một định hướng cơ bản cho việc đổi mới và nâng cao hiệu quả trong hoạt động giám sát giữa các cơ quan nhà nước Việt Nam.

Theo Hiến pháp 1958, Chính phủ Pháp khi thực hiện chức năng, nhiệm vụ của mình vẫn chịu sự giám sát của Quốc hội. Quốc hội có quyền khiển trách, lật đổ Thủ tướng và Nội các. Hoạt động chất vấn đối với thành viên Chính phủ của hai Viện vẫn là một hoạt động thường xuyên trong nghị trình của Quốc hội. Nghị trình hai Viện sẽ dành trong một tuần một khóa họp để chất vấn nhân viên Chính phủ và để nghe câu trả lời của Chính phủ (Điều 48).

Khi Chính phủ ấn định chính sách quốc gia theo Điều 20, chính sách này phải được biểu quyết tại Hội đồng Bộ trưởng. Sau đó, Thủ tướng đặt trước Hạ nghị viện vấn đề tín nhiệm chương trình hay chính sách tổng quát. Hạ nghị viện sẽ tiến hành bỏ phiếu đối với kiến nghị phê bình. Kiến nghị này chỉ có giá trị nếu được phê chuẩn bởi ít nhất 1/10 tổng số Hạ nghị sĩ. Nếu kiến nghị không được chấp thuận, các Hạ nghị sĩ không thể đề nghị kiến nghị mới trong cùng khóa họp đó. Sau khi được Hạ nghị viện chấp thuận, Thủ tướng có quyền yêu cầu Thượng nghị viện chuẩn y tuyên cáo của Thủ tướng về chính sách tổng quát. Trong trường hợp Hạ nghị viện chấp nhận kiến nghị phê bình hay không chấp thuận chương trình về chính sách tổng quát của Thủ tướng, Thủ tướng phải từ chức.

Ngược lại, Chính phủ cũng có những kiểm soát nhất định đối với Quốc hội thông qua vai trò của Tổng thống và thành viên Chính phủ. Theo quy định của Hiến pháp, Tổng thống có thể giải tán Hạ nghị viện, sau khi hỏi ý kiến của Thủ tướng và Chủ tịch hai Viện.

Tổng thống có quyền yêu cầu Quốc hội phúc nghị lại một phần hay toàn bộ dự luật trước khi ban hành. Điều 10 Hiến pháp quy định: “Tổng thống ban hành đạo luật 15 hôm sau khi dự luật do Quốc hội chung quyết được chuyển lên Tổng thống. Trước khi mãn thời hạn trên, Tổng thống có thể yêu cầu Quốc hội phúc nghị toàn thể dự luật hay một vài điều khoản của dự luật”.

Ngoài vai trò của Tổng thống, sự kiểm soát của Chính phủ đối với Quốc hội cũng được thực hiện trong một số trường hợp nhất định. Chẳng hạn như đối với quy trình xây dựng dự luật tài chính, dự luật phải đưa ra Hạ viện trước. Nếu Nội các và Hạ viện đối nghịch, Thượng viện có quyền phủ quyết dự luật. Ngược lại, nếu Nội các và Hạ viện đồng ý, phủ quyết của Thượng viện sẽ bị bác bỏ. Thượng viện không có sáng quyền để đưa ra quyết nghị phê bình mà lật đổ Chính phủ nhưng Chính phủ có thể nêu vấn đề tín nhiệm tại Thượng nghị viện.

Để hoạt động kiểm soát giữa quyền lập pháp và quyền hành pháp đạt hiệu quả cao, Hiến pháp 1958 đã thiết lập một nguyên tắc mới mà chúng ta nên nghiên cứu để áp dụng cho phù hợp với hoàn cảnh Việt Nam. Đó là nguyên tắc: chức vụ dân biểu bất khả kiêm nhiệm với chức vụ Bộ trưởng. Một dân biểu phải từ chức nếu muốn làm Bộ trưởng (Điều 23).

Hiện nay, Điều 110 Hiến pháp 1992 (sửa đổi) quy định: “Ngoài Thủ tướng, các thành viên khác của Chính phủ không nhất thiết là đại biểu Quốc hội”. Như vậy, chức vụ Bộ trưởng ở nước ta vẫn có thể kiêm nhiệm chức danh đại biểu Quốc hội. Trên thực tế, số lượng đại biểu Quốc hội nằm trong cơ quan của Chính phủ khá nhiều, ở Quốc hội khóa XI là 22 đại



biểu, Quốc hội khóa XII giảm 7 đại biểu². Ngày 3/8/2011, Quốc hội khóa XIII đã phê chuẩn danh sách thành viên Chính phủ, trong số 22 Bộ trưởng và Thủ tướng cơ quan ngang Bộ có 14 Bộ trưởng, 01 Thủ tướng cơ quan ngang Bộ là đại biểu Quốc hội (www.chinhphu.vn). Như vậy, số lượng đại biểu Quốc hội nằm trong cơ quan của Chính phủ ở nhiệm kỳ khóa XIII vẫn giống nhiệm kỳ khóa XII. Việc quy định Bộ trưởng có thể là đại biểu Quốc hội cũng là một trong những nguyên nhân dẫn đến hiệu quả hoạt động chất vấn của đại biểu Quốc hội đối với Bộ trưởng chưa cao.

Thiết nghĩ, khi sửa đổi Hiến pháp 1992 chúng ta nên sửa đổi Điều 110 Hiến pháp theo hướng: “Ngoài Thủ tướng, các thành viên khác của Chính phủ không phải là đại biểu Quốc hội”. Quy định này nhằm góp phần đổi mới và nâng cao hiệu quả của mối quan hệ pháp lý giữa Quốc hội và Chính phủ Việt Nam, đáp ứng mục tiêu mà Đại hội Đảng XI đặt ra: “Nhà nước ta 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, do Đảng Cộng sản Việt Nam lãnh đạo. Quyền lực nhà nước là thống nhất; có sự phân công, phối hợp và kiểm soát giữa các cơ quan trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp”³. ■

(2) Nguyễn Đăng Dung, *Quốc hội Việt Nam trong nhà nước pháp quyền*, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, Hà Nội, 2007, tr. 428.

(3) Đảng Cộng sản Việt Nam, *Văn kiện Đại hội Đại biểu toàn quốc lần thứ XI*, Nxb. Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 2011; tr. 85.

QUỐC HỘI
Nghị quyết số: 06/2011/QH13

CỘNG HÒA XÃ HỘI CHỦ NGHĨA VIỆT NAM
Độc lập - Tự do - Hạnh phúc

NGHỊ QUYẾT
VỀ VIỆC SỬA ĐỔI, BỔ SUNG HIẾN PHÁP NĂM 1992
VÀ THÀNH LẬP ỦY BAN DỰ THẢO SỬA ĐỔI HIẾN PHÁP NĂM 1992

QUỐC HỘI
NƯỚC CỘNG HÒA XÃ HỘI CHỦ NGHĨA VIỆT NAM

Căn cứ Hiến pháp nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam năm 1992 đã được sửa đổi, bổ sung theo Nghị quyết số 51/2001/QH10;

Sau khi xem xét Tờ trình số 11/TTr-UBTVQH13 ngày 02 tháng 8 năm 2011 của Ủy ban thường vụ Quốc hội về việc triển khai thực hiện chủ trương nghiên cứu, sửa đổi, bổ sung Hiến pháp năm 1992, Tờ trình số 12/TTr-UBTVQH13 ngày 02 tháng 8 năm 2011 của Ủy ban thường vụ Quốc hội về việc thành lập Ủy ban dự thảo sửa đổi Hiến pháp năm 1992 và ý kiến của các vị đại biểu Quốc hội,

QUYẾT NGHỊ:

Điều 1

Quyết định việc sửa đổi, bổ sung Hiến pháp nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam năm 1992 (được sửa đổi, bổ sung một số điều năm 2001) phù hợp với tình hình mới với mục đích, yêu cầu, quan điểm và định hướng sửa đổi, bổ sung Hiến pháp năm 1992 được nêu trong Tờ trình số 11/TTr-UBTVQH13 ngày 02 tháng 8 năm 2011 của Ủy ban thường vụ Quốc hội.

Điều 2

Thành lập Ủy ban dự thảo sửa đổi Hiến pháp năm 1992 (gọi tắt là Ủy ban dự thảo sửa đổi Hiến pháp) gồm các vị sau đây:

1. Nguyễn Sinh Hùng, Ủy viên Bộ chính trị, Chủ tịch Quốc hội, Chủ tịch Ủy ban.
2. Uông Chu Lưu, Ủy viên Trung ương Đảng, Phó Chủ tịch Quốc hội, Phó Chủ tịch Ủy ban.
3. Lê Hồng Anh, Ủy viên Bộ chính trị, Thường trực Ban Bí thư, Ủy viên.
4. Nguyễn Thị Doan, Ủy viên Trung ương Đảng, Phó Chủ tịch nước, Ủy viên.
5. Nguyễn Xuân Phúc, Ủy viên Bộ chính trị, Phó Thủ tướng Chính phủ, Ủy viên.
6. Tòng Thị Phóng, Ủy viên Bộ chính trị, Phó Chủ tịch Quốc hội, Ủy viên.

7. Tô Huy Rúa, Ủy viên Bộ chính trị, Bí thư Trung ương Đảng, Trưởng Ban tổ chức trung ương, Ủy viên.
8. Đinh Thế Huynh, Ủy viên Bộ chính trị, Bí thư Trung ương Đảng, Trưởng Ban tuyên giáo trung ương, Ủy viên.
9. Phùng Quang Thanh, Ủy viên Bộ chính trị, Bộ trưởng Bộ Quốc phòng, Ủy viên.
10. Trần Đại Quang, Ủy viên Bộ chính trị, Bộ trưởng Bộ Công an, Ủy viên.
11. Hà Thị Khiết, Bí thư Trung ương Đảng, Trưởng Ban dân vận trung ương, Ủy viên.
12. Trương Hoà Bình, Bí thư Trung ương Đảng, Chánh án Tòa án nhân dân tối cao, Ủy viên.
13. Nguyễn Hoà Bình, Ủy viên Trung ương Đảng, Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân tối cao, Ủy viên.
14. K'sor Phước, Ủy viên Trung ương Đảng, Ủy viên Ủy ban thường vụ Quốc hội, Chủ tịch Hội đồng dân tộc của Quốc hội, Ủy viên.
15. Nguyễn Văn Hiện, Ủy viên Ủy ban thường vụ Quốc hội, Chủ nhiệm Ủy ban tư pháp của Quốc hội, Ủy viên.
16. Phan Trung Lý, Ủy viên Ủy ban thường vụ Quốc hội, Chủ nhiệm Ủy ban pháp luật của Quốc hội, Ủy viên.
17. Nguyễn Văn Giàu, Ủy viên Trung ương Đảng, Ủy viên Ủy ban thường vụ Quốc hội, Chủ nhiệm Ủy ban kinh tế của Quốc hội, Ủy viên.
18. Nguyễn Thái Bình, Ủy viên Trung ương Đảng, Bộ trưởng Bộ Nội vụ, Ủy viên.
19. Hà Hùng Cường, Ủy viên Trung ương Đảng, Bộ trưởng Bộ Tư pháp, Ủy viên.
20. Bùi Quang Vinh, Ủy viên Trung ương Đảng, Bộ trưởng Bộ Kế hoạch và Đầu tư, Ủy viên.
21. Nguyễn Hạnh Phúc, Ủy viên Trung ương Đảng, Ủy viên Ủy ban thường vụ Quốc hội, Chủ nhiệm Văn phòng Quốc hội, Ủy viên.
22. Huỳnh Đảm, Chủ tịch Ủy ban Trung ương Mặt trận Tổ quốc Việt Nam, Ủy viên.
23. Đặng Ngọc Tùng, Ủy viên Trung ương Đảng, Chủ tịch Tổng liên đoàn lao động Việt Nam, Ủy viên.
24. Nguyễn Thị Thanh Hoà, Ủy viên Trung ương Đảng, Chủ tịch Hội liên hiệp phụ nữ Việt Nam, Ủy viên.
25. Nguyễn Đắc Vinh, Ủy viên dự khuyết Trung ương Đảng, Bí thư Trung ương Đoàn thanh niên cộng sản Hồ Chí Minh, Ủy viên.
26. Trần Hanh, Chủ tịch Hội cựu chiến binh Việt Nam, Ủy viên.
27. Nguyễn Quốc Cường, Ủy viên Trung ương Đảng, Chủ tịch Hội nông dân Việt Nam, Ủy viên.

28. Lê Minh Tâm, Phó Chủ tịch kiêm Tổng thư ký Hội luật gia Việt Nam, Ủy viên.
29. Nguyễn Xuân Thắng, Ủy viên Trung ương Đảng, Chủ tịch Viện khoa học xã hội Việt Nam, Ủy viên.
30. Châu Văn Minh, Ủy viên Trung ương Đảng, Chủ tịch Viện khoa học và công nghệ Việt Nam, Ủy viên.

Điều 3

1. Ủy ban dự thảo sửa đổi Hiến pháp có nhiệm vụ tổ chức tổng kết việc thi hành Hiến pháp năm 1992 và xây dựng dự thảo sửa đổi Hiến pháp để trình Quốc hội xem xét, thông qua.
2. Ủy ban dự thảo sửa đổi Hiến pháp ban hành Quy chế hoạt động của mình, thành lập Ban biên tập giúp việc cho Ủy ban.
3. Văn phòng Quốc hội có trách nhiệm bảo đảm kinh phí và các điều kiện cần thiết khác, tổ chức phục vụ các hoạt động của Ủy ban dự thảo sửa đổi Hiến pháp và Ban biên tập.

Nghị quyết này đã được Quốc hội nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam khóa XIII, kỳ họp thứ nhất thông qua ngày 06 tháng 8 năm 2011.

CHỦ TỊCH QUỐC HỘI

(Đã ký)

Nguyễn Sinh Hùng