

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

ISSN 1859 - 2953

www.nclp.org.vn

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



Số 17 [345]
Kỳ 1 - Tháng 9/2017

- ❖ GIÁM SÁT, KIỂM TRA NGƯỜI ĐỨNG ĐẦU CẤP CƠ SỞ THEO NGHỊ QUYẾT TRUNG ƯƠNG 4 KHÓA XII
- ❖ NHÀ NƯỚC KIẾN TẠO PHÁT TRIỂN: MÔ HÌNH VÀ TRIỂN VỌNG
- ❖ CẨM GIỮ TÀI SẢN, BẢO LƯU QUYỀN SỞ HỮU THEO BỘ LUẬT DÂN SỰ NĂM 2015

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn

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

Mục lục Số 17/2017

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

- 3** Giám sát, kiểm tra người đứng đầu cấp cơ sở theo Nghị quyết trung ương 4 khóa XII

TS. Bùi Ngọc Thanh

- 8** Nhà nước kiến tạo phát triển: mô hình và triển vọng

PGS, TS. Vũ Công Giao

- 20** Thống nhất khái niệm doanh nghiệp nhà nước theo các hiệp định tự do hóa thương mại và pháp luật Việt Nam

ThS. Nguyễn Thu Thủy

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 30** Luận bàn vài vấn đề trong dự thảo luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Bộ luật Lao động năm 2017

TS. Nguyễn Thị Hồng Nhung

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 35** Bảo đảm quyền giám sát của công dân đối với việc lập, công bố và thực hiện kế hoạch sử dụng đất hàng năm của cấp huyện

PGS, TS. Phan Trung Hiền

- 42** Cầm giữ tài sản, bảo lưu quyền sở hữu theo Bộ luật Dân sự năm 2015

Đoàn Thị Phương Diệp

- 48** Quan niệm về tuổi chịu trách nhiệm hình sự của trẻ em

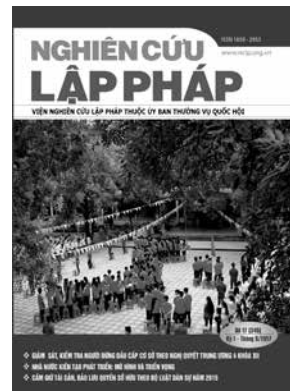
ThS. Hà Lệ Thủy

Nguyễn Thị Lan Anh

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 55** Hình phạt không phải là hình phạt tù trong pháp luật hình sự Pháp và những kiến nghị cho pháp luật hình sự Việt Nam

ThS. Nguyễn Thị Hồng Hạnh



HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

TS. NGUYỄN ĐÌNH QUYỀN (CHỦ TỊCH)
TS. NGUYỄN VĂN GIÀU
PGS, TS. NGUYỄN THANH HẢI
PGS, TS. ĐÌNH VĂN NHẢ
PGS, TS. LÊ BỘ LĨNH
TS. NGUYỄN VĂN LUẬT
PGS, TS. HOÀNG VĂN TÚ
TS. NGUYỄN VĂN HIỂN
PGS, TS. NGÔ HUY CƯỜNG
TS. NGUYỄN HOÀNG THANH

PHÓ TỔNG BIÊN TẬP PHỤ TRÁCH:

TS. NGUYỄN HOÀNG THANH

TRỤ SỞ:

27A VÕNG THỊ - TÂY HỒ - HÀ NỘI
ĐT: 0243.2121204/0432121206
FAX: 0243.2121201
Email: nclp@qh.gov.vn
Website: www.nclp.org.vn

THIẾT KẾ:

BÙI HUỖN

GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:

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

PHÁT HÀNH - QUẢNG CÁO

HÀ NỘI: 0243.2121202

TÀI KHOẢN:

0991000023097
VIỆN NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP
NGÂN HÀNG THƯƠNG MẠI CỔ PHẦN
NGOẠI THƯƠNG VIỆT NAM
(VIETCOMBANK), CHI NHÁNH TÂY HỒ

MÃ SỐ THUẾ: 0104003894

IN TẠI CÔNG TY CỔ PHẦN IN HÀ NỘI

GIÁ: 19.500 ĐỒNG

Ảnh bìa: Mùa tựu trường năm học mới.

Ảnh: ST

LEGISLATIVE STUDIES

www.nclp.org.vn

INSTITUTE FOR LEGISLATIVE STUDIES UNDER THE STANDING COMMITTEE OF THE NATIONAL ASSEMBLY OF THE S.R. VIETNAM

Legis No 17/2017

STATE AND LAW

- 3** Supervision, Examination of the Heads at Grassroot Level under the Resolution No. 04 of the 12th Party Central Committee

Dr. Bui Ngoc Thanh

- 8** Tectonic Government for Development: Model and Prospects

Prof., Dr. Vu Cong Giao

- 20** Definition Consistency of State-Owned Enterprises under Free Trade Agreements and Vietnamese Law

LLM. Nguyen Thu Thuy

DISCUSSION OF BILLS

- 30** Discussions on a Number of Provisions of the Bill on Labor Code

Dr. Nguyen Thi Hong Nhung

LEGAL PRACTICE

- 35** Assurance of Citizen's Supervisory Rights in Development, Publication and Implementation of Annual Land Usage Plan of District Level

Prof., Dr. Phan Trung Hien

- 42** Property Holding, Reservation of Formal Ownership under the Civil Code of 2015

Doan Thi Phuong Diep

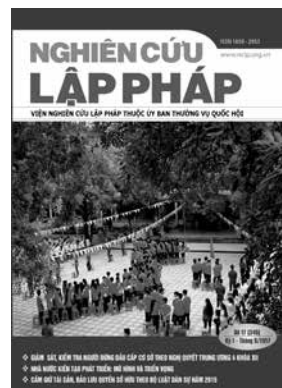
- 48** Concept on the Age of a Child for Criminal Liability

**LLM. Ha Le Thuy
Nguyen Thi Lan Anh**

FOREIGN EXPERIENCE

- 55** Non-custodial sentences under French Criminal Law and Suggestions for Vietnam's Penal Code

LLM. Nguyen Thi Hong Hanh



EDITORIAL BOARD:

Dr. NGUYEN DINH QUYEN (Chairman)
Dr. NGUYEN VAN GIAU
Prof, Dr. NGUYEN THANH HAI
Prof, Dr. DINH VAN NHA
Prof, Dr. LE BO LINH
Dr. NGUYEN VAN LUAT
Prof, Dr. HOANG VAN TU
Dr. NGUYEN VAN HIEN
Prof, Dr. NGO HUY CUONG
Dr. NGUYEN HOANG THANH

CHEF EDITOR IN CHARGE:

TS. NGUYEN HOANG THANH

TRỤ SỞ:

27A VONG THI - TAY HO - HA NOI
ĐT: 0243.2121204/0432121206
FAX: 0243.2121201
Email: nclp@qh.gov.vn
Website: www.nclp.org.vn

THIẾT KẾ:

BUI HUYEN

GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:

Nº 438/GP-BTTTT DATE 29-10-2013
MINISTRY OF INFORMATION
AND COMMUNICATION

PHÁT HÀNH - QUẢNG CÁO

HA NOI: 0243.2121202

ACCOUNT NUMBER:

0991000023097
LEGISLATIVE STUDY MAGAZINE
VIETCOMBANK

TAX CODE: 0104003894

PRINTED BY HANOI PRINTING
JOINT STOCK COMPANY

Price: 19.500 ĐỒNG

GIÁM SÁT, KIỂM TRA NGƯỜI ĐỨNG ĐẦU CẤP CƠ SỞ THEO NGHỊ QUYẾT TRUNG ƯƠNG 4 KHÓA XII

Bùi Ngọc Thanh*

* TS, Nguyên Chủ nhiệm Văn phòng Quốc hội

Thông tin bài viết:

Từ khóa: chủ trương và đường lối của Đảng, chính sách và pháp luật của Nhà nước, trách nhiệm của người đứng đầu cấp cơ sở

Lịch sử bài viết:

Nhận bài: 10/08/2017

Biên tập: 18/08/2017

Duyệt bài: 24/08/2017

Article Infomation:

Keywords: orientations and leadership of the Party, policies and laws of the State, responsibilities of the head, grassroots level.

Article History:

Received: 10 Aug. 2017

Edited: 18 Aug. 2017

Approved: 24 Aug. 2017

Tóm tắt:

Nghị quyết số 04-NQ/TW của Ban Chấp hành Trung ương Đảng Khóa XII được Tổng Bí thư Nguyễn Phú Trọng ký ban hành ngày 30-10-2016 về tăng cường xây dựng, chỉnh đốn Đảng; ngăn chặn, đẩy lùi sự suy thoái về tư tưởng chính trị, đạo đức, lối sống, những biểu hiện "tự diễn biến" và "tự chuyển hóa" trong nội bộ. Bài viết phân tích một số tồn tại, biểu hiện của người đứng đầu cấp cơ sở chưa thực thi đúng chủ trương, đường lối của Đảng, pháp luật và chính sách của Nhà nước và đề xuất các nội dung chính cần được giám sát, kiểm tra đối với người đứng đầu cấp cơ sở.

Abstract:

The Resolution No. 04-NQ/TW dated 30 Oct. 2016 of the XII Party Central Committee signed by the General Secretary Nguyen Phu Trong on strengthening building and rectification of the Party to prevent, repel the deterioration of political ideology, morality, lifestyles, and the internal manifestations of "tự diễn biến" (self-evolving) and "tự chuyển hóa" (self-transcendent) of the members of the Parties. This article provides analysis of a number of shortcomings and manifestations of the head of the grassroots level, which have not properly implemented the Party's orientations and leadership and the laws and policies of the State, and proposed key contents to be supervised, checked against the head of the grassroots level.

Mọi chủ trương, đường lối của Đảng; pháp luật, chính sách của Nhà nước khi có hiệu lực thi hành sẽ được thực thi trực tiếp ở cơ sở (xã, phường, thị trấn) trên phạm vi toàn quốc. Và cơ sở cũng là nơi phản ánh sáng rõ, chân thực nhất hiệu lực và hiệu quả của những chủ trương,

đường lối, pháp luật và chính sách đó. Chính vì vậy, người đứng đầu cấp xã có vai trò, trọng trách đặc biệt quan trọng, là "linh hồn", là người tiên phong trong việc tổ chức thực hiện trên địa bàn do mình quản lý, lãnh đạo.

Người đứng đầu cấp xã gồm 4 chức danh là Bí thư Đảng ủy, Chủ tịch Hội đồng

nhân dân (HĐND), Chủ tịch Ủy ban nhân dân (UBND) và Chủ tịch Mặt trận Tổ quốc Việt Nam cấp xã. Theo Tổng cục Thống kê (Bộ Kế hoạch và Đầu tư), năm 2015 cả nước có 11.162 đơn vị cấp xã, cũng có nghĩa là có 44.648 người đứng đầu cấp xã, một lực lượng cán bộ cấp cơ sở khá lớn về số lượng. Lực lượng cán bộ này sống với dân, hằng ngày tiếp xúc với dân; là người của Đảng, của Nhà nước trực tiếp quan tâm tới dân; làm việc, giải quyết công việc cụ thể của dân; tiếp thu ý kiến đóng góp của dân phản ánh cho Đảng, cho Nhà nước để hoàn thiện đường lối, chủ trương, luật pháp và chính sách ở tầm vĩ mô. Bởi vậy họ cũng được Đảng, Nhà nước giao cho những nhiệm vụ khá quan trọng, rất nặng nề. Ví dụ, 3 trong 7 nhiệm vụ quan trọng của Chủ tịch UBND xã là, "...lãnh đạo, chỉ đạo thực hiện các nhiệm vụ về tổ chức và bảo đảm việc thi hành Hiến pháp, pháp luật, các văn bản của các cơ quan nhà nước cấp trên, của HĐND và UBND xã; thực hiện các nhiệm vụ về quốc phòng, an ninh, bảo đảm trật tự, an toàn xã hội, đấu tranh, phòng, chống tội phạm và các hành vi vi phạm pháp luật khác, phòng, chống quan liêu, tham nhũng; tổ chức thực hiện các biện pháp bảo vệ tài sản của cơ quan, tổ chức, bảo hộ tính mạng, tự do, danh dự, nhân phẩm, tài sản, các quyền và lợi ích hợp pháp khác của công dân; thực hiện các biện pháp quản lý dân cư trên địa bàn xã theo quy định của pháp luật... Giải quyết khiếu nại, tố cáo, xử lý vi phạm pháp luật, tiếp công dân theo quy định của pháp luật... Chỉ đạo thực hiện các biện pháp bảo vệ môi trường, phòng, chống cháy, nổ; áp dụng các biện pháp để giải quyết các công việc đột xuất, khẩn cấp trong phòng, chống thiên tai, dịch bệnh, an ninh, trật tự, an toàn xã hội trên địa bàn xã theo quy định của pháp luật..."¹.

Thực tế công tác qua nhiều nhiệm kỳ cho thấy, bên cạnh những kết quả thực thi công vụ đúng chức trách rất đáng khích lệ của phần lớn cán bộ, đảng viên là người đứng đầu cấp xã, thì vẫn còn tình trạng phải suy nghĩ, đấu tranh để khắc phục như Nghị quyết Trung ương 4 khóa XII đã chỉ rõ "Nhiều cán bộ, đảng viên, trong đó có người đứng đầu chưa thể hiện tính tiên phong, gương mẫu; còn biểu hiện quan liêu, cửa quyền, chưa thực sự sâu sát thực tế, cơ sở...; tham nhũng, lãng phí, tiêu cực vẫn còn nghiêm trọng, tập trung vào số đảng viên có chức vụ trong bộ máy nhà nước". Chính vì thế mà các cơ quan có chức năng phải tập trung kiểm tra, giám sát nghiêm ngặt, khách quan, trung thực đối với những người đứng đầu các cấp, trong đó phải đặc biệt quan tâm đối với cấp xã. Trong nhiều việc phải kiểm tra, giám sát - theo 27 biểu hiện được nhận diện - mà Nghị quyết đã chỉ rõ thì ở cơ sở rất cần giám sát, kiểm tra 4 biểu hiện cụ thể dưới đây mà không ít người đứng đầu mắc phải:

1. Năng lực, trình độ và ý thức trách nhiệm của người đứng đầu cấp xã

Đó là những yếu tố đặc trưng để "đo đạc" hiệu quả thực thi nhiệm vụ của người đứng đầu. Thực tế cho thấy, không phải là không có những trường hợp người đứng đầu yếu kém về năng lực, thấp kém về phẩm chất nhưng lại "chạy giỏi" nên đã trở thành người lãnh đạo. Khi đã có chức, có quyền rồi thì tìm mọi cách "thu hồi vốn đầu tư" bù lại chỗ "đã chạy đến hụt hơi" trước đó; tiến đến phải "sinh lời", càng nhiều càng chưa thỏa mãn. Mặt khác, như một phản xạ tự nhiên, người có tài "chạy giỏi" đó luôn sử dụng nhiều thủ pháp, mánh khéo, thủ đoạn để che chắn dư luận, đe dọa những ai phát giác, dám nói thẳng... Lại có những trường hợp sau khi nắm được chức tước, đáng lẽ

1 Luật Tổ chức chính quyền địa phương năm 2015; Điều 36 - Nhiệm vụ, quyền hạn của Chủ tịch UBND xã.

phải bắt tay ngay vào việc thực thi công vụ, thể hiện khả năng công tác, năng lực chỉ đạo, điều hành của mình, thể hiện niềm tin với dân, thì lại sa đà vào liên hoan chè chén liên miên mừng “thắng lợi”. Bản thân bày ra tiệc tùng rồi còn “xi nhan” cho các tổ chức đoàn thể cũng rượu, bia “ăn mừng” cho mình. Cho tới khi “mãn tà, xế bóng” bước vào công việc thì phó thác cho cấp dưới, lâu lâu mới nghe báo cáo một lần. Trong các cuộc họp, nắm tình hình công việc là “cái chính” thì lại biến thành “cái phụ”, mà đánh chén là cái không nên có, hoặc là “cái phụ” thì lại biến thành “cái chính”... Có cán bộ đã thốt lên rằng, “cả tháng trời không tôi nào ăn cơm với vợ, con”... Ở những nơi này, trong dân luôn có “điều ong, tiếng ve”, oán thán, ngán ngẩm; còn nội bộ thì mất đoàn kết, lung củng, bè phái, chia rẽ. Và nghịch lý là, nhiệm vụ của người đứng đầu là phải tiếp công dân, phải giải quyết khiếu nại, tố cáo của công dân thì họ lại luôn lánh mặt dân nơi công sở và chính họ lại là mầm mống của những khiếu nại, tố cáo của công dân!

Bởi vậy, phải kiểm tra, giám sát để chấn chỉnh kịp thời. Kết quả kiểm tra, giám sát phải được công bố công khai rõ ràng, minh bạch cho dân biết. Những trường hợp ít hoặc không có hy vọng sửa chữa thì phải xử lý theo biện pháp thứ nhất về cơ chế chính sách mà Nghị quyết đã khẳng định: *Kiên quyết sàng lọc, miễn nhiệm, thay thế, cho từ chức đối với cán bộ làm việc kém hiệu quả, không hoàn thành nhiệm vụ, yếu về năng lực, kém về phẩm chất đạo đức, tín nhiệm thấp mà không chờ hết nhiệm kỳ, hết tuổi công tác, nhất là cán bộ lãnh đạo, quản lý và người đứng đầu. Có như thế mới củng cố, lấy lại được niềm tin của dân với cấp ủy, với chính quyền cơ sở.*

2. Phải kiểm tra, giám sát việc thực hiện Luật Đất đai

Đây là vấn đề đại sự đối với người đứng đầu ở cơ sở. Theo số liệu của Ban Dân nguyện thuộc Ủy ban thường vụ Quốc hội, trong tổng số đơn, thư khiếu nại, tố cáo hàng năm trong cả nước thì có khoảng 70% là khiếu kiện về đất đai, giải phóng mặt bằng, đền bù, tái định cư mà phần lớn là phát sinh từ thôn, xã. Dù lớn, dù nhỏ, hầu như hiếm có một địa phương nào là không có khiếu nại, tố cáo về đất đai. Nhiều trường hợp bị tố cáo là người đứng đầu, là lãnh đạo trực tiếp. Nhiều người khi bị khiếu nại, tố cáo thì bao biện, nói hoặc báo cáo không trung thực. Mới đây ở Nam Định, “nhằm che giấu sai phạm nghiêm trọng về xây dựng, đất đai, lãnh đạo UBND xã Điền Xá thậm chí đã gian dối số liệu, trắng trợn khi báo cáo chỉ có “vài trường hợp mới phát sinh”... “trong khi đó, người dân tố cáo con số vi phạm lên tới hàng nghìn trường hợp”². Hay như vụ án ở xã Đồng Tâm, huyện Mỹ Đức (Hà Nội), cơ quan chức năng đã truy tố 14 bị can vi phạm Luật Đất đai; 10 người nguyên là cán bộ lãnh đạo xã Đồng Tâm và 4 người nguyên là cán bộ chuyên môn huyện Mỹ Đức. Đáng lưu ý là, trong số 10 bị can nguyên là lãnh đạo xã Đồng Tâm thì 5 bị can là người đứng đầu (3 người nguyên là Chủ tịch UBND xã, 1 người là Bí thư, 1 người là Chủ tịch HĐND, Trưởng ban Tài chính). Tội danh của các bị can mà Viện kiểm sát nhân dân huyện Mỹ Đức ra cáo trạng truy tố là “lợi dụng chức vụ quyền hạn trong khi thi hành công vụ” và “thiếu trách nhiệm gây hậu quả nghiêm trọng”³... Đây chỉ là hai trong hàng ngàn vụ việc nghiêm trọng khác.

Đây chính là biểu hiện thứ 6 ở nhóm biểu hiện thứ 2 trong Nghị quyết Trung

2 Báo Thanh tra điện tử ngày 17/3/2017.

3 Báo Hà Nội mới ngày 5/7/2017.

ương 4 khóa XII. Vi phạm Luật Đất đai là một việc không còn là “cá biệt” hay “một số” nếu không muốn nói là khá “phổ biến”, chỉ có mức độ, phạm vi là có khác. Do đó, đây phải là “một trọng điểm” kiểm tra, giám sát đối với người đứng đầu ở cơ sở. Người đứng đầu được giao nhiệm vụ “lãnh đạo, chỉ đạo thực hiện các nhiệm vụ về tổ chức và bảo đảm việc thi hành Hiến pháp, pháp luật, các văn bản của các cơ quan nhà nước cấp trên” mà bản thân lại vi phạm pháp luật tới mức nghiêm trọng thì không thể không kiểm tra, giám sát và xử lý kịp thời.

3. Kiểm tra, giám sát công tác cán bộ

Thời gian qua, trên báo chí liên tục thông tin về những “dòng họ làm quan” ở một số địa phương. Đáng lưu ý là khi được hỏi, những người có trách nhiệm tại các địa phương đó đều giải trình là tất cả các vị trí, chức danh đó đều được bổ nhiệm theo “đúng quy trình”. Đúng quy trình nhưng tại sao lại trở thành “tâm bão” dư luận, lại khiến nhiều người dân bức xúc, nghi ngờ? Nhiều người có quan hệ thân thích, họ hàng cùng làm quan thì liệu trong công việc có “chí công vô tư” không và ai là người kiểm tra “năng lực, hiệu quả làm việc” của những người này? Và mấu chốt là, nếu dòng họ ấy không có một người làm chức cao thì những người kia có được quy hoạch, đề bạt hay không?⁴

Ở một xã của tỉnh Thanh Hóa có thành phần cán bộ chủ chốt khá lạ: người đứng đầu xã là Bí thư Đảng ủy. Tiếp đó là, Phó Chủ tịch UBND là con dì ruột của Bí thư; cán bộ Tư pháp - Hộ tịch là con gái; Phó Chủ tịch Hội Phụ nữ là con dâu; Bí thư Đoàn Thanh niên là con trai; Chủ tịch Hội Cựu chiến binh là em rể; một cán bộ văn phòng là cháu bên nội; một cán bộ khác của Ủy ban là cháu bên ngoại của ông Bí thư... Khi được phỏng

viên phỏng vấn, Bí thư Đảng ủy xã thừa nhận các thông tin trên là chính xác, nhưng đều được bổ nhiệm, bầu theo làm đúng quy trình! Xem ra ở đây, tính chính xác gồm cả hai mặt, đúng là “người nhà được gài” chứ không phải “người tài được tìm” và chỉ có người đứng đầu cấp ủy thì mới có thể “gài” được cả tiêu đội anh em, con cháu (chiếm khoảng một phần ba đến gần nửa biên chế cán bộ của xã) chứ người khác thì làm sao như thế được⁵... Còn ở phạm vi rộng hơn thì ngày 17/2/2017, Bộ Nội vụ đã họp báo công bố kết quả kiểm tra ở 9 tỉnh cho thấy, 58 cán bộ thuộc dạng “cả nhà làm quan”, trong đó ruột thịt là 18, họ hàng là 40... Những sự vụ trên đây chính là biểu hiện thứ 8 (điểm 2) của Nghị quyết, “Thao túng trong công tác cán bộ;... Sử dụng quyền lực được giao để phục vụ lợi ích cá nhân hoặc để người thân, người quen lợi dụng chức vụ, quyền hạn của mình để trục lợi”.

Vài nét châm phá như vậy cũng đủ để thấy, kiểm tra, giám sát việc thực hiện công tác cán bộ ở cấp xã là vô cùng cấp bách. Nếu để lâu, kéo dài sẽ tiếp tục phát sinh tình trạng “Tổ Đảng nhà mình”, “Chi bộ họ ta” hay một sự “phân công” chia chác quyền lực “Hội đồng họ Hàn, Ủy ban họ Vũ” hoặc “Ủy ban họ Phí, Đảng ủy họ Lê”... Đó chính là những biểu hiện quá rõ ràng về tình trạng vi phạm nguyên tắc tập trung dân chủ, gây mất đoàn kết nội bộ, cục bộ, bè phái, tranh chức, tranh quyền, thiếu dân chủ trong chỉ đạo, điều hành mà Nghị quyết đã nhấn mạnh. Hiện nay Đảng, Nhà nước đang tiếp tục xây dựng và kiện toàn một đội ngũ cán bộ phục vụ đắc lực cho sự nghiệp công nghiệp hóa, hiện đại hóa đất nước và xây dựng nông thôn mới. Vì vậy phải hết sức quan tâm kiểm tra, giám sát đề xây dựng và hoàn thiện được một đội ngũ cán bộ cấp cơ sở vững mạnh, đủ sức thực thi mọi

4 Xem: “Chọn người tài hay gài người nhà” trên VOV điện tử ngày 19/9/2016.

5 “Gần chục người “làm quan””; <http://giaoduc.net.vn> ngày 25/3/2017

nhiệm vụ được phân công, phân cấp từ Trung ương, cấp tỉnh, cấp huyện xuống đến cơ sở.

4. kê khai tài sản, thu nhập và ý thức chống tham nhũng

Kê khai tài sản và thu nhập là một quyết sách quan trọng của Đảng; là một chủ trương hợp lòng dân trong hoạt động giám sát của các cơ quan dân cử. Đó cũng là nguyện vọng chính đáng của cử tri, của nhân dân. Bởi vì thực tế cho thấy, không ít cán bộ các cấp (đã nghỉ hưu và cả đương nhiệm) bỗng chốc có những khối tài sản rất lớn mà dù có đại trường thọ, làm công chức mãi cán cả năm, bảy chục năm cũng không thể nào có được. Kê khai tài sản không trung thực, đó là biểu hiện thứ 3 trong số 9 biểu hiện về suy thoái đạo đức, lối sống. *Trung* là một trong 5 đức tính tối quan trọng (Nhân, Trí, Dũng, Liêm, Trung) mà sinh thời Bác Hồ luôn luôn dạy cán bộ, đảng viên. Đảng chỉ bảo, Bác luôn dạy; bốn phận cán bộ, đảng viên phải nghiêm túc thực hành. Người đứng đầu càng phải gương mẫu thực hiện nghiêm chỉnh nhất. Bởi vậy phải kiểm tra, giám sát xem người đứng đầu đã đi đâu chưa; đã kê khai đầy đủ, chính xác, trung thực hàng đầu chưa. Kiểm tra, giám sát có hiệu quả việc này sẽ vừa nắm được thực trạng, vừa có những đóng góp từ cơ sở chuẩn bị tốt cho việc sửa đổi, bổ sung dự thảo Luật Phòng, chống tham nhũng sắp tới. Và đây cũng là dịp xem lại vì sao việc kê khai tài sản, thu nhập hầu như không đáp ứng được yêu cầu góp phần phòng, chống tham nhũng. Thực tế đã chứng minh, không ít trường hợp kê khai không trung thực là do vướng vào tham ô, tham nhũng (tài sản bất minh thì rất khó minh bạch).

Ngoài những đặc điểm chung ra, tham nhũng ở cơ sở cũng có những đặc điểm riêng do phạm vi, tính chất công việc mà có. Nếu ở các ngành, các cấp cao hơn, trong công việc như cấp đất, cấp phép, phân chia dự án, phân bổ chỉ tiêu, phân bổ ngân sách, kinh phí, khoản vay tín dụng... nếu có tham nhũng thì

giá trị mỗi lần thường rất lớn, có khi trở thành phi vụ; nhưng ở cơ sở, ngoài chuyện đất đai, xây dựng... ra thì trong các việc làm thủ tục khai sinh, kết hôn, chứng nhận lý lịch, mở quán trà, dựng quán cắt tóc... (những “giao dịch công”) không có lý do gì để vội vĩnh “quả đậm cho ra tằm, ra miếng” được. Trong một phường, xã hay phố huyện hầu như mọi người đều quen biết nhau cả nên lâu dần thành “lệ”, những chuyện nho nhỏ cứ thế mà làm. Việc gì khó hay lớn hơn tý chút thì người này hỏi “kinh nghiệm” người kia, việc ấy xuống xã, lên phường, ra thị trấn nhờ ai giới thiệu, gặp ai, ở đâu, bao nhiêu là coi được. Nhiều lần tham nhũng, nhưng là “tham nhũng vặt”, giá trị không quá lớn, người dân hầu như bỏ qua, mà nếu có tố thì cũng chưa được lưu ý, vì còn vô số những vụ trăm tỷ, ngàn tỷ ở trên kia người ta còn chưa xử lý thì mấy trăm ngàn ở cơ sở là “cái đỉnh” gì mà vội!

Nhưng nhiều nghiên cứu, khảo sát cho thấy, tuy là tham nhũng vặt nhưng tác hại thì khôn lường. Nó làm hư hỏng nền công vụ ngay từ cơ sở; nó là một trong những nguyên nhân lớn làm cho cải cách hành chính trở nên trì trệ, tắc nghẽn ngay từ phường, xã. Người dân không còn mấy tin tưởng ở lãnh đạo cơ sở. Bởi vậy, nếu quan niệm “nhà dột từ nóc” là nguy hiểm, thì “lũ lụt ngập từ nền” còn nguy hại hơn nhiều; nền móng mà lún sụt thì nhà nào còn đứng được!

Kiểm tra, giám sát tham nhũng ít nhất phải làm rõ hai việc. Một là xem thái độ của người đứng đầu ở xã, phường có triệt để chống tham nhũng không. Đây là việc cực khó, vì không ít người đứng đầu ở xã, phường trong hội nghị thì thuyết giáo, thề thốt ghê gớm nhưng thực tế thì không những không chống mà còn tạo ra điều kiện để dễ bề tham nhũng hơn. Hai là, xem bản thân người đứng đầu có tham nhũng không, mức độ thế nào. Nhiều người quả quyết không hề mấy may dính líu đến tham nhũng, nhưng đầu

(Xem tiếp trang 47)

NHÀ NƯỚC KIẾN TẠO PHÁT TRIỂN:

MÔ HÌNH VÀ TRIỂN VỌNG

Vũ Công Giao*

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

Thông tin bài viết:

Từ khóa: nhà nước kiến tạo phát triển, phát triển kinh tế, dân chủ, quản trị quốc gia, Chalmers Johnson.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài: 19/07/2017

Biên tập: 28/07/2017

Duyệt bài: 03/08/2017

Article Infomation:

Keywords: tectonic government for development, economic development, democracy, state governance, Chalmers Johnson.

Article History:

Received: 19 Jul. 2017

Edited: 28 Jul. 2017

Approved: 03 Aug. 2017

Tóm tắt:

Bài viết phân tích các vấn đề cơ bản liên quan đến mô hình nhà nước kiến tạo phát triển, bao gồm khái niệm, nguồn gốc, đặc điểm, tính chất, lịch sử hình thành, các dạng thức và xu hướng phát triển của nó.

Abstract:

This article provides analysis of core contents of the model of the tectonic government for developments, including the concept, origin, characteristics, nature, historical developments, types and its perspective orientation.

1. Khái niệm, nguồn gốc và đặc điểm của “nhà nước kiến tạo phát triển”

Ở Việt Nam, trong mấy năm gần đây thuật ngữ “nhà nước kiến tạo phát triển” được sử dụng khá phổ biến, cả trên các diễn đàn học thuật và trong các hoạt động của Nhà nước. Về mặt ngữ pháp, “nhà nước kiến tạo phát triển” không có từ gốc hoàn toàn, mà nó được sử dụng để chuyển dịch ý nghĩa của từ “developmental state” - được

giới học thuật quốc tế sử dụng một cách phổ biến trong mấy thập kỷ gần đây để chỉ một mô hình phát triển nhà nước mang đặc thù của một số quốc gia Đông Á (Nhật Bản, Hàn Quốc...).

Nếu tách rời bối cảnh thì “developmental state” chỉ là “nhà nước phát triển” (không có từ “kiến tạo”) - một thuật ngữ không rõ nội hàm và có thể bị hiểu nhầm với một thuật ngữ khác thường được dùng

trong chính trị quốc tế, đó là “developed countries” (các quốc gia phát triển). Tuy nhiên, khi đặt trong bối cảnh mô hình phát triển của các quốc gia Đông Á trong những thập kỷ sau của thế kỷ 20 - mà đặc trưng cơ bản là nhà nước đóng vai trò lãnh đạo, định hướng sự phát triển kinh tế của đất nước - thì việc chuyển ngữ “developmental state” thành “nhà nước kiến tạo phát triển” như ở Việt Nam là hợp lý và cần thiết.

Trong thực tế, quan điểm về vai trò can thiệp và định hướng phát triển kinh tế của nhà nước đã hình thành từ cuối thế kỷ 18 và đầu thế kỷ 19, gắn liền với các lý thuyết về chủ nghĩa trọng thương, chủ nghĩa tiền tệ và an ninh quốc gia¹. Tuy nhiên, giới học thuật quốc tế có sự thống nhất cao khi thừa nhận “developmental state” là thuật ngữ lần đầu tiên được nêu ra bởi Chalmers Johnson, trong cuốn “MITI² và Sự thần kỳ Nhật Bản: Chính sách tăng trưởng công nghiệp giai đoạn 1925-1975” (MITI and the Japanese Miracle: The Growth of Industrial Policy 1925-1975), xuất bản năm 1982³. Trong cuốn sách này, Chalmers Johnson đã phân tích những yếu tố dẫn đến “sự thần kỳ Nhật Bản” - mà đặc biệt thể hiện trong quá trình khôi phục, phát triển kinh tế rất thành công của nước này từ đống tro tàn sau Chiến tranh thế giới thứ Hai. Ông đã sử dụng thuật ngữ “developmental state” để chỉ mô hình phát triển mà Nhà nước Nhật Bản đã áp dụng trong giai đoạn đó (và xa hơn nữa là từ thời kỳ Minh trị). “Developmental state” sau đó

đã trở thành một thuật ngữ phổ biến trong giới nghiên cứu khi phân tích chính sách kinh tế của các quốc gia trên thế giới trong thời kỳ hiện đại. Nó cũng được sử dụng trong nhiều báo cáo, văn kiện của các cơ quan Liên hiệp quốc (đặc biệt là UNDP) và nhiều tổ chức quốc tế khác.

Theo quan điểm của Chalmers Johnson, “developmental state” là “...cách viết tắt của một mạng lưới liên mạch về chính trị, quan chức, và uy thế của tiền bạc giúp tạo nên đời sống kinh tế ở các nền tư bản Đông Bắc Á”⁴. Ông thừa nhận rằng, “một trong những mục đích chính trong việc mở đầu ý tưởng về nhà nước kiến tạo phát triển tư bản... là để vượt qua sự tương phản giữa nền kinh tế Hoa Kỳ [điển hình của mô hình kinh tế tư bản thị trường tự do] và Liên bang Xô viết [điển hình của mô hình kinh tế kế hoạch tập trung]”⁵.

Như vậy, có thể rút ra kết luận là thuật ngữ “nhà nước kiến tạo phát triển” đầu tiên được Chalmers Johnson dùng để chỉ *một mô hình phát triển nằm giữa hệ thống kinh tế tư bản thị trường tự do (free market capitalist economic system) và hệ thống kinh tế kế hoạch tập trung (centrally planned economic system)*. Mô hình phát triển “trung dung” này được Woo-Cumings gọi là “hệ thống tư bản kế hoạch có chừng mực” (a plan-rational capitalist system), với đặc trưng là “kết hợp sở hữu tư nhân với sự chỉ đạo của nhà nước”⁶.

- 1 Bob Jessop, The Developmental State in an Era of Finance-Dominated Accumulation, in: Yin-Wah Chu-eds (2016), p. 28, tại http://socweb.hkbu.edu.hk/devState2013/abstracts/JESSOP_Bob.pdf.
- 2 Ministry of International Trade and Industry (Bộ Công nghiệp và Thương mại quốc tế Nhật Bản).
- 3 Johnson, Ch. (1982), MITI and the Japanese Miracle; The Growth of Industrial Policy 1925-1975, Stanford University Press, tại http://faculty.arts.ubc.ca/tiberg/MPA_Asia_Apr_2010_readings/Johnson,%20Chalmers.%201982.%20MITI%20and%20the%20Japanese%20Miracle%20Ch.%201.pdf.
- 4 Johnson, Ch. (1982), MITI and the Japanese Miracle: The Growth of Industrial Policy, 1925-1975, tldd.
- 5 Johnson, Ch. (1999), “The Developmental State: Odyssey of A Concept”, in: Woo-Cumings, M. (ed.) (1999), The Developmental State, Cornell University Press, p.32, http://www.bresserpereira.org.br/Terceiros/Cursos/09.Woo-Cumings,Meredith_The_developmental_State_Odyssey_of_a_concept.pdf.
- 6 Johnson, Ch. (1999), “The Developmental State: Odyssey of A Concept”, tldd, tr. 2.

Từ thuật ngữ khởi đầu của Chalmers Johnson, có nhiều tác giả khác nêu ra định nghĩa về “developmental state”. Ví dụ, về mặt tổ chức, trong một báo cáo vào năm 2012, UNDP cho rằng: “nhà nước kiến tạo phát triển, theo nghĩa giản dị, đó là một nhà nước đóng vai trò mạnh mẽ trong nền kinh tế quốc gia với mục tiêu thúc đẩy phát triển kinh tế”⁷. Trong một báo cáo khác, Hội đồng Kinh tế cho châu Phi của Liên hiệp quốc (UN Economic Commission for Africa - UN ECA) và Liên minh châu Phi (African Union - AU) xác định, nhà nước kiến tạo phát triển là một nhà nước mà “đặt sự phát triển kinh tế là mục tiêu cao nhất trong chính sách của mình và có khả năng thiết kế các công cụ để thúc đẩy mục tiêu đó”⁸.

Về mặt cá nhân, có quan điểm cho rằng “nhà nước kiến tạo phát triển là một nhà nước có quyền lực và được tổ chức hợp lý để đạt được các mục tiêu phát triển của nó”⁹. Quan điểm khác cho rằng, nhà nước kiến tạo là nhà nước có năng lực thiết kế và thực thi các mục tiêu phát triển của nó theo cách thức áp đặt và chuyên chế nhằm tạo ra sự tăng trưởng kinh tế¹⁰. Quan điểm thứ ba, nhà nước kiến tạo phát triển hàm ý một

“nhà nước cứng rắn” (“hard state”) xét về phương diện can thiệp vào hoạt động kinh tế, thể hiện việc nó không chỉ điều chỉnh, hướng dẫn (regulate, guide), mà còn giám sát và kiểm soát (monitor and control) nền kinh tế¹¹. Quan điểm thứ tư xác định, nhà nước kiến tạo phát triển là một nhà nước đặt ưu tiên hàng đầu cho phát triển kinh tế; để đạt mục tiêu đó, nhà nước tích cực can thiệp vào thị trường, thông qua việc định hướng, đặt ra quy tắc, điều phối, phân bổ nguồn lực và sử dụng những công cụ chính sách đa dạng khác¹².

Như vậy, có thể thấy các định nghĩa nêu trên đều tiếp cận nhà nước kiến tạo phát triển từ hai góc độ chính: (i) ý thức hệ/tư tưởng (ideological orientation) hướng tới sự phát triển (lý luận về phát triển, hay phát triển luận - developmentalism)¹³ và cấu trúc thể chế (institutional arrangement) về mặt chính trị và hành chính để hiện thực hóa các chính sách phát triển của nó¹⁴. Theo UNDP, đây cũng chính là hai đặc điểm cơ bản (major features) của nhà nước kiến tạo phát triển, đó là: a) [Có/dựa trên] một tư tưởng về sự phát triển (a developmentalist ideology); và b) [Có/dựa trên] những sắp xếp thể chế

7 UNDP Ethiopia (2012), *Democratization in a Developmental State: The Case of Ethiopia - Issues, Challenges, and Prospects*, p. 7, tại http://www.et.undp.org/content/ethiopia/en/home/library/democratic_governance/development-brief_democratisationinadevelopmentalstate_democraticgovernance.html.

8 UN ECA and AU, *Economic Report on Africa (2011): Governing Development in Africa—the Role of the State in Economic Transformation*. Addis Ababa: UN ECA, tại http://www.uneca.org/sites/default/files/PublicationFiles/era2011_eng-fin.pdf.

9 Barbara Ingham, ‘The Meaning of Development: Interactions between “New” and “Old” Ideas’ in *World Development*, Vol. 21, No. 11 (1993), tr.54-56

10 H. Schmitz (2005), *State Capacity and Donor Proliferation*. Sussex: Institute of Development Studies, p. 6; Dẫn theo UNDP Ethiopia, tr. 6.

11 Meles Zenawi, “African Development: Dead Ends New Beginnings (Preliminary Draft)”. Dẫn theo UNDP Ethiopia, tr. 6.

12 Vincent Wei-cheng Wang (2002), “Globalization and the Developmental State: Reflections on the Asian Financial Crisis”, University of Richmond, UR Scholarship Repository, tại: <https://pdfs.semanticscholar.org/4562/b969740ce505ac8a715f19ad563b752a1140.pdf>.

13 Omano Edigheji (2005), ‘A Democratic Developmental State in Africa: A Conceptual Paper.’ Johannesburg: Centre for Policy Studies, 2005, p.1, tại <http://www.rrojasdatabank.info/devstate/edigheji.pdf>.

14 Ví dụ, xem Thandika Mkandawire, “Thinking About Developmental States in Africa,” *Cambridge Journal of Economics* (2001); Omano Edigheji, “A Democratic Developmental State in Africa? A Concept Paper,” *Research Report No.105*. Johannesburg: Center for Policy Studies, 2005.

với các nguyên tắc và tiêu chuẩn mà có thể hỗ trợ các quá trình phát triển¹⁵. Có học giả xem đặc trưng thứ nhất như là ‘phần mềm’ (‘software’) còn đặc trưng thứ hai là phần cứng (‘hardware’) của nhà nước kiến tạo phát triển¹⁶.

Nói đến những đặc điểm cụ thể của nhà nước kiến tạo phát triển nói chung, Chalmers Johnson nêu ra các yếu tố sau đây¹⁷:

- Có các quy tắc quản trị ổn định và vững chắc do giới tinh hoa chính trị - quan liêu thiết lập nên, tạo ra vị thế tương đối tự chủ của nhà nước trước các sức ép chính trị từ xã hội mà có thể gây trở ngại đến việc thực hiện các chính sách kinh tế.

- Có sự hợp tác chặt chẽ giữa khu vực công và tư (nhà nước và doanh nghiệp). Sự hợp tác đó được bảo đảm và giám sát thực hiện bởi một cơ quan chuyên trách (ví dụ: MITI của Nhật Bản).

- Nhà nước đầu tư mạnh vào giáo dục, y tế và thực hiện các chính sách nhằm bảo đảm công bằng xã hội.

- Có một Chính phủ mạnh, thậm chí chuyên chế, song nắm rõ và vận dụng tốt các quy luật của kinh tế thị trường.

Cũng nói về những đặc trưng của nhà nước kiến tạo phát triển, một học giả khác kế thừa nhưng phát triển một số quan điểm nêu trên của Chalmers Johnson khi nêu ra 6 điểm sau đây¹⁸:

- Có một tầng lớp quan liêu tinh hoa (giới tinh hoa) gắn gũi với nhà nước, tạo

thành hạt nhân vững chắc và đoàn kết, hỗ trợ cho nhà nước. Các chính sách phát triển chịu ảnh hưởng của tầng lớp quan liêu ưu tú này.

- Nhà nước có tính tự chủ (độc lập) tương đối trước áp lực của các giai cấp, tầng lớp, nhóm xã hội và đặt lợi ích quốc gia lên trên lợi ích của các nhóm này.

- Nhà nước điều phối kinh tế thông qua một số thiết chế tổ chức chuyên biệt. Các thiết chế này có thực quyền và năng lực cao trong việc xây dựng và áp dụng các chính sách phát triển.

- Xã hội yếu, chính quyền mạnh và kiểm soát chặt xã hội ở thời kỳ đầu.

- Nhà nước ít chịu ảnh hưởng bởi các lợi ích kinh tế tư nhân ở thời kỳ đầu. Quyền lực và sự tự chủ của nhà nước được củng cố trước khi giới tư bản trở thành một thế lực có ảnh hưởng.

- Các quyền dân sự bị hạn chế, đặc biệt ở thời kỳ đầu. Nhà nước có tính chuyên chế cao song lại có được tính chính danh và sự ủng hộ của người dân nhờ tạo ra sự tăng trưởng kinh tế và phân phối tương đối công bằng những lợi ích từ sự phát triển (về giáo dục, chăm sóc sức khỏe, cơ sở hạ tầng...).

Theo UNDP, những đặc điểm cụ thể của nhà nước kiến tạo phát triển bao gồm¹⁹:

a) Bộ máy quan liêu mạnh, có thẩm quyền, không bị chính trị hóa, được tách biệt và không bị ảnh hưởng bởi các cuộc bầu cử và các áp lực kinh doanh;

b) Giới lãnh đạo mạnh mẽ, có tầm nhìn xa trông rộng, có khả năng (không nhất

15 UNDP Ethiopia, tldd, tr. 7.

16 Linda Weiss, “Transformative Capacity and Developmental States: lessons for South Africa” HRSC Seminar Series, Pretoria, South Africa, 18 February 2010. Dẫn theo UNDP Ethiopia, tldd, tr.7.

17 Chalmers Johnson (1985), ‘Political institutions and economic performance: The government-business relationship in Japan, South Korea and Taiwan’, in Asian Economic Development: Present and Future, p. 73-89.

18 Adrian Leftwich, ‘Bringing Politics Back in: Towards a Model of the Developmental State’, The Journal of Development Studies, 31 (3), p. 400-427.

19 UNDP Ethiopia, tldd, tr. 7.

thiết phải là độc đoán, chuyên chế) và có cam kết lớn;

c) Kế hoạch phát triển quốc gia hiệu quả;

d) Khả năng điều phối các hoạt động kinh tế và các nguồn lực;

e) Hỗ trợ tầng lớp doanh nhân của quốc gia, mà sẽ phát triển thành giai cấp tư sản của quốc gia;

f) Tập trung vào nâng cao năng lực con người bằng cách đầu tư vào các chính sách xã hội để thúc đẩy giáo dục, chăm sóc sức khỏe, nhà ở, và các cơ sở hạ tầng kinh tế và xã hội khác;

g) Có niềm tin và sự tự tin vào việc xây dựng các định chế và tiêu chuẩn như pháp quyền, công lý, ổn định chính trị, và hòa bình để đảm bảo 'sự tin tưởng thị trường' ('market trust').

Tương tự, Hội đồng Kinh tế cho châu Phi của Liên hiệp quốc (UN Economic Commission for Africa) và Liên minh châu Phi (African Union) xác định, nhà nước kiến tạo phát triển là “một nhà nước mà, ngoài những điều khác, có tầm nhìn và khả năng thực hiện một chủ thuyết phát triển (leadership with a developmentalist ideology), có kế hoạch phát triển quốc gia mạnh (strong national development planning), có tính tự chủ tương đối (relative autonomy) [với các lực lượng trong xã hội], bộ máy hành chính quan liêu mạnh

(strong bureaucracy) và có cam kết nâng cao năng lực của con người (commitment to enhancing human capacity), có sự ổn định về chính trị (political stability), tuân thủ nguyên tắc pháp quyền (rule of law) và hoạt động của chính quyền có thể dự báo được (predictability in government)²⁰.

Từ một góc nhìn khác, theo UNDP, nhà nước kiến tạo phát triển là nhà nước theo đuổi các yếu tố: (i) Chủ nghĩa quốc gia về kinh tế (economic nationalism), (ii) Chú trọng chuyển giao công nghệ nước ngoài (focus on foreign technology transfer); (iii) Nền hành chính quan liêu rộng lớn (large government bureaucracy); (iv) Đề cao chủ nghĩa doanh nghiệp (corporatism - mà đặc trưng là liên minh giữa nhà nước, người lao động và giới tư sản công nghiệp); (v) Nghi ngờ chủ nghĩa tự do mới (neoliberalism) và Đồng thuận Oa-sinh-ton ('Washington Consensus')²¹, (vi) Ưu tiên tăng trưởng kinh tế hơn cải cách chính trị; (v) Nhấn mạnh giáo dục kỹ năng (technical education)²².

2. Bản chất và các dạng thức của nhà nước kiến tạo phát triển

Nhà nước kiến tạo phát triển không phải là một *kiểu nhà nước*, tuy nhiên, từ góc độ quản trị quốc gia, hoàn toàn có thể coi đó là một mô hình nhà nước, giống như mô hình nhà nước thị trường tự do (hay nhà nước điều tiết), nhà nước kế hoạch hóa tập trung, nhà nước phúc lợi... Trong thực tế, để làm rõ các đặc trưng của nhà nước kiến

20 UN ECA and AU, Economic Report on Africa (2011), tldd.

21 Đồng thuận Washington (Washington Consensus) là thuật ngữ mô tả chương trình cải cách kinh tế 10 điểm do Quỹ Tiền tệ quốc tế (IMF), Ngân hàng Thế giới (WB) và Bộ Tài chính Mỹ nêu ra đầu thập niên 1990 cho những quốc gia đang trải qua khủng hoảng kinh tế, như những điều kiện để được hỗ trợ thoát ra khỏi cuộc khủng hoảng. 10 điểm (hay 10 chính sách cải cách kinh tế) tập trung vào việc tự do hoá nền kinh tế, thể hiện rõ nhất qua các chính sách như: Tự do hóa thương mại; Mở cửa cho đầu tư trực tiếp nước ngoài; Tư nhân hóa các doanh nghiệp nhà nước; Loại bỏ các quy chế ngân sách thâm nhập thị trường và ngân sách cạnh tranh; Củng cố khung pháp lý đảm bảo quyền sở hữu... Thuật ngữ Đồng thuận Washington sau đó được dùng để chỉ tất cả những chính sách kinh tế theo định hướng thị trường tự do giống như kiểu của Mỹ và các nước phương Tây. Xem John Williamson, A Short History of the Washington Consensus, Paper commissioned by Fundación CIDOB for a conference “From the Washington Consensus towards a new Global Governance,” Barcelona, September 24–25, 2004, tại <https://piie.com/publications/papers/williamson0904-2.pdf>.

22 UNDP Ethiopia, tldd, tr. 8.

tạo phát triển, các nhà nghiên cứu trong và ngoài nước thường so sánh với các mô hình nhà nước khác như đã nêu.

Có tác giả lập luận rằng, việc đặt nhà nước kiến tạo phát triển nằm giữa mô hình nhà nước thị trường tự do và mô hình nhà nước kế hoạch hoá tập trung có nghĩa là nó không mang tính chất của cả nhà nước TBCN và nhà nước XHCN²³. Về mặt lý luận, nhận định đó là chính xác, bởi như đã đề cập, khái niệm nhà nước kiến tạo phát triển chỉ một mô hình quản trị chứ không phải là một kiểu nhà nước, vì thế nó có tính “trung lập” cả về yếu tố giai cấp và chế độ kinh tế. Trong thực tế, quá trình chuyển đổi hậu XHCN ở một số quốc gia Đông Âu, ví dụ như Ba Lan, cho thấy không cần thiết phải là thiết lập một hệ thống kinh tế theo kiểu chủ nghĩa tư bản hay chủ nghĩa xã hội, mà là một hệ thống gồm có thị trường có khả năng phát triển kinh tế - xã hội nhanh và [duy trì] ổn định phúc lợi XHCN²⁴.

Tuy nhiên, một số học giả khác cho rằng, xét về bản chất, nhà nước kiến tạo phát triển là nhà nước can thiệp (interventionist state). Đây là mô hình đối lập với nhà nước thị trường tự do; trong mô hình này, nhà nước can thiệp vào các hoạt động kinh tế để “sửa chữa” những khiếm khuyết của thị trường và thúc đẩy sự công bằng và phúc lợi của các nhóm xã hội²⁵. Sở dĩ nhà nước kiến tạo phát triển mang bản chất của nhà nước

can thiệp vì nó: “...là sự biểu hiện của một tiêu chuẩn hoặc khát vọng đạo đức sử dụng quyền lực can thiệp của nhà nước để hướng dẫn đầu tư theo cách thúc đẩy tầm nhìn liên kết nhất định nền kinh tế quốc gia”²⁶. Một tác giả khác lý giải, điều này đơn giản là bởi phát triển kinh tế là cốt lõi của một nhà nước kiến tạo phát triển, và yếu tố đó “...đòi hỏi nhà nước cần tạo ra và điều chỉnh các mối quan hệ kinh tế và chính trị mà có thể hỗ trợ sự công nghiệp hóa liên tục”²⁷.

Song cần thấy rằng, tính chất can thiệp của nhà nước kiến tạo phát triển được cho là không giống như chức năng kinh tế của các nhà nước XHCN (nhà nước can thiệp toàn diện và đóng vai trò chủ thể chính của nền kinh tế) mà chỉ là để “hỗ trợ quỹ đạo phát triển”²⁸. Theo Chalmers Johnson, sự can thiệp này là nhằm để phối kết hợp giữa kinh tế tư nhân và chính quyền, hay giữa khu vực tư và khu vực công²⁹. Trong nhà nước kiến tạo phát triển, kinh tế tư nhân là một chủ thể quan trọng, là đối tác cùng với chính quyền trong nỗ lực phát triển³⁰. Vì thế, từ một góc độ khác, nhà nước kiến tạo phát triển cũng mang bản chất là nhà nước tư bản³¹. Nhưng như đã đề cập, nhà nước kiến tạo phát triển khác với các nhà nước tư bản theo chủ nghĩa tân tự do, và thực tế mô hình nhà nước này được xem là không thể được tạo nên trong nền kinh tế có bản chất tân tự do. Điều đó được lý giải là bởi khó có thể đạt được các

23 Andrzej Bolesta (2007). "China As A Developmental State." *Montenegrin Journal of Economics*. vol. 3, no. 5, p. 105-111, tại: http://www.repec.mnje.com/mje/2007/v03-n05/mje_2007_v03-n05-a16.html.

24 Andrzej Bolesta, tldd, p. 105-111.

25 Ludwig von Mises (1999), *Interventionism: An Economic Analysis*, The Foundation for Economic Education, Inc. Irvington-011-Hudson, New York 10533, tại: <http://www.hacer.org/pdf/Mises09.pdf>.

26 MU Juul Loriaux (1999), ‘The French Developmental State as Myth and Moral Ambition’, trong Woo-Cumings, sdd, tr. 24.

27 Chang, Ha.-Joon. (1999). ‘The Economic Theory of the Developmental State’, trong Meredith Woo-Cumings, sdd, tr.45.

28 Andrzej Bolesta, sdd, tr. 105-111.

29 Johnson, Ch. (1999), sdd, tr.23.

30 Andrzej Bolesta, sdd.

31 Andrzej Bolesta, sdd.

mục tiêu phát triển rộng rãi trong một môi trường [theo mô hình tân tự do] mà chính quyền có quyền lực rất giới hạn trong chỉ dẫn đầu tư, điều chỉnh cường độ và gây ảnh hưởng đến các thiết chế, doanh nghiệp và cộng đồng để họ đi theo một chiến lược phát triển toàn bộ nhất định³².

Theo UNDP, không có một hình mẫu chung, điển hình của nhà nước kiến tạo phát triển³³. Khái niệm nhà nước kiến tạo phát triển là thuật ngữ để phân biệt, so sánh với các dạng nhà nước khác, bao gồm các dạng nhà nước tối thiểu (*laissez faire state*), nhà nước tự do cổ điển (*classical-liberal state*), nhà nước tự do mới (*neo-liberal state*), nhà nước điều tiết (*regulatory states*); nhà nước phúc lợi (*welfare states*)³⁴. Trong thực tế, các nhà nước kiến tạo phát triển khá khác nhau ở một số phương diện. Chính vì vậy, có sự thống nhất cao trong giới học thuật quốc tế khi chia nhà nước kiến tạo phát triển thành hai dạng (*types*) chính (ngoài ra còn có những cách chia khác), căn cứ vào mốc thời gian. Dạng thứ nhất là những nhà nước kiến tạo phát triển trong nửa cuối thế kỷ 20, mà đặc trưng là các “con hổ Đông Á” (*East Asian Tigers*), và dạng thứ hai là những quốc gia được xem là theo mô hình nhà nước kiến tạo phát triển trong thế kỷ 21, ví dụ như Mauritius, Botswana³⁵... Dạng thứ nhất cũng được xem là nhà nước kiến tạo phát triển cổ điển (*classical developmentat state*) có xu hướng độc tài, chuyên chế (*authoritarian developmentat state*), trong khi dạng thứ hai là nhà nước kiến tạo mới nổi (*emergent developmentat state*) có tính chất dân chủ (*democratic developmentat state*)³⁶.

Từ khía cạnh động lực cho phát triển, theo UNDP, trong khi hầu hết các nhà nước kiến tạo phát triển ở Đông Á (ví dụ như Hàn Quốc, Singapore, Malaysia, Thái Lan) và một số nước ở châu lục khác, ví dụ như Brazil, đạt được sự phát triển kinh tế cao nhờ áp dụng các biện pháp như tạo ra sự ổn định kinh tế vĩ mô, công nghiệp hóa hướng tới xuất khẩu, thúc đẩy phúc lợi xã hội, phát triển cơ sở hạ tầng... thì các nước Bắc Âu và Nhật Bản lại sử dụng các công cụ khác³⁷. Ví dụ, theo Chalmers Johnson, sự thần kỳ về phát triển kinh tế của Nhật Bản có nguyên nhân chủ yếu từ văn hoá của người Nhật giúp họ cộng tác với nhau trong mọi hoạt động, cũng như trong việc duy trì chất lượng sản phẩm. Chalmers Johnson cho rằng, đóng góp quan trọng nhất từ phương diện văn hoá vào đời sống kinh tế của Nhật Bản là sự đồng thuận giữa Chính phủ, các đảng chính trị, những người lãnh đạo của các ngành công nghiệp, và cả người dân Nhật, về các mục tiêu và cách thức thực hiện các mục tiêu kinh tế của quốc gia³⁸.

3. Vấn đề dân chủ trong nhà nước kiến tạo phát triển

Mặc dù dân chủ không phải là yếu tố được thảo luận nhiều nhất, nhưng được các cơ quan Liên hiệp quốc đặc biệt chú ý khi bàn về nhà nước kiến tạo phát triển. Câu hỏi chính xoay quanh vấn đề này là: Liệu các nhà nước kiến tạo phát triển có thể bảo đảm các tiêu chí về dân chủ trong bối cảnh nhà nước can thiệp sâu vào hoạt động kinh tế?

Mối lo ngại về dân chủ trong nhà nước kiến tạo phát triển là hoàn toàn có cơ sở, khi mà theo Leenders: “Sự tách biệt khỏi những

32 Xem Andrzej Bolesta, sdd.

33 UNDP Ethiopia, sdd, tr. 8.

34 UNDP Ethiopia, sdd, tr. 8.

35 UNDP Ethiopia, sdd, tr. 8.

36 UNDP Ethiopia, sdd, tr. 8.

37 UNDP Ethiopia, sdd, tr. 8.

38 Johnson Ch. (1982), sdd,

áp lực xã hội là cốt yếu với nhà nước kiến tạo phát triển để cho phép nó thực hiện chức năng dẫn dắt sự phát triển mà không phải chịu bất kỳ sự tác động nào khác³⁹. Về vấn đề này, Wong cũng cho rằng, nhà nước kiến tạo phát triển phải tìm cách cân bằng giữa các mối liên kết chiến lược (strategic linkages) và sự tự chủ tương đối của nó với các lực lượng xã hội khác nhau⁴⁰. Theo UNDP, trong thực tế các nhà nước kiến tạo phát triển Đông Á, sự tự chủ này đạt được thông qua sự áp đặt của nhà nước với xã hội và sự áp chế của nhà nước với các tổ chức xã hội⁴¹.

Nhìn một cách tổng quan, với đặc trưng cứng rắn (“hard state”) của nó, một nhà nước kiến tạo phát triển sẽ khó dung hoà với các quy tắc của một hệ thống dân chủ mà trong đó người dân được hưởng những quyền rộng rãi, bao gồm quyền phản đối và đòi thay đổi chính quyền. Để kiên định đường lối phát triển kinh tế, nhà nước kiến tạo phát triển có thể (và trong thực tế ở Hàn Quốc, Đài Loan và một số quốc gia Đông Á khác trong thế kỷ 20 đã thực hiện cho đến khi các nước này thực hiện dân chủ hoá) phải hạn chế nghiêm ngặt những quyền và khả năng của người dân phản kháng những nỗ lực của nhà nước⁴². Thực tế trong số các nhà nước kiến tạo phát triển cổ điển ở Đông Á, chỉ có Nhật Bản được xem là có thể chế dân chủ. Tuy nhiên, ngay cả Nhật Bản, nếu theo quan điểm của Chalmers Johnson là nhà nước kiến tạo phát triển đã bắt đầu ở nước

này từ thời Minh trị, thì cũng có nghĩa là nó đã trải qua một thời kỳ phi dân chủ khá dài⁴³.

Trong khi hầu hết các học giả không thiện cảm với tính chất độc đoán của nhà nước kiến tạo phát triển cổ điển, thì Chalmers Johnson lại tìm cách biện minh cho nó. Ông thừa nhận nhà nước kiến tạo phát triển [cổ điển] “mang tính chất độc tài, chuyên chế mềm” (“soft authoritarian character”) nhưng xem đó là nguồn gốc cho sự tự chủ của nhà nước trước những áp lực xã hội, và vì vậy sự chuyên chế đó là chính đáng. Chalmers Johnson cũng cho rằng, nguồn gốc của quyền lực trong nhà nước kiến tạo phát triển không phải là một trong “ba ngôi” (gồm truyền thống, sự sùng bái lãnh tụ, và pháp lý) theo quan điểm của Weber mà mang tính chất của một dạng quyền lực cách mạng - quyền lực được cả một dân tộc phó thác cho để thực hiện chuyển đổi trật tự chính trị, kinh tế, hay xã hội⁴⁴. Nói cách khác, tính hợp pháp của quyền lực trong nhà nước kiến tạo phát triển bắt nguồn từ chính những thành tựu của nhà nước chứ không phải theo cách mà nhà nước đó lên nắm quyền⁴⁵.

Quan điểm nêu trên của Chalmers Johnson bị phản biện bởi một số học giả. Theo Edigheji⁴⁶, việc “xem tính chất áp bức của nhà nước như là một trong những yếu tố làm tăng năng lực kiến tạo phát triển của nó” là không phù hợp⁴⁷. Thực tế trong những năm gần đây đã cho thấy là một nhà nước độc đoán chỉ chú trọng tăng trưởng đã không đem lại sự phát triển bền vững về lâu

39 Leenders (2007), ‘The East Asian Miracle and the Developmental State, Is it possible to replicate the developmental model, and is it desirable to replicate the developmental state model? Politics of Development.’ Brendan Da Costa, tr.6-7.

40 Dẫn theo Leenders, tr.6-7.

41 UNDP Ethiopia, sđd, tr. 11.

42 Andrzej Bolesta, sđd.

43 Andrzej Bolesta, sđd.

44 Johnson, Ch. (1999), sđd, tr. 52.

45 Johnson, Ch. (1999), sđd, tr. 52.

46 Đại học Johannesburg (Nam Phi),

47 Omano Edigheji (2005), ‘A Democratic Developmental State in Africa: A Conceptual Paper.’ Johannesburg: Centre for Policy Studies, p.5.

dài⁴⁸. Edigheji cũng cho rằng lập luận của Chalmers Johnson thiếu thuyết phục, vì đã giới hạn các quan hệ giữa nhà nước và xã hội vào vấn đề giữa chính quyền và doanh nghiệp (government-business relations), hay nói cách khác là vào “liên minh của giới tinh hoa” (“elite coalition”)⁴⁹, trong khi các quan hệ giữa nhà nước và xã hội trong thực tế rộng và phức tạp hơn nhiều. Còn Perry Anderson⁵⁰ thì cho rằng, một nhà nước kiến tạo phát triển độc tài không thể tồn tại bền vững, lâu dài, vì nếu không có dân chủ thì nhà nước sẽ không thể tạo ra sự đồng thuận trong xã hội cũng như sự gắn kết trong quốc gia⁵¹.

Để khắc phục nhược điểm về dân chủ của dạng nhà nước kiến tạo phát triển độc tài, chuyên chế (authoritarian developmental state), UNDP và nhiều học giả đề xuất mô hình nhà nước kiến tạo phát triển dân chủ (democratic developmental state) với đặc trưng là nhà nước kết hợp giữa phát triển kinh tế và tăng cường các giá trị dân chủ.

Về nguyên tắc, nhà nước kiến tạo phát triển dân chủ đòi hỏi một hệ thống chính trị có khả năng dung chứa các lợi ích và yêu cầu chính trị đa dạng⁵². Trái ngược với quan điểm cho rằng, phát triển và quản trị dân chủ (democratic governance) là hai yếu tố đối kháng, UNDP cho rằng hai yếu tố này cùng cố, bổ sung cho nhau⁵³. Quản trị dân chủ cần thiết để thúc đẩy tăng trưởng kinh tế - điều cốt yếu của nhà nước kiến tạo phát triển, thông qua việc: “giải phóng (người dân, nhà nước, xã hội và nền kinh tế) khỏi

sự bạo ngược trong nước và sự thống trị của nước ngoài”⁵⁴. Theo đó, khái niệm nhà nước kiến tạo phát triển dân chủ: “...không chỉ mang các thuộc tính thể chế của nhà nước kiến tạo phát triển cổ điển, tức là tính tự chủ và gắn kết, mà còn mang tính chất của nền dân chủ... Nó tạo lập những liên minh rộng rãi với xã hội và đảm bảo sự tham gia của người dân vào quá trình quản trị và chuyển đổi. Cho dù dưới hình thức liên bang hoặc đơn nhất, theo chế độ cộng hòa tổng thống hay cộng hòa đại nghị, nó cũng được định hướng bởi các mục tiêu quản trị như trách nhiệm giải trình, ổn định, đồng thuận, sự tham gia của quần chúng và không ai bị loại trừ khỏi quá trình phát triển”⁵⁵.

4. Viễn cảnh và những thách thức với việc theo đuổi mô hình nhà nước kiến tạo phát triển

Khái niệm nhà nước kiến tạo phát triển hiện đã được thừa nhận và mang tính phổ biến cả trong các diễn đàn học thuật và chính trị, kinh tế. Với những đặc trưng của nó, không có gì ngạc nhiên khi mô hình này nhận được sự quan tâm của các quốc gia đang phát triển trên thế giới. Nó tạo ra hy vọng cho giới lãnh đạo của các nước đang phát triển về việc bắt kịp “các cường quốc năm châu”, cải thiện chất lượng cuộc sống của người dân và vị thế của đất nước trên trường quốc tế. Nó cũng thể hiện một sự “phá cách” về đường lối phát triển của một quốc gia (điều mà giới tinh hoa chính trị ở nhiều quốc gia dường như luôn hứng thú),

48 Omano Edigheji (2010). ‘Constructing a democratic developmental state in South Africa: potentials and challenges’, trong cuốn “Constructing a democratic development state in South Africa: Potentials and challenges” (Chủ biên: Omano Edigheji), p. 9.

49 Omano Edigheji (2005), sđd, tr. 5.

50 Giáo sư Đại học California tại Los Angeles (UCLA - Hoa Kỳ)

51 Perry Anderson (2010), “Two Revolutions: Rough Notes”, New Left Review, Vol. 61 (2010), p. 59-96.

52 UNDP Ethiopia, sđd, tr. 13.

53 UNDP Ethiopia, sđd, tr. 13.

54 Khabele Matlosa (2005), ‘The State, Democracy and Development in Southern Africa’, Paper prepared for the 11th General Assembly of CODESRIA on “Rethinking African Development: Beyond Impasse, towards alternatives”, Maputo, Mozambique, p. 4.

55 Edigheji (2010) sđd, tr. 22.

theo đó, developmental state được cho là mô hình có thể giúp thoát khỏi đói nghèo, xây dựng đất nước giàu mạnh nhưng không phải đi theo con đường của chủ nghĩa tân tự do kiểu phương Tây. Ở nhiều khu vực của thế giới, sức hấp dẫn mãnh liệt của developmental state đã làm lu mờ các yếu tố của chủ nghĩa tân tự do - mà từ lâu đã được phổ biến và hiện vẫn còn ảnh hưởng lớn ở các nước phương Tây. Thậm chí có khẩu hiệu cho rằng: “no developmental state, no development” (tạm dịch: *không thể phát triển nếu không theo mô hình nhà nước kiến tạo phát triển*)⁵⁶. Chalmers Johnson cho rằng, đến nay, mô hình nhà nước kiến tạo phát triển đã trở thành “một tiến trình làm thay đổi cán cân quyền lực toàn cầu”⁵⁷, còn theo một học giả nổi tiếng khác trên lĩnh vực này thì: “ngày nay, dường như bất kỳ xã hội nào muốn thực hiện chuyển đổi nhanh chóng và thành công từ đói nghèo cũng không tránh khỏi việc áp dụng mô hình nhà nước mà ít nhiều tôn trọng các đặc trưng của nhà nước kiến tạo phát triển”⁵⁸. Một nhà nghiên cứu khác thì nhận định, mô hình kinh tế tân tự do có nhiều nhược điểm gây cản trở sự phát triển nhanh ở các quốc gia đang phát triển, bởi vậy, “các quyết định chính trị hóa “nền kinh tế” [tức theo đuổi mô hình nhà nước kiến tạo phát triển] không những không thể tránh khỏi, mà còn được mong đợi...”⁵⁹. Đối với các tổ chức quốc tế, theo nhận xét của UN ECA và AU: “Có một sự đồng thuận ngày càng cao là mô hình nhà nước kiến tạo phát triển đã là trung tâm của quá trình tăng trưởng nhanh và chuyển đổi về xã hội ở bất kỳ quốc gia nào”⁶⁰. UNDP

cũng cho rằng: “một quốc gia kiến tạo phát triển [theo các tiêu chí của UNDP đề ra] đáp ứng được các đòi hỏi về một nhà nước có năng lực (capable), đáp ứng kịp thời (responsive), không loại trừ chủ thể nào (inclusive) và phát triển con người (human development)”⁶¹.

Tuy nhiên, liệu developmental state có phải là con đường duy nhất và khả thi với tất cả các quốc gia trong việc đưa đất nước “cất cánh” bay lên hay không vẫn là câu hỏi chưa có lời giải đáp thống nhất. Một chủ đề liên quan được đem ra tranh luận là nền kinh tế của các nước phương Tây, đặc biệt là Hoa Kỳ. Rõ ràng là mặc dù trung thành với chủ nghĩa tân tự do, kinh tế Mỹ vẫn ổn định và tăng trưởng trong những năm gần đây, và vẫn có sức chi phối cả thế giới. Điều đó cho thấy nhà nước kiến tạo phát triển không phải là con đường duy nhất cho con tàu thịnh vượng của các quốc gia. Thêm vào đó, mặc dù mô hình nhà nước kiến tạo phát triển đã đem lại sự giàu có và thành công cho các nước Đông Á vào cuối thế kỷ 20, nhưng bản thân nó cũng đang phải đối mặt với những thách thức ngay tại những quốc gia này. Trên thực tế, có tác giả đã khẳng định kỷ nguyên của mô hình nhà nước kiến tạo phát triển đã kết thúc cùng cuộc khủng hoảng tài chính châu Á (năm 1997), mà sau đó buộc các quốc gia kiến tạo phát triển Đông Á phải tiến hành các cải tổ kinh tế theo xu hướng tự do (neoliberalism)⁶².

Xét trên toàn thế giới, cũng có một loạt vấn đề đang đặt ra với mô hình nhà nước kiến tạo phát triển. Ví dụ, liệu quá trình toàn

56 Evans, Peter B. (1995). *Embedded Autonomy: States and Industrial Transformation*. Princeton. Princeton University Press.

57 Johnson, Ch. (1999), sdd, tr. 32.

58 Andrian Leftwich (1995): *Bringing politics back in: Towards a model of the developmental state*, tldd, tr. 31.

59 Chang (1999), sdd, tr.192.

60 UN ECA and AU, *Economic Report on Africa* (2011), sdd, tr. 95.

61 UNDP Ethiopia, sdd, tr. 8.

62 Eul-Soo Pang (2000), ‘The Financial Crisis of 1997-1998 and the End of the Asian Developmental State’, *Contemporary South East Asia*, 22 (3), tr. 570-593.

cầu hoá, tự do hoá thương mại, công nghệ thông tin,... với đặc trưng chung là mở rộng môi trường kinh doanh và cạnh tranh tự do trong hoạt động kinh tế liệu có thách thức vai trò “chỉ huy” của các nhà nước trong mô hình nhà nước kiến tạo phát triển? Hoặc quá trình dân chủ hoá được đẩy mạnh trên thế giới sau Chiến tranh lạnh và sự phát triển của mạng xã hội liệu có mâu thuẫn với tính chất quan liêu của bộ máy kỹ trị theo kiểu các nhà nước kiến tạo phát triển?..

Trong nỗ lực tìm kiếm câu trả lời cho câu hỏi nêu trên, một số học giả đã tìm cách cải biến khái niệm cốt lõi về sự phát triển trong luận điểm gốc của Chalmers Johnson. Tiêu biểu trong đó có lẽ là Peter Evans⁶³. Theo ông, nhà nước kiến tạo phát triển là nhà nước được thiết kế về mặt thể chế để đóng

vai trò hỗ trợ sự thay đổi (transformative role) chứ không phải là kiểm chế/kiểm soát xã hội (constraining role)⁶⁴. Một tác giả khác⁶⁵ thì đặt câu hỏi về khái niệm phát triển: phải chăng phát triển chỉ là phát triển về kinh tế? Nếu như câu trả lời theo hướng phát triển có nghĩa rộng hơn, thì sẽ cần xem xét lại nhiều vấn đề lý luận về nhà nước kiến tạo phát triển.

Tuy nhiên, đáng chú ý nhất chính là đề xuất thay đổi mô hình nhà nước kiến tạo độc đoán kiểu cũ sang mô hình nhà nước kiến tạo dân chủ của UNDP (đã trình bày ở trên). Có lẽ đó chính là câu trả lời thuyết phục nhất cho câu hỏi về tương lai của nhà nước kiến tạo phát triển, mặc dù có nhiều khía cạnh lý luận, thực tiễn của mô hình nhà nước kiến tạo dân chủ sẽ cần tiếp tục làm rõ hơn ■

Tài liệu tham khảo

1. Adrian Leftwich, ‘Bringing Politics Back in: Towards a Model of the Developmental State’, *The Journal of Development Studies*, 31 (3).
2. Andrzej Bolesta (2007). "China As A Developmental State." *Montenegrin Journal of Economics*. vol. 3, no. 5, p. 105-111, tại: http://www.repec.mnje.com/mje/2007/v03-n05/mje_2007_v03-n05-a16.html.
3. Barbara Ingham, ‘The Meaning of Development: Interactions between “New” and “Old” Ideas’ in *World Development*, Vol. 21, No. 11 (1993).
4. Bob Jessop, *The Developmental State in an Era of Finance-Dominated Accumulation*, trong Yin-Wah Chu-eds (2016), tại http://socweb.hkbu.edu.hk/devState2013/abstracts/JESSOP_Bob.pdf
5. Chalmers Johnson, (1982), *MITI and the Japanese Miracle: The Growth of Industrial Policy 1925-1975*, Stanford University Press, tại http://faculty.arts.ubc.ca/tiberg/MPA_Asia_Apr_2010_readings/Johnson,%20Chalmers.%201982.%20MITI%20and%20the%20Japanese%20Miracle%20Ch.%201.pdf
6. Chalmers Johnson (1985), ‘Political institutions and economic performance: The government-business relationship in Japan, South Korea and Taiwan’, in *Asian Economic Development: Present and Future*, tr. 73-89.
7. Chalmers Johnson, (1999), ‘The Developmental State: Odyssey of A Concept’, in: Woo-Cumings, M. (ed.) (1999), *The Developmental State*, Cornell University Press.

63 Giáo sư Đại học California, Berkeley (Hoa Kỳ)

64 Peter Evans, sđd, tr. 6

65 David Levi-Faur (2012), “States Making & Market Building for the Global South: The Developmental State vs. The Regulatory State?” *Jerusalem Papers in Regulation & Governance*, Working Paper No. 44, tại: <http://regulation.huji.ac.il/papers/jp44.pdf>.

8. Chang, Ha.-Joon. (1999). 'The Economic Theory of the Developmental State', trong Woo-Cumings, Meredith, ed. (1999) *The Developmental. State*. Cornell, CA; Cornell University Press.
9. David Levi-Faur (2012), "States Making & Market Building for the Global South: The Developmental State vs. The Regulatory State?" *Jerusalem Papers in Regulation & Governance*, Working Paper No. 44, tại: <http://regulation.huji.ac.il/papers/jp44.pdf>
10. Evans, Peter B. (1995). *Embedded Autonomy: States and Industrial Transformation*. Princeton. Princeton University Press.
11. Eul-Soo Pang (2000), 'The Financial Crisis of 1997-1998 and the End of the Asian Developmental State', *Contemporary South East Asia*, 22 (3), tr. 570-593.
12. MU Juul Loriaux (1999), 'The French Developmental State as Myth and Moral Ambition', trong Woo-Cumings, Meredith, ed. (1999) *The Developmental. State*. Cornell, CA; Cornell University Press.
13. Linda Weiss, "Transformative Capacity and Developmental States: lessons for South Africa" HRSC Seminar Series, Pretoria, South Africa, 18 February 2010.
14. Leenders (2007), 'The East Asian Miracle and the Developmental State, Is it possible to replicate the developmental model, and is it desirable to replicate the developmental state model?' *Politics of Development.* 'Brendan Da Costa'
15. Ludwig von Mises (1999), *Interventionism: An Economic Analysis, The Foundation for Economic Education*, Inc. Irvington-011-Hudson, New York 10533, tại: <http://www.hacer.org/pdf/Mises09.pdf>
16. John Williamson, *A Short History of the Washington Consensus*, Paper commissioned by Fundación CIDOB for a conference "From the Washington Consensus towards a new Global Governance," Barcelona, September 24–25, 2004, tại <https://piie.com/publications/papers/williamson0904-2.pdf>.
17. Khabele Matlosa (2005), 'The State, Democracy and Development in Southern Africa', Paper prepared for the 11th General Assembly of CODESRIA on "Rethinking African Development: Beyond Impasse, towards alternatives", Maputo, Mozambique.
18. H. Schmiz (2005), *State Capacity and Donor Proliferation*. Sussex: Institute of Development Studies.
19. Thandika Mkandawire, "Thinking About Developmental States in Africa," *Cambridge Journal of Economics* (2001).
20. Omano Edigheji (2005), 'A Democratic Developmental State in Africa: A Conceptual Paper.' Johannesburg: Centre for Policy Studies, 2005, tại <http://www.rrojasdatabank.info/devstate/edigheji.pdf>
21. Omano Edigheji (2010). 'Constructing a democratic developmental state in South Africa: potentials and challenges', trong cuốn "Constructing a democratic development state in South Africa: Potentials and challenges" (Chủ biên: Omano Edigheji)
22. UNDP (2012), *Democratization in a Developmental State: The Case of Ethiopia - Issues, Challenges, and Prospects*, tại http://www.et.undp.org/content/ethiopia/en/home/library/democratic_governance/developmentbrief_democratisationinadevelopmentalstate_democraticgovernance.html
23. UN ECA and AU, *Economic Report on Africa (2011): Governing Development in Africa—the Role of the State in Economic Transformation*. Addis Ababa: UN ECA tại http://www.uneca.org/sites/default/files/PublicationFiles/era2011_eng-fin.pdf
24. Perry Anderson (2010), "Two Revolutions: Rough Notes", *New Left Review*, Vol. 61 (2010), tr. 59-96.
25. Vincent Wei-cheng Wang (2002), "Globalization and the Developmental State: Reflections on the Asian Financial Crisis", University of Richmond, UR Scholarship Repository, tại: <https://pdfs.semanticscholar.org/4562/b969740ce505ac8a715f19ad563b752a1140.pdf>
26. Woo-Cumings, Meredith, ed. (1999) *The Developmental. State*. Cornell, CA; Cornell University Press, tại http://www.bresserpereira.org.br/Terceiros/Cursos/09.Woo-Cumings,Meredith_The_developmental_State_Odyssey_of_a_concept.pdf.

THỐNG NHẤT KHÁI NIỆM DOANH NGHIỆP NHÀ NƯỚC THEO CÁC HIỆP ĐỊNH TỰ DO HOÁ THƯƠNG MẠI VÀ PHÁP LUẬT VIỆT NAM

Nguyễn Thu Thủy*

* ThS, Giảng viên Khoa Pháp luật Quốc tế - Trường Đại học Luật Hà Nội.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: doanh nghiệp nhà nước, hiệp định tự do hoá thương mại.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài: 03/04/2017

Biên tập: 09/04/2017

Duyệt bài: 16/04/2017

Article Information:

Keywords: state-owned enterprise, free trade agreement, WTO.

Article History:

Received: 03 Apr. 2017

Edited: 09 Apr. 2017

Approved: 16 Apr. 2017

Tóm tắt:

Doanh nghiệp nhà nước (DNNN) được các quốc gia sử dụng như một trong những công cụ quan trọng để thúc đẩy tiến trình công nghiệp hoá và cung ứng dịch vụ công. Tuy nhiên, cho đến nay, khái niệm DNNN vẫn chưa được quy định một cách rõ ràng và thống nhất. Bài viết phân tích khái niệm DNNN được ghi nhận trong các Hiệp định tự do hoá thương mại đa phương/song phương và pháp luật Việt Nam. Từ việc chỉ ra những điểm khác biệt giữa pháp luật Việt Nam và các điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên, bài viết nêu một số khuyến nghị nhằm hoàn thiện pháp luật Việt Nam về khái niệm DNNN.

Abstract:

State-owned enterprise is an effective tools used by state in order to encourage the industrialization and provide “public service”. However, there is a lack of a clear and consistent definition of this category of company. Therefore, this paper focuses on analyzing the existing definition of state owned enterprises in multilateral and bilateral free trade agreements and Vietnam’s law. Based on the differences between free trade agreements and Vietnamese law, the author provides some recommendations in order to improve Vietnamese rule on state owned enterprise.

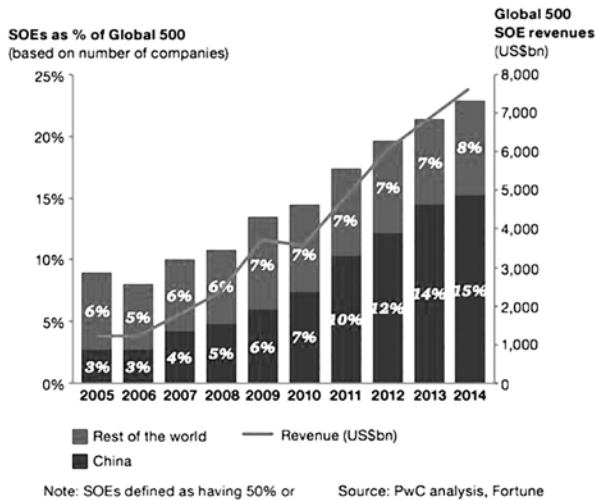
1. Vai trò của doanh nghiệp nhà nước trong quá trình phát triển kinh tế - xã hội

Nhằm tập trung các nguồn lực thúc đẩy tiến trình công nghiệp hoá, hiện đại hoá, nhiều quốc gia đã và đang coi DNNN như

một trong những công cụ quan trọng. Theo số liệu thống kê của OECD¹, trong số 2.000 công ty có kết quả kinh doanh lớn nhất năm 2010 - 2011, có đến 204 công ty là DNNN, chiếm doanh số 3,6 tỷ USD trong năm tài

1 OECD (Organization for Economic Cooperation and Development): Tổ chức Hợp tác và Phát triển Kinh tế, thành lập năm 1961 trên cơ sở Tổ chức Hợp tác Kinh tế Châu Âu (OECE) với 20 thành viên sáng lập gồm các nước có nền kinh tế phát triển trên thế giới như Mỹ, Canada và các nước Tây Âu.

chính đó². Trong giai đoạn từ năm 2005 đến năm 2014, tỷ lệ doanh thu của các DNNN trong tổng doanh thu của các doanh nghiệp trong bảng xếp hạng Fortune Global 500 đã tăng từ 9% năm 2005 lên đến 23% vào năm 2015³.



Hình 1: Tỷ lệ đóng góp của DNNN trong tổng doanh thu của các doanh nghiệp theo Bảng xếp hạng Fortune Global 500 giai đoạn từ năm 2005 đến 2014⁴.

Tại một số quốc gia đang phát triển như Trung Quốc, Ấn Độ hay Việt Nam, tỷ

lệ đóng góp vào GDP của DNNN khá cao. Chẳng hạn, vào năm 2006, DNNN đóng góp đến 29,7% GDP của Trung Quốc⁵, 13,2% của Ấn Độ⁶ và hơn 50% GDP của các quốc gia thuộc khu vực Trung Đông, Nam Phi và Trung Á⁷. Tại Việt Nam, DNNN chiếm đến 28,8% GDP năm 2016⁸.

Không chỉ đóng góp vào nền kinh tế quốc gia, DNNN còn có chức năng cung ứng các dịch vụ công như dịch vụ bưu chính viễn thông, xây dựng cơ bản, tài chính hay các dịch vụ cần thiết khác⁹. “Dịch vụ công” được hiểu là dịch vụ mà nhà nước cần phải cung cấp với giá thành và/hoặc ở các khu vực để đảm bảo mọi người dân đều có thể tiếp cận được¹⁰. Thực tiễn cho thấy, các ngành dịch vụ công là những ngành mà vốn nhà nước đóng vai trò chủ đạo ở cả các quốc gia phát triển và đang phát triển. Tương tự, hơn 70% ngành giao thông không có sự tham gia của các thành phần tư nhân trong nền kinh tế. Chính vì vậy, đến năm 2003, ngân hàng thương mại công nắm giữ hơn 70% tài sản ngân hàng tại Ấn Độ và tỷ lệ này vào khoảng 20-40% tại các quốc gia đang phát triển khác¹¹.

2 P. Kowalski, M. Büge, M. Sztajerowska and M. Egeland, State-owned Enterprises: Trade effects and Policy Implications, OECD Trade Policy Paper, 2013, No. 147, TAD/TC/WP(2012)10/FINAL, 6 (OECD Publishing, 2013).
 3 Nguồn: <https://www.pwc.com/gx/en/psrc/publications/assets/pwc-state-owned-enterprise-psrc.pdf>.
 4 Nguồn: <https://www.pwc.com/gx/en/psrc/publications/assets/pwc-state-owned-enterprise-psrc.pdf>.
 5 OECD, OECD Working Group on Privatization and Corporate Governance of State Owned Assets, Occasional Paper: State owned enterprises in China: Reviewing the evidence, 2009, p. 6. Nguồn: <https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceofstate-ownedenterprises/42095493.pdf>.
 6 OECD, OECD Working Group on Privatization and Corporate Governance of State Owned Assets, Occasional Paper: State owned enterprises in India: Reviewing the evidence, 2009, p. 6. Nguồn: <https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceofstate-ownedenterprises/42095406.pdf>.
 7 Kikeri, S. and A. Solo, State enterprises. What remains? Public Policy for the Private Sector. No. 303, February 2006, World Bank, p. 2. Nguồn: <http://documents.worldbank.org/curated/en/169041468768316446/pdf/353300PAPER0VP0304Kikeri1Kolo.pdf>
 8 Nguồn: https://www.soctrang.gov.vn/wps/portal/!ut/p/c/4/04_SB8K8xLLM9MSSzPy8xBz9CP0os3gLR1dvZ09LYwOL4GAnA08TRwsfvxBDRxNXA_2CbEdFAHq6-KI!/?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/wps/wcm/connect/web+content/soctrangsite/trangchu/tintucsukien/kinhtehoptacdautu/ctaodongluc.
 9 A. Capobianco and H. Christiansen, Competitive Neutrality and State-owned Enterprises: Challenges and Policy Options, OECD Corporate Governance Working Papers, No. 1, 8 (OECD Publishing, 2011).
 10 Ines Willems, Disciplines on State-owned Enterprises in TPP: Have expectations been met?, Working paper No.168, Leuven Centre for Global Governance Studies, 1/2016.
 11 Veysel Avasar, Cem Karayalcin and Mehmet Ali Ulubasoglu, State-owned enterprises, inequality, and political ideology, Economics and Politics, Volume 25, 11/2013.

DNNN cũng được Chính phủ các nước, đặc biệt là các quốc gia đang phát triển, xem như một công cụ chính sách để điều tiết nền kinh tế. Khác với các doanh nghiệp tư nhân (DNTN), mục tiêu hoạt động của các DNNN không chỉ nhằm tập trung tối đa hoá lợi nhuận, mà trong hầu hết các trường hợp đều nhằm thực thi các mục tiêu phát triển kinh tế - xã hội của quốc gia, với chức năng và nhiệm vụ được quy định rõ ràng và sự kiểm soát chặt chẽ bởi nhà nước. Đối với những ngành nghề, lĩnh vực mà khu vực tư nhân không đầu tư, những ngành công nghiệp còn non trẻ hoặc những lĩnh vực cần nhiều vốn mà tư nhân không có khả năng đầu tư, Chính phủ các nước có thể sử dụng các DNNN để phát triển năng lực¹² cho các ngành, lĩnh vực đó với mục tiêu tăng cường việc làm, hỗ trợ các nhà cung ứng nội địa hoặc người tiêu dùng¹³; từ đó, tạo sự cân đối của nền kinh tế, giải quyết các “khoảng trống” phát triển do khu vực kinh tế tư nhân để lại về mặt xã hội và phát triển kinh tế.

Bên cạnh các chức năng chính trị và xã hội, DNNN cũng có chức năng khác như tạo lợi nhuận, cung ứng dịch vụ xã hội và đóng góp cho ngân sách nhà nước. Lợi nhuận thu được từ việc đầu tư nguồn vốn nhà nước vào các doanh nghiệp thương mại là nguồn tài chính đáng kể cho các hoạt động của chính phủ các nước, trong đó có Việt Nam.

Như vậy, cần phải thừa nhận rằng, các quốc gia sẽ khó có thể loại bỏ hoàn toàn các

DNNN cũng như nguồn vốn nhà nước ra khỏi thị trường. Thậm chí, theo một số nhà nghiên cứu, nguồn vốn nhà nước không chỉ nên được giữ lại mà còn cần phải tiếp tục được đưa vào nền kinh tế thị trường để thực hiện đúng chức năng tạo lợi nhuận và cung cấp các dịch vụ công cộng, an sinh xã hội.

Tuy nhiên, sự tham gia về tài chính của nhà nước, sự kiểm soát của chính phủ về chức năng và hoạt động của các DNNN là một trong những nguyên nhân có thể tạo ra lợi thế cho các doanh nghiệp này trong quan hệ với các DNTN khác. Điều này có thể tạo ra mối đe dọa nghiêm trọng đến sự cạnh tranh công bằng giữa các doanh nghiệp trong thị trường quốc gia¹⁴. Mặt khác, cùng với quá trình hội nhập kinh tế quốc tế, các DNNN đã không chỉ bó hẹp các hoạt động của mình trong thị trường nội địa mà còn mở rộng phạm vi hoạt động đến các thị trường quốc tế. Chính vì vậy, những ưu đãi đặc biệt mà chính phủ có thể dành cho DNNN thông qua các công cụ tài chính, chính sách sẽ giúp các doanh nghiệp này có khả năng cạnh tranh cao hơn trên thị trường quốc tế; nhưng mặt khác, cũng có thể gây ảnh hưởng đến các DNTN trong nước cũng như doanh nghiệp của các quốc gia khác. Bên cạnh đó, chính phủ các nước có thể sử dụng các DNNN như một công cụ để trao các khoản trợ cấp cho doanh nghiệp mà không bị giới hạn bởi các quy định về trợ cấp chính phủ¹⁵.

12 Capobianco and H. Christiansen, *Competitive Neutrality and State-owned Enterprises: Challenges and Policy Options*, OECD Corporate Governance Working Papers, No. 1, 8 (OECD Publishing, 2011).

13 P. Kowalski, M. Büge, M. Sztajerowska and M. Egeland, *State-owned Enterprises: Trade effects and Policy Implications*, OECD Trade Policy Paper, No. 147, TAD/TC/WP(2012)10/FINAL, 11(OECD Publishing, 2013), p.12.

14 Charles Lake, Barbara Weisel & Gary Hufbauer, *The Urgent Challenges Posed by Stated owned and assisted Enterprises* (Conf. Rpt., Global Services Summit 2012, <http://uscis.org/about-csi/global-services-summit-2012>)

15 Michel Cartland, Gérard Depayre & Jan Woznowski, *Is Something Going Wrong in the WTO Dispute Settlement?*, 46 J. World Trade 979, 1001 (2012).

2. Khái niệm doanh nghiệp nhà nước trong các hiệp định tự do hoá thương mại

Xuất phát từ vai trò đặc biệt của DNNN trong phát triển kinh tế - xã hội của các quốc gia cũng như ảnh hưởng của các doanh nghiệp này đối với thị trường nội địa cũng như thị trường thế giới, pháp luật các nước cũng như pháp luật quốc tế đều đã có những quy định về DNNN. Tuy nhiên, cho đến nay, một trong những vấn đề chính liên quan đến DNNN trong hệ thống thương mại quốc tế đó là sự thiếu vắng một khái niệm rõ ràng và thống nhất về loại hình doanh nghiệp này.

Hiệp định chung về Thuế quan và Thương mại năm 1994 (GATT 1994) đã đưa ra khái niệm “doanh nghiệp thương mại nhà nước” (state- trading enterprise) tại Điều 17¹⁶. Theo đó, “doanh nghiệp thương mại nhà nước, hoặc (...) doanh nghiệp được độc quyền hay đặc quyền thương mại” bao gồm cả văn phòng thương mại (marketing boards) và độc quyền nhập khẩu (import monopolies)¹⁷. Bản Diễn giải về cách hiểu Điều XVII của GATT 1994 đã đưa ra hai tiêu chí để xác định doanh nghiệp thương mại nhà nước mà các thành viên WTO có nghĩa vụ thông báo về hoạt động của các doanh nghiệp này cho Hội đồng Thương mại Hàng hoá, đó là: “được trao quyền hoặc ưu đãi đặc

biệt, bao gồm các quyền được quy định trong Hiến pháp hoặc các quyền theo quy định của pháp luật” và “khi thực hiện các quyền này, các doanh nghiệp này thông qua hoạt động mua hoặc bán của mình gây ảnh hưởng đến mức độ hoặc định hướng nhập khẩu hoặc xuất khẩu”¹⁸. Như vậy, một doanh nghiệp đáp ứng được hai tiêu chí trên thì dù doanh nghiệp đó “thuộc chính phủ” hay “không thuộc chính phủ” (governmental or non-governmental enterprise) đều sẽ thuộc phạm vi điều chỉnh của Điều 17 GATT 1994. Tuy nhiên, có thể thấy, dù đã nhắc đến “doanh nghiệp thương mại nhà nước” nhưng GATT 1994 vẫn chưa đưa ra được một khái niệm cụ thể về loại hình doanh nghiệp này.

Trong Hướng dẫn về Quản trị công ty trong DNNN năm 2005 (Hướng dẫn năm 2005), OECD đã chỉ rõ rằng, khi sử dụng cụm từ “DNNN”, OECD nhắc đến “các doanh nghiệp mà nhà nước có quyền kiểm soát thông qua sở hữu toàn bộ, đa số hay thiểu số quan trọng”¹⁹. Tuy nhiên, trong Hướng dẫn năm 2015, OECD còn đưa ra một giải thích khác về “DNNN”. Theo đó, thuật ngữ này được hiểu là các doanh nghiệp mà “nhà nước thực hiện quyền sở hữu”, bao gồm “công ty cổ phần, công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty hợp danh (với tư

16 Mỗi bên ký kết cam kết rằng khi mỗi bên thành lập hoặc duy trì một doanh nghiệp thương mại nhà nước, hoặc khi phân bổ hoặc dành cho bất kỳ một doanh nghiệp nào độc quyền hay đặc quyền thương mại, theo luật pháp hay trên thực tế, các doanh nghiệp đó khi tiến hành mua bán thông qua xuất khẩu hay nhập khẩu sẽ tuân thủ các nguyên tắc chung về không phân biệt đối xử đã nêu trong Hiệp định này đối với các biện pháp của chính phủ tác động tới hoạt động nhập khẩu hay xuất khẩu của các DNTN”.

17 Phụ lục và giải thích đoạn 1 Điều 17 GATT 1994.

18 Nguyên gốc tiếng Anh: "Governmental and non-governmental enterprises, including marketing boards, which have been granted exclusive or special rights or privileges, including statutory or constitutional powers, in the exercise of which they influence through their purchases or sales the level or direction of imports or exports" – Nguồn: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/08-17.pdf.

19 OECD, Hướng dẫn của OECD về Quản trị công ty trong DNNN, OECD Publishing, 2005; Nguồn: <http://www.oecd.org/daf/ca/SOEGuidelinesVietnamese.pdf>.

cách thành viên góp vốn)”²⁰. Bên cạnh đó, trong Hướng dẫn năm 2015, OECD còn xác định, “doanh nghiệp công ích (statutory corporations) được thành lập trên cơ sở một văn bản pháp luật riêng biệt, cũng sẽ được xem là DNNN nếu mục đích và hoạt động hoặc một phần hoạt động của doanh nghiệp đó mang tính chất thương mại”.

Như vậy, so sánh với Hướng dẫn năm 2005, khái niệm của “DNNN” của OECD trong Hướng dẫn năm 2015 đã có sự thay đổi nhất định. Nếu như trong Hướng dẫn năm 2005, OECD đã căn cứ vào tỷ lệ sở hữu cổ phần hoặc vốn góp để xác định một DNNN hay không, theo đó, một doanh nghiệp sẽ chỉ là DNNN nếu nhà nước có tỷ lệ sở hữu đáng kể về vốn góp hoặc cổ phần và trên cơ sở đó có “quyền kiểm soát” đối với doanh nghiệp, thì trong Hướng dẫn năm 2015, tỷ lệ cổ phần hoặc vốn góp mà nhà nước nắm giữ trong doanh nghiệp không phải là yếu tố quan trọng để xác định DNNN mà chỉ cần nhà nước có sở hữu cổ phần hoặc vốn góp trong doanh nghiệp là đã đủ để xác định doanh nghiệp đó là DNNN.

Tại Điều 12.8 Chương 12 của Hiệp định về Tự do hoá thương mại giữa Hợp chúng quốc Hoa Kỳ và Singapore²¹, khái niệm “DNNN” (government enterprises) được định nghĩa: “Đối với Hoa Kỳ là một doanh nghiệp mà chính phủ sở hữu hoặc kiểm soát thông qua lợi ích chủ sở hữu” và “Đối với Singapore là một doanh nghiệp mà

chính phủ có ảnh hưởng quyết định”²². Một điểm đáng lưu ý trong Hiệp định này là, cùng một thuật ngữ nhưng Hoa Kỳ và Singapore đã không thể đạt được đến sự thống nhất. Trong khi Hoa Kỳ căn cứ vào yếu tố sở hữu thì Singapore lại tập trung vào sự ảnh hưởng của chính phủ đối với doanh nghiệp để xác định một doanh nghiệp có phải là DNNN hay không.

Tại Chương XVII của Hiệp định Đối tác xuyên Thái Bình Dương (TPP)²³, khái niệm “DNNN” được xác định trên cơ sở hai yếu tố: thứ nhất, là doanh nghiệp chủ yếu tham gia vào các hoạt động thương mại; thứ hai, một trong các nước thành viên của TPP trực tiếp sở hữu hơn 50 phần trăm cổ phần, hoặc kiểm soát trên 50 phần trăm quyền biểu quyết thông qua lợi ích chủ sở hữu; hoặc giữ quyền chỉ định đa số thành viên ban quản trị hoặc bất kỳ bộ máy quản lý tương đương khác.

So sánh với khái niệm “DNNN” trong Hướng dẫn của OECD năm 2015 cũng như khái niệm của Hoa Kỳ trong Hiệp định tự do hoá thương mại giữa Hoa Kỳ và Singapore, có thể nhận thấy sự khác biệt với khái niệm trong TPP. TPP đã căn cứ vào mức độ sở hữu của nhà nước đối với doanh nghiệp để xác định DNNN. Hơn thế nữa, TPP cũng đã chỉ rõ tỷ lệ sở hữu nhà nước trong doanh nghiệp phải là hơn 50 phần trăm cổ phần hoặc hơn 50 phần trăm quyền biểu quyết. Bên cạnh đó, căn cứ vào quyền bổ nhiệm

20 OECD, OECD Guidelines on Corporate Governance of State-owned Enterprises, OECD Publishing, 2015, p. 15.

21 Hiệp định có hiệu lực từ ngày 01/01/2004. Nguồn: <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/singapore-fta>.

22 Nguồn: https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/singapore/asset_upload_file708_4036.pdf.

23 Hiệp định đối tác xuyên Thái Bình Dương (TPP) được các bên thông qua vào tháng 10 năm 2015 và toàn văn Hiệp định đã được công bố vào ngày 05/11/2015. Hiệp định được kí kết bởi 12 quốc gia khu vực Thái Bình Dương, bao gồm: Australia, Brunei Darussalam, Canada, Chi-lê, Nhật Bản, Malaysia, Mexico, New Zealand, Peru, Singapore, Hoa Kỳ và Việt Nam.

thành viên, TPP cũng xác định những doanh nghiệp mà nhà nước giữ quyền chỉ định thành viên ban quản trị hoặc bộ máy quản lý tương đương là DNNN thuộc phạm vi điều chỉnh của Chương XVII của Hiệp định. Có thể nhận thấy, cách tiếp cận về khái niệm “DNNN” trong TPP khá tương tự với cách tiếp cận của OECD trong Hướng dẫn năm 2005. Trong khi đó, so sánh với Hiệp định Thương mại giữa Hoa Kỳ và Singapore, một ưu điểm đáng kể trong khái niệm “DNNN” trong Chương XVII của TPP đó là đã có một định nghĩa chung dành cho 12 nước thành viên chứ không phải 2 cách tiếp cận như trong Hiệp định Thương mại giữa Hoa Kỳ và Singapore.

EVFTA²⁴ đã giải thích khái niệm “DNNN” tại Điều 1.a Chương X. Theo đó, “DNNN” có nghĩa là “một doanh nghiệp, bao gồm công ty con,” mà nhà nước “trực tiếp hay gián tiếp sở hữu hơn 50% số vốn đăng ký hoặc quyền biểu quyết gắn liền với cổ phần do doanh nghiệp phát hành; hoặc có thể bổ nhiệm hơn nửa số thành viên của ban giám đốc doanh nghiệp hoặc một cơ quan tương đương; hoặc có thể thực hiện quyền kiểm soát trên những quyết định mang tính chiến lược của doanh nghiệp”. Tương tự như TPP, EVFTA cũng dựa trên cơ sở mức độ sở hữu vốn hoặc quyền biểu quyết và quyền bổ nhiệm thành viên để xác định DNNN. Bên cạnh đó, EVFTA còn bổ sung thêm tiêu chí “quyền kiểm soát” các quyết định chiến lược của doanh nghiệp để xác định doanh nghiệp thuộc sở hữu nhà nước.

Từ những phân tích trên có thể nhận thấy, khái niệm “DNNN” trong các hiệp định tự do hoá thương mại song phương và đa phương hiện vẫn còn chưa được hiểu thống nhất. Trong các Hiệp định trong khuôn khổ của WTO, thuật ngữ “doanh nghiệp thương mại nhà nước” mới chỉ được đề cập đến mà chưa có những tiêu chí cụ thể để xác định loại hình doanh nghiệp này. Trong khi đó, trong các Hiệp định tự do hoá thương mại thế hệ mới mà đặc biệt là TPP và EVFTA, các tiêu chí để xác định DNNN đã được đưa ra một cách rất chi tiết và thống nhất. Nhìn chung các văn bản này đều căn cứ trên cơ sở mức độ sở hữu của nhà nước hoặc khả năng kiểm soát của nhà nước đối với tổ chức và hoạt động chính của doanh nghiệp để xác định một doanh nghiệp có phải là DNNN hay không.

3. Khái niệm doanh nghiệp nhà nước trong pháp luật Việt Nam

Ở Việt Nam, trước khi Luật Doanh nghiệp năm 2014 có hiệu lực, khái niệm DNNN được ghi nhận trong nhiều văn bản pháp luật khác nhau với cách hiểu khác nhau. Lần đầu tiên khái niệm về DNNN được ghi nhận tại Luật Doanh nghiệp nhà nước năm 1995, theo đó, DNNN là tổ chức kinh tế do Nhà nước đầu tư vốn, thành lập và tổ chức quản lý, hoạt động kinh doanh hoặc hoạt động công ích nhằm thực hiện các mục tiêu kinh tế - xã hội do nhà nước giao²⁵. DNNN trong thời kỳ này có thể tồn tại dưới các hình thức: doanh nghiệp độc lập, tổng công ty, doanh nghiệp thành viên của tổng công ty²⁶. Tiếp đó, Luật DNNN năm 2003 ra đời thay

24 Hiệp định Thương mại tự do Việt Nam - EU (EVFTA) đã kết thúc đàm phán ngày 1/12/2015. Ngày 1/2/2016 văn bản hiệp định đã được công bố. Dự kiến EVFTA sẽ có hiệu lực từ năm 2018.

25 Điều 1 Luật DNNN năm 1995.

26 Điều 2 Luật DNNN năm 1995.

thể Luật DNNN năm 1995 và cũng đã đưa ra định nghĩa: “DNNN là tổ chức kinh tế do Nhà nước sở hữu toàn bộ vốn điều lệ hoặc có cổ phần, vốn góp chi phối, được tổ chức dưới hình thức công ty nhà nước, công ty cổ phần, công ty trách nhiệm hữu hạn”²⁷. So sánh giữa Luật DNNN năm 2003 và Luật DNNN năm 1995 có thể nhận thấy, khái niệm “DNNN” đã có sự thay đổi đáng kể. Luật DNNN năm 2003 đã xác định DNNN không chỉ dựa vào tiêu chí sở hữu mà còn căn cứ vào tiêu chí quyền chi phối. Nếu như theo Luật DNNN năm 1995, chỉ những doanh nghiệp mà nhà nước thành lập và đầu tư vốn, hoàn toàn do nhà nước quản lý mới được coi là DNNN, thì theo Luật DNNN năm 2003, những doanh nghiệp không do nhà nước thành lập và đầu tư vốn nhưng nhà nước có cổ phần hoặc vốn góp chi phối cũng được coi là các DNNN. DNNN theo Luật DNNN năm 2003 có thể tồn tại dưới nhiều hình thức như công ty nhà nước, công ty cổ phần hoặc công ty trách nhiệm hữu hạn.

Với mục đích hạn chế sự chông chéo của các văn bản pháp luật, xây dựng một luật chung thống nhất về doanh nghiệp, Quốc hội đã ban hành Luật Doanh nghiệp năm 2005 thay thế cho Luật Doanh nghiệp năm 1999 và Luật DNNN năm 2003. Theo khoản 1 Điều 166 Luật Doanh nghiệp năm 2005, các DNNN đang hoạt động theo Luật DNNN năm 2003 sẽ có 04 năm để chuyển đổi thành công ty trách nhiệm hữu hạn hoặc công ty cổ phần theo quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2005. Như vậy, trước khi việc chuyển đổi DNNN hoàn thành thì DNNN tồn tại dưới các mô hình theo cả hai

luật (Luật Doanh nghiệp năm 2005 và Luật DNNN năm 2003) là: DNNN (DNNN độc lập, và tổng công ty nhà nước), Công ty cổ phần nhà nước, công ty TNHH nhà nước một thành viên, công ty TNHH nhà nước hai thành viên trở lên; doanh nghiệp có cổ phần, vốn góp chi phối của Nhà nước - là doanh nghiệp mà cổ phần hoặc vốn góp của Nhà nước chiếm trên 50% vốn điều lệ, Nhà nước giữ quyền chi phối đối với doanh nghiệp. Sau khi tất cả các DNNN được thành lập và hoạt động theo quy định của Luật DNNN đã được chuyển đổi thành công ty cổ phần hoặc công ty trách nhiệm hữu hạn, thì Luật DNNN năm 2003 cũng chấm dứt sự tồn tại và giá trị pháp lý của nó, mô hình tổ chức pháp lý doanh nghiệp dưới hình thức DNNN sẽ không còn và các DNNN sẽ không còn hoạt động theo một luật riêng nữa.

Nhằm mục tiêu thống nhất các cách hiểu khác nhau về DNNN cũng như phù hợp với sự thay đổi của tình hình mới, Luật Doanh nghiệp năm 2014 đã đưa ra một quy định thống nhất về DNNN. Theo Khoản 8 Điều 3 Luật Doanh nghiệp năm 2014, “DNNN là doanh nghiệp do Nhà nước nắm giữ 100% vốn điều lệ”. Luật Doanh nghiệp năm 2014 căn cứ trên tỷ lệ sở hữu vốn để phân biệt giữa DNNN và doanh nghiệp khác. Theo đó, chỉ những doanh nghiệp mà Nhà nước sở hữu 100% vốn điều lệ mới được coi là DNNN. Các doanh nghiệp mà Nhà nước nắm cổ phần, vốn góp chi phối trước đây sẽ không còn tư cách là DNNN nữa mà được hoạt động độc lập với tư cách là các công ty TNHH hoặc CTCP²⁸. Mặt khác, do Nhà nước là nhà đầu tư duy nhất trong DNNN

27 Điều 1 Luật DNNN năm 2003.

28 Khoản 2 Điều 88 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

nên Nhà nước cũng là chủ thể duy nhất nắm quyền quyết định và chi phối các vấn đề về tổ chức và quản lý doanh nghiệp mà không chia sẻ quyền lực đó cho các cá nhân, tổ chức khác. Theo quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2014, chỉ có một hình thức tổ chức duy nhất của DNNN là Công ty TNHH một thành viên do Nhà nước làm chủ sở hữu bao gồm: các công ty mẹ của tập đoàn kinh tế nhà nước, công ty mẹ của tổng công ty nhà nước, công ty mẹ trong nhóm công ty mẹ - công ty con; công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên độc lập do Nhà nước nắm giữ 100% vốn điều lệ²⁹. Theo quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2014, DNNN là một tổ chức kinh tế có tư cách pháp nhân, thực hiện hạch toán kinh doanh, có tài sản riêng và tự chịu trách nhiệm bằng tài sản đó về mọi hoạt động sản xuất kinh doanh của mình. Có thể nhận thấy, định nghĩa này đã thu hẹp phạm vi các DNNN hơn rất nhiều so với Luật DNNN năm 2003 và có nhiều điểm tương đồng với khái niệm DNNN trong Luật DNNN năm 1995.

Theo quan điểm của một số tác giả, cách hiểu mới về “DNNN” trong Luật Doanh nghiệp năm 2014 là hợp lý và phù hợp với điều kiện thực tế khi Chính phủ đang trong giai đoạn tái cơ cấu các DNNN để tổ chức, cơ cấu lại nền kinh tế. Mặt khác, với các doanh nghiệp mà Nhà nước nắm giữ 100% vốn điều lệ, kể cả trường hợp vốn Nhà nước chi phối, thì Nhà nước chỉ tham gia với tư cách một đồng chủ sở hữu, cổ đông của doanh nghiệp như các đồng chủ sở hữu, cổ đông khác và quản trị các doanh nghiệp này không có gì khác biệt.

Tuy nhiên, khi so sánh giữa khái niệm

“DNNN” theo quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2014 với định nghĩa trong các Hiệp định về Tự do hoá thương mại mà Việt Nam là thành viên, đặc biệt là các hiệp định trong khuôn khổ WTO, TPP và EVFTA, có thể nhận thấy sự khác biệt đáng kể. Trong khi cả TPP và EVFTA đều chỉ yêu cầu về tỷ lệ sở hữu vốn hoặc cổ phần của nhà nước là trên 50% là đủ để xác định một doanh nghiệp là DNNN thì Luật Doanh nghiệp năm 2014 lại yêu cầu tỷ lệ này là 100%. Bên cạnh tiêu chí về sở hữu vốn, cả TPP và EVFTA cũng đều bổ sung thêm các yếu tố như “quyền kiểm soát” về ban quản trị hoặc các quyết định chiến lược thì Luật Doanh nghiệp năm 2014 lại không đưa ra các yếu tố này, mà chỉ thuần túy dựa trên yếu tố sở hữu vốn.

Sự khác biệt về khái niệm “DNNN” trong quy định của pháp luật Việt Nam và các hiệp định tự do hoá thương mại mà Việt Nam đã ký kết hoặc là thành viên sẽ tạo ra một số vướng mắc trong quá trình thi hành các cam kết quốc tế của Việt Nam, đặc biệt là các cam kết liên quan đến trợ cấp và các biện pháp chống trợ cấp. Xuất phát từ vai trò đặc biệt của DNNN trong nền kinh tế, doanh nghiệp này vừa có thể là chủ thể được nhận các ưu đãi, trợ cấp của chính phủ lại vừa có thể đóng vai trò là chủ thể trung gian để chính phủ trao trợ cấp cho các doanh nghiệp khác. Trong khi đó, thực tiễn giải quyết tranh chấp tại WTO đã cho thấy, trong một số trường hợp, các quốc gia đã xác định DNNN là “cơ quan công” (public body) theo quy định tại Hiệp định về Trợ cấp và các biện pháp đối kháng (Hiệp định SCM). Trong vụ US-AD&CVD (China), Cơ quan phúc

29 Điều 2 Luật Quản lý, sử dụng vốn nhà nước đầu tư vào sản xuất kinh doanh tại doanh nghiệp năm 2014.

thẩm (AB) đã xác định “một cơ quan công theo quy định tại Điều 1.1(a)(1) của Hiệp định SCM phải là một thực thể sở hữu, thực thi hoặc được trao quyền của chính phủ”³⁰. Đồng thời, trong báo cáo của mình, AB đã viện dẫn đến khái niệm “tư nhân” (private) trong *Oxford English Dictionary* bao gồm “dịch vụ hoặc doanh nghiệp được cung cấp hoặc sở hữu bởi một cá nhân mà không phải nhà nước hoặc một cơ quan công”³¹. Vì vậy, DNNN không phải là cơ quan tư nhân bởi lẽ Nhà nước luôn sở hữu vốn góp hoặc cổ phần trong các doanh nghiệp này³². Nếu có đủ căn cứ để chứng minh chủ thể này “sở hữu, thực thi hoặc được trao quyền của chính phủ” thì doanh nghiệp này sẽ được coi là “cơ quan công”; khi đó, những đóng góp về tài chính mà doanh nghiệp này trao cho doanh nghiệp khác sẽ có thể được coi là “trợ cấp” theo quy định tại Điều 1.1(a)(1) của Hiệp định SCM. Điểm đáng lưu ý trong vụ việc này là Cơ quan phúc thẩm đã xác định DNNN không phải là “cơ quan tư” mà không cần xem xét đến tỷ lệ sở hữu vốn của nhà nước trong các doanh nghiệp này. Tuy nhiên, Cơ quan phúc thẩm cũng khẳng định, tùy từng trường hợp và tùy từng vụ việc cụ thể, DNNN có thể bị xem là “cơ quan công” theo quy định của Điều 1.1.(a)(1) của Hiệp định SCM. Trong bối cảnh đó, việc đặt ra yêu cầu 100% vốn nhà nước theo quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2014 có thể khiến các doanh nghiệp có vốn nhà nước khác cũng như các cơ quan có thẩm quyền không cần trọng trong các hoạt động của mình và có thể trao

các khoản trợ cấp bị cấm hoặc trợ cấp có thể đối kháng theo quy định của Hiệp định SCM. Trong khi đó, dù TPP và EVFTA chưa có hiệu lực, nhưng sự khác biệt giữa khái niệm DNNN trong TPP và EVFTA cũng là điểm cần xem xét để sửa đổi các quy định của pháp luật Việt Nam cho phù hợp với các điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên.

Trên cơ sở quy định trong các Hiệp định về Tự do hoá thương mại như TPP, EVFTA cũng như kế thừa quy định về DNNN tại Luật DNNN năm 2003, có thể đưa định nghĩa DNNN như sau: *DNNN là doanh nghiệp mà Nhà nước có quyền kiểm soát thông qua sở hữu trên 50% vốn điều lệ hoặc quyền chỉ định hơn một nửa số thành viên của ban quản trị hoặc một cơ quan tương đương; hoặc có thể thực hiện quyền kiểm soát trên những quyết định mang tính chiến lược của doanh nghiệp.*

Trong thời gian qua, DNNN được một số quốc gia trên thế giới, đặc biệt là các quốc gia đang phát triển như Trung Quốc, Việt Nam sử dụng như một công cụ nhằm công nghiệp hoá, hiện đại hoá nền kinh tế cũng như thực hiện các nhiệm vụ chính trị, xã hội khác. Thực tiễn thương mại thế giới trong thời gian qua cũng đã cho thấy, các DNNN đã phát triển ngày càng nhanh chóng và có ảnh hưởng đáng kể trong nền kinh tế toàn cầu. DNNN có những đóng góp tích cực cho nền kinh tế thế giới như cung cấp cơ sở hạ tầng tốt hơn, tạo sự ổn định cho nền kinh tế trong bối cảnh khủng hoảng kinh tế cũng như tạo ra các lợi ích cho xã hội

30 WTO Appellate Body Report, United States - Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China (US-AD & CVD (China)), WT/DS379/AB/R11, thông qua ngày 11/03/2011, đoạn 317.

31 WTO Appellate Body Report, United States - Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China (US-AD & CVD (China)), tldd, đoạn 292.

32 Ru Ding, ‘Public Body’ or Not: Chinese State-Owned Enterprise, *Journal of World Trade*, p. 179.

thông qua cung ứng dịch vụ công ích. Bên cạnh đó, DNNN cũng có thể gây ảnh hưởng đến sự cạnh tranh công bằng trên thị trường thế giới do doanh nghiệp này có thể được hưởng những ưu đãi về tài chính hoặc chính sách của chính phủ cũng như có thể được sử dụng như công cụ trung gian để trao trợ cấp cho các doanh nghiệp khác. Tuy nhiên, một trong những vướng mắc trong việc điều chỉnh hoạt động của các DNNN trong phạm vi quốc gia cũng như trong nền kinh tế thế giới là sự thiếu thống nhất về khái niệm loại hình doanh nghiệp này trong pháp luật quốc

gia cũng như pháp luật quốc tế. Trong bối cảnh Việt Nam gia nhập ngày càng nhiều các hiệp định tự do hoá thương mại, sự khác biệt giữa các quy định của pháp luật Việt Nam với các hiệp định này có thể sẽ tạo ra khó khăn cho các doanh nghiệp cũng như các cơ quan nhà nước có thẩm quyền trong việc áp dụng và thực thi các cam kết quốc tế. Vì vậy, cần nhanh chóng nghiên cứu và sửa đổi khái niệm DNNN trong Luật Doanh nghiệp năm 2014 cho phù hợp với pháp luật quốc tế cũng như pháp luật của các nước trên thế giới ■

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Capobianco and H. Christiansen, Competitive Neutrality and State-owned Enterprises: Challenges and Policy Options, OECD Corporate Governance Working Papers, No. 1, 8 (OECD Publishing, 2011).
2. Capobianco and H. Christiansen, Competitive Neutrality and State-owned Enterprises: Challenges and Policy Options, OECD Corporate Governance Working Papers, No. 1, 8 (OECD Publishing, 2011).
3. Charles Lake, Barbara Weisel & Gary Hufbauer, The Urgent Challenges Posted by Stated owned and assisted Enterprises (Conf. Rpt., Global Services Summit 2012, <http://uscsci.org/about-csi/global-services-summit-2012>).
4. Ines Willems, Disciplines on State-owned Enterprises in TPP: Have expectations been met?, Working paper No.168, Leuven Centre for Global Governance Studies, tháng 1/2016.
5. Kikeri, S. and A. Solo, State enterprises. What remains? Public Policy for the Private Sector. No. 303, February 2006, World Bank.
6. Michel Cartland, Gérard Depayre & Jan Woznowski, Is Something Going Wrong in the WTO Dispute Settlement?, 46 J. World Trade 979, 1001 (2012).
7. OECD, Hướng dẫn của OECD về Quản trị Công ty trong DNNN, OECD Publishing, 2005.
8. OECD, OECD Guidelines on Corporate Governance of State-owned Enterprises, OECD Publishing, 2015.
9. OECD, OECD Working Group on Privatization and Corporate Governance of State Owned Assets, Occasional Paper: State owned enterprises in China: Reviewing the evidence, 2009.
10. OECD, OECD Working Group on Privatization and Corporate Governance of State Owned Assets, Occasional Paper: State owned enterprises in India: Reviewing the evidence, 2009.
11. P. Kowalski, M. Büge, M. Sztajerowska and M. Egeland, State-owned Enterprises: Trade effects and Policy Implications, OECD Trade Policy Paper, No. 147, TAD/TC/WP(2012)10/FINAL, 11(OECD Publishing, 2013).
12. Ru Ding, 'Public Body' or Not: Chinese State-Owned Enterprise, Journal of World Trade
13. Veysel Avasar, Cem Karayalcin and Mehmet Ali Ulubasoglu, State-owned enterprises, inequality, and political ideology, Economics and Politics, Volume 25, tháng 11 năm 2013.
14. WTO Appellate Body Report, United States - Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China (US-AD & CVD, China), WT/DS379/AB/R11, thông qua ngày 11/3/2011.

LUẬN BÀN VÀI VẤN ĐỀ TRONG DỰ THẢO LUẬT SỬA ĐỔI, BỔ SUNG MỘT SỐ ĐIỀU CỦA BỘ LUẬT LAO ĐỘNG NĂM 2017

Nguyễn Thị Hồng Nhung*

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

Thông tin bài viết:

Từ khóa: cho thuê lại lao động, chấm dứt hợp đồng lao động với người lao động đủ điều kiện hưởng lương hưu, tuổi nghỉ hưu.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài: 23/08/2017

Biên tập: 25/08/2017

Duyệt bài: 28/08/2017

Article Information:

Keywords: labour lease; termination of labor contract with employees eligible for retirement, retirement age.

Article History:

Received: 23 Aug. 2017

Edited: 25 Aug. 2017

Approved: 28 Aug. 2017

Tóm tắt:

Bài viết phân tích một số nội dung trong Dự thảo lần 2 Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Bộ luật Lao động năm 2012 (Dự thảo), luận bàn về vấn đề cho thuê lại lao động, về chấm dứt hợp đồng lao động với người lao động đủ điều kiện hưởng lương hưu và về tuổi nghỉ hưu.

Abstract:

This article provides discussions on the a number of provisions of the second Bill on Labor Code, particularly on the provisions on labour lease; on termination of labor contract, on termination of labor contract with employees eligible for retirement, and on retirement age.

1. Cho thuê lại lao động

Theo chúng tôi, sau năm năm đi vào thực tiễn đời sống, vấn đề cho thuê lại lao động trong Bộ luật Lao động năm 2012 (BLLĐ 2012), còn nhiều vướng mắc cần được thay đổi để phù hợp hơn với tình hình mới của thị trường lao động và nền kinh tế. Tuy nhiên, trong Dự thảo, quy định về

cho thuê lại lao động nhìn chung lại chưa có mấy khác biệt nổi trội so với BLLĐ hiện hành. Nói cách khác, hầu như các quy định về cho thuê lại lao động trong BLLĐ 2012 đều được Dự thảo giữ lại mà không có sự bổ sung, thay đổi quan trọng nào nhằm bảo vệ chặt chẽ hơn nữa quyền lợi của người lao động (NLĐ), cũng như phân định rõ hơn quyền hạn và trách nhiệm của doanh nghiệp

cho thuê lại và doanh nghiệp thuê lại trong việc xử lý trách nhiệm của NLĐ...

Điểm khác biệt rõ nhất mà chúng ta có thể thấy được là so với BLLĐ 2012 (Điều 53 BLLĐ 2012), Dự thảo đã bổ sung thêm trường hợp về cho thuê lại lao động được xem là bất hợp pháp nếu mọi hoạt động cung ứng lao động có bản chất như cho thuê lại lao động do những tổ chức, cá nhân không có Giấy phép hoạt động cho thuê lại lao động thực hiện (Khoản 3 Điều 51 Dự thảo). Và để thống nhất với bổ sung này, Dự thảo cũng có thêm quy định tại Khoản 4 Điều 55 về doanh nghiệp không có Giấy phép hoạt động cho thuê lại lao động, khi nói rằng bên thuê lại lao động “không được chuyển NLĐ đã thuê lại cho người sử dụng lao động (NSDLĐ) khác; không được sử dụng NLĐ thuê lại được cung cấp bởi doanh nghiệp không có Giấy phép hoạt động cho thuê lại lao động”. Nói tóm lại, ngoài hai bổ sung trên, mọi vấn đề khác trong chế định về cho thuê lại lao động đều được Dự thảo giữ nguyên như trong BLLĐ 2012.

Theo chúng tôi, việc giữ nguyên các quy định về cho thuê lại lao động như pháp luật hiện hành là chưa phù hợp để giải quyết dứt điểm các bất cập vẫn tồn tại trong luật, cũng như chưa đáp ứng yêu cầu sửa đổi, bổ sung BLLĐ nhằm bảo vệ tốt hơn quyền và lợi ích của NLĐ, cũng như cân bằng lợi ích giữa các bên liên quan trong hoạt động cho thuê lại lao động. Những băn khoăn của chúng tôi thể hiện cụ thể ở những vấn đề sau:

Thứ nhất, khó có thể đảm bảo quyền giao kết hợp đồng lao động (HĐLĐ) không xác định thời hạn cho NLĐ

BLLĐ 2012 cũng như Dự thảo đều có quy định về việc chuyển hoá HĐLĐ từ hợp đồng có thời hạn sang hợp đồng không xác định thời hạn cho NLĐ khi NLĐ đã hai lần ký kết HĐLĐ có thời hạn với cùng NSDLĐ và sau đó vẫn tiếp tục làm việc cho NSDLĐ đó (Khoản 2 Điều 22 BLLĐ

2012 và Khoản 2 Điều 20 Dự thảo). Cụ thể là, khi HĐLĐ có thời hạn lần thứ nhất hết hạn thì hai bên tiến hành giao kết HĐLĐ mới hoặc chấm dứt HĐLĐ cũ. Trường hợp hai bên ký kết HĐLĐ mới là HĐLĐ xác định thời hạn hoặc HĐLĐ theo mùa vụ thì cũng chỉ được ký thêm 01 lần, sau đó nếu NLĐ vẫn tiếp tục làm việc thì phải ký kết HĐLĐ không xác định thời hạn. Nếu hai bên không giao kết HĐLĐ mới và NLĐ vẫn tiếp tục làm việc thì HĐLĐ cũ sẽ trở thành HĐLĐ không xác định thời hạn. Quy định nhân văn này đã tồn tại từ lâu trong pháp luật lao động Việt Nam, nhằm bảo vệ quyền và lợi ích chính đáng của NLĐ.

Tuy nhiên, nếu xét trong bối cảnh cho thuê lại lao động, quyền lợi này của NLĐ lại khó được đảm bảo. Trên thực tế, khi một doanh nghiệp A cần thuê lại lao động, họ thông qua một doanh nghiệp cho thuê lại (doanh nghiệp B) để doanh nghiệp B ký HĐLĐ với NLĐ. Nói cách khác, sau khi doanh nghiệp B ký HĐLĐ với NLĐ thì doanh nghiệp B sẽ cho doanh nghiệp A thuê lại lao động đó. Theo quy định tại Điều 26 Nghị định số 55/2013/NĐ-CP về quy định chi tiết Khoản 3 Điều 54 của BLLĐ về việc cấp phép hoạt động cho thuê lại lao động, việc ký quỹ và danh mục công việc được cho thuê lại lao động (Nghị định 55), thời hạn cho thuê lại lao động tối đa không quá 12 tháng. Và khi hết thời hạn này, doanh nghiệp cho thuê không được tiếp tục cho thuê lại NLĐ với bên thuê lại nữa. Như vậy, để tiết kiệm chi phí thuê lao động, doanh nghiệp cho thuê lại lao động (doanh nghiệp B) chỉ cần ký HĐLĐ có xác định thời hạn, tối đa không quá 12 tháng với NLĐ, để sau đó cho doanh nghiệp A thuê lại. Khi kết thúc HĐLĐ, nếu muốn tiếp tục sử dụng cùng lao động đó (do nhu cầu sử dụng ổn định lao động mặc dù là thuê lại, cũng như để tiết kiệm chi phí và thời gian đào tạo lại lao động), doanh nghiệp A sẽ thông qua một doanh nghiệp cho thuê lại lao động khác (doanh nghiệp C) để doanh nghiệp C tiếp tục ký kết HĐLĐ có thời hạn

với NLĐ. Với cách thức này, doanh nghiệp A lẫn các doanh nghiệp B và C đều có thể né tránh trách nhiệm ký HĐLĐ không xác định thời hạn với NLĐ, một loại hợp đồng mang tính ràng buộc trách nhiệm cao hơn đối với doanh nghiệp.

Như vậy, mặc dù luật lao động đã đưa ra những giải pháp để mang đến quyền lợi tốt nhất cho NLĐ thông qua quy định về chuyển hoá HĐLĐ, nhưng NLĐ trong quan hệ cho thuê lại lao động lại bị bỏ quên. Do đó, để giải quyết được vấn đề này, giải pháp mà chúng tôi đưa ra đó là Dự thảo cần đi theo hướng nếu sau khi đã hết 2 lần HĐLĐ có xác định thời hạn (ký giữa NLĐ và doanh nghiệp cho thuê lại lao động bất kỳ) mà NSDLĐ trực tiếp (doanh nghiệp thuê lại lao động) vẫn tiếp tục sử dụng lại lao động này thì NSDLĐ trực tiếp (doanh nghiệp thuê lại lao động) phải ký hợp đồng trực tiếp với NLĐ (hợp đồng này có xác định thời hạn hoặc không xác định thời hạn).

Về mặt lý luận, đề xuất này đáp ứng được hai vấn đề sau: Thứ nhất, việc vẫn muốn tiếp tục sử dụng lại cùng NLĐ cho cùng công việc đó cho thấy công việc mà doanh nghiệp thuê lại lao động cần không còn mang tính chất tạm thời (do không còn thoả mãn tiêu chí của doanh nghiệp thuê lại lao động tại Khoản 2 Điều 3 và mục đích của việc cho thuê lại lao động tại Điều 23 Nghị định 55), và cũng cho thấy NLĐ đó đã đáp ứng yêu cầu tuyển dụng của doanh nghiệp thuê lại. Thứ hai, khi trực tiếp ký HĐLĐ với NLĐ, doanh nghiệp thuê lại lao động vẫn có thể sử dụng quyền của mình trong việc xác định thời hạn hợp đồng đối với NLĐ, đó là hợp đồng có thời hạn từ 1 năm đến 3 năm hay không xác định thời hạn, tùy theo nhu cầu thực tế của doanh nghiệp. Trong trường hợp doanh nghiệp ký HĐLĐ có xác định thời hạn với NLĐ thì cũng chỉ được ký không quá 2 lần, và sau đó phải ký HĐLĐ không xác định thời hạn nếu vẫn muốn tiếp tục sử dụng cùng lao động đó. Giải pháp này, theo chúng tôi, sẽ có thể giúp

giải quyết triệt để hiện tượng chuyển việc nhiều (do thay đổi doanh nghiệp cho thuê lại lao động) nhưng thực chất chỉ làm việc cho cùng một NSDLĐ mà quyền lợi lao động của NLĐ không được đảm bảo.

Thứ hai, về mặt lý luận, khó xử lý kỷ luật đối với NLĐ vi phạm kỷ luật lao động

Như chúng ta đã biết, trong quan hệ cho thuê lại lao động, NLĐ mặc dù ký HĐLĐ với bên cho thuê lại lao động nhưng lại trực tiếp làm việc cho bên thuê lại lao động. Do vậy, tại Khoản 2 Điều 58 BLLĐ 2012 cũng như Khoản 2 Điều 56 Dự thảo có quy định rằng, NLĐ thuê lại phải chấp hành nội quy lao động, kỷ luật lao động, sự điều hành hợp pháp và tuân thủ thoả ước lao động tập thể của bên thuê lại lao động. Nói cách khác, trong quá trình làm việc, NLĐ có nghĩa vụ phải tuân thủ nội quy lao động của doanh nghiệp trực tiếp sử dụng lao động. Tuy nhiên, khi NLĐ vi phạm kỷ luật lao động, thì bên thuê lại lao động lại không có quyền trực tiếp xử lý kỷ luật lao động mà chỉ có thể trả lại doanh nghiệp cho thuê lại lao động NLĐ vi phạm kỷ luật và cung cấp cho doanh nghiệp cho thuê lại lao động chứng cứ về hành vi vi phạm kỷ luật lao động của NLĐ để doanh nghiệp cho thuê lại xem xét xử lý kỷ luật lao động (Khoản 6, 7 Điều 57 BLLĐ 2012 và Khoản 6, 7 Điều 55 Dự thảo). Như vậy, BLLĐ 2012 cũng như Dự thảo đều giao quyền xử lý kỷ luật lao động người vi phạm về cho doanh nghiệp cho thuê lại lao động. Điều này hoàn toàn phù hợp do HĐLĐ được ký kết giữa NLĐ với bên cho thuê lại lao động, thể hiện sự ràng buộc về quyền và nghĩa vụ lẫn nhau giữa hai bên.

Tuy nhiên, nếu xét về mặt lý luận, NLĐ chỉ vi phạm nội quy lao động của nơi trực tiếp làm việc (doanh nghiệp thuê lại lao động), chứ không vi phạm nội quy lao động của doanh nghiệp cho thuê lại (rất nhiều khả năng nội quy lao động của hai doanh nghiệp khác nhau), nên thiếu cơ sở pháp lý cho việc xử lý kỷ luật mặc dù có đầy đủ chứng cứ.

Do vậy, nếu trong HĐLĐ giữa NLĐ với bên cho thuê lại lao động hay trong nội quy lao động của doanh nghiệp cho thuê lại lao động không ràng buộc cụ thể nghĩa vụ của NLĐ về tuân thủ nội quy lao động ở nơi làm việc trực tiếp (doanh nghiệp thuê lại), mà chỉ căn cứ vào những quy định hiện có của BLLĐ 2012 hay của Dự thảo thì việc xử lý kỷ luật NLĐ bởi doanh nghiệp cho thuê lại là điều chưa hợp lý.

2. Chấm dứt hợp đồng lao động với người lao động đủ điều kiện hưởng lương hưu

BLLĐ 2012 cũng như Dự thảo đều quy định HĐLĐ chấm dứt khi NLĐ đủ điều kiện về thời gian đóng bảo hiểm xã hội (BHXH) và tuổi hưởng lương hưu (Khoản 4 Điều 36 BLLĐ 2012 và Khoản 4 Điều 34 Dự thảo). Điều này có nghĩa là chỉ khi nào NLĐ thoả mãn cả hai điều kiện trên về BHXH và tuổi hưu thì HĐLĐ mới chấm dứt. Quy định này rõ ràng đang hướng đến việc bảo vệ quyền lợi cho NLĐ, tạo điều kiện cho NLĐ có thể hưởng đầy đủ chế độ BHXH khi không còn điều kiện lao động. Tuy nhiên, theo Tờ trình của Chính phủ về dự án Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của BLLĐ, thực tế trong thời gian vừa qua, quy định này lại gây không ít khó khăn cho các doanh nghiệp vì doanh nghiệp không được quyền chấm dứt HĐLĐ với NLĐ đủ hoặc quá tuổi nghỉ hưu nhưng không đủ thời gian tham gia BHXH, làm cho doanh nghiệp khó bố trí sản xuất (vì NLĐ cao tuổi được rút ngắn thời giờ làm việc theo luật) hoặc có thể dẫn tới vi phạm pháp luật (vì luật lao động cấm sử dụng lao động cao tuổi trong những ngành nghề nặng nhọc, độc hại, nguy hiểm). Do vậy, để giải quyết vấn đề trên, các nhà soạn thảo đã đi theo hướng giữ nguyên quy định này tại Khoản 4 Điều 34 của Dự thảo, đồng thời bổ sung thêm trường hợp NSDLĐ được quyền đơn phương chấm dứt HĐLĐ nếu NLĐ đủ tuổi nghỉ hưu tại điểm đ Khoản 1 Điều 36 Dự thảo.

Theo chúng tôi, việc tồn tại song song

các quy định trên như trong Dự thảo có thể tạo ra sự mâu thuẫn nội tại trong bản thân quy định pháp luật, gây khó khăn trong việc thi hành và áp dụng. Cụ thể, khi NLĐ đến tuổi nghỉ hưu nhưng chưa đủ điều kiện về thời gian tham gia BHXH thì NSDLĐ có thể viện dẫn điểm đ Khoản 1 Điều 36 Dự thảo để thực hiện quyền đơn phương chấm dứt HĐLĐ. Tuy nhiên, nếu NLĐ không đồng ý với quyết định này thì liệu họ có được quyền viện dẫn Khoản 4 Điều 34 Dự thảo để yêu cầu NSDLĐ không được chấm dứt HĐLĐ với mình hay không (do phải thoả mãn cả hai điều kiện về tuổi hưu và thời gian tham gia BHXH)?

Trên cơ sở đó, chúng tôi cho rằng, nếu đã cho NSDLĐ được quyền đơn phương chấm dứt HĐLĐ khi NLĐ đủ tuổi hưu thì nên bỏ hẳn quy định tại Khoản 4 Điều 34 Dự thảo. Việc NSDLĐ căn cứ hoàn toàn vào tuổi nghỉ hưu để quyết định đơn phương chấm dứt HĐLĐ là điều hoàn toàn hợp lý mà không cần xét đến điều kiện về tham gia BHXH, bởi lẽ nó phù hợp với pháp luật về lao động nói chung (tuổi nghỉ hưu được pháp luật lao động xác định để kết thúc quan hệ lao động, tạo thời gian nghỉ ngơi cho NLĐ, tạo cơ hội cho doanh nghiệp tìm kiếm lao động khác thay thế phù hợp hơn); và sự công bằng (khi NLĐ tham gia quan hệ lao động trễ thì thời gian tham gia BHXH cũng sẽ bị ảnh hưởng theo). Hơn thế nữa, quy định chỉ dựa vào tuổi hưu để chấm dứt quan hệ lao động có thể giúp tạo nhiều cơ hội việc làm hơn cho lao động trẻ, thúc đẩy lao động trẻ tham gia kịp thời vào các quan hệ lao động, phục vụ phát triển nền kinh tế. Trong trường hợp nếu NLĐ đủ tuổi hưu vẫn còn khả năng để tiếp tục tham gia vào thị trường lao động thì vẫn có thể ký kết HĐLĐ với NSDLĐ khác để tiếp tục tham gia BHXH. Nói tóm lại, việc bỏ hẳn quy định tại Khoản 4 Điều 34 sẽ giúp cho quy định pháp luật không bị chồng lấn và mâu thuẫn về mặt nội dung, giúp cho việc thi hành và áp dụng pháp luật có hiệu quả hơn trên thực tế.

3. Tuổi nghỉ hưu

Điều 187 BLLĐ 2012 quy định tuổi nghỉ hưu của NLĐ trong điều kiện bình thường là 60 đối với nam và 55 đối với nữ. Được biết, việc tăng tuổi nghỉ hưu là một nội dung lớn đã từng được đặt ra nhiều lần trong quá trình soạn thảo các luật nhưng chưa được Quốc hội thông qua như Luật Bình đẳng giới năm 2007, BLLĐ năm 2012 và Luật BHXH năm 2014¹.

Trong Dự thảo, tuổi nghỉ hưu được đưa ra hai phương án (Điều 148 Dự thảo). Phương án 1 là giữ nguyên quy định hiện hành. Phương án 2 được thiết kế theo lộ trình tăng dần tuổi nghỉ hưu như sau: tuổi nghỉ hưu của NLĐ bình thường làm việc trong điều kiện lao động bình thường là nam đủ 60 tuổi, nữ đủ 55 tuổi. Từ 01/01/2021, cứ mỗi năm tăng thêm 06 tháng cho đến khi nam đủ 62 tuổi, nữ đủ 60 tuổi. Những lý do được đưa ra để lý giải cho phương án này, đó là tuổi thọ bình quân của người Việt Nam đã tăng nhiều so với giai đoạn trước đây² và khoảng cách giữa tuổi thọ bình quân với tuổi nghỉ hưu bình quân là rất dài³ nên thực tiễn nhiều người nghỉ hưu vẫn tiếp tục tham gia lao động; dân số nước ta đang chuyển từ thời kỳ dân số vàng sang giai đoạn già hóa dân số, trong tương lai lực lượng lao động trẻ sẽ thiếu hụt; nếu cứ giữ tuổi nghỉ hưu như hiện tại thì quỹ hưu trí, tử tuất không được đảm bảo trong dài hạn; bảo đảm sự không phân biệt đối xử về tuổi nghỉ hưu giữa lao động nam và lao động nữ để phù hợp với các tiêu chuẩn quốc tế như Công ước Cedaw, Công ước của ILO...; tận dụng được nguồn nhân lực động có trình độ, kỹ thuật cao và có kinh nghiệm; kinh nghiệm của nhiều nước trên thế giới đã và đang điều chỉnh tăng tuổi hưu, có nước lên tới 67 tuổi...

Theo chúng tôi, việc tăng tuổi nghỉ

hưu như phương án 2 đưa ra chưa thật sự hợp lý do vẫn chưa thoả mãn được lý do bảo đảm sự không phân biệt đối xử về tuổi nghỉ hưu giữa lao động nam và lao động nữ theo các công ước quốc tế. Bởi lẽ nếu còn tồn tại sự phân biệt đối xử về độ tuổi lao động giữa nam và nữ thì gốc rễ của sự phân biệt đối xử vẫn chưa được xoá bỏ, do môi trường lao động là môi trường thể hiện rõ nhất sự phân biệt đối xử này. Do vậy, để đảm bảo sự không phân biệt đối xử này giữa nam và nữ trên thị trường lao động, đồng thời vẫn đảm bảo được việc bảo vệ sức khoẻ cho lao động nữ (bị ảnh hưởng do nhiều lần sinh nở) thì có thể nâng tuổi nghỉ hưu của lao động nữ lên bằng với tuổi nghỉ hưu của lao động nam hiện tại là 60 tuổi (ở các quốc gia phát triển khác như Anh, Úc, Pháp..., tuổi nghỉ hưu của nam và nữ đều giống nhau).

Bên cạnh đó, để khuyến khích lao động sau tuổi nghỉ hưu vẫn tiếp tục làm việc, chúng ta có thể áp dụng cùng lúc nhiều chính sách khác nhau như giảm thuế thu nhập cá nhân cho NLĐ sau tuổi nghỉ hưu, giảm thuế thu nhập doanh nghiệp cho những doanh nghiệp sử dụng nhiều lao động sau tuổi nghỉ hưu... Việc sử dụng nhiều biện pháp khuyến khích lao động sau tuổi nghỉ hưu vẫn tiếp tục làm việc thay cho việc luật hoá nâng cao tuổi nghỉ hưu (trên 60 tuổi) có tác dụng không tạo áp lực quá lớn lên NLĐ (khi vẫn có một bộ phận không nhỏ NLĐ muốn về hưu sớm), giúp giảm gánh nặng về y tế (việc duy trì lao động sau tuổi nghỉ hưu giúp NLĐ giảm stress, bớt bệnh tật), giúp duy trì được lực lượng lao động có tay nghề cao và nhiều kinh nghiệm, đồng thời giúp đáp ứng được yêu cầu ban đầu, chủ yếu và quan trọng nhất của Chính phủ trong việc đề xuất nâng tuổi hưu là giảm áp lực về quỹ lương hưu ■

1 Theo Tờ trình của Chính phủ về Dự án Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của BLLĐ, tr. 8.

2 Những năm 1960 là: nam 60, nữ 55. Đến nay là: nam 73, nữ 75.

3 Tuổi nghỉ hưu bình quân năm 2012 là 54,17.

BẢO ĐẢM QUYỀN GIÁM SÁT CỦA CÔNG DÂN

ĐỐI VỚI VIỆC LẬP, CÔNG BỐ VÀ THỰC HIỆN KẾ HOẠCH SỬ DỤNG ĐẤT HÀNG NĂM CỦA CẤP HUYỆN

Phan Trung Hiền*

* PGS. TS, Phó trưởng Khoa Luật, Trường Đại học Cần Thơ.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: quyền giám sát của công dân; quản lý và sử dụng đất đai; lập, điều chỉnh, công bố, thực hiện quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất

Lịch sử bài viết:

Nhận bài: 04/06/2017

Biên tập: 15/06/2017

Duyệt bài: 19/06/2017

Article Infomation:

Keywords: Citizen's supervisory rights; management and Land usage; development, amendment, announcement and implementation of the annual land usage plan.

Article History:

Received: 04 Jun 2017

Edited: 15 Jun 2017

Appproved: 19 Jun 2017

Tóm tắt:

Bài viết phân tích các yêu cầu nhằm bảo đảm quyền giám sát của công dân trong việc lập, điều chỉnh, công bố, thực hiện kế hoạch sử dụng đất (SDĐ) hàng năm của cấp huyện - một nội dung quan trọng của quyền giám sát của công dân đối với việc quản lý và SDĐ ở Việt Nam; và qua đó kiến nghị cần có văn bản hướng dẫn Điều 199 Luật Đất đai trên cơ sở Hiến pháp, Luật Đất đai và các đạo luật khác có liên quan.

Abstract:

This article provides analysis of requirements to ensure citizen's supervisory rights in development, amendment, announcement and implementation of the annual land usage plan of district level - an important one of the citizen's supervisory rights to the management and usage of land in Vietnam. Based on the analysis, it is also proposed to develop detailed provisions of Article 199 of the Land Law of 2013 basing on the Constitution, the Land Law of 2013 and relevant statutes.

1. Quyền giám sát của công dân đối với việc lập, công bố và thực hiện kế hoạch sử dụng đất hàng năm của cấp huyện

1.1 Quyền giám sát của công dân trong việc lập kế hoạch SDĐ hàng năm của cấp huyện

- *Chủ thể lấy ý kiến:* Về nguyên tắc, việc lấy ý kiến về quy hoạch, kế hoạch SDĐ do cơ quan, tổ chức lập quy hoạch, kế hoạch SDĐ thực hiện. Theo quy định tại Điều 42 Luật Đất đai năm 2013, Ủy ban nhân dân (UBND) cấp huyện tổ chức lập quy hoạch,

kế hoạch sử dụng đất cấp huyện. Phòng Tài nguyên và Môi trường của huyện chủ trì giúp UBND huyện trong việc lập quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất có trách nhiệm tổ chức lấy ý kiến đóng góp của công dân về quy hoạch, kế hoạch SDD.

- *Hình thức lấy ý kiến:* Việc lấy ý kiến đóng góp của công dân về kế hoạch SDD hàng năm của cấp huyện được thực hiện thông qua hình thức tổ chức hội nghị, lấy ý kiến trực tiếp và công khai thông tin về nội dung của kế hoạch SDD trên trang thông tin điện tử của UBND cấp tỉnh và UBND cấp huyện.

Nội dung lấy ý kiến công dân về quy hoạch, kế hoạch SDD gồm: Các chỉ tiêu quy hoạch, kế hoạch SDD, các dự án công trình thực hiện trong kỳ quy hoạch, kế hoạch SDD.

Thời gian lấy ý kiến về quy hoạch, kế hoạch SDD: Trong thời hạn 30 ngày kể từ ngày cơ quan nhà nước có thẩm quyền quyết định tổ chức lấy ý kiến.

Cơ quan có trách nhiệm lấy ý kiến về kế hoạch SDD có trách nhiệm xây dựng báo cáo tổng hợp, tiếp thu, giải trình ý kiến của nhân dân và hoàn thiện phương án quy hoạch, kế hoạch SDD trước khi trình Hội đồng thẩm định quy hoạch, kế hoạch SDD.

So với Luật Đất đai năm 2003, Luật Đất đai năm 2013 quy định chi tiết hơn việc lấy ý kiến theo hướng quy định cụ thể về trình tự, thủ tục lấy ý kiến về quy hoạch, kế hoạch SDD. Tuy nhiên, trong những quy định về việc lấy ý kiến các loại quy hoạch, kế hoạch SDD, chưa có quy định cụ thể về trường hợp

trên 1/2 hoặc trên 2/3 ý kiến không tán thành dự thảo quy hoạch, kế hoạch SDD mà cơ quan nhà nước đưa ra thì giải quyết ra sao, ngoài những quy định chung chung như: tiếp thu và giải trình ý kiến...¹ Như vậy, tính chất của ý kiến của chủ thể thực hiện quyền giám sát chưa được xác định rõ. Không có một quy định nào buộc UBND cấp huyện phải tổ chức thẩm định lại quy hoạch, kế hoạch SDD khi đại bộ phận công dân ở địa phương - những người đang thực hiện quyền giám sát - cho rằng, quy hoạch, kế hoạch SDD đó là thiếu căn cứ, nếu thực hiện, có khả năng gây phương hại đến đời sống xã hội, gây ô nhiễm môi trường, thiếu bền vững...

1.2 Quyền giám sát của công dân đối với việc công bố kế hoạch SDD hàng năm của cấp huyện

Theo Điều 48 Luật Đất đai năm 2013, việc công bố công khai quy hoạch, kế hoạch SDD được thực hiện như sau:

Kế hoạch SDD hàng năm ở cấp huyện sau khi được cơ quan nhà nước có thẩm quyền quyết định, phê duyệt phải được công bố công khai. UBND cấp huyện có trách nhiệm công bố công khai kế hoạch SDD cấp huyện tại trụ sở cơ quan, trên cổng thông tin điện tử của UBND cấp huyện và công bố công khai nội dung kế hoạch SDD cấp huyện có liên quan đến xã, phường, thị trấn tại trụ sở UBND cấp xã. Thời điểm, thời hạn công bố công khai kế hoạch SDD theo quy định sau đây:

a) Việc công bố công khai được thực hiện trong thời hạn 30 ngày kể từ ngày được cơ quan nhà nước có thẩm quyền quyết định, phê duyệt;

1 Phan Trung Hiền, Những điều cần biết về bồi thường, hỗ trợ, tái định cư khi Nhà nước thu hồi đất, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2014, tr. 14.

b) Việc công khai được thực hiện trong suốt kỳ quy hoạch, kế hoạch SDD.

Như vậy, quyền giám sát của công dân đối với việc công bố kế hoạch SDD hàng năm của cấp huyện bao gồm cả nội dung của kế hoạch SDD có được công bố đầy đủ không, đặc biệt là các nội dung liên quan đến “kế hoạch SDD hàng năm của cấp huyện đã được cơ quan nhà nước có thẩm quyền phê duyệt”? Trong giai đoạn này, công dân giám sát việc công bố công khai quy hoạch, kế hoạch SDD của cơ quan, cán bộ nhà nước có thẩm quyền. Các hành vi vi phạm về lấy ý kiến, công bố công khai thông tin đất đai nói chung và kế hoạch SDD nói riêng thì tùy theo tính chất, mức độ vi phạm mà bị xử lý kỷ luật hoặc truy cứu trách nhiệm hình sự (Điều 207 Luật Đất đai năm 2013). Trong đó, UBND cấp huyện là chủ thể có trách nhiệm công bố công khai kế hoạch SDD cấp huyện - đây là căn cứ, là cơ sở để thu hồi đất.

1.3 Quyền giám sát của công dân đối với việc thực hiện kế hoạch SDD hàng năm của cấp huyện

Liên quan đến việc giám sát trong quá trình quản lý và SDD, ngoài việc giám sát việc lập quy hoạch, kế hoạch SDD, còn phải *giám sát việc thực hiện quy hoạch, kế hoạch SDD đã lập.*

Trong các loại quy hoạch, kế hoạch SDD có kế hoạch SDD hàng năm của cấp huyện là nội dung có ảnh hưởng trực tiếp đến các quyền và nghĩa vụ của công dân trong việc SDD. Điều 49 Luật Đất đai năm 2013 có nêu rõ: “Trường hợp đã có kế hoạch SDD hàng năm của cấp huyện thì người SDD trong khu vực phải chuyển mục đích SDD và thu hồi đất theo kế hoạch được tiếp tục thực hiện các quyền của người SDD nhưng

không được xây dựng mới nhà ở, công trình, trồng cây lâu năm; nếu người SDD có nhu cầu cải tạo, sửa chữa nhà ở, công trình hiện có thì phải được cơ quan nhà nước có thẩm quyền cho phép theo quy định của pháp luật”. Điều này có nghĩa là, khi kế hoạch SDD này được công bố thì người dân bị hạn chế các quyền về xây dựng và trồng cây lâu năm. Có thể nói, đây là quy định căn bản để công dân thực hiện giám sát việc thực hiện quy hoạch, kế hoạch SDD nói chung và thực hiện kế hoạch SDD hàng năm của cấp huyện nói riêng.

Tuy nhiên, việc hạn chế quyền của người SDD chỉ giới hạn trong một khoảng thời gian xác định. Đoạn 2 khoản 2 Điều 49 Luật Đất đai năm 2013 có nêu: “Diện tích đất ghi trong kế hoạch SDD hàng năm của cấp huyện đã được công bố phải thu hồi để thực hiện dự án hoặc phải chuyển mục đích SDD mà sau 03 năm chưa có quyết định thu hồi đất hoặc chưa được phép chuyển mục đích SDD thì cơ quan nhà nước có thẩm quyền phê duyệt kế hoạch SDD phải điều chỉnh, hủy bỏ và phải công bố việc điều chỉnh, hủy bỏ việc thu hồi hoặc chuyển mục đích đối với phần diện tích đất ghi trong kế hoạch SDD... Trường hợp cơ quan nhà nước có thẩm quyền phê duyệt kế hoạch SDD không điều chỉnh, hủy bỏ hoặc có điều chỉnh, hủy bỏ nhưng không công bố việc điều chỉnh, hủy bỏ thì người SDD không bị hạn chế về quyền nêu trên”. Trong trường hợp này, giám sát của công dân đối với việc thực hiện kế hoạch SDD hàng năm của cấp huyện thể hiện ở nội dung: theo dõi, xem xét là chính quyền địa phương có bảo đảm thực hiện đúng thời điểm hạn chế và thời điểm chấm dứt việc hạn chế các quyền liên quan đến đất sau khi công bố kế hoạch SDD hàng năm của cấp huyện.

1.4 Trách nhiệm của các chủ thể có thẩm quyền trong việc bảo đảm quyền giám sát của công dân đối với việc lập, công bố và thực hiện kế hoạch SDD hàng năm của cấp huyện

Theo quy định tại khoản 5 Điều 199 Luật Đất đai năm 2013, cơ quan nhà nước có thẩm quyền có trách nhiệm khi nhận được ý kiến của công dân và tổ chức đại diện cho người dân thông qua các hoạt động như:

- a) Kiểm tra, xử lý, trả lời bằng văn bản theo thẩm quyền;
- b) Chuyển đơn đến cơ quan nhà nước có thẩm quyền để giải quyết trong trường hợp không thuộc thẩm quyền;
- c) Thông báo kết quả cho tổ chức, cá nhân đã phản ánh.

Đây là những quy định nhằm bảo đảm tính khả thi của việc thực hiện quyền giám sát của người dân. Trách nhiệm trên nếu không được thực hiện nghiêm túc thì sẽ có những chế tài đi kèm. Điều 207 Luật Đất đai năm 2013 và Điều 97 Nghị định số 43/2014/NĐ-CP ngày 15/5/2014 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Đất đai (gọi tắt là Nghị định 43/2014/NĐ-CP) quy định về các hành vi vi phạm quy định về quy hoạch, kế hoạch SDD, bao gồm:

- (i) Không tổ chức lập, điều chỉnh quy hoạch, kế hoạch SDD kịp thời theo quy định;
- (ii) Không thực hiện đúng quy định về tổ chức lấy ý kiến nhân dân trong quá trình lập quy hoạch, kế hoạch SDD;
- (iii) Không công bố quy hoạch, kế hoạch SDD; không công bố việc điều chỉnh hoặc hủy bỏ việc thu hồi hoặc chuyển mục đích đối với phần diện tích đất ghi trong kế hoạch SDD mà sau 03 năm chưa có quyết định thu hồi đất hoặc chưa được phép chuyển mục đích SDD; không báo cáo thực hiện quy hoạch, kế hoạch SDD.

Như vậy, thẩm quyền của các cơ quan, đơn vị đối với hoạt động quản lý đất đai thể hiện ở hai phương diện là: “có trách nhiệm” và “chịu trách nhiệm”. Việc không thực hiện đúng, đủ các quy định trong phạm vi nhiệm vụ, quyền hạn của mình có thể là hành vi vi phạm pháp luật, là đối tượng của việc truy cứu trách nhiệm pháp lý, tức là phải “chịu trách nhiệm”. Các hành vi vi phạm trên đây có thể chịu trách nhiệm kỷ luật hoặc bị truy cứu trách nhiệm hình sự căn cứ vào mức độ vi phạm như: (i) Lợi dụng chức vụ, quyền hạn làm trái với quy định của pháp luật; (ii) Thiếu trách nhiệm trong quản lý để xảy ra vi phạm pháp luật về đất đai... Điều này cho thấy, các quy định về cơ chế bảo đảm thực thi quyền giám sát cơ bản đã được quy định về mặt nguyên tắc. Tuy nhiên, vấn đề đặt ra là liệu công dân có nắm được các quyền của mình trong từng giai đoạn để thực thi việc giám sát hay không. Mặt khác, khi công dân phát hiện có những bất cập cần phản ánh, kiến nghị, chính quyền địa phương có bảo đảm việc thực hiện quyền này theo quy định hay không?

1.5 Thực trạng về thực thi và bảo đảm quyền giám sát của công dân đối với việc thực hiện kế hoạch SDD hàng năm của cấp huyện

Theo quy trình thực hiện quy hoạch, kế hoạch SDD, ngay sau khi cấp thẩm quyền công bố kế hoạch SDD hàng năm của cấp huyện thì chính quyền địa phương sẽ tiến hành định vị các khu có đất thu hồi và kêu gọi đầu tư để triển khai các dự án trong phạm vi kế hoạch SDD. Việc hạn chế các quyền về trồng cây lâu năm, xây dựng mới công trình kiên cố có hiệu lực áp dụng. Các biện pháp hành chính nhằm quản lý quy hoạch, kế hoạch, hạn chế biến động về đất đai, ngăn chặn khả năng trục lợi từ chính sách bồi thường, hỗ trợ, tái định cư được chính quyền địa phương triển khai. Tuy nhiên,

việc thực hiện đúng các quy định này có khả năng phát sinh những bất cập trên thực tế²:

Thứ nhất, ảnh hưởng đối với việc sản xuất và kinh doanh: Các yêu cầu cơ bản về thủ tục hành chính thông thường của chủ thể SDD trong vùng quy hoạch, kế hoạch phát sinh trở ngại, vướng mắc, gây khó khăn trong sinh hoạt, ràng buộc điều kiện sản xuất, kinh doanh. Ví dụ: Việc lên kế hoạch trồng cây lâu năm trong sản xuất nông nghiệp, việc dự kiến xây mới công trình làm mặt bằng kinh doanh của các hộ gia đình buộc phải thay đổi từ ổn định sang tạm thời, ngắn hạn, giữ nguyên hiện trạng, cầm chừng. Hiệu quả SDD của các hộ dân nói riêng và của địa phương nói chung sụt giảm, việc làm đình trệ, mất thu nhập...

Thứ hai, ảnh hưởng đến việc hợp thức hóa hoặc thay đổi mục đích SDD: Thực tế, việc xử lý thủ tục hành chính của cơ quan chức năng đối với các quan hệ hành chính liên quan đến diện tích đất trong quy hoạch cũng bộc lộ bất cập. Đặc biệt là với diện tích đất trong quy hoạch, kế hoạch chưa được cấp Giấy chứng nhận quyền SDD, quyền sở hữu nhà và tài sản gắn liền với đất lần đầu hoặc các thửa đất có một phần diện tích thuộc phạm vi quy hoạch, kế hoạch xin cấp đổi Giấy chứng nhận quyền SDD. Điều này thậm chí còn gây ảnh hưởng đến việc tính diện tích bồi thường thiệt hại về đất nên đất của các hộ dân chưa được hợp thức hoá trên Giấy chứng nhận.

Thứ ba, thời hạn hạn chế quyền của người SDD có thể bị kéo dài trên thực tế: Mặc dù quy định về thời hạn hạn chế quyền SDD tối đa là ba năm nhưng thực tế, nhiều địa bàn đã điều chỉnh, công bố lại dẫn đến một bộ phận công dân sống trong vùng có

kế hoạch SDD kéo dài hơn 6 năm. Điều này khiến diễn biến phát sinh các thiệt hại ở giai đoạn công bố kế hoạch SDD hàng năm của cấp huyện có điều chỉnh, kéo dài.

Thứ tư, một số địa phương tự ý mở rộng việc hạn chế quyền của công dân SDD: Theo quy định tại khoản 2 Điều 49 Luật Đất đai năm 2013 thì người dân không bị hạn chế các quyền như: quyền chuyển đổi, chuyển nhượng, thừa kế, thế chấp, tặng cho, cho thuê, cho thuê lại, góp vốn bằng quyền SDD. Tuy nhiên, theo cách giải quyết “sợ kẻ gian làm cả ngàn người khó”, có những địa phương đã cản trở nhu cầu chia đất, tách hộ của các hộ dân có đất trong phạm vi kế hoạch SDD hàng năm cấp huyện, khiến nhiều gia đình không thể cải thiện được môi trường sống. Không ít gia đình đang có nhiều người, nhiều thế hệ, ở chung trong một căn nhà xuống cấp; cần xây dựng mới nhưng không được cấp phép, không thể tách hộ khẩu riêng... Sự ràng buộc này đã làm cho việc xem xét thực hiện chính sách hỗ trợ, tái định cư không phản ánh đúng nhu cầu cuộc sống, khiến kết quả giải quyết tái định cư sau đó không đáp ứng nhu cầu chính đáng về chỗ ở và gây thiệt hại cho người dân. Như vậy, việc thực thi không đúng các quy định của pháp luật về quyền của người dân khi có đất nằm trong kế hoạch SDD hàng năm của cấp huyện đã dẫn đến những căn cứ thiếu khách quan, làm nảy sinh bất cập, gây khiếu nại, khiếu kiện về sau.

2. Kiến nghị nhằm bảo đảm việc hướng dẫn và thực thi quyền giám sát của công dân đối với kế hoạch sử dụng đất hàng năm của cấp huyện có hiệu quả

2.1 Hướng dẫn quyền giám sát

Mặc dù Điều 199 Luật Đất đai năm

2 Hùng Long, Khắc phục bất cập trong bồi thường thu hồi đất, <http://baotainguyenmoitruong.vn/tai-nguyen-va-cuoc-song/201506/khac-phuc-bat-cap-trong-boi-thuong-thu-hoi-dat-596862/>, truy cập ngày 03/02/2017.

2013 ghi nhận nhiều nội dung tiên bộ về quyền giám sát của công dân trong quản lý và SDD nói chung và trong việc lập và thực hiện kế hoạch SDD hàng năm của cấp huyện nói riêng, song việc thực thi các quy định này chưa được đồng bộ mà nguyên do chính là do thiếu các quy định hướng dẫn cần thiết như: (i) thiếu văn bản hướng dẫn thi hành về quyền giám sát trong lĩnh vực đất đai; (ii) thiếu quy định về phản hồi ý kiến đóng góp quy hoạch, kế hoạch SDD; (iii) thiếu các quy định làm rõ trình tự của hoạt động giám sát trong quy hoạch, kế hoạch SDD.

Từ những phân tích nêu trên, để bảo đảm thực thi quyền giám sát của công dân đối với việc lập, điều chỉnh, công bố và thực hiện kế hoạch SDD hàng năm của cấp huyện, pháp luật cần được hoàn thiện về những vấn đề sau:

Thứ nhất, bổ sung các quy định về thực thi quyền sở hữu của toàn dân về đất đai, trong đó có nội dung về giám sát của công dân đối với việc quản lý và SDD ở nước ta. Thực tế cho thấy, việc giám sát và thực thi quyền giám sát này phải xác định giá trị pháp lý một cách cụ thể, tác động trực tiếp đến công tác quản lý nhà nước về lập quy hoạch, kế hoạch SDD. Ví dụ: trước hết, tỷ lệ đồng thuận và không đồng thuận này phải được công bố công khai, kể cả những nguyên nhân dẫn đến việc không đồng thuận. Trong trường hợp có trên 50% số công dân trong địa bàn có quy hoạch, kế hoạch không đồng thuận với quy hoạch, kế hoạch thì quy trình tiếp theo phải được quy định chặt chẽ. Chẳng hạn, cần phải tổ chức việc giải trình công khai trước người dân và các phương tiện thông tin đại chúng; cần trải qua thủ tục lấy ý kiến công khai đối với đại diện cộng đồng dân cư, các tổ chức đoàn thể đại diện cho tiếng nói của công dân trên địa bàn. Mặt khác, cần làm rõ các tiêu chí phê duyệt quy hoạch, kế hoạch SDD; trong đó, việc đồng

thuận của đa số người dân trên địa bàn là tiêu chí đầu tiên có tính chất quyết định.

Thứ hai, bổ sung quy định xác định rõ nội dung giám sát về kế hoạch SDD hàng năm của cấp huyện như sau:

- Giám sát việc lấy ý kiến của nhân dân khi xây dựng phương án quy hoạch, kế hoạch SDD;

- Giám sát việc lập và phê duyệt và điều chỉnh (nếu có) đối với quy hoạch, kế hoạch SDD;

- Giám sát việc công bố công khai phương án quy hoạch, kế hoạch SDD;

- Giám sát việc thực thi kế hoạch SDD hàng năm của cấp huyện về: các chỉ tiêu SDD, các hoạt động giao đất, cho thuê đất, thu hồi đất căn cứ trên quy hoạch, kế hoạch SDD.

Đặc biệt, trong quá trình giám sát, cần phải xem xét đến các quyền mà công dân bị hạn chế khi kế hoạch SDD công bố. Một mặt, việc hạn chế này phải được thực hiện nghiêm túc, đúng pháp luật, ví dụ như không được phép trồng cây, xây mới nhà cửa nhằm “đón đầu” quy hoạch, kế hoạch. Trong trường hợp này, các quy định về xử phạt vi phạm hành chính được áp dụng đối với các hành vi như: SDD sai mục đích, xây dựng không phép... Mặt khác, cần phải giám sát giới hạn về các quyền bị hạn chế và thời gian các quyền này bị hạn chế. Về nguyên tắc, trong giai đoạn kế hoạch SDD được công bố thì các quyền cơ bản của người SDD được quy định tại Điều 167 Luật Đất đai năm 2013 vẫn phải được bảo đảm thực hiện như: quyền chuyển đổi, chuyển nhượng, thừa kế, thế chấp, tặng cho, cho thuê, cho thuê lại, góp vốn bằng quyền SDD.

2.2 Thực thi quyền giám sát

Thứ nhất, cần xây dựng quy trình bảo đảm cho công dân thực thi có hiệu quả quyền

giám sát việc lập và thực hiện kế hoạch SDD hàng năm của cấp huyện là UBND cấp huyện.

Bước 1: Công dân tìm hiểu thông tin về quy hoạch, kế hoạch SDD

Công dân tra cứu nội dung quy hoạch, kế hoạch SDD trên trang thông tin điện tử của UBND cấp tỉnh và UBND cấp huyện. Tài liệu công bố công khai kế hoạch SDD cấp huyện gồm: Nghị quyết hoặc Quyết định phê duyệt; Báo cáo thuyết minh tổng hợp; Bản đồ quy hoạch, kế hoạch SDD. Thời gian lấy ý kiến về quy hoạch, kế hoạch SDD là 30 ngày kể từ ngày cơ quan nhà nước có thẩm quyền quyết định tổ chức lấy ý kiến.

Bước 2: Phản ánh thông tin

Ý kiến phản ánh của công dân đối với phương án quy hoạch SDD của cấp huyện được tiếp nhận trực tiếp trong các hội nghị lấy ý kiến được tổ chức tại UBND xã, phường, thị trấn và gửi đến UBND cấp huyện.

Bước 3: Kiểm tra việc tiếp nhận các thông tin phản ánh của UBND cấp huyện

Ý kiến phản ánh, kiến nghị của công dân được Ban tổ chức hội nghị tổng hợp trong báo cáo, giải trình cụ thể lý do tiếp thu hay không tiếp thu ý kiến và công bố công khai trên trang thông tin điện tử của UBND huyện. Do đó, công dân có thể kiểm tra lại việc tiếp nhận, giải trình các ý kiến phản ánh trên trên trang thông tin điện tử của UBND huyện.

Thứ hai, cần bổ sung quy định về bộ tiêu chí theo dõi, đánh giá và kiểm tra hiệu quả của việc quản lý và SDD. Các tiêu chí này dựa trên những căn cứ khi lập quy hoạch, kế hoạch SDD nói chung và quy hoạch, kế hoạch SDD hàng năm của cấp huyện nói riêng. Tuy đây là bước cuối cùng nhưng rất quan trọng của quá trình quản lý

nhà nước trong công tác lập quy hoạch, kế hoạch SDD. Trong bộ tiêu chí về hiệu quả SDD, phải thể hiện được quyền giám sát của người dân trong từng giai đoạn của việc lập, điều chỉnh và thực hiện kế hoạch SDD.

Thứ ba, cần bổ sung các chế tài cần thiết khi có hành vi cản trở hoặc không tạo điều kiện để bảo đảm công dân thực hiện quyền giám sát. Cần phải cụ thể hóa các nội dung của Điều 207 Luật Đất đai năm 2013 và Điều 97 Nghị định số 43/2014/NĐ-CP. Các văn bản hiện hành cần quy định chi tiết hơn đối với chế tài cho từng nhóm hành vi thay vì quy định chung chung là áp dụng theo các quy định của pháp luật có liên quan đến cán bộ, công chức, viên chức khi thi hành công vụ.

3. Kết luận

Quyền giám sát của công dân trong quản lý và SDD là quy định tiên bộ, thể hiện tính ưu việt của chế độ ta, là Nhà nước của Nhân dân, do Nhân dân và vì Nhân dân. Điều này càng có ý nghĩa thiết thực đối với một quốc gia có chế độ sở hữu toàn dân về đất đai. Việc thực thi quyền giám sát chính là quyền thực thi quyền tối cao của chủ sở hữu về đất đai (toàn dân) đối với chủ thể được giao quyền đại diện chủ sở hữu về đất đai (Nhà nước). Quyền giám sát là cơ sở để thực hiện các quyền như quyền tiếp cận thông tin, quyền tham gia vào hoạt động quản lý nhà nước và thực hiện dân chủ cơ sở, dân chủ trực tiếp, dân chủ đại diện. Trong lĩnh vực quản lý và SDD, đặc biệt là khâu lập, công bố quy hoạch, kế hoạch SDD của cấp huyện, hoạt động này là cơ sở để thực hiện một loạt các hoạt động tiếp theo như: giao đất, cho thuê đất, thu hồi đất. Do vậy, nếu hoạt động này được thực hiện nghiêm túc sẽ góp phần nâng cao hiệu quả trong công tác quản lý và SDD ở Việt Nam ■

CẦM GIỮ TÀI SẢN, BẢO LƯU QUYỀN SỞ HỮU THEO BỘ LUẬT DÂN SỰ NĂM 2015

Đoàn Thị Phương Diệp*

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

Thông tin bài viết:

Từ khóa: bảo đảm nghĩa vụ, cầm giữ tài sản, bảo lưu quyền sở hữu.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài: 03/03/2017

Biên tập: 10/08/2017

Duyệt bài: 16/08/2017

Article Information:

Keywords: obligation security; property holding; reservation of the formal ownership

Article History:

Received: 03 Mar. 2017

Edited: 10 Aug. 2017

Approved: 16 Aug. 2017

Tóm tắt:

Bảo đảm thực hiện nghĩa vụ là những yêu cầu quan trọng cho sự vận hành và phát triển của đời sống xã hội. BLDS năm 2015 có khá nhiều quy định mới trong lĩnh vực bảo đảm nghĩa vụ, trong số đó, sự thay đổi nhiều nhất có lẽ đến từ việc công nhận bảo lưu quyền sở hữu chính thức là biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ và cầm giữ tài sản lần đầu tiên được ghi nhận là một biện pháp bảo đảm nghĩa vụ.

Abstract:

Performance security for the civil obligations is an important area for the operation and development of social life. The Civil Code of 2015 sets forth new provisions on the area of performance security, of which the most major one is the provision on reservation of the formal ownership as a tool of performance security and the provision on property holding for the first time recognized as a security tool for the obligation performance.

Các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ được sử dụng từ khá lâu trong đời sống thực tiễn và phát huy tác dụng rõ rệt nhất là trong lĩnh vực tín dụng ngân hàng. Có thể nói rằng, các biện pháp bảo đảm đóng vai trò mang tính sống còn trong sự vận hành của lĩnh vực này. Hiện nay, ở Việt Nam tồn tại song song hai hệ thống các quy định về giao dịch bảo đảm, hệ thống các

quy định về giao dịch bảo đảm nói chung áp dụng với tất cả các giao dịch dân sự và hệ thống các biện pháp bảo đảm áp dụng tại các tổ chức tín dụng. Trong đó, giao dịch bảo đảm giữ vai trò là nền tảng cơ bản. Từ BLDS đầu tiên của Việt Nam năm 1995 đến BLDS năm 2015, chế định này đã trải qua khá nhiều sự thay đổi (cả về tư tưởng chủ đạo trong việc xây dựng chế định cũng như

các quy định cụ thể trong lĩnh vực này)¹.

Có nhiều cách phân loại khác nhau đối với các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ, như:

- Căn cứ vào đối tượng của biện pháp bảo đảm: Bảo đảm đối nhân, bảo đảm đối vật;

- Căn cứ vào sự hình thành của biện pháp bảo đảm: Biện pháp bảo đảm hình thành trên cơ sở hợp đồng, biện pháp bảo đảm hình thành trên cơ sở các quy định của pháp luật.

So với quy định của BLDS năm 2005, BLDS năm 2015 đã có khá nhiều thay đổi liên quan đến các quy định về các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ. Tuy nhiên, ở góc độ tổng thể, có thể thấy sự thay đổi rõ ràng nhất đến từ các quy định của pháp luật liên quan đến hai biện pháp bảo đảm, đó là cầm giữ tài sản và bảo lưu quyền sở hữu.

1. Cầm giữ tài sản

1.1 Xác lập biện pháp cầm giữ

Điều 346 BLDS năm 2015 quy định “Cầm giữ tài sản là việc bên có quyền (sau đây gọi là bên cầm giữ) đang nắm giữ hợp pháp tài sản là đối tượng của hợp đồng song vụ được chiếm giữ tài sản trong trường hợp bên có nghĩa vụ không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ”.

Quy định này cho thấy, phạm vi áp dụng của biện pháp cầm giữ là khá rộng. Thứ nhất, áp dụng đối với mọi loại tài sản (đối tượng được cầm giữ), thứ hai, áp dụng đối với các loại nghĩa vụ được bảo đảm bằng biện pháp cầm giữ (áp dụng đối với tất cả các nghĩa vụ phát sinh từ tất cả các loại hợp

đồng song vụ) và thứ ba, trong quan hệ với chủ thể thứ ba, tài sản cầm giữ không cần biết là thuộc quyền sở hữu, quyền hưởng dụng của ai, miễn đang là đối tượng của một hợp đồng song vụ thì đều có thể trở thành tài sản cầm giữ. Có thể hình dung tác động của biện pháp này đối với người thứ ba thông qua ví dụ sau. A vay tiền của ngân hàng X để mua nhà của B, theo thoả thuận giữa các bên, B sẽ trao giấy tờ nhà cho ngân hàng X để dùng làm tài sản thế chấp. Nếu sau khi ký hợp đồng, vì lý do gì đó mà A không thanh toán được tiền mua, B sẽ giữ lại căn nhà, trường hợp này ngân hàng X sẽ gặp các nguy cơ về việc không có tài sản thế chấp.

Tuy nhiên, cũng cần lưu ý rằng, tài sản cầm giữ phải có mối “liên quan mật thiết” với nghĩa vụ cần được bảo đảm bằng việc cầm giữ. Có thể hình dung qua giả thiết sau, A vay của B 500 triệu đồng và chưa trả được nợ. Sau đó A lại mua một chiếc xe ô tô của B với giá 400 triệu đồng, tiền mua xe đã được thanh toán đầy đủ nhưng B lại không giao xe và yêu cầu A phải trả hết toàn bộ khoản nợ 500 triệu đồng đã vay thì mới giao xe.

Căn cứ vào quy định hiện hành của pháp luật dân sự, trong tình huống nêu trên, việc cầm giữ tài sản là không thể thực hiện được. Bởi vì, chiếc xe ô tô là đối tượng của hợp đồng song vụ, và nghĩa vụ phát sinh từ hợp đồng này (nghĩa vụ thanh toán tiền mua tài sản) đã được thực hiện xong, vì thế, việc cầm giữ là không phù hợp với quy định của pháp luật. Với giả thuyết nêu trên, có thể xác định rằng, tài sản cầm giữ và nghĩa vụ được bảo đảm cần thiết phải phát sinh trong cùng một quan hệ thì việc cầm giữ mới có giá trị. Đây là điểm mà chúng tôi cho rằng, cần đặt

1 Có thể kể đến sự thay đổi trong tư tưởng chủ đạo về sự kết hợp giữa lý thuyết về vật quyền và trái quyền trong các quy định của BLDS năm 2015 (Một số điểm mới của chế định bảo đảm thực hiện nghĩa vụ của BLDS năm 2015- Nguyễn Quang Hương Trà, Cục Đăng ký quốc gia giao dịch bảo đảm, Bộ Tư pháp (<http://dkqg.moj.gov.vn/qt/tintuc/Pages/nguyen-cuu-trao-doi.aspx?ItemID=49>) hay sự thay đổi trong cách thức thực hiện các giao dịch bảo đảm trong BLDS năm 2005 bằng việc cho phép thế chấp hay cầm cố cả động sản và bất động sản.

ra yêu cầu, hay điều kiện, hay cũng chính là giới hạn cho việc áp dụng biện pháp cầm giữ, đó chính là mối quan hệ giữa tài sản cầm giữ và nghĩa vụ được bảo đảm bằng cầm giữ. Chính xác là tài sản cầm giữ và nghĩa vụ được bảo đảm cầm giữ phải tồn tại trong cùng một quan hệ nghĩa vụ song vụ.

Ngoài ra, một vấn đề nữa đặt ra là, có phải tất cả các hợp đồng song vụ đều có thể áp dụng biện pháp cầm giữ? Về pháp lý, theo quy định tại Điều 346 BLDS năm 2015 nêu trên, điều này là đúng. Tuy nhiên, vẫn có vấn đề chưa thật sự ổn với cách thức quy định này. Hãy hình dung với hợp đồng dịch vụ: “Hợp đồng dịch vụ là sự thỏa thuận giữa các bên, theo đó bên cung ứng dịch vụ thực hiện công việc cho bên sử dụng dịch vụ, bên sử dụng dịch vụ phải trả tiền dịch vụ cho bên cung ứng dịch vụ” (Điều 513 BLDS năm 2015). Có thể thấy với hợp đồng song vụ này, bên có quyền không có gì để cầm giữ cả. Vậy có cần thiết phải giới hạn những loại hợp đồng song vụ nào có thể áp dụng biện pháp cầm giữ?

1.2 Về hiệu lực của biện pháp cầm giữ

Cầm giữ làm phát sinh hiệu lực đối kháng với bên thứ ba không phải bằng việc đăng ký giao dịch bảo đảm mà bằng việc nắm giữ tài sản. Điều này có nghĩa là bằng các quy định của BLDS năm 2015, nhà làm luật đã trao cho bên có quyền một quyền quan trọng là nắm giữ tài sản để yêu cầu được thực hiện quyền của mình.

Việc cầm giữ tài sản tạo ra cho bên có quyền một số quyền đi kèm với các nghĩa vụ nhất định. Ví dụ như các quyền yêu cầu bên có nghĩa vụ phải thực hiện đầy đủ nghĩa vụ phát sinh từ hợp đồng song vụ, yêu cầu bên có nghĩa vụ phải thanh toán chi phí cần thiết

cho việc bảo quản, giữ gìn tài sản cầm giữ... Tuy nhiên, bên cầm giữ không có quyền yêu cầu xử lý tài sản cầm giữ để thực hiện quyền của mình. Đây chính là điểm làm nên sự khác biệt của cầm giữ so với các biện pháp bảo đảm khác. Bên cầm giữ chỉ có quyền nắm giữ tài sản (không giao tài sản), cũng cần nhấn mạnh lần nữa rằng, đó là cầm giữ về mặt vật chất đối với tài sản. Điều này cũng có nghĩa rằng, tính chất bảo đảm còn tồn tại chừng nào tài sản còn nằm trong tay của bên cầm giữ.

Mặt khác, việc cầm giữ tạo ra khá nhiều các nghĩa vụ đối với bên cầm giữ. Có thể liệt kê một số nghĩa vụ quan trọng như: giữ gìn, bảo quản tài sản cầm giữ; không được thay đổi tình trạng của tài sản cầm giữ; không được chuyển giao, sử dụng tài sản cầm giữ nếu không có sự đồng ý của bên có nghĩa vụ...

Với những nghĩa vụ nêu trên, bên có quyền sẽ phải thận trọng trong việc quyết định cầm giữ tài sản, đặc biệt là đối với những tài sản dễ hư hỏng, biến chất (như hàng đông lạnh, nông sản...).

Việc cầm giữ chấm dứt trong những trường hợp được liệt kê tại Điều 350 BLDS năm 2015, nếu tài sản không còn trong tay bên cầm giữ thì biện pháp cầm giữ chấm dứt.

2. Bảo lưu quyền sở hữu

Bảo lưu quyền sở hữu không phải là một vấn đề mới trong BLDS năm 2015. Nội dung pháp lý này đã được quy định trong BLDS năm 2005 nhưng với tư cách là một điều khoản trong hợp đồng mua bán tài sản². Tuy nhiên, với tính chất “bảo đảm” nên biện pháp này gần như rất ít được biết đến trong thực tiễn. Vì vậy, việc sử dụng điều khoản này để dự phòng cho việc không thực hiện

2 Xem: Đoàn Thị Phương Diệp, “Bản chất pháp lý của hợp đồng mua bán tài sản với các thỏa thuận đặc biệt”, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, số 02+03 (258+259), tháng 2/2014, tr. 69-73.

nghĩa vụ của bên có nghĩa vụ khá hạn chế trên thực tế.

BLDS năm 2015 quy định bảo lưu quyền sở hữu là một trong số 9 biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ quy định tại Điều 292 và được mô tả cụ thể tại khoản 1 Điều 331 BLDS năm 2015: “Trong hợp đồng mua bán, quyền sở hữu tài sản có thể được bên bán bảo lưu cho đến khi nghĩa vụ thanh toán được thực hiện đầy đủ”.

2.1 Về xác lập bảo lưu quyền sở hữu

Phạm vi áp dụng biện pháp bảo lưu quyền sở hữu

Khoản 1 Điều 331 BLDS năm 2015 quy định “Trong hợp đồng mua bán, quyền sở hữu tài sản có thể được bên bán bảo lưu cho đến khi nghĩa vụ thanh toán được thực hiện đầy đủ”.

Quy định này gián tiếp cho thấy, biện pháp bảo lưu quyền sở hữu này chỉ có thể áp dụng đi kèm với hợp đồng mua bán tài sản. Trong khi đó, nếu chỉ xét về bản chất của tên gọi “bảo lưu quyền sở hữu”, có thể hình dung biện pháp này có thể áp dụng đi kèm với các giao dịch liên quan đến chuyển quyền sở hữu tài sản. Điều này có nghĩa là, đối với tất cả các giao dịch có liên quan đến việc chuyển quyền sở hữu tài sản thì các chủ thể đều có thể thực hiện quyền “bảo lưu quyền sở hữu” của mình. Tuy nhiên, nếu chỉ nhìn nhận ở góc độ này thì chưa đủ, bảo lưu quyền sở hữu được áp dụng có tính chất của một biện pháp bảo đảm, tức là cùng với dấu hiệu nhận biết là áp dụng với các giao dịch mà trong đó có động tác chuyển quyền sở hữu tài sản còn cần thêm dấu hiệu là các giao dịch này phải làm phát sinh nghĩa vụ của bên được chuyển giao quyền sở hữu. Tức là nó được hình thành trên cơ sở các hợp đồng song vụ. Với các phân tích trên, hợp đồng mua bán chỉ là loại điển hình của hợp đồng song vụ có chuyển giao quyền sở hữu tài sản. Bên cạnh đó, hợp đồng trao đổi tài

sản theo quy định tại Điều 455 BLDS năm 2015 cũng có những tính chất như đã phân tích trên đây. Nếu áp dụng đúng quy định tại Điều 331 BLDS năm 2015, bảo lưu quyền sở hữu không được phép áp dụng đối với hợp đồng trao đổi tài sản. Tuy nhiên, khoản 4 Điều 455 BLDS năm 2015 quy định: “Mỗi bên đều được coi là người bán đối với tài sản giao cho bên kia và là người mua đối với tài sản nhận về. Các quy định về hợp đồng mua bán từ Điều 430 đến Điều 439, từ Điều 441 đến Điều 449 và Điều 454 của Bộ luật này cũng được áp dụng đối với hợp đồng trao đổi tài sản”.

Như vậy, theo các quy định nêu trên, bảo lưu quyền sở hữu tài sản được áp dụng cả đối với hợp đồng trao đổi tài sản.

Hình thức của xác lập

Khoản 2 Điều 331 BLDS năm 2015 quy định: “Bảo lưu quyền sở hữu phải được lập thành văn bản riêng hoặc được ghi trong hợp đồng mua bán”. Như vậy, đây là một trong số ít các trường hợp mà pháp luật quy định hình thức phải bằng văn bản đối với giao dịch.

Việc yêu cầu xác lập bằng văn bản đối với biện pháp bảo lưu quyền sở hữu là một yêu cầu hợp lý. Bởi lẽ, cần có bằng chứng xác thực cho một hành vi đặc biệt của bên có nghĩa vụ chuyển giao quyền sở hữu tài sản trong việc không thực hiện nghĩa vụ này. Trên thực tiễn, yêu cầu này sẽ dẫn đến những trường hợp sau: *Thứ nhất*, hoàn toàn không có vấn đề gì nếu theo quy định của pháp luật hợp đồng mua bán hay hợp đồng trao đổi tài sản phải lập thành văn bản, khi đó điều khoản bảo lưu quyền sở hữu được ghi vào văn bản - hợp đồng mua bán. *Thứ hai*, trong trường hợp hợp đồng mua bán không buộc phải xác lập bằng văn bản, khi đó các bên sẽ có hai lựa chọn: *Một là*, xác lập hợp đồng mua bán bằng văn bản (mặc dù luật không yêu cầu) và tương ứng với hợp đồng này là

điều khoản hay hợp đồng bảo lưu quyền sở hữu; hai là, chấp nhận tình trạng hợp đồng mua bán lập bằng miệng nhưng hợp đồng (hay điều khoản) bảo lưu quyền sở hữu lại xác lập bằng văn bản.

Về thời điểm xác lập bảo lưu quyền sở hữu tài sản

Biện pháp bảo lưu quyền sở hữu phải được xác lập trước thời điểm thực hiện việc chuyển giao quyền sở hữu tài sản. Về logic, biện pháp bảo lưu quyền sở hữu tài sản phải xác lập đồng thời (vì ghi cùng) với hợp đồng mua bán tài sản. Tuy nhiên, chúng tôi cho rằng, để phù hợp với thực tiễn hiện nay, thời điểm xác lập biện pháp bảo lưu quyền sở hữu, một cách hợp lý, chỉ cần trước thời điểm chuyển giao quyền sở hữu là được.

2.2 Hiệu lực của biện pháp bảo lưu quyền sở hữu

Vấn đề hiệu lực của biện pháp bảo đảm này được xem xét ở góc độ hiệu lực đối kháng hay quyền và nghĩa vụ của các bên tham gia quan hệ.

Về hiệu lực đối kháng

Khoản 3 Điều 331 BLDS năm 2015 quy định “Bảo lưu quyền sở hữu phát sinh hiệu lực đối kháng với người thứ ba kể từ thời điểm đăng ký”.

Như vậy, việc đăng ký bảo lưu quyền sở hữu không được xem như một quy định bắt buộc về hình thức để thoả thuận này có hiệu lực. Nó chỉ là cơ sở để làm phát sinh giá trị đối kháng của biện pháp bảo lưu quyền sở hữu với người thứ ba. Điều này có nghĩa là nếu không được đăng ký, biện pháp bảo đảm này chỉ có giá trị trong quan hệ giữa các bên tham gia giao dịch.

Bên cạnh đó, BLDS năm 2015 chưa xác định rõ giá trị của hiệu lực đối kháng trong trường hợp bên mua tài sản bán lại tài sản này cho người khác. Theo chúng tôi,

giải pháp cần công nhận là người mua tài sản phải chấp nhận quyền của bên bán (đang vẫn là chủ sở hữu đối với tài sản).

Quyền và nghĩa vụ của các bên trong bảo lưu quyền sở hữu

Bảo lưu quyền sở hữu có thể xem như một quan hệ đơn vụ, theo đó chỉ có bên mua tài sản là có nghĩa vụ, đó là nghĩa vụ phải thanh toán tiền mua tài sản; bên bán chỉ có quyền, quyền yêu cầu thanh toán và quyền lấy lại tài sản.

Về quyền lấy lại tài sản của bên bán

Điều 332 BLDS năm 2015 quy định “Trường hợp bên mua không hoàn thành nghĩa vụ thanh toán cho bên bán theo thoả thuận thì bên bán có quyền đòi lại tài sản. Bên bán hoàn trả cho bên mua số tiền bên mua đã thanh toán sau khi trừ giá trị hao mòn tài sản do sử dụng. Trường hợp bên mua làm mất, hư hỏng tài sản thì bên bán có quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại”.

Trên thực tế, việc áp dụng điều khoản bảo lưu quyền sở hữu trong thời gian qua hay bị nhầm lẫn với một kỹ thuật khác có cơ chế gần tương tự. Việc bảo lưu quyền sở hữu thường đi kèm với việc trả chậm (hay thanh toán nhiều lần trong thời gian kéo dài), nhưng không phải tất cả các trường hợp trả nhiều lần (trả góp) đều là bảo lưu quyền sở hữu. Có thể hình dung qua ví dụ đơn giản, A mua căn hộ chung cư của nhà đầu tư B, vì không có tiền thanh toán một lần, với hỗ trợ của nhà đầu tư, A được vay tiền với lãi suất ưu đãi của ngân hàng C với thoả thuận là căn hộ sẽ được thế chấp cho ngân hàng C và A sẽ thanh toán tiền vay bằng hình thức trả chậm. Với tình huống này, chúng ta có trong thực tế việc “trả chậm” nhưng không có việc bảo lưu quyền sở hữu mà là một hợp đồng “mua đứt, bán đoạn”. Do đó, nếu vì lý do gì đó A không thể tiếp tục thực hiện nghĩa vụ trả nợ cho ngân hàng C thì C chỉ có thể tiến

hành các thủ tục đòi nợ hoặc yêu cầu xử lý tài sản thế chấp là căn hộ mà A đã mua chứ không có quyền lấy lại tài sản như quy định tại Điều 332 BLDS năm 2015 nêu trên.

Vậy, quyền lấy lại tài sản theo quy định được hiểu như thế nào? Với điều khoản bảo lưu quyền sở hữu thì bên có quyền vẫn luôn là chủ sở hữu tài sản. Trong trường hợp này, bản thân quyền sở hữu tài sản là đối tượng của giao dịch bảo đảm để bảo đảm cho nghĩa vụ thanh toán của bên mua. Vì vậy, nếu người mua hoàn tất nghĩa vụ thanh toán, quyền sở hữu được chuyển giao, ngược lại, nếu vi phạm nghĩa vụ thanh toán, với tư cách là chủ sở hữu, bên bán được lấy lại tài sản. Tính chất bảo đảm cao hơn rất nhiều lần so với các biện pháp bảo đảm thông thường (như cầm cố, thế chấp). Ngoài ra, Điều 332 còn quy định “Trường hợp bên mua làm mất,

hư hỏng tài sản thì bên bán có quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại” có thể sẽ gây ra những tranh cãi trên trên thực tế. Bởi lẽ, có thể xảy ra hai trường hợp sau: *thứ nhất*, khi bên mua vẫn đang tiếp tục thực hiện nghĩa vụ thanh toán, tài sản bị mất đột ngột. Nếu vẫn tiếp tục thanh toán cho đến hết thì bên bán sẽ chuyển giao quyền sở hữu tài sản sang cho bên mua? Tài sản không còn, việc chuyển giao quyền sở hữu liệu có còn ý nghĩa?; *thứ hai*, nếu đang thực hiện nghĩa vụ thanh toán, tài sản bị mất, bên mua ngưng thanh toán, bên bán đòi tài sản thì phát hiện ra tài sản bị mất. Tại đây, quyền yêu cầu bồi thường sẽ phát sinh. Quy định này của Điều 332, một cách gián tiếp, đẩy rủi ro cho bên mua tài sản kể từ thời điểm được giao tài sản. Trong khi đó, bên bán với tư cách chủ sở hữu tài sản sẽ không gánh chịu rủi ro ■

GIÁM SÁT, KIỂM TRA ...

(Tiếp theo trang 7)

hiệu biểu hiện thì lộ rõ mòn một (nhà cửa tòa ngang, dây dọc; vườn, đất nhiều nơi; tiện nghi xa hoa, cuộc sống đế vương...). Trong khi Nhà nước giao nhiệm vụ phải kiên quyết đấu tranh phòng, chống tham nhũng, quan liêu, hành vi vi phạm pháp luật thì bản thân người đứng đầu lại rơi vào các tệ nạn rất tệ hại đó; vì thế không thể không tăng cường kiểm tra, giám sát đến tận cùng. Tất nhiên làm cho “ra môn, ra khoai” là cực kỳ khó. Bởi vậy, cơ quan kiểm tra, giám sát phải thiết kế những phương pháp đặc biệt, thích ứng thì mới có thể từng bước giải quyết được tình hình. Trong đó có việc phải huy động và kết hợp với các cơ quan thanh tra, điều tra và tư pháp cùng vào cuộc...

Không phải tự nhiên mà Nghị quyết Trung ương 4 khóa XII đã vạch ra, chỉ rõ đến hơn chục lần các nội dung liên quan đến “người đứng đầu” (với các cụm từ: người đứng đầu; người đứng đầu với tập thể lãnh đạo; người đứng đầu các cấp; người đứng đầu các cấp là nòng cốt; người đứng đầu cấp ủy, chính quyền các cấp...). Vì họ vừa là những “nhân vật” quan trọng, vừa là những “đối tượng” phải được kiểm tra, giám sát. Bởi vì nếu không chỉ ra cụ thể, rõ ràng như thế, ở đâu cũng “thực hiện đúng quy trình, cấp ủy đã cho ý kiến, các tổ chức đoàn thể thanh niên, nông dân, phụ nữ đã tham góp đầy đủ cả rồi; tập thể chúng tôi làm rất ráo riết, rất nghiêm túc” thì chẳng bao giờ đem lại kết quả gì đích thực, hữu ích ■

QUAN NIỆM VỀ

TUỔI CHỊU TRÁCH NHIỆM HÌNH SỰ CỦA TRẺ EM

Hà Lệ Thủy*

Nguyễn Thị Lan Anh*

* ThS, Khoa Luật hình sự - Trường Đại học Luật Huế.

** Khoa Luật hình sự - Trường Đại học Luật Huế

Thông tin bài viết:

Từ khóa: trách nhiệm hình sự, độ tuổi chịu trách nhiệm hình sự, pháp luật hình sự nước ngoài, người chưa thành niên, trẻ em.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài: 20/08/2017

Biên tập: 24/08/2017

Duyệt bài: 27/08/2017

Article Infomation:

Keywords: Penal liability, age of criminal liability, foreign criminal law, juvenile, children.

Article History:

Received: 20 Aug. 2017

Edited: 24 Aug. 2017

Approved: 27 Aug. 2017

Tóm tắt:

Bài viết phân tích quy định về độ tuổi chịu trách nhiệm hình sự của trẻ em trong pháp luật hình sự các nước, từ đó so sánh dưới góc độ lập pháp với các quy định của pháp luật hình sự Việt Nam hiện hành.

Abstract:

This article provides analysis of the provisions on the age of the children's criminal liability in the criminal law of a number of countries, and also comparison from the legislative point of view with the provisions of the current Vietnamese criminal law.

1. Định nghĩa trẻ em, tuổi chịu trách nhiệm hình sự của trẻ em

Cho đến nay, khi đề cập đến khái niệm trẻ em vẫn có nhiều ý kiến và cách gọi khác nhau, như *người chưa thành niên, trẻ vị thành niên, trẻ em*. Trong các văn bản pháp lý quốc tế và các chương trình của Liên hiệp quốc (LHQ), tổ chức này sử dụng đồng

thời cả hai định nghĩa trẻ em và người chưa thành niên. Điều 1 Công ước quốc tế về Quyền trẻ em quy định: “Trẻ em có nghĩa là người dưới 18 tuổi, trừ trường hợp luật pháp áp dụng với trẻ em đó quy định tuổi thành niên sớm hơn”. Quy tắc Bắc Kinh được Đại hội đồng LHQ thông qua ngày 29/11/1985 lại nêu: “Người chưa thành niên là trẻ em

hay người ít tuổi tùy theo từng hệ thống pháp luật có thể bị xét xử vì phạm pháp theo một hình thức khác với việc xét xử người lớn”. Quy tắc tối thiểu của LHQ về Bảo vệ người chưa thành niên bị tước quyền tự do thông qua ngày 14/12/1990 cũng quy định: “Người chưa thành niên là người dưới 18 tuổi. Giới hạn tuổi dưới mức này cần phải được pháp luật xác định và không được tước quyền tự do của người chưa thành niên”. Như vậy, có thể thấy rằng, khi đưa ra định nghĩa về trẻ em hay người chưa thành niên, pháp luật quốc tế không dựa vào đặc điểm tâm - sinh lý hay sự phát triển thể chất, tinh thần... mà trực tiếp hoặc gián tiếp thông qua việc xác định độ tuổi. Theo đó, trẻ em và người chưa thành niên đều giới hạn là dưới 18 tuổi, đồng thời pháp luật quốc tế mở cho các quốc gia khả năng, tùy điều kiện kinh tế - xã hội, văn hoá, truyền thống của mình, có thể quy định độ tuổi đó sớm hơn.

Ở Việt Nam, quy định về độ tuổi của trẻ em thấp hơn so với Công ước. Điều 1 Luật Bảo vệ, chăm sóc và giáo dục trẻ em năm 2004 quy định: “Trẻ em quy định trong Luật này là công dân Việt Nam dưới mười sáu tuổi”. Luật Trẻ em năm 2016 thay thế cho Luật Bảo vệ, chăm sóc và giáo dục trẻ em năm 2004 cũng quy định: “Trẻ em là người dưới 16 tuổi” (Điều 1). So sánh quy định của hai văn bản luật này cho thấy, độ tuổi của trẻ em là không thay đổi. Mặc dù, trong quá trình soạn thảo Luật Trẻ em năm 2016, đã có nhiều ý kiến cho rằng nên quy định nâng cao độ tuổi của trẻ em lên cho phù hợp với quy định của Công ước LHQ về Quyền trẻ em mà Việt Nam đã ký kết và tham gia.

Pháp luật hình sự của mỗi nước quy định về độ tuổi chịu trách nhiệm hình sự

(TNHS) của trẻ em theo những tiêu chí riêng. Tuy nhiên một điều rõ ràng là tuổi chịu TNHS của trẻ em không nằm ngoài phạm vi tuổi chịu TNHS. Tuổi chịu TNHS là độ tuổi được luật hình sự quy định nhằm xác định khi một người phát triển đến độ tuổi đó mới có thể phải chịu TNHS hoặc loại trách nhiệm, mức hình phạt về hành vi phạm tội do mình gây ra. Khi bàn về khái niệm tuổi chịu TNHS, trong các văn bản pháp luật, những thuật ngữ liên quan đến tuổi chịu TNHS được sử dụng khá phổ biến nhưng không được định nghĩa hoặc không có sự thống nhất trong cách gọi và cách hiểu. Trong nhiều tài liệu, tuổi chịu TNHS có thể được hiểu như tuổi tối thiểu của TNHS. Tuy nhiên, việc sử dụng thuật ngữ tuổi tối thiểu của TNHS đôi khi dẫn đến việc cần phải phân biệt được các giới hạn tuổi khác nhau. Chẳng hạn, ở những quốc gia tồn tại hai giới hạn độ tuổi tối thiểu chịu TNHS, độ tuổi tối thiểu trên và độ tuổi tối thiểu dưới thì tuổi tối thiểu của TNHS phải được xác định theo hai mức. Theo đó, người đạt được độ tuổi tối thiểu dưới nhưng chưa đạt độ tuổi tối thiểu trên nếu thực hiện hành vi nguy hiểm cho xã hội bị coi là tội phạm thì phải chịu TNHS về một số tội phạm cụ thể hoặc trong một số trường hợp cụ thể. Người đạt độ tuổi tối thiểu trên phải chịu TNHS trong mọi trường hợp.

Tuổi tối thiểu của TNHS là độ tuổi thấp nhất mà một người có thể phải chịu TNHS khi họ có hành vi phạm tội. Những người dưới độ tuổi này được coi là không có năng lực TNHS và không bị xử lý theo thủ tục tư pháp hình sự trong bất kỳ hoàn cảnh nào¹. Tuổi tối thiểu của TNHS đầy đủ là độ tuổi thấp nhất mà người vi phạm pháp luật hình sự bị xử lý theo hệ thống hình phạt và

1 Xem: <http://rightnow.org.au/topics/children-and-youth/the-age-of-innocence-raising-the-age-of-criminal-responsibility/>

thủ tục tố tụng dành cho người đã trưởng thành. Những người ở độ tuổi này hoặc lớn hơn không được xem xét giảm nhẹ hình phạt hay xét xử theo thủ tục đặc biệt dành cho những người được coi là chưa trưởng thành².

Ngoài ra, thuật ngữ tuổi chịu TNHS hay độ tuổi chịu TNHS, độ tuổi tối thiểu chịu TNHS đôi khi được sử dụng như những từ đồng nghĩa. Thậm chí trong một số tài liệu còn sử dụng thuật ngữ ngưỡng của TNHS³.

Bằng việc xác định độ tuổi tối thiểu chịu TNHS trong luật hình sự, các nước đã mặc nhiên thừa nhận độ tuổi chịu TNHS của trẻ em. Qua đó có thể hiểu, tuổi chịu TNHS của trẻ em là độ tuổi mà trẻ em được coi là đủ tuổi để thực hiện hành vi phạm tội và phải chịu TNHS về hành vi của mình.

Công quốc quốc tế về Quyền trẻ em yêu cầu mỗi quốc gia thành viên phải quy định một độ tuổi tối thiểu mà trẻ em dưới độ tuổi đó được coi là không có khả năng vi phạm pháp luật hình sự⁴. Điều này có nghĩa là mỗi quốc gia phải quy định độ tuổi tối thiểu chịu TNHS. Điều 4 Quy tắc Bắc Kinh cũng nhấn mạnh điểm bắt đầu của giới hạn tuổi chịu TNHS không được quy định ở mức quá thấp, phải chú ý tới tâm lý và nhận thức của người chưa thành niên. Nghĩa là việc xác định tuổi chịu TNHS phải đủ cao để đảm bảo trẻ em đã nhận thức được tính chất nguy hiểm trong hành vi phạm tội thì mới có thể phải chịu TNHS. Nếu quy định độ tuổi tối thiểu chịu TNHS quá thấp thì ý nghĩa của việc quy định không còn và không đảm bảo được quyền của người chưa thành niên. Cũng theo Công ước quốc tế về Quyền

trẻ em, độ tuổi tối thiểu chịu TNHS thấp hơn 12 tuổi sẽ bị coi là không phù hợp với chuẩn mực pháp lý quốc tế. Độ tuổi tối thiểu được khuyến nghị trong Công ước là 14 tuổi.

Độ tuổi chịu TNHS của trẻ em được xây dựng dựa trên sự phát triển về mặt thể chất và tinh thần của con người; trình độ phát triển về nhận thức xã hội; điều kiện kinh tế - xã hội của từng quốc gia trong từng thời kỳ. Tham khảo độ tuổi tối thiểu của trẻ em phải chịu TNHS trong pháp luật hình sự của các nước cho thấy, có sự khác nhau rõ rệt về cách quy định mức tối thiểu về độ tuổi chịu TNHS của trẻ em cũng như sự phân chia nhóm tuổi chịu TNHS. Sự khác biệt trong pháp luật của các quốc gia cũng phản ánh sự thiếu đồng thuận trong cộng đồng quốc tế về độ tuổi chịu TNHS.

2. Quy định về tuổi chịu trách nhiệm hình sự của trẻ em trong pháp luật hình sự một số quốc gia

- Pháp luật hình sự của các nước Asean:

Pháp luật Malayxia quy định về độ tuổi chịu TNHS như sau: Theo Điều 82 BLHS, trẻ em chưa đủ 10 tuổi thì không có năng lực TNHS, đối với trẻ em từ đủ 10 tuổi đến chưa đủ 12 tuổi thực hiện hành vi bị coi là tội phạm nhưng người này không đủ khả năng để đánh giá tính chất và hậu quả của hành vi mình thực hiện thì người này cũng được coi là không có năng lực TNHS. Như vậy, tuổi đủ năng lực TNHS theo pháp luật hình sự Malayxia là từ đủ 12 tuổi đối với mọi tội phạm hoặc từ đủ 10 tuổi trở lên đối với một số tội phạm nhất định⁵.

2 Xem: Phạm Thị Thanh Nga, Thực thi công ước quyền trẻ em ở Việt Nam: Tuổi chịu TNHS và chế tài đối với người chưa thành niên phạm tội, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, số 18/2014, tr.14-25

3 Xem A quel âge est-on criminel? <https://www.unicef.org/french/pon97/pon056a.htm>

4 Xem Điều 40/3/a của Công ước quốc tế về Quyền trẻ em

5 Xem Phạm Văn Lợi (chủ biên), Nghiên cứu, so sánh pháp luật hình sự của một số nước Asean, NXB. Tư pháp, Hà Nội, 2010.

Pháp luật Thái Lan quy định: Người chưa qua 7 tuổi thì không phải chịu TNHS (Điều 73). Ngoài ra, người đủ 7 tuổi nhưng chưa đủ 14 tuổi khi phạm tội thì tòa án không áp dụng hình phạt mà sẽ áp dụng chế độ giao người này cho người hoặc tổ chức có trách nhiệm thực hiện việc giáo dưỡng, chăm sóc đặc biệt (Điều 74)⁶.

Pháp luật hình sự Philippines không trực tiếp quy định về độ tuổi chịu TNHS. Tuy nhiên, Điều 12 BLHS Philippines quy định về các trường hợp được miễn trừ TNHS đối với người thực hiện hành vi gây thiệt hại cho xã hội như sau: “Người dưới 9 tuổi; người từ đủ 9 tuổi nhưng chưa đủ 15 tuổi trừ khi người này thực hiện hành vi mà biết rõ về hành vi đó. Trường hợp này, người này sẽ bị xử lý theo các quy định trong điều 80 của Bộ luật này.

Khi người chưa thành niên này được tuyên là không phải chịu TNHS, tòa án phải giao người đó cho gia đình giáo dục và chăm sóc để gia đình thực hiện việc giám sát và giáo dục người này. Trường hợp nếu không thể giao cho gia đình giáo dục và chăm sóc thì người này sẽ bị thực hiện theo các quy định tại Điều 80 Bộ luật này”⁷.

Như vậy, theo quy định của pháp luật hình sự Philippines, người dưới 9 tuổi được coi là không có năng lực TNHS, người từ 9 tuổi trở lên đến dưới 15 tuổi phải chịu TNHS trong một số trường hợp.

Quy định về độ tuổi chịu TNHS của 5 quốc gia Asean trên đây cho thấy, độ tuổi chịu TNHS của trẻ em trong pháp luật của

các quốc gia này khá thấp. Độ tuổi tối thiểu phải chịu TNHS của Singapore là từ 7 tuổi trở lên, của Malaysia là từ 10 tuổi trở lên, của Philippines là từ 9 tuổi trở lên, của Thái Lan là từ 7 tuổi trở lên. Pháp luật hình sự Indonexia mặc dù không quy định rõ độ tuổi chịu TNHS nhưng có quy định người dưới 15 tuổi mà phạm tội thì cách xử lý sẽ khác với người từ đủ 15 tuổi trở lên phạm tội⁸.

- Điều 17 BLHS Trung Quốc quy định về độ tuổi chịu TNHS như sau: “Người đủ 16 tuổi phạm tội phải chịu TNHS. Người đủ 14 tuổi nhưng chưa đủ 16 tuổi phải chịu TNHS về tội giết người hoặc cố ý gây thương tích dẫn đến thương tích nặng hoặc chết người, hiếp dâm, cướp giật, mua bán chất ma túy, đốt nhà, đặt bom, đầu độc. Người đủ 14 tuổi chưa đủ 18 tuổi được hưởng hình phạt giảm nhẹ hoặc giảm khung hình phạt”. Như vậy, ở Trung Quốc, tuổi chịu TNHS của trẻ em đồng thời là độ tuổi tối thiểu chịu TNHS là từ 14 tuổi. Bên cạnh đó, pháp luật hình sự cũng quy định đối với người dưới 18 tuổi chỉ phải chịu TNHS về một số tội phạm, người từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi tuy phải chịu TNHS về mọi tội phạm nhưng được hưởng hình phạt nhẹ hơn hoặc khung hình phạt nhẹ hơn⁹.

- BLHS Đức không quy định về độ tuổi chịu TNHS mà chỉ quy định độ tuổi không có năng lực TNHS hay còn gọi là không có năng lực lỗi. Tuy nhiên, theo quy định của Điều 19 BLHS, “Người không có năng lực lỗi là người mà khi thực hiện hành vi chưa đủ 14 tuổi”¹⁰. Như vậy, độ tuổi chịu

6 Xem Phạm Văn Lợi (chủ biên), Nghiên cứu, so sánh pháp luật hình sự của một số nước Asean, Sdd.

7 Xem Phạm Văn Lợi (chủ biên), Nghiên cứu, so sánh pháp luật hình sự của một số nước Asean, Sdd.

8 Xem Phạm Văn Lợi (chủ biên), Nghiên cứu, so sánh pháp luật hình sự của một số nước Asean, Sdd.

9 Xem Luật hình sự sửa đổi của nước Cộng hòa nhân dân Trung Hoa, nguồn http://news.xinhuanet.com/le-gal/2015-08/30/c_1116414724.htm

10 Xem Trường Đại học Luật Hà Nội (2011), Bộ luật hình sự Cộng hòa liên bang Đức, bản dịch, NXB Công an nhân dân, Hà Nội.

TNHS của trẻ em theo BLHS Đức được hiểu là từ 14 tuổi trở lên đến dưới 18 tuổi.

- BLHS Liên bang Nga quy định về độ tuổi chịu TNHS như sau: “1. Người đủ 16 tuổi vào thời điểm phạm tội phải chịu TNHS. 2. Người đủ 14 tuổi vào thời điểm phạm tội phải chịu TNHS về các tội:...”¹¹.

- BLHS Canada quy định tại mục 13 của Phần I - Quy định chung như sau: “Không người nào bị kết án về một tội liên quan đến hành động hoặc không hành động từ phía mình khi người đó chưa đủ 12 tuổi”¹². Với quy định này, độ tuổi chịu TNHS của trẻ em ở Canada là từ 12 tuổi trở lên.

- BLHS Thụy Sĩ lại phân loại độ tuổi chịu TNHS của trẻ em, thanh thiếu niên và người lớn trẻ tuổi theo 3 nhóm tuổi: từ 7 tuổi đến dưới 15 tuổi, từ 15 tuổi đến dưới 18 tuổi và từ 18 tuổi đến dưới 21 tuổi. Trong đó, ngưỡng 7 tuổi tương ứng với ngưỡng tuổi nhập học, ngưỡng 15 tuổi là độ tuổi tối thiểu cần thiết có việc làm, dưới 7 tuổi được coi không có năng lực TNHS¹³.

Qua nghiên cứu luật hình sự các nước trên, có thể rút ra nhận xét sau:

Thứ nhất, hầu hết các nước đều quy định độ tuổi chịu TNHS của trẻ em; đồng thời độ tuổi chịu TNHS của trẻ em cũng chính là độ tuổi tối thiểu phải chịu TNHS.

Thứ hai, các nước đều lựa chọn một độ tuổi thích hợp để áp dụng tùy thuộc vào hoàn cảnh, tính chất, vị trí địa lý, đặc điểm, tình hình kinh tế, chính trị, xã hội, phong tục, tập quán, văn hóa mà đưa ra các tiêu chuẩn khác nhau.

Thứ ba, có sự khác nhau về cách quy định độ tuổi chịu TNHS của trẻ em cũng như sự phân chia nhóm tuổi chịu TNHS trong luật hình sự của mỗi nước. Tuy nhiên, đa số các nước đều lựa chọn độ tuổi chịu TNHS của trẻ em trong khuôn khổ mà LHQ cho phép (không cao hơn 18 tuổi).

Thứ tư, đồng thời với việc quy định độ tuổi tối thiểu phải chịu TNHS, pháp luật các nước cũng quy định trẻ em chỉ phải chịu TNHS về một số tội phạm cụ thể hoặc chịu mức hình phạt, khung hình phạt giảm nhẹ hơn so với người thành niên phạm tội.

3. Quy định của Bộ luật Hình sự Việt Nam năm 2015 về tuổi chịu trách nhiệm hình sự của trẻ em

Trước khi BLHS năm 2015 chính thức có hiệu lực pháp luật, có nhiều quan điểm khác nhau khi đề cập đến độ tuổi chịu TNHS. Nhóm quan điểm thứ nhất cho rằng, cần quy định độ tuổi chịu TNHS sớm hơn¹⁴. Quan điểm này cho rằng, việc quy định tuổi chịu TNHS sớm hơn không vi phạm pháp luật quốc tế cũng như không làm giảm đi tính chất nhân đạo của pháp luật hình sự Việt Nam. Do điều kiện sống của trẻ em ngày càng tốt hơn, sự phát triển về thể chất, năng lực nhận thức, năng lực hành vi của trẻ em vượt bậc hơn so với các thế hệ trước đây. Trẻ em được tham gia các quan hệ xã hội từ rất sớm, có cơ hội tiếp cận các dịch vụ công nghệ nên ngày càng có kinh nghiệm sống, phán xét, xử lý tình huống nhanh nhạy hơn. Cũng chính vì vậy các hành vi phạm tội do trẻ em gây ra ngày càng nghiêm trọng hơn. Đặc biệt là sự trẻ hóa về độ tuổi phạm tội của trẻ em trong thời gian qua đã giống lên

11 Xem Trường Đại học Luật Hà Nội (2011), Bộ luật hình sự Liên bang Nga, bản dịch, NXB Công an nhân dân, Hà Nội.

12 Xem Trường Đại học Luật Hà Nội (2011), Bộ luật hình sự Canada, bản dịch, NXB Công an nhân dân, Hà Nội.

13 La responsabilité pénale des mineurs, nguồn https://www.senat.fr/lc/lc52/lc52_mono.html

14 Vũ Hải Việt, Hà Minh Thảo, Nên quy định tuổi chịu trách nhiệm hình sự sớm hơn, Tạp chí Luật sư Việt Nam, số 11/2015, tr 14

hồi chuông báo động, cảnh báo tình trạng trẻ vị thành niên phạm tội ở nước ta. Do đó, cần quy định độ tuổi chịu TNHS là từ đủ 12 tuổi.

Quan điểm khác cho rằng, vẫn giữ nguyên độ tuổi chịu TNHS của trẻ em như quy định hiện nay¹⁵. Quy định về độ tuổi chịu TNHS tại nước ta đã hợp lý và không nên giảm độ tuổi chịu TNHS. Trẻ em phạm tội thường là những người có hoàn cảnh khó khăn, có tuổi thơ phức tạp, giáo dục không đầy đủ dẫn đến nhận thức lệch lạc. Vì vậy, thay vì dán nhãn tội phạm cho những đứa trẻ, gia đình và xã hội trước hết cần phải giải quyết từ “cái gốc”, tức là từ những nguyên nhân gây nên những hành vi phạm tội ở người vị thành niên, để từ đó công tác phòng chống tội phạm được hiệu quả, đồng thời góp phần ngăn chặn tình trạng tái phạm của người phạm tội vị thành niên.

Đồng nhất với quan điểm trên, khi bàn về tuổi tối thiểu chịu TNHS có quan điểm đã cho rằng quy định tuổi chịu TNHS không chỉ đơn thuần căn cứ vào năng lực nhận thức của con người mà còn phải căn cứ vào chính sách của Nhà nước trong việc bảo vệ và giáo dục trẻ em, chính sách hình sự của Nhà nước. Quy định độ tuổi chịu TNHS không nên chỉ nhấn mạnh yêu cầu là điều kiện để chủ thể có năng lực TNHS hay là biểu hiện của chính sách hình sự mà phải kết hợp cả hai. Do đó, để đảm bảo tính ổn định tương đối của luật hình sự, trong điều kiện các phương tiện đấu tranh phòng chống người chưa thành niên vi phạm và phạm tội ngày càng đa dạng chứ không nhất thiết chỉ bằng phương tiện duy nhất là pháp luật hình sự, nên giữ nguyên tuổi tối thiểu phải chịu

TNHS là 14 tuổi như quy định của luật hình sự hiện nay¹⁶.

Khác với các quan điểm trên, quan điểm này cho rằng dù không phải chịu TNHS, nhưng trẻ em từ đủ 12 tuổi đến dưới 14 tuổi thực hiện hành vi có dấu hiệu của tội phạm đặc biệt nghiêm trọng thì có thể bị đưa vào trường giáo dưỡng. Biện pháp này mặc dù là biện pháp xử lý vi phạm hành chính, nhưng có nội dung là loại biện pháp cưỡng chế và có tính chất hạn chế tự do do vi phạm hình sự. Do đó, nếu mở rộng phạm vi nghiên cứu thì có thể nói rằng, độ tuổi thấp nhất mà một người có thể phải chịu trách nhiệm trước pháp luật khi họ vi phạm pháp luật hình sự ở Việt Nam là 12 tuổi¹⁷.

Tuổi chịu TNHS là một vấn đề không thể thiếu trong pháp luật hình sự của mỗi quốc gia, thể hiện quan điểm của Nhà nước về cách thức xử lý người phạm tội, vừa đảm bảo trật tự an toàn cho xã hội nhưng phải vừa đạt được mục đích bảo vệ quyền con người, đặc biệt là quyền của người chưa thành niên, quyền của trẻ em kể cả khi họ thực hiện hành vi nguy hiểm cho xã hội. Từ quy định về độ tuổi của trẻ em theo Luật Trẻ em, Điều 12 BLHS năm 2015 đã quy định về tuổi chịu TNHS của trẻ em như sau:

“1. Người từ đủ 16 tuổi trở lên phải chịu TNHS về mọi tội phạm, trừ những tội phạm mà Bộ luật này có quy định khác.

2. Người từ đủ 14 tuổi trở lên, nhưng chưa đủ 16 tuổi chỉ phải chịu TNHS về tội giết người, tội cố ý gây thương tích hoặc gây tổn hại cho sức khỏe của người khác, tội hiếp dâm, tội hiếp dâm người dưới 16 tuổi,

15 Xem bài viết Bàn về độ tuổi chịu TNHS Việt Nam và trên thế giới, ngày 15/2/2017 trên trang web <http://luatsutranhcong.org/tin-tuc/luat-su-to-tung-164/ban-ve-do-tuoi-chiu-trach-nhiem-hinh-su-viet-nam-va-tren-the-gioi>

16 Xem Phạm Văn Báu, Tuổi chịu TNHS trong luật hình sự Việt Nam, Tạp chí Luật học, số 10/2014, tr. 6,7

17 Xem Phạm Thị Thanh Nga, Thực thi Công ước về Quyền trẻ em ở Việt Nam: Tuổi chịu TNHS và chế tài đối với người chưa thành niên phạm tội, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, số 18/2014, tr.20

tội cưỡng dâm người từ đủ 13 tuổi đến dưới 16 tuổi, tội cướp tài sản, tội bắt cóc nhằm chiếm đoạt tài sản; về tội phạm rất nghiêm trọng, tội phạm đặc biệt nghiêm trọng quy định tại một trong các điều sau đây: ...”

Khoản 3, Điều 1 Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của BLHS số 100/2015/QH13¹⁸ cũng giữ nguyên độ tuổi chịu TNHS của trẻ em và chỉ thay đổi về phạm vi chịu TNHS của trẻ em:

3. Sửa đổi, bổ sung khoản 2 Điều 12 như sau:

“2. Người từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi phải chịu TNHS về tội phạm rất nghiêm trọng, tội phạm đặc biệt nghiêm trọng quy định tại một trong các Điều 123, 134, 141, 142, 143, 144, 150, 151, 168, 169, 170, 171, 173, 178, 248, 249, 250, 251, 252, 265, 266, 286, 287, 289, 290, 299, 303 và 304 của Bộ luật này”.

Khoản 2 Điều 12 đã liệt kê cụ thể những tội danh mà người từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 phải chịu TNHS nhằm đảm bảo tính minh bạch, nhân đạo trong xử lý đối với đối tượng này theo tinh thần của Hiệp pháp năm 2013 và Công ước của LHQ về Quyền trẻ em. Theo đó, người từ đủ 14 tuổi trở lên, nhưng chưa đủ 16 tuổi chỉ phải chịu TNHS về tội phạm rất nghiêm trọng hoặc đặc biệt nghiêm trọng về 28 tội danh quy định tại khoản 2 Điều 12. Sửa đổi này phù hợp với quan điểm nhất quán của Nhà nước ta được thể hiện trong BLHS năm 1985 và năm 1999 là chỉ xem xét TNHS đối với người từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi phạm tội rất nghiêm trọng do cố ý hoặc phạm tội đặc biệt nghiêm trọng; đồng thời cũng phù hợp với Công ước của LHQ về Quyền trẻ em mà Việt Nam là thành viên.

Đối với người từ đủ 16 tuổi trở lên, BLHS năm 2015 quy định người này phải chịu TNHS về mọi tội phạm, trừ những tội phạm mà Bộ luật này có quy định khác. Như vậy, theo quy định của BLHS năm 2015, sẽ có những tội phạm mà người từ đủ 16 tuổi trở lên không phải chịu TNHS. Cụ thể, các điều 145, 146, 147 BLHS năm 2015 quy định cụ thể 3 tội, theo đó, chủ thể phải là người đủ 18 tuổi chứ không phải đủ 16 tuổi: Tội giao cấu hoặc thực hiện hành vi quan hệ tình dục khác với người từ đủ 13 tuổi đến dưới 16 tuổi (Điều 145); tội dâm ô đối với người dưới 16 tuổi (Điều 146); tội sử dụng người dưới 16 tuổi vào mục đích khiêu dâm (Điều 147).

Như vậy, có thể nhận thấy rằng, so với BLHS năm 1999, độ tuổi chịu TNHS của trẻ em trong BLHS năm 2015 không nhiều thay đổi. Tuy nhiên, BLHS năm 2015 đã điều chỉnh phạm vi chịu TNHS của trẻ em cho phù hợp với pháp luật quốc tế.

Kết luận

Vấn đề tuổi chịu TNHS của trẻ em nói riêng và người chưa thành niên nói chung hiện đang là vấn đề tranh luận rộng rãi trên thế giới. Giới hạn tối thiểu về độ tuổi chịu TNHS của trẻ em là một điều cần thiết trong một phần công lý của sự trừng phạt. Vì trẻ em không phải là “người lớn thu nhỏ”, nên trẻ em không thể chịu TNHS về những gì họ đã gây ra như đối với người thành niên hay thậm chí là chịu TNHS giảm nhẹ. Quy định về các biện pháp chịu TNHS đối với trẻ em phải hướng tới mục đích giáo dục là chủ yếu và trong một chừng mực nhất định phải luôn đảm bảo lợi ích tốt nhất của trẻ em ■

18 Luật số 12/2017/QH14 của Quốc hội về sửa đổi, bổ sung một số điều của BLHS số 100/2015/QH13.

HÌNH PHẠT KHÔNG PHẢI LÀ HÌNH PHẠT TÙ TRONG PHÁP LUẬT HÌNH SỰ PHÁP VÀ NHỮNG KIẾN NGHỊ CHO PHÁP LUẬT HÌNH SỰ VIỆT NAM

Nguyễn Thị Hồng Hạnh*

* ThS, Khoa Luật, Trường Đại học Kinh tế quốc dân.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Hình phạt không phải là hình phạt tù; quyền tự do; hình phạt tử hình; nhục hình

Lịch sử bài viết:

Nhận bài: 15/08/2017

Biên tập: 24/08/2017

Duyệt bài: 28/08/2017

Article Infomation:

Keywords: Non-custodial sentences; freedom rights; capital punishment; corporal punishment

Article History:

Received: 15 Aug. 2017

Edited: 24 Aug. 2017

Appproved: 28 Aug. 2017

Tóm tắt:

Hình phạt không phải là hình phạt tù (peines non privatives de liberté) là các hình phạt không tước quyền tự do của người phạm tội và không phải là hình phạt tử hình và nhục hình. Bài viết nêu các hình phạt không phải là hình phạt tù áp dụng đối với cá nhân phạm tội trong pháp luật hình sự Pháp, qua đó gợi mở đối với Việt Nam.

Abstract:

Non-custodial sentences (peines non privatives de liberté) are the penalties that do not deprive the offenders of freedom rights and are not capital punishment and corporal punishment. This article provides discussions of the non-prison sentences imposed on individuals committing criminal offenses under French criminal law, thereby also suggestions to Vietnam.

1. Quy định về hình phạt không phải là hình phạt tù trong pháp luật hình sự Pháp

Theo Bộ luật Hình sự năm 1992 của Pháp (BLHS 1992)¹ thì các hình phạt không phải là hình phạt tù bao gồm: (1) phạt tiền; (2) phạt tiền theo ngày; (3) thực tập tư cách

công dân; (4) lao động công ích; (5) tước hoặc hạn chế một số quyền; (6) hình phạt bồi thường thiệt hại; (7) hình phạt giám sát tư pháp xã hội.

Tội phạm trong pháp luật hình sự Pháp được phân chia thành trọng tội, khinh tội và

¹ Bộ luật Hình sự năm 1992 của Pháp được thông qua ngày 22/07/1992 và có hiệu lực ngày 01/03/1994. Chúng tôi dịch theo nguyên văn tiếng Pháp từ trang <https://www.legifrance.gouv.fr> (Légifrance là trang web chính thức của Chính phủ Pháp về phổ biến các văn bản quy phạm pháp luật và các văn bản dưới luật và các quyết định của Tòa án tối cao, Tòa phúc thẩm của Pháp).

tội vi cảnh, nên các hình phạt không phải hình phạt tù cũng được quy định áp dụng khác nhau tương ứng với phân nhóm hình phạt trọng tội, hình phạt khinh tội và hình phạt vi cảnh. Đối với trọng tội, các hình phạt chính gồm hình phạt tù và hình phạt tiền, trong đó hình phạt tiền có thể được tuyên kèm hình phạt tù nhưng vẫn với tư cách là hình phạt chính chứ không phải là hình phạt bổ sung như trong pháp luật hình sự Việt Nam. Đối với khinh tội, hình phạt chính bao gồm phạt tù, phạt tiền, phạt tiền theo ngày, hình phạt thực tập tư cách công dân, hình phạt lao động công ích, hình phạt tước hoặc hạn chế quyền, hình phạt bồi thường thiệt hại. Đối với tội vi cảnh, hình phạt chính bao gồm phạt tiền và hình phạt tước hoặc hạn chế một số quyền, hình phạt bồi thường thiệt hại. Trọng tội, khinh tội đều có thể áp dụng hình phạt bổ sung quy định tại các Điều 131-10 BLHS 1992 và tội vi cảnh có thể áp dụng các hình phạt bổ sung quy định tại Điều 131-16 BLHS 1992².

1.1 Hình phạt tiền và hình phạt tiền theo ngày

Pháp luật hình sự Pháp không liệt kê hình phạt tiền vào nhóm hình phạt bổ sung. Các nhà làm luật Pháp coi hình phạt tiền là hình phạt chính và nó có thể tồn tại với tư cách là một hình phạt độc lập trong một số tội hoặc là hình phạt chính đi kèm hình phạt tù trong phần lớn các tội.

Trong phần chung BLHS 1992 không quy định mức tối thiểu hay tối đa của hình phạt tiền. Tại các điều luật cụ thể về tội

phạm, các nhà làm luật Pháp cũng không đưa ra khung hình phạt tiền mà quy định mức phạt tiền cụ thể (tối đa). Ví dụ Điều 225-2 BLHS 1992 quy định: “Hành vi phân biệt đối xử được định nghĩa tại Điều 225-1 đối với cá nhân hoặc pháp nhân sẽ bị phạt tù ba năm và phạt tiền 45.000 euro: (1) Từ chối cung cấp hàng hóa, dịch vụ; (2) Ngăn cản hoạt động kinh doanh thông thường;...”.

Trong BLHS 1992, hầu như tất cả các tội vi cảnh, khinh tội đều có hình phạt tiền, trừ các trọng tội thì hình phạt tiền rất hiếm khi được quy định³. Ví dụ, Điều 433-20 BLHS 1992 quy định: “Người nào đang trong thời kỳ hôn nhân mà kết hôn với người khác trước khi chấm dứt quan hệ hôn nhân đang tồn tại thì bị phạt tù một năm và phạt tiền 45.000 euro”. Cũng có trường hợp, phạt tiền là hình phạt duy nhất. Ví dụ, hành vi xúc phạm quốc ca hoặc quốc kỳ trong một cuộc diễu hành bị phạt 7.500 euro (Điều 433-5-1 BLHS 1992), hành vi lưu thông tiền giả mà đã biết là tiền giả bị phạt 7.500 euro (Điều 442-7 BLHS 1992). Tòa án có thể phân chia khoản tiền phạt cho khinh tội hoặc cho tội vi cảnh thành nhiều đợt trên cơ sở tình trạng sức khỏe, gia đình, nghề nghiệp, xã hội trong khoảng thời gian không quá 3 năm (Điều 132-28 BLHS 1992).

Bên cạnh hình phạt tiền, Pháp còn quy định hình phạt tiền theo ngày (*le jour-amende*). Phạt tiền theo ngày được phát triển đầu tiên ở Phần Lan vào năm 1921. Sau đó, hình phạt này được du nhập vào Pháp kể từ năm 1983. Đến nay, hình phạt tiền theo ngày

2 Khi tuyên hình phạt, nếu thẩm phán chỉ chọn áp dụng một hoặc nhiều hình phạt bổ sung thì các hình phạt này trở thành hình phạt chính do pháp luật hình sự Pháp không quy định phải có hình phạt chính mới có các hình phạt bổ sung.

3 Jean Pradel (2008), *Droit pénal comparé*, 3e édition, Dalloz, p. 502.

được quy định trong BLHS 1992. Lý do của sự tồn tại hình phạt tiền theo ngày là do sự thay đổi của giá trị đồng tiền. So với hình phạt tiền, hình phạt tiền theo ngày có thể dễ dàng điều chỉnh khi có sự lạm phát hoặc suy thoái⁴.

Hình phạt tiền theo ngày có thể được áp dụng cùng với hình phạt tù đối với khinh tội (Điều 131-5 BLHS 1992). Theo quan điểm của những người ủng hộ hình phạt tiền theo ngày thì hình phạt tiền theo ngày có những lợi ích sau⁵: (1) Hình phạt tiền theo ngày có thể bảo đảm công bằng và phù hợp với hoàn cảnh của người phạm tội; (2) Khi áp dụng hình phạt tiền theo ngày thì hoàn cảnh, tình hình tài sản của người phạm tội được xem xét; (3) Có thể sử dụng hình phạt tiền theo ngày với phạm vi rộng nên có thể hạn chế việc sử dụng hình phạt tù; (4) Số ngày chịu phạt tiền được xác định trên cơ sở mức độ phạm tội, vì vậy số ngày phạt tiền cũng có mối liên hệ với số ngày phạt tù, cải tạo không giam giữ hay thời gian lao động công ích. Vì vậy, phạt tiền có thể là con số tham chiếu chung cho các hình phạt khác; (5) So với hình phạt tiền thì hình phạt tiền theo ngày tỏ ra công bằng hơn khi số ngày phạt tiền được xác định trên cơ sở mức độ phạm tội, tính nguy hiểm của hành vi...; (6) Sử dụng hình phạt tiền theo ngày sẽ dễ dàng chuyển từ hình phạt tiền theo ngày sang số ngày phạt tù do không thi hành hình phạt tiền theo ngày...

Khi mới du nhập vào Pháp, hình phạt tiền theo ngày có bản chất là hình phạt thay thế cho hình phạt tù. Tuy nhiên, hình phạt tiền theo ngày được tuyên kèm cùng hình phạt tù (Điều 131-5 BLHS 1992). “Các thẩm phán có thể tuyên đồng thời hình phạt tù và phạt tiền theo ngày, hình phạt này đã trở thành “một hình phạt chính chung” (une peine principale générale)”⁶. Hình phạt tiền theo ngày được tính bằng khoản thu nhập hàng ngày của người bị kết án nhân với một số ngày nhất định. Số ngày không thể vượt quá ba trăm sáu mươi và số tiền phạt mỗi ngày xác định bằng các khoản thu nhập và trách nhiệm của người bị kết án, không thể vượt quá 1.000 €, kể từ Đạo luật ngày 09/3/2004. “Bằng cách này, thẩm phán có thể vượt quá mức tối đa thông thường của mức tiền phạt áp dụng với các hành vi phạm tội liên quan”⁷. Điều 131-25 BLHS 1992 quy định việc thanh toán thiếu toàn bộ hoặc một phần kéo theo việc bắt giam người bị kết án trong một thời hạn tương ứng với tổng số ngày chưa thanh toán tiền phạt. Khi thực hiện việc giam giữ này sẽ chấm dứt những khoản nợ của người bị kết án. Ngoài ra, hình phạt tiền theo ngày không phải là hình phạt tiền. Vì vậy, không được tổng hợp hình phạt tiền theo ngày với hình phạt tiền (Điều 131-9 BLHS 1992).

Nói tóm lại, theo các nhà làm luật và tòa án Pháp, hình phạt tiền, hình phạt tiền theo ngày được coi là hình phạt chính. Trong đó, hình phạt tiền có thể được áp dụng độc

4 Michael Tonry & Richard S. Frase (Editing) (2001), Sentencing and Sanctions in Western Countries, Oxford University Press, p. 306.

5 Michael Tonry & Richard S. Frase (Editing) (2001), Sentencing and Sanctions in Western Countries, Oxford University Press, p. 308.

6 Bernard Bouloc (2013), Droit pénal général, 23e édition, Dalloz, p. 454.

7 Bernard Bouloc (2013), *Ild.*, tr. 454.

lập hoặc áp dụng kèm theo hình phạt tù theo quy định cụ thể trong các điều luật quy định về tội phạm, hình phạt tiền theo ngày là hình phạt chính chung luôn được áp dụng kèm theo hình phạt tù.

1.2 Hình phạt thực tập tư cách công dân và hình phạt lao động công ích

Ở Pháp, thực tập tư cách công dân và lao động công ích là hai hình phạt mang tính tự nguyện, nghĩa là các hình phạt này được áp dụng để thay thế hình phạt tù và chỉ được áp dụng khi người bị kết án không phản đối.

Đối với hình phạt thực tập tư cách công dân (*le stage de citoyenneté*): Theo Điều 131-5-1 BLHS 1992, khi một khinh tội phải chịu một hình phạt tù, tòa án có thể thay vì phạt tù, tuyên một khóa thực tập tư cách công dân, với mục đích nhắc lại những giá trị của nền Cộng hòa về sự khoan dung và sự tôn trọng phẩm giá con người, những điều vốn là nền tảng của xã hội. Tòa án sẽ chỉ định hình phạt này với chi phí khóa học do người bị kết án trả nếu tổng chi phí không vượt quá tiền phạt tội tiểu hình cấp độ 3. Hình phạt này không thể tuyên cho bị cáo nếu bị cáo từ chối hoặc không có mặt tại phiên tòa. Tòa án khi tuyên hình phạt này (với sự đồng ý của bị cáo) sẽ đồng thời ấn định thời gian của hình phạt tù hoặc mức hình phạt tiền mà thẩm phán thi hành hình phạt sẽ ra quyết định áp dụng nếu như người bị kết án không thi hành hình phạt thực tập tư cách công dân.

Đối với lao động công ích (*travail d'intérêt général*): Học tập theo hình phạt phục vụ cộng đồng (*community service*

order) của Vương quốc Anh⁸, Điều 131-8 BLHS 1992 quy định, lao động công ích là hình phạt thay thế hình phạt tù và được áp dụng đối với người từ đủ 16 tuổi trở lên. Theo pháp luật Pháp, lao động công ích không thể được tuyên bởi tòa án quân sự. Hình phạt này không thể được quyết định bởi thẩm phán mà không có sự đồng ý của đương sự, người phải có mặt tại phiên tòa (Điều 131-8, đoạn 2 BLHS 1992). Điều này xuất phát từ một quyền hiến định của cá nhân được ghi nhận trong Điều 4 Công ước châu Âu về quyền con người năm 1950: “Không ai phải thực hiện lao động cưỡng bức hoặc bắt buộc”.

Hình phạt lao động công ích nhằm thực hiện một công việc lao động công ích không lương, vì lợi ích của một cơ quan nhà nước, một cơ sở công lập hoặc một hiệp hội có thẩm quyền. Thời giờ lao động công ích do tòa án ấn định, nhưng ít nhất là 40 giờ và không quá 210 giờ. Thời gian hoàn thành lao động công ích không được quá 18 tháng. Trong mỗi cấp xét xử, thẩm phán thi hành hình phạt thiết lập danh sách các công việc lao động công ích có khả năng được đề nghị thực hiện theo ý kiến của Viện Công tố và tham khảo ý kiến của tất cả cơ quan công quyền có thẩm quyền chịu trách nhiệm về phòng chống tội phạm; trong trường hợp kết án vì một vi phạm giao thông đường bộ, công việc phải thực hiện tốt nhất nên diễn ra trong một cơ sở chăm sóc người bị thương đường bộ⁹. Cũng chính thẩm phán thi hành hình phạt ấn định cách thức thực hiện công việc công ích như tổ chức được hưởng thụ, những việc cần phải làm, lịch làm việc...

8 Bernard Bouloc (2013), *Tlđđ.*, tr. 455.

9 Ngoài thẩm quyền của các cơ quan quản lý trại giam, Pháp còn tổ tụng hoá quá trình chấp hành hình phạt của người bị kết án với quy định về thẩm quyền của tòa án, thẩm phán thi hành hình phạt trong việc quyết định các biện pháp có tính chất cá thể hoá. Xem thêm, Trần Văn Dũng & Hoàng Ngọc Thành (2012), Hình phạt tù có thời hạn tiếp cận dưới góc độ so sánh giữa Luật hình sự Việt Nam và Cộng hòa Pháp, Tạp chí Tòa án nhân dân kỳ II tháng 01/2012 (số 02), tr. 44.

Lao động công ích nói chung tuân theo quy định của pháp luật lao động (Điều 131-23 BLHS 1992). Nếu gây thiệt hại cho bên thứ ba trong quá trình thực hiện, Nhà nước sẽ bồi thường cho các nạn nhân, nhưng sẽ được thay thế nghĩa vụ bởi người bị kết án (Điều 131-24 BLHS 1992). Trong thời hạn thực hiện công việc, người bị kết án phải đáp ứng các biện pháp giám sát theo quy định tại Điều 132-55 BLHS 1992 như đáp ứng lệnh triệu tập của thẩm phán thi hành hình phạt, giải thích lý do thay đổi công việc hoặc nơi cư trú, xin phép trước với bất kỳ việc đi lại nào cản trở việc lao động công ích, tiếp nhận nhân viên xã hội và bàn giao cho người đó toàn bộ tài liệu liên quan đến việc thực hiện hình phạt. Sau khi hoàn thành công việc được quy định, hình phạt được coi như là đã được thi hành và các nghĩa vụ giám sát chấm dứt. Kể từ Đạo luật ngày 09/3/2004, thẩm phán xét xử có thể ấn định hình phạt tù và phạt tiền cho người bị kết án trong trường hợp không thực hiện công việc. Thẩm phán thi hành hình phạt sau đó áp dụng thi hành những hình phạt này. “Lao động công ích liên quan đến khoảng 16.000 người bị kết án. Nó được tuyên thường xuyên hơn. Lao động công ích còn có thể được áp dụng như một hình phạt bổ sung”¹⁰.

1.3 Các hình phạt tước hoặc hạn chế một số quyền và hình phạt bồi thường thiệt hại

Các hình phạt tước hoặc hạn chế một số quyền tự do (peines privatives ou restrictives de liberté) được quy định tại Điều 131-6 BLHS 1992 bao gồm: (1) Đình chỉ bằng lái xe trong một thời hạn nhiều nhất 05 năm, việc đình chỉ này có thể bị giới hạn đối với việc lái xe nằm ngoài các hoạt động

nghề nghiệp (trừ trường hợp khinh tội mà đình chỉ bằng lái xe không bị giới hạn đối với việc lái xe nằm ngoài hoạt động nghề nghiệp); (2) Cấm lái một số phương tiện nhất định trong thời hạn 05 năm; (3) Hủy bằng lái xe cùng với việc cấm xin cấp bằng mới trong thời hạn 05 năm; (4) Tịch thu một hoặc nhiều phương tiện thuộc sở hữu của người bị kết án; (5) Cấm lưu hành một hoặc một số phương tiện của người bị kết án trong thời hạn tối đa 01 năm; (6) Cấm sở hữu hoặc mang vũ khí có giấy phép, thời hạn cấm là tối đa 05 năm; (7) Tịch thu một hoặc nhiều vũ khí thuộc sở hữu của người bị kết án hoặc vũ khí mà người này có thể sử dụng tự do; (8) Thu hồi giấy phép săn bắn cùng với việc cấm xin giấy phép săn bắn trong thời hạn 05 năm; (9) Cấm ký phát hành séc, trừ trường hợp các séc chấp nhận người ký phát séc rút tiền từ người được ký phát hoặc séc có chứng nhận sử dụng như thẻ thanh toán, thời hạn cấm là 05 năm; (10) Tịch thu đặc biệt (confiscation spéciale) thu hồi vật sử dụng để phạm tội hoặc sử dụng vì mục đích phạm tội hoặc là vật là kết quả do phạm tội mà có. Biện pháp này không được áp dụng đối với các tội phạm trong lĩnh vực báo chí¹¹; (11) Thẩm phán có thể cấm, trong một thời hạn tối đa 05 năm, việc thực hiện một hoạt động nghề nghiệp hoặc xã hội khi mà khả năng thực hiện các hoạt động này đã được cố ý sử dụng để chuẩn bị hoặc thực hiện tội phạm. Việc cấm này không áp dụng đối với việc ủy quyền bầu cử hoặc ủy quyền chịu trách nhiệm công đoàn, không được áp dụng đối với các tội phạm trong lĩnh vực báo chí; (12) Cấm xuất hiện ở những nơi được ấn định trong bản án, cấm xuất hiện ở những nơi đã thực hiện tội phạm. Thời hạn cấm là 03 năm; (13) Cấm giao du với những

10 Bernard Bouloc (2013), *Tlđđ.*, tr. 457

11 Bernard Bouloc (2013), *Tlđđ.*, tr. 458.

người bị kết án, đặc biệt là chính phạm và tòng phạm của tội phạm. Thời hạn cấm là 03 năm; (14) Cấm quan hệ với những người cụ thể được xác định bởi tòa án như là nạn nhân của tội phạm. Thời hạn cấm là 03 năm; (15) Cấm trong thời hạn nhiều nhất 05 năm, thực hiện một nghề nghiệp thương mại hoặc công nghiệp, điều hành hoặc quản lý một doanh nghiệp thương mại hoặc công nghiệp.

Cùng với lao động công ích, hình phạt thực tập tư cách công dân cũng được sử dụng để thay thế hình phạt tù hoặc thay thế hình phạt tiền theo quy định tại Điều 131-9 BLHS 1992.

Ngoài ra, Pháp còn quy định hình phạt bồi thường (sanction-réparation). Hình phạt này áp dụng đối với các tội vi cảnh cấp độ 5 (Điều 131-15-1 BLHS 1992) và đối với các khinh tội (Điều 131-8-1 BLHS 1992). Hình phạt này bắt buộc người bị kết án tiến hành bồi thường những thiệt hại mà các nạn nhân đã phải gánh chịu trong thời hạn và theo cách thức đã được ấn định bởi thẩm phán. Với sự đồng ý của bị cáo và nạn nhân, hình phạt bồi thường có thể được thực hiện bằng hiện vật. Hình phạt này cũng có thể là phục hồi lại tình trạng tài sản bị hư hỏng trong quá trình thực hiện tội phạm. Khi tuyên hình phạt này, tòa án xét xử ấn định thời hạn tối đa của hình phạt tù (không quá sáu tháng) hoặc số tiền phạt (không quá 15.000 €). Trong trường hợp người bị kết án vi phạm các nghĩa vụ bồi thường, thẩm phán thi hành hình phạt sẽ yêu cầu người bị kết án thực hiện toàn bộ hoặc một phần, với những điều kiện quy định tại Điều 712-6 Bộ luật Tố tụng hình sự

(TTHS). Nếu tội phạm ban đầu chỉ có thể bị phạt tiền, tòa án chỉ có thể ấn định một án phạt tiền¹².

Hình phạt này khá lạ lẫm đối với Việt Nam, bởi lẽ, trong quan niệm của chúng ta, bồi thường thiệt hại là trách nhiệm dân sự. Tuy nhiên, pháp luật hình sự của Pháp đã thừa nhận hình phạt này với tư cách là hình phạt thay thế của hình phạt tù hoặc hình phạt tiền. Hình phạt này cũng có thể được áp dụng đồng thời với hình phạt tù hoặc hình phạt tiền với tư cách là hình phạt bổ sung. Sự ra đời của hình phạt mới này trên hết nhấn mạnh đến vai trò của các nạn nhân ở vị trí trung tâm của tư pháp hình sự, thậm chí là đối với cả hình phạt.

1.4 Hình phạt giám sát tư pháp xã hội

Điều 131-36-1 BLHS 1992 của Pháp đề cập đến giám sát tư pháp xã hội (le suivi socio-judiciaire) với tư cách là một hình phạt. Theo Điều 131-36-1 BLHS 1992: “Nếu pháp luật có quy định, tòa án xét xử có thể ra một lệnh giám sát tư pháp xã hội. Giám sát tư pháp xã hội buộc người bị kết án phải báo cáo với thẩm phán thi hành hình phạt và trong một thời hạn được ấn định bởi tòa án xét xử phải chịu các biện pháp giám sát và hỗ trợ nhằm ngăn ngừa tái phạm. Thời hạn giám sát tư pháp xã hội không quá 10 năm đối với khinh tội hoặc 20 năm đối với trọng tội. Tuy nhiên, trong trường hợp khinh tội, thời hạn giám sát tư pháp xã hội có thể kéo dài đến 20 năm bằng một quyết định đặc biệt và có cơ sở của tòa án sơ thẩm; đối với trường hợp trọng tội mà hình phạt tù là 30

12 Bernard Bouloc (2013), *Tlđđ.*, tr. 460.

năm, thời hạn giám sát tư pháp xã hội có thể kéo dài đến 30 năm; đối với trường hợp trọng tội có hình phạt là tù chung thân thì toà đại hình có thể không giới hạn thời hạn giám sát tư pháp xã hội, nhưng phải dành khả năng cho toà án thi hành hình phạt chấm dứt biện pháp này sau 30 năm theo những điều kiện và cách thức quy định tại Điều 712-7 Bộ luật TTHS”.

Trừ trường hợp có quyết định khác, người bị kết án giám sát tư pháp phải chấp hành biện pháp bắt buộc chữa bệnh, theo các điều kiện của Điều L. 3711-1 của Bộ luật Sức khỏe cộng đồng, nếu chứng minh rằng họ là đối tượng phải tuân thủ sự điều trị, sau một cuộc giám định y tế được trưng cầu bởi chuyên gia y tế phù hợp với các quy định TTHS¹³.

Việc giám sát tư pháp xã hội bao gồm các biện pháp giám sát được quy định tại Điều 132-44 BLHS 1992 của Pháp bao gồm: đáp ứng các giấy triệu tập của thẩm phán thi hành hình phạt; tiếp nhận những lần viếng thăm của nhân viên xã hội, cung cấp cho nhân viên xã hội các thông tin hoặc tài liệu xác nhận về phương thức sống và việc hoàn thành nghĩa vụ của người bị kết án; báo cho nhân viên xã hội về việc thay đổi công việc; báo cho nhân viên xã hội khi thay đổi nơi cư trú hoặc vắng mặt khỏi nơi cư trú trên 15 ngày và thông báo rõ ngày quay lại nơi cư trú; phải được sự chấp thuận của thẩm phán thi hành hình phạt trong trường hợp ra nước ngoài và bất kỳ sự thay đổi nào về việc làm hoặc nơi cư trú nếu như việc thay đổi này cản trở người bị kết án thực hiện nghĩa vụ.

Trong quá trình thi hành biện pháp giám sát tư pháp xã hội, người bị kết án phải tuân thủ các nghĩa vụ do thẩm phán ấn định theo quy định tại Điều 132-45 BLHS 1992. Có thể liệt kê một số nghĩa vụ: thực hiện một hoạt động nghề nghiệp hoặc theo một khóa học về giáo dục hoặc đào tạo nghề; cư trú tại một nơi được chỉ định; chịu sự kiểm tra y tế, điều trị y tế và khi cần thiết phải điều trị tại bệnh viện; chứng minh rằng anh ta đang đóng góp vào chi phí của gia đình hoặc thường xuyên trả nợ các khoản trợ cấp; bồi thường thiệt hại do hành vi phạm tội gây ra trong khả năng của mình kể cả trong trường hợp tòa án không tuyên anh ta phải bồi thường; chứng minh rằng anh ta thanh toán nghĩa vụ tài chính đối với ngân sách nhà nước là kết quả của việc quyết định hình phạt trong khả năng có thể thanh toán; không được lái các phương tiện được ghi trong bằng lái xe theo quy định của Bộ luật giao thông; không thực hiện các hoạt động nghề nghiệp mà việc thực hiện hoạt động này hoặc trong hoàn cảnh của hoạt động này, tội phạm đã được thực hiện; không xuất hiện ở những nơi đặc biệt đã được chỉ định; không được thường xuyên gặp gỡ hoặc tham gia vào các mối quan hệ với một số người hoặc loại người nhất định, đặc biệt là nạn nhân của tội phạm; và các nghĩa vụ khác được quy định trong Điều luật này.

Trong quá trình giám sát tư pháp xã hội, người bị kết án có thể phải mang thiết bị điện tử di động. “Trong trường hợp người được giám sát tư pháp xã hội bị áp dụng biện pháp giám sát điện tử di động, người bị kết

13 Bernard Bouloc (2013), *Tlđđ.*, tr. 473.

án sẽ phải mang một thiết bị phát cho phép bất cứ lúc nào cũng có thể xác định từ xa vị trí của người này trên toàn bộ lãnh thổ quốc gia, trong hai năm - được gia hạn một lần với khinh tội, hai lần với trọng tội - (Điều 131-36-12 BLHS 1992). Đương sự sẽ được thông báo rằng việc áp dụng biện pháp này sẽ không diễn ra nếu không có sự đồng ý của đương sự, nhưng việc từ chối hoặc không tuân thủ các nghĩa vụ sẽ kéo theo việc thi hành hình phạt tù được tuyên quy định tại đoạn 3 Điều 131-36-1 BLHS 1992¹⁴.

Khi biện pháp giám sát tư pháp xã hội đi kèm với một hình phạt tước quyền tự do, nó được áp dụng trong thời hạn được ấn định trong quyết định của bản án, tính từ ngày hình phạt tước quyền tự do kết thúc. Nhưng đương sự có thể bắt đầu việc điều trị trong thời hạn chấp hành hình phạt tù (đoạn 3 Điều 131-36-4 BLHS 1992). Tương tự, người này cũng phải thi hành hình phạt tại một cơ sở chuyên biệt cho phép hình thức giám sát y tế và tâm lý (Điều 717-1, 763-7 Bộ luật TTHS)¹⁵. Khi không có hình phạt tước quyền tự do, biện pháp này phải được áp dụng ngay sau khi có quyết định cuối cùng của tòa án, trừ trường hợp lệnh yêu cầu thi hành biện pháp này một cách tạm thời đã từng được tuyên áp dụng¹⁶. Hình phạt tù chỉ là lựa chọn cuối cùng sau khi cân nhắc tính chất và mức độ của tội phạm không thể sử dụng các hình phạt không phải là hình phạt tù khác¹⁷.

Việc thi hành giám sát tư pháp xã hội

được đặt dưới sự giám sát của thẩm phán thi hành hình phạt, nơi người bị kết án được chỉ định cư trú. Để bảo đảm người thi hành thực hiện đầy đủ các nghĩa vụ trong quá trình giám sát tư pháp xã hội, Điều 131-6-1 BLHS 1992 quy định: tòa án xét xử có quyền quyết định mức hình phạt tù đối với người bị kết án trong trường hợp bị kết án không tuân thủ nghĩa vụ. Hình phạt tù sẽ được áp dụng tối đa là 03 năm nếu thuộc trường hợp khinh tội, 07 năm đối với trường hợp trọng tội.

2. Những kiến nghị đối với pháp luật hình sự Việt Nam

Trong điều kiện kinh tế - xã hội của Việt Nam hiện nay, tình hình tội phạm diễn biến phức tạp, nhiều loại tội phạm mới xuất hiện, các cơ quan tư pháp còn lúng túng trong việc phòng ngừa và đấu tranh chống các tội phạm này, nên việc áp dụng cơ chế hình phạt không phải là hình phạt tù thay thế cho hình phạt tù một cách “thông thoáng” như pháp luật hình sự Pháp có thể gây nguy cơ tòa án áp dụng hình phạt quá nhẹ không bảo đảm tính răn đe. Vì vậy, trong giai đoạn hiện nay, Việt Nam chưa thể tiếp thu toàn bộ cơ chế hình phạt không phải là hình phạt tù như Pháp áp dụng. Tuy nhiên, những nhân tố hợp lý trong hệ thống các hình phạt này có thể được tiếp thu và học tập theo hướng đa dạng hóa các hình phạt để tạo cho tòa án nhiều công cụ hơn nữa để lựa chọn.

Một là, cần thừa nhận hình phạt lao động công ích. Qua nghiên cứu việc thi hành

14 Bernard Bouloc (2013), Tlđđ., tr. 474.

15 Bernard Bouloc (2013), Tlđđ., tr. 474.

16 Bernard Bouloc (2013), Tlđđ., tr. 475.

17 Xem thêm Bernard Bouloc (2013), Tlđđ., tr. 459.

hình phạt lao động công ích của Pháp, chúng tôi nhận thấy đây là hình phạt rất hiệu quả và dễ áp dụng. Chi phí bỏ ra để thực hiện lao động công ích không lớn bằng lợi ích mà lao động công ích mang lại. Lao động công ích làm lợi cho cộng đồng xã hội. Ngoài ra, việc tham gia lao động công ích cũng giúp cho người phạm tội nhận thấy những giá trị nhất định của mình khi đóng góp cho cộng đồng để từ đó tự bản thân anh ta hướng mình tới những hành vi tốt. Vì lẽ đó, pháp luật Việt Nam cần ghi nhận lao động công ích là một hình phạt, nó có thể đóng vai trò là hình phạt chính hoặc hình phạt bổ sung. Việc lao động công ích có thể đặt dưới sự tổ chức, sắp xếp, giám sát và đánh giá của chính quyền địa phương (trong trường hợp chính quyền địa phương tổ chức hoạt động lao động công ích) hoặc tổ chức (doanh nghiệp) cung cấp dịch vụ lao động công ích. Hình phạt lao động công ích có thể được tuyên kèm với hình phạt cải tạo không giam giữ. Nếu lao động công ích được coi là hình phạt chính thì nó có thể được tuyên độc lập nhưng người bị kết án bên cạnh việc chịu sự quản lý của cơ quan, tổ chức tiến hành hoạt động công ích thì còn phải chịu sự giám sát của cơ quan nhà nước có thẩm quyền.

Hai là, cần đa dạng hóa thêm các hình phạt tước hoặc hạn chế quyền của cá nhân phạm tội như các hình phạt sau đây: cấm lái một số phương tiện nhất định; thu hồi giấy phép, giấy chứng nhận, chứng chỉ và không cho cấp giấy phép, giấy chứng nhận, chứng chỉ trong một thời hạn nhất định; thu hồi tài sản của người phạm tội tham ô hoặc các tội phạm liên quan đến chức vụ, tội phạm ma túy, tội phạm rửa tiền mà người phạm

tội không chứng minh được nguồn gốc hợp pháp và chính đáng của các tài sản này; cấm ký phát séc hoặc giấy tờ có giá tương đương; cấm sử dụng thẻ thanh toán; cấm xuất hiện tại những nơi nhất định; cấm xác lập những mối quan hệ nhất định. Các hình phạt tước hoặc hạn chế quyền có thể là hình phạt chính hoặc hình phạt bổ sung. Với tư cách là hình phạt chính, hình phạt tước hoặc hạn chế quyền có thể được tuyên nhằm thay thế hình phạt tiền. Trong trường hợp này, tòa án sẽ cân nhắc việc áp dụng hình phạt tiền hay hình phạt tước hoặc hạn chế quyền trên cơ sở đánh giá tình hình tài chính của người bị kết án, mối liên quan giữa quyền sẽ bị tước hoặc hạn chế với hành vi phạm tội để ra quyết định phù hợp.

Ba là, pháp luật hình sự Pháp có nhiều quy định cả về mặt nội dung và tổ tụng để bảo đảm thi hành được hình phạt tiền trên thực tiễn. Vì vậy, hình phạt tiền được áp dụng rất phổ biến ở Pháp và tỏ ra rất hiệu quả. Pháp luật Việt Nam cần dành cho tòa án quyền phân chia hình phạt tiền thành nhiều đợt thanh toán cho phù hợp với hoàn cảnh của người phạm tội, tuy nhiên thời hạn thanh toán không thể vượt quá thời hạn luật định. Ví dụ, theo pháp luật của Pháp, thời hạn thanh toán không được quá 03 năm. Tiếp theo, cần phải quy định cơ chế chuyển phạt tiền thành phạt tù trong trường hợp người bị kết án không chấp hành hình phạt này. Bản chất của quy định này là bảo đảm việc thi hành bản án của tòa án, bảo đảm tính nghiêm minh của pháp luật. Quy định này cũng góp phần bảo đảm tính khả thi của các quy định phạt tiền là hình phạt mà trong tương lai sẽ tiếp tục thay thế các hình phạt tù

trong các tội phạm cụ thể. Về cách quy đổi từ hình phạt tiền sang hình phạt tù thì cần xác định trong luật mức phạt tiền/ngày. Đối với trường hợp cụ thể thì xác định mức tổng mức tiền chia cho số tiền phạt/ngày sẽ được tổng số ngày phải trả tiền. Cứ một ngày trả tiền tương ứng với một ngày tù. Quy định này rất cần thiết, bởi mặc dù chúng ta có tội không chấp hành bản án của tòa án, nhưng thủ tục khởi tố, truy tố, xét xử mất rất nhiều thời gian sẽ làm giảm hiệu quả của hình phạt tiền nếu áp dụng quy định này để truy cứu trách nhiệm hình sự của người bị kết án không thi hành án phạt tiền. Tuy nhiên, nếu áp dụng cơ chế chuyển từ hình phạt tiền sang hình phạt tù thì thủ tục rất nhanh gọn, chỉ cần một quyết định của Tòa án tuyên chuyển hình phạt tiền sang hình phạt tù là có thể thi hành ngay hình phạt tù đối với người bị kết án. Sau cùng, trong các quy định về thi hành hình phạt tiền, có thể trao cho Nhà nước quyền ưu tiên trên tài sản của người phải thi hành. Trong trường hợp người thi hành không thi hành hình phạt tiền, cơ quan thi hành án có quyền thu hồi tài sản của người phải thi hành để tiến hành bán nhằm bù đắp vào chi phí cưỡng chế và số tiền phạt. Ngoài ra, pháp luật cũng cần thừa nhận cơ chế người phải thi hành sử dụng tài sản của mình để bảo đảm cho nghĩa vụ thanh toán tiền phạt bằng các biện pháp dân sự như cầm cố, thế chấp, bảo lãnh.

Bốn là, cần hoàn thiện các quy định về cấm cư trú và quản chế. Hình phạt giám sát tư pháp xã hội của Pháp tỏ ra rất hiệu quả trong việc ngăn ngừa tái phạm. Pháp luật hình sự của Việt Nam cũng đề cập đến hai hình phạt có bản chất ngăn ngừa tái phạm

đó là cấm cư trú và quản chế. Tuy nhiên các hình phạt này chỉ là hình phạt bổ sung và tòa án Việt Nam chỉ áp dụng hai hình phạt này nếu trong điều luật quy định về tội phạm cụ thể có quy định. Như vậy, các trường hợp áp dụng cấm cư trú hoặc quản chế không được rộng như các trường hợp áp dụng giám sát tư pháp xã hội. Mặc dù trong nội dung của cấm cư trú và quản chế cũng đã có những biện pháp nhằm phòng ngừa việc phạm tội mới nhưng so với nội dung của hình phạt giám sát tư pháp xã hội thì cấm cư trú vẫn nặng về thủ tục hành chính mà chưa có nhiều các giải pháp thực chất có hiệu quả nhằm ngăn ngừa phạm tội mới. Vì vậy, chúng tôi cho rằng, cần hoàn thiện các quy định về cấm cư trú, quản chế theo hướng nhập cấm cư trú và quản chế thành một để tạo một hình phạt có nội dung tổng quát như hình phạt giám sát tư pháp xã hội. Hình phạt này vẫn có thể lấy tên là quản chế. Hình phạt này sẽ được áp dụng cho mọi trường hợp người bị kết án đã chấp hành xong hình phạt tù và cấm cư trú sẽ như là một lệnh đặc biệt mà tòa án áp dụng trong trường hợp áp dụng hình phạt quản chế đối với người bị kết án. Người bị áp dụng quản chế phải tuân theo các biện pháp kiểm tra y tế, chữa bệnh bắt buộc với các chi phí hợp lý được luật hoá do người bị quản chế chịu. Tòa án có quyền tuyên tước hoặc hạn chế một số quyền nhất định của người bị quản chế nhằm ngăn ngừa người bị quản chế tái phạm. Ngoài ra, Tòa án có quyền tuyên buộc người bị quản chế phải thực hiện một hoặc một số nghĩa vụ nhất định nhằm giám sát hành vi của người bị quản chế đồng thời ngăn ngừa người bị quản chế tái phạm ■

KEM ĐÁNH RĂNG



RĂNG TRẮNG ĐẸP - NGỪA SÂU RĂNG