

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

ISSN 1859 - 2953

www.nclp.org.vn

VĂN PHÒNG QUỐC HỘI

Số 21 (229)/Tháng 11/2012



DIỄN ĐÀN VỀ NHÀ NƯỚC, PHÁP LUẬT, CHÍNH SÁCH

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn



Mục lục 11/2012

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

- 3** Kỷ niệm 95 năm Cách mạng tháng Mười Nga (7/11/1917 – 7/11/2012):

Hiệp định Tương trợ tư pháp Việt Nam và Liên bang Nga – khẳng định quan hệ truyền thống, nâng tầm đối tác chiến lược toàn diện

TS. Mai Văn Thắng

BÀN VỀ LẬP HIẾN

- 7** Tư pháp độc lập: một số vấn đề lý luận và thực tiễn (Kỳ 2)
GS, TS. Nguyễn Đăng Dung – TS. Vũ Công Giao

- 15** Bảo đảm quyền tự do kinh doanh trong Hiến pháp sửa đổi
PGS, TS. Lê Thị Thu Thủy

- 21** Sửa đổi, bổ sung Nghị quyết số 417/2003/NQUBTVQH11:
Một số vấn đề liên quan đến tổ chức và hoạt động của Văn phòng Quốc hội hiện nay

ThS. Trần Hoài Nam

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 29** Xây dựng Luật Khoa học và công nghệ - từ tiếp cận so sánh
TS. Trần Văn Hải

- 35** Kiến nghị từ quy định xử phạt người "không đủ điều kiện hành nghề luật sư mà hành nghề luật sư"
Bùi Đăng Vương

- 38** Xóa tên luật sư và những hậu quả pháp lý đang dờ
Nguyễn Bình An

CHÍNH SÁCH

- 43** Tiếp cận quyền có nghề để dạy nghề là khâu "đột phá của đột phá"
PGS, TS. Nguyễn Thanh Tuấn

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 48** Trách nhiệm hình sự đối với các tội xâm phạm quyền tự do, dân chủ của công dân

ThS. Nguyễn Xuân Hà

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 59** Thanh lý thế chấp trong luật dân sự Pháp theo quy định của Đạo luật ngày 23/3/2006

PGS, TS. Nguyễn Ngọc Điện – ThS. Đoàn Thị Phương Diệp

HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

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

TỔNG BIÊN TẬP

TS. PHẠM VĂN HÙNG

PHÓ TỔNG BIÊN TẬP:

NGUYỄN QUANG MINH

TRỤ SỞ:

27A VÕNG THỊ - TÂY HỒ - HÀ NỘI
ĐT: 080-43362 / 44078
FAX: 080-48486
Email: nclp@qh.gov.vn
Website: www.nclp.org.vn

THIẾT KẾ:

HOÀNG NHI

GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:

Số 117/GP-NGÀY 30-3-2001
CỦA BỘ VH TT

PHÁT HÀNH:

HÀ NỘI: 080-43364

TÀI KHOẢN:

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

IN TẠI CÔNG TY CỔ PHẦN IN TÂY HỒ

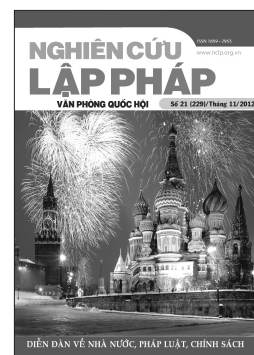
GIÁ: 15.000 ĐỒNG

Ảnh bìa:

Quảng trường Đỏ - Liên Bang Nga
Ảnh ST.

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn



Legis 11/2012

STATE AND LAW

- 3** *Celebration of the 95th anniversary of the Russian October Revolution (7/11/1917 - 7/11/2012):*

Agreement on Mutual Legal Assistance between Vietnam and Russia - confirming the traditional relations, raising the strategic partnership to higher level

Dr. Mai Van Thang

Discussion on Constitution

- 7** Independence of the Judiciary: some theoretical and practical issues (part 2)

Prof, Dr. Nguyen Dang Dung – Dr. Vu Cong Giao

- 15** Ensure the right to free enterprise in the amended Constitution

Prof, Dr. Le Thi Thu Thuy

- 21** *Amending and supplementing Resolution No. 417/2003/NQ-UBTVQH11:*

The content relating to the organization and operation of the Office of the National Assembly

LLM. Tran Hoai Nam

DISCUSSION OF BILLS

- 29** Construction of the Law on Science and Technology - from a comparative approach

Dr. Tran Van Hai

- 35** Proposals from the regulation sanctioning lawyers that are "not eligible to practice law "

Bui Dang Vuong

- 38** Removing the names of lawyers and the unfinished legal consequences

Nguyen Binh An

POLICIES

- 43** Approach the right vocational training –"A breakthrough of the stage of breakthrough "

Prof, Dr. Nguyen Thanh Tuan

LEGAL PRACTICE

- 48** Criminal liability for the offense of violating the freedom and the right of democracy of citizens

LLM. Nguyen Xuan Ha

FOREIGN EXPERIENCE

- 59** Liquidation of collateral in the French civil law under the provisions of the Act on 23.03.2006

Prof, Dr. Nguyen Ngoc Dien – LLM. Doan Thi Phuong Diep

EDITORIAL:

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

EDITOR-IN-CHIEF:

Dr. PHAM VAN HUNG

VICE EDITOR-IN-CHIEF:

NGUYEN QUANG MINH

OFFICE:

27A VONG THI - TAY HO - HA NOI
ĐT: 080-43362 / 44078
FAX: 080-48486
Email: nclp@qh.gov.vn
Website: www.nclp.org.vn

DESIGN:

HOANG NHI

LICENSE OF PUBLISHPMENT:

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

DISTRIBUTION:

HA NOI: 080-43364

ACCOUNT NUMBER:

0011000467735
LEGISLATIVE STUDY MAGAZINE
VIETCOMBANK

PRINTED BY: TAYHO PRINTING
JOINT STOCK COMPANY

Price: 15,000 VND

Kỷ niệm 95 năm Cách mạng tháng Mười Nga (7/11/1917 – 7/11/2012)

HIỆP ĐỊNH TƯƠNG TRỢ TƯ PHÁP VIỆT NAM VÀ LIÊN BANG NGA - KHẲNG ĐỊNH QUAN HỆ TRUYỀN THỐNG, NÂNG TẦM ĐỐI TÁC CHIẾN LƯỢC TOÀN DIỆN

MAI VĂN THẮNG*

Ngày 27/7/2012 trong khuôn khổ chuyến thăm chính thức Liên bang Nga của Chủ tịch nước Cộng hòa Xã hội chủ nghĩa (XHCN) Việt Nam, hai bên đã chính thức trao đổi Nghị định thư phê chuẩn Hiệp định về Tương trợ tư pháp (TTTP) và pháp lý về các vấn đề dân sự và hình sự và Nghị định thư bổ sung Hiệp định giữa Cộng hòa XHCN Việt Nam và Liên bang Nga về TTTP và pháp lý về các vấn đề dân sự và hình sự ngày 25/8/1998, qua đó Văn bản này chính thức có hiệu lực pháp lý sau 14 năm được ký kết.

Trong bối cảnh quan hệ giữa Việt Nam và Liên bang Nga ngày càng phát triển và đi vào chiều sâu thì việc trao đổi Nghị định thư phê chuẩn Hiệp định TTTP là sự kiện hết sức quan trọng trong đời sống chính trị - pháp lý của mỗi nước. Bởi nó không chỉ khẳng định ý nguyện của hai Nhà nước, hai dân tộc tiếp tục giữ gìn và phát huy truyền thống quan hệ hữu nghị hợp tác đã được hình thành và hun đúc trong lịch sử, mà còn thể hiện quyết tâm bằng hành động cụ thể để góp phần nâng tầm quan hệ đối tác chiến lược toàn diện.

Nhìn lại lịch sử quan hệ hợp tác tư pháp, Liên Xô là một trong những quốc gia đầu tiên hành đàm phán và ký kết Hiệp định TTTP với Việt Nam¹. Hiệp định đó từng được coi là nền tảng pháp lý đặc biệt quan trọng góp phần rất lớn điều chỉnh những quan hệ tư pháp quốc tế đang ngày càng phát triển rục rờ giữa Việt Nam và Liên Xô sau chiến tranh, đặc biệt là những quan hệ về hợp tác lao động, kinh tế, hôn nhân gia đình và các hoạt động liên quan ủy thác tư pháp.

* TS. Khoa Luật - Đại học Quốc gia Hà Nội

¹ Liên Xô ký với Việt Nam ngày 10/12/1981, cùng với CHDC Đức là hai nước ký sớm nhất với Việt Nam.

Cộng hòa Liên bang Nga là quốc gia kế thừa Liên Xô, có nghĩa vụ thực hiện những điều ước quốc tế mà Liên Xô đã ký kết với các nước trước đây. Hiệp định TTTP giữa Việt Nam và Liên Xô vì thế vẫn còn hiệu lực.

Tuy nhiên, sau những thay đổi to lớn diễn ra trong lòng nước Nga đầu những năm 90 của thế kỷ trước, đặc biệt là những thay đổi về chính trị, đường lối đối ngoại đã phần nào làm cho các tư tưởng chủ đạo của Hiệp định TTTP ký kết vào thời kỳ Nhà nước Xô viết trở nên không còn phù hợp. Cùng với đó, sự gián đoạn trong việc thực thi nhiều điều ước liên quan đến hợp tác lao động, kinh tế, cũng như thay đổi về mô hình của bộ máy nhà nước đã dẫn đến việc giảm dần các mối quan tâm tới Hiệp định TTTP. Cùng vào thời điểm đó, Việt Nam đang tiến hành đổi mới đất nước và bước đầu thu được những kết quả khích lệ. Chính sách ngoại giao đa phương với chủ trương “Việt Nam muốn làm bạn với tất cả các nước trên thế giới” đã làm thay đổi hoặc điều chỉnh quan hệ của Việt Nam với các nước, trong đó có các nước XHCN trước đây.

Như vậy, những thay đổi kể trên phần nào làm cho Hiệp định TTTP giữa Việt Nam và Liên Xô trở nên không còn phù hợp với tình hình mới. Chính vì thế, việc đàm phán ký kết Hiệp định TTTP mới đã được xác định. Năm 1998, Hiệp định TTTP và pháp lý về các vấn đề dân sự và hình sự giữa hai nước được ký kết và một năm sau đó, Chủ tịch nước Cộng hòa XHCN Việt Nam đã ký Quyết định phê chuẩn Hiệp định này. Nhưng do nhiều nguyên do khác nhau mà Hiệp định này cho đến trước ngày 27/7/2012 (nghĩa là 14 năm sau khi ký kết) vẫn chưa có hiệu lực pháp lý.

Trong giai đoạn đó, việc thực hiện và giải quyết các vấn đề liên quan đến TTTP trong lĩnh vực dân sự và hình sự về cơ bản được thực hiện theo nguyên tắc có đi có lại và hợp tác hữu nghị. Tuy nhiên, do không có đầy đủ căn cứ pháp lý nên nhiều thủ tục từ ủy thác tư pháp, tổng đạt giấy tờ, công nhận giấy tờ, văn bằng chứng chỉ, cho đến các hoạt động liên quan đến điều tra, dẫn độ, xét xử... được thực hiện không thống nhất và phần lớn triển khai rất chậm chạp, vòng vèo, nhiều công đoạn, gây nhiều khó khăn cho quá trình giải quyết các vụ việc cũng như bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của công dân cũng như tổ chức của cả hai bên. Rất nhiều trường hợp các ủy thác tư pháp được gửi đi nhưng không có phản hồi và nhiều khi kết quả còn nhờ vào sự may rủi hay thiện chí của đối tác, bởi không có cơ sở pháp lý yêu cầu hay bắt buộc thực hiện. Việc không tham gia hoặc tham gia không đầy đủ của Việt Nam cũng như Liên bang Nga vào các công ước La-hay² về TTTP, tổng đạt giấy tờ... càng làm cho việc thực hiện các hoạt động TTTP trở nên khó khăn. Chẳng hạn, khi công dân Việt Nam muốn kết hôn với công dân Nga tại Cộng hòa Liên bang Nga thì một trong những yêu cầu bắt buộc là cần phải xác định tình trạng hôn nhân. Tuy nhiên, giấy xác định tình trạng hôn nhân do cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam ở trong nước không có giá trị đối với cơ quan đăng ký kết hôn của Nga. Để tiến hành đăng ký kết hôn, cơ quan này yêu cầu giấy chứng nhận của Lãnh sự quán Việt Nam tại Liên bang Nga xác nhận là không có vợ hoặc chồng và đủ điều kiện kết hôn (tất nhiên bằng tiếng Nga). Để có căn cứ cấp giấy chứng nhận này, Lãnh sự quán cần phải có giấy xác định tình trạng hôn nhân từ trong nước gửi sang và tất nhiên phải do công dân cung cấp. Sau khi có giấy

2 Ví dụ: Nga là thành viên Hội nghị La-hay về tư pháp quốc tế; gia nhập Công ước quốc tế La-hay về tổng đạt giấy tờ còn Việt Nam thì chưa (Việt Nam ký gia nhập Công ước La Hay 1993 về bảo vệ trẻ em và hợp tác nuôi con nuôi quốc tế vào ngày 07/12/2010. Hiện nay, Công ước này chưa được Việt Nam phê chuẩn).

này Lãnh sự quán mới có căn cứ cấp Giấy chứng nhận cho đương sự. Tuy nhiên, để cơ quan đăng ký hôn nhân của Nga nhận hồ sơ thì vẫn còn phải tiến hành dịch con dấu của Lãnh sự quán. Như vậy, để tránh lòng vòng, phiền hà và phát sinh quá nhiều thời gian, chi phí, rất nhiều người đã chọn cách làm tắt hoặc có thể là mạo hiểm hơn - là giả mạo hồ sơ. Từ đó phát sinh rất nhiều những tình huống pháp lý phức tạp. Chẳng hạn, công dân Việt Nam kết hôn với công dân Nga trong khi ở Việt Nam, họ chưa ly dị vợ hoặc chồng; hoặc sau khi về Việt Nam thì lại lấy vợ hoặc chồng Việt Nam mà chưa ly dị với vợ hoặc chồng là người Nga (bởi giấy xác định tình trạng hôn nhân được làm giả mạo)... sẽ dẫn tới nhiều trường hợp tranh chấp về tài sản vợ chồng và nhiều vấn đề khác liên quan đến quan hệ vợ chồng, con cái...

Những ví dụ tương tự là rất phổ biến trong quá trình công dân Việt Nam xin giấy tạm trú, thường trú hoặc nhập quốc tịch tại Liên bang Nga³...

Một trong những bất lợi lớn của việc không có hiệu lực của Hiệp định TTTP còn ở chỗ, các cơ quan tư pháp của hai nước áp dụng một cách không thống nhất trong việc giải quyết các vấn đề về dân sự và hình sự như hợp pháp hóa giấy tờ, văn bằng, chứng chỉ, công nhận bản án hay quyết định của tòa án, tổng đạt giấy tờ, dẫn độ, bảo vệ chứng cứ, người làm chứng... Chẳng hạn, đã có nhiều cơ quan, cơ sở đào tạo của Nga lúng túng không biết bằng cấp mà họ cấp cho du học sinh Việt Nam có cần làm thủ tục hợp pháp hóa hay không? Nơi thì bảo cần, nơi thì

không... Điều đó làm ảnh hưởng không nhỏ tới việc bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của công dân, tổ chức, đặc biệt công dân, tổ chức Việt Nam tại Liên bang Nga, cũng như hạn chế sự phát triển giao lưu buôn bán giữa hai nước.

Nhận thức được những hạn chế này đối với việc mở rộng tăng cường hợp tác trao đổi giữa hai nước, ý thức được tầm quan trọng của việc tạo hành lang pháp lý vững chắc làm cơ sở nền tảng thực hiện chiến lược nâng tầm đối tác toàn diện, cùng với quyết tâm gìn giữ và phát triển quan hệ đối tác truyền thống hữu nghị, tin cậy lẫn nhau, ngày 27/7/2012, Văn kiện trao đổi Nghị định thư phê chuẩn Hiệp định TTTP và pháp lý về các vấn đề dân sự và hình sự giữa Việt Nam và Liên bang Nga đã được ký kết và trên cơ sở đó, Hiệp định TTTP giữa hai Nhà nước chính thức có hiệu lực pháp lý.

Theo Báo cáo đánh giá tình hình ký kết hiệp định TTTP trong lĩnh vực dân sự giữa Việt Nam và các nước và sự cần thiết gia nhập Hội nghị La-hay về tư pháp quốc tế⁴ trong giai đoạn từ 1993 - 2007, một trong những xu hướng chủ đạo trong đàm phán và ký kết các điều ước quốc tế trong lĩnh vực TTTP được xác định là nội dung của một số Hiệp định cũng không còn rộng và tương tự như nội dung của các Hiệp định đã ký trong giai đoạn đầu tiên. Cụ thể là, các Hiệp định mà Việt Nam đã ký với Pháp và Trung Quốc có phạm vi nội dung đơn giản hơn, chỉ điều chỉnh các vấn đề liên quan đến hợp tác TTTP giữa các cơ quan tư pháp của hai nước mà không quy định về vấn đề lựa chọn pháp luật áp dụng để giải quyết các xung đột pháp luật

3 Có thể nói, những ví dụ này rất phổ biến ở Nga, bởi nhiều công dân Việt Nam đơn giản là vì họ muốn kết hôn, có được hộ khẩu tạm trú (3 năm) hoặc Khẩu VID (thường trú) để có thể an cư lạc nghiệp, hay đơn giản hơn là để cho con cái của họ có thể được tiếp nhận vào học tại các nhà trẻ, trường học... hoặc ít ra là được đi lại dàng dàng, không bị bắt bớ... Tuy nhiên, do thủ tục xin giấy tờ rất tốn kém và phức tạp, không ít trong số họ đã phó thác cho các trung tâm dịch vụ "ma" ở bên này và cũng không ít trong số trung tâm đó đã giả mạo hồ sơ.

4 http://moj.gov.vn/ct/tintuc/lists/ngihin%20cu%20trao%20i/view_detail.aspx?ItemID=4438 (paper 1).

và quy tắc xác định thẩm quyền của cơ quan tư pháp. Tuy vậy, khi ký kết Hiệp định với Liên bang Nga, nội dung của Hiệp định vẫn được tiếp cận theo cách truyền thống với phạm vi rộng, bao gồm hầu hết mọi lĩnh vực trong tư pháp quốc tế như lập, gửi và tổng đạt giấy tờ, công nhận và thi hành quyết định của toà án về các vấn đề dân sự, tiến hành khám xét, thu giữ và chuyển giao vật chứng, tiến hành giám định, lấy lời khai của các bên, người làm chứng, người giám định, người bị xác định đã thực hiện hành vi phạm tội, bị cáo và những người khác, tiến hành truy tố hình sự, dẫn độ để truy tố hình sự hoặc để thi hành bản án. Ngoài ra, trong Hiệp định còn xác định rõ việc vấn đề lựa chọn pháp luật áp dụng để giải quyết các xung đột pháp luật và quy tắc xác định thẩm quyền của cơ quan tư pháp.

Một trong số các nguyên tắc cơ bản của Hiệp ước là công dân của hai nước có quyền được bảo vệ bình đẳng như nhau trước pháp luật về người và tài sản trên lãnh thổ của nước bên kia. Nguyên tắc này đặc biệt quan trọng khi cả nước ta và Liên bang Nga đang đẩy mạnh xây dựng Nhà nước pháp quyền mà ở đó, con người, quyền, sự tự do và lợi ích hợp pháp của họ được đặt vào trung tâm của mọi hoạt động nhà nước. Càng đặc biệt quan trọng hơn đối với Việt Nam khi Đảng và Nhà nước ta xác định người Việt Nam ở nước ngoài là bộ phận quan trọng không thể tách rời trong mọi chính sách của Nhà nước và bảo vệ, cũng như tạo điều kiện tốt nhất cho họ, đang là một chính sách ưu tiên của Đảng và Nhà nước trong giai đoạn hiện nay.

Như vậy, qua sự kiện trao đổi Nghị định thư phê chuẩn Hiệp định TTTP cũng như

xem xét phạm vi của hoạt động TTTP được ký kết có thể thấy sự quyết tâm của hai Nhà nước trong việc giữ gìn, phát triển quan hệ truyền thống tốt đẹp và mong muốn tạo lập cơ sở pháp lý tạo bước đột phá nâng tầm đối tác chiến lược toàn diện.

Hiệp định TTTP và pháp lý về các vấn đề về dân sự và hình sự giữa Việt Nam và Liên bang Nga chính thức có hiệu lực ngoài việc tạo môi trường pháp lý thuận lợi giải quyết nhanh, gọn, thống nhất các vấn đề liên quan đến tư pháp và pháp lý của tổ chức và cá nhân, qua đó bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của tổ chức, cá nhân, còn mở ra thời kỳ mới, cơ hội mới cho phát triển các quan hệ thương mại giữa Việt Nam và Liên bang Nga trong giai đoạn hiện nay.

Có lẽ, không phải là sự trùng hợp ngẫu nhiên khi mà sự kiện trao đổi Nghị định thư phê chuẩn Hiệp định TTTP và pháp lý về các vấn đề dân sự và hình sự giữa hai Nhà nước lại được diễn ra trong khuôn khổ chuyến thăm chính thức của Chủ tịch nước CHXHCN Việt Nam tới Nga, với một Tuyên bố chung đầy tham vọng thể hiện quyết tâm của hai Nhà nước tạo bước đột phá trong quan hệ đối tác chiến lược toàn diện⁵. Rõ ràng, việc trao hiệu lực cho một Hiệp định đã được ký kết từ hơn một thập kỷ trước vào thời điểm này đã cho thấy sự tin tưởng của lãnh đạo hai Nhà nước coi văn kiện này như là văn bản pháp lý có tính chất nền tảng, làm cơ sở cũng như tạo cú hích cho việc thực hiện những kế hoạch đầy tham vọng và tâm huyết phát triển mối quan hệ đặc biệt Việt Nam và Liên bang Nga trong giai đoạn hiện nay ■

5 Xem thêm Tuyên bố chung trong khuôn khổ chuyến thăm hữu nghị chính thức Liên bang Nga của Chủ tịch nước CHXHCN Việt Nam từ ngày 26/7/2012 đến ngày 30/7/2012 tại: <http://baodientu.chinhphu.vn/Home/Viet--Nga-ra-Tuyen-bo-chung/20127/144769.vgp>

BÀN VỀ LẬP HIẾN

TƯ PHÁP ĐỘC LẬP:

MỘT SỐ VẤN ĐỀ LÝ LUẬN VÀ THỰC TIỄN

Kỳ 2

NGUYỄN ĐĂNG DUNG *

VŨ CÔNG GIAO**

4. Độc lập tư pháp và bảo đảm độc lập tư pháp ở nước ta hiện nay

So với các nước phát triển, ở các nước chậm phát triển trong đó có Việt Nam, người dân ít được hưởng những thành quả của một nền tư pháp độc lập. Bởi vì sự độc lập thực sự của tư pháp về nguyên tắc chỉ có thể có trong bối cảnh có sự phân quyền rõ ràng giữa lập pháp, hành pháp và tư pháp. Do vậy, việc thiếu vắng tư pháp độc lập trong các thời kỳ phong kiến, thực dân và cả trong thời kỳ tập trung quan liêu bao cấp như ở nước ta trước đây cũng là một điều dễ giải thích. Hình ảnh được ngưỡng mộ và tôn thờ của người dân ngày xưa là Bao Công - tượng trưng cho nền công lý thời phong kiến ở Trung Quốc và các nước Đông Á khác như Việt Nam - hiện không còn thích hợp với những yêu cầu của công việc xét xử hiện nay. Đó là bởi trong cơ chế tư pháp ấy không

có luật sư bào chữa, mọi sự đều phải trông chờ vào tính công minh chính đại của một ông quan thực thi cả quyền hành chính và quyền xét xử. Hình ảnh người phạm nhân được dẫn công đường chưa được xét xử nhưng đã mang sẵn cái gông trên cổ và phải quỳ mọp gối trước mặt ông quan huyện in sâu vào tâm trí người dân như một sự khiếp hãi hơn là một ấn tượng về công lý, dẫn đến câu ngạn ngữ cửa miệng của họ là “Vạn bất đắc dĩ mới đến cửa quan”. Đáng tiếc là câu này hiện ít nhiều vẫn còn được người dân sử dụng ở nước ta, trong đó “cửa quan” ở đây được dùng để chỉ trụ sở của các cơ quan nhà nước, bao gồm cả tòa án. Ý nghĩa sâu xa của câu thành ngữ này nằm ở chỗ nhiều người dân không tin tưởng vào khả năng tìm kiếm công lý ở hệ thống cơ quan nhà nước nói chung, cơ quan tòa án nói riêng, nên việc họ phải đến đó để trình bày, nhờ giải quyết sự việc chỉ là việc cùng bất đắc dĩ.

* GS, TS. Chủ nhiệm Bộ môn Luật Hiến pháp - Hành chính, Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội.

** TS. Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội.

Hệ thống tư pháp hiện nay ở nước ta chỉ mới được xây dựng từ sau Cách mạng Tháng Tám năm 1945, khi thành lập Nhà nước Việt Nam Dân chủ cộng hòa. Về hình thức, tính độc lập tư pháp cũng được quy định trong các Hiến pháp từ trước tới nay (xem mục trên, các ghi chú 9 và 10), tuy nhiên, trên thực tế tính độc lập của các tòa án ở Việt Nam từ trước tới nay chưa bao giờ được bảo đảm đúng như các tiêu chuẩn chung trên thế giới.

Nhìn lại thực trạng nền tư pháp của Việt Nam, mặc dù có những thành công rất đáng kể góp phần không nhỏ trong công cuộc giải phóng và bảo vệ Tổ quốc cũng như bảo vệ quyền và lợi ích chính đáng của người dân nhưng trong lĩnh vực này vẫn còn nhiều tồn tại, gây không ít khó khăn nhất định cho công cuộc đổi mới và xây dựng nhà nước pháp quyền hiện nay. Song rất mừng là Đảng và Nhà nước đã nhận thức rõ những tồn tại của hệ thống tư pháp hiện hành và đang tiến hành công cuộc cải cách nó. Nhiệm vụ trước tiên của công cuộc cải cách này phải nhìn nhận lại vấn đề tư pháp kể cả về mặt lý luận và về mặt thực tiễn, mà thể hiện ở những khía cạnh cơ bản như sau¹:

(i) Hoạt động tư pháp của Việt Nam không hoàn toàn giống như của các nhà nước tư bản, vì nó không chỉ bao gồm có các cơ quan xét xử, mà còn có cả các cơ quan điều tra, công tố và những cơ quan hoạt động bảo trợ tư pháp khác như: công chứng, luật sư, pháp y... Khái niệm tư pháp của Việt Nam được sử dụng như khái niệm tư pháp của Trung Quốc, từ tiếng Hán cổ. Điều này chứng tỏ sự phân quyền của nhà nước chúng ta không được chuẩn tắc theo các quy định của nhà nước pháp quyền, không có sự phân quyền rạch ròi giữa hành pháp và tư pháp. Quyền hành pháp của chúng ta không bao

gồm quyền công tố buộc tội của Viện Kiểm sát. Chính phủ - hành pháp trước hết phải được hiểu ở tầm hẹp nhất là phải giữ gìn trị an cho người dân, phòng và chống tội phạm. Muốn thực hiện tốt quyền này mà không có quyền công tố buộc tội thì không thể nào đảm đương được. Chính phủ quản lý rất tốt mọi mặt, trong đó có cả phát triển kinh tế, mà tội phạm đầy rẫy thì cũng không thể nào đứng vững được.

(ii) Nguyên tắc độc lập của tòa án chưa được tuân thủ một cách triệt để ở nước ta, bởi lẽ tổ chức và hoạt động của bộ máy nhà nước Việt Nam vẫn phải theo nguyên tắc tập quyền. Nguyên tắc tập quyền không thể là cơ sở cho sự độc lập của tòa án bởi nó dẫn đến việc quyết định của tòa án khó tránh khỏi phụ thuộc vào sự chỉ dẫn, sự can thiệp của các cơ quan nhà nước khác. Trên thực tế, mặc dù nguyên tắc về tính độc lập của tòa án đã được ghi nhận chính thức trong Hiến pháp và nhiều văn bản pháp luật khác, song nó chưa được tất cả các cơ quan Đảng và Nhà nước thực sự tôn trọng và tuân thủ. Hiện tượng can thiệp vào hoạt động xét xử của tòa án và thẩm phán còn diễn ra khá phổ biến, ở nhiều cấp độ, dưới nhiều hình thức, khiến cho các tòa án và thẩm phán trong nhiều trường hợp không thể quyết định vụ việc một cách khách quan, vô tư, chỉ tuân theo luật pháp. Nhìn chung, tư pháp ở nước ta vẫn còn mang đặc điểm của thời kỳ chiến tranh, bao cấp; chưa nghiêng hẳn về bảo vệ công lý. Tòa án không phải là cấp xét xử cuối cùng, vẫn chịu sự giám sát của các cơ quan nhà nước khác. Ở đây, nếu thiếu những điều kiện đảm bảo thực hiện thì sự độc lập của tòa án chỉ là một tuyên bố mà không thể thực hiện trong thực tế.

(iii) Quá trình xét xử của tòa án ở Việt Nam chưa thực sự theo nguyên tắc tranh

1 Nghị quyết số 49-NQ/TW ngày 02/6/2009 của Bộ Chính trị về Chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020.

tụng mà vẫn nặng theo nguyên tắc xét hỏi, luật sư chỉ đóng vai trò thứ yếu. Ở đây, không hẳn là việc chuyển hoàn toàn sang mô hình tố tụng tranh tụng là phù hợp với điều kiện ở nước ta, song việc duy trì quá lâu mô hình tố tụng buộc tội mà chậm cải tổ rõ ràng đang tạo ra sự bất bình đẳng lớn giữa các bên tham gia tố tụng, ảnh hưởng đến chất lượng của hoạt động xét xử. Đó là chưa kể hoạt động tố tụng hình sự ở nước ta hiện nay vẫn thiên về xu hướng bắt nhảm còn hơn bỏ sót. Vì vậy, người có hành vi mặc dù chỉ ở mức độ phát hiện tội phạm đều có thể bị bắt giam để tiến hành điều tra để buộc tội, mà rất ít khi dựa trên các quyết định có hiệu lực của tòa án. Nhiều vụ án không có đủ bằng chứng kết tội phải hoãn phiên tòa để tiến hành điều tra bổ sung. Về các vụ việc dân sự, khi xét xử tòa án chưa thực sự tôn trọng quyền tự định đoạt của các bên, nhiều trường hợp có sự can thiệp của Viện Kiểm sát, nhiều trường hợp thẩm phán phải tự đi thu thập các chứng cứ.

(iv) Khác với nhiều nước, phạm vi xét xử của tòa án Việt Nam hiện nay vẫn chưa phủ hết mọi hoạt động của xã hội, có những lĩnh vực hoạt động của nhà nước vẫn chưa thuộc phạm vi xét xử của tòa án. Trong khi đó, có những lĩnh vực đáng lẽ phải thuộc quyền xét xử của tòa án thì lại bị bỏ sót. Cụ thể, theo luật nhân quyền quốc tế, việc tước tự do của con người trong bất kỳ hoàn cảnh nào đều phải do tòa án quyết định (tức là theo thủ tục tư pháp) tuy nhiên, theo pháp luật hiện hành của nước ta, việc đưa trẻ em làm trái pháp luật nhưng chưa đến mức truy cứu trách nhiệm hình sự vào các trường giáo dưỡng, đưa phụ nữ mại dâm vào các trung tâm phục hồi nhân phẩm, đưa người nghiện ma túy vào các trung tâm cai nghiện... vẫn theo thủ tục hành chính, do các cơ quan hành chính quyết định. Trong tất cả những trường

hợp này, không thể nói rằng đó không phải là tước tự do, vì thời hạn quản chế trong các cơ sở đã nêu ngắn nhất là sáu tháng, dài nhất tới hai năm².

(v) Kinh phí hoạt động của hệ thống tòa án ở nước ta hiện vẫn phụ thuộc chặt chẽ vào các cơ quan nhà nước khác, đồng thời phụ thuộc vào các tòa án cấp trên. Tình trạng này khiến cho các tòa án khó tránh khỏi sự tác động của các cơ quan nhà nước khác, cũng như khiến cho các tòa án cấp dưới khó duy trì sự độc lập xét xử với tòa án cấp trên. Trong khi đó, các thẩm phán, hội thẩm và những chức danh tư pháp khác làm việc trong tòa án ở nước ta hiện vẫn chưa có một hiệp hội nghề nghiệp riêng. Mặc dù về nguyên tắc, họ có thể tham gia Hội Luật gia Việt Nam song tổ chức này quá rộng (bao trùm tất cả những người có chuyên môn và làm việc trên lĩnh vực pháp luật) trong khi năng lực yếu, tổ chức và hoạt động mang nặng tính hình thức và quan liêu nên không phải và thực tế chưa từng là diễn đàn thích hợp để xúc tiến việc đào tạo chuyên môn cũng như để bảo vệ quyền độc lập xét xử của thẩm phán.

(vi) Việc bổ nhiệm thẩm phán ở nước ta hiện dựa rất nhiều vào các tiêu chuẩn về chính trị, tư tưởng, trong khi lẽ ra cần nhấn mạnh các tiêu chuẩn về chuyên môn và phẩm chất đạo đức nghề nghiệp. Do đó, nhiều thẩm phán được bổ nhiệm nhưng vẫn còn yếu kém về phẩm chất và năng lực. Đó là chưa kể quy trình bổ nhiệm có sự tham gia của quá nhiều chủ thể ngoài ngành, khiến áp lực đè lên các thẩm phán rất lớn, tất yếu khiến họ bị phụ thuộc và không thể giữ được tính độc lập trong hoạt động nghề nghiệp nếu như muốn được bổ nhiệm hoặc tái bổ nhiệm. Trong khi đó, việc đào tạo, bồi dưỡng và đãi ngộ thẩm phán ở nước ta tồn tại

2 Xem *Pháp lệnh Xử lý Vi phạm hành chính năm 2002, sửa đổi, bổ sung năm 2008 (hiện đang được nâng cấp thành luật)*.

những vấn đề bất hợp lý, minh chứng là số lượng sinh viên tốt nghiệp đại học luật trong những năm gần đây rất nhiều song ngành tòa án hiện vẫn kêu thiếu thẩm phán, đặc biệt là ở các vùng miền núi, vùng sâu, vùng xa. Thêm vào đó, trong những năm vừa qua, ở nhiều địa phương một số người chỉ có trình độ đại học luật tại chức mà vẫn được bổ nhiệm thẩm phán, trong khi có hàng ngàn cử nhân luật chính quy tốt nghiệp loại khá, giỏi vẫn thất nghiệp.

(vii) Nước ta hiện vẫn áp dụng chế độ bổ nhiệm thẩm phán theo định kỳ. Các thẩm phán, mặc dù mức lương có cao hơn so với mức lương chung của các ngành khác, song vẫn thấp so với nhu cầu bảo đảm đời sống và tích lũy cho họ và gia đình. Đây cũng là những yếu tố mà theo kinh nghiệm quốc tế thường có ảnh hưởng lớn đến tính độc lập trong hoạt động nghề nghiệp của thẩm phán.

(viii) Mặc dù ở nước ta, việc phân công thẩm phán xét xử các vụ việc về nguyên tắc là vấn đề nội bộ quản lý của các tòa án, tuy nhiên, trong thực tế nguyên tắc này không phải lúc nào cũng được tôn trọng. Quan trọng hơn, trong hoạt động của các tòa án, một số quy tắc “bất thành văn” như báo cáo án, thỉnh thị án, duyệt án... vẫn được áp dụng một cách phổ biến. Cho dù những quy tắc này thường được biện hộ như là sự “tham khảo” về chuyên môn nhưng thực tế không hẳn như vậy. Những quy tắc này rõ ràng mâu thuẫn với những nguyên tắc và yêu cầu về tính độc lập của tòa án và thẩm phán vì nó cho phép các tòa án cấp trên can thiệp vào công việc xét xử của tòa án cấp dưới, cũng như cho phép lãnh đạo các tòa án can thiệp vào quyền quyết định độc lập của các thẩm phán.

(ix) Hiện pháp luật nước ta chưa có những quy định cụ thể về việc giữ bí mật nghề nghiệp và quyền miễn trừ của thẩm phán. Điều này có thể gây rủi ro cho các

thẩm phán trong hoạt động nghề nghiệp và ảnh hưởng đến việc xét xử độc lập của họ. Đây cũng là sự bất cập của pháp luật nước ta so với các quy định có liên quan của pháp luật quốc tế.

Từ những phân tích ở trên, có thể thấy rằng, *trọng tâm của cải cách tư pháp hiện nay là đảm bảo cho nguyên tắc toà án độc lập có hiệu lực trên thực tế*. Cụ thể, cải cách tư pháp cần lưu ý những vấn đề sau:

Thứ nhất, bảo đảm quyền tư pháp được phân công, phân nhiệm rõ ràng. Ở đây, mọi công cuộc cải cách tư pháp từ khi có cách mạng tư sản cho đến hiện nay đều phải xoay quanh nguyên tắc độc lập của tòa án. Vì lẽ đó, cuộc cải cách tư pháp của chúng ta cũng không thể nào nằm ngoài quy luật trên. Khi chuyển sang nền kinh tế thị trường, cùng với sự dần dần càng đi đến chỗ đoạn tuyệt với cơ chế kinh tế tập trung, bao cấp, hoạt động của các cơ quan tư pháp càng ngày càng có ý nghĩa, thì việc cải cách tư pháp đang trở nên ngày một bức xúc.

Đấu tranh cho nguyên tắc độc lập của tòa án cũng là cuộc chiến lâu dài của nhiều nhà nước trên thế giới. Như đã đề cập ở các phần trên, nguyên tắc toà án độc lập là nguyên tắc quan trọng trong tổ chức hoạt động bộ máy nhà nước, được nhiều Hiến pháp quy định thành nguyên tắc hiến định. Với chúng ta hiện nay, có lẽ trước hết cần phải chỉnh lại khái niệm tư pháp cho phù hợp với các nước trên thế giới, sau đấy phải tìm ra những biện pháp bảo đảm cho nguyên tắc độc lập được thực hiện trên thực tế. Trước hết, Viện Kiểm sát cần trả lại chức năng buộc tội cho hành pháp, hoặc ngược lại, nếu còn để Viện Kiểm sát thực hiện chức năng buộc tội thì Viện Kiểm sát phải trực thuộc hành pháp. Viện Kiểm sát không nên kiêm chức năng kiểm sát xét xử. Điều tra là hoạt động quan trọng bậc nhất của tố tụng và là khâu đầu tiên, đồng thời cũng là khâu có tính

quyết định nhất trong toàn bộ quy trình hoạt động xét xử của tòa án tiếp theo. Tất cả các hoạt động công tố, xét xử dù thể nào chẳng nữa cũng phải căn cứ vào kết quả xác thực của các hoạt động điều tra. Vì vậy, hoạt động điều tra phải gắn chặt hoặc ít nhất là dưới sự chỉ đạo trực tiếp của hoạt động buộc tội.

Cũng liên quan đến khía cạnh trên, cần nghiên cứu và thay đổi nhiều quy định pháp luật về tổ chức bộ máy, quy chế hoạt động, quan hệ với các cơ quan nhà nước khác... của hệ thống tòa án để giảm thiểu sự can thiệp, tác động, cả trực tiếp và gián tiếp, của các chủ thể bên ngoài, qua đó bảo đảm tính độc lập thực sự của các tòa án. Đây là một sự thay đổi to lớn và khó khăn, vì nó liên quan đến một loạt vấn đề trong đó có những vấn đề động chạm đến quan hệ giữa các cấp ủy đảng với các tòa án và thẩm phán. Mặc dù vậy, sự thay đổi là rất cần thiết, và mức độ, chiều sâu của sự thay đổi tỷ lệ thuận với hiệu quả hoạt động của hệ thống tòa án.

Thứ hai, cần mở rộng đối tượng xét xử của tư pháp. Trong nhà nước pháp quyền với cơ chế phân quyền, Quốc hội và Chính phủ cũng phải hoạt động trong phạm vi, khuôn khổ của Hiến pháp. Vấn đề đặt ra là cần phải có sự kiểm tra, giám sát việc tuân thủ Hiến pháp của các cơ quan này. Lịch sử của các nhà nước tư sản đã chứng minh không một chủ thể nào có thể làm tốt hơn chức năng này bằng hoạt động xét xử của tòa án. Trong nghị quyết của Đảng đã có quyết định về việc thành lập tòa án hiến pháp để xét xử các hành vi vi phạm Hiến pháp của bất kỳ cơ quan, tổ chức nhà nước nào. Đó là một trong những biểu hiện quyết tâm của Đảng và Nhà nước ta trong việc xây dựng nhà nước pháp quyền. Vấn đề ở đây là tổ chức thực hiện chủ trương đó như thế nào.

Liên quan đến vấn đề trên, thực tế từ trước tới nay ở nước ta, tòa án luôn được nhấn mạnh là cơ quan xét xử. Chính vì vậy,

hệ thống tòa án ở nước ta về cơ bản mới chỉ làm tốt nhiệm vụ bảo vệ Nhà nước và ở mức độ nhất định là bảo vệ các quyền lợi hợp pháp của công dân trước sự xâm hại của các công dân và chủ thể phi nhà nước khác. Tòa án ở nước ta từ trước đến nay chưa thể coi là đã đóng vai trò thực sự của một cơ quan bảo vệ công lý, theo nghĩa là bộ máy hay lá chắn giúp bảo vệ công dân trước những vi phạm các quyền và lợi ích hợp pháp của chính các cơ quan và công chức nhà nước. Như vậy, để đổi mới hệ thống và bảo đảm tính độc lập của tòa án, trước tiên cần thay đổi nhận thức hay cách tiếp cận về tòa án, cần xem đó là *cơ quan bảo vệ công lý* thay bằng, hay đồng thời với việc coi đó là *cơ quan xét xử*.

Thứ ba, cần chuyển mạnh phương thức xét xử từ tố tụng buộc tội sang tố tụng tranh tụng. Điều này không chỉ liên quan đến những thay đổi về pháp luật tố tụng, mà còn đến việc giáo dục, chuyển đổi nhận thức và thái độ của các thẩm phán, hội thẩm và thư ký tòa án. Ngoài ra, thay đổi về vấn đề này còn cần gắn với việc mở rộng vai trò của luật sư trong hoạt động tố tụng. Thêm vào đó, cần có những giải pháp hiệu quả về kinh phí hoạt động của hệ thống tòa án nhằm bảo đảm các tòa án không phụ thuộc vào bất cứ cơ quan nào, kể cả vào các tòa án cấp trên, về kinh phí hoạt động. Ở nhiều quốc gia, pháp luật quy định một tỷ lệ phần trăm nhất định ngân sách nhà nước hay ngân sách địa phương đương nhiên phải phân bổ cho hoạt động của tòa án; điều này giúp các tòa án không bị ràng buộc bởi cơ chế "xin-cho" kinh phí, từ đó không phải phụ thuộc vào các cơ quan nhà nước khác hay vào tòa án cấp trên. Đây có thể là một kinh nghiệm tốt với nước ta.

Thứ tư, mặc dù là độc lập để đảm bảo phán xử công bằng, nhưng tòa án vẫn phải chịu sự giám sát. Hoạt động giám sát của người dân cũng như của nhiều tổ chức xã hội cũng như trong bản thân của cơ cấu nhà

nước đối với hoạt động của cơ quan nhà nước là biểu hiện của dân chủ cũng như là sự văn minh của nhân loại. Với nguyên tắc này, hoạt động xét xử của tòa án cũng phải chịu sự giám sát của nhiều chủ thể khác nhau trong xã hội. Tuy nhiên, việc giám sát các hoạt động xét xử của tòa án phải khác với việc giám sát hoạt động của các cơ quan nhà nước khác ở điểm không được tự tiện thay đổi các quyết định án đã được xét xử của tòa án. Việc thay đổi các quyết định, án phải tuân theo thủ tục tố tụng các cấp xét xử của hệ thống tòa án: án sơ thẩm phải được kiện lên phúc thẩm, giám đốc thẩm và tái thẩm. Nhưng trong trường hợp có quá nhiều án phải xử đi xử lại, thì phải xem xét lại chất lượng của việc bổ nhiệm thẩm phán của các cơ quan có thẩm quyền bổ nhiệm thẩm phán.

Cách đây không lâu, vấn đề “án đưng trần” được báo chí luận bàn rất sôi nổi. Có nhiều ý kiến rất khác nhau của các nhà khoa học và các nhà quản lý cao cấp. Có quan điểm cho rằng, nếu Hội đồng Thẩm phán xét xử sai thì chuyển sang cho Ủy ban thường vụ Quốc hội (UBTVQH) xử và nếu UBTVQH xử sai thì lại chuyển sang cho Quốc hội. Làm như vậy là vi phạm nguyên tắc xét xử độc lập của tòa án. Cải cách tư pháp là phải làm sao giữ cho nguyên tắc này không bị vi phạm chứ không phải là đặt vấn đề để rồi đưa đến chỗ nghi ngờ nó. Việc tòa án sai chỉ có thể được sửa bằng một quyết định của tòa án, theo một trình tự tố tụng, mà không thể bằng một quyết định của các cơ quan ngoài tòa án. Cũng như các hoạt động khác của Nhà nước phải đặt dưới sự kiểm tra giám sát của công luận, tòa án cũng phải đặt dưới sự kiểm tra, giám sát của công luận. Nhưng không phải vì thế mà có thể can thiệp vào nguyên tắc độc lập của tòa án, thay tòa án ra quyết định bản án hoặc làm ảnh hưởng đến các quyết định của tòa án. Công lý phải nhanh, công lý cũng phải có điểm dừng và công lý đến chậm cũng bằng như là không

có công lý. Nếu vin vào lập luận cho rằng quyết định của tòa án sai mà không thi hành, thì đó là sai lầm lớn tạo nên sự bất tin của nhân dân đối với Nhà nước.

Thứ năm, giải thích Hiến pháp và luật phải là một trong những biểu hiện thẩm quyền của quyền tư pháp. Theo quy định của Hiến pháp, UBTVQH có thẩm quyền giải thích Hiến pháp và pháp luật. Nhưng cho đến nay, UBTVQH không thực hiện được chức năng này, bởi lẽ, về nguyên tắc đó là cơ quan lập pháp chứ không phải là cơ quan áp dụng luật. Nguyên tắc “Người làm được việc lớn thì tất nhiên bao giờ cũng làm được việc nhỏ” của hệ thống luật La Mã cổ đại trong điều kiện hiện nay có lẽ không phù hợp và nếu còn đi chăng nữa thì đây là hoạt động lập pháp chứ không phải là giải thích luật. Lập pháp là chức năng của Quốc hội và thông qua pháp lệnh cũng thuộc chức năng của UBTVQH. Muốn giải thích được các điều luật một cách chính xác thì phải trăn trở với nó, vì vậy buộc phải đặt việc giải thích trong một vụ việc cụ thể, gắn với các sự kiện pháp lý cụ thể. Chỉ có Tòa án với nguyên tắc nghĩa vụ phải xét xử của thẩm phán mới có điều kiện cũng như nghĩa vụ giải thích các điều luật. Điều này có nghĩa là giải thích điều luật phải gắn với một trường hợp cụ thể mà không thể là giải thích chung chung, rơi vào tình trạng của việc giải thích trừu tượng. Việc trao quyền này cho UBTVQH tức là không phân biệt rõ và thậm chí còn là nhầm lẫn giữa lập pháp và tư pháp.

Thứ sáu, đảm bảo cho tòa án độc lập chính là đảm bảo cho thẩm phán độc lập. Sự độc lập của tòa án không chỉ giản đơn có trong giai đoạn xét xử bằng một tuyên bố của Hiến pháp, mà còn cần phải mở rộng sự độc lập này ra khỏi phạm vi xét xử và cả những cơ chế, chính sách khác kèm theo. Nguyên tắc độc lập của tòa án khi xét xử không chỉ được tuyên bố trong bản văn Hiến pháp mà tự nhiên nó có thể thực hiện trên

thực tế. Muốn có được sự thực hiện nguyên tắc trên phải cần một loạt những đảm bảo kèm theo cả về thể chế luật pháp lẫn chủ trương, chính sách.

Điều 130 Hiến pháp hiện hành quy định: “Khi xét xử, Thẩm phán và Hội thẩm độc lập, và chỉ tuân theo pháp luật”. Theo quy định này, nguyên tắc độc lập của tư pháp được tuyên bố ở một công đoạn cuối cùng của hoạt động tố tụng - khi xét xử. Sự độc lập của toà án không thể có được nếu chỉ dừng lại đơn thuần ở khâu xét xử. Không thể có sự độc lập khi xét xử trong khi các công đoạn khác của cả một quy trình tố tụng không được tuyên bố là độc lập, nhất là trong cuộc sống, thẩm phán và hội thẩm vẫn còn phải phụ thuộc vào lập pháp, vào hành pháp, vào các chủ thể nắm quyền lực khác của Nhà nước.

Vì lẽ đó, một trong những nhiệm vụ quan trọng trong công cuộc cải cách tư pháp hiện nay là nhanh chóng tổ chức hoạt động xét xử của tư pháp vượt ra khỏi vòng cương tỏa của các đơn vị hành chính. Các đơn vị hành chính được tổ chức ra nhằm mục đích quản lý, mà không phải dành cho hoạt động của tư pháp - xét xử. Như đã đề cập ở các phần trên, để bảo đảm cho thẩm phán độc lập, cần đáp ứng một số điều kiện, trong đó có những điều kiện xin nhắc lại và làm rõ thêm dưới đây trên cơ sở gắn với hoàn cảnh của Việt Nam:

- *Tăng cường trách nhiệm của thẩm phán*: một xã hội tốt đòi hỏi phải có các thể chế pháp lý vô tư và công bằng. Điều này có nghĩa là phải đảm bảo sự độc lập trong quá trình ra quyết định của tư pháp không bị chi phối bởi sự can thiệp của bất kể chủ thể nào. Một hệ thống tư pháp độc lập đối với cả sự can thiệp của Chính phủ và ảnh hưởng của các bên có liên quan trong tranh chấp là sự

hỗ trợ tốt nhất cho sự hiệu lực của pháp luật. Nếu luật pháp hay toà án bị xem xét là thiên vị hay tùy tiện thì trật tự xã hội sẽ bị suy giảm. Để có sự công bằng, cần phải có các thể chế làm cho các thẩm phán phải chịu trách nhiệm về hành động của mình. Sự độc lập của hệ thống tư pháp cần phải đi cùng với cơ chế trách nhiệm giải trình trong hệ thống tư pháp. Khi các thẩm phán phải chịu trách nhiệm về những hành động của mình, thì hệ thống tư pháp trở nên có hiệu quả hơn và các thẩm phán có thể giải quyết các vụ kiện một cách nhanh chóng và công bằng hơn.

- *Đảm bảo thẩm phán có nhiệm kỳ vững chắc và lâu dài*: các thẩm phán không thể có một thái độ trung thành với Hiến pháp và các quyền tự do của người dân nếu nhiệm kỳ của họ chỉ có tính cách tạm thời theo một thời hạn nhất định. Một khi chỉ được bổ nhiệm trong một nhiệm kỳ ngắn ngủi dù theo bất cứ một thể thức nào hoặc do bất cứ một ngành quyền nào cũng vậy, các thẩm phán sẽ không thể có được một tinh thần độc lập và cương quyết. Nếu quyền bổ nhiệm được giao phó cho ngành hành pháp hoặc cho ngành lập pháp thì lẽ đương nhiên phải tùy thuộc vào một trong hai ngành này vì họ phải lấy lòng những người bổ nhiệm. Nếu quyền bổ nhiệm lại được giao cho dân chúng, tức là chức vụ chánh án phải do dân chúng bầu cử, thì cũng sẽ là lẽ đương nhiên thẩm phán muốn đắc cử thì buộc phải lấy lòng người dân, mà không cần đếm xỉa gì đến Hiến pháp và luật pháp³.

Ngoài những lý do kể trên, còn một lý do khác rất quan trọng để cho các thẩm phán có một nhiệm kỳ dài. Đó là lý do liên quan đến những điều kiện chuyên môn của thẩm phán. Một xã hội càng tự do bao nhiêu thì luật lệ của nó càng rắc rối, tỉ mỉ và phức tạp bấy nhiêu. Càng ngày các vụ việc xét xử càng nhiều thêm, các vụ tranh luận càng

3 Xem Luận về Hiến pháp Hoa kỳ (*The federalist papers*), Việt Nam Khảo dịch xã, Sài Gòn, 1959, tr. 225.

ngày càng phức tạp hơn, cố nhiên kiến thức về luật pháp để xét xử càng ngày càng đòi hỏi cao hơn. Các thẩm phán xét xử ngày càng đòi hỏi chuyên môn nghiệp vụ cao hơn. Nhiệm kỳ dài sẽ có tác dụng tăng cường chuyên môn nghiệp vụ lẫn sự độc lập của các thẩm phán.

- *Chế độ lương bổng cho thẩm phán phải được bảo đảm:* ngoài nhiệm kỳ có tính chất bền vững lâu dài của các thẩm phán, có lẽ không có một yếu tố nào lại có thể thuận tiện hơn để duy trì tính cách độc lập của họ bằng điều khoản quy định những phương tiện sinh sống của họ. Những bản tính của thẩm phán và chánh án có thể cũng gần giống như của người trong bộ máy hành pháp; vì họ đều là những người cần phải thực thi pháp luật nên giống như hành pháp, thẩm phán cũng đòi hỏi phải có tính quyết đoán và cũng phải dám chịu trách nhiệm.

- *Bảo đảm một số điều kiện làm việc khác cho thẩm phán.* Cụ thể, cần rà soát những tiêu chuẩn hiện hành về bổ nhiệm, tái bổ nhiệm và miễn nhiệm thẩm phán để loại bỏ hoặc giảm bớt các tiêu chuẩn không liên quan đến năng lực chuyên môn và đạo đức nghề nghiệp, nhằm bảo đảm không có sự phân biệt đối xử về bất cứ yếu tố gì trong các quá trình này, từ đó chọn ra được những thẩm phán có năng lực và đạo đức tốt, cũng như khuyến khích những người có năng lực và đạo đức tốt cống hiến cho hệ thống tòa án. Thêm vào đó, cần rà soát và sửa đổi quy chế hoạt động của các tòa án nhằm giảm thiểu khả năng thẩm phán phải phụ thuộc vào lãnh đạo của các tòa án trong hoạt động nghề nghiệp, trong đó bao gồm việc loại bỏ các quy tắc “bắt thành văn” như báo cáo án, thỉnh thị án, duyệt án... Ngoài ra, cần ban hành các quy định pháp luật cụ thể về việc giữ bí mật nghề nghiệp và quyền miễn trừ của thẩm phán nhằm bảo vệ họ khỏi những rủi ro nghề nghiệp, qua đó tránh cho họ không bị phụ thuộc vào các chủ thể khác. Ở

mức độ rộng hơn, cần xây dựng một cơ chế để bảo đảm sự độc lập của thẩm phán trước sự tác động trong và ngoài tòa án. Cụ thể, hiện ở nước ta, tòa án vẫn được coi là một cơ quan hành chính, còn thẩm phán thì được coi là một dạng công chức trong hệ thống hành chính. Một khi còn nhận thức như vậy, sẽ rất khó bảo đảm tính độc lập của tòa án với các cơ quan nhà nước khác cũng như tính độc lập của thẩm phán với các chủ thể quản lý hành chính. Vì vậy, cần thay đổi nhận thức theo hướng thừa nhận vị trí đặc biệt của tòa án và của thẩm phán, đồng thời thay đổi quan niệm về mối quan hệ “trên - dưới” giữa lãnh đạo các tòa án và các thẩm phán, giữa tòa án cấp dưới và tòa án cấp trên...

Tóm lại, để cải cách hoạt động của các cơ quan thực hiện quyền tư pháp ở Việt Nam, trước hết phải hiểu được đúng nguyên nghĩa quyền tư pháp. Quyền tư pháp là một quyền độc lập chỉ được dùng cho hoạt động xét xử của tòa án, không nên được dùng cho cả các cơ quan điều tra và nhất là cho cả cơ quan công tố buộc tội của Viện kiểm sát như hiện nay - những quyền này đều là một phần của quyền hành pháp. Quyền tư pháp phải được mở rộng đối tượng xét xử kể các hành vi lập pháp và hành pháp. Trong tương lai không xa, các hoạt động của các cơ quan lập pháp và cả hành pháp cũng phải đặt trong vòng xét xử của tòa án. Khác với thời kỳ chiến tranh, cũng như thời bao cấp, tư pháp chỉ được xem xét như là một trong các ban ngành như các bộ của hành pháp, vì nó chỉ được hiểu là một trong những lĩnh vực quản lý của Nhà nước như các lĩnh vực, ban ngành khác mà thôi, mà phải là một ngành độc lập có khả năng xét xử cả các hành vi của lập pháp và hành pháp. Cuối cùng, cải cách tư pháp cần trao cho tòa án quyền giải thích Hiến pháp và pháp luật, đồng thời phải đặc biệt chú ý đến bảo đảm tính độc lập cho thẩm phán ■

BÀN VỀ LẬP HIẾN

BẢO ĐẢM QUYỀN TỰ DO KINH DOANH TRONG HIẾN PHÁP SỬA ĐỔI

LÊ THỊ THU THỦY *

Quyền tự do kinh doanh là quyền hiến định, được cụ thể hóa trong nhiều văn bản pháp luật hiện hành ở Việt Nam. Các đạo luật thể chế hóa quyền tự do kinh doanh đã tạo hành lang pháp lý tương đối đầy đủ, thông thoáng cho việc gia nhập thị trường của doanh nghiệp, là cơ sở để khơi thông và huy động nội cũng như ngoại lực cho các hoạt động đầu tư, kinh doanh hướng tới sự phát triển bền vững. Tuy nhiên, bên cạnh ưu điểm dễ dàng nhận thấy, cũng cần nhìn nhận những hạn chế và rủi ro đã, đang và có thể phát sinh từ hệ thống pháp luật hiện hành. Sự không đồng bộ của một hệ thống pháp luật đồ sộ (với rất nhiều đạo luật và đặc biệt là vô vàn các văn bản hướng dẫn thi hành) so với Hiến pháp (đạo luật gốc) là điều cần phải xem xét trước tiên. Quyền tự do kinh doanh và các biện pháp bảo đảm quyền này được quy định bởi nhiều đạo luật, nhưng lại có sự mâu thuẫn, không phù hợp với Hiến pháp. Nhiều chủ trương cải cách của Đảng và Nhà nước liên quan đến doanh nghiệp, đầu tư, kinh doanh không thực hiện được hoặc thực hiện rất chậm, gây khó khăn cho việc tự do kinh doanh của nhà đầu tư. Thêm

vào đó, mức độ hội nhập sâu rộng kinh tế quốc tế của nền kinh tế nhiều khi lại bị cản trở bởi những quy định trong Hiến pháp cứng nhắc, chung chung hoặc trái với thực tiễn và thông lệ quốc tế. Đặc biệt, *các quy định về chế độ sở hữu, về chế độ kinh tế, về nhiệm vụ, quyền hạn của Quốc hội, Chính phủ trong việc hoạch định, ban hành các chính sách, pháp luật kinh tế* chưa đảm bảo một cách tốt nhất quyền tự do kinh doanh của người dân, chưa đảm bảo nhu cầu phát triển bền vững của doanh nghiệp, thậm chí mâu thuẫn với các văn bản luật khác và tác động lớn tới năng lực cạnh tranh của doanh nghiệp. Chính vì vậy, việc sửa đổi Hiến pháp gắn với bảo đảm quyền tự do kinh doanh là điều hết sức cần thiết trong bối cảnh hội nhập quốc tế hiện nay. Tuy nhiên, Hiến pháp là đạo luật gốc (cơ bản) nên việc sửa đổi không nên theo hướng quá chi tiết, cụ thể mà nên dừng ở những quy định mang tính định hướng để trên cơ sở đó, các đạo luật liên quan, luật chuyên ngành sẽ quy định cụ thể hơn. Đặc biệt, Hiến pháp phải thể hiện rõ vai trò của Nhà nước đối với sự phát triển của nền kinh tế, sự can thiệp của Nhà nước minh bạch và thực sự khi thấy cần thiết, đảm bảo

* PGS, TS. Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội

sự vận hành của các quy luật tất yếu trong nền kinh tế thị trường, khẳng định nguyên tắc không phân biệt đối xử trong đầu tư, kinh doanh. Với nguyên tắc này và dưới khía cạnh đảm bảo quyền tự do kinh doanh, khi sửa đổi Hiến pháp, chúng ta cần lưu ý một số nội dung sau:

Đa dạng hóa các hình thức sở hữu và đảm bảo sự bình đẳng giữa các thành phần kinh tế nhằm bảo đảm quyền tự do kinh doanh

Điều 15 Hiến pháp 1992 ghi nhận: “Nhà nước xây dựng nền kinh tế độc lập, tự chủ trên cơ sở phát huy nội lực, chủ động hội nhập kinh tế quốc tế; thực hiện công nghiệp hoá, hiện đại hoá đất nước. Nhà nước thực hiện nhất quán chính sách phát triển nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa (XHCN). Cơ cấu kinh tế nhiều thành phần với các hình thức tổ chức sản xuất, kinh doanh đa dạng dựa trên chế độ sở hữu toàn dân, sở hữu tập thể, sở hữu tư nhân, trong đó sở hữu toàn dân và sở hữu tập thể là nền tảng”.

Trong số ba hình thức sở hữu nêu trên, Nhà nước đặc biệt chú trọng tới sở hữu toàn dân và sở hữu tập thể. Điều này đã không còn phù hợp với thực tiễn đời sống kinh tế - xã hội hiện nay nữa. Chủ trương cổ phần hóa các doanh nghiệp nhà nước đã gần như được quán triệt và thực thi, các công ty nhà nước đa phần trở thành các công ty cổ phần và công ty trách nhiệm hữu hạn, nền kinh tế có những biến đổi đáng kể gắn với vai trò của các doanh nghiệp thuộc sở hữu tư nhân, trong đó có sở hữu của các nhà đầu tư nước ngoài. Như vậy, sự ưu ái của Nhà nước đối với sở hữu toàn dân và sở hữu tập thể là không nên. Hơn nữa, điều này đã gây ra sự bất bình đẳng giữa các doanh nghiệp thuộc các thành phần sở hữu khác nhau, không đảm bảo sự cạnh tranh lành mạnh của các tổ chức kinh tế trên thương trường, cản trở việc

thực thi các cam kết trong quá trình hội nhập kinh tế quốc tế của nước ta.

Hiến pháp sửa đổi nên quy định rõ ba hình thức sở hữu và đảm bảo sự bình đẳng giữa các loại hình sở hữu này, đó là: *sở hữu tư hữu, sở hữu nhà nước và sở hữu hỗn hợp*. Việc bổ sung thêm hình thức sở hữu hỗn hợp là phù hợp với việc tái cơ cấu, chuyển đổi, mua bán, sáp nhập doanh nghiệp, cổ phần hóa các doanh nghiệp nhà nước. Đồng thời, Hiến pháp không cần nêu vai trò của từng loại sở hữu và phải khẳng định mạnh mẽ hơn các quyền của chủ sở hữu. Đối với sở hữu nhà nước, Hiến pháp thay chế độ sở hữu toàn dân bằng sở hữu nhà nước, phân định tài sản thuộc sở hữu nhà nước thành tài sản quốc gia và tài sản được giao cho các cơ quan trung ương (Quốc hội, Chính phủ) và chính quyền địa phương quản lý, sử dụng. Đặc biệt, phải quán triệt nguyên tắc: các hình thức sở hữu được Nhà nước bảo hộ, không bị phân biệt đối xử; tổ chức, cá nhân hoạt động sản xuất, kinh doanh theo nguyên tắc cạnh tranh, bình đẳng trước pháp luật, không phụ thuộc vào hình thức sở hữu hay thành phần kinh tế.

Tương ứng với sự thay đổi trong quy định về hình thức sở hữu, Hiến pháp nên thừa nhận sự tồn tại của các thành phần kinh tế khác nhau và khẳng định nguyên tắc bình đẳng, không phân biệt đối xử giữa các thành phần kinh tế. Việc quy định như hiện nay về các thành phần kinh tế (gồm thành phần kinh tế nhà nước, kinh tế tập thể, kinh tế cá thể, tiểu chủ, kinh tế tư bản tư nhân, kinh tế tư bản nhà nước và kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài dưới nhiều hình thức) là sự phức tạp hóa vấn đề, bởi lẽ trong thành phần kinh tế tư bản tư nhân có cả kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài, kinh tế cá thể, tiểu chủ, hiện nay đã được luật hóa thành kinh tế của các thương nhân (tư nhân). Chế độ kinh tế nêu tại Điều 16, 19, 20 Hiến pháp cần được đơn giản hóa, làm nổi bật tính công bằng và bình đẳng trong đối xử giữa các doanh nghiệp,

các chủ thể kinh doanh, nhằm hướng tới mục tiêu thúc đẩy tính hiệu quả của nền kinh tế. Theo đó, Hiến pháp không nên phân định theo thành phần kinh tế mà chỉ ghi nhận ba hình thức sở hữu như đã nêu trên: Nhà nước, tư nhân và hỗn hợp. Điều này sẽ thúc đẩy sự đa dạng hóa các hình thức sở hữu trong doanh nghiệp, đa dạng hóa hình thức pháp lý của doanh nghiệp, tạo điều kiện cho các doanh nghiệp được thành lập, bảo đảm quyền tự do kinh doanh (đối với tất cả các doanh nghiệp thuộc ngành nghề khác nhau, kể cả những ngành nhạy cảm như tài chính - ngân hàng).

Cần xác định rõ chế độ sở hữu đất đai

Đối với đất đai - tài sản đặc biệt, Nhà nước nên có xu hướng đa dạng hóa các hình thức sở hữu. Chế độ sở hữu toàn dân về đất đai chưa đáp ứng yêu cầu thực tiễn của cơ chế thị trường và yêu cầu công nghiệp hóa, hiện đại hóa đất nước. Đối với các quan hệ đất đai mang tính chất công nên giao cho Nhà nước thống nhất quản lý (thuộc hình thức sở hữu nhà nước) và xử lý bằng những biện pháp hành chính, còn những quan hệ đất đai liên quan đến quan hệ tài sản mang tính chất tư, Nhà nước tạo lập cơ chế, chính sách, khuôn khổ pháp lý cho các quan hệ này vận động, trong đó Nhà nước thực hiện vai trò cung cấp dịch vụ công về đất đai và can thiệp bằng những biện pháp dân sự, kinh tế. Đặc biệt, cần bảo vệ quyền sử dụng đất hợp pháp của tư nhân, của doanh nghiệp, tránh hiện tượng lạm dụng quyền này của người dân vào mục đích bất hợp pháp hoặc làm tư lợi cho một số chủ đầu tư. Việc giải quyết hài hòa mối quan hệ về lợi ích kinh tế giữa Nhà nước, chủ đầu tư và người bị thu hồi đất trong trường hợp Nhà nước thu hồi đất sử dụng vào mục đích quốc phòng, an ninh; lợi ích quốc gia, lợi ích công cộng và phát triển kinh tế cần được đảm bảo.

Ngoài ra, chế độ sở hữu đất đai cần

giải quyết mâu thuẫn giữa quá trình tích tụ, tập trung đất đai để hình thành các vùng sản xuất nông nghiệp chuyên canh tập trung quy mô lớn, Nhà nước tạo điều kiện cho người trực tiếp sản xuất nông nghiệp, lâm nghiệp, nuôi trồng thủy sản và làm muối có đất để sản xuất.

Có thể nói, sự đa dạng hóa hình thức sở hữu và các thành phần kinh tế nêu trên trong Hiến pháp sửa đổi sẽ khẳng định vai trò của Nhà nước trong việc xây dựng nền kinh tế độc lập, tự chủ và hội nhập quốc tế; đẩy mạnh công nghiệp hoá, hiện đại hoá gắn với phát triển kinh tế tri thức và bảo vệ tài nguyên, môi trường; Nhà nước phát triển nền kinh tế thị trường định hướng XHCN với nhiều hình thức sở hữu, nhiều thành phần kinh tế, hình thức tổ chức kinh doanh. Các thành phần kinh tế đều là bộ phận hợp thành quan trọng của nền kinh tế, hoạt động bình đẳng trước pháp luật trên nguyên tắc hợp tác và cạnh tranh lành mạnh. Đặc biệt, kinh tế tư nhân là một trong những động lực của nền kinh tế, cần được bảo hộ, trên cơ sở đó đảm bảo quyền tự do kinh doanh của người dân.

Hạn chế sự can thiệp của công quyền vào đời sống kinh doanh của doanh nghiệp

Trong xu thế tự do hóa và toàn cầu hóa nền kinh tế, Hiến pháp cần xác định rõ Nhà nước chỉ là một chủ thể trong nền kinh tế thị trường hiện nay và sự can thiệp của Nhà nước vào đời sống kinh tế của người dân là vô cùng hạn hữu, chỉ thực sự khi cần thiết. Thực tế đã chứng minh, Nhà nước điều tiết hữu hiệu trong một số lĩnh vực đặc thù, nhạy cảm của nền kinh tế như tài chính, ngân hàng, chứng khoán, bảo hiểm. Các lĩnh vực khác, Nhà nước chủ yếu nên để cho dân tự bàn, tự làm và tự chủ. Nhà nước chỉ định hướng, điều tiết, thúc đẩy sự phát triển bằng pháp luật, chiến lược, quy hoạch, kế hoạch, chính sách và lực lượng vật chất khác. Để

đảm bảo nền kinh tế phát triển bền vững, đảm bảo quyền tự chủ, tự quyết định của doanh nghiệp, sự can thiệp của cơ quan nhà nước có thẩm quyền nên hạn chế tới mức tối đa. Vì vậy, khuyến nghị bỏ Điều 116 của Hiến pháp về trách nhiệm của Bộ trưởng và các thành viên khác của Chính phủ trong “bảo đảm quyền tự chủ trong hoạt động sản xuất, kinh doanh của các cơ sở theo quy định của pháp luật”, bởi lẽ các doanh nghiệp được thành lập và hoạt động theo quy định của Luật Doanh nghiệp có quyền tự chủ kinh doanh, kinh doanh những ngành nghề mà pháp luật không cấm theo nguyên tắc lời ăn, lỗ chịu. Luật Tổ chức Chính phủ 2003 cũng đã có những điều chỉnh khi quy định bộ thực hiện đại diện chủ sở hữu phần vốn của Nhà nước tại doanh nghiệp có vốn nhà nước theo quy định của pháp luật. Vì vậy, không nên có sự “nhập nhằng” trong việc đảm bảo quyền tự do, tự chủ của doanh nghiệp và sự đại diện phần vốn nhà nước tại doanh nghiệp, để dẫn đến sự lộng quyền của Nhà nước đối với doanh nghiệp. Hiến pháp cần xác định rõ nhiệm vụ của Bộ trưởng đối với lĩnh vực quản lý trong việc trình Thủ tướng Chính phủ; tránh tình trạng đùn đẩy trách nhiệm hoặc không xác định rõ phạm vi quyền hạn của mình. Thêm vào đó, các quy định mang tính định hướng về phân công, phối hợp giữa các bộ, ngành để tránh chồng lấn hoặc bỏ sót chức năng, nhiệm vụ quản lý của các bộ, ngành về các lĩnh vực của xã hội là vấn đề thiết yếu cần được bổ sung vào Hiến pháp sửa đổi.

Ngoài ra, để đảm bảo cơ chế giám sát quyền lực nhà nước và phát huy quyền tự chủ của doanh nghiệp, nên bổ sung Điều 122 Hiến pháp về quyền của đại diện các doanh nghiệp đóng trên địa bàn chất vấn Chủ tịch

Hội đồng nhân dân và các thành viên khác của Ủy ban nhân dân.

Phân quyền hợp lý giữa các cơ quan Chính phủ và Quốc hội trong việc đảm bảo thực thi các chính sách tài chính, tiền tệ và đảm bảo quyền tự do kinh doanh

Hiện nay, mối quan hệ giữa lập pháp và hành pháp, giữa Quốc hội và Chính phủ chưa được quy định rõ ràng trong Hiến pháp nói riêng và pháp luật nói chung. Tổ chức và hoạt động của bộ máy nhà nước ta mặc dù đã có sự phân công, phân nhiệm giữa ba quyền, nhưng về cơ bản, tập quyền vẫn là một nguyên tắc chủ đạo, quyền lực nhà nước tập trung ở Quốc hội. Quy định của Hiến pháp năm 1992 “Quốc hội là cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất” cùng với quy định “Nhân dân sử dụng quyền lực nhà nước thông qua Quốc hội và Hội đồng nhân dân” thể hiện tư duy về mô hình nhà nước tập quyền. Từ đó dẫn đến cách hiểu là các cơ quan nhà nước khác không phải là cơ quan quyền lực nhà nước mà chỉ là các cơ quan với các quyền hạn “phái sinh” từ quyền lực của Quốc hội, thực hiện các nhiệm vụ, quyền hạn do Quốc hội phân công. Điều đó mâu thuẫn, gây cản trở việc nhận thức và thực thi đúng đắn nguyên tắc nhân dân là người chủ của quyền lực nhà nước và nguyên tắc phân công thực hiện các nhánh quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp. Về bản chất, quyền lực nhà nước bắt nguồn từ nhân dân; do vậy, việc phân công cho cơ quan nào thực hiện nhánh quyền lực nào, phạm vi quyền hạn của mỗi cơ quan đến đâu phải do nhân dân xác định ngay trong Hiến pháp. Như vậy, cần hiểu rằng, các cơ quan thực hiện quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp đều là các cơ quan thực hiện quyền lực nhà nước và được nhân dân giao thực thi với chức năng và nhiệm vụ khác nhau¹.

1 Xem Báo cáo tổng kết thi hành Hiến pháp năm 1992, của Chính phủ năm 2012.

Ngoài ra, Hiến pháp năm 1992 còn ghi nhận “Chính phủ là cơ quan chấp hành của Quốc hội”. Quy định này trên thực tế dẫn đến Chính phủ rơi vào tình trạng thụ động trong việc hoạch định chính sách quốc gia, hạn chế tính năng động, chủ động và sáng tạo của Chính phủ trong điều hành chính sách và tổ chức thực thi pháp luật. Điều này cũng làm hạn chế vai trò của Chính phủ trong hoạch định và điều hành các chính sách vĩ mô trong nhà nước pháp quyền và kinh tế thị trường. Hoạt động của Chính phủ nặng về tác nghiệp hành chính, không tập trung đúng mức cho việc hoạch định chiến lược quốc gia cũng như hoạt động soạn thảo, trình các dự án luật tạo khuôn khổ pháp lý cần thiết cho sự phát triển đất nước. Chính vì vậy, bản Hiến pháp sửa đổi, bổ sung cần khẳng định rõ vị trí pháp lý và chức năng của Chính phủ như người “cầm lái” chứ không phải là “người bơi chèo”, có năng lực hoạch định được nhiều chính sách có tầm nhìn xa trông rộng, là người điều hành nhanh nhạy, sáng tạo, ứng phó đối với những biến động, giải quyết kịp thời các vấn đề cuộc sống và nền kinh tế đất ra.

Ví dụ như trong lĩnh vực tiền tệ, Điều 84 Hiến pháp 1992 quy định, Quốc hội là cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất có quyền quyết định chính sách tài chính, tiền tệ quốc gia. Khoản 4 Điều 112 Hiến pháp năm 1992 quy định nhiệm vụ, quyền hạn của Chính phủ: “Thực hiện chính sách tài chính tiền tệ quốc gia”.

Vậy nếu Quốc hội quyết định chính sách tài chính quốc gia thì có nghĩa là, Quốc hội sẽ quyết định cả: (1) mục tiêu ổn định giá trị đồng tiền biểu hiện bằng chỉ tiêu lạm phát, (2) việc sử dụng các công cụ và biện pháp để thực hiện mục tiêu đề ra. Quy định như vậy đã làm giảm tính chủ động của Ngân

hàng Nhà nước và thậm chí, mâu thuẫn với luật chuyên ngành và trái với bản chất của một ngân hàng trung ương hiện đại. Điều 10 Luật Ngân hàng Nhà nước Việt Nam quy định: “Thông đốc Ngân hàng Nhà nước quyết định việc sử dụng công cụ thực hiện chính sách tiền tệ quốc gia, bao gồm tái cấp vốn, lãi suất, tỷ giá hối đoái, dự trữ bắt buộc, nghiệp vụ thị trường mở và các công cụ, biện pháp khác theo quy định của Chính phủ”.

Như vậy, theo quy định của luật chuyên ngành, các công cụ thực hiện chính sách tiền tệ quốc gia thuộc về ngân hàng trung ương, không thuộc về Quốc hội cũng như Chính phủ. Hiến pháp năm 1992 quy định về thẩm quyền của Quốc hội và Chính phủ trong lĩnh vực chính sách tiền tệ là không hợp lý và không phù hợp với thông lệ, chuẩn mực quốc tế về Ngân hàng Trung ương. Ngân hàng Trung ương các nước trên thế giới thường độc lập trong hoạch định và thực thi chính sách tiền tệ quốc gia. Vì vậy, Hiến pháp sửa đổi phải phân định rõ thẩm quyền của Quốc hội chỉ quyết định chính sách tiền tệ quốc gia nói chung, còn các công cụ thực hiện sẽ do Ngân hàng Trung ương quyết định áp dụng với sự chỉ đạo của Chính phủ, nhằm đáp ứng những biến đổi nhanh nhạy trên thị trường tiền tệ hiện nay, đảm bảo quyền tự do kinh doanh của các ngân hàng thương mại.

Đối với công tác lập dự toán và quyết toán ngân sách, tham khảo kinh nghiệm quốc tế cho thấy, trong hệ thống ngân sách nhà nước của phần lớn các nước trên thế giới thì các cấp ngân sách không lồng ghép với nhau; ngân sách trung ương do Quốc hội quyết định, ngân sách địa phương do cơ quan dân cử tại địa phương quyết định; ngay cả các nước như Trung Quốc và các nước kinh tế chuyển đổi Đông Âu cũng tách riêng

thẩm quyền quyết định ngân sách trung ương và ngân sách các địa phương².

Ngoài ra, khi quyết định dự toán ngân sách, phần lớn các nước không quyết định dự toán thu ngân sách, mà chỉ căn cứ dự báo thu để quyết định dự toán chi ngân sách cho phù hợp.

Với mô hình các cấp ngân sách không lồng ghép thì nhiệm vụ, quyền hạn của từng cấp ngân sách được quy định rõ ràng hơn; đơn giản hoá được các thủ tục trong công tác lập, chấp hành và quyết toán ngân sách nhà nước; mỗi cấp ngân sách có thời gian và điều kiện để xem xét chi tiết, kỹ lưỡng ngân sách cấp mình, đồng thời đảm bảo cho các địa phương quyết định dự toán chi ngân sách cấp mình phù hợp với tình hình, điều kiện thực tế tại địa phương.

Từ thực tế Việt Nam trong thời gian qua và tham khảo kinh nghiệm quốc tế, đề nghị nghiên cứu bỏ mô hình các cấp ngân sách lồng ghép như hiện nay. Theo đó, đề nghị sửa đổi Khoản 4 Điều 84 của Hiến pháp năm 1992 thành: "Quốc hội quyết định chính sách tài chính, tiền tệ quốc gia; quyết định dự toán chi ngân sách trung ương, phân bổ chi ngân sách trung ương, phê chuẩn quyết toán chi ngân sách trung ương; quy định, sửa đổi hoặc bãi bỏ các thứ thuế".

Đối với công tác phân bổ ngân sách, để đảm bảo nguyên tắc pháp chế, thực hiện đầy đủ thẩm quyền của Quốc hội trong việc quyết định phân bổ ngân sách trung ương, đề nghị nghiên cứu bổ sung quy định thẩm quyền của Quốc hội trong việc xác định các mục tiêu ưu tiên trong phân bổ dự toán chi ngân sách trong từng thời kỳ cho phù hợp. Từ đó, xác định các Kết luận, Nghị quyết của Đảng về phân bổ ngân sách chỉ mang

tính chất chỉ đạo, định hướng và cần được thể chế hóa bằng các Nghị quyết của Quốc hội để đảm bảo tính chặt chẽ và thẩm quyền của Quốc hội trong việc phân bổ ngân sách đã được quy định trong Hiến pháp.

Tóm lại, các vấn đề về chế độ sở hữu, chế độ kinh tế, về giới hạn của sự can thiệp của công quyền đối với đời sống kinh doanh nhằm đảm bảo quyền tự do kinh doanh trong Hiến pháp sửa đổi là rất cần thiết. Những sửa đổi này nên theo hướng: không quy định những nội dung mang tính hàn lâm, nghị quyết để đảm bảo tính minh bạch, rõ ràng, cụ thể của một quy phạm pháp luật; không quy định những nội dung cụ thể, cá biệt có thể quy định tại văn bản pháp luật chuyên ngành. Đặc biệt, khuyến nghị quy định cụ thể hơn về vai trò của Nhà nước trong nền kinh tế thị trường định hướng XHCN, theo đó, Nhà nước có trách nhiệm thúc đẩy sự hình thành, phát triển và từng bước hoàn thiện các loại thị trường theo định hướng XHCN, quản lý, điều tiết các hoạt động kinh tế vĩ mô theo cơ chế thị trường định hướng XHCN, xây dựng các chính sách xã hội tuân thủ theo các nguyên tắc, mục tiêu của chủ nghĩa xã hội, tách bạch hoạt động chính sách ra khỏi hoạt động kinh doanh, nhằm bảo đảm quyền tự do kinh doanh của người dân. Trong xu thế phi tập trung hóa quyền lực nhà nước (tản quyền), Nhà nước trong xã hội hiện nay được ví như một chủ thể năng động, sáng tạo, đương đầu với các quy luật nghiệt ngã của nền kinh tế thị trường, để rồi từ đó khẳng định mình là một vị trọng tài công bằng, anh minh, dẫn dắt, chèo lái các chủ thể khác trong nền kinh tế bằng các công cụ gián tiếp là chủ yếu để sẵn sàng ứng phó với mọi khó khăn, thách thức, hướng tới phát triển nền kinh tế bền vững, đảm bảo quyền tự do kinh doanh ■

2 Xem Luật Ngân sách Nhà nước của Cộng hòa liên bang Đức, Liên bang Nga, Trung Quốc và "Báo cáo tổng kết thi hành Hiến pháp năm 1992" của Chính phủ Việt Nam năm 2012.

Sửa đổi, bổ sung Nghị quyết số 417/2003/NQ-UBTVQH11:

MỘT SỐ VẤN ĐỀ LIÊN QUAN ĐẾN TỔ CHỨC VÀ HOẠT ĐỘNG CỦA VĂN PHÒNG QUỐC HỘI HIỆN NAY

TRẦN HOÀI NAM*

Thực hiện chủ trương của Đảng về đổi mới tổ chức và hoạt động của Quốc hội, bảo đảm Quốc hội thực sự là cơ quan đại biểu cao nhất của nhân dân, cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam¹, ngày 21/6/2012 tại kỳ họp thứ 3, Quốc hội khóa 13 đã ban hành Nghị quyết về một số cải tiến, đổi mới để nâng cao chất lượng, hiệu quả hoạt động của Quốc hội². Góp phần thực hiện chủ trương trên, một trong số những công việc cần thiết đã và đang được các cơ quan có trách nhiệm tiến hành, đó là việc tổng kết, nghiên cứu nhằm sửa đổi, bổ sung Nghị quyết số 417/2003/NQ-UBTVQH11 ngày 01/10/2003 của Ủy ban Thường vụ Quốc (UBTVQH) quy định về Văn phòng Quốc hội (VPQH), với vị trí, vai trò là bộ máy, cơ quan giúp việc của Quốc hội. Để phục vụ quá trình này, chúng tôi xin được tham gia ý kiến về một số vấn đề liên quan đến tổ chức và hoạt động của VPQH, hiện đang được quy định trong Nghị quyết này.

1. Vị trí, vai trò của Văn phòng Quốc hội không được quy định trực tiếp trong Luật Tổ chức Quốc hội

Liên quan đến việc tổ chức bộ máy giúp việc của Quốc hội, Luật Tổ chức Quốc hội hiện hành quy định, UBTVQH tổ chức bộ máy giúp việc của Quốc hội, UBTVQH, của HĐDT, các Ủy ban của Quốc hội³. Cụ thể hóa quy định này, UBTVQH xác định, VPQH là cơ quan giúp việc của Quốc hội,

có chức năng nghiên cứu, tham mưu tổng hợp và tổ chức phục vụ các hoạt động của Quốc hội, UBTVQH, Chủ tịch Quốc hội, các Phó Chủ tịch Quốc hội; các hoạt động của Hội đồng Dân tộc (HĐDT), các Ủy ban của Quốc hội, các Ban của UBTVQH⁴.

Qua nghiên cứu các quy định trên, cho thấy, chủ thể “Quốc hội” trong khái niệm “giúp việc của Quốc hội” cần được xem xét ở hai góc độ:

* **ThS. Văn phòng Quốc hội.**

1 Văn kiện đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XI - trang 248, Nxb Chính trị quốc gia, Hà Nội-2011.

2 Nghị quyết số 27/2012/QH13 ngày 21/6/2012 của Quốc hội về một số cải tiến, đổi mới để nâng cao chất lượng, hiệu quả hoạt động của Quốc hội.

3 Điều 92, Luật Tổ chức Quốc hội năm 2001 sửa đổi, bổ sung năm 2007.

4 Điều 1, Nghị quyết số 417/2003/NQ-UBTVQH11 ngày 01/10/2003 của UBTVQH về chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của Văn phòng Quốc hội.

- *Góc độ thứ nhất*, giúp việc của Quốc hội với nghĩa, Quốc hội là một chủ thể thống nhất và duy nhất, bao gồm tất cả các đại biểu hợp thành, họp thường lệ mỗi năm hai kỳ để xem xét, quyết định những vấn đề thuộc nhiệm vụ, quyền hạn của mình. Như vậy, ở đây, sự giúp việc của Quốc hội có thể được hiểu là việc trực tiếp tham mưu, giúp cho Quốc hội với tư cách Quốc hội là một chủ thể quyết định những vấn đề thuộc thẩm quyền Hiến định và Luật định⁵. Nhìn từ góc độ này, cho thấy, hoạt động thẩm tra dự án luật, pháp lệnh và các dự án khác... của HĐDT, các Ủy ban của Quốc hội chính là hoạt động tham mưu, giúp trực tiếp cho Quốc hội.

- *Góc độ thứ hai*, giúp việc của Quốc hội với nghĩa, Quốc hội là một tập hợp các chủ thể cấu thành, bao gồm từng đại biểu, Chủ tịch, các Phó Chủ tịch Quốc hội; UBTVQH, HĐDT, các Ủy ban của Quốc hội mà từng chủ thể này cũng có thẩm quyền riêng theo quy định của Hiến pháp và Luật. Như vậy, ở đây, sự giúp việc của Quốc hội lại có thể được hiểu là việc trực tiếp tham mưu, giúp cho từng chủ thể kể trên trong việc thực hiện các nhiệm vụ, quyền hạn của mình. Nói cách khác, đây là hoạt động tham mưu, giúp việc gián tiếp cho Quốc hội thông qua hoạt động tham mưu, giúp việc cho từng chủ thể cấu thành Quốc hội. Nhìn từ góc độ này, cho thấy, hoạt động tham mưu, giúp việc cho Quốc hội theo các quy định hiện hành và cả trong thực tế lại đang do rất nhiều cơ quan thực hiện⁶.

So sánh việc UBTVQH quy định về vị trí, vai trò của VPQH như trên với việc Luật Tổ chức Chính phủ hiện hành quy định trực tiếp về vị trí, vai trò của Văn phòng Chính phủ thông qua việc định danh cụ thể cơ quan này là bộ máy giúp việc của Chính phủ do Bộ trưởng, Chủ nhiệm Văn phòng Chính

phủ lãnh đạo⁷, có ý kiến cho rằng, việc quy định về VPQH bằng Nghị quyết của UBTVQH là chưa tương xứng với một cơ quan như VPQH. Do đó, VPQH cần phải được quy định trong Luật Tổ chức Quốc hội giống như Văn phòng Chính phủ được quy định trong Luật Tổ chức Chính phủ.

Ý kiến trên là đúng, nếu xét về phương diện thứ bậc trong hệ thống văn bản quy phạm pháp luật, rõ ràng việc quy định trong Luật của Quốc hội sẽ có giá trị pháp lý cao hơn so với việc quy định trong Nghị quyết của UBTVQH. Tuy nhiên, vấn đề này cần nghiên cứu thêm, vì việc luật hóa vị trí, vai trò của VPQH từ các lần sửa đổi, bổ sung Luật Tổ chức Quốc hội trước đây đều đã đặt ra, nhưng tại các thời điểm đó cũng có ý kiến cho rằng, vấn đề này vẫn còn những điểm chưa rõ và không nhất thiết phải quy định trong Luật, mà giao cho UBTVQH căn cứ vào quy định của Luật và yêu cầu thực tiễn để quyết định. Quan điểm này khá phù hợp với thực tế, bởi lẽ, dường như cho đến nay, chúng ta cũng chưa xác định được mô hình bộ máy giúp việc của Quốc hội, đó là mô hình giúp việc tập trung hay là mô hình giúp việc phân tán. Điều này, đồng nghĩa với câu hỏi, bộ máy giúp việc của Quốc hội chỉ có duy nhất VPQH hay còn có cả các cơ quan khác nữa.

Thêm vào đó, qua so sánh với Văn phòng Chính phủ cũng cho thấy, tuy cùng là cơ quan làm công tác văn phòng, đều có nhiệm vụ tham mưu, giúp việc, nhưng ở đây có một sự khác biệt đáng kể về phạm vi chủ thể được tham mưu, giúp việc và mức độ thực hiện nhiệm vụ này giữa Văn phòng Chính phủ và VPQH.

- *Về tham mưu của Văn phòng Chính phủ*, do tất cả các bộ, cơ quan ngang bộ của Chính phủ đều có thẩm quyền và bộ máy tham mưu, giúp việc riêng, nên Văn phòng

5 Điều 84, Hiến pháp 1992 (SĐ); Điều 2, Luật tổ chức Quốc hội năm 2001 sửa đổi, bổ sung năm 2007.

6 "Bộ máy giúp việc của UBTVQH là VPQH, Ban công tác đại biểu, Ban dân nguyện"-Điều 60, Nghị quyết số 26/2004/QH11 ngày 15/6/2004; "VPQH, Văn phòng giúp việc Đoàn đại biểu Quốc hội có trách nhiệm... phục vụ Quốc hội, UBTVQH, Hội đồng dân tộc, Ủy ban của QH... thực hiện hoạt động giám sát"-Điều 47, Luật Hoạt động giám sát của Quốc hội.

7 Điều 30, Luật Tổ chức Chính phủ năm 2001.

Chính phủ chỉ tập trung tham mưu, giúp việc cho Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ. Bên cạnh đó, tham mưu của Văn phòng chính phủ đối với những công việc thuộc thẩm quyền của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ đều là tham mưu trực tiếp và có tính độc lập cao. Ở khía cạnh này, có thể nói, tham mưu của Văn phòng Chính phủ là “tham mưu lại tham mưu”. Nghĩa là, việc tham mưu của Văn phòng Chính phủ là sự thẩm tra lại một lần nữa đối với những tham mưu, đề xuất của các bộ, ngành, cơ quan trước khi trình lên Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ xem xét, quyết định⁸.

- Về tham mưu của VPQH, do hầu hết các cơ quan của Quốc hội, cơ quan của UBTVQH đều không có bộ máy tham mưu giúp việc riêng nên VPQH phải đóng vai trò là bộ máy tham mưu, giúp việc chung cho tất cả các cơ quan này. Do vậy, ở mức độ nào đó khác với Văn phòng Chính phủ, tham mưu của VPQH có thể nói, chủ yếu lại là "tham mưu giúp tham mưu". Nghĩa là, sự tham mưu này được thực hiện thông qua từng vụ, đơn vị trong VPQH, được phân công giúp việc riêng, thường xuyên và trực tiếp cho một cơ quan tương ứng nhất định của Quốc hội, UBTVQH, rồi sau đó, cơ quan này mới lại tham mưu tiếp cho Quốc hội, UBTVQH dưới dạng các báo cáo thẩm tra, kiến nghị ... trình Quốc hội, UBTVQH xem xét, quyết định.

Tóm lại, như trên đề cập, khi xem xét đối với những công việc thuộc thẩm quyền của Quốc hội, ở một số phương diện và góc độ, đã cho thấy, hiện nay không phải chỉ có duy nhất VPQH đóng vai trò là bộ máy giúp việc của Quốc hội, mà còn có nhiều cơ quan nữa tham gia vào quá trình này. Như vậy ở đây, vấn đề đặt ra là, nếu quy định VPQH vào Luật với tư cách là cơ quan giúp việc của Quốc hội, thì có quy định cả những cơ quan khác cũng đang làm nhiệm vụ này vào Luật không. Phải chăng, cũng chính vì đặc

thù đó mà vị trí, vai trò của VPQH chưa được quy định trực tiếp trong Luật Tổ chức Quốc hội hiện hành.

2. Thẩm quyền đối với công tác cán bộ của các vụ, đơn vị thuộc Văn phòng Quốc hội giúp việc trực tiếp các cơ quan của Quốc hội, của UBTVQH

Hiện nay có ý kiến cho rằng, VPQH là cơ quan hành chính hoạt động mang tính ổn định cao, còn HĐDT, các Ủy ban của Quốc hội là cơ quan dân cử theo nhiệm kỳ, nên hoạt động không mang tính ổn định. Do vậy, về công tác cán bộ của các vụ, đơn vị giúp việc trực tiếp các cơ quan của Quốc hội, của UBTVQH nên giao VPQH đảm nhiệm. Theo đó, về việc tuyển dụng, bổ nhiệm cán bộ, các cơ quan của Quốc hội chỉ nên đóng vai trò là người đưa ra "đơn đặt hàng" còn VPQH sẽ là người thực hiện việc "cung ứng"; việc quy định như hiện nay không bảo đảm nguyên tắc tổ chức và quản lý của bộ máy nhà nước; sẽ dẫn đến việc các cơ quan của Quốc hội mất thời gian cho công tác này, thay vì để thực hiện các nhiệm vụ "dân cử" của mình; hoặc dẫn đến tình trạng Hội đồng, Ủy ban khóa sau không “ưng” với nhân sự do Hội đồng, Ủy ban khóa trước đã tuyển chọn, đề bạt...

Sau đây, xin được đề cập ở góc độ những quy định của pháp luật và thực tiễn liên quan đến quan điểm VPQH là cơ quan hành chính hoạt động mang tính ổn định, và HĐDT, các Ủy ban của Quốc hội là cơ quan dân cử hoạt động mang tính nhiệm kỳ, như trên vừa nêu.

2.1. Văn phòng Quốc hội

Theo Nghị quyết của UBTVQH quy định thì VPQH là cơ quan giúp việc của Quốc hội, có chức năng nghiên cứu, tham mưu tổng hợp và tổ chức phục vụ các hoạt động của Quốc hội, UBTVQH, Chủ tịch, các Phó Chủ tịch Quốc hội; các hoạt động của HĐDT, các Ủy ban của Quốc hội, các Ban

⁸ Điều 2, Nghị định số 33/2008/NĐ-CP ngày 19/3/2008 quy định chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của Văn phòng Chính phủ.

của UBTVQH⁹. Để thực hiện chức năng, nhiệm vụ của mình, VPQH được tổ chức thành các vụ, đơn vị tương đương cấp vụ; các phòng trực thuộc Chủ nhiệm VPQH và phòng trực thuộc vụ hoặc đơn vị tương đương cấp vụ. Tiếp theo, Nghị quyết cũng quy định, việc bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức Chủ nhiệm và các Phó Chủ nhiệm VPQH do UBTVQH quyết định. Bên cạnh đó, theo thẩm quyền Chủ nhiệm VPQH ban hành Quy chế làm việc của cơ quan, qua đó xác định VPQH là cơ quan làm việc theo chế độ thủ trưởng¹⁰.

Với các quy định trên, có thể khẳng định, VPQH là một bộ máy hành chính giúp việc cho cơ quan lập pháp là Quốc hội.

Tuy nhiên, trên thực tế cũng cho thấy, khi bổ nhiệm chức danh Chủ nhiệm VPQH, UBTVQH luôn bổ nhiệm vào vị trí này một người là thành viên của mình - Ủy viên UBTVQH. Như chúng ta biết, UBTVQH là cơ quan hoạt động có nhiệm kỳ với các thành viên làm việc theo chế độ chuyên trách¹¹. Chưa kể, hiện nay ở Việt Nam, dù là chức danh thuộc cơ quan dân cử hay chức danh thuộc cơ quan hành chính thì theo quy định của pháp luật cũng đều được bầu hoặc bổ nhiệm có thời hạn là năm năm một lần. Điều này, đã làm cho tính chất hành chính, ổn định của VPQH không còn thuần nhất và chắc chắn như có ý kiến đã nêu.

Do vậy, ở đây quan điểm “VPQH là bộ máy hành chính, hoạt động ổn định, cần đảm nhiệm công tác cán bộ cho phù hợp với nguyên tắc tổ chức và quản lý của bộ máy nhà nước” nên được đề cập một cách đầy đủ và rõ ràng hơn về mặt lý luận, cũng như về mặt thực tiễn, cụ thể như sau:

Hiện nay, liên quan đến những nghiên cứu về cải cách tổ chức bộ máy nhà nước ở trung ương, đặc biệt là ở các cơ quan của Chính phủ, nhằm hướng đến một nền hành chính công vụ hoạt động có hiệu lực và hiệu

quả, giới nghiên cứu có nêu ra việc cần tách bạch bộ máy của các cơ quan này thành hai phần, gồm phần chính trị và phần hành chính. Phần chính trị do Bộ trưởng - Nhà chính trị hoạt động theo nhiệm kỳ và trên cơ sở của sự tín nhiệm, sẽ bảo đảm việc hoạch định chính sách, đường lối phát triển của ngành, lĩnh vực mà mình đứng đầu. Phần hành chính do một bộ máy công chức “chuyên nghiệp” có trình độ chuyên môn, nghiệp vụ cao, hoạt động thường xuyên, sẽ làm nhiệm vụ nghiên cứu, tham mưu giúp Bộ trưởng hoạch định chính sách, hoặc trực tiếp thực thi các chính sách đã được Bộ trưởng quyết định, đứng đầu bộ máy này, một công chức cấp cao được bổ nhiệm. Ở đây, bộ máy hành chính có nhiệm vụ phục vụ cho Bộ trưởng làm việc nhưng vẫn được bảo đảm một sự độc lập khá cao trong mối quan hệ với Bộ trưởng về mặt hành chính. Theo mô hình này, bộ máy hành chính được thiết kế như một “cỗ máy” đã và luôn được đáp ứng đủ các điều kiện tốt để vận hành trơn tru, thông suốt và Bộ trưởng chỉ là người điều khiển cỗ máy đó, nhằm hướng tới các mục tiêu do tự mình đặt ra, còn việc có đạt được mục tiêu hay không, hoàn toàn phụ thuộc vào năng lực và trách nhiệm của chính Bộ trưởng.

Bên cạnh đó, mô hình trên còn có một đặc điểm đáng lưu ý là, vì tổ chức và hoạt động theo phương thức này nên công chức trong một bộ máy hành chính như vậy thường không tham gia vào các đảng phái, nhằm bảo đảm tính trung lập để phục vụ cho bất kỳ nhà chính trị thuộc đảng phái nào “đắc cử”. Chính vì thế, ở những nước theo quan điểm tổ chức bộ máy này, người ta quen với việc theo thời gian “chính trị” có thể ra đi nhưng “hành chính” thì vẫn ở lại.

Trở về với việc tổ chức và hoạt động của bộ máy cơ quan nhà nước ở Việt Nam, chúng ta có phân tách giữa chính trị và hành chính không. Thực tế cho thấy, ở nước ta các

9 Điều 1, Nghị quyết số 417/2003/NQ-UBTVQH11 ngày 01/10/2003 của UBTVQH.

10 Điều 2, Quy chế làm việc của VPQH ban hành kèm theo Quyết định số 1758/QĐ-CNVN ngày 29/9/2005.

11 Điều 2, Quy chế hoạt động của UBTVQH ban hành kèm theo Nghị quyết số 26/2004/QH11 ngày 15/6/2004.

Bộ trưởng - Nhà Chính trị vẫn giữ những quyền hành chính quan trọng mang tính quyết định đối với tổ chức và hoạt động của bộ máy hành chính, đó là quyền đối với những vấn đề thuộc về công tác tài chính và cán bộ của cơ quan do mình đứng đầu¹². Nói cách khác, ở Việt Nam hiện nay không theo mô hình tổ chức tách bạch giữa chính trị và hành chính.

Trước đây, cũng từng có một thực tiễn ở nước ta về việc thực hiện sự phân tách giữa hoạt động chuyên môn với hoạt động quản lý cán bộ và tài chính trong tổ chức bộ máy cơ quan, tương tự như quan điểm đã nêu, đó là trường hợp của ngành Tòa án. Trước khi có Luật Tổ chức Tòa án nhân dân năm 2002 thì công tác tổ chức, cán bộ cũng như việc bảo đảm các điều kiện vật chất cho các Tòa án địa phương được giao cho Bộ Tư pháp đảm nhiệm, Tòa án tối cao chỉ hướng dẫn về chuyên môn, nghiệp vụ để tạo cơ chế cho các Tòa án địa phương có sự độc lập trong mối quan hệ với Tòa án tối cao khi tiến hành hoạt động xét xử¹³. Đồng thời, qua đó cũng nhằm tạo điều kiện để ngành Tòa án tập trung vào hoạt động xét xử của mình. Tuy nhiên, chỉ sau một thời gian, việc áp dụng cách thức tổ chức này đã bộc lộ một số bất cập nên đến năm 2002 công tác tổ chức, cán bộ, cũng như việc bảo đảm các điều kiện vật chất cho các tòa án địa phương đã được chuyển giao lại cho ngành Tòa án tự đảm nhiệm cho đến nay¹⁴.

2.2. Hội đồng Dân tộc và các Ủy ban của Quốc hội

Theo quy định của Luật Tổ chức Quốc hội thì HĐDT và các Ủy ban của Quốc hội là những cơ quan của Quốc hội, làm việc theo chế độ tập thể và quyết định theo đa số,

nhiệm kỳ của Hội đồng và các Ủy ban theo nhiệm kỳ của Quốc hội; Hội đồng gồm có Chủ tịch, các Phó Chủ tịch và các Ủy viên; Ủy ban của Quốc hội gồm có Chủ nhiệm, các Phó Chủ nhiệm và các Ủy viên; thành viên Hội đồng và các Ủy ban do Quốc hội bầu trong số các đại biểu Quốc hội¹⁵.

Trong cơ cấu tổ chức của Hội đồng và các Ủy ban lại có bộ phận Thường trực, cụ thể: Thường trực HĐDT gồm có Chủ tịch, các Phó Chủ tịch và một số Ủy viên thường trực tại Hội đồng do UBTVQH quyết định; Thường trực Ủy ban của Quốc hội gồm có Chủ nhiệm, các Phó Chủ nhiệm và một số Ủy viên thường trực tại Ủy ban do UBTVQH quyết định; Thường trực Hội đồng, Thường trực Ủy ban làm việc theo chế độ tập thể và quyết định theo đa số¹⁶.

Theo quy chế hoạt động, được Quốc hội ban hành Thường trực HĐDT, Thường trực Ủy ban của Quốc hội có nhiệm vụ quyền hạn trong việc phối hợp với Chủ nhiệm VPQH quy định chức năng, nhiệm vụ của đơn vị chuyên môn trực tiếp giúp việc Hội đồng, Ủy ban, quyết định việc tuyển dụng cán bộ, công chức, bổ nhiệm, cách chức Vụ trưởng, Phó Vụ trưởng và các chức vụ tương đương, Trưởng phòng, Phó trưởng phòng và các chức vụ tương đương; quản lý và thực hiện các chế độ chính sách đối với cán bộ, công chức thuộc đơn vị chuyên môn trực tiếp giúp việc Hội đồng, Ủy ban.

Để cụ thể hóa, những nhiệm vụ, quyền hạn trên của Thường trực Hội đồng, các Ủy ban của Quốc hội, UBTVQH nêu rõ: Thường trực HĐDT, Thường trực các Ủy ban phối hợp với Chủ nhiệm Văn phòng quyết định; Chủ nhiệm VPQH ra quyết định¹⁷.

12 Điều 23, Luật Tổ chức Chính phủ năm 2001: Bộ trưởng có nhiệm vụ, quyền hạn: bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức Vụ trưởng, Phó Vụ trưởng; tổ chức thực hiện công tác đào tạo, tuyển dụng, sử dụng, chế độ tiền lương, khen thưởng, kỷ luật; thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn cụ thể thuộc quyền đại diện chủ sở hữu phần vốn của nhà nước tại doanh nghiệp có vốn nhà nước; quản lý và tổ chức thực hiện ngân sách được phân bổ...

13 Điều 16, 18 Luật Tổ chức Tòa án nhân dân năm 1992.

14 Điều 17 Luật Tổ chức Tòa án nhân dân năm 2002.

15 Điều 21, 24, 25 Luật Tổ chức Quốc hội năm 2001 sửa đổi, bổ sung năm 2007.

16 Điều 7, Quy chế hoạt động của HĐDT, các Ủy ban của Quốc hội ban hành kèm theo Nghị quyết số 27/2004/QH11 của QH ngày 15/6/2004.

17 Điều 8, Nghị quyết số 417/2003/NQ-UBTVQH11 ngày 01/10/2003 của UBTVQH

Với các quy định trên cho thấy, Thường trực HĐDT, Thường trực Ủy ban của Quốc hội là cơ quan dân cử theo nhiệm kỳ. Tuy nhiên, việc khẳng định vì tính chất này, mà hoạt động của Thường trực Hội đồng, các Ủy ban không ổn định, từ đó không nên tham gia vào công tác cán bộ của đơn vị trực tiếp giúp việc cho mình, cũng nên quan tâm thêm đến một số khía cạnh sau:

Một là, như đã đề cập hiện nay ở Việt Nam, dù là chức danh thuộc cơ quan dân cử hay chức danh thuộc cơ quan hành chính thì cũng đều được bầu hoặc bổ nhiệm theo nhiệm kỳ năm năm.

Hai là, khi xem xét về sự khác nhau, nhất là giữa “tính ổn định” của cơ quan hành chính và “tính không ổn định” của cơ quan dân cử trong trường hợp cụ thể này, không nên tách rời thực tế ở Việt Nam, đó là, việc chúng ta thừa nhận và luôn giữ nguyên tắc Đảng lãnh đạo Nhà nước và xã hội, mà đặc biệt trong đó là, sự lãnh đạo của Đảng đối với công tác cán bộ của nhà nước. Do vậy, việc cán bộ đảm nhiệm vị trí nào, và làm nhiệm vụ gì trong bộ máy nhà nước, cũng đều là thực hiện trách nhiệm do Đảng phân công, bố trí. Cụ thể, trong công tác cán bộ, Đảng lãnh đạo bằng cách giới thiệu các Đảng viên ưu tú, có năng lực phù hợp vào các chức danh, vị trí lãnh đạo của các cơ quan nhà nước, trong đó có các cơ quan của Quốc hội, từ đó đã hình thành nên cơ chế “Đảng cử, dân tín nhiệm bầu”. Như vậy, cùng với chủ trương hiện nay của Đảng về tăng cường cả số lượng và chất lượng đại biểu Quốc hội chuyên trách¹⁸, thực tế trong những nhiệm kỳ Quốc hội gần đây cho thấy, một số lượng không nhỏ đại biểu Quốc hội chuyên trách ở trung ương của khóa trước tái cử, sau đó trúng cử, và tiếp tục tham gia lại vào Thường trực Hội đồng, các Ủy ban

của Quốc hội mà trước đó mình đã là thành viên, con số này thường đạt ở mức cao, thậm chí có cơ quan của Quốc hội tỷ lệ này đạt tới 100%¹⁹. Từ đó, đã tạo nên được một sự kế thừa tương đối ổn định về nhân sự ở các cơ quan của Quốc hội giữa các nhiệm kỳ.

Trong khi đó, thực tế ba khóa Quốc hội liên tiếp gần đây lại cho thấy, ở VPQH luôn có sự thay đổi người đứng đầu mỗi khi kết thúc một khóa Quốc hội.

Ba là, khi đề cập đến công tác tuyển dụng, bổ nhiệm cán bộ không thể không tính đến một trong những vấn đề mang tính nguyên tắc là, người sử dụng cán bộ phải là người hiểu và được quyền quyết định về cán bộ. Như chúng ta đều biết, nói đến công tác cán bộ là nói đến con người, và những con người cụ thể sẽ được tuyển dụng, bổ nhiệm như thế nào, dựa vào những tiêu chí gì. Đương nhiên, tiêu chí cơ bản để tuyển dụng, bổ nhiệm cán bộ dù ở bất kỳ đâu hay thời kỳ nào, cũng không thể là gì khác, ngoài hai tiêu chí năng lực làm việc và phẩm chất đạo đức của con người đó. Ở đây, ngoại trừ trường hợp đặc biệt, chúng ta cần thông nhất là, trình độ năng lực và phẩm chất đạo đức, lối sống của cán bộ không phải là những vấn đề trừu tượng và rất khó để có thể nhận biết, đánh giá như quan niệm của một số ít người lâu nay.

Vậy, hai tiêu chí này sẽ thể hiện ở đâu, nếu không phải ở việc tổ chức kiểm tra, thi tuyển công khai, rộng rãi và nghiêm túc đối với trường hợp tuyển dụng, hoặc ở việc xem xét, đánh giá khách quan và cân nhắc kỹ lưỡng quá trình làm việc, rèn luyện đối với trường hợp bổ nhiệm. Cuối cùng, ai sẽ là người phù hợp để làm các công việc trên, nếu không phải là người sẽ trực tiếp sử dụng²⁰, hoặc đã có quá trình giao tiếp và trực tiếp làm việc thường xuyên với cán bộ đó.

18 “Nâng cao chất lượng đại biểu Quốc hội, tăng hợp lý số lượng đại biểu chuyên trách...” tr. 248, Văn kiện đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XI, Nxb Chính trị quốc gia, Hà Nội-2011

19 Ủy ban Quốc phòng và An ninh khóa XII-khóa XIII; Ủy ban Khoa học công nghệ & môi trường khóa XII-khóa XIII.. (không tính trường hợp quá tuổi tái cử theo quy định của Đảng và trường hợp bổ sung thêm đại biểu chuyên trách mới).

20 Ở đây chỉ đề cập đến việc tuyển dụng trong trường hợp xem xét, tiếp nhận người đã là công chức từ cơ quan khác chuyển đến VPQH, không bao hàm việc tuyển dụng trong trường hợp thi tuyển công chức mới.

Do vậy, việc xem xét tính chất của cơ quan dân cử và cơ quan hành chính ở Việt Nam không nên chỉ dựa vào cơ sở "lý luận" tham khảo của nước ngoài, mà còn cần quan tâm cả đến yếu tố hình thành, tồn tại và hoạt động trên thực tế của các cơ quan đó, cũng như phải đặt chúng trong tổng thể tổ chức của cả hệ thống bộ máy và thể chế chính trị nhà nước. Nếu không rất dễ dẫn đến sự thiếu khách quan và thiếu toàn diện, khi nhận xét hoặc đề xuất những vấn đề liên quan, ví như ý tưởng về việc Hội đồng, các Ủy ban chỉ nên đóng vai trò là người đưa ra "đơn đặt hàng" còn VPQH sẽ là người thực hiện việc "cung ứng" trong công tác cán bộ. Làm thế, sẽ rất khó tránh khỏi tình huống "thiếu và cần một thứ này, nhưng lại được cấp cho một thứ khác" như trong các câu chuyện thường gặp ở thời kỳ bao cấp trước đây; hoặc tình trạng chưa biết việc Hội đồng, Ủy ban khóa sau có "ung" với nhân sự giúp việc do khóa trước quyết định hay không, nhưng nếu để cho cơ quan khác toàn quyền quyết định, thì việc Hội đồng, Ủy ban khóa hiện tại, có "ung" với nhân sự đó hay không, đã là điều có thể thấy tương đối rõ.

Chúng tôi cũng đồng quan điểm với việc nên có cơ chế để VPQH có thể đảm nhiệm việc tuyển dụng, bổ nhiệm cán bộ một cách tích cực và chủ động hơn, giúp cho các cơ quan của Quốc hội có điều kiện tập trung vào các hoạt động "đại diện" của mình. Tuy nhiên, nội dung này nên được nghiên cứu kỹ và mang tính tổng thể để đưa ra các lý do phù hợp với thực tế thì sẽ thuyết phục hơn, thay vì chỉ dựa vào lập luận: cơ quan hành chính hoạt động ổn định, nên phải đảm nhiệm việc tuyển dụng, bổ nhiệm cán bộ; còn cơ quan dân cử, hoạt động có nhiệm kỳ, không nên tham gia vào những công việc đó; và rằng, nếu làm khác đi như vậy sẽ không bảo đảm nguyên tắc tổ chức và quản lý của bộ máy nhà nước...

Cuối cùng, về vấn đề này, chúng tôi cho rằng, trong thời gian tới nếu chưa có sự đổi mới cơ bản mô hình tổ chức bộ máy giúp việc của Quốc hội, sự cải tiến hơn nữa phương thức hoạt động của đại biểu Quốc hội, các cơ quan của Quốc hội cũng như Quốc hội nói chung, thì cơ chế tuyển dụng, bổ nhiệm cán bộ của các đơn vị thuộc VPQH như quy định của Nghị quyết 417 là khá hợp lý, khi đặt trong mối quan hệ hiện nay giữa VPQH với các cơ quan của Quốc hội, của UBTVQH. Như vậy, ở đây điều quan trọng, vẫn là việc phải tăng cường phối hợp giữa các chủ thể có trách nhiệm và thẩm quyền trong công tác cán bộ, nhất là việc bảo đảm sự phối hợp, trao đổi thường xuyên giữa hai chủ thể là Thường trực Hội đồng, các Ủy ban của Quốc hội và Chủ nhiệm VPQH²¹, trên cơ sở phát huy tính chủ động, tích cực trong thực hiện nhiệm vụ tham mưu, đề xuất của đơn vị trực tiếp giúp việc Hội đồng, Ủy ban và đơn vị làm công tác chuyên môn về tổ chức, cán bộ²².

3. Tổ chức phòng trong vụ, đơn vị thuộc Văn phòng Quốc hội

Theo Nghị quyết 417, để thực hiện chức năng, nhiệm vụ của mình VPQH được tổ chức thành các vụ, đơn vị tương đương cấp vụ; các phòng trực thuộc Chủ nhiệm VPQH và phòng trực thuộc vụ hoặc đơn vị tương đương cấp vụ. Trên thực tế, giai đoạn vừa qua cấp phòng chỉ chủ yếu được tổ chức ở những vụ, đơn vị phục vụ chung, còn đối với những vụ, đơn vị trực tiếp giúp việc HĐDT, các Ủy ban của Quốc hội, các Ban của UBTVQH thì không thành lập phòng. Việc thành lập phòng ở một số vụ, đơn vị phục vụ chung là khá hợp lý, bởi lẽ phần lớn hoạt động của các đơn vị này đều mang tính chất mệnh lệnh, thừa hành hoặc kỹ thuật, nên chủ yếu tập trung ở các mảng công việc như hành chính, quản trị, cung cấp thông tin, dịch vụ... nhằm phục vụ, hỗ trợ cho việc thực hiện các nhiệm vụ nghiên cứu, tham mưu.

21 Các chủ thể có trách nhiệm và thẩm quyền trong việc bổ nhiệm cán bộ quản lý cấp vụ, cấp phòng là: Thường trực Hội đồng, các Ủy ban; Chủ nhiệm VPQH; và Thường vụ Đảng ủy cơ quan VPQH-Điều 4, Quy chế bổ nhiệm, bổ nhiệm lại ... ban hành kèm theo Quyết định 1157/QĐ-VPQH ngày 5/9/2005.

22 "Vụ Tổ chức cán bộ là đơn vị thuộc VPQH có chức năng nghiên cứu tham mưu giúp Chủ nhiệm VPQH, HĐDT, các Ủy ban của Quốc hội, các Ban của UBTVQH" - Điều 1, Quyết định 856/QĐ-VPQH ngày 28/4/2005 về chức năng, nhiệm vụ và cơ cấu tổ chức của vụ Tổ chức cán bộ.

Nhưng hiện nay đang có xu hướng thành lập phòng ở cả trong các vụ, đơn vị trực tiếp giúp việc Hội đồng, các Ủy ban, các Ban. Theo chủ quan của chúng tôi, xu hướng này phần nào phản ánh hai nhu cầu chính sau đây ở các vụ, đơn vị này:

Một là, nhu cầu cần được tăng cường về công tác tổ chức và cán bộ của các đơn vị để đáp ứng yêu cầu về khối lượng công việc ngày càng nhiều và đòi hỏi về chất lượng công việc ngày càng cao của các đại biểu Quốc hội, các cơ quan của Quốc hội mà vụ, đơn vị đang thường xuyên, trực tiếp phục vụ.

Hai là, nhu cầu tạo thêm những “khoảng không gian” cho một sự phát triển hài hòa, mang tính kế tiếp hợp lý, có lớp lang trong đội ngũ cán bộ của đơn vị, hoặc đồng thời cũng có thể qua đó, mà kết hợp với việc thực hiện chính sách cán bộ trong những trường hợp cần thiết.

Tuy nhiên, như trên đã đề cập, về cơ bản việc thành lập phòng trong các vụ, đơn vị phục vụ chung là khá hợp lý, thì việc thành lập phòng trong các vụ, đơn vị trực tiếp giúp việc Hội đồng, các Ủy ban, các Ban lại là không cần thiết và cũng không nên. Bởi lẽ, việc này sẽ làm cho hoạt động của vụ, đơn vị thêm nhiều tầng nấc, không phù hợp với tính chất công việc là nghiên cứu, tham mưu, từ đó sẽ làm ảnh hưởng không tốt đến chất lượng và tiến độ công việc.

Để giải quyết hai nhu cầu trên, có thể nghiên cứu áp dụng các giải pháp khác như: tăng cường thêm cán bộ có năng lực, trình độ cho các vụ, đơn vị này (chú trọng về chất lượng ở ngay khâu tuyển dụng để hạn chế tối đa việc tuyển dụng về rồi mới đào tạo, đào tạo lại và đào tạo tiếp); thay đổi phương thức làm việc, tập trung vào việc nghiên cứu để chuyên từ chế độ làm việc thủ trưởng thuần túy như quy định hiện nay sang chế độ làm việc thủ trưởng kết hợp với chế độ làm việc chuyên viên. Trong đó, làm rõ lĩnh vực công tác nào thì làm việc theo chế độ thủ trưởng, lĩnh vực công tác nào thì làm việc theo chế độ thủ trưởng kết hợp với chế độ

chuyên viên; hình thành chế độ chuyên gia; thực hiện có hiệu quả chế độ phong hàm cấp phòng, cấp vụ hiện có... để tạo ra những vị trí “tương xứng” với những cán bộ xứng đáng.

Trong trường hợp xét thấy việc thành lập phòng vẫn là cần thiết, đề nghị quan tâm đến vấn đề sau: các vụ, đơn vị giúp việc trực tiếp các cơ quan của Quốc hội đều có chung một số nhiệm vụ chính là nghiên cứu, tham mưu và tổ chức phục vụ, giúp cho các cơ quan này thực hiện ba hoạt động chủ yếu của mình là thẩm tra, giám sát và kiến nghị. Do vậy, việc có thành lập phòng ở các vụ, đơn vị này hay không cần phải được nghiên cứu một cách đồng bộ để triển khai thực hiện thống nhất, tránh trường hợp cùng là các đơn vị có tính chất hoạt động như nhau nhưng lại có cơ cấu, tổ chức khác nhau, dẫn đến sự phức tạp không cần thiết trong tổ chức bộ máy của cơ quan. Liên quan đến việc thành lập mới các đơn vị nói chung và đơn vị là cấp phòng nói riêng, xin được nêu một thực tế, năm 1993 VPQH thành lập Ban thanh tra, theo Quyết định, đây là đơn vị cấp phòng trực thuộc Chủ nhiệm, có biên chế từ 5-7 cán bộ²³... Tuy nhiên, cho đến nay vẫn có nhiều người trong VPQH không biết đến đơn vị này, và cho rằng chức danh Trưởng ban Thanh tra là một chức danh “tự nhiên có”, chứ không dựa trên một cơ sở mang tính pháp lý nào khi bổ nhiệm, và hiện nay, chức danh này được biết đến như là một chức danh thuộc Vụ Tổ chức - Cán bộ.

Sau cùng, việc tổ chức phòng ở các đơn vị cấp vụ thuộc VPQH, cũng nên là một nội dung đáng quan tâm trong quá trình tổng kết, nghiên cứu để sửa đổi, bổ sung Nghị quyết 417 mà chúng ta đang tiến hành. Theo chúng tôi, cần xem xét để quy định vấn đề này ngay trong Nghị quyết, theo hướng khẳng định nguyên tắc: chỉ một số đơn vị cấp vụ làm công tác phục vụ chung, và phải được nêu rõ tên trong Nghị quyết này mới tổ chức cấp phòng, còn cụ thể gồm những phòng gì trong đơn vị đó sẽ do Chủ nhiệm Văn phòng Quốc hội xem xét, quyết định ■

23 Quyết định số 1093/QĐ/CN ngày 05/10/1993 của Chủ nhiệm Văn phòng Quốc hội về việc thành lập Ban Thanh tra của Văn phòng Quốc hội.

XÂY DỰNG LUẬT KHOA HỌC VÀ CÔNG NGHỆ- TỪ TIẾP CẬN SO SÁNH

TRẦN VĂN HẢI*

Luật Khoa học và công nghệ (KH&CN) hiện hành được ban hành từ năm 2000 (Luật KH&CN 2000) và các văn bản hướng dẫn thi hành đã đặt nền móng cho việc xây dựng hành lang pháp lý cho các hoạt động KH&CN, đáp ứng yêu cầu phát triển nhanh, bền vững của đất nước và hội nhập quốc tế. Tuy nhiên, sau hơn 10 năm triển khai thực hiện, Luật KH&CN năm 2000 và các văn bản hướng dẫn thi hành Luật đã bộc lộ nhiều điểm hạn chế, bất cập. Thực hiện Chương trình của Quốc hội nhiệm kỳ khoá XIII về xây dựng luật, pháp lệnh, Chính phủ đã giao cho Bộ KH&CN chủ trì phối hợp với các bộ, ngành liên quan soạn thảo Dự án Luật KH&CN (sửa đổi). Bài viết phân tích và đưa ra một số đề xuất góp phần hoàn thiện Dự thảo Luật KH&CN.

1. Thuật ngữ công nghệ

Khoản 2 Điều 2 Luật KH&CN 2000 định nghĩa: *Công nghệ là tập hợp các phương pháp, quy trình, kỹ năng, bí quyết, công cụ, phương tiện dùng để biến đổi các nguồn lực thành sản phẩm.*

Khoản 2 Điều 3 Dự thảo Luật KH&CN định nghĩa: *Công nghệ là giải pháp, quy trình, bí quyết kỹ thuật có kèm theo hoặc không kèm theo công cụ, phương tiện dùng để biến đổi các nguồn lực thành sản phẩm.* Lý do để các nhà soạn thảo Dự thảo đưa ra sự thay đổi này là “Chỉnh sửa cho chính xác

và phù hợp với khoản 2 Điều 3 Luật Chuyển giao công nghệ năm 2006”¹.

Chúng tôi không bình luận về nội hàm của khái niệm công nghệ trong hai văn bản vừa nêu, nhưng lý do để chỉnh sửa lại không thuyết phục, bởi lẽ: (i) công nghệ trong Luật Chuyển giao công nghệ chỉ được hiểu là công nghệ có thể được chuyển giao, tức là công nghệ có thể được thương mại hóa; (ii) công nghệ trong Luật KH&CN phải được hiểu là công nghệ nói chung, tức là cả công nghệ có thể được thương mại hóa và công nghệ không thể thương mại hóa.

* *TS Luật, Chủ nhiệm Khoa Khoa học quản lý, Trường Đại học Khoa học Xã hội và Nhân văn, Đại học Quốc gia Hà Nội.*

1 *Bảng so sánh, giải trình Dự án Luật KH&CN (sửa đổi), ban hành ngày 01/7/2012, tr.2.*

Cần thấy rằng phương pháp, quy trình, kỹ năng... (những bộ phận thuộc công nghệ) trong lĩnh vực khoa học xã hội và nhân văn là không thể thương mại hóa, do đó chúng không thể được chuyển giao theo quy định của Luật Chuyển giao công nghệ². Không có tổ chức, cá nhân nào lại bỏ tiền ra mua độc quyền sử dụng phương pháp dạy văn học cổ điển, quy trình kiểm tra bài tập của học sinh tiểu học, kỹ năng nghe tiếng Anh cho trẻ em...

Lấy lý do trên để chỉnh sửa, Dự thảo Luật KH&CN đã tiếp cận công nghệ theo thiên hướng nghiêng về khoa học tự nhiên khi quan niệm công nghệ là giải pháp, quy trình, bí quyết kỹ thuật. Chúng tôi sẽ chứng minh nhận định này bằng cách phân tích thuật ngữ giải pháp, quy trình, bí quyết khi gắn với thuật ngữ kỹ thuật trong định nghĩa về công nghệ tại Dự thảo Luật KH&CN.

Trước hết, cần phải thấy rằng, giải pháp, quy trình, bí quyết kỹ thuật là sáng chế theo quy định của pháp luật về sở hữu trí tuệ (SHTT). Tài liệu do Tổ chức SHTT Thế giới (WIPO) phát hành định nghĩa: “Sáng chế là sản phẩm mới hoặc quy trình nhằm giải quyết một vấn đề kỹ thuật”³.

Luật SHTT định nghĩa tại khoản 12 Điều 4: “Sáng chế là giải pháp kỹ thuật dưới dạng sản phẩm hoặc quy trình nhằm giải quyết một vấn đề xác định bằng việc ứng dụng các quy luật tự nhiên”.

Từ những định nghĩa nêu trên, có thể rút ra các đặc điểm sau đây: (i) sáng chế là giải pháp kỹ thuật, nó không tồn tại trong lĩnh vực khoa học xã hội và nhân văn; (ii) sáng chế phải có tính mới. Đây là đặc điểm quan trọng nhất của sáng chế, làm cho sáng chế

khác biệt với phát minh; (iii) sáng chế có thể tồn tại ở dạng sản phẩm hoặc quy trình⁴.

Một số ví dụ về sáng chế: James Watt sáng chế ra máy hơi nước, Nobel sáng chế ra thuốc nổ TNT... Cần thấy rằng máy hơi nước, thuốc nổ... có thể được thương mại hóa, còn giải pháp, quy trình trong lĩnh vực khoa học xã hội và nhân văn là không thể được thương mại hóa.

Qua đây cho thấy, có lẽ nên giữ nguyên định nghĩa về công nghệ như Luật KH&CN 2000 đã quy định thì hợp lý hơn.

2. Thuật ngữ nghiên cứu khoa học và phát triển công nghệ (gọi tắt là nghiên cứu và phát triển)

Khoản 4 Điều 3 Dự thảo Luật KH&CN viết: Nghiên cứu khoa học bao gồm nghiên cứu cơ bản, nghiên cứu ứng dụng, nghiên cứu cơ bản định hướng ứng dụng.

Có nhiều cách tiếp cận để phân loại nghiên cứu khoa học, như phân loại theo chức năng nghiên cứu, phân loại theo phương thức thu thập thông tin, phân loại theo các giai đoạn của nghiên cứu... Phân loại theo các giai đoạn của nghiên cứu bao gồm: nghiên cứu cơ bản, nghiên cứu ứng dụng và triển khai thực nghiệm, gọi chung là nghiên cứu và triển khai, tiếng Anh viết là Research and Development (viết tắt là R&D). Từ Development trong cụm từ vừa nêu không dịch là phát triển, bởi vì thuật ngữ này có tên đầy đủ là Technical Experimental Development, sau này cũng được gọi là Technological Experimental Development. Năm 1959, giáo sư Tạ Quang Bửu đặt thuật ngữ tiếng Việt là “triển khai kỹ thuật”, gọi tắt là “triển khai”. Nghĩa của triển khai là “thực nghiệm một lý thuyết khoa học cho nó

2 Xin tham khảo thêm: Trần Văn Hải (2011), Thương mại hóa kết quả nghiên cứu - Tiếp cận từ quyền sở hữu trí tuệ, Tạp chí Hoạt động khoa học - ISSN 1859-4794 số tháng 4/2011 (623), tr. 36-40.

3 Maria de Icaza (2007), Inventions and Patents, WIPO, p.7.

4 Phạm Phi Anh, Trần Văn Hải (2011), Sáng chế và mẫu hữu ích, Trường Đại học Khoa học Xã hội và Nhân văn, Hà Nội.

thành công nghệ”, sản phẩm của nó gồm ba loại: tạo mẫu (prototype), tạo quy trình, làm thí điểm loại nhỏ (còn gọi là làm “Série 0”).

Thuật ngữ “phát triển công nghệ” (Technology Development) mang nghĩa hoàn toàn khác với “Technological Experimental Development”, đây là hoạt động sau nghiên cứu, là quá trình chuyển giao kết quả nghiên cứu vào sản xuất, bao gồm: (i) phát triển công nghệ theo chiều rộng (Extensive Development of Technology), còn gọi là “nhân rộng công nghệ” (Diffusion of Technology); (ii) phát triển công nghệ theo chiều sâu (Intensive Development of Technology), còn gọi là “nâng cấp công nghệ” (Upgrading of Technology).

Về chính sách tài chính đối với “triển khai” và “phát triển” cũng khác nhau, trong khi “triển khai” được cấp vốn theo nguồn “nghiên cứu và triển khai” (R&D), bán sản phẩm “triển khai” được miễn thuế, thì bán sản phẩm “phát triển” lại phải chịu thuế⁵.

Qua tìm hiểu thuật ngữ Development trong các tài liệu nước ngoài, chúng tôi nhận thấy: (i) Frascati Manual trong nghiên cứu do Tổ chức Hợp tác và phát triển kinh tế (OECD) công bố viết là “triển khai thực nghiệm”⁶; (ii) Điều 2 Luật Khoa học và chính sách khoa học - kỹ thuật Cộng hòa Liên bang Nga do Duma quốc gia Nga thông qua ngày 12/7/1996 không dùng từ “phát triển” (Развитие) mà dùng từ “triển khai” (Разработка): “triển khai thực nghiệm là hoạt động dựa trên tri thức thu được trong

quá trình thực hiện các nghiên cứu khoa học...”⁷; (iii) trong cuốn Tuyển chọn văn bản Luật KH&CN của một số nước trên thế giới do Viện Chiến lược và Chính sách KH&CN dịch⁸ Research and Development trong Luật Tiên bộ KH&CN của Trung Quốc⁹ là “nghiên cứu và triển khai”.

Như vậy, các nghiên cứu trong nước và nước ngoài được công bố, văn bản pháp luật về KH&CN của một số quốc gia cho thấy, việc sử dụng cụm từ “nghiên cứu và triển khai” là hợp lý. Do đó, cần nghiên cứu để Dự thảo Luật KH&CN viết lại cho chính xác các thuật ngữ vừa nêu.

4. Thuật ngữ “thị trường khoa học và công nghệ”

Khoản 3 Điều 5 và các điều khác trong Luật KH&CN 2000 sử dụng cụm từ “thị trường công nghệ”, nhưng Dự thảo Luật KH&CN đã xóa bỏ cụm từ này và thay vào đó là cụm từ “thị trường KH&CN”.

Như mục 2 đã phân tích, kết quả nghiên cứu trong lĩnh vực khoa học xã hội và nhân văn là không thể thương mại hóa, trong mục này, chúng tôi xin nhấn mạnh một điểm nữa, kết quả nghiên cứu cơ bản trong lĩnh vực khoa học tự nhiên cũng không thể thương mại hóa, tức là không thể trở thành hàng hóa.

Về vấn đề này, chúng tôi đã có một nghiên cứu riêng¹⁰, xin tóm tắt nghiên cứu vừa nêu và bổ sung một số điểm cho phù hợp với tiêu chí của bài viết này.

5 Chúng tôi sử dụng tư liệu của Vũ Cao Đàm (2007), Giáo trình phương pháp luận nghiên cứu khoa học, Nhà xuất bản Giáo dục, Hà Nội, tr.39-41.

6 Nguồn: OECD Frascati Manual, Sixth edition, 2002, para. 64, page 30: Experimental development is systematic work, drawing on existing knowledge gained from research...

7 "Экспериментальные разработки - деятельность, которая основана на знаниях, приобретенных в результате проведения научных...".

8 Tuyển chọn văn bản Luật KH&CN của một số nước trên thế giới, Nhà xuất bản Chính trị quốc gia, Hà Nội, 1997, tr.51 và một số trang tiếp theo.

9 Xin tham khảo thêm chương 5 của Law of the People's Republic of China on Science and Technology Progress (Adopted at the Second Meeting of the Standing Committee of the Eighth National People's Congress on July 2, 1993).

10 Trần Văn Hải (2012), Thuật ngữ “thị trường khoa học và công nghệ”, “thị trường công nghệ” - Tiếp cận từ pháp luật về sở hữu trí tuệ, Tạp chí Hoạt động khoa học - ISSN 1859-4794, số tháng 07.2012 (638), tr. 63-66.

Thị trường bao gồm bốn yếu tố cơ bản: có hàng hóa; người bán (bên cung hàng hóa); người mua (bên cầu hàng hóa); tập hợp các quy định của pháp luật để điều chỉnh hoạt động mua, bán giữa bên cung hàng hóa và bên cầu hàng hóa. Như vậy, điều kiện tiên quyết để tồn tại thị trường là phải có hàng hóa để mua, bán, trao đổi.

Khoa học không thể là hàng hóa. Khoản 1 Điều 2 Luật KH&CN 2000 định nghĩa: *Khoa học là hệ thống tri thức về các hiện tượng, sự vật, quy luật của tự nhiên, xã hội và tư duy.*

Hệ thống tri thức trong định nghĩa về khoa học nêu trên là kết quả của nghiên cứu cơ bản. Sản phẩm của nghiên cứu cơ bản là các khám phá, phát minh, phát hiện, dẫn đến việc hình thành một hệ thống lý thuyết có giá trị tổng quát, ảnh hưởng đến một hoặc nhiều lĩnh vực khoa học.

Khi *khoa học là hệ thống tri thức về các hiện tượng, sự vật, quy luật của xã hội và tư duy* thì nó không thể là hàng hóa, ví dụ: quy luật phủ định của phủ định, quy luật giá trị thặng dư... không thể là hàng hóa. Khi *khoa học là hệ thống tri thức về các hiện tượng, sự vật, quy luật của tự nhiên* thì nó cũng không thể là hàng hóa. Trong thực tế, không tổ chức, cá nhân nào lại bỏ tiền mua quyền sở hữu hoặc độc quyền sử dụng phát minh khoa học định luật vạn vật hấp dẫn của Newton. Cũng tương tự như vậy, không ai lại bỏ tiền mua quyền sở hữu hoặc độc quyền sử dụng phát minh khoa học như Định luật bất biến tiết diện của các quá trình sinh hạt của Nguyễn Văn Hiệu, bất kỳ nhà nghiên cứu nào khi sử dụng định luật này cũng chỉ cần nêu tên tác giả định luật mà không phải trả tiền cho Giáo sư Viện sĩ Nguyễn Văn Hiệu. Như vậy, khi tiếp cận khoa học từ định nghĩa

dưới góc độ pháp luật thì chính khoa học không thể là hàng hóa.

Khoa học còn được tiếp cận dưới góc độ khác, ví dụ khoa học được hiểu là: 1. *Hệ thống tri thức*; 2. *Hoạt động xã hội*; 3. *Hình thái ý thức xã hội*; 4. *Thiết chế xã hội*¹¹. Nếu hiểu khoa học theo nghĩa này thì hoạt động xã hội, hình thái ý thức xã hội, thiết chế xã hội cũng không thể là hàng hóa để có thể mua, bán, trao đổi trên thị trường. Do đó, khi tiếp cận khoa học dưới các góc độ khác nhau, thì khoa học không thể là hàng hóa (điều kiện tiên quyết số 1 của thị trường), dẫn đến không tồn tại thị trường khoa học.

Công nghệ có thể là hàng hóa. Như đã phân tích, khi công nghệ là kết quả nghiên cứu ứng dụng trong lĩnh vực khoa học xã hội và nhân văn thì không là hàng hóa, do đó trong mục này chỉ xét công nghệ là kết quả nghiên cứu ứng dụng trong lĩnh vực khoa học tự nhiên.

Khoản 12 Điều 4 Luật SHTT định nghĩa: *Sáng chế là giải pháp kỹ thuật dưới dạng sản phẩm hoặc quy trình nhằm giải quyết một vấn đề xác định bằng việc ứng dụng các quy luật tự nhiên.* Sáng chế trong định nghĩa này là một dạng công nghệ, khi một công nghệ được bảo hộ quyền sở hữu công nghiệp thì chủ sở hữu của nó có quyền ngăn cấm người khác sử dụng công nghệ đó. Như vậy, người khác chỉ có quyền sở hữu hoặc quyền sử dụng công nghệ nếu được chủ sở hữu công nghệ chuyển giao (quyền sở hữu hoặc quyền sử dụng). Việc chuyển giao này thực chất là việc thuê, mua, bán hàng hóa công nghệ. Do đó, khi công nghệ là kết quả nghiên cứu ứng dụng trong lĩnh vực khoa học tự nhiên, thì nó có thể là hàng hóa (điều kiện tiên quyết số 1 để tồn tại thị trường), dẫn đến tồn tại thị trường công nghệ.

11 Vũ Cao Đàm (2002), *Phương pháp luận nghiên cứu khoa học*, Nxb Khoa học và Kỹ thuật, Hà Nội, tr 21-22.

Từ các phân tích đã nêu, có thể rút ra 2 nhận định sau: (i) không tồn tại thị trường khoa học và do đó không tồn tại thị trường KH&CN; (ii) chỉ tồn tại thị trường công nghệ.

Trong pháp luật về KH&CN của nước ngoài, chúng tôi thấy các nước đã sử dụng “thị trường công nghệ”¹². Bởi vậy, nên giữ nguyên thuật ngữ “thị trường công nghệ” như Luật KH&CN 2000 đã sử dụng.

4. Quyền và nghĩa vụ của cá nhân hoạt động khoa học và công nghệ

Khoản 3 Điều 20 Dự thảo Luật KH&CN quy định cá nhân hoạt động KH&CN có quyền: Thành lập tổ chức nghiên cứu và phát triển, tổ chức dịch vụ khoa học và công nghệ trong một số lĩnh vực theo quy định của Thủ tướng Chính phủ.

Để phân tích quy định này, trước hết cần thấy khoa học với tư cách là một hoạt động xã hội hướng tới những mục tiêu sau: (i) phát hiện bản chất các sự vật, phát hiện nhận thức về thế giới; (ii) dựa vào quy luật đã nhận biết của sự vật mà dự báo quá trình phát triển của sự vật, lựa chọn hướng đi để tránh hoặc giảm thiểu các rủi ro; (iii) sáng tạo ra các sự vật mới phục vụ những mục tiêu tồn tại và phát triển bản thân con người và xã hội loài người¹³.

Các cụm từ được in nghiêng là điểm đáng chú ý trong các mục tiêu nêu trên của khoa học, chúng thể hiện những điểm mà con người hiện tại chưa biết, khoa học phải giúp con người để biết. Điểm chưa biết thuộc về tồn tại xã hội, ý thức xã hội chỉ phản ánh được tồn tại xã hội, ví dụ khi chưa

có virus HIV thì pháp luật hình sự chưa thể đề ra điều khoản trừng trị tội cố tình gây lây nhiễm virus HIV. Như vậy, pháp luật với tư cách là một yếu tố thuộc ý thức xã hội, chỉ phản ánh được tồn tại xã hội, xét trên khía cạnh này thì pháp luật không có chức năng dự báo, trong khi đó dự báo, phát hiện ra cái mới... lại là những chức năng bắt buộc phải có của khoa học.

Do pháp luật không có chức năng dự báo, bởi vậy pháp luật chỉ có thể cho phép nghiên cứu khoa học thuộc những lĩnh vực đã biết, mà không thể cho phép nghiên cứu khoa học thuộc những lĩnh vực sẽ biết, ví dụ vào thập kỷ 60 của thế kỷ trước, có lẽ không một quy định nào của pháp luật lại đủ khả năng dự báo để cho phép nghiên cứu công nghệ na-nô (Nanotechnology). Như vậy, xét theo khía cạnh này thì pháp luật không những không thúc đẩy sự phát triển của khoa học mà ngược lại đã/sẽ kìm hãm sự phát triển của khoa học.

Trở lại với khoản 3 Điều 20 Dự thảo Luật KH&CN, quy định của Thủ tướng Chính phủ là một dạng quy định của pháp luật, có lẽ nên quy định cấm nghiên cứu một số lĩnh vực (ví dụ cấm nghiên cứu công nghệ sinh sản vô tính) thay vì cho phép nghiên cứu một số lĩnh vực.

5. Quỹ đầu tư mạo hiểm

Điều 53 Dự thảo Luật KH&CN quy định: *1. Nhà nước thành lập và khuyến khích tổ chức, cá nhân thành lập các quỹ để hỗ trợ, đầu tư cho hoạt động KH&CN. 2. Quỹ hỗ trợ, đầu tư cho hoạt động KH&CN bao gồm:...c) Quỹ đầu tư mạo hiểm công nghệ cao.*

12 Ví dụ: Luật Tiến bộ KH&CN của Trung Quốc (Law of the People's Republic of China on Science and Technology Progress) đã quy định tại Điều 12 về thị trường công nghệ: Article 12. The State shall establish and develop technology market to promote the commercialization of scientific and technological achievements... Luật này không nhắc đến thuật ngữ “thị trường KH&CN” (Science and Technology Market).

13 Vũ Cao Đàm (2007), sđd, tr.14.

Điều 25 Luật Công nghệ cao 2006 quy định: *2. Nguồn tài chính hình thành Quỹ đầu tư mạo hiểm công nghệ cao quốc gia bao gồm: a) Vốn điều lệ của Quỹ đầu tư mạo hiểm công nghệ cao quốc gia được hình thành từ ngân sách nhà nước và được bổ sung từ ngân sách nhà nước trong quá trình hoạt động.*

Qua đó, có thể thấy pháp luật đã quy định Quỹ đầu tư mạo hiểm do Nhà nước thành lập từ nhiều nguồn khác nhau, trong đó một phần được hình thành và bổ sung từ ngân sách nhà nước.

Đầu tư mạo hiểm (Venture capital) là việc cung cấp vốn tài chính cho các tổ chức ở giai đoạn khởi động tăng trưởng ban đầu, mạo hiểm được định nghĩa là một tương lai dự báo của quá trình chuyển đổi thành với mức độ rủi ro và đầu tư được giả định đầy đủ. Đầu tư mạo hiểm xuất hiện với vốn chủ sở hữu tư nhân trong nửa đầu của thế kỷ 20 là lĩnh vực của các cá nhân và gia đình giàu có, như Vanderbilts, Whitneys, Rockefellers, Warburgs... Theo thông lệ quốc tế trong hoạt động tài chính, các đầu tư mạo hiểm đều được hình thành từ vốn của chủ sở hữu tư nhân¹⁴.

Luật Ngân sách nhà nước 2002 định nghĩa: *Ngân sách nhà nước là toàn bộ các khoản thu, chi của Nhà nước trong dự toán đã được cơ quan nhà nước có thẩm quyền quyết định và được thực hiện trong một năm để đảm bảo thực hiện các chức năng và nhiệm vụ của nhà nước.* Từ định nghĩa này, cho thấy không một cơ quan nhà nước có thẩm quyền nào lại có thể dự toán được các khoản đầu tư mạo hiểm. Ngân sách nhà nước chỉ chi cho nghiên cứu khoa học trong phạm vi có thể dự toán được. Vì lẽ này, thông lệ

quốc tế không lấy ngân sách nhà nước để đầu tư mạo hiểm.

Như vậy, Quỹ đầu tư mạo hiểm công nghệ cao được hình thành từ ngân sách nhà nước là trái với thông lệ quốc tế về hoạt động tài chính, việc này thể hiện tư duy cũ: Nhà nước làm khoa học, chứ không phải tư duy mới: *Nhà nước quản lý khoa học.* Do đó, nên nghiên cứu để bỏ quy định Quỹ đầu tư mạo hiểm công nghệ cao được hình thành từ ngân sách nhà nước trong Dự thảo Luật KH&CN, đồng thời sửa đổi cả quy định này trong Luật Công nghệ cao 2006.

Bằng cách nghiên cứu so sánh giữa Dự thảo Luật KH&CN với các quy định hiện hành của pháp luật về KH&CN, giữa pháp luật Việt Nam về KH&CN với pháp luật về KH&CN của một số quốc gia khác, giữa các nghiên cứu trong nước và nước ngoài về KH&CN đã được công bố, chúng tôi xin đề xuất:

Một là, giữ nguyên định nghĩa về công nghệ như Luật KH&CN 2000 đã quy định.

Hai là, sử dụng cụm từ “nghiên cứu và triển khai” thay vì cụm từ “nghiên cứu và phát triển”.

Ba là, giữ nguyên thuật ngữ “thị trường công nghệ” như Luật KH&CN 2000 đã sử dụng.

Bốn là, quy định cấm nghiên cứu một số lĩnh vực thay vì cho phép nghiên cứu một số lĩnh vực.

Năm là, bỏ quy định Quỹ đầu tư mạo hiểm công nghệ cao được hình thành từ ngân sách nhà nước trong Dự thảo Luật KH&CN, đồng thời sửa đổi quy định này trong Luật Công nghệ cao 2006 ■

¹⁴ Theo http://en.wikipedia.org/wiki/Venture_capital: *Venture capital is a subset of private equity. Therefore, all venture capital is private equity, but not all private equity is venture capital.*

Kiến nghị từ quy định xử phạt người “KHÔNG ĐỦ ĐIỀU KIỆN HÀNH NGHỀ LUẬT SƯ MÀ HÀNH NGHỀ LUẬT SƯ”

BÙI ĐĂNG VƯƠNG*

1. Quy định xử phạt người “không đủ điều kiện hành nghề luật sư mà hành nghề luật sư dưới bất kỳ hình thức nào”

Theo quy định tại Điều 2 Luật Luật sư năm 2006, luật sư là người có đủ tiêu chuẩn, điều kiện hành nghề theo quy định của Luật Luật sư, thực hiện dịch vụ pháp lý theo yêu cầu của cá nhân, cơ quan, tổ chức. Các tiêu chuẩn của luật sư được quy định tại Điều 10 của Luật Luật sư. Theo đó, công dân Việt Nam trung thành với Tổ quốc, tuân thủ Hiến pháp và pháp luật, có phẩm chất đạo đức tốt, có bằng cử nhân luật, đã được đào tạo nghề luật sư, đã qua thời gian tập sự hành nghề luật sư, có sức khỏe bảo đảm hành nghề luật sư, thì có thể trở thành luật sư. Nhưng muốn hành nghề luật sư, cần có thêm điều kiện hành nghề luật sư: phải có chứng chỉ hành nghề luật sư và gia nhập một Đoàn luật sư (Điều 11, Luật Luật sư).

Khoản 1 Điều 92 Luật Luật sư năm 2006 quy định: “Cá nhân không đủ điều kiện hành nghề luật sư mà hành nghề luật sư dưới bất kỳ hình thức nào thì bị buộc phải chấm dứt hành vi vi phạm, bị phạt tiền theo quy định của pháp luật về xử lý vi phạm hành

chính hoặc bị truy cứu trách nhiệm hình sự; nếu gây thiệt hại thì phải bồi thường theo quy định của pháp luật”.

Cụ thể hóa những quy định này của Luật, Chính phủ đã ban hành Nghị định số 60/2009/NĐ-CP ngày 23/7/2009 về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực tư pháp (Nghị định 60). Điều 24 của Nghị định quy định 27 hành vi được coi là vi phạm trong hoạt động hành nghề của luật sư. Chúng tôi chỉ phân tích một hành vi được quy định tại điểm 1 khoản 4 Điều 24 của Nghị định 60. Đó là hành vi vi phạm “Không đủ điều kiện hành nghề luật sư theo quy định của pháp luật mà hành nghề luật sư dưới bất kỳ hình thức nào”. Hành vi này theo quy định thì chỉ bị xử phạt tiền từ 5 triệu đến 10 triệu đồng. Hình thức xử phạt bổ sung và biện pháp khắc phục hậu quả của hành vi này chưa được Nghị định 60 quy định.

Hiện nay đang có hai cách hiểu về quy định: “Không đủ điều kiện hành nghề luật sư theo quy định của pháp luật mà hành nghề luật sư dưới bất kỳ hình thức nào”. *Quan điểm thứ nhất* cho rằng, không đủ điều kiện hành nghề luật sư mà hành nghề luật sư dưới

* Thanh tra Sở Tư pháp Quảng Ngãi.

bất kỳ hình thức nào là việc một người *không phải là luật sư, không phải là Trợ giúp viên pháp lý, không có bằng cấp về luật... nhưng lại hoạt động trong lĩnh vực của luật sư, cung cấp các dịch vụ pháp lý* như tham gia tố tụng, tư vấn pháp luật, đại diện ngoài tố tụng cho khách hàng và các dịch vụ pháp lý khác. Trong thực tế thì những người này có thể là một người bình thường nhưng có khả năng am hiểu pháp luật do họ tự nghiên cứu pháp luật, có thể do họ có quen biết với các quan chức có thẩm quyền trong các cơ quan nhà nước để “lo lót, chạy chọt”, hoặc cũng có những người “am tường pháp luật”, biết đường đi nước bước trong việc kiện tụng từ chính những việc khiếu nại, kiện tụng của cá nhân họ... Những người này (tạm gọi họ là “cò kiện”) tham gia hoạt động cung cấp dịch vụ pháp lý như luật sư, có thu thù lao từ việc cung cấp những dịch vụ pháp lý này. Như vậy, các đối tượng này không phải là luật sư, khi họ tham gia hoạt động trong lĩnh vực này, họ không đủ điều kiện hành nghề luật sư mà đã hành nghề luật sư dưới các hình thức khác nhau và hành vi của họ phải bị xử phạt theo quy định tại điểm 1 khoản 4 Điều 24 của Nghị định 60.

Quan điểm thứ hai cho rằng, chủ thể của các hành vi vi phạm quy định tại điểm 1 khoản 4 Điều 24 của Nghị định 60 phải là luật sư, và khi luật sư “không đủ điều kiện hành nghề luật sư theo quy định của pháp luật mà hành nghề luật sư dưới bất kỳ hình thức nào” thì mới bị xử phạt. Như vậy với cách hiểu này, bắt buộc đối tượng vi phạm phải là luật sư thì mới bị pháp luật điều chỉnh, Thanh tra Tư pháp mới có quyền xử phạt, còn nếu đối tượng vi phạm không phải là luật sư thì Thanh tra Tư pháp không được xử phạt.

Trên đây là hai quan điểm, cách hiểu và áp dụng khác nhau về chế định này trong thực tiễn. Chúng tôi đồng ý với cách hiểu thứ hai này. Theo đó, đối tượng bị xử phạt trong



chế định này phải là luật sư bởi các lý do sau:

Thứ nhất, theo Điều 11 Luật Luật sư về điều kiện hành nghề luật sư thì người có đủ tiêu chuẩn quy định tại Điều 10 của Luật Luật sư muốn được hành nghề luật sư phải có chứng chỉ hành nghề luật sư và gia nhập một Đoàn luật sư. Như vậy điều kiện hành nghề ở đây phải đáp ứng được hai tiêu chí: *phải có chứng chỉ hành nghề luật sư và gia nhập một Đoàn luật sư.*

Thứ hai, “điều kiện hành nghề luật sư” là một vế của định nghĩa về luật sư. Theo định nghĩa về luật sư quy định tại Điều 2 của Luật Luật sư năm 2006 thì luật sư là người có “đủ tiêu chuẩn” và đủ “điều kiện hành nghề” mới được hoạt động trong lĩnh vực của luật sư. Quy định tại điểm 1 khoản 4 điều 24 của Nghị định 60 chỉ nêu một nội dung là “điều kiện hành nghề” chứ không quy định về “đủ tiêu chuẩn”. Do vậy, cách hiểu điều kiện hành nghề luật sư theo quan điểm thứ hai là hoàn toàn chính xác.

2. Thực tế vi phạm và kiến nghị xử lý hành vi vi phạm

Trong thực tiễn giải quyết khiếu nại, tố cáo tại các tỉnh Quảng Ngãi, Kiên Giang... và một số địa phương khác, thời gian qua đã có nhiều đối tượng không đủ tiêu chuẩn, điều kiện hành nghề luật sư nhưng đã tham gia vào lĩnh vực hoạt động này. Lợi dụng vấn đề “uy quyền khiếu nại” và sự thiếu hiểu biết pháp luật của một bộ phận công dân, các đối tượng này thường xúi giục người dân uỷ quyền cho họ để thực hiện khiếu nại, khởi kiện thuê, có thu thù lao nhằm thu lợi bất chính và làm ảnh hưởng đến uy tín của những luật sư chân chính, gây khó khăn cho các cơ quan nhà nước cũng như gây ra các vụ lừa đảo chiếm đoạt tài sản của nhân dân. Thực tế đã xảy ra nhiều vụ lừa đảo kiểu này và người bị hại chỉ còn biết khởi kiện ra Tòa án để bảo vệ quyền của mình. Như vậy, những đối tượng này đã có hành vi xâm phạm trong lĩnh vực hoạt động luật sư.

Tuy nhiên, như đã phân tích, thì những đối tượng này lại không thuộc đối tượng điều chỉnh của Nghị định 60, bởi họ không phải là luật sư và Thanh tra Sở Tư pháp cũng như Chủ tịch UBND các cấp không thể phạt những đối tượng này. Điều này đồng nghĩa với việc các cơ quan nhà nước có thấy được hành vi của các đối tượng này khi họ gây khó khăn cho cơ quan nhà nước, lừa đảo nhân dân, nhưng cũng đành phải chấp nhận vì chưa có chế tài xử lý. Có thể nói đây là một lỗ hổng lớn của pháp luật trong lĩnh vực xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực luật sư cần phải được bổ sung kịp thời.

Từ thực trạng trên, chúng tôi xin đưa ra các kiến nghị:

Thứ nhất, cần phải sửa đổi, bổ sung Điều 92 của Luật Luật sư năm 2006. Điều 92 quy định về Xử lý vi phạm đối với cá nhân, tổ chức hành nghề luật sư bất hợp pháp. Theo đó, cá nhân không đủ điều kiện hành nghề luật sư mà hành nghề luật sư dưới

bất kỳ hình thức nào thì bị buộc phải chấm dứt hành vi vi phạm, bị phạt tiền theo quy định của pháp luật về xử lý vi phạm hành chính hoặc bị truy cứu trách nhiệm hình sự; nếu gây thiệt hại phải bồi thường theo quy định của pháp luật. Quy định như vậy là chưa đủ, cần bổ sung thêm. Cụ thể là: “Cá nhân không đủ tiêu chuẩn, điều kiện hành nghề luật sư...” (bổ sung thêm từ “tiêu chuẩn” vào khoản 1, khoản 2 Điều 92 Luật Luật sư).

Thứ hai, sửa đổi, bổ sung điểm 1 khoản 4 điều 24 Nghị định 60 theo hai cách sau:

Cách 1: Sửa lại điểm 1 như sau: “Không đủ tiêu chuẩn, điều kiện hành nghề luật sư theo quy định của pháp luật mà hành nghề luật sư dưới bất kỳ hình thức nào”.

Cách 2: Quy định thêm điểm m với nội dung sau: “Không đủ tiêu chuẩn hành nghề luật sư theo quy định của pháp luật mà hành nghề luật sư dưới bất kỳ hình thức nào”.

Trong hai cách trên thì theo chúng tôi, cách 1 phù hợp hơn.

Thứ ba, đề nghị quy định thêm hình thức xử phạt bổ sung và biện pháp khắc phục hậu quả đối với hành vi quy định tại điểm 1 khoản 4 Điều 24 Nghị định 60. Hiện nay, Nghị định 60 chỉ mới quy định người không đủ điều kiện hành nghề luật sư theo quy định của pháp luật mà hành nghề luật sư thì bị xử phạt chính bằng tiền từ 05 triệu đến 10 triệu đồng mà không có các hình thức phạt bổ sung, biện pháp khắc phục hậu quả. Trong khi đó, lợi nhuận họ thu được lớn hơn gấp nhiều lần mức xử phạt này. Vì thế, việc quy định mức phạt như vậy là còn quá nhẹ chưa đủ sức răn đe. Cần thiết phải quy định thêm hình thức xử phạt bổ sung đối với hành vi này, ví dụ như tước quyền sử dụng chứng chỉ hành nghề luật sư (có thời hạn từ 6 tháng đến 1 năm), đồng thời áp dụng thêm biện pháp khắc phục hậu quả là buộc hoàn trả số lợi bất hợp pháp thu được ■

XÓA TÊN LUẬT SƯ VÀ NHỮNG HẬU QUẢ PHÁP LÝ DANG DỜ

NGUYỄN BÌNH AN *

Vừa qua, Chủ nhiệm Đoàn Luật sư thành phố Hà Nội đã ký Quyết định số 88/QĐ-ĐLS xóa tên 16 luật sư là thành viên của mình ra khỏi danh sách luật sư thành viên của Đoàn vì đã không nộp phí thành viên từ hai năm trở lên. Căn cứ Điều 18¹, Luật Luật sư, Quyết định này yêu cầu những người bị xóa tên phải nộp lại Chứng chỉ hành nghề và Thẻ luật sư cho nơi đã cấp. Điều cần bàn ở đây là những hậu quả pháp lý của việc xóa tên luật sư chưa được Luật Luật sư và các văn bản hướng dẫn luật này giải quyết một cách triệt để, gây khó khăn cho các cơ quan nhà nước có thẩm quyền trong việc thực hiện chức năng, nhiệm vụ quản lý nhà nước của mình, cũng như ảnh hưởng đến các quyền và lợi ích hợp pháp của những khách hàng đã giao kết hợp đồng dịch vụ pháp lý với những tổ chức hành nghề luật sư (HNLS) do (những) luật sư bị xóa tên thành lập.

1. Chuyện cũ lặp lại: Thông tư “cao hơn” luật

Theo Quyết định số 88/QĐ-ĐLS và Thông báo số 89/CV-ĐLS của Đoàn Luật sư thành phố Hà Nội gửi Sở Tư pháp, mọi văn bản, giấy tờ có liên quan đến việc HNLS của những người bị xóa tên không còn giá trị pháp lý kể từ ngày ban hành quyết định. Thông báo này cũng đề nghị Sở Tư pháp kiểm tra việc

cấp Giấy đăng ký HNLS của những người này để giải quyết theo thẩm quyền.

Vậy thẩm quyền của Sở Tư pháp trong trường hợp này như thế nào?

Khoản 2 Điều 47 Luật Luật sư quy định: “Trong trường hợp chấm dứt hoạt động theo quy định tại điểm b (bị thu hồi Giấy đăng ký hoạt động) và điểm c (bị thu hồi Chứng chỉ HNLS) khoản 1 Điều 47, Luật Luật sư thì

* LS. Công ty luật VCA & Cộng sự

1 Điều 18. Thu hồi Chứng chỉ HNLS: 1. Người đã được cấp Chứng chỉ HNLS mà thuộc một trong những trường hợp sau đây thì bị thu hồi Chứng chỉ HNLS: d) Bị xử lý kỷ luật bằng hình thức xóa tên khỏi danh sách luật sư của Đoàn luật sư;

trong thời hạn bảy ngày làm việc, kể từ ngày thu hồi Giấy đăng ký hoạt động, Chứng chỉ HNLS, Sở Tư pháp có trách nhiệm thông báo bằng văn bản với Đoàn Luật sư, cơ quan thuế ở địa phương nơi đăng ký hoạt động và nơi có trụ sở của chi nhánh về việc thu hồi Giấy đăng ký hoạt động của tổ chức HNLS, Chứng chỉ HNLS”.

Còn theo Điều 47.1.c, Luật Luật sư, tổ chức HNLS chấm dứt hoạt động trong trường hợp Trưởng Văn phòng luật sư, Giám đốc Công ty luật trách nhiệm hữu hạn (TNHH) một thành viên hoặc tất cả các thành viên của Công ty luật hợp danh, thành viên của Công ty luật TNHH hai thành viên trở lên bị thu hồi Chứng chỉ HNLS. Có nghĩa rằng, tổ chức HNLS chấm dứt hoạt động kể từ ngày (những) luật sư thành lập tổ chức đó bị thu hồi Chứng chỉ HNLS; và Sở Tư pháp chỉ có trách nhiệm thông báo cho các cơ quan có liên quan như đoàn luật sư, cơ quan thuế... về việc thu hồi Chứng chỉ HNLS của (những) luật sư này mà thôi. Không một điều khoản nào trong Luật Luật sư quy định Sở Tư pháp chịu trách nhiệm thu hồi Giấy đăng ký hoạt động của tổ chức HNLS bị chấm dứt hoạt động theo Điều 47.1.c, Luật Luật sư. Hiểu theo nghĩa ngược lại, Sở Tư pháp không có quyền thu hồi Giấy đăng ký hoạt động của tổ chức HNLS đó vì không được luật cho phép thực hiện. Từ đó, Sở Tư pháp trở nên đuối lý khi yêu cầu nộp lại Giấy đăng ký hoạt động hoặc tổ chức HNLS có quyền từ chối nộp lại Giấy đăng ký hoạt động cho Sở này.

Theo đó, có thể nhận thấy, Luật Luật sư đang có sự đồng nhất giữa chấm dứt tư cách hành nghề của cá nhân và chấm dứt hoạt động của tổ chức HNLS. Trong hệ thống pháp luật hiện hành, tổ chức HNLS hoạt động hợp pháp kể từ khi được cấp Giấy đăng ký hoạt động (Sở Tư pháp cấp), Giấy chứng

nhận đăng ký mã số thuế (cơ quan thuế cấp) và Giấy chứng nhận đã đăng ký mẫu dấu (cơ quan công an cấp). Tổ chức này chỉ được xem là đã chính thức chấm dứt hoạt động khi được cơ quan thuế đồng ý đóng mã số thuế, hoàn trả con dấu cho cơ quan công an và cuối cùng là nộp lại Giấy đăng ký hoạt động cho Sở Tư pháp.

Rõ ràng, việc chấm dứt tư cách hành nghề của cá nhân do bị thu hồi Chứng chỉ HNLS không thể tự bản thân nó làm chấm dứt hoạt động của một tổ chức. Ngay cả khi Sở Tư pháp cho rằng, căn cứ theo Luật Luật sư, tổ chức hành nghề đó đương nhiên chấm dứt và bản thân Sở không thừa nhận sự tồn tại có tính pháp lý của tổ chức HNLS thì các cơ quan nhà nước khác (thuế, công an...) vẫn mặc nhiên coi tổ chức đó đang tồn tại hợp pháp, vì tổ chức này chưa thực hiện các thủ tục để các cơ quan có thẩm quyền chấp nhận việc chấm dứt hoạt động. Vì vậy, chiếu theo các quy định hiện hành của Luật Luật sư, sự chấm dứt hoạt động của tổ chức HNLS chỉ được xem là sự chấm dứt “trên lý thuyết” mà thôi.

Việc không thu hồi Giấy đăng ký hoạt động của tổ chức HNLS trong trường hợp này mang đến những hệ quả khó lường, các cơ quan quản lý nhà nước không kiểm soát được hoạt động của những tổ chức này trong thực tế, các doanh nghiệp, cá nhân vẫn có thể giao dịch với những tổ chức này để rồi các cơ quan chức năng sẽ phải đi giải quyết những hệ lụy của những giao dịch đó để lại...

Sau gần 5 năm kể từ ngày Luật Luật sư có hiệu lực thi hành, Bộ Tư pháp có lẽ cũng nhận ra vấn đề này nên đã đưa vào quy định tại Điều 11 của Thông tư số 17/2011/TT-BTP ban hành ngày 14/10/2011. Theo đó, Sở Tư pháp sẽ thu hồi Giấy đăng ký hoạt động của tổ chức HNLS bị chấm dứt hoạt động trong các trường hợp quy định tại khoản 1

Điều 47² của Luật Luật sư. Trong một chừng mực nhất định, thông tư này đã giải quyết tình huống pháp lý cho Sở Tư pháp, trao quyền cho cơ quan này được thu hồi Giấy đăng ký hoạt động của tổ chức HNLS do (những) luật sư thành lập tổ chức đó bị thu hồi Chứng chỉ HNLS; nhưng cũng dễ nhận thấy rằng, nội hàm của quy phạm pháp luật trong thông tư này đã vượt quá những quy định của Luật Luật sư. Luật không cho Sở có quyền thu hồi, nhưng thông tư lại cho phép làm, tạo nên câu chuyện cũ, thông tư đưa ra những quy phạm pháp luật có giá trị pháp lý “cao hơn” luật.

2. Và những hệ lụy tiếp theo...

Theo quy định hiện hành, khi bị chấm dứt hoạt động, tổ chức HNLS phải thỏa thuận với khách hàng về việc thực hiện hợp đồng dịch vụ pháp lý đã ký với họ nhưng chưa thực hiện xong. Luật chỉ quy định phải thỏa thuận với khách hàng, còn việc các bên có thỏa thuận được với nhau hay không thì Luật không đề cập đến cũng như không quy định về trách nhiệm liên đới của (những) luật sư thành lập tổ chức đó sau khi chấm dứt hoạt động.

Sự thỏa thuận giữa các bên có thể dẫn đến những kết quả sau:

(i) Các bên đồng ý chấm dứt và thanh lý hợp đồng dịch vụ pháp lý; hoặc

(ii) Các bên đồng ý ký lại hợp đồng dịch vụ pháp lý với tổ chức HNLS khác cùng với cam kết kế thừa các quyền và nghĩa vụ của hợp đồng đã ký; hoặc

(iii) Các bên xảy ra mâu thuẫn và không thể đi đến một thỏa thuận nào đó.

Thật hoàn hảo và không có gì phải bàn cãi nếu các bên có thể đi đến một thỏa thuận. Nhưng nếu các bên không đạt được thống nhất nào và xảy ra tranh chấp về quyền lợi thì hậu quả pháp lý của tranh chấp này dường như bị Luật Luật sư “bỏ ngỏ”. Lúc này, bên khách hàng, bằng con đường tố tụng, có quyền yêu cầu Tòa án bảo vệ quyền lợi của họ được không? Xin thưa là, chưa chắc.

Nếu bên khách hàng khởi kiện ra tòa, Tòa án thụ lý theo đúng thẩm quyền và thủ tục tố tụng, bên bị đơn thông báo với tòa về việc đã chấm dứt hoạt động theo quy định của Luật Luật sư thì Tòa án, căn cứ Điều 192 của Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2004 và Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2011, có thể ra quyết định đình chỉ giải quyết vụ án dân sự vì cơ quan, tổ chức đã bị giải thể mà không có cá nhân, cơ quan, tổ chức nào kế thừa quyền, nghĩa vụ tố tụng của cơ quan, tổ chức đó.

Hậu quả pháp lý của việc đình chỉ giải quyết vụ án dân sự trong trường hợp này là nguyên đơn không có quyền khởi kiện lại, tiền tạm ứng phí mà đương sự đã nộp được sung vào công quỹ nhà nước. Tức là, bên khách hàng mất quyền khởi kiện, mất luôn tiền tạm ứng án phí và quan trọng nhất là họ không có một cơ hội nào để yêu cầu pháp luật bảo vệ quyền lợi chính đáng của họ.

Chính vì không có những quy định về sự kế thừa quyền và nghĩa vụ khi tổ chức

2 Điều 47. Chấm dứt hoạt động của tổ chức HNLS

1. Tổ chức HNLS chấm dứt hoạt động trong các trường hợp sau đây:

a) Tự chấm dứt hoạt động;

b) Bị thu hồi Giấy đăng ký hoạt động;

c) Trưởng văn phòng luật sư, Giám đốc công ty luật TNHH một thành viên hoặc tất cả các thành viên của công ty luật hợp danh, thành viên của công ty luật TNHH hai thành viên trở lên bị thu hồi Chứng chỉ HNLS;

d) Công ty luật bị hợp nhất, bị sáp nhập;

đ) Trưởng Văn phòng luật sư, Giám đốc Công ty luật TNHH một thành viên chết.

HNLS chấm dứt hoạt động nên đã xâm hại các quyền và lợi ích hợp pháp của khách hàng của tổ chức đó và chưa có một cơ chế pháp lý nào bảo vệ quyền lợi bên khách hàng cho đến thời điểm hiện nay.

Ngoài ra, Luật Luật sư cũng không có các quy định cấm tổ chức HNLS được thực hiện một số hành vi khi đã bị chấm dứt hoạt động, ví dụ như cất giấu, tẩu tán tài sản, ký kết hợp đồng mới không phải là hợp đồng nhằm thực hiện giải thể doanh nghiệp...

Không bị thu hồi Giấy đăng ký hoạt động, không bị cấm thực hiện một số hành vi sau khi bị chấm dứt hoạt động và cũng không phải chịu trách nhiệm dân sự khi bị khởi kiện ra tòa... là những “kẽ hở” pháp lý nghiêm trọng cần phải được sửa ngay lập tức trong quá trình sửa đổi, bổ sung Luật Luật sư. Tuy nhiên, bốn lần đưa ra dự thảo sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Luật sư, cơ quan chủ trì soạn thảo vẫn hoàn toàn không đề cập đến những vấn đề đã phân tích ở trên.

3. Kiến nghị hoàn thiện pháp luật

Không giống như Luật Luật sư, khi giải thể doanh nghiệp, Luật Doanh nghiệp năm 2005 quy định³: (i) thời gian giải thể đủ dài (sáu tháng) để hoàn tất các thủ tục hành chính về thuế (trong khi Luật Luật sư chỉ cho 60 ngày); (ii) trách nhiệm liên đới của các thành viên chủ sở hữu doanh nghiệp.

Nhằm đảm bảo sự thượng tôn pháp luật và đảm bảo quyền và lợi ích hợp pháp của các khách hàng sử dụng dịch vụ pháp lý của

các tổ chức HNLS, cũng như giải quyết được các vấn đề đã nêu và phân tích ở trên, chúng tôi kiến nghị sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Luật sư như sau:

3.1. Bổ sung Điều 47* vào Luật Luật sư

“Điều 47*. Thu hồi Giấy đăng ký hoạt động của tổ chức HNLS, chi nhánh của tổ chức HNLS

1. Giấy đăng ký hoạt động của tổ chức HNLS bị thu hồi khi tổ chức HNLS thuộc một trong các trường hợp sau đây:

a) Chấm dứt hoạt động theo quy định tại khoản 1 Điều 47 của Luật này;

b) Tổ chức HNLS tạm ngừng hoạt động theo quy định tại Điều 46 của Luật này đã quá một năm so với thời hạn được ghi trong báo cáo về việc tạm ngừng hoạt động của tổ chức đó mà không có báo cáo về việc gia hạn tạm ngừng hoạt động.

Trong trường hợp tổ chức HNLS bị thu hồi Giấy đăng ký hoạt động theo quy định tại điểm b khoản 1 Điều này, Sở Tư pháp có trách nhiệm thực hiện thủ tục chấm dứt hoạt động của tổ chức HNLS theo quy định tại khoản 3 Điều 47 của Luật này.

2. Giấy đăng ký hoạt động của chi nhánh của tổ chức HNLS bị thu hồi theo quy định tại khoản 1 Điều 48 của Luật này.

3. Khi thu hồi Giấy đăng ký hoạt động của tổ chức HNLS, chi nhánh của tổ chức HNLS, Sở Tư pháp nơi đăng ký hoạt động ra quyết định thu hồi Giấy đăng ký hoạt

3 Điều 158, Luật Doanh nghiệp 2005 quy định: Thủ tục giải thể doanh nghiệp

6. Trường hợp doanh nghiệp bị thu hồi Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh, doanh nghiệp phải giải thể trong thời hạn sáu tháng, kể từ ngày bị thu hồi Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh. Trình tự và thủ tục giải thể được thực hiện theo quy định tại Điều này.

Sau thời hạn sáu tháng quy định tại khoản này mà cơ quan đăng ký kinh doanh không nhận được hồ sơ giải thể doanh nghiệp thì doanh nghiệp đó coi như đã được giải thể và cơ quan đăng ký kinh doanh xoá tên doanh nghiệp trong sổ đăng ký kinh doanh. Trong trường hợp này, người đại diện theo pháp luật, các thành viên đối với công ty TNHH, chủ sở hữu công ty đối với công ty TNHH một thành viên, các thành viên Hội đồng quản trị đối với công ty cổ phần, các thành viên hợp danh đối với công ty hợp danh liên đới chịu trách nhiệm về các khoản nợ và các nghĩa vụ tài sản khác chưa thanh toán.

động của tổ chức HNLS hoặc chi nhánh của tổ chức HNLS và gửi cho Đoàn luật sư, cơ quan thuế nơi đăng ký hoạt động.

4. Tổ chức HNLS, chi nhánh của tổ chức HNLS bị thu hồi Giấy đăng ký hoạt động phải giải thể trong thời hạn sáu tháng, kể từ ngày bị thu hồi Giấy đăng ký hoạt động.”

3.2. Sửa đổi, bổ sung khoản 3 Điều 47, Luật Luật sư

“3. Trong trường hợp chấm dứt hoạt động theo quy định tại điểm b và điểm c khoản 1 Điều này thì trong thời hạn bảy ngày làm việc, kể từ ngày thu hồi Giấy đăng ký hoạt động, Sở Tư pháp có trách nhiệm thông báo bằng văn bản với Đoàn luật sư, cơ quan thuế ở địa phương nơi đăng ký hoạt động và nơi có trụ sở của chi nhánh về việc thu hồi Giấy đăng ký hoạt động của tổ chức HNLS.

Trong thời hạn sáu tháng, kể từ ngày bị thu hồi Giấy đăng ký hoạt động, tổ chức HNLS phải nộp đủ số thuế còn nợ; thanh toán xong các khoản nợ khác; làm xong thủ tục chấm dứt hợp đồng lao động đã ký với luật sư, nhân viên của tổ chức HNLS; đối với hợp đồng dịch vụ pháp lý đã ký với khách hàng nhưng chưa thực hiện xong thì

phải thoả thuận với khách hàng về việc thực hiện hợp đồng dịch vụ pháp lý đó.

Sau thời hạn sáu tháng quy định tại khoản này mà Sở Tư pháp không nhận được hồ sơ giải thể tổ chức HNLS thì tổ chức HNLS đó coi như đã được giải thể và Sở Tư pháp xoá tên tổ chức HNLS trong sổ đăng ký hoạt động. Trong trường hợp này, Trưởng Văn phòng luật sư, Giám đốc Công ty luật TNHH một thành viên hoặc tất cả các thành viên của Công ty luật hợp danh, thành viên của Công ty luật TNHH hai thành viên liên đới chịu trách nhiệm về các khoản nợ, các nghĩa vụ tài sản khác chưa thanh toán và các nghĩa vụ phải thực hiện trong hợp đồng dịch vụ pháp lý đã ký với khách hàng.”

3.3. Bổ sung Điều 48* vào Luật Luật sư

“Điều 48*. Các hành vi bị cấm kể từ khi chấm dứt hoạt động

Kể từ khi chấm dứt hoạt động theo khoản 1 Điều 47 của Luật này, nghiêm cấm tổ chức HNLS, người quản lý tổ chức HNLS thực hiện các hành vi sau đây:

1. Cát giấu, tẩu tán tài sản;
2. Từ bỏ hoặc giảm bớt quyền đòi nợ;
3. Chuyển các khoản nợ không có bảo đảm thành các khoản nợ có bảo đảm bằng tài sản của tổ chức HNLS;
4. Ký kết hợp đồng mới không phải là hợp đồng nhằm thực hiện giải thể tổ chức HNLS;
5. Cầm cố, thế chấp, tặng cho, cho thuê tài sản;
6. Chấm dứt thực hiện hợp đồng dịch vụ pháp lý đã có hiệu lực”. ■



TIẾP CẬN QUYỀN CÓ NGHỀ

để dạy nghề là khâu “đột phá của đột phá”

NGUYỄN THANH TUẤN *

Văn kiện Đại hội lần thứ XI của Đảng (2011) coi việc “phát triển nhanh nguồn nhân lực, nhất là nguồn nhân lực chất lượng cao,...”¹ là một trong ba khâu đột phá của Chiến lược phát triển kinh tế - xã hội 2011 - 2020. Và để phát triển nhanh nguồn nhân lực thì khâu đột phá được xác định là dạy nghề. Như vậy, có thể nói, dạy nghề trở thành “đột phá của đột phá” trong Chiến lược phát triển kinh tế - xã hội 2011 - 2020.

1. Yêu cầu của đất nước và nhu cầu của người dân về đào tạo nghề

Theo Tổng cục Dạy nghề, mạng lưới dạy nghề trên cả nước hiện có 131 trường cao đẳng nghề (trong đó có 33 trường tư thục), 309 trường trung cấp nghề (trong đó có 100 trường tư thục), 909 trung tâm dạy nghề (trong đó có 344 trung tâm tư thục) và hàng trăm cơ sở khác có tham gia dạy nghề. Trong năm 2010, có 1.747 triệu học sinh, sinh viên theo học nghề với 379 nghề đào tạo ở trình độ cao đẳng, 441 nghề trình độ trung cấp, 226 nghề dài hạn.

Hiện nay, công tác dạy nghề đang có các bất cập: (i) chưa đáp ứng được nhu cầu của thị trường và xã hội và chưa đảm bảo được an sinh xã hội về số lượng và chất lượng; (ii) cơ chế, chính sách, luật pháp liên quan đến công tác dạy nghề chưa đầy đủ và chưa thích ứng với kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa (XHCN), hội nhập quốc tế; (iii)

đầu tư của Nhà nước và xã hội không tăng nhưng giá cả đào tạo lại tăng thường xuyên; (iv) chưa thiết lập được mối quan hệ giữa cơ sở đào tạo và doanh nghiệp; (v) sự thụ động của người dân đối với việc học nghề và hay “nhảy nghề”.

Những bất cập đó không đáp ứng được yêu cầu thực hiện mục tiêu của Chiến lược phát triển kinh tế - xã hội 2011 - 2020, là đến năm 2020 nước ta cơ bản trở thành nước công nghiệp có trình độ phát triển trung bình với tỷ trọng các ngành công nghiệp, dịch vụ chiếm khoảng 85% trong GDP; tỷ lệ lao động nông nghiệp còn khoảng 30% trong lao động xã hội. Những bất cập đó cũng không đáp ứng được nhu cầu học nghề của người dân và yêu cầu đào tạo nghề của đất nước.

Một mặt, quá trình công nghiệp hoá, hiện đại hóa (CNH, HĐH) kết hợp với đô thị hoá, đã và sẽ làm “dư thừa” một lượng ngày

* PGS. TS Học viện Chính trị - Hành chính Quốc gia Hồ Chí Minh.

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.106.

càng lớn lao động nông nghiệp, nông thôn. Từ đó đặt ra yêu cầu lớn về đào tạo nghề cho lao động nông nghiệp, nông thôn để họ có thể chuyển đổi kế sinh nhai. Và trong điều kiện diện tích đất dành cho trồng lúa ngày càng eo hẹp, để đảm bảo an ninh lương thực, nuôi sống 99 triệu dân vào năm 2020 và giữ vững vị trí “cường quốc” về xuất khẩu lương thực và hàng nông sản, thì yêu cầu đối với người nông dân Việt Nam là phải trở thành những nông dân hiện đại. Bản thân người nông dân cũng có nhu cầu học nghề để tăng năng suất lao động và nâng cao chất lượng sản phẩm hàng hoá. Trong khi đó, tỷ lệ lao động nông thôn qua đào tạo nghề hiện còn rất thấp, mới chỉ chiếm 16,8%. Nghĩa là yêu cầu đào tạo nghề cho lao động nông nghiệp, nông thôn là rất lớn.

Mặt khác, quá trình CNH, HĐH kết hợp với đô thị hóa đồng thời cũng đòi hỏi phải nâng cao yêu cầu đào tạo nghề cho lao động ở khu vực kinh tế phi kết cấu (không chính thức) tại cả đô thị và nông thôn. Hơn nữa, bản thân những người tham gia ở khu vực này cũng có nhu cầu được dạy nghề. Đây là những nghề của “muôn mặt đời thường”, từ dịch vụ hiếu hỷ, nghề “làm móng”, photocopy - chế bản, cà phê - Internet đến các nghề dịch vụ kinh tế - kỹ thuật cao như: thiết kế thời trang, quảng cáo, môi giới đầu tư, tài chính v.v.. Việc đào tạo nghề cho khu vực phi kết cấu càng được đẩy mạnh và đạt chất lượng cao bao nhiêu thì càng góp phần quan trọng vào việc làm cho khu vực này hoạt động trong khuôn khổ luật pháp và hài hòa với khu vực chính thức.

Rõ ràng yêu cầu của đất nước và nhu cầu của người dân về đào tạo nghề trong quá trình CNH, HĐH kết hợp với đô thị hóa ở nước ta là rất lớn. Chỉ riêng việc đào tạo nghề cho lao động nông thôn, theo *Đề án dạy nghề cho lao động nông thôn đến năm 2020* được Thủ tướng Chính phủ phê duyệt ngày 27/11/2009, thì bình quân mỗi năm đã là một triệu lao động.

2. Cách tiếp cận quyền để xác định rõ trách nhiệm dạy nghề và xây dựng văn hóa nghề nghiệp

Để công tác dạy nghề đạt hiệu quả cao, trước tiên phải căn cứ vào nhu cầu của người dân và yêu cầu của thị trường lao động, gắn với chiến lược phát triển kinh tế - xã hội của đất nước, của từng ngành, từng vùng, từng địa phương; đồng thời phải xác định rõ quyền hạn và trách nhiệm của người có nhu cầu học nghề, và cả của cơ quan quản lý nhà nước và các cơ sở dạy nghề. Nhà nước có quyền tăng cường hiệu lực, hiệu quả quản lý công tác dạy nghề thuộc tất cả các thành phần kinh tế và người học nghề phải có quyền thụ hưởng thành quả học nghề bằng việc làm và thu nhập hợp pháp; còn các trường dạy nghề phải có quyền thụ hưởng cơ chế tự chủ phù hợp với nền kinh tế thị trường định hướng XHCN.

Như vậy, để công tác dạy nghề trở thành “đột phá của đột phá” thì không chỉ thuần túy căn cứ vào nhu cầu của người dân, mà còn phải căn cứ vào yêu cầu của đất nước, của từng ngành, từng vùng, từng địa phương; đồng thời phải xác định rõ quyền hạn, trách nhiệm của mỗi bên tham gia vào công tác dạy nghề: người học nghề, Nhà nước và cơ sở dạy nghề. Trong đó căn cứ xuất phát đồng thời mục tiêu của công tác dạy nghề là: quyền hạn và trách nhiệm của người học nghề phù hợp với thể chế Nhà nước pháp quyền của dân, do dân và vì dân.

Cho đến nay, căn cứ, mục tiêu của công tác dạy nghề nói riêng và tất cả các công tác khác là cách tiếp cận dựa trên nhu cầu là chính. Đặc trưng của phương pháp tiếp cận này là Nhà nước dựa trên nhu cầu của nhân dân và Nhà nước có trách nhiệm đáp ứng mọi nhu cầu đó đến mức cao nhất. Thông thường, để đáp ứng các nhu cầu của nhân dân, Nhà nước xây dựng và thực hiện các kế hoạch (dài hạn, ngắn hạn) cùng với các chính sách, luật pháp tương thích. Trong cách tiếp cận này, Nhà nước là chủ thể có

quyền xây dựng và thực hiện kế hoạch, chính sách, luật pháp, còn người dân là đối tượng được thụ hưởng một cách bị động.

Biểu hiện cụ thể là nhiều người, kể cả những người thuộc diện thu hồi đất, rất cần và muốn được học nghề, nhưng thường là trông chờ hoặc ỷ lại vào Nhà nước, chứ không tự mình “tầm sư học đạo” để chuyển nghề. Một hiện tượng đáng lưu ý là nhiều người không gắn bó với nghề. Việc chuyển nghề hay “nhảy nghề” được giải thích chủ yếu là do không sống được bằng nghề. Lý do đó có thể không chê trách được nhiều đối với mỗi cá nhân. Nhưng đối với xã hội, hệ quả là tình trạng lãng phí trong đào tạo nghề, biến động trong quan hệ lao động tại nhiều doanh nghiệp và không xây dựng được lối sống “một nghề cho chín, hơn chín mươi nghề” trong điều kiện nền kinh tế thị trường định hướng XHCN.

Tình hình đó đòi hỏi phải chuyển sang phương pháp tiếp cận dựa trên quyền. Đương nhiên phương pháp tiếp cận quyền vẫn xuất phát và hướng đến nhu cầu của người dân; nhưng đây là những nhu cầu cơ bản và ổn định, chứ không phải những nhu cầu nhất thời, thoáng qua. Phương pháp tiếp cận quyền thúc đẩy việc thể chế hóa quyền của người dân được đào tạo nghề, làm việc và thu nhập bằng nghề; rộng hơn là sinh sống và có lối sống theo nghề. Nó chủ yếu dựa trên các quy định của pháp luật. Nó đặt con người - người dân - ở vị trí chủ thể quyền đồng thời là chủ thể có trách nhiệm tham gia tích cực vào việc bảo đảm thực hiện quyền có nghề và gắn với hành nghề; đặt Nhà nước (bộ máy, tổ chức và đội ngũ cán bộ, công chức, viên chức) vào trách nhiệm phải tôn trọng, bảo vệ, thực hiện và thúc đẩy quyền của người dân. Tức là phương pháp tiếp cận quyền thể chế hóa, chủ yếu bằng luật pháp, chủ thể quyền và chủ thể

có trách nhiệm phải thực hiện quyền của người dân trong việc đào tạo nghề nói riêng và các nhu cầu cơ bản khác của người dân. Chính vì xuất phát từ cách tiếp cận quyền mà văn kiện Đại hội XI của Đảng (2011) xác định: “Nhà nước tôn trọng và bảo đảm các quyền con người, quyền công dân; chăm lo hạnh phúc, sự phát triển tự do của mỗi người”². Và Nhà nước “thực hiện đầy đủ quyền dân chủ của nhân dân, tôn trọng, lắng nghe ý kiến của nhân dân và chịu sự giám sát của nhân dân”.

Phương pháp tiếp cận quyền trong dạy nghề khắc phục được “lỗi cha chung không ai khóc” trong việc đào tạo nghề bằng cách thể chế hóa trách nhiệm của Nhà nước và các cơ sở đào tạo nghề trong việc bảo đảm và thực hiện quyền có nghề của người dân với sự giám sát của người dân; đồng thời khắc phục được tính thụ động, ỷ lại của người dân trong việc học nghề và hành nghề bằng hiệu lực, hiệu quả quản lý của Nhà nước và sự quản trị tốt của các cơ sở đào tạo nghề.

3. Mô hình đào tạo nghề nhằm bảo đảm và thực hiện quyền có “một nghề cho chín, hơn chín mươi nghề”

Theo cách tiếp cận quyền thì việc dạy nghề cho người dân trước hết có ý nghĩa pháp lý, đồng thời qua đó mà có ý nghĩa xã hội và nhân văn sâu sắc. Nó bắt buộc và lôi cuốn tất cả các tổ chức pháp nhân (cơ quan nhà nước, tổ chức xã hội, công dân) tham gia một cách hiệu quả vào quá trình đào tạo nghề trong khuôn khổ hành lang pháp luật của Nhà nước. Xuất phát từ cách tiếp cận quyền có thể sáng tạo được những cách thức tổ chức đào tạo nghề phù hợp với từng nhóm đối tượng người lao động.

Để triển khai, thực hiện cách tiếp cận quyền trong công tác đào tạo nghề cần phải thực hiện các bước sau:

2 Đảng Cộng sản Việt Nam, Tlđd, tr.85.

Thứ nhất, nắm bắt nhu cầu và yêu cầu đào tạo nghề.

Cần triển khai, thực hiện các hoạt động điều tra, khảo sát các nhu cầu cơ bản, ổn định về nhu cầu học nghề của người dân cũng như yêu cầu về sử dụng nhân lực qua đào tạo nghề trong các ngành kinh tế, vùng kinh tế và từng địa phương theo kế hoạch hằng năm và Chiến lược phát triển kinh tế - xã hội 2011 - 2020. Mục đích nhằm xác lập mối quan hệ tương đối giữa nhu cầu và yêu cầu trên, góp phần định hướng quyền (hay nhu cầu cơ bản, ổn định) của người dân trong việc học nghề có thể bám sát theo yêu cầu phát triển kinh tế - xã hội của đất nước, của ngành, vùng và địa phương; đồng thời điều chỉnh yêu cầu phát triển kinh tế - xã hội theo quyền của người dân trong việc học nghề.

Việc nắm bắt nhu cầu và yêu cầu này phải đi trước một bước và phải triển khai thường xuyên với quy mô và mức độ khác nhau, để kịp thời bổ sung những thông tin về yêu cầu của những nghề mới với quy mô và trình độ phù hợp. Quyền học nghề của người dân là căn cứ để phân nhóm đối tượng cho các khoá đào tạo phù hợp. Ví dụ nhóm đối tượng chỉ có thể tham gia được các khoá đào tạo ngắn hạn, và nhóm đối tượng có thể tham gia các khoá đào tạo dài hạn; hay phân nhóm đối tượng theo trình độ học vấn, v.v.. Còn yêu cầu của đất nước, của ngành, vùng và địa phương về sử dụng lao động qua đào tạo chính là “đầu ra” của đào tạo, qua đó có thể biết được cần đào tạo những nghề gì và với trình độ nào.

Thứ hai, xác định rõ trách nhiệm của Nhà nước.

Mục tiêu của dạy nghề là tạo cho người dân có một nghề để có thể tự tạo việc làm trong nông nghiệp hoặc tìm được việc làm phi nông nghiệp (ở nông thôn hoặc đô thị). Nói cách khác, trách nhiệm dạy nghề phải gắn với giải quyết việc làm cho họ. Đây là

vấn đề cốt lõi trong trách nhiệm của Nhà nước đối với việc dạy nghề - hành nghề của người dân, nhất là đối với nhóm lao động cần phải chuyển từ lĩnh vực nông nghiệp sang làm việc trong lĩnh vực phi nông nghiệp. Nếu Nhà nước không thực hiện trách nhiệm gắn việc học nghề với tạo lập việc làm thì người dân sẽ không tham gia học nghề nữa và nguồn lực xã hội sẽ bị lãng phí, nhất là trong điều kiện đa số người dân chưa chủ động tìm kiếm việc làm cho bản thân và cho cộng đồng. Do đó công tác quản lý của Nhà nước phải thúc đẩy các doanh nghiệp, các cơ sở sản xuất, kinh doanh phải có trách nhiệm tham gia vào quá trình đào tạo. Thông qua đó tạo cơ hội cho người học nghề được tham gia vào quá trình sản xuất của doanh nghiệp, của cơ sở sản xuất, kinh doanh từ khi còn học để sau khi học nghề xong là có thể tìm được việc làm phù hợp với nghề nghiệp của mình, có thể tại ngay doanh nghiệp hoặc cơ sở sản xuất, kinh doanh đó.

Thứ ba, kết hợp trách nhiệm của Nhà nước và cơ sở đào tạo theo phương châm xã hội hóa.

Dạy nghề cho người lao động có thể được thực hiện dưới nhiều hình thức khác nhau như dạy tại các cơ sở dạy nghề; dạy nghề theo đơn đặt hàng của các tập đoàn, tổng công ty; dạy nghề lưu động; dạy nghề tại doanh nghiệp và các cơ sở sản xuất, kinh doanh, dịch vụ; dạy nghề gắn với các vùng chuyên canh, làng nghề; v.v.. Phương thức đào tạo cũng cần phải đa dạng hoá, phù hợp với từng nhóm đối tượng và điều kiện của từng vùng, miền..., như đào tạo tập trung tại cơ sở dạy nghề đối với những nông dân chuyển đổi nghề nghiệp (trung tâm dạy nghề, trường trung cấp, cao đẳng nghề, các trường khác có tham gia dạy nghề...); đào tạo nghề lưu động cho nông dân tại các làng, bản, buôn, ấp; v.v..

Rõ ràng chỉ riêng Nhà nước thì rất khó bảo đảm được sự đa dạng của các hình thức dạy nghề như vậy. Do đó cần phải có sự kết

hợp các hình thức xã hội hóa, như “Nhà nước và nhân dân cùng làm”, “Trung ương và địa phương cùng làm”, “Nhà nước và doanh nghiệp thuộc các thành phần kinh tế cùng làm”, “Nhà nước và tổ chức xã hội cùng làm”... Từ đó sẽ hình thành một số mô hình dạy nghề, như: (i) cơ quan nhà nước (Tổng cục dạy nghề, Sở Lao động - Thương binh và Xã hội các tỉnh...) phối hợp với khu vực kinh tế nhà nước tổ chức dạy nghề tại các cơ sở đào tạo của các tập đoàn kinh tế, các tổng công ty; (ii) cơ quan nhà nước phối hợp với doanh nghiệp thuộc các thành phần kinh tế tổ chức dạy nghề tại các cơ sở đào tạo của doanh nghiệp; (iii) cơ quan nhà nước phối hợp với các tổ chức chính trị - xã hội hay xã hội - nghề nghiệp (nông dân, công đoàn, phụ nữ, thanh niên, cựu chiến binh, Liên hiệp các hội khoa học kỹ thuật,...) tổ chức dạy nghề có tính đại trà tại các địa phương; (iv) cơ quan nhà nước phối hợp với UBND tỉnh, thành phố hay quận, huyện tổ chức dạy nghề với sự tham gia của các cơ sở doanh nghiệp, các đoàn thể, hội nghề nghiệp tại địa phương; (v) cơ quan nhà nước phối hợp với các nhóm làng nghề (mây tre đan, đồ gỗ gia dụng, đồ gốm....) tổ chức dạy nghề. Người dạy là nghệ nhân, người có kỹ năng nghề cao trực tiếp truyền nghề hoặc giáo viên thuộc các doanh nghiệp chuyên ngành; (vi) doanh nghiệp các thành phần kinh tế phối hợp tổ chức dạy nghề; (vii) các tổ chức chính trị - xã hội hay xã hội - nghề nghiệp, kể cả các tổ chức quốc tế, phối hợp với doanh nghiệp thuộc các thành phần kinh tế phối hợp tổ chức dạy nghề...

Trong quá trình kết hợp trách nhiệm của Nhà nước và cơ sở dạy nghề theo phương châm xã hội hóa, hiệu lực, hiệu quả quản lý của Nhà nước chỉ được phát huy khi các cơ sở đào tạo được thụ hưởng quyền tự chủ; và Nhà nước giám sát một cách hiệu quả các cơ sở đào tạo nghề, ví dụ chủ yếu thông qua tiêu chí về tỷ lệ học viên tìm được việc làm sau khi tốt nghiệp (các nước phát triển, chẳng

hạn Mỹ, hầu như chỉ tập trung vào tiêu chí này để đánh giá chất lượng và uy tín của các cơ sở đào tạo, từ đại học đến dạy nghề). Thông qua đó, trách nhiệm quản lý nhà nước không đồng nhất với trách nhiệm quản trị của cơ sở đào tạo. Việc thể chế hóa trách nhiệm quản trị tốt cho các cơ sở dạy nghề là để thúc đẩy phát triển đội ngũ giáo viên và cán bộ quản lý dạy nghề, chuẩn hoá chương trình dạy nghề, chuẩn hoá, hiện đại hoá cơ sở vật chất và thiết bị dạy nghề, kiểm định, đánh giá và cấp chứng chỉ nghề quốc gia,... Thông qua đó phát triển mạng lưới dạy nghề theo hướng dân chủ hoá, chuẩn hoá, hiện đại hoá và hội nhập quốc tế, nhằm từng bước nâng cao chất lượng dạy nghề với phương châm hiệu quả và bền vững. Mạng lưới dạy nghề chủ yếu dựa vào: các trung tâm đào tạo nghề cho từng vùng; những trường chất lượng cao với những lớp đào tạo ra bàn tay vàng “nhất nghệ nhân, nhất thân vinh”; trong đó có những trường nghề đạt đẳng cấp quốc gia, khu vực, quốc tế và liên thông với khu vực, quốc tế (ví dụ bằng liên kết đào tạo và xuất khẩu lao động).

Thứ tư, thể chế hóa trách nhiệm của người lao động

Khi thể chế hóa thành pháp luật của Nhà nước việc người dân có quyền thụ hưởng việc học nghề thì, đương nhiên cũng phải thể chế hóa trách nhiệm của họ trong việc hành nghề theo hướng “một nghề cho chín, hơn chín mươi nghề”. Điều kiện pháp lý là Nhà nước kết hợp với các thành phần kinh tế tạo ra nhiều việc làm ở mức cao nhất có thể, để người dân hành nghề theo nghề đã được học; và bản thân người dân cũng phải có trách nhiệm tự tạo việc làm cho mình và cho cộng đồng để hành nghề một cách hợp pháp; tức là phải hành nghề theo nghề đã được cấp chứng chỉ của Nhà nước. Thông qua đó mới có thể gắn quyền học nghề với trách nhiệm hành nghề ở người dân và xây dựng văn hóa nghề nghiệp một cách đại trà ■

TRÁCH NHIỆM HÌNH SỰ ĐỐI VỚI CÁC TỘI XÂM PHẠM QUYỀN TỰ DO, DÂN CHỦ CỦA CÔNG DÂN

NGUYỄN XUÂN HÀ*

1. Các khái niệm cơ bản

Trách nhiệm hình sự (TNHS) là một dạng của trách nhiệm pháp lý (TNPL), là hậu quả pháp lý bất lợi của việc thực hiện tội phạm, đồng thời được thể hiện bằng việc áp dụng một hoặc nhiều biện pháp cưỡng chế của Nhà nước do Bộ luật Hình sự (BLHS) đối với người phạm tội. Do đó, TNHS là một vấn đề trọng tâm, xuyên suốt trong quá trình giải quyết bất kỳ một vụ án nào và việc làm sáng tỏ TNHS đối với một nhóm tội phạm cụ thể không thể thiếu đề cập đến những vấn đề chung về khái niệm của nhóm tội phạm này. Bởi lẽ, BLHS Việt Nam năm 1999 (sửa đổi, bổ sung năm 2009, sau đây gọi tắt là BLHS hiện hành) khi quy định các tội xâm phạm các quyền tự do dân chủ (TDDC) của công dân tại Chương XIII đã thể hiện sự tôn trọng và bảo vệ các quyền TDDC của công dân đã được Hiến pháp và pháp luật ghi nhận, nhưng mặt khác, cũng thể hiện đây chính là cơ sở pháp lý chắc chắn nhằm xử lý nghiêm minh, kịp thời và đúng pháp luật

những người nào đã xâm phạm đến các quyền TDDC của công dân.

1.1. Khái niệm các tội xâm phạm quyền TDDC của công dân

Trong các giáo trình luật hình sự và một số sách nghiên cứu, bình luận chuyên sâu hiện nay có rất nhiều khái niệm khác nhau về các tội xâm phạm quyền TDDC của công dân, có thể điểm qua như sau:

PGS. TS. Trần Văn Luyện quan niệm: “Các tội xâm phạm quyền TDDC của công dân là những hành vi nguy hiểm cho xã hội, do người có năng lực TNHS gây ra, có lỗi, làm nguy hại đến những quyền TDDC của công dân được quy định trong Hiến pháp năm 1992”¹.

ThS. Đinh Văn Quế viết: “Các tội xâm phạm quyền TDDC của công dân là những hành vi nguy hiểm cho xã hội được quy định trong BLHS, do người có năng lực TNHS thực hiện một cách cố ý, xâm phạm đến quyền TDDC của công dân”².

* **ThS. Viện Khoa học kiểm sát, Viện Kiểm sát nhân dân tối cao.**

1 Xem: Trần Văn Luyện, Chương XIII - Các tội xâm phạm quyền TDDC của công dân, Trong sách: Bình luận khoa học BLHS (Phần các tội phạm), Tập thể tác giả, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội, 2001, tr.144.

2 Xem: Đinh Văn Quế, Bình luận chuyên sâu BLHS, Tập III - Các tội xâm phạm quyền TDDC của công dân; xâm phạm chế độ hôn nhân và gia đình, Nxb. thành phố Hồ Chí Minh, 2002, tr.14.

TS. Trịnh Tiến Việt và tập thể tác giả quan niệm: “*Các tội xâm phạm quyền TDDC của công dân là những hành vi nguy hiểm cho xã hội được quy định trong BLHS, do những người có năng lực TNHS và đủ tuổi chịu TNHS thực hiện một cách cố ý, xâm phạm đến quyền TDDC của công dân được Hiến pháp ghi nhận và pháp luật hình sự bảo vệ*”³.

Tuy nhiên, dưới góc độ khoa học, quan điểm của PGS. TS. Phạm Hồng Hải và GS. TSKH. Lê Cẩm bao quát như sau: “*Các tội xâm phạm quyền TDDC của công dân là những hành vi (hành động hoặc không hành động) nguy hiểm cho xã hội được quy định trong BLHS do người đạt tới một độ tuổi nhất định, có đủ năng lực TNHS và trong một số trường hợp có đủ dấu hiệu của chủ thể đặc biệt của tội phạm thực hiện một cách cố ý xâm phạm tới các quyền TDDC của công dân được quy định là khách thể bảo vệ của luật hình sự*”⁴. v.v..

Theo chúng tôi, về cơ bản các quan điểm trên đều phản ánh nội hàm khái niệm các tội xâm phạm quyền TDDC của công dân. Tuy nhiên, ở chừng mực nhất định, có quan điểm lại chưa đề cập đến dấu hiệu “đủ tuổi chịu TNHS” của chủ thể hoặc chưa khẳng định rõ khách thể của tội phạm này - xâm phạm đến các quan hệ xã hội được Hiến pháp, và cụ thể là pháp luật hình sự xác lập và bảo vệ.

Dưới góc độ chung, quyền TDDC được hiểu là quyền làm chủ của người dân đối với Nhà nước, xã hội, quyền làm chủ suy nghĩ, hành động của bản thân mình trên cơ sở tôn trọng lợi ích chung và trật tự của cộng đồng,

xã hội. Là các quyền con người nên quyền TDDC đương nhiên cũng là quyền tự nhiên, vốn có. Tuy nhiên, những quyền này chỉ thực sự có ý nghĩa trên thực tế khi nó được thừa nhận và bảo hộ bởi Nhà nước, được ghi nhận trong Hiến pháp và đồng thời được bảo vệ bằng pháp luật, đặc biệt là pháp luật hình sự. Do đó, để giải thích khái niệm quyền TDDC cần xuất phát từ cặp khái niệm “tự do” và “dân chủ”. Theo Từ điển Tiếng Việt, tự do được hiểu với hai nghĩa: “1) Phạm trù triết học chỉ khả năng biểu hiện ý chí, hành động theo ý muốn của mình trên cơ sở nhận thức quy luật phát triển của tự nhiên và xã hội; 2) Quyền được sống và hoạt động xã hội theo ý nguyện của mình, không bị cấm đoán, ràng buộc, xâm phạm”⁵. Còn trong Triết học, một trong những cách hiểu được thừa nhận rộng rãi nhất về tự do là khái niệm của Locke: “Tự do là khả năng con người có thể làm bất cứ điều gì mà mình mong muốn mà không gặp bất kỳ cản trở nào”⁶. Theo đó, tự do là quyền, là khả năng của con người được biểu hiện bởi sự làm chủ trong suy nghĩ, hành động của mình mà không bị trói buộc, kìm hãm. Như vậy, tự do thể hiện, hành động theo mong muốn của bản thân mình nhưng phải trên cơ sở nhận thức và tôn trọng cái tất yếu - các quy luật tự nhiên, xã hội. Do đó, tự do là khả năng của con người biểu hiện ý chí và hành động theo ý muốn của mình mà không ngăn cấm, cản trở, ràng buộc.

Trong khi đó, dân chủ luôn song hành với tự do. Trong Từ điển Tiếng Việt, dân chủ có hai nghĩa: “1) Dân chủ là dân có quyền tham gia, bàn bạc vào công việc chung, quyền lợi của từng thành viên trong xã hội được tôn trọng; 2) Dân chủ là chế độ chính

3 Xem: Trịnh Tiến Việt (chủ biên), *Các tội xâm phạm quyền TDDC của công dân theo luật hình sự Việt Nam*, Nxb. Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 2010, tr.71-72.

4 Xem: Phạm Hồng Hải, Lê Cẩm, *Chương 5 - Các tội xâm phạm quyền TDDC của công dân*, Trong sách: *Giáo trình luật hình sự Việt Nam (Phần các tội phạm)*, Tập thể tác giả, Nxb Đại học Quốc gia Hà Nội, 2003, tr.71.

5 Xem: Nguyễn Như Ý (chủ biên), *Đại từ điển Tiếng Việt*, Nxb. Đại học Quốc gia thành phố Hồ Chí Minh, 2008, tr.1710.

6 Xem: Nguyễn Trần Bạt, *Biện chứng của tự do*, Tạp chí Khoa học và Tổ quốc, số 23 (12)/2004, tr.18.

trị theo đó quyền làm chủ thuộc về nhân dân”⁷. Xét trong mối quan hệ với tự do và pháp luật, muốn có dân chủ thực sự, thì dân chủ phải đặt trong mối quan hệ với tự do và pháp luật. Theo đó, pháp luật là đại lượng, động lực thúc đẩy và phát triển và là phương tiện của dân chủ. Pháp luật còn là điều kiện, là bảo đảm của dân chủ. Đến lượt mình, dân chủ lại làm cho pháp luật phát triển và trở nên công bằng hơn, hoàn thiện hơn cũng như bảo vệ vững chắc các quyền và tự do của con người hơn. Dân chủ nếu được xem xét với tư cách là quyền dân chủ, tự do được xem với tư cách là quyền tự do lúc này các quyền TDDC chính là các quyền con người và là sự cụ thể hóa quyền con người trong pháp luật...⁸.

Qua sự phân tích trên, dưới góc độ khoa học, *quyền TDDC của công dân là quyền làm chủ của người dân đối với Nhà nước, xã hội; quyền làm chủ suy nghĩ, hành động của bản thân mình trên cơ sở tôn trọng lợi ích chung và trật tự của cộng đồng, của xã hội.* Là các quyền con người nên quyền TDDC chỉ thực sự có ý nghĩa trên thực tế khi nó được thừa nhận và bảo hộ bởi Nhà nước.

Các quyền TDDC của công dân Việt Nam được quy định bởi Hiến pháp và pháp luật (trong đó có pháp luật hình sự) thể hiện tính đầy đủ và tính rộng rãi, công bằng. Tính đầy đủ thể hiện ở chỗ mọi công dân của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam đều có các quyền trên tất cả các lĩnh vực chính trị, kinh tế, văn hóa, xã hội. Trong khi đó, tính rộng rãi và công bằng lại được thể hiện ở chỗ: mọi công dân không phân biệt về trình độ chính trị, kinh tế, văn hóa, giới tính... đều được hưởng các quyền cơ bản mà Hiến pháp và pháp luật đã quy định. Trong những quyền này, các quyền TDDC của công dân lại được bảo đảm thực hiện trên

nguyên tắc thống nhất với các nghĩa vụ của công dân, bên cạnh đó, cũng loại trừ việc lợi dụng quyền TDDC để đi ngược lại lợi ích chung của cộng đồng, của xã hội và của Nhà nước. Nếu vi phạm các quyền này, ở mức độ nghiêm khắc nhất thì người vi phạm sẽ bị xử lý theo những quy định trong Chương XIII - Các tội xâm phạm quyền TDDC của công dân của BLHS.

Nghiên cứu các quy định liên quan đến các tội xâm phạm quyền TDDC của công dân tại Chương XIII BLHS, có thể thấy những *đặc điểm cơ bản* của nhóm tội phạm này như sau:

Một là, căn cứ tên gọi của Chương XIII BLHS là: “*Các tội xâm phạm quyền TDDC của công dân*”, do đó các tội phạm được quy định tại Chương này xâm phạm tới các quan hệ xã hội liên quan tới việc xác lập và thực hiện các quyền TDDC của công dân đã được Hiến pháp và pháp luật hình sự ghi nhận. Ngoài ra, tùy từng trường hợp tương ứng có thể gián tiếp xâm phạm đến một số quan hệ khác như: tính mạng, sức khỏe, danh dự, nhân phẩm và những lĩnh vực khác của trật tự pháp luật xã hội chủ nghĩa (XHCHN).

Hai là, các hành vi phạm tội của nhóm tội xâm phạm các quyền TDDC công dân chủ yếu được thực hiện dưới dạng *hành động* phạm tội. Tuy nhiên, hành vi phạm tội xâm phạm tới các quyền này cũng còn có thể được thể hiện dưới dạng *không hành động* phạm tội tùy vào từng cấu thành tội phạm cụ thể tương ứng trong chương tội phạm đã nêu.

Ba là, chủ thể của các tội phạm này là những người có năng lực TNHS và đủ tuổi chịu TNHS do luật định tương ứng với các cấu thành tội phạm cụ thể. Tuy nhiên, cũng có một số tội xâm phạm các quyền TDDC

⁷ Xem: Nguyễn Như Ý (chủ biên), *Tlđđ*, tr.398.

⁸ Xem: Trịnh Tiến Việt (chủ biên), *Tlđđ*, tr.58.

của công dân có chủ thể đặc biệt, có nghĩa đòi hỏi chủ thể của tội phạm phải có thêm dấu hiệu là người có chức vụ, quyền hạn hoặc là người đang đảm nhiệm một công việc nhất định nào đó, và điều kiện chủ thể này cũng tùy thuộc vào từng cấu thành tội phạm cụ thể.

Bốn là, dấu hiệu lỗi, người thực hiện hành vi phạm tội xâm phạm quyền TDDC của công dân phải là người có lỗi. Lỗi là thái độ tâm lý của một người đối với hành vi nguy hiểm cho xã hội và hậu quả của hành vi đó dưới hình thức cố ý hoặc vô ý. Luật hình sự Việt Nam không chấp nhận hình thức buộc tội khách quan; tội phạm là hành vi tổng hợp các yếu tố chủ quan và khách quan, các yếu tố này có liên quan chặt chẽ với nhau trong một thể thống nhất. Nói một cách khác, bất kỳ hành vi phạm tội nào, dù ít nghiêm trọng, nghiêm trọng, rất nghiêm trọng hay đặc biệt nghiêm trọng, dù xâm phạm đến quan hệ xã hội nào, dù mức hình phạt và loại hình phạt ít nghiêm khắc hay có nghiêm khắc đến như thế nào đi chăng nữa, thì “cũng đều là thể thống nhất giữa mặt khách quan và mặt chủ quan - giữa những biểu hiện bên ngoài và những quan hệ tâm lý bên trong, đều là hoạt động của con người cụ thể xâm hại hoặc nhằm xâm hại quan hệ xã hội nhất định”⁹.

Trên cơ sở phân tích các quan niệm và với các đặc điểm ở trên, theo chúng tôi, dưới góc độ khoa học luật hình sự, các tội xâm phạm quyền TDDC của công dân là những hành vi nguy hiểm cho xã hội được quy định trong BLHS, do người có năng lực TNHS và đủ tuổi chịu TNHS thực hiện một cách cố ý, xâm phạm đến quyền TDDC của công dân

được Hiến pháp và pháp luật hình sự ghi nhận, bảo vệ.

1.2. Khái niệm trách nhiệm hình sự đối với các tội xâm phạm quyền TDDC của công dân

TNHS là một trong những vấn đề lý luận phức tạp, giải quyết bất kỳ nội dung nào trong khoa học luật hình sự, suy cho cùng, đều là giải quyết vấn đề TNHS. Cho đến nay trong giới luật học vẫn còn tồn tại nhiều quan điểm khác nhau xoay quanh khái niệm TNHS, hình thức biểu hiện của TNHS, các cơ quan có thẩm quyền áp dụng các biện pháp tác động của TNHS; v.v...

Khái niệm TNPL vốn cũng được hiểu theo nhiều nghĩa, do vậy khái niệm TNHS cũng có nhiều cách hiểu khác nhau. Do đó, chúng tôi tiếp cận các khái niệm TNHS chung, từ đó đưa ra khái niệm TNHS đối với nhóm tội phạm này theo nghĩa tương ứng.

Có tác giả cho rằng: “TNHS là một dạng TNPL, là hậu quả pháp lý bất lợi mà người phạm tội phải gánh chịu trước Nhà nước do việc người đó thực hiện tội phạm và là kết quả của việc áp dụng các quy phạm pháp luật hình sự, được thể hiện ở bản án kết tội của Tòa án có hiệu lực pháp luật và một số biện pháp cưỡng chế hình sự khác do luật hình sự quy định”¹⁰. Theo nghĩa này, *TNHS đối với các tội xâm phạm quyền TDDC của công dân được hiểu là hậu quả pháp lý bất lợi mà người phạm tội phải gánh chịu trước Nhà nước do việc người đó thực hiện tội phạm xâm phạm quyền TDDC của công dân và là kết quả của việc Tòa án áp dụng các quy phạm pháp luật hình sự đối với người đã thực hiện hành vi phạm tội xâm phạm quyền TDDC của công dân.*

9 Xem: Nguyễn Ngọc Hòa, Chương 4 - Cấu thành tội phạm, Trong sách: Giáo trình luật hình sự Việt Nam, Trường Đại học Luật Hà Nội, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội, 2002, tr. 52.

10 Xem: Phạm Mạnh Hùng, Chế định trách nhiệm hình sự theo luật hình sự Việt Nam, Luận án tiến sĩ luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội, 2004, tr.45-46.

Như vậy, khái niệm về TNHS này được xây dựng dựa trên cơ sở sự tổng hợp các đặc điểm cấu thành của nó bao gồm: TNHS là hậu quả pháp lý của việc thực hiện hành vi bị luật hình sự coi là tội phạm; TNHS là trách nhiệm của cá nhân người phạm tội; TNHS được thể hiện ở bản án kết tội của Tòa án có hiệu lực pháp luật và; TNHS là trách nhiệm trước Nhà nước chứ không phải là trách nhiệm trước cá nhân người bị hại.

Có tác giả lại cho rằng, “TNHS là một dạng của TNPL, là hậu quả pháp lý bất lợi của việc thực hiện tội phạm, đồng thời được thể hiện bằng việc áp dụng một hoặc nhiều biện pháp cưỡng chế của Nhà nước do BLHS quy định đối với người phạm tội”¹¹. Do đó, theo nghĩa này, *TNHS đối với các tội xâm phạm quyền TDDC của công dân là một dạng của TNPL, là hậu quả pháp lý bất lợi của việc thực hiện các tội xâm phạm quyền TDDC của công dân, đồng thời được thể hiện bằng việc áp dụng một hoặc nhiều biện pháp cưỡng chế của Nhà nước do BLHS quy định đối với người phạm tội xâm phạm quyền TDDC của công dân.*

Tuy nhiên, cách hiểu này về TNHS còn chung, ở một góc độ nào đó chưa phân định rõ bản chất của TNHS với hình thức biểu hiện của TNHS, đặc biệt là vấn đề hậu quả của những người phạm các tội này (hình phạt, biện pháp tư pháp, việc truy cứu, chịu án tích...).

Ngoài ra, phổ biến hơn là các khái niệm về TNHS theo nghĩa tổng thể (nghĩa rộng) và nghĩa trực tiếp.

Theo nghĩa tổng thể, TNHS bao gồm hai mặt đan xen thống nhất là: “1) thực hiện TNHS từ phía Nhà nước; và 2) chịu TNHS

của người phạm tội. TNHS thực chất là nội dung của mối quan hệ giữa Nhà nước và người phạm tội, phát sinh từ thời điểm tội phạm được thực hiện, và được cụ thể hoá bằng các quyền và nghĩa vụ của Nhà nước và người phạm tội”¹². Theo nghĩa này, *TNHS đối với các tội xâm phạm quyền TDDC của công dân là tổng hợp các quyền và nghĩa vụ của các bên chủ thể tham gia quan hệ pháp luật hình sự - phát sinh trên cơ sở một hành vi phạm tội xâm phạm quyền TDDC của công dân được thực hiện. Các bên chủ thể tham gia quan hệ pháp luật hình sự này, cũng như các quan hệ pháp luật hình sự nói chung là Nhà nước và người phạm tội.*

Như vậy, theo khái niệm này, Nhà nước và người phạm tội đồng thời là hai bên chủ thể của TNHS. Nhà nước là bên thực hiện TNHS. Người phạm tội là bên chịu TNHS. Nhà nước, đại diện là các cơ quan tiến hành tố tụng có quyền truy tố, xét xử và buộc người phạm tội phải chịu hình phạt tương xứng và có nghĩa vụ đảm bảo quyền và lợi ích hợp pháp của người phạm tội không bị xâm phạm. Người phạm tội có nghĩa vụ phải chịu sự tác động của hoạt động truy cứu TNHS, của các biện pháp cưỡng chế Nhà nước và có quyền yêu cầu Nhà nước đảm bảo các quyền và lợi ích hợp pháp của mình.

Ngoài ra, theo nghĩa trực tiếp, “TNHS là nghĩa vụ của người phạm tội đối với Nhà nước do việc thực hiện hành vi phạm tội, bao hàm nghĩa vụ phải gánh chịu các hậu quả pháp lý bất lợi mà pháp luật quy định đối với hành vi phạm tội đó”¹³. Tương tự, *TNHS đối với các tội xâm phạm quyền TDDC của công dân là nghĩa vụ của người phạm tội đối với Nhà nước phải gánh chịu hậu quả pháp lý*

11 Xem: Trịnh Tiến Việt, *Miễn trách nhiệm hình sự theo luật hình sự Việt Nam: Những vấn đề lý luận và thực tiễn*, Tạp chí Tòa án nhân dân, số 11/2006, tr.3-12.

12 Xem: Nguyễn Ngọc Hòa (chủ biên), *Trách nhiệm hình sự và hình phạt*, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội, 2001, tr.5-8.

13 Xem: Đại học Luật Hà Nội, *Giáo trình luật hình sự Việt Nam*, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội, 2005, tr.210.

bất lợi do việc đã thực hiện hành vi bị coi là tội phạm xâm phạm quyền TDDC của công dân.

Chúng tôi cho rằng, khái niệm TNHS theo nghĩa trực tiếp không hề mâu thuẫn với khái niệm TNHS theo nghĩa rộng. Nghĩa vụ của người phạm tội phải gánh chịu hậu quả pháp lý bất lợi do việc đã thực hiện hành vi bị coi là tội phạm xâm phạm quyền TDDC của công dân đồng thời cũng chính là quyền và nghĩa vụ của Nhà nước buộc người phạm tội gánh chịu các hậu quả bất lợi đó. Tuy nhiên, cách tiếp cận và diễn đạt TNHS theo nghĩa trực tiếp không phản ánh được hết mối quan hệ giữa các bên chủ thể của TNHS. Khái niệm TNHS theo nghĩa rộng lại chưa phản ánh được nội dung trực tiếp của TNHS.

Gắn với cách hiểu về TNHS theo nghĩa trực tiếp, thuật ngữ TNHS đối với các tội phạm xâm phạm quyền TDDC của công dân chỉ mang tính quy ước và đã được sử dụng thành thông lệ trong nghiên cứu khoa học và thực tiễn áp dụng pháp luật hình sự. Thực chất đây là *TNHS của người phạm tội xâm phạm quyền TDDC của công dân.*

Chúng tôi cho rằng có thể đưa ra một cách diễn đạt về TNHS đối với các tội xâm phạm quyền TDDC của công dân vừa trực tiếp thể hiện nội dung cơ bản của TNHS vừa phản ánh được mối quan hệ giữa các bên chủ thể của TNHS, thông qua khái niệm cơ bản và tổng quát sau: *TNHS đối với các tội xâm phạm quyền TDDC của công dân là nghĩa vụ pháp lý mà người đã thực hiện hành vi bị coi là tội phạm, xâm phạm quyền TDDC của công dân phải thực hiện theo quy định của pháp luật hình sự, thể hiện trong sự tác động mang tính cưỡng chế của các cơ quan nhà nước có thẩm quyền áp dụng.*

Trên cơ sở khái niệm này, căn cứ vào các quy định của BLHS và thực tiễn áp dụng, có thể chỉ ra các đặc điểm cơ bản của TNHS đối với các tội xâm phạm quyền

TDDC của công dân như sau:

** Thứ nhất, TNHS đối với các tội xâm phạm quyền TDDC của công dân mang đầy đủ các đặc điểm của TNHS đối với tội phạm nói chung. Đó là:*

(i) TNHS luôn được thực hiện trong phạm vi của quan hệ pháp luật hình sự giữa hai bên chủ thể có quyền và nghĩa vụ đối nhau: Nhà nước và người phạm tội. Sự kiện pháp lý làm phát sinh quan hệ pháp luật hình sự đồng thời cũng làm phát sinh TNHS. TNHS đối với các tội xâm phạm quyền TDDC của công dân phát sinh khi có hành vi bị coi là tội phạm xâm phạm quyền TDDC của công dân.

(ii) TNHS được biểu hiện cụ thể ở việc Nhà nước cưỡng chế và người phạm tội phải gánh chịu các hậu quả pháp lý bất lợi do việc đã thực hiện hành vi phạm tội. Các hậu quả mà người phạm tội phải gánh chịu với ý nghĩa là hình thức biểu hiện cụ thể của TNHS phải mang tính pháp lý, nghĩa là phải được quy định trong luật hình sự hoặc tố tụng hình sự. Đó là hậu quả phải chịu sự tác động của các hoạt động truy cứu TNHS, chịu bị kết tội, chịu biện pháp cưỡng chế của TNHS (hình phạt, biện pháp tư pháp) và mang án tích. Trong đó hình phạt là biện pháp cưỡng chế Nhà nước nghiêm khắc nhất đối với người phạm tội. Hình phạt là một dạng (hình thức) phổ biến và chủ yếu của TNHS. Hình phạt có thể được áp dụng đối với người phạm các tội xâm phạm quyền TDDC của công dân được quy định trong các điều luật cụ thể của Chương XIII BLHS hiện hành.

(iii) TNHS là trách nhiệm của cá nhân người phạm tội phải gánh chịu trực tiếp và trước Nhà nước. Theo quy định của pháp luật hình sự Việt Nam, chủ thể của tội phạm nói chung và của các tội xâm phạm quyền TDDC của công dân nói riêng được xác định chỉ với tư cách là cá nhân. Vì vậy, TNHS

được đặt ra cũng chỉ với cá nhân người phạm tội. Vấn đề TNHS đối với pháp nhân không còn xa lạ với pháp luật hình sự của nhiều quốc gia trên thế giới¹⁴, song vẫn chưa được ghi nhận trong BLHS Việt Nam. Trong trường hợp tội phạm do người đại diện pháp nhân thực hiện không chỉ vì lợi ích của cá nhân người đó mà còn vì lợi ích của các pháp nhân thì TNHS cũng chỉ có thể áp dụng đối với cá nhân người phạm tội. TNHS mà người phạm tội phải gánh chịu là trách nhiệm đối với Nhà nước chứ không phải đối với người mà quyền và lợi ích hợp pháp của họ bị hành vi phạm tội trực tiếp xâm hại.

(iv) TNHS được thực hiện bằng biện pháp cưỡng chế nhà nước đặc biệt là hình phạt. Hình phạt là biện pháp cưỡng chế nghiêm khắc nhất của Nhà nước so với các biện pháp cưỡng chế pháp lý khác. Người chịu TNHS phải bị tước bỏ hoặc hạn chế các quyền và lợi ích hợp pháp về vật chất hoặc tinh thần và việc đó được bảo đảm thực hiện bằng bộ máy cưỡng chế của Nhà nước.

* *Thứ hai, TNHS đối với các tội xâm phạm quyền TDDC của công dân cũng mang những đặc điểm riêng.* Theo đó, nội dung của đặc điểm này được phản ánh như sau:

(i) Pháp luật hình sự của các nước trên thế giới và Việt Nam hầu như không có sự khác biệt trong việc nhìn nhận và xử lý đối với một số nhóm tội khác như: các tội xâm phạm an ninh quốc gia, nhân thân, sở hữu..., cho dù các nước này có khác nhau về chế độ chính trị, văn hóa, xã hội, trình độ phát triển kinh tế... Tuy nhiên, nếu nền văn minh, dân chủ, tiến bộ xã hội ở mỗi quốc gia đạt được ở mức độ phát triển khác nhau thì tất yếu dẫn đến quy định khác nhau về các tội xâm phạm quyền TDDC của công dân và TNHS đối với

các tội phạm này. Ngoài ra, ở cùng một quốc gia với sự xác lập ổn định về thể chế chính trị, chế độ kinh tế, nhưng trong các giai đoạn phát triển khác nhau, giai cấp cầm quyền cũng có thể đưa ra các chính sách hình sự xử lý đối với hành vi xâm phạm quyền TDDC của công dân và do đó cũng có thể kéo theo những sửa đổi về TNHS đối với các tội xâm phạm quyền TDDC của công dân để phù hợp với điều kiện phát triển xã hội trong từng giai đoạn. Tuy nhiên, luôn theo chiều hướng, đất nước, xã hội ngày càng văn minh, hiện đại, tiến bộ, tăng cường hội nhập quốc tế bao nhiêu thì việc đòi hỏi bảo đảm các quyền của công dân tăng lên bấy nhiêu, trong đó đặc biệt là các quyền TDDC ngày càng phải được tôn trọng và bảo vệ, thì việc sửa đổi, bổ sung những quy định về các tội phạm liên quan xâm phạm quyền TDDC công dân và TNHS đối với các tội phạm này cũng là một đòi hỏi tất yếu, khách quan nhằm thích ứng, phù hợp với hoàn cảnh, điều kiện chính trị - kinh tế - xã hội của mỗi quốc gia trong từng giai đoạn phát triển. Điều này tạo nên tính “động” rất đặc trưng ở nhóm tội xâm phạm các tội xâm phạm quyền TDDC của công dân và TNHS đối với nhóm tội này.

(ii) Lý luận cũng như thực tiễn đã chỉ ra rằng tội phạm nói chung đều có tính lịch sử và tính phụ thuộc pháp lý, nghĩa là có tính “động”. Đối với những nhóm tội như các tội xâm phạm an ninh quốc gia, các tội xâm phạm quan hệ nhân thân, sở hữu..., các đặc tính này thường chỉ thể hiện sau một thời gian dài vận động, gắn liền với các biến cố chính trị, kinh tế xã hội rõ nét. Đối với nhóm tội xâm phạm quyền TDDC của công dân, nhất là trong bối cảnh đẩy mạnh công nghiệp hóa, hiện đại hóa, phát triển kinh tế, tăng cường hội nhập quốc tế, tiến hành cải cách

14 Xem: Trịnh Quốc Toàn, *TNHS của pháp nhân trong pháp luật hình sự*, Nxb. Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 2011.

trên nhiều lĩnh vực và trong điều kiện xây dựng Nhà nước pháp quyền XHCN của dân, do dân, vì dân, tiến tới xây dựng một xã hội dân chủ, văn minh như hiện nay, chúng ta không thể không nhắc đến tính “động” trong các quy định về tội phạm và chính sách tội phạm nói chung, đối với các tội xâm phạm quyền TDDC của công dân nói riêng.

(iii) Các tội xâm phạm quyền TDDC của công dân gắn liền với chế độ chính trị, cơ chế bảo đảm các quyền cơ bản và lợi ích hợp pháp của công dân mà Nhà nước đặt ra và về hình thức, các hành vi xâm phạm TDDC của công dân được xác định bằng việc vi phạm các quy định của Hiến pháp, pháp luật liên quan đến bảo vệ và bảo đảm thực hiện các quyền TDDC của công dân.

2. Các hình thức trách nhiệm hình sự đối với các tội xâm phạm quyền tự do, dân chủ của công dân

Theo lý luận chung, hình thức TNHS (còn được gọi là hình thức biểu hiện cụ thể của TNHS, dạng của TNHS) chính là dạng hậu quả bất lợi mà người phạm tội phải gánh chịu do việc đã thực hiện tội phạm. Phổ biến nhất và nghiêm khắc nhất là hình phạt và kèm theo nó là án tích. Tội phạm luôn gắn liền với hình phạt, hình phạt là hậu quả pháp lý của tội phạm. Đối với một người thực hiện hành vi nguy hiểm cho xã hội bị coi là tội phạm thì việc bị đe dọa áp dụng biện pháp cưỡng chế nghiêm khắc nhất của Nhà nước là hình phạt là điều không tránh khỏi. Hình phạt đối với các tội xâm phạm quyền TDDC của công dân được quy định ngay trong chế tài của các tội phạm cụ thể trong BLHS (hiện nay là Chương XIII của BLHS hiện hành).

Trong các sách báo pháp lý, có ý kiến đồng nhất TNHS với hình phạt - hậu quả bất lợi nhất mà người phạm tội phải gánh chịu về hành vi phạm tội của họ. Theo chúng tôi, TNHS và hình phạt tuy có mối quan hệ mật thiết với nhau nhưng là hai khái niệm riêng

biệt. Trong phần lớn các trường hợp, TNHS được thực hiện thông qua việc áp dụng hình phạt - biện pháp cưỡng chế về hình sự của Nhà nước mang tính nghiêm khắc nhất. Hình phạt là hình thức trách nhiệm mang tính phổ biến mà Nhà nước áp dụng đối với người phạm tội.

Hình phạt thực chất là một hình thức biểu hiện cụ thể của hậu quả pháp lý bất lợi mà Nhà nước áp dụng đối với người phạm tội. Tuy nhiên, do TNHS và hình phạt đều gắn liền với tội phạm và chịu hình phạt là hình thức biểu hiện trách nhiệm phổ biến nên không có sự phân định rạch ròi hai khái niệm này trên thực tế. Ý nghĩa của việc phân biệt chúng, theo chúng tôi, cũng chỉ mang tính lý luận.

Chúng tôi cho rằng TNHS đối với các tội xâm phạm quyền TDDC của công dân không chỉ bó hẹp ở nghĩa vụ phải chịu hình phạt được quy định đối với các tội phạm này, mà còn bao gồm cả *nghĩa vụ chịu sự tác động của các hoạt động truy cứu TNHS, chịu bị kết tội, bị áp dụng các biện pháp cưỡng chế TNHS (hình phạt và các biện pháp tư pháp) và bị mang án tích*. Ngay cả trường hợp được miễn TNHS cũng vẫn khẳng định tính chất tội phạm của hành vi mà người đó đã thực hiện và nghĩa vụ pháp lý phải gánh chịu các biện pháp tác động mang tính hình sự (TNHS). TNHS phát sinh từ thời điểm thực hiện hành vi phạm tội, gắn liền với các hoạt động truy cứu TNHS (nếu có). Miễn TNHS chỉ có thể được áp dụng đối với người thực hiện hành vi phạm tội. Quyết định miễn TNHS của các cơ quan nhà nước có thẩm quyền, một mặt chính là căn cứ pháp lý ghi nhận chính thức hành vi của một người là tội phạm và TNHS của họ, mặt khác cũng là căn cứ chấm dứt TNHS đối với họ do đã thỏa mãn điều kiện được miễn TNHS (Điều 25, Điều 19, khoản 2 Điều 69, Điều 80, khoản 6 Điều 289, khoản 3 Điều 314 BLHS hiện hành). Người được miễn

TNHS không phải gánh chịu trên thực tế (được miễn) những hậu quả bất lợi mà luật quy định cho người đã thực hiện tội phạm đó. Việc truy cứu TNHS và áp dụng hình phạt trong những trường hợp này được cho là không cần thiết...¹⁵.

Khi người phạm tội bị tác động bằng hình phạt (phổ biến) hay ngay cả trong trường hợp được miễn hình phạt thì đều có hậu quả là bị mang án tích trong một thời hạn nhất định và bị ghi vào lý lịch tư pháp. Trong thời gian chưa được xóa án tích mà lại phạm tội mới thì tùy từng trường hợp sẽ bị coi là tái phạm hoặc tái phạm nguy hiểm.

Hình thức TNHS đối với các tội xâm phạm quyền TDDC của công dân được quy định trong luật và quyết định trên thực tế cũng có các nét riêng biệt so với các hình thức TNHS được quy định và quyết định đối với người phạm các nhóm tội khác. Điều này chịu sự chi phối, đồng thời cũng thể hiện tính chất nguy hiểm cho xã hội, đặc trưng của nhóm các tội xâm phạm quyền TDDC của công dân và chính sách hình sự của Nhà nước đối với nhóm các tội phạm này.

Hậu quả pháp lý hình sự đối với các tội xâm phạm quyền TDDC của công dân được quy định trong BLHS nhẹ hơn rất nhiều so với hậu quả pháp lý hình sự đối với một số nhóm tội phạm khác như: các tội xâm phạm an ninh quốc gia, các tội xâm phạm tính mạng, sức khỏe, nhân phẩm, danh dự của con người hay các tội xâm phạm sở hữu... Trong BLHS hiện hành, hầu hết các điều luật trong Chương XIII - Các tội xâm phạm quyền TDDC của công dân quy định hình phạt chính đều là cảnh cáo, phạt tiền, cải tạo không giam giữ hoặc phạt tù dưới 3 năm, ngoại trừ 02 điều luật có hình phạt cao nhất 5 năm tù và 10 năm tù, còn hình phạt chính là tù chung thân, hoặc tử hình không được

áp dụng đối với các tội phạm này. Điều này khác hẳn với việc nhiều hình phạt đặc biệt nghiêm khắc được quy định ở các điều luật trong các chương về nhóm tội khác, ví dụ như: hình phạt là tù chung thân, tử hình ở các chương khác có: 9 điều luật Chương các tội xâm phạm an ninh quốc gia; 7 điều luật Chương các tội xâm phạm tính mạng, sức khỏe, nhân phẩm, danh dự của con người; 7 điều luật Chương các tội xâm phạm sở hữu... Ở các nhóm tội phạm này, khách thể bị xâm hại là an ninh quốc gia, vận mệnh chính trị và sự tồn tại vững mạnh của chính quyền nhân dân, là các quyền lợi cơ bản về nhân thân, tài sản của đông đảo quần chúng nhân dân.

Có thể lý giải điều này bởi: Ở các giai đoạn phát triển khác nhau của đất nước, các khách thể này luôn được khẳng định về tầm quan trọng hàng đầu cũng như được xác định tương đối nhất quán về các nội dung thể hiện và biểu hiện vi phạm, tội phạm. Quyền TDDC của công dân liên quan đến hoạt động quản lý của Nhà nước và thể hiện ưu điểm của nền dân chủ mang lại cho người dân. Ở mỗi thời kỳ, giai đoạn lịch sử nhất định, Nhà nước luôn có những điều chỉnh để ngày càng ghi nhận và bảo vệ tốt hơn các quyền TDDC của công dân. Điều này cho thấy sự đánh giá tính chất nghiêm trọng và yêu cầu xử lý hình sự các tội xâm phạm quyền TDDC của công dân có phần nhẹ hơn so với các nhóm tội phạm khác.

Các biện pháp tác động về kinh tế hoặc hạn chế bớt quyền trong thời gian nhất định đối với người phạm tội như phạt tiền, cấm đảm nhiệm chức vụ với tính chất là hình phạt bổ sung cũng được áp dụng đối với các tội phạm này. Đây là quan điểm đánh giá và xử lý của Nhà nước đối với các hành vi xâm phạm quyền TDDC của công dân xuất phát

15 Xem: Trịnh Tiến Việt, *Miễn trách nhiệm hình sự theo luật hình sự Việt Nam*, Tlđđ, tr.18-21.

từ động cơ “chèn ép, vùi dập”, không cho công dân được hưởng những quyền và lợi ích hợp pháp của họ trong việc thực hiện TDDC hoặc xâm phạm đến những quyền này của họ một cách trái pháp luật của người phạm tội (người phạm tội thường là người có chức vụ, quyền hạn mới có cơ hội, điều kiện để phạm tội) và những thiệt hại về kinh tế, tài sản mà hành vi phạm tội đã gây ra cho người bị hại.

Về hậu quả pháp lý hình sự, BLHS quy định hệ thống hình phạt (bao gồm các hình phạt chính và các hình phạt bổ sung) và biện pháp tư pháp với tư cách là các biện pháp tác động TNHS được áp dụng đối với người phạm tội. Tuy nhiên, như trên đã phân tích, không phải tất cả các biện pháp này đều được quy định để áp dụng đối với người phạm tội đối với các tội xâm phạm quyền TDDC của công dân. Như Điều 28 khoản 2 BLHS hiện hành quy định 7 loại hình phạt bổ sung, bao gồm cấm đảm nhiệm chức vụ, cấm hành nghề hoặc làm công việc nhất định; cấm cư trú; quản chế; trước một số quyền công dân; tịch thu tài sản; phạt tiền và trục xuất. Ngoài hình phạt trục xuất không được quy định cụ thể trong các chế tài nói chung, chỉ 2 trong số các hình phạt này được quy định trong khung chế tài bổ sung đối với các tội xâm phạm quyền TDDC công dân, đó là: cấm đảm nhiệm chức vụ, cấm hành nghề hoặc làm công việc nhất định và phạt tiền.

3. Chính sách hình sự đối với các tội xâm phạm quyền tự do, dân chủ của công dân

Trong bất cứ một chế độ xã hội có giai cấp nào, giai cấp nắm quyền lực chính trị luôn luôn quan tâm đến việc củng cố các

quan hệ pháp luật, sử dụng pháp luật để điều chỉnh các quan hệ xã hội theo các mục đích nhất định. Chính sách pháp luật là “những nguyên tắc, định hướng cơ bản trong từng giai đoạn phát triển nhằm tạo ra những cơ sở đúng đắn cho việc sử dụng một cách có hiệu quả các khả năng điều chỉnh của pháp luật; nhằm xác định đúng đắn tổ chức và hoạt động của các cơ quan pháp luật và nhằm xây dựng ở mỗi người dân ý thức và lối sống tuân theo pháp luật”¹⁶. Do đó, dưới góc độ hẹp, chính sách hình sự là “một bộ phận của chính sách pháp luật. Chính sách hình sự là chính sách sử dụng các biện pháp pháp luật hình sự, cụ thể là đưa ra các định hướng, chủ trương trong việc sử dụng pháp luật hình sự vào lĩnh vực đấu tranh chống tội phạm và phòng ngừa tội phạm”¹⁷.

Như vậy, chính sách hình sự được phản ánh thông qua hoạt động xây dựng pháp luật hình sự mà kết quả là việc ban hành các văn bản quy phạm pháp luật hình sự, thể chế hoá đường lối, chính sách của Đảng. Chính sách hình sự là kim chỉ nam cho toàn bộ hoạt động thực tiễn áp dụng pháp luật hình sự của các cơ quan tiến hành tố tụng trong quá trình giải quyết vụ án hình sự. Chính sách hình sự “có thể mang tính chất đường lối, chiến lược lâu dài như “nghiêm trị kết hợp với khoan hồng”, “trùng trị kết hợp với giáo dục, cải tạo”... nhưng cũng có thể mang tính chất sách lược được thực hiện trong những giai đoạn nhất định cũng như đối với các đối tượng nhất định”¹⁸.

Như vậy, lịch sử phát triển của pháp luật hình sự nói chung, pháp luật hình sự về các tội phạm xâm phạm quyền TDDC của công dân nói riêng gắn liền với lịch sử hình thành và phát triển hơn 60 năm của Nhà nước và

16 Xem: Đào Trí Úc, *Luật hình sự Việt Nam (Quyển I - Những vấn đề chung)*, Nxb. Khoa học Xã hội, Hà Nội, 2000, tr.176.

17 Xem: Đào Trí Úc, *Luật hình sự Việt Nam, Tlđđ*, tr.176.

18 Xem: *Từ điển giải thích thuật ngữ Luật học (Luật hình sự, Luật tố tụng hình sự)*, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội, 1999, tr.30.

pháp luật Việt Nam. Từ khi giành được độc lập, khai sinh ra nước Việt Nam Dân chủ Cộng hòa cho đến nay, Nhà nước luôn quan tâm đến việc xây dựng và phát triển nền kinh tế đất nước, đồng thời chú ý xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật để bảo vệ nền độc lập, dân chủ của đất nước, trong đó rất quan tâm, chú trọng đến vấn đề bảo vệ các quyền của con người, của công dân và pháp luật hình sự nhằm xử lý các tội xâm phạm quyền TDDC của công dân. Trong mỗi giai đoạn phát triển của đất nước, Đảng và Nhà nước ta đều có các chủ trương, đường lối, chính sách cụ thể nhằm bảo vệ nền độc lập, dân chủ, bảo vệ chế độ, an ninh chính trị quốc gia và phát triển kinh tế - văn hóa - xã hội của đất nước trong đó có vấn đề bảo vệ các quyền, lợi ích hợp pháp của công dân, phù hợp với điều kiện, hoàn cảnh của từng thời kỳ. Điều này yêu cầu chính sách hình sự cũng luôn phải có sự thay đổi, phát triển phù hợp, phục vụ mục tiêu phát triển kinh tế - văn hóa - xã hội của đất nước và bảo đảm tôn trọng giá trị con người và các quyền công dân của họ không bị xâm phạm. Chính sách hình sự của Đảng và Nhà nước ta trong đấu tranh với các tội phạm nói chung, các tội xâm phạm quyền TDDC của công dân nói riêng cũng nhằm mục đích nêu trên, nó có ý nghĩa quan trọng, góp phần bảo đảm giữ vững nền an ninh - chính trị quốc gia, tạo điều kiện ổn định trật tự xã hội và sự phát triển bền vững của đất nước, ngăn ngừa các nguy cơ bất ổn, khủng hoảng về an ninh, chính trị và sự phá hoại của các thế lực thù địch; nhất là trong giai đoạn hiện nay, chúng ta đang chủ trương xây dựng Nhà nước pháp quyền XHCN của dân, do dân, vì dân, đòi hỏi phải có một nền dân chủ cao, trong đó mọi quyền và lợi ích hợp pháp của công dân phải được tôn trọng và bảo đảm thực thi, không bị xâm phạm. Nhìn chung, pháp luật hình sự của Nhà nước ta về các tội phạm xâm phạm quyền TDDC của công dân qua

từng thời kỳ đã đáp ứng khá tốt yêu cầu thể chế hoá các chủ trương, đường lối, chính sách như đã nêu trên, với ý nghĩa là công cụ sắc bén của cuộc đấu tranh phòng, chống tội phạm.

Việc nghiên cứu những vấn đề lý luận về TNHS đối với tội phạm nói chung, về các tội xâm phạm quyền TDDC của công dân nói riêng phải đặt trong mối liên hệ tổng thể với chính sách hình sự về tội phạm nói chung, chính sách hình sự đối với các tội xâm phạm quyền TDDC của công dân nói riêng. Những thay đổi của chính sách hình sự về các tội xâm phạm quyền TDDC của công dân qua các thời kỳ được phản ánh qua quá trình sửa đổi, bổ sung, pháp điển hóa các quy định pháp luật liên quan, tội phạm hóa và phi tội phạm hóa, hình sự hóa và phi hình sự hóa đối với các hành vi xâm hại quyền TDDC của công dân của Nhà nước, và được cụ thể hóa bằng việc quy định vấn đề TNHS đối với nhóm tội phạm này: tội danh và các dấu hiệu pháp lý xác định tội phạm (định tội); các dấu hiệu định khung tăng nặng, giảm nhẹ hình phạt; cũng như loại và mức hình phạt áp dụng đối với các tội phạm này (định khung hình phạt và quyết định hình phạt) ■



THANH LÝ THỂ CHẤP

TRONG LUẬT DÂN SỰ PHÁP THEO QUY ĐỊNH CỦA ĐẠO LUẬT NGÀY 23/3/2006

NGUYỄN NGỌC ĐIỆN*

ĐOÀN THỊ PHƯƠNG DIỆP**

Vấn đề bảo đảm thực hiện nghĩa vụ không phải là vấn đề mới trong luật dân sự Pháp cũng như luật dân sự Việt Nam hay hầu hết các luật dân sự của các quốc gia khác trên thế giới. Bảo đảm thực hiện nghĩa vụ xuất hiện tương đối sớm trong hệ thống pháp luật La Mã cổ đại. Khái niệm này xuất hiện cũng lâu đời như khái niệm về nghĩa vụ dân sự¹. Nhưng đạo luật ngày 23/3/2006 của Nghị viện Pháp² đã có rất nhiều thay đổi về hình thức lẫn nội dung các quy định về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ nói chung, mà rõ ràng nhất là về mặt hình thức. Sự thay đổi này có rất nhiều điểm mới, tiến bộ. Tìm hiểu và so sánh để tìm ra những điểm tương đồng để có thể giải thích và vận dụng cho các vấn đề tương tự của luật Việt Nam, bài viết đề cập đến vấn đề về thanh lý thể chấp theo đạo luật ngày 23/3/2006 của Nghị viện Pháp.

1. Các phương thức xử lý tài sản bảo đảm đối với các biện pháp bảo đảm đối vật nói chung theo quy định của pháp luật dân sự Pháp

Trước khi đề cập trực tiếp đến các quy định của luật dân sự Pháp về các biện pháp xử lý tài sản bảo đảm, thiết nghĩ nên đề cập qua về tập hợp các phương thức xử lý tài sản bảo đảm theo quy định của pháp luật Việt Nam hiện hành.

Các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự của pháp luật Việt Nam được xây

dựng như là một phần nhỏ trong cơ cấu chung về nghĩa vụ dân sự của BLDS. Theo quy định hiện nay chúng ta có tổng cộng 7 biện pháp bảo đảm là bảo lãnh; thế chấp; cầm cố; ký cược; ký quỹ; đặt cọc; tín chấp.

Nhà làm luật Việt Nam không có ý định phân chia một cách chi tiết các biện pháp bảo đảm nói trên theo từng nhóm riêng biệt. Tuy vậy, thực tiễn công tác nghiên cứu vẫn có xu hướng sắp xếp các biện pháp bảo đảm nói trên thành hai phân nhóm trên cơ sở sự khác biệt về các quyền của bên nhận bảo

* PGS,TS, Phó hiệu trưởng trường Đại học Kinh tế - Luật, Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh.

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

1 Droit des surete, Yves Picoq, (Ouvrage a jour de la loi de modernisation de l`economie du 4 aout 2008), Trang 5.

2 L`Ordonnance du 23 mas 2006.

đảm nói chung. Hai phân nhóm được chấp nhận trong phân chia đó là các biện pháp bảo đảm đối nhân và bảo đảm đối vật. Sự phân chia này hoàn toàn giống với cách phân chia trong luật của Pháp. Trong đó, các biện pháp bảo đảm đối vật tạo ra cho chủ nợ nhận bảo đảm quyền đối vật trên tài sản bảo đảm, bao gồm quyền được nắm giữ (nắm giữ vật chất hoặc nắm giữ tượng trưng) đối với tài sản bảo đảm và quyền được ưu tiên thanh toán theo thứ tự được xác định khi tài sản bảo đảm được bán. Trong khi đó, biện pháp bảo đảm đối nhân (bảo lãnh) chỉ tạo ra cho chủ nợ quyền đối nhân, quyền được yêu cầu thực hiện nghĩa vụ đối với một người khác, không phải là người mắc nợ.

Về các biện pháp xử lý tài sản bảo đảm, BLDS 2005 và Nghị định 163/CP của Chính phủ năm 2006 đã có nhiều quy định, tuy nhiên, tựu trung lại có các cách thức xử lý sau đây:

- Các phương thức xử lý tài sản bảo đảm theo thỏa thuận: bán tài sản bảo đảm; bên nhận bảo đảm nhận chính tài sản bảo đảm để thay thế cho việc thực hiện nghĩa vụ của bên bảo đảm; bên nhận bảo đảm nhận các khoản tiền hoặc tài sản khác từ người thứ ba trong trường hợp thế chấp quyền đòi nợ; phương thức khác do các bên thỏa thuận.

- Trong trường hợp các bên không có thỏa thuận về phương thức xử lý tài sản bảo đảm hoặc có thỏa thuận nhưng phương thức lựa chọn không thể thực hiện được, thì tài sản bảo đảm sẽ được bán đấu giá để thực hiện nghĩa vụ.

Có thể thấy, quy định của pháp luật Việt Nam về các phương thức xử lý tài sản bảo

đảm khá “thoáng” và khá rõ ràng. Rõ ràng vì các biện pháp này được quy định cụ thể trong Điều 59 Nghị định 163/CP năm 2006 và Điều 336 BLDS. “Thoáng” vì có vẻ như nhà làm luật chấp nhận cho các bên thỏa thuận một phương thức xử lý tài sản bảo đảm khác với các phương thức được dự kiến.

Về các phương thức xử lý tài sản bảo đảm theo luật dân sự Pháp, trước thời điểm có hiệu lực của đạo luật ngày 23/3/2006, đối với việc thế chấp bất động sản, chủ nợ chỉ có thể yêu cầu Tòa án cho xử lý tài sản bảo đảm, đáp ứng yêu cầu này, Tòa án sẽ ra quyết định cho bán đấu giá tài sản và chủ nợ sẽ được ưu tiên thanh toán trên số tiền thu được sau khi bán. Từ quy định của đạo luật ngày 23/3/2006, tất cả các biện pháp bảo đảm đối vật³ được quy định ở Chương thứ 2 Quyền 4 BLDS Pháp đều có chung cách thức xử lý tài sản được liệt kê gồm các lựa chọn sau đây:

a. Bán tài sản bảo đảm.

Phương thức bán tài sản này có thể được thực hiện bằng một trong hai hình thức, dàn xếp bán tài sản bảo đảm với sự cho phép của Tòa án⁴ hoặc bán đấu giá tài sản bảo đảm.

Phương thức thứ nhất (dàn xếp bán) không được chấp nhận trong trường hợp cầm cố tài sản, tức là chỉ được chấp nhận đối với biện pháp thế chấp. Dù gọi là dàn xếp bán tài sản bảo đảm nhưng thực tế, sự dàn xếp này cũng phải được sự cho phép của Tòa án có thẩm quyền. Có thể nói, về phương diện này, sự can thiệp của Tòa án Pháp chặt chẽ hơn nhiều so với cơ chế xử lý tài sản bảo đảm ở Việt Nam, ít ra là ở góc độ lập pháp, trên cơ sở các quy định của pháp luật. Vì

3 Bao gồm các biện pháp: bảo đảm đối vật bằng động sản (bao gồm: đặc quyền, cầm cố động sản hữu hình, cầm cố động sản vô hình, cầm giữ quyền sở hữu tài sản, la fiducie-surete) và bảo đảm đối vật bằng bất động sản (đặc quyền, cầm cố bất động sản, thế chấp bất động sản, la fiduci-surete). Riêng về Fiducie-surete, biện pháp bảo đảm này mới xuất hiện trong luật dân sự Pháp từ Luật năm 2007.

4 Vente à l`amiable sur l`autorisation judiciaire

theo các quy định hiện nay của luật dân sự Việt Nam, sự dàn xếp bán tài sản bảo đảm như vậy có thể được thực hiện theo thỏa thuận của các bên mà hoàn toàn không cần có sự can thiệp của cơ quan nhà nước có thẩm quyền cũng như của Tòa án.

Quy định của luật dân sự Pháp cấm việc bán tài sản bảo đảm theo thỏa thuận của các bên mà thỏa thuận này cho phép họ không tuân thủ quy trình, thể thức yêu cầu xử lý tài sản bảo đảm, có nghĩa là bán mà không thông qua vai trò của Tòa án⁵. Quy định cấm này đã có từ BLDS và tiếp tục được ghi nhận trong đạo luật mới. Việc cấm này xuất phát từ sự e ngại rằng, một sự dàn xếp bán như vậy có thể dẫn đến tình trạng tài sản được bán với giá thấp hơn so với giá trị thực tế của nó, điều này ảnh hưởng một cách tiêu cực đến quyền lợi của những đồng chủ nợ khác cũng như của người mắc nợ. Nói một cách cực đoan, việc bán này có thể “cướp đoạt” khả năng được thanh toán nợ của các chủ nợ khác⁶ cùng nhận bảo đảm.

Phương thức bán thứ hai là bán đấu giá tài sản bảo đảm. Lưu ý rằng việc lựa chọn bán đấu giá hay bán theo thỏa thuận dàn xếp thuộc thẩm quyền của Tòa án, mà không có quy định rõ ràng trong trường hợp này là các phương thức được áp dụng với những điều kiện nào. Đối với trường hợp bán đấu giá tài sản cầm cố thì trước khi bán tài sản phải được định giá bởi các chuyên gia thẩm định giá theo chỉ định của thẩm phán. Riêng đối với trường hợp bán đấu giá tài sản thế chấp, giá khởi điểm sẽ được xác định bởi chủ nợ yêu cầu xử lý tài sản (Điều 2206 BLDS Pháp). Trong trường hợp, bên bảo đảm (hay là người mắc nợ) cho rằng giá đã xác định của chủ nợ nhận bảo đảm là quá thấp thì bên

bảo đảm có thể yêu cầu thẩm phán xác định lại giá trị thực sự của tài sản theo giá thị trường.

Trường hợp tài sản không bán được thì chủ nợ sẽ mặc nhiên trở thành người trúng đấu giá với giá đã đưa ra ban đầu, kể cả trong trường hợp thẩm phán đã xác định (theo yêu cầu của bên bảo đảm) tài sản có giá cao hơn giá do chủ nợ đưa ra. Những ai có quan tâm đến tài sản đều có thể qua mặt chủ nợ để trở thành người trúng đấu giá nếu trong vòng 15 ngày - kể từ thời điểm mở bán đấu giá - người này trả thêm 10% giá do chủ nợ đưa ra.

*b. Nhận tài sản bảo đảm thay thế cho việc thực hiện nghĩa vụ*⁷

Đây là phương thức xử lý tài sản bảo đảm mới được ghi nhận theo quy định của đạo luật ngày 23/3/2006. Theo phương thức này, thay vì phải khởi kiện yêu cầu Tòa án cho bán tài sản và được ưu tiên thanh toán từ số tiền thu được do việc bán tài sản thì chủ nợ, theo phương thức này có thể yêu cầu Tòa án cho phép lấy chính tài sản này thay thế cho việc thực hiện nghĩa vụ. Phương thức này được chấp nhận cả đối với thế chấp (Điều 2458 BLDS Pháp) và cầm cố (Điều 2347 BLDS Pháp). Phương thức này mặc dù về bản chất giống với phương thức xử lý tài sản của luật Việt Nam “nhận tài sản bảo đảm để trừ nợ”, nhưng trên thực tế có một vài điểm khác.

Điểm khác thứ nhất, đây là phương thức được lựa chọn bởi chủ nợ chứ không phải theo thỏa thuận của các bên trong giao dịch bảo đảm như trong luật Việt Nam. Thứ hai, việc áp dụng biện pháp này bắt buộc trong mọi trường hợp phải thông qua Tòa án. Trong khi đó quy định của luật Việt Nam

5 *La clause de voie parrée.*

6 Marie-Noëlle JOBARD- BACHELLIER, Manuella BOURASSIN, Vincent BREMOND, "Các biện pháp bảo đảm nghĩa vụ", *Sirey*, 2007, số 1694, trang 412.

7 *L`attribution judiciaire.*

không yêu cầu điều này, có nghĩa là chỉ cần các bên có thỏa thuận và tự nguyện thực hiện phương thức này.

Rõ ràng, phương thức xử lý tài sản này bản thân nó cũng chứa đựng những nguy cơ xấu đối với cả bên bảo đảm cũng như các chủ nợ nhận bảo đảm khác. Điều này là dễ hiểu khi ở thời điểm xác lập nghĩa vụ chính (được bảo đảm) bên bảo đảm ở trong tình thế không có nhiều sự lựa chọn (ví dụ như rất cần vốn vay) thì bên này sẽ dễ dàng chấp nhận một phương thức xử lý tài sản bất lợi, phương thức này là một ví dụ. Đối với các chủ nợ khác cùng nhận bảo đảm bằng chính tài sản này thì sự bất lợi có thể thấy rất rõ là họ không còn gì để bảo đảm cả.

Dự liệu được những khả năng này trong thực tế, luật dân sự Pháp quy định cấm áp dụng phương thức này đối với tài sản bảo đảm là nơi cư trú⁸ của bên bảo đảm. Ngoài ra Điều 2460 BLDS Pháp còn quy định, trước khi quyết định giao tài sản cho chủ nợ thì phải tiến hành định giá tài sản. Việc định giá được tiến hành bởi các chuyên gia theo triệu tập của thẩm phán hoặc theo thỏa thuận của các bên. Trong trường hợp giá trị của tài sản được xác định là lớn hơn giá trị của nghĩa vụ được bảo đảm thì chủ nợ phải hoàn trả phần chênh lệch. Luật hoàn toàn không đề cập đến trường hợp ngược lại, giá trị tài sản bảo đảm nhỏ hơn nghĩa vụ cần thanh toán, có lẽ cũng không cần đề cập vì trong trường hợp này, trên tinh thần đảm bảo một sự đối xử công bằng giữa chủ nợ nhận bảo đảm và bên bảo đảm theo luật của Pháp thì việc lấy tài sản này chỉ có tác dụng chấm dứt thế chấp đối với chủ nợ nhận tài sản và chỉ dừng lại ở việc chấm dứt thế chấp mà thôi, nếu nghĩa vụ vẫn còn thì nghĩa vụ này sẽ ở trong tình trạng nghĩa vụ không có bảo đảm.

Nghĩa là chủ nợ vẫn có thể tiếp tục đòi với tư cách là một món nợ không có bảo đảm.

Phương thức xử lý tài sản này hoàn tất bằng việc chuyển quyền sở hữu tài sản cho chủ nợ.

c. Thỏa thuận nhận tài sản bảo đảm trừ nợ⁹

Đầu tiên, cần có sự phân biệt giữa biện pháp này và biện pháp nhận tài sản bảo đảm để thay thế cho việc thực hiện nghĩa vụ vừa được trình bày ở trên. Thoạt nhìn thì hai biện pháp này khá giống nhau, thậm chí là giống nhau về bản chất, vì kết quả đạt được đều là chủ nợ sẽ trở thành chủ sở hữu tài sản bảo đảm. Tuy nhiên có sự khác biệt nằm ở chỗ, nếu “thỏa thuận nhận tài sản bảo đảm trừ nợ” hình thành trên cơ sở sự thỏa thuận của các bên trong giao dịch bảo đảm thì “nhận tài sản bảo đảm để thay thế cho việc thực hiện nghĩa vụ” là kết quả của một yêu cầu và được Tòa án chấp nhận.

Phương thức xử lý tài sản này không được chấp nhận trong bối cảnh của luật cũ. Điều 2078 BLDS Pháp cấm thỏa thuận này đối với biện pháp cầm cố và một thỏa thuận như thế này nếu có sẽ bị vô hiệu tuyệt đối. Đối với biện pháp thế chấp, không có quy định cấm rõ ràng trong luật cũ nhưng án lệ có xu hướng không chấp nhận loại thỏa thuận này. Sự e dè của luật xuất phát từ sự lo lắng rằng, bên mắc nợ và các chủ nợ nhận bảo đảm đến sau sẽ bị thiệt thòi. Và sự cấm đoán này thực sự là một sự can thiệp (từ cả góc độ lập pháp lẫn ở góc độ tư pháp) vào quyền tự do thương lượng và thỏa thuận hợp đồng của các bên.

Đạo luật ngày 23/3/2006 của Pháp đã trực tiếp gỡ bỏ quy định cấm. Từ thời điểm có hiệu lực của đạo luật này, các bên của giao dịch bảo đảm có thể thỏa thuận chọn phương thức này để áp dụng. Tuy nhiên,

⁸ Luật dùng từ “*residence principale*” có nghĩa là nơi ở chính, chủ yếu của bên bảo đảm, nhưng thực ra nên hiểu là nơi ở duy nhất.

⁹ *Le pacte commissoire*.

cũng giống như phương thức xử lý tài sản đề cập ở trên, Tòa án can thiệp rất chặt chẽ vào quá trình xử lý tài sản trong trường hợp này. Cụ thể có một vài hạn chế sau đây: thứ nhất, phương thức này không áp dụng trên bất động sản là nơi cư trú của bên bảo đảm, thứ hai, cần phải định giá tài sản trước khi giao cho chủ nợ. Nhìn chung là cách thức đối xử của nhà làm luật trong cả hai trường hợp này (b và c) là như nhau.

Từ đó, có thể thấy rất rõ sự can thiệp ở khía cạnh tư pháp vào hoạt động này. Sự can thiệp này là cần thiết nhằm đảm bảo rằng hoạt động này được thực hiện một cách đúng luật và đảm bảo quyền lợi của các bên có liên quan, đặc biệt là của bên bảo đảm.

2. Thanh lý thế chấp trong trường hợp quyền sở hữu tài sản thế chấp được chuyển cho bên thứ ba.

Ba phương thức xử lý tài sản bảo đảm nói chung đề cập trên đây áp dụng cho trường hợp đến hạn thực hiện nghĩa vụ mà bên có nghĩa vụ không thực hiện được nghĩa vụ, vì thế tài sản bảo đảm bị mang ra xử lý để thu hồi nợ.

Trên thực tế, trong quá trình cầm cố, thế chấp, thực hiện giao dịch bảo đảm nói chung, tài sản bảo đảm vẫn luôn thuộc quyền sở hữu của bên bảo đảm (trừ các trường hợp quyền sở hữu tài sản bị nắm giữ như một biện pháp bảo đảm)¹⁰. Do vậy, với tư cách là chủ sở hữu, bên bảo đảm vẫn còn các quyền chiếm hữu, sử dụng và thậm chí là định đoạt tài sản bảo đảm.

Xuất phát từ quan điểm: biện pháp “bảo đảm” phải mang tới sự “bảo đảm” an toàn cho bên nhận bảo đảm nên quy định của luật

Việt Nam hạn chế một cách tối đa việc thực hiện quyền định đoạt tài sản của bên bảo đảm. Có thể nhìn thấy rõ ràng điều này thông qua các quy định của Nghị định 163/CP về giao dịch bảo đảm.

Còn theo quy định của BLDS Pháp và Đạo luật ngày 23/3/2006, trong thời gian thực hiện hợp đồng bảo đảm, chủ sở hữu tài sản có thể bán, tặng cho hoặc trao đổi tài sản này cho bên thứ ba. Vấn đề đặt ra trong trường hợp này là quyền của các bên thứ ba sẽ giải quyết như thế nào trong quan hệ với bên nhận bảo đảm. Một điều cần lưu ý là nhà làm luật không hề lo lắng cho quyền của bên nhận bảo đảm mà lo lắng nhiều hơn cho quyền của bên mua, nhận trao đổi hay được tặng cho tài sản. Lý do hết sức đơn giản là vì một khi giao dịch bảo đảm đã được đăng ký thì dù tài sản có nằm trong tay ai bên nhận bảo đảm cũng có quyền truy tìm, mang về và xử lý để thu hồi nợ¹¹. Do đó, thủ tục thanh lý trong trường hợp này có tác dụng làm chấm dứt quyền của bên nhận bảo đảm đối với tài sản bảo đảm. Thủ tục thanh lý thế chấp được đề cập bởi các quy định của BLDS Pháp và Đạo luật ngày 23/3/2006 từ Điều 2476 đến 2487. Theo các quy định này, bên thứ ba đang nắm giữ tài sản (do thỏa thuận một cách hợp pháp về việc tặng cho, trao đổi... với bên bảo đảm) sẽ đưa ra đề nghị trả một khoản tiền tương ứng với giá bán tài sản được xác định bởi bên này cho các chủ nợ được bảo đảm bằng chính tài sản này. Đề nghị này được gửi bằng thông báo chính thức đến các chủ nợ trước thời điểm có yêu cầu xử lý tài sản từ phía chủ nợ nhận bảo đảm. Nếu tất cả các chủ nợ đều đồng ý với đề nghị này, số tiền “bán” tài sản sẽ được dùng để thanh toán cho các chủ nợ nhận bảo đảm theo thứ tự ưu tiên được xác định theo

10 "La réserve de droit propriété", kỹ thuật bảo đảm này đã được công nhận tại Việt Nam dưới tên gọi "mua trả chậm trả dần". Đối với hợp đồng mua bán loại này, bên bán giao tài sản cho bên mua nhưng không chuyển giao quyền sở hữu. Quyền sở hữu nằm trong tay bên bán như một biện pháp bảo đảm cho nghĩa vụ thanh toán kéo dài. Tuy nhiên các quy định của luật Việt Nam trong khuôn khổ loại hợp đồng này còn rất đơn giản, chưa phản ánh hết hiệu lực của biện pháp bảo đảm áp dụng trong trường hợp này.

11 Tất nhiên cũng có những trường hợp ngoại lệ như trong luật Việt Nam, ví dụ việc mua bán đã được đăng ký trước thời điểm đăng ký giao dịch bảo đảm.

thứ tự đăng ký giao dịch bảo đảm. Tài sản bảo đảm sẽ được giải phóng và thuộc quyền sở hữu của bên thứ ba một cách toàn vẹn. Nếu giá trị tài sản không đủ để thanh toán thì số nợ còn thiếu sẽ trở thành nợ không có bảo đảm. Ngược lại, nếu các chủ nợ không đồng ý vì cho rằng, giá thỏa thuận giữa bên bảo đảm và bên mua tài sản thấp hơn rất nhiều so với giá trị thật của tài sản, việc thanh lý tài sản không thành công và trong vòng 40 ngày kể từ thời điểm nhận được thông báo yêu cầu thanh lý, các chủ nợ phải xin phép Tòa án cho tiến hành bán đấu giá tài sản với mức giá khởi điểm được đưa ra bằng với giá được xác định của bên mua đầu tiên cộng thêm 10% tăng thêm và phải cam đoan rằng, nếu không bán được tài sản bằng việc bán đấu giá này thì họ sẽ là người mua với giá được xác định lần thứ hai này. Như vậy, các chủ nợ sẽ phải cân nhắc thật cẩn thận về đề nghị thanh lý, bởi vì nếu vội vàng từ chối thì hậu quả sẽ tương đối nặng nề đối với họ. Trong trường hợp tài sản bán được qua cuộc bán đấu giá, các chủ nợ sẽ được thanh toán từ số tiền thu được. Nếu số tiền thu được từ việc bán đấu giá thừa để thanh toán tất cả các nghĩa vụ, thì số còn thừa này sẽ phải trả lại cho bên bảo đảm. Tuy nhiên, bên đề nghị thanh lý ban đầu sẽ được phép giữ lại hoa lợi, lợi tức mà anh ta thu được từ tài sản trong quá trình nắm giữ trước khi chuyển sang cho bên trúng đấu giá.

Kỹ thuật thanh lý tài sản bảo đảm trong trường hợp này bị đánh giá là nặng nề¹² và phức tạp khi áp dụng trong thực tiễn, do đó, Đạo luật ngày 23/3/2006 cho phép một quy trình cải tiến hơn tạm dịch là “dàn xếp thanh lý tài sản bảo đảm”¹³ (Điều 2475 BLDS Pháp). Theo quy trình này, một khi giá trị tài sản bảo đảm được đánh giá là tương đương với tổng hợp các nghĩa vụ được bảo đảm được đăng ký, bên thứ ba mua tài sản sẽ đề nghị mua và thanh toán toàn bộ số tiền này

cho công chứng viên, công chứng viên đóng vai trò trung gian sẽ dùng số tiền này để thanh toán cho các chủ nợ theo thứ tự thanh toán được xác định theo thứ tự đăng ký giao dịch bảo đảm, đổi lại, các chủ nợ sẽ từ bỏ quyền của họ đối với tài sản bảo đảm. Quy trình này chỉ có thể được thực hiện với sự đồng ý của tất cả các chủ nợ và bên bảo đảm, cũng chính là người mắc nợ. Công chứng viên tham gia trong quy trình này có ý nghĩa là một bên trung gian, đồng thời cũng đóng vai trò quan sát viên, đảm bảo rằng việc thanh lý tài sản diễn ra hợp pháp và đảm bảo quyền và lợi ích hợp pháp của các bên có liên quan.

Vấn đề thanh lý tài sản đề cập trên đây hoàn toàn không phải là vấn đề mới mẻ đối với các nhà làm luật Việt Nam khi đã cho phép bán tài sản bảo đảm trong một vài trường hợp đặc biệt. Tuy nhiên, điều đáng nói ở đây là chúng ta đang lo lắng một cách thái quá cho chủ nợ, nên việc cho phép bán tài sản trong trường hợp này còn dừng lại trong chừng mực rất e dè. Điều này dẫn đến hệ quả là các quy định của luật chúng ta chưa giải quyết một cách rõ ràng trong trường hợp bên bảo đảm mang tài sản đi bán. Ví dụ điển hình là trong trường hợp tài sản bảo đảm là hàng hóa luân chuyển trong quá trình sản xuất kinh doanh, bên bảo đảm được phép bán mà không cần có sự đồng ý của bên nhận bảo đảm, luật cũng không quy định là cần phải thông báo. Như vậy, mặc dù luật quy định số tiền thu được từ việc bán sẽ trở thành tài sản thế chấp thay thế, nhưng làm sao bên nhận thế chấp biết được việc bán này để có thể thiết lập biện pháp bảo đảm trên tài sản mới?

Mô hình về thanh lý tài sản bảo đảm trong luật dân sự Pháp là một cái nhìn mới đáng để chúng ta suy ngẫm và học hỏi ■

12 Marie-Noëlle JOBARD- BACHELLIER, Manuella BOURASSIN, Vincent BREMOND, "Các biện pháp bảo đảm nghĩa vụ », Sirey, 2007, số 2116, trang 538.

13 La purge amiable.