

# NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

ISSN 1859 - 2953

[www.nclp.org.vn](http://www.nclp.org.vn)

**VĂN PHÒNG QUỐC HỘI**

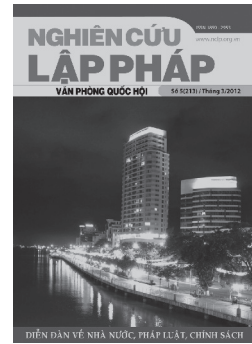
**Số 5(213) / Tháng 3/2012**



**DIỄN ĐÀN VỀ NHÀ NƯỚC, PHÁP LUẬT, CHÍNH SÁCH**

# NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn



## Mục lục

### NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

#### BÀN VỀ LẬP HIẾN

- 5** Từ vụ việc ở Tiên Lãng, nghĩ về sửa đổi Hiến pháp  
**GS, TS. Nguyễn Đăng Dung**
- 10** Sửa đổi Hiến pháp nhằm đổi mới và kiện toàn hệ thống chính trị  
**TS. Ngô Huy Đức - TS. Lưu Văn Quảng**
- 15** Chế định chính quyền địa phương  
**TS. Hoàng Thị Ngân**
- 20** Trường phái kinh tế học pháp luật và khả năng áp dụng tại Việt Nam  
**TS. Nguyễn Văn Cương - Trương Hồng Quang**

### BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 28** Những bất cập về thẩm quyền công chứng, chứng thực các hợp đồng có đối tượng là bất động sản  
**TS. Đoàn Đức Lương**
- 32** Những bất cập và hướng sửa đổi các quy định pháp luật về công chứng  
**ThS. Cao Vũ Minh - ThS. Võ Phan Lê Nguyễn**

### CHÍNH SÁCH

- 38** Tư tưởng Hồ Chí Minh về xây dựng phẩm chất cán bộ ngành tư pháp  
**ThS. Nguyễn Thế Phúc**

### THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 44** Những hạn chế khi tổ chức cơ quan thi hành án dân sự  
**Đinh Duy Bằng**
- 47** Bảo vệ quyền lợi của nhà đầu tư cá nhân trên thị trường chứng khoán  
**ThS. Lê Thị Thảo**
- 51** Luật Doanh nghiệp cần quy định rõ chế độ ủy quyền tham dự cuộc họp Đại hội đồng cổ đông  
**ThS. Phạm Thị Duyên Mỹ**

### KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 56** Cải cách thể chế hành chính-tiếp cận dưới góc độ lý luận và kinh nghiệm Nhật Bản  
**TS. Phạm Hồng Quang**

### THÔNG TIN LẬP PHÁP

- 64** Định hướng chủ đề Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp năm 2012

NCLP

#### HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

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

#### TỔNG BIÊN TẬP

TS. PHẠM VĂN HÙNG

#### PHÓ TỔNG BIÊN TẬP:

NGUYỄN QUANG MINH

#### TRỤ SỞ:

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

#### THIẾT KẾ:

NGUYỄN ANH VŨ

#### GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:

Số 117/GP-NGÀY 30-3-2001  
CỦA BỘ VH TT

#### PHÁT HÀNH:

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

#### TÀI KHOẢN:

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

IN TẠI CÔNG TY CP IN KHKT

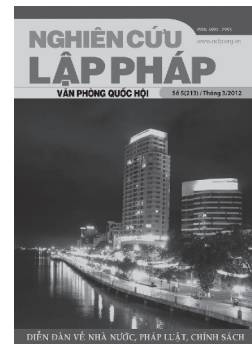
GIÁ: 15.000 ĐỒNG

Ảnh: Đà Nẵng về đêm

Tác giả: ST

# NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn



## Legis 3/2012

### STATE AND LAW

#### DISCUSSION ON CONSTITUTION

- 5** Since the incident in Tien Lang, think about amending the Constitution

**Prof. Dr. Nguyen Dang Dung**

- 10** Constitutional amendment to reform and consolidate the political system

**Dr. Ngo Huy Duc - Dr. Luu Van Quang**

- 15** Legislation on local authorities

**Dr. Hoang Thi Ngan**

- 20** School of law and economics and the applicability in Vietnam

**Dr. Nguyen Van Cuong - Truong Hong Quang**

#### DISCUSSION OF BILLS

- 28** The inadequacies on authority to notarize the contract whose object has been real estate

**Dr. Doan Duc Luong**

- 32** The inadequacies and orientation to amend law on notarization

**LLM. Cao Vu Minh - LLM. Vo Phan Le Nguyen**

#### POLICIES

- 38** Ho Chi Minh's Thought on building quality judicial staff

**LLM. Nguyen The Phuc**

#### LEGAL PRACTICE

- 44** The limitation of civil judgment enforcement organization

**Dinh Duy Bang**

- 47** Protecting the interests of individual investors on the stock market

**LLM. Le Thi Thao**

- 51** Enterprise Law should clearly regulate the representing authorization mode in the General Meeting of Shareholders

**LLM. Pham Thi Duyen My**

#### FOREIGN EXPERIENCE

- 56** Administrative institutional reform - approach from theories and Japanese experience

**Dr. Pham Hong Quang**

#### LEGISLATIVE NEWS

- 64** Oriented themes of Legislative Studies Journal 2012

**NCLP**

#### EDITORIAL:

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

#### EDITOR-IN-CHIEF:

Dr. PHAM VAN HUNG

#### VICE EDITOR-IN-CHIEF:

NGUYEN QUANG MINH

#### OFFICE:

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

#### DESIGN:

NGUYEN ANH VU

#### LICENSE OF PUBLISMENT:

N<sup>o</sup> 117/GP-DATE 30-3-2001  
MINISTRY OF CULTURE AND  
INFORMATION

#### DISTRIBUTION:

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

#### ACCOUNT NUMBER:

0011000467735  
LEGISLATIVE STUDY MAGAZINE  
VIETCOMBANK

PRINTED IN SCIENCE TECHNOLOGY  
PRINTING COMPANY

Price: 15,000 VND

# TỪ VỤ VIỆC Ở TIÊN LÃNG, NGHĨ VỀ SỬA ĐỔI HIẾN PHÁP

■ NGUYỄN ĐĂNG DUNG\*

Vụ việc Tiên Lãng xảy ra đúng thời điểm cả nước đang tiến hành tổng kết việc thi hành Hiến pháp 1992 và thảo luận sửa đổi Hiến pháp này. Vụ Tiên Lãng là một vụ việc rất điển hình mà khi xem xét, đánh giá, có thể thấy nó liên quan đến tất cả các lĩnh vực nhà nước và xã hội, từ lập pháp đến hành pháp; từ hành pháp đến tư pháp; từ nguyên tắc Đảng lãnh đạo, Nhà nước quản lý, nhân dân làm chủ; từ công tác quân sự cho đến chính trị dân sự, từ trách nhiệm của chính quyền, của Nhà nước đến quyền lợi, ích hợp pháp của người dân...

Có tác giả đã cho rằng, vụ việc ông Đoàn Văn Vươn chống lại Đoàn cưỡng chế thu hồi đất ở Tiên Lãng, Hải Phòng đầu năm 2012, dù chưa xét xử ở Tòa án, nhưng đã có thể coi là một “án lệ” quan trọng về pháp luật đất đai, khiếu nại, khiếu kiện v.v.. Nhất là trong bối cảnh hiện nay, chúng ta đang thảo luận sửa đổi Hiến pháp 1992, vụ việc này có nhiều điều đáng bàn từ góc độ luật hiến pháp như: sở hữu đất đai, quyền con người, sự giám sát của người dân đối với chính quyền, hoạt động của chính quyền địa phương, cơ chế bảo hiến<sup>1</sup>. Chúng tôi đồng ý với nhận định này.

Chúng tôi cũng cho rằng, tất cả vấn đề của

vụ Tiên Lãng có liên quan đến sự phân quyền: phân quyền từ trung ương xuống địa phương, phân quyền từ Đảng với Nhà nước, từ Nhà nước với người dân, từ quân sự cho đến dân sự, và nhất là, từ lập pháp cho đến hành pháp, từ hành pháp đến tư pháp... Cho đến nay, vấn đề phân quyền vẫn chưa được quy định rõ ràng trong Hiến pháp Việt Nam. Hiến pháp sửa đổi cần phải làm rõ sự phân quyền này. Vụ việc Tiên Lãng có tác dụng giúp chúng ta đẩy nhanh việc nghiên cứu, hay làm rõ hơn nữa các nội dung của sửa đổi Hiến pháp.

*Đổi với vấn đề về sở hữu đất đai.* Nói đến vụ Tiên Lãng, không ai không nói đến vấn đề sở hữu đất đai. Vì mục tiêu muốn tiến nhanh, tiến mạnh lên chủ nghĩa xã hội, Hiến pháp các nước xã hội chủ nghĩa không quy định/không thừa nhận quyền sở hữu đất đai cho tư nhân, coi sở hữu tư nhân là nguyên nhân sâu thẳm của chế độ người bóc lột người. Từ Hiến pháp năm 1980, Việt Nam không thừa nhận sở hữu tư nhân, chỉ cho phép tồn tại hai loại hình sở hữu là sở hữu toàn dân và sở hữu tập thể. Riêng đối với đất đai, chỉ có duy nhất một loại hình sở hữu là sở hữu toàn dân. Đến Hiến pháp năm 1992, sở hữu tư nhân được thừa nhận, nhưng đất đai vẫn thuộc sở hữu toàn dân (sau này

(\*) GS, TS. Đại học Quốc gia Hà Nội.

(1) Xem Nguyễn Lâm, *Hiến pháp nhìn từ Tiên Lãng*, tr. Blog Thanh niên Phía trước.

được chính lại là sở hữu nhà nước). Việc thừa nhận quyền sở hữu tư nhân đã tạo nên những thành công trong công cuộc đổi mới của Việt Nam, mà trước hết là giúp cho Việt Nam thoát khỏi cuộc khủng hoảng kinh tế. Mặc dù có những thành công này, nhưng nền kinh tế nói riêng cũng như xã hội nói chung cũng xuất hiện những vấn đề bức xúc khác cần phải giải quyết, mâu thuẫn giữa người giàu và người nghèo ngày một gia tăng, khiếu nại tố cáo của người dân càng ngày càng chồng chất, trong đó khiếu nại về đất đai chiếm tới gần 80%, có cả những cuộc khiếu nại rất đông người. Theo nhận định của nhiều người, chính việc không thừa nhận sở hữu tư nhân về đất đai là một trong những nguyên nhân quan trọng của tình trạng khiếu nại, tố cáo.

Theo chúng tôi, việc không thừa nhận quyền sở hữu tư nhân đối với đất đai, tức là đã không thừa nhận quyền con người trong lĩnh vực này. Việc không thừa nhận quyền sở hữu tài sản của tư nhân đối với đất đai là một thiếu hụt quan trọng về nhân quyền trong lĩnh vực tư hữu tài sản, vì đất đai là một thứ tài sản rất quan trọng đối với con người, nhất là đối với người nông dân. Trong khi đó, lịch sử ra đời của Hiến pháp luôn gắn liền với lịch sử bảo vệ quyền tài sản của con người, trong đó đất đai là một tài sản quan trọng.

Việc không thừa nhận sở hữu tư nhân về đất đai - ngay cả đối với đất ở và đất thổ cư của ông cha để lại, kể cả đất hương hỏa - đã gây ra rất nhiều phiền phức cho việc giao dịch mua bán của người dân. Đối với đất nông nghiệp và phi nông nghiệp, việc chuyển giao cũng phức tạp không kém. Không phải ngẫu nhiên mà các vụ khiếu kiện về đất đai chiếm hơn 80% các khiếu kiện nói chung. Vì tuy là “sở hữu toàn dân” nhưng trên thực tế, người nông dân không rõ ai là người chủ sở hữu đích thực về đất đai của họ, trong khi đó, chính quyền địa phương lại được trao rất nhiều thẩm quyền về đất đai, nhất là trong việc giao đất, cho thuê

đất và thu hồi đất. Chế độ sở hữu toàn dân về đất đai tạo nên những kẽ hở lớn để các quan chức chính quyền bắt tay với tư nhân, các “đại gia” cùng trục lợi, đặc biệt trong thu hồi đất (nhất là đất nông nghiệp của người nông dân) cho các dự án công nghiệp, thương mại, đô thị. Cộng với việc thiếu sự kiểm soát quyền lực hiệu quả, thiếu tính giải trình, minh bạch, đã dẫn đến hệ quả là đất đai rất dễ rơi vào tay các “cường hào”, “tư bản” mới. Một mảnh đất của người nông dân bị thu hồi với giá đền bù rất rẻ mạt, nhưng khi thu hồi xong lại sang tên bán cho người khác với giá gấp hàng trăm, hàng ngàn lần, thì ai mà lại không khiếu nại...

Sở hữu nhà nước hay sở hữu toàn dân đi chăng nữa thì cuối cùng, quyền sở hữu cũng sẽ rơi vào tay các cơ quan nhà nước, mà Nhà nước chính là của những người nắm quyền lực nhà nước, cụ thể là các cá nhân đang nắm quyền. Mặt khác, với chế độ sở hữu toàn dân, đất đai được giao, cho thuê luôn có thời hạn khiến cho người sử dụng không thể an tâm bỏ vốn đầu tư lâu dài, không thể chuyển nhượng hiệu quả. “Hễ có vướng mắc nào phát sinh thì người ta lại an ủi lẫn nhau rằng, đất đai thuộc sở hữu toàn dân. Nhưng mọi sai lầm đều từ đó mà ra”<sup>2</sup>. Từ sau 1980, Hiến pháp và Luật Đất đai đã được sửa đổi nhiều, nhưng riêng điều khoản về chế độ sở hữu đất đai vẫn “đậm chân tại chỗ”. Theo một số tác giả, “nhiều người không dễ dàng “buông” quy định này, bởi cơ chế “nhà nước quản lý” mang lại không ít nguồn lợi hấp dẫn cho một bộ phận quan chức và nhà đầu tư”<sup>3</sup>. Cái “tổ con tò vò” nằm ở chỗ này đây. Trong khi đó trước đây, thời kỳ phong kiến và thực dân là Hiến pháp 1946 và Hiến pháp 1959 đều thừa nhận sở hữu tư nhân về đất đai.

Trong khi đó, “ở các nước, không có ý niệm sở hữu toàn dân. Như ở Mỹ, quyền công hữu đất đai và tài nguyên thuộc về các địa chỉ rõ ràng: Chính phủ liên bang hoặc chính quyền tiểu bang, hay thành phố (60% thuộc tư hữu, 40% thuộc công hữu, trong đó 28% thuộc

(2) Nguyên Bộ trưởng Bộ Tư pháp Nguyễn Đình Lộc phát biểu trên VTV ngày 11/2/2012.

(3) Tòa đàm trên Việt Nam Net, ngày 12/2/2012.

Chính phủ liên bang, 9% thuộc Chính phủ bang và Chính phủ cấp tương đương tỉnh hay thành phố, 2% thuộc người dân da đỏ). Không có đất đai, tài nguyên nào lại thuộc huyện, xã như ở Việt Nam<sup>74</sup>.

Hiến pháp 1959 của nước Việt Nam Dân chủ cộng hòa vẫn kế thừa truyền thống xã hội Việt Nam, thừa nhận “bảo hộ quyền sở hữu về ruộng đất và các tư liệu sản xuất khác của nông dân” (Điều 14) và chỉ coi “đất hoang” mới thuộc sở hữu toàn dân (Điều 12). Khi Quốc hội thảo luận xây dựng Hiến pháp 1980 và sau này Hiến pháp 1992 thì đất đai (toàn bộ đất đai nói chung) được tuyên bố là tài sản thuộc sở hữu toàn dân, các ý kiến trái lại, đề nghị xem xét theo Hiến pháp 1959 đều không được chấp nhận. Như vậy, khái niệm sở hữu toàn dân về đất đai chỉ xuất hiện lần đầu tiên trong Hiến pháp 1980.

Đến Hiến pháp năm 1992, mặc dù có sự thừa nhận nền kinh tế thị trường, sở hữu tư nhân được thừa nhận, nhưng sở hữu đất đai vẫn là của toàn dân. Luật Đất đai được thông qua năm 1987 và sửa đổi năm 1993, mặc dù có nâng thời hạn quyền sử dụng đất đến 20 năm và với hạn điền không quá 03 ha cũng không khỏi hết những vướng mắc cho người dân sử dụng. “Rõ ràng việc giao đất có thời hạn và không công nhận sở hữu đất đai khiến người sử dụng chưa an tâm, phần nào hạn chế, không khuyến khích các doanh nghiệp, nhà đầu tư tham gia lĩnh vực nông nghiệp. Đồng thời, do luật chưa sát với thực tiễn nên phát sinh chuyện ngoài luật còn “đề” ra thêm vô số văn bản dưới luật hướng dẫn thi hành, rồi nào là thông tư, nghị định... Từ đó chính quyền cấp địa phương muốn vận dụng sao cũng được, và dễ... vận dụng sai làm tình hình quản lý đất đai thêm phức tạp, nhất là dễ lợi dụng để trục lợi, hay vận dụng sai luật dẫn tới gây thiệt thòi cho người sử dụng đất. Vụ cưỡng chế thu hồi đất ở Tiên Lãng là một điển hình. Phải nhìn nhận là chính sách đất đai cứ thay đổi liên tục như vừa

qua gây khó trong quản lý, vừa phát sinh tiêu cực. Đáng lý ra nó nhất thiết phải chuẩn, tinh gọn và nhất quán. Trên thế giới nhiều nước công nhận quyền sở hữu tư nhân về đất đai, ở nước ta chỉ giao quyền sử dụng, hiện người dân không có quyền sở hữu về đất. Tuy nhiên, lâu nay người dân vẫn mua bán, chuyển nhượng, thế chấp quyền sử dụng đất và đều được chính quyền công nhận, thừa nhận. Như vậy điều đó cho thấy thực tế đất đai đã là một dạng tài sản, đồng thời quyền sử dụng đã giống như quyền sở hữu rồi. Với thực tế đó thì luật cũng phải thay đổi cho phù hợp thực tiễn. Chúng ta nên giao đất vĩnh viễn theo hình thức sở hữu. Nghĩa là công nhận quyền sở hữu đất đai cho người dân, đồng thời đa dạng hóa sở hữu đất đai như sở hữu quốc gia do Nhà nước quản lý, sở hữu của cộng đồng dân cư, sở hữu của pháp nhân và sở hữu của cá nhân<sup>75</sup>. Vì thế, “hai vấn đề mấu chốt của Luật Đất đai cần sửa đổi ngay là bỏ “hạn điền 03 héc ta” và công nhận “sở hữu tư nhân” về đất đai. Cái được lớn nhất là các viên chức địa phương và trung ương sẽ ít có cơ hội tham nhũng, lạm dụng chức quyền đối với vấn đề đất đai của nhân dân. Nhà nước vẫn có thể song phẳng với nhân dân khi cần trưng dụng đất đai cho các mục tiêu quốc phòng, làm đường sá, xây công trình công cộng, xây dựng đô thị, xây khu công nghiệp... Khi phải trưng dụng đất của dân đang canh tác, Nhà nước sẽ sử dụng phần đất công của mình (thí dụ đất rừng đang khai thác) để tạo lập một vùng canh tác mới có đủ cấu trúc hạ tầng để đổi lại cho nông dân như kiểu thành lập những đồn điền dầu cọ FELDA của Malaysia<sup>76</sup>.

“Chuyện ai sở hữu cần phải được làm rõ, đất cần phải có chủ. Phần nào thuộc về nhà nước, phần nào thuộc về tư nhân phải rõ ràng. Ngoài ra, chế tài cũng phải rất mạnh và được quy định ngay trong Luật Đất đai. Có như vậy mới hạn chế được một số nguy cơ mà không ít người đang lo ngại, như tình trạng hồi tố đất đai hoặc tích tụ ruộng đất chỉ để đầu cơ sinh

(4) Xem Vũ Quang Việt, *Những vấn đề về sở hữu toàn dân*, Kinh tế Sài Gòn 17/2/2012.

(5) Xem Võ Tông Xuân, *Nên giao vĩnh viễn đất cho người dân*, Quy hoạch đô thị, ngày 14/2/2012.

(6) Võ Tông Xuân, *Đã đến lúc phải nhìn thẳng vào sự thật*, Kinh tế Sài Gòn 14/2/2012.

lời. Còn nếu cứ duy trì tình trạng như hiện nay, chỉ dẫn đến thụt lùi. Hiện chỉ có khoảng 1% trong hơn chục triệu hộ nông dân của cả nước sản xuất làm ăn ở quy mô trang trại, đây là một tỷ lệ rất thấp so với nhiều nước”<sup>7</sup>.

Có nhiều ý kiến cho rằng, trong trường hợp Nhà nước không thừa nhận sở hữu tư nhân đối với đất đai, kể cả trong trường hợp Hiến pháp vẫn tiếp tục công nhận sở hữu toàn dân, thì vẫn nên thu hẹp quyền giao đất, thu hồi đất của Nhà nước. Thay vào đó, nên áp dụng quyền trưng dụng, trưng mua của người dân. Cơ chế trưng mua, trưng dụng cũng phải rất chi tiết, thận trọng và chỉ nên áp dụng với các dự án vì lợi ích quốc gia.

*Vấn đề phân quyền giữa trung ương với địa phương, địa phương với địa phương.* Trong vụ việc xảy ra ở Tiên Lãng, có thể thấy có quá nhiều cấp tham gia vào việc giải quyết, từ xã cho đến huyện, cho đến tỉnh và thậm chí có cả cấp trung ương. Hiến pháp năm 1992 quy định nước ta có 04 cấp chính quyền: trung ương, tỉnh, huyện và xã, nhưng lại có sự dập khuôn về mô hình tổ chức, không phân biệt rõ ràng thẩm quyền, trách nhiệm của trung ương, địa phương và giữa các cấp chính quyền địa phương với nhau. Trung ương có bộ phận nào, cơ quan nào thì địa phương có cơ quan ấy, bộ phận ấy. Và cũng tương tự như vậy, cấp trên có chức năng nhiệm vụ gì, thì ở cấp dưới dứt khoát phải có chức năng, nhiệm vụ ấy. Điển hình là thẩm quyền ban hành văn bản quy phạm pháp luật của cả ba cấp chính quyền địa phương đều giống nhau. Điều này dẫn đến sự chồng chéo chức năng, nhiệm vụ; tạo điều kiện để đùn đẩy trách nhiệm, nhưng đồng thời lại tạo ra kẽ hở cho chính quyền lạm dụng, dựa dẫm vào nhau cùng che chở cho những cái sai. Trong vụ Tiên Lãng, chính quyền đã ban hành những văn bản quy phạm không thuộc thẩm quyền của mình. Từ những quy định của pháp luật, với thói quen, cách làm cũ, đồng thời cũng do sự phân quyền không rõ ràng, trước khi quyết định, các

cấp chính quyền đều có sự trao đổi xin ý kiến thống nhất của cấp trên, đến khi thi hành lệnh cưỡng chế cũng vậy, hầu như đều có sự đồng ý của các cấp trên dưới của chính quyền huyện Tiên Lãng, dù quyết định cưỡng chế là sai trái.

Cần phải thấy rằng, có những lĩnh vực mặc dù được phân quyền cho chính quyền địa phương (như quản lý đất đai) nhưng việc quản lý của trung ương trong lĩnh vực này (xây dựng và công bố quy hoạch tổng thể) lại phân định không rõ ràng hoặc thực hiện không tốt, dẫn đến sự cát cứ của các địa phương, mỗi nơi thực hiện mỗi kiểu, làm phá vỡ trật tự quản lý nhà nước. Chính quyền huyện Tiên Lãng đã quy định thời hạn giao đất cho nhiều cá nhân, hộ gia đình rất tùy tiện: có người được giao 4 năm; có người 10 năm, 14 năm... Sự tùy tiện này đã làm nhiều người cho rằng, Việt Nam có nguy cơ bị phân chia thành 63 vương quốc nhỏ cộng với một vương quốc ở trung ương là 64. Không phải chỉ dừng lại ở con số 64, mà qua vụ việc Tiên Lãng đã thấy có hiện tượng của các “tiểu vương quốc” tại 600 quận, huyện trên cả nước.

Quy định về chính quyền địa phương là một trong những nội dung rất quan trọng cần sửa đổi, bổ sung trong Hiến pháp 1992. Như nhiều ý kiến đề xuất, có thể chỉ tổ chức hai cấp chính quyền địa phương gồm cấp tỉnh và dưới cấp tỉnh (có thể là thành phố hay xã). Chính quyền địa phương hoàn chỉnh bao gồm cơ quan do nhân dân địa phương bầu ra Hội đồng nhân dân (HĐND), HĐND là cơ quan đại diện ở địa phương, và Ủy ban nhân dân là cơ quan tổ chức thực hiện ở địa phương, chịu sự giám sát của HĐND<sup>8</sup>.

Vấn đề không nằm ở chỗ nên bỏ HĐND ở cấp nọ, giữ cấp ở kia, mà ở chỗ Hiến pháp và luật phải phân định những việc gì địa phương làm được thì trung ương không làm; những gì chỉ của cấp trên làm mà cấp dưới không làm, những việc chỉ trung ương làm mà địa phương không làm, như an ninh - quốc phòng, ngoại

(7) Đặng Kim Sơn, Buổi tọa đàm trên Việt Nam Net ngày 12/2/2012.

(8) Xem Nguyễn Lâm, Tlđđ.

giao, tư pháp...; Tuyệt đối tránh hiện tượng trên và dưới, nhiều cấp chính quyền cùng làm một việc. Một khi đã giao cho công việc quyết định thì phải kèm theo cả ngân sách, sẽ có ngân sách trung ương và có ngân sách địa phương. Cũng không nên áp dụng nguyên tắc quản lý hành chính từ thời bao cấp “song trùng trực thuộc”: ngang thì trực thuộc HĐND và UBND, dọc thì lại trực thuộc trung ương. Trừ những việc cực chẳng đã mới có cả trung ương và địa phương đều phải làm, đều quản lý, nhưng trong mọi trường hợp, cần có sự phân định rõ ràng. Từ vụ việc ở Tiên Lãng, thẩm quyền ban hành văn bản quy phạm pháp luật cần được phân định lại, không phải cấp nào cũng có thể ban hành như cấp nào, về bất kỳ lĩnh vực gì.

*Vấn đề phân quyền giữa hành pháp và tư pháp.* Khi vụ việc xảy ra, sự việc được trình lên Chính phủ. Vấn đề là, giải quyết sự việc này có thuộc thẩm quyền của Thủ tướng, của Chính phủ? Một khi quyết định hành chính đã được ban hành, đã được áp dụng, thì mọi hậu quả của nó thuộc quyền đánh giá, xét xử của lĩnh vực của tư pháp - toà án, nhất là một khi vụ việc đã có sự tham gia của tòa án. Chính phủ, Thủ tướng cũng không nên có đề nghị tòa án xét xử theo cấp giám đốc thẩm, vì tòa án khi xét xử chỉ thực hiện nguyên tắc độc lập, chỉ tuân theo pháp luật.

Qua vụ việc Tiên Lãng, hoạt động tư pháp cũng là một nội dung cần phải quan tâm khi sửa đổi Hiến pháp. Nếu cơ quan tư pháp giải quyết đúng ngay từ khâu xét xử đầu tiên thì hậu quả vụ việc có lẽ đã khác. Việc kiện lên tòa án để yêu cầu tòa án phán quyết về quyết định thu hồi đất của ông Đoàn Văn Vươn là rất đúng. Khi tòa án sơ thẩm quyết định bác đơn của ông Đoàn Văn Vươn, ông tiếp tục kiện ra Tòa phúc thẩm của thành phố cũng rất đúng. Nhưng ở cấp phúc thẩm, Thẩm phán Tòa phúc thẩm đã lừa dối ông Đoàn Văn Vươn, khi khuyên ông đồng ý rút đơn kháng nghị quyết định sơ thẩm của Tòa án nhân dân huyện Tiên Lãng nhưng lại không tiến hành các bước hoà giải tiếp theo.

Việc rút đơn kháng nghị của các ông Vươn, ông Luân đã làm cho quyết định sơ thẩm của Tòa án có hiệu lực thực thi. Thẩm phán như vậy đã làm trái các quy định của pháp luật.

*Sự phân quyền giữa Đảng và Nhà nước.* Bên cạnh và sau khi chờ kết luận của Thủ tướng về vụ việc Tiên Lãng xong, chúng ta lại tiếp tục chờ quyết định của Thành uỷ Hải Phòng. Sự chờ đợi này thể hiện một cách làm theo cơ chế cũ: tất cả đều phải chờ vào quyết định của cấp ủy đảng. Nên chăng, cần xác định rõ đây là vấn đề của chính quyền, chính quyền phải rút ráo làm, chứ không phải là vấn đề của Thành uỷ Hải Phòng, hay của huyện uỷ Tiên Lãng.

*Vấn đề sử dụng lực lượng vũ trang.* Có nên hay không nên việc sử dụng quân đội vào công việc cưỡng chế này? Theo quan điểm của nhiều người thì vụ việc này không phải dùng đến lực lượng quân đội. Vì theo nguyên tắc, chỉ được sử dụng quân đội trong tình trạng chiến tranh để bảo vệ Tổ quốc, bảo vệ an ninh quốc gia hoặc trong tình trạng khẩn cấp có thiên tai địch họa. Chính vì việc tổ chức và hoạt động theo cơ chế tập trung, huyện cũng có quân đội, người đứng đầu quân đội - huyện đội trưởng - cũng tham gia cấp ủy địa phương nên chính quyền đã lạm dụng khi huy động. Hiến pháp sửa đổi cũng phải xem xét lại mối quan hệ này, quy định rõ khi nào mới có sự tham gia của lực lượng vũ trang.

\*

Qua vụ việc Tiên Lãng, có thể nhận định: mọi hệ lụy phát sinh từ vụ việc cũng như nguyên nhân phát sinh vụ việc đều có nguyên nhân sâu xa từ các quy định của Hiến pháp hiện hành: Hiến pháp không thừa nhận quyền sở hữu tư nhân về đất đai, không thừa nhận phân quyền giữa các cơ quan nhà nước, giữa Đảng và Nhà nước. Vì vậy, Hiến pháp sửa đổi phải thừa nhận quyền sở hữu tư nhân đối với đất đai, phải thừa nhận sự phân quyền giữa các cơ quan nhà nước, nhất là giữa lập pháp, hành pháp và tư pháp. Đảng phải lãnh đạo chính quyền thông qua các cơ quan nhà nước. Đảng không trực tiếp quyết định các vấn đề thuộc thẩm quyền của các cơ quan nhà nước. ■



# SỬA ĐỔI HIẾN PHÁP NHẪM ĐỔI MỚI VÀ KIẾN TOÀN HỆ THỐNG CHÍNH TRỊ

■ NGÔ HUY ĐỨC\*

■ LƯU VĂN QUẢNG\*\*

## 1. Bảo đảm nhân dân là chủ thể tối cao của quyền lực nhà nước

### 1.1. Khôi phục quyền phúc quyết (trưng cầu dân ý) của người dân đối với Hiến pháp và các vấn đề quan trọng của đất nước

Hiến pháp là đạo luật do nhân dân tạo nên. Nhân dân, với tư cách là chủ thể gốc của quyền lực nhà nước, tự mình đưa ra những giới hạn cho hoạt động của chính quyền. Về nguyên tắc, quyền lực nhà nước nói chung, quyền lực của Quốc hội nói riêng, chỉ là quyền lực được ủy nhiệm. Nếu Quốc hội tự mình làm ra Hiến pháp, sửa đổi và thông qua nó mà không có sự tham gia, phê chuẩn của chủ thể quyền lực gốc là một việc làm mang tính đơn phương, không đúng với tinh thần “mọi quyền lực nhà nước đều thuộc về nhân dân”.

Quyền phúc quyết là quyền được quyết định trực tiếp của người dân. Tất nhiên, người dân không thể quyết định trực tiếp mọi vấn đề. Do tính chất của hiến pháp là đạo luật cơ bản quy định quan hệ của nhà nước với người dân, do vậy, quyền phúc quyết đối với hiến pháp (cũng

như các sửa đổi hiến pháp) cần được xem như là dấu hiệu cơ bản nhất của quyền làm chủ, của sự đồng thuận, tự nguyện tuân thủ quyền lực do chính người dân ủy nhiệm.

Ngoài quyền phúc quyết hiến pháp, người dân có thể có quyền phúc quyết đối với một số vấn đề lớn, trọng đại khác liên quan đến vận mệnh quốc gia như việc gia nhập một số liên minh, cộng đồng, quyết định một số các dự án lớn gây tranh cãi và có khả năng ảnh hưởng sâu rộng cả về giá trị đạo đức truyền thống, cũng như phúc lợi cuộc sống (chẳng hạn như Luật về “tự chết nhân đạo”, nhân bản vô tính, năng lượng nguyên tử v.v..).

Như vậy, Hiến pháp cần phải được người dân tự mình phê chuẩn thông qua một cuộc trưng cầu dân ý. Hành vi bỏ phiếu phúc quyết Hiến pháp của người dân sẽ làm tăng thêm độ “thiêng” của văn bản pháp lý này.

### 1.2. Bổ sung các điều khoản quy định cách thức để lựa chọn các đại biểu Quốc hội và Hội đồng nhân dân

Cách thức để lựa chọn những người đại

(\*) TS. Viện Chính trị học, Học viện Chính trị - Hành chính Quốc gia Hồ Chí Minh.

(\*\*) TS. Viện Chính trị học, Học viện Chính trị - Hành chính Quốc gia Hồ Chí Minh.

diện cũng như bãi miễn họ là vấn đề rất quan trọng, được ghi nhận trong hầu hết các bản hiến pháp trên thế giới.

Ở Việt Nam, trong Hiến pháp năm 1992 chỉ quy định việc bầu cử đại biểu Quốc hội và Hội đồng nhân dân được tiến hành theo nguyên tắc phổ thông, bình đẳng, trực tiếp và bỏ phiếu kín, nhưng Hiến pháp không quy định, các đại diện này được bầu ra bằng cách nào, điều kiện, quy trình và thủ tục để lựa chọn họ là gì? Do vậy, trong Hiến pháp cần bổ sung thêm điều khoản quy định cách thức lựa chọn các đại biểu Quốc hội và Hội đồng nhân dân các cấp, nên đưa ra giới hạn độ dài nhiệm kỳ của các vị trí quyền lực, các điều kiện về tuổi, cư trú, cách phân bổ đại biểu, trường hợp bổ sung các ghế bị khuyết...

Bầu cử là cơ hội để người dân lựa chọn các đại diện cho mình. Trong Hiến pháp cần quy định rõ về quyền bầu cử, các điều kiện, quy trình và thủ tục để người dân thực hiện quyền này. Có ba tiêu chí quan trọng để lượng hóa mức độ làm chủ của nhân dân: (i) mọi người dân trưởng thành, không phân biệt giới tính, dân tộc, tín ngưỡng, tài sản, địa vị v.v.. đều có số phiếu bầu ngang nhau (nguyên tắc bình đẳng về số lượng); (ii) khi đi bầu, người dân không chịu bất kỳ sức ép nào (nguyên tắc tự do thể hiện ý chí); (iii) người dân được thông tin đầy đủ về ứng cử viên, hoặc về vấn đề bỏ phiếu (nguyên tắc bỏ phiếu có trách nhiệm xã hội).

Các nguyên tắc này có thể được thể hiện khác nhau tùy hoàn cảnh mỗi nước. Đối với nước ta, nguyên tắc thứ ba đặc biệt quan trọng, vì theo quan điểm mác-xít, tự do chính là sự nhận thức được cái tất yếu. Nói cách khác, bầu cử phải dựa trên cơ sở của nhận thức lý tính và trách nhiệm xã hội, chứ không thể chỉ là sự nhận thức cảm tính và càng không thể là của lợi ích phe phái. Nếu sự tự do thể hiện ý chí (qua lá phiếu) không đi kèm với quyền được cung cấp thông tin trung thực và đầy đủ về người ứng cử, thì việc bỏ phiếu mới chỉ là dân chủ hình thức, mới chỉ là sự lựa chọn cảm tính và thậm chí là mù quáng.

Vì vậy, để nâng cao mức độ làm chủ thực sự của người dân, Hiến pháp cần có các quy định về việc cung cấp thông tin đầy đủ, rõ ràng về các ứng cử viên. Dựa trên điều này, các luật có thể đưa ra quy định về các cuộc tranh biện giữa các ứng cử viên để không chỉ nâng cao tính minh bạch, trách nhiệm của người được dân ủy nhiệm, mà quan trọng hơn, đó còn là biện pháp giáo dục trách nhiệm công dân, nâng cao dân trí và huy động sức mạnh đại đoàn kết của toàn dân.

Trong thực tế, các bản hiến pháp của nước ta đều quy định quyền bầu cử của người dân thỏa mãn các tiêu chí của nguyên tắc (i) và (ii). Nhưng tất cả các bản hiến pháp đều không có quy định nào về nghĩa vụ của Nhà nước phải cung cấp cho người dân các thông tin đầy đủ và trung thực về các ứng cử viên - tức là thỏa mãn nguyên tắc (iii).

Quan sát các cuộc bầu cử ở nước ta gần đây cho thấy, việc cung cấp thông tin về các ứng cử viên mới chỉ dừng lại ở mức sơ lược lý lịch. Trong khi chúng ta đang thiếu các diễn đàn để cử tri tiếp xúc và tìm hiểu về các ứng cử viên, thì việc thiếu các thông tin như vậy khiến quyền làm chủ của người dân trở nên hình thức, thậm chí có những ứng cử viên không xứng đáng lại trúng cử. Do vậy, cần bổ sung điều khoản “cung cấp thông tin đầy đủ và trung thực về các ứng cử viên” vào Hiến pháp trong tương lai.

## **2. Tính chất và phạm vi của quyền lực nhà nước**

Như đã nói, người dân là chủ thể gốc của quyền lực nhà nước. Người dân không ủy nhiệm toàn bộ, chuyển nhượng toàn bộ quyền lực của mình cho Nhà nước, mà chỉ ủy nhiệm một số các quyền. Hiến pháp chính là sự hạn chế phạm vi quyền lực chung. Việc ghi nhận các quyền cá nhân của công dân trong Hiến pháp chính là một cách để giới hạn tính chất và phạm vi của quyền lực nhà nước.

Trong Hiến pháp hầu hết các nước trên thế giới đều ghi nhận một số quyền công dân mà Nhà nước bất khả xâm phạm như: tự do tư

tưởng, tự do ngôn luận, tự do cư trú v.v.. Theo tiêu chí này, có thể nói, Hiến pháp 1946 là bản Hiến pháp quy định rõ nhất các quyền của công dân trong quan hệ với Nhà nước. Điều 10 của Hiến pháp 1946 quy định: “Công dân Việt Nam có quyền: tự do ngôn luận; tự do xuất bản; tự do tổ chức và hội họp; tự do tín ngưỡng; tự do cư trú, đi lại trong nước và ra nước ngoài”. Sau nhiều lần sửa đổi, tới Hiến pháp 1992, các quyền con người cơ bản của công dân dường như đã bị thu hẹp. Quyền tự do ngôn luận, tín ngưỡng... của nhân dân đã trở thành quyền tự do ngôn luận, tín ngưỡng... theo quy định của pháp luật. Quy định của pháp luật là sự cụ thể hóa Hiến pháp và sẽ không có vấn đề gì nếu các quy định này chuyển tải được tinh thần của Hiến pháp. Song, do nhiều nguyên nhân, các quyền hiến định cơ bản của công dân có thể bị giới hạn, thậm chí bị vô hiệu hóa bởi văn bản quy phạm pháp luật của các bộ, ngành, địa phương.

Do tính chất quan trọng và nhạy cảm của vấn đề, theo chúng tôi, các quyền này phải được cụ thể, hướng dẫn bởi các đạo luật do Quốc hội thông qua, chứ không thể là một văn bản dưới luật, nhằm hạn chế sự lạm dụng quyền lực của các cơ quan ban hành.

### 3. Phân công và kiểm soát quyền lực nhà nước

Sẽ là lý tưởng nếu những người đại diện cho nhân dân làm việc trong các cơ quan công quyền được sử dụng các quyền lực được ủy nhiệm để phục vụ cho lợi ích của người dân. Nhưng trên thực tế, những người nắm giữ quyền lực nhà nước luôn có xu hướng lạm dụng, sử dụng quyền lực nhà nước sai mục đích. Đây là những hành động đi ngược lại ý chí chung của người dân. Một trong những cách thức cơ bản để chống lại sự lạm dụng của các cơ quan quyền lực nhà nước là thiết lập một cơ chế kiểm soát quyền lực.

Trong một nền dân chủ, có hai cách chính để kiểm soát quyền lực:

*Kiểm soát định kỳ thông qua bầu cử:* Đây là tiêu chí về kiểm soát quyền lực từ nhân dân và xã hội nói chung. Ngoài việc đánh giá các điều khoản về quy định nhiệm kỳ, tỷ lệ đại diện, thì các quy định về hạn chế thời gian của người được ủy quyền, cũng thể hiện sự kiểm soát từ bên ngoài này.

*Kiểm soát bằng thể chế:* Đây là tiêu chí về kiểm soát quyền lực từ bên trong, tức là sự tự kiểm soát giữa các cơ quan quyền lực nhà nước với nhau. Đối với các nước tổ chức bộ máy nhà nước theo thuyết tam quyền phân lập, việc quy định tính độc lập tương đối giữa ba nhánh hành pháp, lập pháp và tư pháp là rất quan trọng. Tuy nhiên, ngay cả khi bộ máy nhà nước được phân quyền cũng chưa đủ, vì nếu không có sự phân lập về mục đích sử dụng thì việc phân lập giữa các nhánh quyền lực cũng là vô nghĩa.

Ở nước ta, quyền lực nhà nước là thống nhất, không có sự phân chia quyền lực. Tuy nhiên, giữa các cơ quan quyền lực nhà nước vẫn có sự “phân công, phối hợp và kiểm soát lẫn nhau trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp”<sup>1</sup>. Vấn đề đặt ra đối với nước ta hiện nay là cần phải thiết kế lại cơ chế tổ chức bộ máy nhà nước theo hướng các cơ quan quyền lực nhà nước có sự phân công, phối hợp và kiểm soát lẫn nhau cho phù hợp với nhận thức mới này.

Có thể nói, lý do chính của việc phân công quyền lực nhà nước cho các cơ quan khác nhau đảm nhận là nhằm tạo ra một sự chuyên môn hóa trong lao động quyền lực: xây dựng luật pháp, thực thi luật pháp và giám sát việc thực thi. Sự chuyên môn hóa lao động quyền lực là một tất yếu kỹ thuật trong tổ chức và thực thi quyền lực nhà nước, để đảm bảo rằng, hệ thống tổ chức quyền lực được vận hành một cách hiệu quả, đáp ứng được các mong đợi của người dân.

Ngoài ra, việc phân công quyền lực giữa các nhánh cũng tạo ra một sự cân bằng quyền lực. Để các cơ quan quyền lực nhà nước có thể

(1) Xem: Đảng Cộng sản Việt Nam (2011), Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XI, NXB CTQG, Hà Nội, tr.85.



kiểm soát lẫn nhau, thì sự cân bằng quyền lực là một nguyên tắc quan trọng, theo đó, không có một cơ quan quyền lực nhà nước nào ở Việt Nam lại không bị kiểm soát bởi một thiết chế quyền lực khác, kể cả Quốc hội.

Để tạo ra cơ chế kiểm soát quyền lực trong bộ máy nhà nước, cần thiết lập một cơ chế bảo hiến và cơ chế cho phép nhánh tư pháp có một vị thế độc lập. Khi dùng tiêu chí này, có thể thấy cả bốn bản hiến pháp của nước ta đều chưa quy định việc thành lập cơ quan bảo hiến, và cũng chưa có các điều khoản đảm bảo cho sự độc lập của tư pháp, trong đó bao gồm các nội dung cụ thể như: các quy định về việc thành lập cơ quan bảo hiến, quy trình xét duyệt tư pháp, quy trình bổ nhiệm thành viên cũng như các điều khoản bảo vệ tính độc lập như về nhiệm kỳ và về thủ tục luận tội, bãi miễn các chức danh này.

Trên thế giới, chức năng bảo hiến có thể được giao cho Tòa án tối cao (như trường hợp Mỹ) hoặc giao cho một Tòa án được thành lập riêng cho mục tiêu bảo vệ hiến pháp (như trường hợp Pháp).

Đối với nước ta, có thể tính đến phương án thành lập một Tòa bảo hiến độc lập. Hiến pháp sẽ phải đưa ra quy trình thành lập, quy

trình xét duyệt tư pháp... của Tòa này. Thành viên của Tòa này có thể là 7 hoặc 9 thành viên (để đảm bảo sẽ đạt được đa số khi bỏ phiếu), do Quốc hội phê chuẩn và Chủ tịch nước bổ nhiệm. Các ứng cử viên có thể sẽ do Liên đoàn Luật sư, hoặc Mặt trận Tổ quốc Việt Nam đề cử. Các ứng cử viên sẽ phải đáp ứng các tiêu chuẩn, điều kiện về đạo đức, trình độ chuyên môn, kinh nghiệm làm việc, và phải trải qua quá trình xem xét, đánh giá sơ bộ bởi một cơ quan của Quốc hội (có thể là Ủy ban Tư pháp). Những người được đề cử sẽ phải điều trần trước một phiên họp toàn thể của Quốc hội, trên cơ sở đó, Quốc hội bỏ phiếu để lựa chọn các ứng cử viên để đề nghị Chủ tịch nước bổ nhiệm. Tuy nhiên, Chủ tịch nước có thể phủ quyết danh sách này, yêu cầu Quốc hội phải điều chỉnh, bổ sung nhân sự cho phù hợp.

Để đảm bảo tính độc lập của Tòa bảo hiến, các thẩm phán của Tòa không bị các chủ thể quyền lực khác gây áp lực trong quá trình xét xử, cần tính đến phương án bổ nhiệm các thẩm phán với nhiệm kỳ ít nhất là 10 năm, không tái bổ nhiệm. Để tạo ra tính liên tục và ổn định trong tổ chức và hoạt động của Tòa bảo hiến, số lượng các thẩm phán cũng nên được bổ nhiệm với thời gian cách biệt nhau, chẳng hạn

cứ 3 năm sẽ bổ nhiệm lại 1/3. Ngoài ra, Hiến pháp cũng phải đưa ra các quy định, trong những trường hợp nào các vị thẩm phán có thể bị luận tội hoặc bãi chức...

Bên cạnh đó, trong điều kiện Việt Nam - chỉ có một đảng cầm quyền và chi phối toàn bộ hoạt động của bộ máy nhà nước - cần tính đến sự tách bạch nhân sự giữa ba nhánh quyền lực nhà nước, theo đó, các Bộ trưởng trong Chính phủ không nhất thiết là đại biểu Quốc hội, và các thẩm phán của Tòa bảo hiến sẽ không là thành viên của hai nhánh lập pháp và hành pháp. Điều này đảm bảo các nguồn lực của các chức danh quyền lực không bị phân tán vào các công việc khác, chuyên tâm vào lĩnh vực chuyên môn của mình. Cách thiết kế này cũng tránh được sự xung đột về chức năng của những người đồng thời là thành viên của hai nhánh quyền lực khác nhau, và do đó, sự kiểm soát quyền lực đối với các nhánh còn lại cũng sẽ hiệu quả hơn.

#### 4. Tính hiệu quả của hệ thống chính trị

Sự kiểm soát quyền lực có mặt tích cực là giữ được đúng mục tiêu của quyền lực, nhưng cũng có thể gây ra các tác động tiêu cực như sự bế tắc chính sách, hoặc khiến cho hiệu quả của việc thực thi quyền lực chung không cao, do tác động của các khác biệt. Cái giá phải trả cho sự tranh luận và đồng thuận là tốc độ và hiệu lực thi hành các quyết định sẽ thấp, thiếu mức độ chính xác v.v.. trong thực tế.

Như vậy, ở đây có hai vấn đề: (i) sự tập trung, bao gồm cả tính nhất quán thứ bậc của thiết kế trong quan hệ quyền lực, đảm bảo hiệu lực cần có để thi hành ý chí chung; và (ii) thẩm quyền chuyên môn cần có để việc thi hành ý chí chung đó đạt kết quả tốt nhất với chi phí nhỏ nhất.

Trong vấn đề này, vấn đề về thẩm quyền chuyên môn (tức người thi hành) so với thẩm quyền chính trị (tức người lãnh đạo đại diện cho đa số) cần được chú ý, vì không phải khi nào số đông cũng đúng. Hơn nữa, trong xã hội hiện đại, những người đại diện không phải bao giờ cũng có đủ kiến thức chuyên môn sâu về

các lĩnh vực mà mình có quyền quyết định. Do vậy, hiến pháp cần thiết kế hệ thống chính trị để tìm được điểm cân bằng giữa hai loại thẩm quyền này.

Kinh nghiệm của các hệ thống chính trị vận hành tốt cho thấy, có sự tách biệt khá rõ giữa hai loại thẩm quyền này. Theo đó, hệ thống chính trị được tách thành hai tầng: tầng chính trị (do dân cử) và tầng kỹ trị (do thi cử chuyên môn). Vấn đề của thiết kế chính là tạo dựng cơ chế để bộ máy kỹ trị (hành chính) cần tuân thủ ý chí chung, tức tuân thủ quyền lực chính trị trong khi đảm bảo các yêu cầu khách quan của công việc chuyên môn. Việc tách biệt hành chính với chính trị, khu vực kinh doanh với chức năng quản lý nhà nước chính là đi theo hướng này.

Từ góc độ xem xét tính hiệu quả của hệ thống chính trị ở Việt Nam hiện nay, nếu chúng ta thiết kế mô hình Chủ tịch nước (như Hiến pháp 1946), thì việc hợp nhất hai chức danh Tổng bí thư và Chủ tịch nước là một phương án hợp lý. Nếu chúng ta duy trì quyền lực của Chủ tịch nước theo Hiến pháp hiện hành, quyền hành pháp chủ yếu nằm trong tay Thủ tướng như hiện nay, thì việc hợp nhất hai chức danh Tổng bí thư và Thủ tướng Chính phủ lại là một phương án cần tính đến. Bởi vì, cách thiết kế như vậy nhìn về dài hạn sẽ cho phép đảng duy nhất cầm quyền ở Việt Nam hoạt động nhất quán với các ràng buộc của Hiến pháp và pháp luật, do Đảng đã “hóa thân” vào Nhà nước; người đứng đầu Đảng cũng đồng thời là người chịu trách nhiệm điều hành hoạt động của Chính phủ. Đây là kinh nghiệm mà hầu hết các đảng chính trị trên thế giới đang áp dụng. Điều này sẽ tạo ra sự nhất quán trong quan hệ quyền lực, hạn chế được khoảng trống về mặt pháp lý đối với hoạt động lãnh đạo của Đảng đối với bộ máy nhà nước, làm tăng tính chính đáng cho sự cầm quyền duy nhất của Đảng. Những thay đổi này có thể không dễ dàng thực hiện được trong ngắn hạn, vì nó đòi hỏi đồng bộ một loạt các yếu tố và các cơ chế ràng buộc khác ngay trong Đảng cũng như sự chín muồi của các điều kiện thực tế khác. ■

# CHẾ ĐỊNH CHÍNH QUYỀN ĐỊA PHƯƠNG

■ HOÀNG THỊ NGÂN\*

**H**iến pháp năm 1992 và Luật Tổ chức Hội đồng nhân dân và Ủy ban nhân dân (1994 và 2003) đã đặt cơ sở pháp lý cho việc xây dựng chính quyền địa phương theo cơ chế mới và trong tinh thần hoàn thiện bộ máy nhà nước. Tuy nhiên, có thể thấy cách tổ chức chính quyền địa phương ở nước ta mặc dù theo những đặc thù riêng, song còn chứa đựng nhiều hạn chế như đã tạo ra một hệ thống cơ quan chính quyền địa phương rập khuôn, cứng nhắc, không phân biệt được sự khác nhau trong quản lý hành chính nhà nước ở đô thị, nông thôn, miền núi, hải đảo và cũng không bảo đảm được tính tập trung cao từ trung ương xuống địa phương<sup>1</sup>.

Với mục đích tiếp tục đổi mới chính quyền địa phương, các chủ trương của Đảng về tổ chức hợp lý chính quyền địa phương đã được thể chế hóa, trong đó có hình thức thí điểm. Kết quả thí điểm không tổ chức Hội đồng nhân dân (HĐND) huyện, quận, phường là căn cứ quan trọng để nghiên cứu và hoàn thiện khi sửa đổi Hiến pháp tới đây.

Đây cũng là thời điểm đưa ra phương án giải quyết triệt để một số vấn đề, như: nguyên tắc mối quan hệ giữa trung ương và địa phương; phân chia đơn vị hành chính - lãnh

thô; mô hình chính quyền địa phương.

## 1. Mối quan hệ giữa trung ương và địa phương

Liên quan tới mối quan hệ giữa trung ương và địa phương, cần nghiên cứu một số vấn đề mà trước hết là tính chất của HĐND và nguyên tắc thiết lập quan hệ giữa chính quyền trung ương và chính quyền địa phương.

### 1.1. Về vị trí của Hội đồng nhân dân

Cơ cấu lãnh thổ và mối quan hệ trung ương - địa phương là những yếu tố phản ánh hình thức nhà nước vốn là nội dung cơ bản của Hiến pháp. Nhìn chung, chế định Hiến pháp về chính quyền địa phương bao gồm các nhóm quy định: phân chia đơn vị hành chính - lãnh thổ; nguyên tắc hình thành mối quan hệ giữa các cơ quan nhà nước trung ương và các cộng đồng lãnh thổ; kiểm soát của chính quyền trung ương đối với các cơ quan địa phương.

Hiến pháp là văn bản quy định về tổ chức quyền lực nhà nước, theo cả chiều ngang và chiều dọc. Như đã rõ, quyền lực nhà nước là thống nhất bởi lẽ toàn bộ quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân. Về nguyên tắc, nhân dân có toàn quyền tổ chức thực hiện quyền lực. Chỉ khi nào, về khách quan và chủ quan, họ không thể tiến hành được thì hoạt động đó được ủy quyền cho cộng đồng hay cho thiết

(\*) TS, Vụ Tổ chức hành chính nhà nước và Công vụ, Văn phòng Chính phủ.

(1) Phạm Quốc Anh (chủ biên). Những vấn đề cơ bản của Hiến pháp năm 1992 sửa đổi. Nxb. Công an nhân dân. Hà Nội, 2006, tr.193-194.

ché đại diện<sup>2</sup>. Theo tinh thần dân chủ và tính hợp lý, việc ủy quyền được bắt đầu từ cấp gần dân nhất. Những vấn đề mà cơ sở có khả năng đảm nhiệm sẽ được ủy quyền cho các thiết chế đại diện ở cấp tương ứng. Tương tự như vậy với các vấn đề khác và với các cơ quan được tổ chức ở các cấp cao hơn. Sự “phân vai” này sẽ là lý tưởng nên được ghi nhận rõ ngay trong Hiến pháp. Thông qua Hiến pháp, nhân dân trao quyền cho các cơ quan nhà nước và những thẩm quyền đó là cơ sở để các chủ thể này thực hiện chức năng quản lý xã hội.

Mục đích của phân chia đơn vị hành chính lãnh thổ là tổ chức bộ máy quản lý tương ứng tại các điểm dân cư. Tính chất và quy mô của đơn vị hành chính là tiêu chí quyết định cách thức tổ chức các cơ quan chính quyền. Trách nhiệm của Nhà nước là xây dựng, ban hành chính sách phục vụ phát triển xã hội và tổ chức thực hiện chính sách đó trên quy mô toàn lãnh thổ. Để thực hiện công việc đó, cần thiết lập hệ thống cơ quan tương ứng mà một trong số đó là HĐND. Như vậy, HĐND là cơ quan nhà nước, hoạt động theo cơ chế dân chủ đại diện, thực hiện các nhiệm vụ của Nhà nước để tổ chức triển khai các chính sách của Nhà nước và tổ chức đời sống dân cư tại địa phương. Việc thực hiện các nhiệm vụ mang tính tự quản không đồng nghĩa với tính phi nhà nước của cơ quan đại diện được trao thẩm quyền quyết định các vấn đề quan trọng của địa phương.

### **1.2. Về nguyên tắc hình thành quan hệ giữa trung ương và địa phương**

Từ trước đến nay, mối quan hệ giữa trung ương và địa phương được thực hiện dựa trên quan điểm xuyên suốt về tính thống nhất, tập trung của quyền lực nhà nước. Vị thế của HĐND được khắc họa với tư duy về tính hệ thống của các cơ quan nhà nước. Theo đó, HĐND được quan niệm là yếu tố cấu thành của nhóm cơ quan quyền lực nhà nước, cơ quan

đại diện, có tính trội trong tương quan với các cơ quan hành chính nhà nước cùng cấp. Mặc dù tạo thành một khối thống nhất (chính quyền địa phương), nhưng giữa HĐND và Ủy ban nhân dân (UBND), mà đặc biệt là HĐND và các cơ quan nhà nước trung ương hình thành hai tuyến quan hệ mang tính chất khác nhau, đó là với Quốc hội, Ủy ban Thường vụ Quốc hội và với một chủ thể khác - Chính phủ.

Nếu như quan hệ giữa các cơ quan nhà nước trung ương được xác lập theo nguyên tắc phân công, phối hợp thì đặc trưng trong quan hệ giữa trung ương và địa phương thời gian qua là phân cấp. Chương trình tổng thể cải cách hành chính nhà nước giai đoạn 2001-2010 xác định nhiệm vụ: Định rõ vai trò, chức năng và trách nhiệm của chính quyền địa phương các cấp phù hợp với yêu cầu đổi mới sự phân cấp quản lý hành chính giữa trung ương và địa phương; xác định rõ chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và trách nhiệm của chính quyền địa phương trên cơ sở phân cấp rõ ràng và hợp lý giữa trung ương và địa phương; gắn phân cấp công việc với phân cấp về tài chính, tổ chức và cán bộ. Trong Báo cáo tổng kết tình hình hoạt động của HĐND các cấp nhiệm kỳ 2004-2011, cơ chế phân cấp quản lý giữa trung ương và địa phương được xem là yếu tố tác động tích cực (hoặc ngược lại) đến hiệu quả hoạt động của cơ quan quyền lực nhà nước các cấp tỉnh, huyện, xã<sup>3</sup>.

Trên thực tế, phân cấp chủ yếu được thực hiện giữa các cơ quan hành chính nhà nước và phần nhiều được thể chế hóa bằng các nghị định của Chính phủ. Với tư duy thẩm quyền của HĐND - cơ quan quyền lực nhà nước phải do Quốc hội, Ủy ban Thường vụ Quốc hội quy định nên các văn bản quy phạm pháp luật của Chính phủ thường tập trung phân định nhiệm vụ, quyền hạn giữa Chính phủ, các bộ với UBND cấp tỉnh<sup>4</sup>. Được tiến hành theo

(2) PGS.TS. Lê Minh Thông, PGS.TS. Nguyễn Như Phát (đồng chủ biên). *Những vấn đề lý luận và thực tiễn về chính quyền địa phương ở Việt Nam hiện nay*. Nxb. Chính trị quốc gia. Hà Nội, 2002, tr.378.

(3) Xem Báo cáo số 361/BC-UBTVQH12 ngày 8/9/2010.

(4) Nghị quyết số 08/2004/NQ-CP ngày 30/6/2004 về tiếp tục đẩy mạnh phân cấp quản lý nhà nước giữa Chính phủ và chính quyền tỉnh, thành phố thuộc trung ương xác định các lĩnh vực cần phân định rõ nhiệm vụ, quyền hạn, trách nhiệm của Chính phủ và UBND cấp tỉnh.

nguyên tắc bảo đảm hiệu quả, “việc nào, cấp nào sát thực tế hơn, giải quyết kịp thời và phục vụ tốt hơn các yêu cầu của tổ chức và nhân dân thì giao cho cấp đó thực hiện”, nhưng có thể nói, phân cấp thời gian qua nghiêng về tư duy chuyển giao thẩm quyền từ trung ương cho địa phương. Trong tinh thần cải cách hành chính, phân cấp được tiến hành với mục đích khắc phục chông chéo, trùng lặp về chức năng, nhiệm vụ giữa bộ, cơ quan ngang bộ, cơ quan thuộc Chính phủ, chính quyền địa phương và đề Chính phủ, các bộ, cơ quan ngang bộ tập trung xây dựng, ban hành thể chế, kế hoạch, chính sách, quản lý vĩ mô về kinh tế - xã hội, chỉ đạo và kiểm tra thực hiện.

Mặc dù được gọi là phân cấp, song quan hệ giữa trung ương và địa phương thời gian qua có dấu hiệu của phân quyền. Chương trình tổng thể cải cách hành chính nhà nước giai đoạn 2001-2010 đề ra nhiệm vụ: Định rõ những loại việc địa phương toàn quyền quyết định, những việc trước khi địa phương quyết định phải có ý kiến của trung ương và những việc phải thực hiện theo quyết định của trung ương.

Trong bối cảnh hiện nay, do có sự đan xen giữa “phân cấp” và “phân quyền”, nên mối quan hệ tổ chức quyền lực nhà nước theo chiều dọc sẽ được thể hiện qua các nhóm quy định lập hiến: dân chủ trực tiếp (những vấn đề nhân dân trực tiếp quyết định ở quy mô địa phương hoặc toàn quốc); dân chủ đại diện (vị trí và trách nhiệm của HĐND với tư cách là cơ quan dân cử); xác định thẩm quyền của từng cấp HĐND và UBND, chế độ ủy quyền. Thông qua đó, những vấn đề do chính quyền địa phương tự quyết; những công việc thuộc thẩm quyền tuyệt đối của trung ương cũng như khả năng tác động, giám sát của trung ương sẽ được định lượng.

### **1.3. Về phân chia đơn vị hành chính - lãnh thổ**

Tổ chức chính quyền địa phương gắn với phân chia đơn vị hành chính - lãnh thổ và quy chế pháp lý của đơn vị hành chính. Mặc dù Hiến pháp dành cho luật quy định việc thành



lập HĐND và UBND nhưng trên thực tế, các cơ quan này được thành lập theo một mô hình chung tại các đơn vị hành chính. Nhu cầu cải cách chính quyền địa phương đã được đặt ra, nhất là với các thành phố trực thuộc trung ương. Thời gian qua, một số địa phương phải “xé rào” để giải quyết các vấn đề bức xúc của mình. Các thành phố trực thuộc trung ương đã và đang xây dựng Đề án về cơ chế đặc thù và thí điểm mô hình chính quyền đô thị. Đối với Hà Nội, vấn đề này đang được nghiên cứu luật hóa.

Theo Hiến pháp, Quốc hội có quyền thành lập đơn vị hành chính - kinh tế đặc biệt. Tuy nhiên, chưa rõ tương quan giữa đơn vị hành chính - kinh tế đặc biệt này với các đơn vị hành chính khác.

Chiến lược cải cách tư pháp định hướng việc thành lập các cơ quan tư pháp theo khu vực. Trong hệ thống hành chính nhà nước cũng có nhiều cơ quan được thiết kế theo tiêu chí liên tỉnh, vùng. Như vậy, cần có quy định làm cơ sở hình thành cơ chế đặc thù trong quản lý đô thị, đô thị đặc biệt và khả năng thành lập các cơ quan mang tính liên địa bàn.

Phân chia đơn vị hành chính lãnh thổ là vấn đề vẫn cần được quy định ngay trong Hiến pháp. Đây chính là tiêu chí để thiết lập HĐND và UBND (tạm giữ tên gọi như hiện nay), kể cả trong trường hợp không tổ chức một trong



hai cơ quan này ở một số địa bàn. Để bảo đảm tính ổn định, nên quy định theo hướng: việc tổ chức các cơ quan chính quyền địa phương được thực hiện theo quy định của luật.

## 2. Mô hình các cơ quan chính quyền địa phương

### 2.1. Xác định cấp chính quyền

Vấn đề được nghiên cứu và đặt ra là xác định cấp chính quyền hoàn chỉnh, nơi tổ chức cả hai cơ quan: cơ quan đại diện và cơ quan hành chính. Nhìn chung, đối với đơn vị hành chính cơ sở thì bảo đảm lợi ích dân cư là nhiệm vụ hàng đầu của chính quyền. Trong khi đó, chức năng của cơ quan tại đơn vị hành chính trung gian là duy trì mối liên hệ giữa trung ương và cơ sở. Cơ quan tại loại đơn vị trung gian do cấp trên bổ nhiệm hoặc phê chuẩn và phải đề cao lợi ích của trung ương, tổ chức thực hiện chính sách của Nhà nước. Việc quản lý trên địa bàn lãnh thổ mang tính trung gian về cơ bản do cơ quan hành chính thực hiện; còn cơ quan đại diện (nếu có) chỉ đóng vai trò tư vấn cho cơ quan hành chính.

Vừa qua, thực hiện chủ trương của Đảng về tổ chức hợp lý chính quyền địa phương, tại 67 huyện, 32 quận, 483 phường của 10 tỉnh, thành phố, HĐND đã không được tổ chức. Trong khuôn khổ thí điểm, tính hành chính của UBND được nhấn mạnh. Cơ chế UBND cấp trên bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức các thành viên UBND huyện, quận, phường được thực hiện thay vì được HĐND cùng cấp bầu, miễn nhiệm. Chế độ trách nhiệm, mối quan hệ trong chỉ đạo, kiểm tra giữa UBND cấp trên với cơ quan hành chính huyện, quận, phường được định hình, nhất là trong điều kiện UBND nơi thực hiện thí điểm được trao thêm những nhiệm vụ, quyền hạn về quản lý đô thị, về phát triển kinh tế - xã hội, ngân sách nhà nước.

Qua một thời gian thí điểm, cần giải quyết cả về góc độ lý luận và thực tiễn vấn đề: thiết lập các cấp chính quyền địa phương sao cho

vừa bảo đảm các giá trị dân chủ, vừa hướng tới nguyên tắc về tính thống nhất, thông suốt của hệ thống hành chính nhà nước.

Tổ chức chính quyền địa phương là vấn đề luôn được đề cập khi bàn về việc thiết kế bộ máy nhà nước dân chủ, hiện đại, có hiệu lực từ trung ương đến cơ sở. Hình ảnh rõ rệt nhất trong các định chế lịch sử là HĐND được xem như một cơ quan “tự quản” của nhân dân, một cơ quan quyết định những vấn đề có tính địa phương. Để quyền hạn của Nhà nước trung ương thực hiện thống nhất và tập trung, có một danh mục các công việc bắt buộc HĐND phải xin phép trung ương nếu chính quyền địa phương muốn thực hiện; ngoài danh mục đó, chính quyền địa phương tự quyết mọi công việc. Các nghị quyết của HĐND phải gửi lên cơ quan hành chính cấp trên, trong một thời hạn nhất định nếu không có sự bác bỏ hoặc yêu cầu bổ sung thì HĐND đương nhiên thực hiện nghị quyết đó. HĐND có thẩm quyền rộng và HĐND đặt dưới sự quản lý của Chính phủ là những định chế lịch sử vẫn có ý nghĩa thời sự. Đồng thời với việc thi hành mệnh lệnh của cơ quan hành chính cấp trên, Ủy ban hành chính còn là cơ quan thực hiện các nghị quyết của HĐND cùng cấp. Vị trí, chức năng, quyền hạn đó thể hiện một nền hành chính tập trung trên nguyên tắc dân chủ<sup>5</sup>.

Ông Vũ Đình Hòa, nguyên Bộ trưởng Bộ Tư pháp coi quy định “Ủy ban hành chính các cấp có quyền đình chỉ việc thi hành những nghị quyết không thích đáng của HĐND cấp dưới trực tiếp” (từ Hiến pháp năm 1959) chính là cơ sở pháp lý của nguyên tắc “một hành chính” mạnh. Nhưng có lẽ quan trọng hơn, theo ông Vũ Đình Hòa, chính là thực tiễn “Thì không thể chối cãi được rằng suốt 50 năm nay, thực quyền công việc quản lý đất nước ở trung ương là ở trong tay Chính phủ và ở địa phương là ở trong tay Ủy ban”. Về ý tưởng coi Quốc hội và HĐND là hình tượng cao đẹp của chế độ dân chủ - tập quyền, Ông Vũ Đình

(5) Nguyễn Văn Thảo, *Thiết kế bộ máy nhà nước theo tư tưởng Hồ Chí Minh. Bộ Tư pháp. Nghiên cứu tư tưởng Hồ Chí Minh về nhà nước và pháp luật. Hà Nội, 1993, tr.127-129.*

Hòa cho rằng, “đứng về khách quan, không thể không thừa nhận chúng ta còn đứng xa lắm so với lý tưởng, mặc dầu có cố gắng làm nhiều đây, nhưng vị trí, vai trò của HĐND vẫn cứ mờ nhạt”. Theo ông, chính hệ thống chặt chẽ (Ủy ban hành chính các cấp chịu sự lãnh đạo của Ủy ban hành chính cấp trên và sự lãnh đạo thống nhất của Hội đồng Chính phủ) đã làm nên sức mạnh của hành pháp và đã theo sát tư tưởng Hiến chính của Bác Hồ<sup>6</sup>.

Sửa đổi Hiến pháp lần này là dịp nghiên cứu xác định hai cấp chính quyền địa phương hoàn chỉnh, nơi tổ chức cả HĐND và UBND là những cơ quan có chung chức năng tổ chức thi hành pháp luật. Những công việc của địa phương do HĐND quyết định sẽ được thực hiện theo quy định của Hiến pháp và luật. Bên cạnh đó, các biện pháp thực hiện dân chủ trực tiếp phải được quy định một cách thiết thực để bảo đảm quyền của người dân trong việc quyết định các vấn đề của địa phương, cộng đồng.

## 2.2. Chính quyền đô thị và chính quyền nông thôn

Vấn đề lớn luôn được đặt ra là phân biệt nhiệm vụ, quyền hạn của mỗi cấp chính quyền địa phương và của HĐND, UBND theo các tiêu chí mà trước hết là tiêu chí đô thị, nông thôn. Giới thiệu về những điểm mới của Luật Tổ chức HĐND và UBND năm 2003, có bình luận mang tính tổng kết và khẳng định rằng: nghiên cứu và tổng kết thực tiễn tổ chức và hoạt động của HĐND và UBND cho thấy, có những nhiệm vụ, quyền hạn mà HĐND và UBND ở cả ba cấp đều phải thực hiện nhưng ở mức độ khác nhau, tùy thuộc vào phạm vi quản lý ở mỗi cấp. Do đó, việc quy định về một số nhiệm vụ, quyền hạn của HĐND và UBND ở các cấp giống nhau là không thể tránh khỏi<sup>7</sup>.

Kiểm điểm 5 năm thực hiện nghị quyết Đại hội X, nhìn lại 10 năm thực hiện Chiến lược phát triển kinh tế - xã hội 2001-2010,

20 năm thực hiện Cương lĩnh năm 1991, Báo cáo Chính trị của Ban Chấp hành Trung ương Đảng khóa X tại Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XI của Đảng nêu hạn chế trong quá trình xây dựng nhà nước pháp quyền Việt Nam là hiệu lực, hiệu quả quản lý của Nhà nước trên một số lĩnh vực yếu; phân cấp mạnh nhưng thiếu kiểm tra, kiểm soát<sup>8</sup>. Đại hội XI của Đảng nhấn mạnh yêu cầu “Tiếp tục đổi mới tổ chức và hoạt động của chính quyền địa phương. Nâng cao chất lượng hoạt động của HĐND và UBND các cấp, bảo đảm quyền tự chủ và tự chịu trách nhiệm trong việc quyết định và tổ chức thực hiện những chính sách trong phạm vi được phân cấp”<sup>9</sup>.

Hiệu quả hoạt động của chính quyền địa phương được quyết định bởi nhiều yếu tố. Thời gian qua, việc xác định đồng loạt một mô hình chính quyền địa phương với những nhóm nhiệm vụ, quyền hạn giống nhau đã tỏ ra không phù hợp. Cùng với việc xác định các cấp chính quyền và thẩm quyền mang tính khái quát của mỗi cấp, Hiến pháp có thể đưa ra nguyên tắc hình thành chính quyền đô thị và nông thôn. Điều này cho phép thiết kế các mô hình đa dạng, phù hợp với các nhóm đơn vị hành chính lãnh thổ. Hiện tại, ngoài hai mô hình đô thị và nông thôn “thuần chủng”, còn có mô hình đô thị đặc biệt, mô hình “bán đô thị, bán nông thôn”. Nhiệm vụ, quyền hạn, mối quan hệ giữa HĐND và cơ quan hành chính các cấp sẽ phải tương thích với mỗi loại mô hình là nội dung sau này sẽ được luật điều chỉnh.

Là các quy định liên quan đến quyền lợi của các cộng đồng dân cư trên toàn lãnh thổ, sẽ được nhân dân tự nguyện tuân thủ, các điều khoản của Dự thảo Hiến pháp về tổ chức chính quyền địa phương nên được lấy ý kiến rộng rãi của nhân dân trước khi ban hành. ■

(6) Vũ Đình Hòa, *Nội dung về một Nhà nước của dân, do dân, vì dân, theo tư tưởng Hồ Chí Minh qua bộ máy hành pháp. Bộ Tư pháp. Nghiên cứu tư tưởng Hồ Chí Minh về nhà nước và pháp luật. Hà Nội, 1993, tr.199-200.*

(7) *Những nội dung cơ bản của Luật Tổ chức HĐND và UBND năm 2003. Nxb. Tư pháp. Hà Nội, 2003, tr.13.*

(8) *Đảng Cộng sản Việt Nam. Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XI. Nxb. Chính trị quốc gia. Hà Nội, 2011, tr.171.*

(9) *Đảng Cộng sản Việt Nam. t.lđđ, tr. 251.*

# TRƯỜNG PHÁI KINH TẾ HỌC PHÁP LUẬT VÀ KHẢ NĂNG ÁP DỤNG TẠI VIỆT NAM

■ NGUYỄN VĂN CƯƠNG\*

■ TRƯƠNG HỒNG QUANG\*\*

## 1. Khái quát chung về kinh tế học pháp luật

Theo định nghĩa của Từ điển Black's Law Dictionary, kinh tế học pháp luật là “một môn học chủ trương thực hiện phân tích pháp luật dưới góc độ kinh tế, theo đó mọi quy tắc pháp lý được phân tích bằng cách đánh giá chi phí/lợi ích để quyết định xem liệu một sự thay đổi pháp luật từ trạng thái hiện tại có làm tăng hay giảm hiệu quả sử dụng và phân bổ nguồn lực trong xã hội hay không”<sup>1</sup>.

Ở Hoa Kỳ, việc kết hợp giữa lý luận pháp luật với lý luận kinh tế, cho tới những năm đầu thập niên 1960 vẫn chủ yếu dừng lại ở phạm vi tương đối hẹp, đó là tập trung vào phân tích nội dung và các quy định của pháp luật cạnh tranh và các quy định điều tiết nền kinh tế của chính phủ. Ngay bản thân các lĩnh vực pháp luật truyền thống có liên quan tới sự vận hành của nền kinh tế thị trường như Luật Sở hữu, Luật Hợp đồng, Luật Bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng vẫn nằm ngoài chương trình nghiên cứu của trường phái này. Tuy nhiên,

tình hình trong những năm 1960 và 1970 đã thay đổi khi cả ba lĩnh vực này đã được một số học giả trong trường phái để tâm nghiên cứu, lý giải. Cũng cần lưu ý rằng, cho tới giữa những năm 1970, kể cả ở các trường luật cung cấp các khoá học sau đại học thì môn kinh tế học pháp luật cũng chưa được đưa vào giảng dạy. Cho mãi tới những năm đầu thập niên 1980, các sinh viên theo học các khoá cao học hoặc nghiên cứu sinh cũng hầu như không chọn các chủ đề trong hướng nghiên cứu này để viết luận án của mình. Tình hình đó chỉ thực sự thay đổi khi từ khoảng giữa thập niên 1980, nhiều trường luật hàng đầu ở Hoa Kỳ trong đó có Stanford, Chicago, Columbia, George Mason, Miami đã đưa môn kinh tế học pháp luật trở thành một trong những môn học chính thức trong chương trình đào tạo luật của mình. Có thể nói, trường phái này được coi là một trong những phát triển nổi bật nhất của khoa học pháp lý nửa cuối thế kỷ 20<sup>2</sup>. Hiện nay, tuy tốc độ phát triển không còn nhanh như những năm đầu hình thành, nhưng kinh tế học

(\*) TS. Viện Khoa học Pháp lý, Bộ Tư pháp.

(\*\*) Viện Khoa học Pháp lý, Bộ Tư pháp.

(1) Black's Law Dictionary, 7th edition, 1999, p. 890.

(2) Robert Cooter and Thomas Ulen: Law and economics, Scott, Foresman and Company, 1988, p. i.

pháp luật vẫn nhận được sự ủng hộ trong giới nghiên cứu pháp luật ở nhiều quốc gia trên thế giới<sup>3</sup>. Có thể nói, tốc độ phát triển của kinh tế học pháp luật chịu ảnh hưởng nhất định bởi bộ môn khoa học nguồn, đó là bộ môn kinh tế học. Khi kinh tế học còn tiếp tục tồn tại và được coi là hữu ích thì kinh tế học pháp luật vẫn còn cơ sở để tồn tại.

Một điểm cần lưu ý là kinh tế học pháp luật chỉ là một trong những cách tiếp cận nghiên cứu pháp luật, nghiên cứu về các thiết chế chính trị - xã hội, nó không phải và không có ý định trở thành trường phái độc tôn trong khoa học pháp lý. Pháp luật, với tính đa chiều, đa diện của nó không thể chỉ được nhìn nhận từ một góc cạnh, một trường phái. Kinh tế học pháp luật là trường phái lý luận có tính mở và động. Các nghiên cứu của trường phái này không có ý định phủ định kết quả nghiên cứu của các trường phái khác mà cùng với các trường phái lý luận pháp luật khác giúp cho các nhà nghiên cứu, các nhà hoạch định chính sách, những người hành nghề luật hiểu thêm về bản chất, chức năng, vai trò và tác động của pháp luật đối với xã hội và ngược lại. Với tính cách là trường phái có tính cách động và mở, kinh tế học pháp luật có thể dung hòa với các trường phái lý luận khoa học pháp lý khác trong đó có xã hội học pháp luật, luật so sánh, luật và văn hoá...

Kinh tế học pháp luật, với tư cách là một trường phái nhưng không có nghĩa rằng, tất cả những nhà nghiên cứu tham gia trường phái đều có chung một cách giải quyết khi đối mặt cùng một vấn đề. Tuy cách tiếp cận vấn đề của các nhà nghiên cứu trong trường phái kinh tế học pháp luật có những nét chung khá cơ bản là họ dùng lý thuyết kinh tế để nghiên cứu các tác động của pháp luật đối với thực tiễn đời sống, họ dùng nhiều thuật ngữ được hiểu khá thống nhất... nhưng khi ứng dụng trường phái này, các đề xuất, kiến nghị của mỗi nhà kinh tế học pháp luật không hoàn toàn giống nhau.

Chẳng hạn, những người theo trường phái kinh tế học pháp luật đến mức sùng bái, có niềm tin tuyệt đối vào vai trò của thị trường tự do trong việc giải quyết các vấn đề xã hội có xu hướng cho rằng, nên hợp pháp hoá sự tồn tại của nhiều loại thị trường vốn bị coi là “nhạy cảm” khi xét từ các góc độ khác (nhất là góc độ đạo đức), như thị trường mại dâm, thị trường mua bán chất ma túy, thị trường nuôi con nuôi, thị trường mua bán các bộ phận trên cơ thể người. Những đề xuất kiểu trên thường gây nhiều tranh cãi và động chạm trực tiếp tới nhiều vấn đề đạo đức của xã hội.

Như vậy, một cách đơn giản nhất có thể hiểu, kinh tế học pháp luật là một phương pháp phân tích pháp luật ở trình độ cao và hữu hiệu, dựa trên việc đề cao tính hiệu quả/lợi ích trong hoạt động xây dựng, hoàn thiện, thực thi hệ thống chính sách, pháp luật.

## **2. Khả năng áp dụng trường phái kinh tế học pháp luật tại Việt Nam**

### **2.1. Những tiền đề bước đầu ứng dụng kinh tế học pháp luật tại Việt Nam**

Có thể nhận thấy, tại Việt Nam từ trước đến nay đã manh nha những yếu tố làm cơ sở cho việc xây dựng và ứng dụng trường phái kinh tế học pháp luật. Yếu tố quan trọng nhất phải kể đến việc các nhà hoạch định chính sách, các nhà nghiên cứu và các nhà công tác thực tiễn đã từng bước làm quen với việc sử dụng công cụ phân tích kinh tế trong một số hoạt động xây dựng pháp luật, cải cách hành chính, cải cách tư pháp. Chính các hoạt động này đang đặt ra những nhu cầu và môi trường lớn để nghiên cứu, ứng dụng trường phái kinh tế học pháp luật. Cụ thể:

a) *Nhu cầu đánh giá tính hiệu quả trong hoạt động cải cách hành chính ở Việt Nam*

Từ nhiều năm qua, chúng ta đã triển khai cải cách hành chính trên những nội dung cơ bản là: cải cách thể chế, cải cách tổ chức bộ máy hành chính, xây dựng và nâng cao chất

(3) Francesco Parisi, *Positive, Normative and functional schools in law and economics*, working paper, December 2004, p. 2. [http://ssrn.com/abstract\\_id=586641](http://ssrn.com/abstract_id=586641).

lượng của đội ngũ cán bộ, công chức, cải cách tài chính công và hiện đại hóa nền hành chính. Tuy nhiên, nhìn chung, hệ thống hành chính Việt Nam chưa chú trọng nhiều đến vấn đề hiệu quả, hiệu suất trong công vụ cũng như trong cải cách hành chính. Hiện tại, chúng ta vẫn đang tập trung nhiều hơn đến việc nghiên cứu đề ra các biện pháp cải cách thích hợp và đưa nó vào thực thi. Còn trong thực tế, việc triển khai và đánh giá dưới góc độ hiệu quả, hiệu suất thì chưa được quan tâm nhiều, việc nghiên cứu hiệu quả kinh tế mới ở giai đoạn rất sơ khai. Về lâu dài, đây là những vấn đề cần được nghiên cứu kỹ, có kết luận và cần phải được thể chế hóa đưa vào triển khai. Đánh giá hiệu quả kinh tế của hoạt động cải cách hành chính có thể được thể hiện qua một số ví dụ<sup>4</sup>:

Nghị quyết Hội nghị lần thứ 7 Ban Chấp hành trung ương Đảng khóa VIII ngày 16/08/1999 về một số vấn đề về tổ chức, bộ máy và tiền lương, trợ cấp xã hội thuộc ngân sách nhà nước đã xác định, cần thiết phải giảm 15% biên chế hành chính (mục 3.7). Sau đó, Chính phủ có Nghị quyết về tinh giản biên chế và các biện pháp kèm theo nhằm bảo đảm thực hiện mục tiêu giảm 15% biên chế hành chính. Sau một thời gian thực hiện, con số giảm biên chế chỉ đạt khoảng 7,5% trên cả nước. Như vậy, đánh giá ở đây sẽ là: (1) không đạt kết quả đầu ra là giảm 15% hoặc (2) hiệu quả không đạt.

Hoặc vào những năm 2003-2005, khi các đơn vị hành chính cấp huyện của nước ta triển khai cơ chế một cửa theo Quyết định của Thủ tướng Chính phủ, tính trung bình một huyện phải chi khoảng 500 - 700 triệu đồng mới có thể đưa bộ phận một cửa vào hoạt động. Đây là chưa kể các chi phí về tập huấn, đào tạo cán bộ, công chức có liên quan tới bộ phận một cửa. Hiện tại, với việc đưa công nghệ thông tin vào bộ phận một cửa, trung bình phải chi từ

1,5 đến 2 tỉ đồng mới có được bộ phận một cửa khang trang, hiện đại như các quận, huyện của Hải Phòng và Bà Rịa - Vũng Tàu. Biện pháp cải cách này giúp người dân, doanh nghiệp không phải mất nhiều thời gian đi lại làm việc với cơ quan hành chính. Thời gian giải quyết công việc của dân, tổ chức cũng được rút ngắn. Tác động về xã hội và kinh tế của biện pháp cải cách này là rõ. Như vậy, đánh giá ở đây sẽ là: (1) đạt kết quả dự kiến về thực hiện cơ chế một cửa hoặc (2) tác động của biện pháp cải cách hành chính này là rõ ràng hoặc (3) hiệu quả kinh tế của biện pháp cải cách như vậy đã được hay chưa và (4) liệu giải pháp tổ chức như vậy đã là tối ưu?

*b) Nhu cầu áp dụng các lý thuyết kinh tế phục vụ việc xây dựng pháp luật ở Việt Nam*

*Đối với việc xây dựng pháp luật nói chung*

Trước hết, phải khẳng định rằng việc áp dụng các thành tựu nghiên cứu trong lĩnh vực kinh tế học pháp luật để đánh giá, đo lường tác động thực tế của các quy phạm, các thiết chế pháp luật chưa được đặt ra một cách bài bản tại các cơ quan có nhiệm vụ đề xuất xây dựng và soạn thảo văn bản quy phạm pháp luật (VBQPPL). Chính vì vậy, cho đến nay, bên cạnh việc mới bắt đầu triển khai thực hiện quy trình đánh giá tác động pháp luật (RIA) theo Luật Ban hành VBQPPL năm 2008<sup>5</sup>, ở Việt Nam vẫn chưa hình thành một công nghệ áp dụng việc phân tích kinh tế trong hoạt động pháp luật. Tuy vậy, thực tiễn cho thấy, việc áp dụng các kiến thức, công cụ phân tích kinh tế trong hoạt động xây dựng pháp luật đã được thực hiện bởi những chuyên gia có hiểu biết về lĩnh vực này. Việc soạn thảo Luật Thương mại năm 2005 là một ví dụ. Ban soạn thảo Luật này nhận định, đây là đạo luật chỉ có thể sử dụng kiến thức và tư duy kinh tế mới có thể soạn thảo thành công. Dưới đây là hai vấn đề trong Luật đã được xây dựng dựa trên những

(4) TS. Đinh Duy Hòa, *Hiệu quả kinh tế của cải cách hành chính - một số vấn đề về phương pháp đánh giá*, Hội thảo Nhận diện trường phái Kinh tế học pháp luật, Viện Khoa học Pháp lý - Bộ Tư pháp, 2007.

(5) Tuy nhiên, theo phản ánh của các cán bộ pháp chế bộ, ngành trong một Hội thảo của Bộ Tư pháp tổ chức vào tháng 7/2010 để sơ kết việc thực hiện Chiến lược xây dựng pháp luật (theo Nghị quyết 48-NQ/TW ngày 24/5/2005) của Bộ Chính trị, thì hầu hết các báo cáo RIA đang được xây dựng một cách hình thức và mang tính đối phó.

cân nhắc, tính toán bằng tư duy kinh tế<sup>6</sup>:

- Trường hợp 1: Chuyển rủi ro trong hợp đồng mua bán hàng. Trong việc phân định trách nhiệm đối với hàng hoá, luật pháp và tập quán thương mại quốc tế có xác định thời điểm chuyển rủi ro. Tuy nhiên, pháp luật Việt Nam (Bộ luật Dân sự năm 1995 và Luật Thương mại năm 1997) không quy định rõ các nội dung này. Trong khi đó, trong hoạt động thương mại quốc tế, khi rủi ro xảy ra, việc xác định trách nhiệm thuộc về bên bán hay bên mua phải căn cứ vào thời điểm chuyển rủi ro chứ không phải thời điểm chuyển quyền sở hữu. Còn pháp luật Việt Nam vào thời điểm đó lại nhấn mạnh thời điểm chuyển quyền sở hữu hơn là thời điểm chuyển rủi ro. Thực tế trên đặt ra yêu cầu phải quy định cụ thể về thời điểm chuyển rủi ro và việc quy định như thế nào để có tác động tích cực đến môi trường kinh doanh, phù hợp với mong đợi của thương nhân. Các chuyên gia tham gia soạn thảo Luật Thương mại đã phân tích các trường hợp xảy ra trong thực tiễn liên quan đến chuyển rủi ro và rút ra kết luận: việc xác định thời điểm chuyển rủi ro phải căn cứ vào các trường hợp giao hàng cụ thể. Việc xác định thời điểm chuyển rủi ro được xem xét trên cơ sở xác định bên có khả năng kiểm soát rủi ro hoặc ý chí của các bên trong việc chấp nhận đối tượng mua bán có thể có rủi ro nếu như không xác định được bên nào có khả năng kiểm soát rủi ro. Theo đó, các trường hợp xác định thời điểm chuyển rủi ro được quy định cụ thể trong Luật Thương mại năm 2005 giúp thương nhân xác định rõ ràng trách nhiệm của họ trong việc giao nhận hàng hoá và là căn cứ để xác định hơn cho các cơ quan tài phán.

- Trường hợp 2: mua bán hàng hoá qua sở giao dịch hàng hoá. Luật Thương mại năm 1997 không có quy định điều chỉnh về mua bán hàng hoá qua sở giao dịch hàng hoá, nhưng trên thực tế đã diễn ra nhiều hoạt động mua bán giao dịch hàng hoá tương lai, thậm chí đã có các doanh nghiệp thông qua môi giới để

tham gia thị trường hàng hoá tương lai ở nước ngoài. Đây được coi là một nội dung “khó” và mới mẻ đối với các nhà làm luật Việt Nam, khó cả ở khía cạnh kinh tế lẫn khía cạnh pháp lý. Chính vì vậy, Bộ Thương mại lúc đó (nay là Bộ Công thương) đã tiến hành các nghiên cứu lý thuyết về khả năng thành lập Sở giao dịch hàng hoá ở Việt Nam, thực hiện các cuộc khảo sát thực tiễn tại Singapore - nơi có Sở giao dịch hàng hoá tương lai (SICOM - chủ yếu là café) và khảo sát thực tiễn thương mại trong nước để xác định có nên đưa vào Luật các quy định về mua bán hàng hoá qua Sở giao dịch hàng hoá hay không. Kết quả, các nghiên cứu kinh tế khẳng định về nhu cầu và khả năng có thể thiết lập các Sở giao dịch hàng hoá tại Việt Nam đối với mặt hàng café vì đây là mặt hàng có sản lượng lớn, nhu cầu giao dịch lớn. Tuy vậy, việc có thiết lập các sở giao dịch trên thực tế hay không phụ thuộc vào nhu cầu thị trường chứ không phụ thuộc vào chính sách của Chính phủ. Vì thế, ngoài những nội dung về mặt kỹ thuật, Nghị định quy định chi tiết về mua bán hàng hoá qua sở giao dịch hàng hoá sau này (Nghị định số 158/2006/NĐ-CP) đã quy định về việc thành lập Sở Giao dịch hàng hoá giống như thành lập các doanh nghiệp dưới các hình thức Công ty trách nhiệm hữu hạn, Công ty cổ phần theo quy định của Luật Doanh nghiệp.

Như vậy, việc áp dụng ít nhiều kiến thức, công cụ phân tích kinh tế trong hoạt động soạn thảo VBQPPL hiện nay cũng đã được đánh giá cao và mang lại những hệ quả thiết thực. Tuy nhiên, về cơ bản, việc sử dụng các công cụ phân tích kinh tế trong hoạt động xây dựng pháp luật chưa được ý thức là một công việc quan trọng và đặt ra như một yêu cầu cấp thiết để cải thiện chất lượng VBQPPL hiện nay. Do vậy, các nghiên cứu ứng dụng phân tích pháp luật về mặt kinh tế học cần được phổ biến đến các cơ quan, đặc biệt là các bộ, cơ quan ngang bộ, là các cơ quan đề xuất và trực tiếp xây

(6) Tham khảo từ tài liệu: ThS. Phạm Đình Thường, *Sử dụng các công cụ kinh tế trong hoạt động xây dựng pháp luật – thực tiễn tại Bộ Công thương, Hội thảo Nhận diện trường phái Kinh tế học pháp luật, Viện Khoa học Pháp lý – Bộ Tư pháp, 2007.*

dựng phần lớn các VBQPPL hiện nay.

*Đối với hoạt động đánh giá tác động pháp luật RIA*

Ở một góc độ nào đó, có thể thừa nhận RIA là một trong những “ứng dụng”, một cảm hứng của kinh tế học pháp luật vì thông điệp hiện nay cho các nhà cải cách pháp luật là phải luôn chú ý đến lợi ích kinh tế trong quá trình làm luật. Thực vậy, hiện nay không có ý kiến tranh cãi ở bất cứ nước nào trong số các nước tiên tiến nhất về vấn đề các nhà làm luật phải chọn lựa giải pháp ít tốn kém nhất để đạt được kết quả. Mọi chính sách về RIA phải tuyên bố rõ ràng các cách tiếp cận thay thế cần được lựa chọn trên cơ sở sinh lợi (hiệu quả đạt được lớn hơn chi phí bỏ ra)<sup>7</sup>. Việc áp dụng các công cụ kinh tế trên cơ sở sử dụng kiến thức chuyên gia cũng đã bắt đầu được các nhà làm luật sử dụng trong các giai đoạn đề xuất xây dựng, soạn thảo và thẩm định, bao gồm việc đánh giá tác động của các quy định, đặc biệt là trong quá trình đưa ra các quy định mới, sửa đổi các quy định bất cập hiện thời. Gần đây đã có một số đạo luật được xây dựng cùng với việc sử dụng công cụ nghiên cứu RIA như Luật Doanh nghiệp, Luật Đầu tư, Luật Nuôi con nuôi,... đã đem lại những hiệu quả nhất định trong việc đánh giá tác động chung của các luật này và hiệu quả kinh tế của việc thay thế hệ thống cấp phép bằng hệ thống đăng ký kinh doanh. Đó chính là những dấu hiệu cụ thể cho nhu cầu áp dụng các công cụ phân tích kinh tế vào quá trình xây dựng pháp luật và cũng là những bằng chứng tích cực về tính hiệu quả của việc áp dụng các công cụ kinh tế trong xây dựng pháp luật.

*Góp ý, thẩm định VBQPPL*

Trong quá trình góp ý, thẩm định, các kiến thức, góc nhìn của kinh tế học ít nhiều đã được vận dụng, như<sup>8</sup>:

- Đánh giá về sự cần thiết của việc ban hành

VBQPPL từ góc độ kinh tế: khi lập luận về sự cần thiết ban hành văn bản, việc đánh giá, tổng kết pháp luật hiện hành trên cơ sở thực trạng phát triển kinh tế - xã hội là không thể tách rời nhau. Ví dụ: Công văn số 5468/BTP-PLDSKT ngày 19/12/2007 của Bộ Tư pháp về thẩm định dự thảo Quyết định ban hành Bảng giá cho thuê nhà ở thuộc sở hữu nhà nước chưa được cải tạo, xây dựng lại có nhận xét: “Sau 15 thực hiện, giá cho thuê nhà ở thuộc sở hữu nhà nước theo Quyết định số 118/QĐ-TTg vẫn chưa được điều chỉnh trong khi giá vật liệu xây dựng, giá nhân công tăng nhiều lần làm cho công tác bảo trì và quản lý quỹ nhà ở này gặp nhiều khó khăn. Mặt khác, giá cho thuê nhà ở này chỉ phù hợp với mức tiền lương tối thiểu quy định tại thời điểm ban hành Quyết định số 118/QĐ-TTg. Từ ngày 01/01/2008, mức lương tối thiểu sẽ tăng 4,5 lần (từ 120.000 đồng/tháng lên 540.000 đồng/tháng) mà giá thuê nhà chưa được điều chỉnh là bất hợp lý. Vì vậy, việc ban hành Quyết định của Thủ tướng Chính phủ về bảng giá cho thuê nhà ở thuộc sở hữu nhà nước chưa được cải tạo, xây dựng lại là rất cần thiết”;

- Đánh giá về tính rõ ràng, minh bạch của nội dung các quy định trong dự thảo VBQPPL nhằm mục tiêu giảm thiểu chi phí cho đối tượng thực hiện: có thể nói, nếu các quy định pháp luật không được rõ ràng và minh bạch thì các chủ thể pháp luật sẽ không có điều kiện để lựa chọn cách hành xử có lợi nhất cho mình. Điều đó sẽ làm tăng chi phí giao dịch cho các bên tham gia thị trường do họ phải “bơi” trong môi trường pháp lý kém chuẩn mực, ít công khai, không dự đoán được. Nói cách khác, “nếu pháp luật rõ ràng, dễ tiếp cận và có thể tin cậy được thì chi phí để tìm hiểu, ra quyết định và thương thảo cũng như triển khai một giao dịch kinh doanh sẽ giảm”<sup>9</sup>. Trong quá trình góp ý, thẩm định của Bộ Tư pháp,

(7) TS. Nguyễn Thị Hạnh, RIA – nhìn dưới góc độ nghiên cứu kinh tế học pháp luật, Hội thảo Nhận diện trường phái kinh tế học pháp luật, Viện Khoa học Pháp lý, 2007.

(8) Các ví dụ trong phần này được tham khảo từ tài liệu Cao Đăng Vinh, Kết hợp kiến thức kinh tế và pháp lý trong hoạt động góp ý, thẩm định VBQPPL – thực tiễn tại Bộ Tư pháp, Hội thảo Nhận diện trường phái Kinh tế học pháp luật, Viện Khoa học Pháp lý, 2007.

(9) TS. Phạm Duy Nghĩa, Tính minh bạch của pháp luật - một thuộc tính của nhà nước pháp quyền, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật, số 1/2002, tr. 6.

đây là một nội dung thường được chú trọng, có thể thấy ở rất nhiều văn bản, ví dụ: Công văn số 429/BTP-PLDSKT ngày 31/01/2007 của Bộ Tư pháp góp ý dự thảo Nghị định về doanh nghiệp khoa học công nghệ nhận xét: “Chúng tôi đề nghị cân nhắc lại chính sách ưu đãi “Được Nhà nước giao quyền sử dụng hoặc chuyển quyền sở hữu một phần hoặc toàn bộ đối với tài sản trí tuệ thuộc sở hữu của Nhà nước theo quy định của pháp luật để sản xuất kinh doanh”. Chính sách ưu đãi này không rõ ràng, Nhà nước “ưu tiên giao quyền sử dụng hoặc chuyển quyền sở hữu” hay Nhà nước “giao quyền sử dụng hoặc chuyển quyền sở hữu” miễn phí hoặc có giảm giá”;

- Đánh giá về sự phù hợp của quy định trong dự thảo VBQPPL với thực tế, phù hợp với điều kiện phát triển kinh tế - xã hội: nội dung văn bản pháp luật phải luôn phù hợp với điều kiện phát triển kinh tế - xã hội là một nguyên tắc không thể bỏ qua khi góp ý, thẩm định. Có am hiểu tình hình phát triển kinh tế - xã hội, người góp ý, thẩm định mới có quan điểm rõ ràng đối với quy định trong dự thảo văn bản. Ví dụ: Công văn số 1372/BTP-PLDSKT ngày 09/5/2008 của Bộ Tư pháp góp ý dự thảo Luật Thuế tiêu thụ đặc biệt (sửa đổi) nhận xét: “cần cân nhắc đối với thuốc lá để đưa ra một mức thuế suất phù hợp giúp cho ngành sản xuất thuốc lá, người nông dân trồng cây thuốc lá vượt qua khó khăn trong giai đoạn đầu của thời kỳ hội nhập. Theo đó, thuế suất có thể thấp hơn từ 5% - 10% so với dự thảo là phù hợp”;

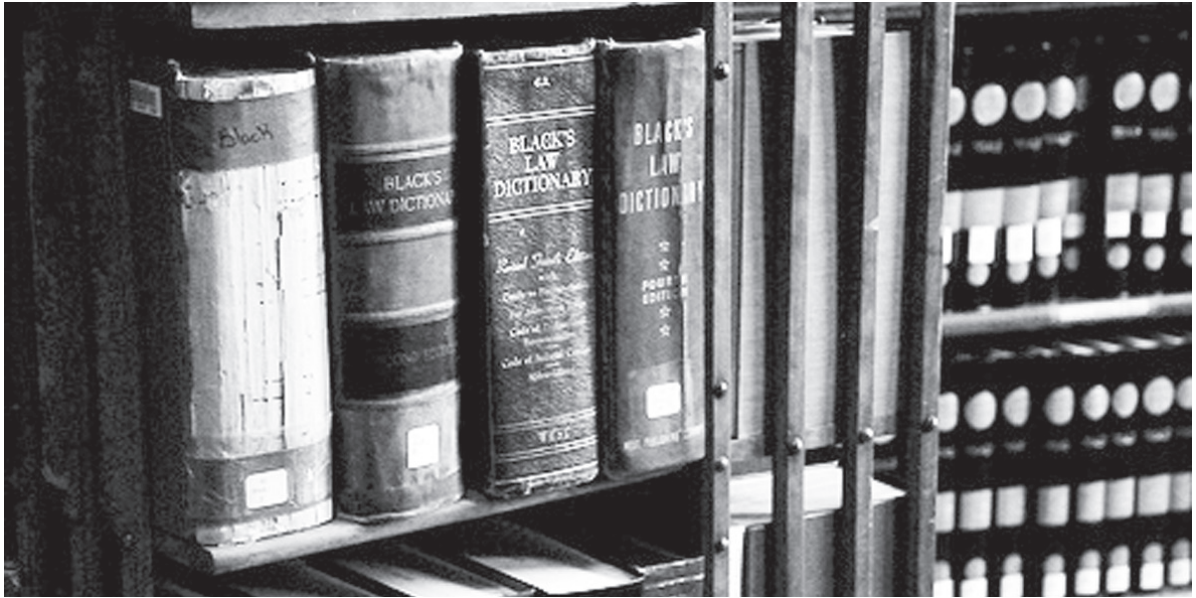
- Đánh giá khả năng bảo đảm tài chính cho việc thực hiện quy định pháp luật trong dự thảo VBQPPL dự kiến ban hành: dự thảo văn bản pháp luật phải bảo đảm tính khả thi là một nguyên tắc mà Luật Ban hành VBQPPL đã khẳng định. Bảo đảm tính khả thi của văn bản bao hàm cả bảo đảm về nguồn lực tài chính cho việc thực thi văn bản. Đối với những dự thảo văn bản đòi hỏi chi phí lớn cho việc thực thi thì vấn đề nguồn lực tài chính thực thi văn bản cũng là vấn đề mà các văn bản góp ý, thẩm định có đề cập nhưng mới chỉ ở mức độ nêu vấn đề. Ví dụ: Công văn số 1621/TP- PLDSKT

ngày 29/10/2004 của Bộ Tư pháp về việc thẩm định dự thảo Pháp lệnh Ưu đãi người có công với cách mạng, khi có ý kiến đề nghị mở rộng phạm vi đối tượng người hoạt động cách mạng từ ngày 01/01/1945 đến trước Tổng khởi nghĩa tháng 8/1945, Công văn thẩm định nêu ý kiến như sau: “Từ ngày 01/01/1945 trở đi đã trở thành cao trào có tổ chức, mọi người đều tham gia đấu tranh lật đổ chính quyền của đế quốc Pháp. Vì vậy, việc mở rộng đối tượng người hoạt động cách mạng từ 01/01/1945 đến trước Tổng khởi nghĩa đối với người trong Ban chấp hành của các tổ chức cũng cần phải cân nhắc thật kỹ và tính đến khả năng ngân sách để chi trả và tổ chức thực hiện. Tuy nhiên, nếu mở rộng đối tượng này cần có sự rà soát số lượng, tổng số kinh phí thực hiện, thời gian thực hiện phụ thuộc vào điều kiện kinh tế của đất nước và cần có bước đi thích hợp để tránh việc tùy tiện kê khai hồ sơ, xác nhận không đúng để được hưởng chế độ”.

*c) Hoạt động nghiên cứu, giảng dạy pháp luật của các trường luật ở Việt Nam*

Năm 2005, Trường Đại học Kinh tế TP. Hồ Chí Minh phối hợp với trường Đại học Havard mở một khóa đào tạo cao cấp về luật (từ 2/1/2005 đến 15/1/2005) với chuyên đề “Nền tảng kinh tế và ý nghĩa về chính sách công của các quy định pháp luật” trong đó một số tư tưởng, khái niệm, phương pháp tiếp cận của trường phái kinh tế học pháp luật đã được giới thiệu. Trong các nội dung được giới thiệu tại khóa học này phải kể đến những nội dung rất quan trọng của lý luận kinh tế học pháp luật, như: bản chất của lý luận kinh tế; chi phí giao dịch: bản chất và các yếu tố cấu thành; Định lý Coase; pháp luật và tăng trưởng kinh tế; lý thuyết về vi phạm hợp đồng; lý thuyết kinh tế về quyền sở hữu: các khía cạnh tĩnh và động; giải quyết tranh chấp theo cách nhìn của lý luận kinh tế; quan hệ bạn hàng trong buôn bán dưới cách nhìn của kinh tế học; luật và văn hóa; quyết định trong môi trường bất định: rủi ro và bảo hiểm; luật về bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng; pháp luật tài sản: đất đai và tài sản trí tuệ; quyền tài sản và cải cách kinh tế...





Hiện nay, trường Đại học Luật Hà Nội cũng đã đưa môn kinh tế học vào chương trình giảng dạy của cử nhân hệ chính quy.

**2.2. Hình thành và phát triển kinh tế học pháp luật tại Việt Nam trong tương lai**

Có thể thấy, sự nghiệp cải cách, đổi mới ở Việt Nam, nhất là công cuộc xây dựng, hoàn thiện hệ thống pháp luật, cải cách hành chính, cải cách tư pháp ở nước ta là môi trường thuận lợi, thiết thực để xây dựng và ứng dụng tư duy pháp lý mới - tư duy pháp lý kinh tế. Chính vì thế, đặt ra việc xây dựng và ứng dụng trường phái kinh tế học pháp luật ở Việt Nam trong lúc này là phù hợp. Tuy nhiên, xây dựng và ứng dụng trường phái kinh tế học pháp luật ở Việt Nam cũng là vấn đề không hoàn toàn đơn giản. Chúng tôi cho rằng, trong giai đoạn tới đây, Việt Nam cần tập trung thực hiện:

*Thứ nhất*, xây dựng các yếu tố nền tảng hình thành trường phái kinh tế học pháp luật, bao gồm việc nghiên cứu, làm rõ hơn những giá trị đích thực của trường phái kinh tế học pháp luật trên thế giới và xác định rõ những nội dung có thể kế thừa, học hỏi, đồng thời xác định những yêu cầu, đặc thù riêng có của Việt Nam để có hướng nghiên cứu phù hợp hơn. Xây dựng đội ngũ các nhà nghiên cứu về kinh tế học pháp luật; thực hiện các hoạt

động truyền bá, quảng bá về kinh tế học pháp luật. Đây là những yếu tố cơ bản để có thể hình thành và tạo môi trường cho trường phái kinh tế học pháp luật đi vào hoạt động và phát triển tại Việt Nam trong tương lai. Các cơ sở đào tạo luật cần đưa thêm những môn học thuộc mảng kinh tế, liên quan đến nội dung ngành kinh tế học pháp luật nhằm định hình cho người học luật những kiến thức cơ bản về kinh tế và phân tích kinh tế, đồng thời cũng trang bị những hiểu biết pháp lý cần thiết cho giới nghiên cứu kinh tế để có sự phối hợp tốt hơn giữa giới luật và giới kinh tế trong công tác xây dựng, thực thi pháp luật.

*Thứ hai*, tiếp tục nghiên cứu, định hình những nội dung cơ bản của ngành kinh tế học pháp luật. Đặc biệt, cần nghiên cứu hướng ứng dụng phương pháp phân tích của kinh tế học pháp luật để định lượng, đo lường hiệu quả vận hành của pháp luật và các thiết chế có liên quan. Hàng loạt vấn đề mà thực tiễn cải cách, đổi mới hệ thống pháp luật, xây dựng Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa đang đặt ra mà nếu chỉ bằng các công cụ, phương pháp nghiên cứu như lâu nay vốn có của giới luật sẽ khó có lời giải đáp thỏa đáng. Chẳng hạn, làm thế nào để xây dựng được mô hình đánh giá một đạo luật tốt, một đạo luật có hiệu

quả và rộng hơn nữa là một cuộc cải cách pháp luật thành công. Mô hình ấy phải thiên về định lượng chứ không thể chỉ mang tính định tính, cảm nhận như lâu nay chúng ta vẫn làm. Việc nghiên cứu kinh tế học pháp luật ở Việt Nam cũng nên hướng trực tiếp vào việc đánh giá xem các lĩnh vực pháp luật ở Việt Nam, nếu xét từ góc độ hiệu quả thì có ưu và nhược gì? hướng cải cách sắp tới? Việc nghiên cứu này cũng nên hướng tới việc đo lường lợi ích và chi phí xã hội của các giải pháp pháp lý mà Nhà nước sử dụng để thực hiện mục tiêu của mình.

Dưới góc độ kỹ thuật phân tích pháp luật, kinh tế học pháp luật hướng đến việc sử dụng công cụ kinh tế trong việc phân tích và xây dựng pháp luật. Theo đó, công cụ kinh tế được sử dụng để hướng đến hai mục tiêu: tính hiệu lực và tính hiệu quả của pháp luật. Đây vừa là hai đặc điểm cơ bản của kinh tế, vừa là hai mục tiêu quan trọng của việc xây dựng chính sách, pháp luật. Như vậy, kinh tế học pháp luật sẽ góp phần đánh giá tốt hơn về tính hiệu lực và hiệu quả của hệ thống pháp luật hiện hành cũng như việc xây dựng pháp luật. Ví dụ : đối với một dự thảo luật, nếu sử dụng công cụ kinh tế học pháp luật sẽ phải đặt ra các câu hỏi: xây dựng luật này để làm gì? nội dung thế nào? giải pháp ra sao? quá trình triển khai xây dựng?...

Dưới góc độ một hướng mở rộng nghiên cứu pháp luật hữu dụng, kinh tế học pháp luật góp phần gợi mở những định hướng, những lĩnh vực nghiên cứu mới cho pháp luật dựa trên công cụ kinh tế học. Thực chất các lĩnh vực nghiên cứu hiện nay của kinh tế học pháp luật là chưa nhiều, mới chỉ hướng đến các lĩnh vực cơ bản của hệ thống pháp luật như chế định về sở hữu, hợp đồng, sở hữu trí tuệ... Trong tương lai, các vấn đề nghiên cứu sẽ được mở rộng hơn nữa thông qua việc thay đổi tư duy nhận thức về nghiên cứu để có thể hình thành một phương pháp nghiên cứu kinh tế học pháp luật chung cho cộng đồng luật học. Đó mới là điều mà kinh tế học pháp luật hướng đến và tìm kiếm.

*Thứ ba*, phương pháp chính áp dụng trường

phái kinh tế học pháp luật ở Việt Nam: Đó chính là việc đặt ra mục tiêu tính hiệu quả, hiệu lực trong mỗi hoạt động xây dựng, hoàn thiện chính sách, pháp luật. Phương pháp này xuất phát từ công cụ mà trường phái kinh tế học pháp luật sử dụng: công cụ kinh tế - vốn luôn đặt tính hiệu quả và hiệu lực lên hàng đầu trong quá trình sử dụng. Theo đó, cần hướng đến việc nghiên cứu các biện pháp sử dụng, kết hợp hợp lý các công cụ kinh tế và pháp luật trong các hoạt động cải cách tư pháp, xây dựng pháp luật, cải cách hành chính... Trong bối cảnh sơ khai của kinh tế học pháp luật hiện nay ở Việt Nam thì phương pháp chính này có lẽ là phương pháp tối ưu nhất, làm tiền đề cho việc đưa ra những phương pháp cụ thể hơn, định hình hơn để áp dụng kinh tế học pháp luật ở Việt Nam. Tuy nhiên, suy cho cùng, cho dù có sử dụng phương pháp nào đi nữa thì kinh tế học pháp luật thực chất cũng chỉ là công cụ gợi mở các câu trả lời cho một vấn đề cụ thể. Nội dung cụ thể của câu trả lời sẽ phụ thuộc vào hành vi và cách thức phân tích, áp dụng các công cụ liên quan của chính con người.

\* \* \*

Kinh tế học pháp luật đã thực sự trở thành trường phái lý luận pháp luật ở nhiều quốc gia trên thế giới. Trải qua quá trình hình thành và phát triển, trường phái này đã xác định được tương đối rõ đối tượng và phương pháp nghiên cứu riêng với hệ thống phạm trù, khái niệm khá đặc trưng. Trường phái này cũng đã xây dựng được nhiều công trình nghiên cứu, nhiều tạp chí, ấn phẩm, nhiều Trung tâm và Hội nghiên cứu với một lực lượng rất đông đảo các nhà nghiên cứu tại các trường đại học, các viện nghiên cứu và cả những luật gia, nhà tư vấn đang hành nghề. Đối với tình hình nghiên cứu ở Việt Nam, đã có những dấu hiệu của việc du nhập trường phái kinh tế học pháp luật ở Việt Nam và một số tư tưởng của trường phái này cũng đang được ứng dụng trong quá trình xây dựng pháp luật ở nước ta. Đây là một điều đáng khích lệ cho việc nghiên cứu và áp dụng trường phái kinh tế học pháp luật. ■

# NHỮNG BẤT CẬP

## VỀ THẨM QUYỀN CÔNG CHỨNG, CHỨNG THỰC CÁC HỢP ĐỒNG CÓ ĐỐI TƯỢNG LÀ BẤT ĐỘNG SẢN

■ ĐOÀN ĐỨC LƯƠNG\*

Luật Công chứng được ban hành đã có sự tách bạch giữa công chứng và chứng thực, theo đó, thẩm quyền công chứng thuộc thẩm quyền của tổ chức hành nghề công chứng, còn chứng thực được thực hiện tại Ủy ban nhân dân (UBND) theo Nghị định 79/2007/NĐ-CP của Chính phủ. Tuy nhiên, trong quá trình thực hiện, nhiều văn luật còn mâu thuẫn với nhau, dẫn đến tình trạng đùn đẩy trách nhiệm, làm ảnh hưởng đến quyền và lợi ích hợp pháp của các chủ thể tham gia giao dịch. Có những trường hợp các bên xác lập giao dịch, hợp đồng không có công chứng, chứng thực dẫn đến hậu quả hợp đồng bị vô hiệu, tranh chấp kéo dài. Do vậy, cần hoàn thiện các quy định về công chứng hợp đồng liên quan đến bất động sản.

### 1. Cần phân định rõ giữa công chứng và chứng thực các hợp đồng có đối tượng là bất động sản

Quy định của Điều 2 Nghị định 75/2000/NĐ-CP về công chứng, chứng thực đã cố gắng miêu tả hoạt động công chứng và chứng thực, nhưng chỉ dựa vào tiêu chí chủ thể có thẩm quyền thực hiện nên chưa có sự phân định rõ ràng giữa hai hoạt động này<sup>1</sup>. Phòng công chứng và UBND (cấp huyện, một số trường hợp cấp xã) đều có quyền chứng nhận các hợp đồng, giao dịch khác. Ngoài ra, phòng công chứng còn có thẩm quyền chứng thực bản sao từ bản chính, chứng thực chữ ký... Do không có sự tách bạch giữa công chứng và chứng thực, nên trong thực tế, việc chứng nhận các bản sao giấy tờ, tài liệu do các phòng công chứng thực hiện vẫn khá phổ biến, trong khi đó, các hợp

đồng, giao dịch (kể cả liên quan đến bất động sản) lại do UBND các cấp thực hiện.

Điều 11 Nghị định 181/NĐ-CP hướng dẫn thi hành Luật Đất đai 2003 quy định: “Hợp đồng hoặc giấy tờ khi người sử dụng đất thực hiện các quyền chuyển đổi, chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê lại, thừa kế, tặng cho quyền sử dụng đất, thế chấp, bảo lãnh, góp vốn bằng quyền sử dụng đất phải có chứng nhận của công chứng nhà nước hoặc chứng thực của UBND xã, phường, thị trấn theo quy định sau: a. Đối với tổ chức, người Việt Nam định cư ở nước ngoài, tổ chức nước ngoài, cá nhân nước ngoài thì phải có chứng nhận của công chứng nhà nước; b. Đối với hộ gia đình, cá nhân thì phải có chứng nhận của công chứng nhà nước hoặc chứng thực của UBND xã, phường, thị trấn nơi có đất”. Rõ ràng Luật Đất đai năm

(\*) TS. Trường khoa Luật, Đại học Huế.

(1) Xem Điều 2, Nghị Định 75/2000/NĐ-CP về công chứng, chứng thực.



2003 và Nghị định hướng dẫn thi hành vào thời điểm đó vẫn nhìn nhận phòng công chứng là cơ quan nhà nước, chứ chưa nhìn dưới góc độ xã hội hoá hoạt động này như hiện nay.

Khoản 2 Điều 401 Bộ luật Dân sự 2005 quy định: Trong trường hợp pháp luật có quy định hợp đồng phải được thể hiện bằng văn bản có công chứng hoặc chứng thực, phải đăng ký hoặc xin phép thì phải tuân theo các quy định đó. Hợp đồng không bị vô hiệu trong trường hợp có vi phạm về hình thức, trừ trường hợp pháp luật có quy định khác.

Luật Công chứng 2006 được ban hành (có hiệu lực thi hành từ ngày 01/7/2007) đã có sự tách bạch giữa hoạt động công chứng và chứng thực. Theo đó, công chứng là việc công chứng viên xác nhận tính xác thực, tính hợp pháp của hợp đồng giao dịch khác (sau đây gọi là hợp đồng giao dịch) bằng văn bản mà theo quy định của pháp luật phải công chứng hoặc cá nhân, tổ chức tự nguyện yêu cầu công chứng<sup>2</sup>.

Luật Công chứng quy định tổ chức hành

nhệ công chứng bao gồm phòng công chứng và văn phòng công chứng. Thẩm quyền của các tổ chức hành nghề công chứng là chứng nhận các hợp đồng, giao dịch giữa các chủ thể. Tuy nhiên, từ khi Luật Công chứng được ban hành và có hiệu lực, hoạt động công chứng các hợp đồng giao dịch liên quan đến bất động sản chưa được thu về một đầu mỗi mà vẫn do các cơ quan có thẩm quyền khác nhau thực hiện.

Theo quy định tại Nghị định 71/2010/ NĐ - CP quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành Luật Nhà ở (thay thế Nghị định 90): “Hợp đồng về nhà ở phải có chứng nhận của công chứng hoặc chứng thực của UBND cấp huyện đối với nhà ở đô thị, chứng thực của UBND xã đối với nhà ở nông thôn, trừ các trường hợp sau đây: a. Cá nhân cho thuê nhà dưới sáu tháng; b. Bên bán, bên cho thuê nhà là tổ chức có chức năng kinh doanh nhà ở”.

Như vậy, hiện nay UBND thực hiện chứng thực các giao dịch, hợp đồng (giống như công chứng), đồng thời cũng thực hiện chứng thực

(2) Xem Điều 2 Luật Công chứng 2006.

bản sao các giấy tờ, tài liệu theo Nghị định của Chính phủ. Ngược lại, tổ chức hành nghề công chứng chỉ có thẩm quyền công chứng các giao dịch, hợp đồng theo Luật Công chứng. Từ thực tế này cho thấy, giữa công chứng và chứng thực chưa được xác định rõ ràng như bản chất của chúng. Thực tế này do nhiều nguyên nhân như: (i) do các tổ chức hành nghề công chứng chưa được hoàn thiện và chỉ tập trung chủ yếu ở đô thị nên chưa đáp ứng nhu cầu của người dân; (ii) tạo điều kiện tối đa cho các chủ thể thực hiện công chứng, chứng thực giao dịch hợp đồng nhất là những nơi vùng sâu, vùng xa chưa có tổ chức hành nghề công chứng.

Chính vì vậy, cần thiết phải phân định rõ hành vi công chứng và chứng thực các hợp đồng có đối tượng là bất động sản trên thực tế.

## **2. Bất cập trong các văn bản hiện hành về thẩm quyền công chứng, chứng thực các giao dịch có đối tượng là bất động sản**

Căn cứ vào các quy định của pháp luật hiện hành, thẩm quyền công chứng các hợp đồng, giao dịch liên quan đến bất động sản bao gồm: (i) tổ chức hành nghề công chứng có thẩm quyền công chứng tất cả các hợp đồng giao dịch theo quy định của Luật Công chứng; (ii) đối các hợp đồng, giao dịch về quyền sử dụng đất giữa hộ gia đình, cá nhân, có thể lựa chọn UBND xã, phường, thị trấn nơi có đất; (iii) các hợp đồng giao dịch về nhà ở (ở đô thị) các bên có quyền lựa chọn UBND cấp huyện; (iv) các hợp đồng giao dịch về nhà ở (ở nông thôn) các bên có quyền lựa chọn UBND xã.

Tuy nhiên, trong thực tế, việc thực thi các quy định này gặp rất nhiều vướng mắc về thẩm quyền, bởi lẽ quyền sử dụng đất gắn liền với nhà ở và trong các giấy tờ về nhà đất do các cơ quan thẩm quyền cấp không có sự tách bạch tài sản nhà ở và quyền sử dụng đất. Đồng thời, việc cấp giấy chứng nhận về bất động sản được quy định trong nhiều văn bản pháp luật khác nhau nên hình thức, mẫu mã và hiện trạng tài sản gắn với quyền sử dụng đất cũng được thể hiện khác nhau, kể cả về màu sắc.

Theo Quyết định 201-QĐ/ĐKTK ngày

14/1/1987 của Tổng cục Quản lý ruộng đất quy định về cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, mẫu giấy chứng nhận về bất động sản có màu đỏ (thường gọi là giấy đỏ). Nghị định 60/NĐ-CP ngày 05/07/1994 về quyền sở hữu nhà và quyền sử dụng đất tại đô thị lại quy định: người sử dụng và sở hữu nhà tại đô thị được cấp giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà ở và quyền sử dụng đất ở; giấy chứng nhận này lại có bìa màu hồng (thường gọi là giấy hồng). Ngoài ra, các cơ quan nhà nước, đơn vị sự nghiệp, đơn vị thuộc lực lượng vũ trang... đều phải tiến hành đăng ký quyền sử dụng đất và tài sản trên đất theo Nghị định 14/1998/NĐ-CP ngày 06/3/1998 và được cấp giấy chứng nhận quyền quản lý sử dụng nhà đất, trụ sở làm việc thuộc sở hữu nhà nước; giấy này do Bộ Tài chính phát hành và có màu tím (thường gọi là giấy tím). Như vậy, cùng một thời điểm tồn tại ít nhất ba loại giấy chứng nhận quyền sử dụng đất (và tài sản trên đất) do ba cơ quan có thẩm quyền khác nhau cấp.

Luật Đất đai 2003 được ban hành (có hiệu lực thi hành từ ngày 01/1/2004) dựa trên cơ sở lấy quyền sử dụng đất làm căn cứ, còn các tài sản khác ở trên đất có thể thay đổi theo từng giai đoạn nhất định. Vì vậy, tại khoản 4 Điều 48 quy định: “Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất được cấp theo một mẫu thống nhất trong cả nước đối với mọi loại đất. Trường hợp có tài sản gắn liền với đất thì tài sản đó được ghi nhận trên giấy chứng nhận quyền sử dụng đất; chủ sở hữu tài sản phải đăng ký quyền sở hữu tài sản theo quy định của pháp luật về đăng ký bất động sản”. Trên cơ sở quy định này của Luật Đất đai, Bộ Tài nguyên - Môi trường đã ban hành Quyết định 24/2004/QĐ-BTNMT thống nhất mẫu giấy chứng nhận quyền sử dụng đất có màu đỏ (giấy đỏ). Đồng thời, Chính phủ cũng tiến hành xây dựng dự án Luật Đăng ký bất động sản.

Đến khi Luật Nhà ở 2005 được ban hành, Điều 11 lại quy định: a) trường hợp chủ sở hữu nhà ở đồng thời là chủ sử dụng đất ở, chủ sở hữu căn hộ trong nhà chung cư thì được cấp một giấy chứng nhận là Giấy chứng nhận

quyền sở hữu nhà ở và quyền sử dụng đất ở; b) trường hợp chủ sở hữu nhà không đồng thời là chủ sử dụng đất ở thì cấp giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà ở.

Nghị định 88/2009/NĐ-CP ngày 19/10/2009 của Chính phủ lại quy định việc cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản gắn liền với đất.

Như vậy, có nhiều loại giấy chứng nhận ra đời và cùng tồn tại như: giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà ở và quyền sử dụng đất ở, giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà ở. Khi các chủ thể xác lập các hợp đồng liên quan đến những tài sản này, họ sẽ gặp khó khăn trong việc xác định thẩm quyền là hợp đồng, giao dịch về quyền sử dụng đất hay hợp đồng giao dịch về nhà ở.

### 3. Một số kiến nghị

Các hợp đồng có đối tượng là bất động sản (nhà ở, quyền sử dụng đất, tài sản gắn với quyền sử dụng đất...) thường là những hợp đồng có giá trị lớn, mang ý nghĩa thiết thực đối với các chủ thể tham gia. Khi tham gia xác lập hợp đồng, các chủ thể đều mong muốn được công chứng, chứng thực nhanh chóng, thuận tiện để hợp đồng có hiệu lực pháp luật, đảm bảo về mặt pháp lý nếu có tranh chấp xảy ra. Tuy nhiên, trong thực tiễn còn có những quy định thiếu thống nhất cần chỉnh sửa, bổ sung để đáp ứng yêu cầu hiện nay. Qua nghiên cứu các quy định của pháp luật về thẩm quyền công chứng, chứng thực các hợp đồng có đối tượng là bất động sản, chúng tôi có một số ý kiến đề xuất như sau:

Một là, sửa đổi các quy định của Bộ luật Dân sự 2005, Luật Đất đai 2003 là bỏ thuật ngữ “chứng thực” các hợp đồng, giao dịch của UBND các cấp; còn thẩm quyền công chứng



căn cứ theo quy định của Luật Công chứng.

Các hợp đồng, giao dịch bao gồm cả những hợp đồng có đối tượng là bất động sản (hợp đồng mua bán nhà ở, hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất, hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất gắn với tài sản trên đất...) đều do tổ chức hành nghề công chứng thực hiện sẽ xóa bỏ sự chồng chéo, bất cập hiện nay.

Trong các văn bản luật, khi sử dụng các thuật ngữ như công chứng, chứng thực, chứng nhận,... cần có sự thống nhất và phân biệt chính xác.

Hai là, có lộ trình cụ thể, khả thi để hoàn thiện hệ thống tổ chức hành nghề công chứng để thực hiện công chứng các hợp đồng, giao dịch. UBND chỉ thực hiện việc chứng thực theo Nghị định 79 của Chính phủ. UBND các tỉnh xây dựng kế hoạch cụ thể, hỗ trợ địa điểm ban đầu để khuyến khích thành lập các Văn phòng công chứng ở những huyện vùng sâu, vùng xa tạo điều kiện thuận lợi nhất cho các chủ thể thực hiện việc công chứng các hợp đồng, giao dịch.

Ba là, về địa điểm công chứng, cần sửa đổi Luật để cho phép áp dụng một cách linh hoạt việc thực hiện công chứng lưu động các hợp đồng giao dịch tại các xã, cụm xã để tạo điều kiện thuận lợi nhất cho các chủ thể tham gia hợp đồng. ■

# NHỮNG BẤT CẬP VÀ HƯỚNG SỬA ĐỔI CÁC QUY ĐỊNH PHÁP LUẬT VỀ CÔNG CHỨNG

■ CAO VŨ MINH\*

■ VŨ PHAN LÊ NGUYỄN\*\*

Sau khi Cách mạng tháng Tám thành công, ngày 15/11/1945, Nhà nước ta đã ban hành Sắc lệnh số 59/SL quy định về “Thẻ lệ thị thực các giấy tờ”. Sau đó ngày 29/02/1952, ban hành Sắc lệnh số 85/SL về “Thẻ lệ trước bạ về việc mua, bán, cho, đổi nhà cửa, ruộng đất”. Theo hai Sắc lệnh này thì một số việc chứng nhận các giấy tờ sẽ giao cho Ủy ban kháng chiến hành chính các cấp thực hiện. Có thể nói, các văn bản này đã tạo nền tảng pháp lý vững chắc cho hoạt động công chứng (HĐCC).

Gần 40 năm sau, Hội đồng Bộ trưởng (nay là Chính phủ) mới ban hành Nghị định số 143/HĐBT ngày 22/11/1981 để điều chỉnh về HĐCC. Sau một thời gian, Bộ Tư pháp ban hành Thông tư số 574/QLTPK ngày 10/10/1987 để hướng dẫn thực hiện các công việc công chứng nhà nước. Ngày 27/02/1991, Hội đồng Bộ trưởng đã ban hành Nghị định số 45/HĐBT về tổ chức và HĐCC nhà nước. Đây là văn bản đầu tiên quy định toàn diện về tổ chức và HĐCC, là cơ sở quan trọng tạo hành lang pháp lý cho việc “chuyển tải” các quy định trong Pháp lệnh Thừa kế năm 1990, Pháp

lệnh Nhà ở năm 1991, Pháp lệnh Hợp đồng dân sự năm 1991... vào thực tiễn cuộc sống.

Do tình hình kinh tế - xã hội biến động không ngừng, các quan hệ xã hội thay đổi với tốc độ nhanh, nên để có cơ sở pháp lý điều chỉnh các quan hệ phát sinh trong HĐCC, Chính phủ đã ban hành Nghị định số 31/CP ngày 18/5/1996 về tổ chức và HĐCC nhằm thay thế cho Nghị định số 45/HĐBT. Sau hơn bốn năm triển khai thực hiện, nhiều quy định của Nghị định số 31/CP đã tỏ ra bất cập, không còn phù hợp với thực tế. Do vậy, ngày 08/12/2000, Chính phủ lại ban hành Nghị định số 75/2000/NĐ-CP về công chứng, chứng thực thay thế cho Nghị định số 31/CP.

Tuy nhiên, công chứng là một vấn đề rất quan trọng, không thể cứ mãi được điều chỉnh bởi các “nghị định không đầu chứa quy phạm tiên phát” do Chính phủ ban hành mà phải được điều chỉnh ở tầm cao hơn trong một văn bản luật. Đáp ứng yêu cầu đó, ngày 29/11/2006, Quốc hội khóa XI, tại kỳ họp thứ 10 đã thông qua Luật Công chứng. Việc ban hành Luật Công chứng là một bước tiến quan trọng trong việc hoàn thiện pháp luật về công

(\*) ThS, Khoa Luật Hành chính, Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.

(\*\*) ThS, UBND xã Phú Xuân, huyện Nhà Bè, TP. Hồ Chí Minh.

chứng, đưa HĐCC đi vào nền nếp, đáp ứng tốt hơn nhu cầu của tổ chức, cá nhân.

Như vậy, có thể thấy rằng, các quy định pháp luật điều chỉnh HĐCC ngày càng được hoàn thiện, từ đó đáp ứng nhu cầu ngày càng tăng về công chứng của nhân dân trong nền kinh tế thị trường cũng như việc hội nhập kinh tế quốc tế. Tuy nhiên, trong thời gian qua, bên cạnh những thành công đạt được thì vẫn còn nhiều “khuyết tật” phát sinh trong HĐCC. Nguyên nhân thì có rất nhiều nhưng trong bài viết, chúng tôi chỉ muốn đề cập đến các bất cập, vướng mắc trong các quy định pháp luật về vấn đề này và đề xuất hướng sửa đổi những bất cập đó.

## 1. Mâu thuẫn giữa Luật Công chứng năm 2006 và các văn bản hướng dẫn thi hành với các VBQPPL khác

### *Luật Công chứng năm 2006 có mâu thuẫn với Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2003*

Điều 2 Luật Công chứng quy định: “Công chứng là việc công chứng viên chứng nhận tính xác thực, tính hợp pháp của hợp đồng, giao dịch khác bằng văn bản mà theo quy định của pháp luật phải công chứng hoặc cá nhân, tổ chức tự nguyện yêu cầu công chứng”. Qua quy định này chúng ta thấy, mục đích của công chứng là đảm bảo tính xác thực, tính hợp pháp của các hợp đồng, giao dịch. Vấn đề là làm thế nào để xác định tính xác thực, tính hợp pháp khi có mâu thuẫn, tranh chấp phát sinh trong các hợp đồng, giao dịch đã được công chứng. Thực tế có rất nhiều trường hợp người yêu cầu công chứng (NYCCC) sử dụng thông tin giả, giấy tờ giả, mạo danh... nhằm “lừa đảo” trục lợi. Từ đó, phát sinh tranh chấp và không hiếm trường hợp các Cơ quan điều tra phải vào cuộc vì có liên quan đến vụ án hình sự. Để phục vụ cho hoạt động điều tra thì Cơ quan điều tra có quyền “yêu cầu cơ quan, tổ chức, cá nhân cung cấp tài liệu, đồ vật, trình bày những tình

tiết làm sáng tỏ vụ án”<sup>1</sup>. Trong khi đó, Khoản 3 Điều 54 Luật Công chứng lại quy định: “Trong trường hợp cơ quan nhà nước có thẩm quyền yêu cầu bằng văn bản về việc cung cấp hồ sơ công chứng phục vụ cho việc giám sát, kiểm tra, thanh tra, điều tra, truy tố, xét xử, thi hành án liên quan đến việc đã công chứng thì tổ chức hành nghề công chứng (TCHNCC) có trách nhiệm cung cấp bản sao văn bản công chứng và các giấy tờ khác có liên quan. Việc đối chiếu bản sao văn bản công chứng với bản chính chỉ được thực hiện tại TCHNCC nơi đang lưu trữ hồ sơ công chứng”. Một câu hỏi đặt ra là, nếu Cơ quan điều tra đề nghị cung cấp bản chính văn bản công chứng để mang đi giám định thì TCHNCC có đáp ứng yêu cầu này hay không? Nếu căn cứ vào Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2003 thì câu trả lời sẽ là “Có” vì đó là quyền của Cơ quan điều tra và là nghĩa vụ của tổ chức hành nghề công<sup>2</sup>. Tuy nhiên, nếu căn cứ vào Luật Công chứng thì câu trả lời sẽ là “Không”. Trong trường hợp này, rõ ràng có sự mâu thuẫn giữa hai văn bản với nhau và việc giải quyết mâu thuẫn này không hề đơn giản vì bên nào cũng có lý lẽ riêng của mình.

Theo chúng tôi, trong trường hợp này cần áp dụng các nguyên tắc trong Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật (VBQPPL) để giải quyết mâu thuẫn. Cụ thể, Khoản 3 Điều 83 Luật Ban hành VBQPPL năm 2008 quy định: “Trong trường hợp các VBQPPL do cùng một cơ quan ban hành mà có quy định khác nhau về cùng một vấn đề thì áp dụng quy định của văn bản được ban hành sau”. Bộ luật Tố tụng hình sự và Luật Công chứng đều do Quốc hội ban hành nhưng Luật Công chứng ban hành sau, nên sẽ ưu tiên áp dụng Luật Công chứng. Tuy nhiên, để có sự thống nhất hành động, để việc từ chối cung cấp bản chính văn bản công chứng có tình có lý thì trong Luật Công chứng nên quy định cụ thể, rõ ràng hoặc cần phải có Thông tư liên tịch giữa Bộ Tư pháp, Bộ Công

(1) Xem thêm Điều 65 Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2003.

(2) Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2003 quy định: “cá nhân, tổ chức phải cung cấp tài liệu”. Tài liệu ở đây có thể được hiểu là bản chính hoặc là bản sao. Tuy nhiên, bản sao văn bản công chứng sẽ không hỗ trợ được nhiều cho hoạt động điều tra, đặc biệt là hoạt động giám định chữ ký.



an và các cơ quan hữu quan thống nhất giải quyết vấn đề này.

***Luật Công chứng năm 2006 có mâu thuẫn với Luật Khiếu nại năm 2011***

Điều 63 Luật Công chứng quy định: “NYCCC có quyền khiếu nại về việc từ chối công chứng khi có căn cứ cho rằng việc từ chối đó là trái pháp luật, xâm phạm quyền và lợi ích hợp pháp của mình”. Như vậy, theo Luật Công chứng thì NYCCC có quyền khiếu nại khi bị từ chối công chứng. Tuy nhiên, trên thực tế, NYCCC vẫn có quyền khiếu nại đối với hành vi đã công chứng<sup>3</sup>. Theo Luật Khiếu nại năm 2011 thì đối tượng của quyền khiếu nại chính là các “quyết định hành chính, hành vi hành chính”, trong khi Văn phòng công chứng (VPCC), thậm chí cả Phòng công chứng không phải là cơ quan hành chính nhà nước<sup>4</sup>, do đó, không thể ban hành quyết định hành chính hoặc có hành vi hành chính để NYCCC khiếu nại.

Theo Luật Khiếu nại năm 2011 (Điều 7) thì “người khiếu nại có quyền khởi kiện vụ án hành chính tại Tòa án theo Luật Tố tụng hành chính trong trường hợp không đồng ý với quyết định giải quyết khiếu nại lần đầu (và cả lần hai) hoặc quá thời hạn quy định mà khiếu nại không được giải quyết” nhưng trong Luật Công chứng lại không nói rõ chủ thể nào là người giải quyết khiếu nại lần đầu và chủ thể nào là người giải quyết khiếu nại

lần hai. Có thể nhận thấy trong Điều 63 Luật Công chứng quy định “ngụ ý” vấn đề này là “Trường Phòng công chứng, Trường VPCC” sẽ giải quyết khiếu nại lần đầu và “Giám đốc Sở Tư pháp” sẽ giải quyết khiếu nại lần hai. Tuy nhiên, trong Luật Công chứng lại không quy định về vấn đề khởi kiện tại Tòa án nếu như NYCCC không đồng ý với quyết định giải quyết khiếu nại hoặc quá thời hạn quy định mà khiếu nại không được giải quyết. Trong trường hợp này có thể áp dụng Điều 64 Luật Công chứng<sup>5</sup> để khởi kiện ra Tòa án hay không, và nếu khởi kiện thì Tòa án nào có thẩm quyền giải quyết? Có lẽ hợp lý nhất nên giao cho Tòa hành chính nhưng theo quy định tại Điều 28 Luật Tố tụng Hành chính năm 2010, thì Tòa hành chính không có thẩm quyền này<sup>6</sup>. Vậy Tòa nào có thẩm quyền, Tòa dân sự hay Tòa hình sự? Đây lại là một vấn đề vừa mâu thuẫn trong nội tại, vừa không có hướng giải quyết thấu đáo<sup>7</sup>.

Thiết nghĩ, khi sửa đổi Luật Công chứng cần phải có những nghiên cứu kỹ lưỡng liên quan đến việc khiếu nại của NYCCC. Cần phải làm rõ vấn đề: có nên quy định quyền khiếu nại của NYCCC hay không. Nếu cần phải quy định quyền này thì vấn đề giải quyết khiếu nại và khởi kiện cũng cần phải được quy định cụ thể. Tất nhiên, khi quy định quyền khởi kiện của công dân trong HĐCC thì Luật Tố tụng hành chính cũng cần phải có những sửa đổi,

(4) Từ Dương Tuấn, *Bàn về cơ chế hành chính trong khiếu nại và giải quyết khiếu nại đối với HĐCC trong tiến trình xã hội hóa*, Tạp chí Nghề luật, số 4 năm 2010.

(5) Khoản 2, Điều 24 Luật Công chứng quy định: “Phòng công chứng là đơn vị sự nghiệp thuộc Sở Tư pháp, có trụ sở, con dấu và tài khoản riêng”. Khoản 1, Điều 26 Luật Công chứng quy định: “VPCC do một công chứng viên thành lập được tổ chức và hoạt động theo loại hình doanh nghiệp tư nhân. VPCC do hai công chứng viên trở lên thành lập được tổ chức và hoạt động theo loại hình công ty hợp danh”.

(6) Điều 64 Luật Công chứng năm 2006 quy định: “Trong trường hợp giữa NYCCC và công chứng viên, TCHNCC có tranh chấp liên quan đến hoạt động hành nghề công chứng thì các bên có quyền khởi kiện vụ việc ra Tòa án để giải quyết tranh chấp đó”.

Điều 28 Luật Tố tụng hành chính năm 2010 quy định: Những khiếu kiện thuộc thẩm quyền giải quyết của Tòa án

1. Khiếu kiện quyết định hành chính, hành vi hành chính, trừ các quyết định hành chính, hành vi hành chính thuộc phạm vi bí mật nhà nước trong các lĩnh vực quốc phòng, an ninh, ngoại giao theo danh mục do Chính phủ quy định và các quyết định hành chính, hành vi hành chính mang tính nội bộ của cơ quan, tổ chức.

2. Khiếu kiện về danh sách cử tri bầu cử đại biểu Quốc hội, danh sách cử tri bầu cử đại biểu Hội đồng nhân dân.

3. Khiếu kiện quyết định kỷ luật buộc thôi việc công chức giữ chức vụ từ Tổng Cục trưởng và tương đương trở xuống.

4. Khiếu kiện quyết định giải quyết khiếu nại về quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh.

(7) Trước đây, Điều 11, Pháp lệnh Thủ tục giải quyết các vụ án hành chính năm 1996 (sửa đổi bổ sung năm 1998 và năm 2006) quy định quyền “Khiếu kiện quyết định hành chính, hành vi hành chính đối với việc từ chối công chứng, chứng thực” nhưng hiện nay Luật Tố tụng hành chính năm 2010 không có quy định về vấn đề này.

bổ sung liên quan đến thẩm quyền thụ lý, giải quyết của Tòa án trong lĩnh vực công chứng. Điều này có thể thực hiện bằng cách bổ sung thêm loại việc vào Điều 28 Luật Tổ tụng hành chính - quy định về thẩm quyền theo loại việc của Tòa án - hoặc Tòa án nhân dân tối cao có những giải thích phù hợp để thuật ngữ “quyết định hành chính, hành vi hành chính” sử dụng trong Điều 28 của Luật Tổ tụng hành chính có thể bao hàm được việc từ chối công chứng<sup>8</sup>.

***Luật Công chứng năm 2006 có mâu thuẫn với Bộ luật Dân sự năm 2005***

Khoản 1 Điều 44 Luật Công chứng quy định: Việc sửa đổi, bổ sung, hủy bỏ hợp đồng, giao dịch đã được công chứng chỉ được thực hiện khi có sự thỏa thuận, cam kết bằng văn bản của tất cả những người đã tham gia hợp đồng, giao dịch đó và phải được công chứng. Trong khi đó, Điều 425 và Điều 426 Bộ luật Dân sự năm 2005 lại cho phép các bên có quyền đơn phương hủy bỏ hợp đồng, hoặc đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng. Xét về mặt pháp lý, quy định về đơn phương hủy bỏ, chấm dứt thực hiện hợp đồng có sự mâu thuẫn giữa Luật Công chứng năm 2006 với Bộ luật Dân sự năm 2005. Thông thường, việc hủy bỏ hợp đồng, giao dịch xuất phát từ sự mâu thuẫn giữa các bên nên các bên không muốn tiếp tục thực hiện hợp đồng nữa. Như vậy, trong trường hợp này xung đột lợi ích giữa các bên đã được đẩy đến cao trào nên rất khó để các bên cùng đến TCHNCC hủy bỏ hợp đồng, giao dịch trước đó. Thời gian qua, việc áp dụng cách thức hủy bỏ hợp đồng, giao dịch theo quy định của Luật Công chứng năm 2006 là không phù hợp với thực tiễn, gây khó khăn cho người dân và cả cơ quan thực hiện công chứng<sup>9</sup>. Vì vậy, theo chúng tôi, nên sửa đổi Luật Công chứng theo hướng thừa nhận việc đơn phương hủy bỏ hợp đồng sao cho thống nhất với quy định của Bộ luật Dân sự năm 2005.

***Thông tư liên tịch số 91/2008/TTLT-BTC-BTP có mâu thuẫn với Pháp lệnh Ngoại hối***

***năm 2005 về việc thu phí công chứng***

Điều 1a, phần II của Thông tư liên tịch số 91/2008/TTLT-BTC-BTP ngày 17/10/2008 quy định: “Mức thu phí công chứng quy định tại Thông tư này được áp dụng thống nhất đối với Phòng công chứng và VPCC. Trường hợp đối tượng nộp phí có nhu cầu nộp phí bằng ngoại tệ thì thu bằng ngoại tệ trên cơ sở quy đổi đồng Việt Nam ra ngoại tệ theo tỷ giá trên thị trường ngoại tệ liên ngân hàng do Ngân hàng Nhà nước Việt Nam công bố tại thời điểm thu phí”. Trong khi đó, Điều 22 Pháp lệnh Ngoại hối quy định: “Trên lãnh thổ Việt Nam, mọi giao dịch, thanh toán, niêm yết, quảng cáo của người cư trú, người không cư trú không được thực hiện bằng ngoại hối, trừ các giao dịch với tổ chức tín dụng, các trường hợp thanh toán thông qua trung gian gồm thu hộ, uỷ thác, đại lý và các trường hợp cần thiết khác được Thủ tướng Chính phủ cho phép”. TCHNCC không phải là tổ chức tín dụng; quan hệ giữa NYCCC với các TCHNCC cũng không phải là hoạt động thu hộ, uỷ thác, đại lý; việc cho phép thu phí công chứng bằng ngoại tệ được “bật đèn xanh” bởi Bộ trưởng Bộ Tài chính và Bộ trưởng Bộ Tư pháp chứ không phải do Thủ tướng Chính phủ cho phép. Với những phân tích trên, rõ ràng quy định như trong Thông tư liên tịch số 91/2008/TTLT-BTC-BTP đã trái với Pháp lệnh Ngoại hối.

Theo nguyên tắc áp dụng quy phạm pháp luật thì phải ưu tiên áp dụng Pháp lệnh Ngoại hối, nhưng trên thực tế các TCHNCC lại ưu tiên áp dụng Thông tư liên tịch số 91/2008/TTLT-BTC-BTP. Điều rất vô lý là trong khi Luật Công chứng không cho phép công chứng viên công chứng các hợp đồng, giao dịch mà phương thức thanh toán bằng ngoại tệ (vi trái pháp luật) thì việc nộp phí công chứng bằng ngoại tệ của NYCCC cho TCHNCC lại được Thông tư liên tịch số 91/2008/TTLT-BTC-BTP cho phép.

Nghị quyết 48-NQ/TW ngày 24/5/2005 của

(8) Đỗ Văn Đại và Dương Hoán, Về vấn đề từ chối công chứng khi có đơn ngăn chặn của cá nhân, Tạp chí Khoa học pháp lý, số 2/2011.  
(9) Lê Quang Hào, Quản lý nhà nước đối với tổ chức và hoạt động của VPCC, Luận văn Thạc sĩ luật học năm 2010, tr.63.

Bộ Chính trị về Chiến lược xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam đến năm 2010, định hướng đến năm 2020 đã xác định: “Xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật đồng bộ, thống nhất, khả thi, công khai, minh bạch”. Yêu cầu này cũng được thể hiện rất rõ trong Khoản 1 Điều 3 Luật Ban hành VBQPPL năm 2008 “Bảo đảm tính hợp hiến, hợp



pháp và tính thống nhất của VBQPPL trong hệ thống pháp luật”. Do đó, theo chúng tôi, cần sớm sửa đổi các quy định này nhằm loại bỏ sự mâu thuẫn giữa Pháp lệnh Ngoại hối và Thông tư liên tịch số 91/2008/TTLT-BTC- BTP. Nếu Nhà nước nhận thấy việc thu phí công chứng bằng ngoại tệ không ảnh hưởng nhiều đến nền kinh tế trong nước thì phải quy định rõ điều khoản này trong Nghị định hay Quyết định của Thủ tướng Chính phủ. Có như vậy thì việc thu phí công chứng bằng ngoại tệ mới đảm bảo tính khả thi và đúng pháp luật.

## **2. Những quy định pháp luật liên quan đến hoạt động công chứng còn bất cập, chưa nhất quán và không rõ ràng, cụ thể**

Một trong những điểm đổi mới quan trọng được thể hiện trong Luật Công chứng là việc xã hội hóa HĐCC. Theo đó, bên cạnh việc tiếp tục duy trì, củng cố và phát triển mô hình Phòng công chứng do Nhà nước đầu tư, hoạt động theo cơ chế đơn vị sự nghiệp của Nhà nước, Luật Công chứng cũng đồng thời quy định về VPCC do các cá nhân đầu tư và thành lập. Nhằm đảm bảo cho HĐCC được diễn ra nghiêm túc và đạt hiệu quả cao, Luật Công chứng có quy định cụ thể về chế độ làm việc của các TCHNCC. Theo đó, TCHNCC phải thực hiện chế độ làm việc theo ngày, giờ làm việc của cơ quan hành chính nhà nước<sup>10</sup>. Tuy

nhiên, quy định này tồn tại sự bất hợp lý vì hành chính hóa các hoạt động của TCHNCC. Các phòng công chứng là đơn vị sự nghiệp thuộc Sở Tư pháp thì có thể quy định phải hoạt động theo ngày giờ hành chính, nhưng sẽ rất vô lý nếu như áp đặt thời giờ hành chính đối với hoạt động của VPCC vốn hoạt động theo mô hình doanh nghiệp. Các TCHNCC là những tổ chức cung cấp dịch vụ công<sup>11</sup> nên phải tạo điều kiện thuận lợi cho mọi cá nhân, tổ chức có nhu cầu công chứng. Trên thực tế có rất nhiều trường hợp, cá nhân, tổ chức vì những lý do khác nhau không thể đến các TCHNCC để yêu cầu công chứng trong giờ hành chính. Bên cạnh đó, do hoạt động theo mô hình doanh nghiệp nên các VPCC cũng rất chú ý đến yếu tố lợi nhuận. Yếu tố lợi nhuận bắt buộc các VPCC phải có sự cạnh tranh với nhau trong việc thỏa mãn nhu cầu của khách hàng, trong đó có nhu cầu công chứng ngoài giờ hành chính. Quy định này không hợp lý và tiềm ẩn nhiều nguy cơ “xé rào”. Do đó, theo chúng tôi, chỉ nên quy định các TCHNCC có nghĩa vụ nghiêm túc công khai lịch làm việc tại trụ sở hành nghề là đủ. Vấn đề chế độ làm việc cụ thể thiết nghĩ nên để cho các tổ chức hành nghề công tự quyết định và nhu cầu của khách hàng sẽ là thước đo chuẩn xác nhất để các TCHNCC điều chỉnh thời gian làm việc của mình.

Ngoài việc quy định về thời gian làm việc

(10) Khoản 2, Điều 32 Luật Công chứng năm 2006.

(11) Nguyễn Cửu Việt (2008), Giáo trình luật Hành chính Việt Nam, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, tr.194.

thì Luật Công chứng cũng quy định về địa điểm công chứng. Về nguyên tắc, việc công chứng phải thực hiện tại TCHNCC. Đây là nguyên tắc ưu tiên hàng đầu trong việc bảo đảm tính pháp lý chặt chẽ của văn bản công chứng. Tuy nhiên, Luật Công chứng năm 2006 cho phép một số trường hợp có thể thực hiện công chứng ngoài trụ sở tổ chức hành nghề. Những trường hợp đó là: (i) NYCCC là người già yếu không thể đi lại được; (ii) người đang bị tạm giữ, tạm giam, đang thi hành án phạt tù; (iii) có “lý do chính đáng khác” không thể đến trụ sở TCHNCC<sup>12</sup>, nhưng thế nào là “lý do chính đáng khác” thì chưa được định cụ thể, dẫn đến nhiều cách hiểu và áp dụng khác nhau. Trường hợp người bị áp dụng biện pháp đưa vào trường giáo dưỡng; đưa vào cơ sở giáo dục; đưa vào cơ sở chữa bệnh... thì có được xem là “lý do chính đáng” để yêu cầu công chứng ngoài trụ sở của TCHNCC hay không, vì những người này không phải đang bị “tạm giữ, tạm giam, đang thi hành án phạt tù” và cũng không thuộc diện “già yếu không đi lại được”. Theo chúng tôi, để khắc phục tình trạng “tùy nghi” trong việc vận dụng luật vào cuộc sống, cơ quan nhà nước có thẩm quyền cần quy định cụ thể những trường hợp được xem là “lý do chính đáng khác” như trong trường hợp khẩn cấp, bị đe dọa tính mạng hoặc vì lý do ốm đau dài ngày mà không thể đến trụ sở, phụ nữ có thai hoặc chăm sóc trẻ sơ sinh không thể đi xa được, người bị áp dụng các biện pháp hành chính khác...

Hiện nay, Luật Công chứng năm 2006 không quy định việc chuyển đổi loại hình doanh nghiệp của VPCC nên gây ra nhiều vướng mắc trong thực tế. Như đã trình bày, VPCC có hai loại hình là doanh nghiệp tư nhân do một công chứng viên thành lập và công ty hợp danh do hai công chứng viên trở lên thành lập. Vậy vấn đề chuyển đổi giữa mô hình doanh nghiệp tư nhân thành công ty hợp danh và ngược lại được thực hiện như thế

nào? Do Luật Công chứng không quy định cụ thể nên các địa phương chưa có cơ sở để giải quyết việc chuyển đổi loại hình theo yêu cầu của VPCC. Để giải quyết vấn đề này, Bộ Tư pháp đã có Công văn số 506/BTP-HCTP ngày 24/12/2009 hướng dẫn việc chuyển đổi VPCC do một công chứng viên thành lập sang VPCC do hai công chứng viên trở lên thành lập. Tuy nhiên, việc chuyển đổi này chỉ được thực hiện tại Hà Nội, còn tại các tỉnh và thành phố khác thì chưa được thực hiện vì Luật Công chứng không quy định<sup>13</sup>. Có thể nhận thấy, việc ban hành Công văn số 506/BTP-HCTP chỉ là giải pháp tình thế của Bộ Tư pháp nhằm “chữa cháy” cho quy định không rõ ràng trong Luật Công chứng. Về lâu dài thì các cơ quan nhà nước có thẩm quyền phải ban hành quy định cụ thể hóa vấn đề này vì Công văn số 506/BTP-HCTP của Bộ Tư pháp không phải là VBQPPL nên không thể chứa các quy tắc xử sự chung, áp dụng thống nhất cho tất cả các địa phương.

Ngoài ra, trong Luật Công chứng cần khắc phục những quy định không nhất quán. Cụ thể, thời hạn trong Luật Công chứng lúc thì quy định là ngày bình thường (bao gồm cả ngày nghỉ như Khoản 4 Điều 18, Khoản 2 Điều 27...), lúc thì quy định ngày làm việc (không bao gồm ngày nghỉ như Khoản 3 Điều 18, Khoản 3 Điều 27...). Đây không chỉ là vấn đề liên quan đến kỹ thuật lập pháp mà còn liên quan đến quyền lợi hợp pháp của cá nhân, tổ chức nên cần phải được quy định cụ thể và thống nhất. Theo chúng tôi, trong trường hợp này nên quy định thời hạn tính theo ngày làm việc. Điều này là hợp lý và thống nhất với các văn bản pháp luật hiện hành có quy định về thời hạn như Luật Tố tụng hành chính, Pháp lệnh Xử lý vi phạm hành chính... Về kỹ thuật lập pháp, trong Luật Công chứng có thể quy định trực tiếp thành một điều khoản riêng (khi

*(Xem tiếp trang 43)*

(12) Điều 39 Luật Công chứng năm 2006.

(13) Lê Quang Hào, luận văn đã dẫn, tr. 45.

# TƯ TƯỞNG HỒ CHÍ MINH

## VỀ XÂY DỰNG PHẨM CHẤT CÁN BỘ NGÀNH TƯ PHÁP

■ NGUYỄN THẾ PHÚC\*

### 1. Cán bộ tư pháp phải đề cao lòng yêu nước, thương dân

Cách mạng Tháng Tám thành công, ngày 2/9/1945, Chủ tịch Hồ Chí Minh đã đọc Tuyên ngôn độc lập, khai sinh ra nước Việt Nam Dân chủ Cộng hòa. Người chỉ rõ giá trị pháp lý cho một nền lập pháp mới sẽ được hình thành: “Dân ta đã đánh đổ các xiềng xích thực dân gần 100 năm nay để xây dựng nên nước Việt Nam độc lập. Dân ta lại đánh đổ chế độ quân chủ mấy mươi thế kỷ mà lập nên chế độ Dân chủ Cộng hòa”<sup>1</sup>. Từ cơ sở đó, chế độ dân chủ mới ra đời là hợp với lẽ tự nhiên, cho nên: “Lâm thời Chính phủ của nước Việt Nam mới, đại biểu cho toàn thể dân tộc Việt Nam, tuyên bố thoát ly hẳn quan hệ thực dân với Pháp, xóa bỏ hết những hiệp ước mà Pháp đã ký về nước Việt Nam”<sup>2</sup>. Như vậy, chế độ mới ra đời đã thủ tiêu những chính sách cai trị cùng với các đạo luật hà khắc của thực dân Pháp và phong kiến tay sai để dựng nên một thể chế chính trị mới vì nhân dân. Để cho nền lập pháp, hành pháp và tư pháp của thể chế chính trị mới trở thành ba trụ cột có giá trị vững chắc trong nền dân chủ, pháp quyền,

thể hiện bản chất tốt đẹp của chế độ ta, của pháp luật xã hội chủ nghĩa, thì phẩm chất hàng đầu của cán bộ tư pháp phải thấm nhuần, đó là lòng yêu nước, thương dân.

Pháp luật là hình thái ý thức xã hội, là ý chí của giai cấp thống trị, giai cấp thống trị nâng ý chí cai trị lên thành luật, vì vậy, bên trong các đạo luật là lợi ích kinh tế và chính trị. Dưới góc độ triết học, những quy định, điều chỉnh các quan hệ xã hội là hiện tượng bên ngoài của pháp luật còn lợi ích kinh tế chính là bản chất giai cấp của pháp luật. Từ mối quan hệ này, Hồ Chí Minh chỉ rõ: “Luật pháp là vũ khí của một giai cấp thống trị, dùng để trừng trị giai cấp chống lại mình, luật pháp cũ là ý chí của thực dân Pháp, không phải là ý chí chung của toàn thể nhân dân ta”<sup>3</sup>; pháp luật phong kiến là bất bình đẳng, đó là pháp luật thống trị; phong kiến đặt ra luật để trị nông dân. Người dẫn chứng “Trong luật Gia Long cũ của nước ta, có một điều quy định rằng kẻ nào chạy qua đường khi vua đi qua là phạm tội. Tội ấy là tội phạm tât (phạm vào đầu gối của vua) và người phạm tội phải bị chém. Phạm vào người vú nuôi của vua

(\*) *ThS. Giảng viên Khoa lý luận Chính trị - Trường Đại học Khoa học Huế.*

(1) *Hồ Chí Minh, Toàn tập, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2002, t. 4, tr. 3.*

(2) *Sđđ, t. 4, tr. 3.*

(3) *Hồ Chí Minh, Nhà nước và Pháp luật, Nxb. Pháp lý, H., 1985, tr. 185.*

thì không bị chém nhưng cũng bị tù. Các sĩ tử đi thi mà phạm húy, nghĩa là không biết kiêng tên họ hàng nhà vua, là bị trượt...<sup>74</sup>; pháp luật tư sản là pháp luật áp bức, bóc lột, tư bản đặt ra luật để trị công nhân và nhân dân lao động: “Giai cấp tư sản gian ngoan hơn giai cấp phong kiến, lừa bịp quần chúng tinh vi hơn. Giai cấp tư sản tuyên truyền rằng... pháp luật của nhà nước tư sản là ý chí của toàn dân, cho nên mọi người phải phục tùng pháp luật”<sup>75</sup>. Pháp luật của thực dân và phong kiến đã cho thấy, bản chất của thực dân và phong kiến là áp bức và bóc lột, vì vậy mà tính tàn bạo dã man của nó được bộc lộ qua người thực thi pháp luật. Hồ Chí Minh dẫn chứng: “Tên hạ sĩ quan đã đánh anh Na-hông cũng như tên sĩ quan đã giết chết anh, không bị trừng phạt gì cả”<sup>76</sup> và “Cùng một hành động, nếu là của lũ “bốt-sơ” thì là tội ác, nhưng nếu là của người Pháp thì là văn minh!”<sup>77</sup>. Những dẫn chứng trên cho thấy, những tên thực dân xâm lược không coi người dân các dân tộc thuộc địa là người. Cho nên, không có công lý đối với người bản địa “Pháp luật, công lý đối với người bản xứ ư? Thôi đi! Chỉ có ba-toong, súng ngắn, súng dài”<sup>78</sup>. Để vạch trần tội ác đó, Hồ Chí Minh dẫn lời của một cựu nghị sĩ sau khi đi thăm thuộc địa về đã phải thốt lên “So với bọn viên chức thuộc địa thì những tên cướp đường còn là những người lương thiện!”<sup>79</sup>. Dưới chế độ thuộc địa “chẳng còn luật lệ nào khác ngoài sự tùy tiện của bọn nhà đoan. Bởi vậy, người Việt Nam rất sợ bọn nhà đoan, cứ thoáng thấy chúng là họ vút ngay giữa đường những thúng muối, thúng cau hoặc thuốc lào của họ; thà vút đi còn hơn là phải đóng thuế hết khoản này đến khoản khác mãi mãi không thôi”<sup>80</sup>. Những điều này đã phản ánh tính man rợ của pháp luật thực dân và phong kiến.

Để xây dựng chế độ dân chủ mới, thể hiện

tính chất ưu việt và bản chất tốt đẹp của chế độ, theo Hồ Chí Minh, một mặt phải lên án, tố cáo tính chất tàn bạo của pháp luật cũ, đồng thời đặc biệt coi trọng đến xây dựng pháp luật mới, trong đó lấy xây dựng là chủ chốt. Pháp luật mới phải chuyển tải được tính nhân văn, dân chủ, bình đẳng, văn minh và tiến bộ. Đặc biệt, pháp luật phải đặt lợi ích của nhân dân lao động lên trên hết, vì nhân dân lao động, bảo vệ quyền lợi cho hàng triệu người lao động; pháp luật vì con người và vì sự tiến bộ chung của nhân loại. Vì vậy, cán bộ ngành tư pháp “Trước hết phải đề cao lòng thương nước, thương đồng bào, căm ghét bọn thực dân xâm lược và bè lũ tay sai của chúng. Phải có quyết tâm kháng chiến để đi đến thắng lợi hoàn toàn, không sợ hy sinh, gian khổ”<sup>81</sup>. Từ đó, Hồ Chí Minh đã khẳng định một triết lý mang tính nhân văn sâu sắc mà Người yêu cầu cán bộ tư pháp phải khắc sâu vào trong tâm khảm của mình: “Nghĩ cho cùng, vấn đề tư pháp, cũng như mọi vấn đề khác, trong lúc này, là vấn đề ở đời và làm người. Ở đời và làm người là phải thương nước, thương dân, thương nhân loại đau khổ bị áp bức. Phải làm sao đóng góp vào việc làm cho nước độc lập, dân được tự do, hạnh phúc, nhân loại khỏi đau khổ. Như vậy, thì phải đấu tranh cách mạng, trước mắt phải đánh đuổi bọn thực dân xâm lược, đánh đổ bọn Việt gian phản quốc, bọn bù nhìn tay sai của đế quốc thực dân”<sup>82</sup>. Những tư tưởng này của Người vẫn còn nguyên giá trị trong sự nghiệp xây dựng Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa của dân, do dân và vì dân hiện nay.

**2. Cán bộ tư pháp phải tuyệt đối trung thành với chính quyền dân chủ nhân dân, liêm khiết và gương mẫu, chăm lo việc công, giữ gìn pháp luật, chí công vô tư, gần dân, hiểu dân, giúp dân, học dân**

(4) Hồ Chí Minh, *Nhà nước và pháp luật*, Sđd, tr. 186.

(5) Hồ Chí Minh: *Nhà nước và pháp luật*, Sđd, tr. 18.

(6) Hồ Chí Minh: *Toàn tập*, Sđd, t. 2, tr. 90.

(7) Hồ Chí Minh: *Toàn tập*, Sđd, t. 2, tr. 90.

(8) Hồ Chí Minh: *Toàn tập*, Sđd, t. 2, tr. 90.

(9) Hồ Chí Minh: *Toàn tập*, Sđd, t. 2, tr. 69.

(10) Hồ Chí Minh: *Toàn tập*, Sđd, t. 2, tr. 75 - 76.

(11) Hồ Chí Minh: *Nhà nước và pháp luật*, Sđd, tr. 187.

(12) Hồ Chí Minh: *Nhà nước và pháp luật*, Sđd, tr. 187 - 188.

Trong Lời nói đầu, Hiến pháp năm 1946 ghi rõ “Sau tám mươi năm tranh đấu, dân tộc Việt Nam đã thoát khỏi vòng áp bức của chính sách thực dân, đồng thời đã gạt bỏ chế độ vua quan. Nước nhà đã bước sang một quãng đường mới. Nhiệm vụ của dân tộc ta trong giai đoạn này là bảo toàn lãnh thổ, giành độc lập hoàn toàn và kiến thiết quốc gia trên nền tảng dân chủ”<sup>13</sup>. Như vậy, Hiến pháp năm 1946 đã chuyển tải được yêu cầu về thể chế chính trị (dân chủ cộng hòa). Chế độ dân chủ đối lập với chế độ chuyên chế, độc tài của thực dân và phong kiến. Trong chế độ dân chủ, địa vị của người dân là cao nhất, dân là chủ, là chủ thì “Tất cả quyền bính trong nước là của toàn thể nhân dân Việt Nam, không phân biệt nòi giống, gái trai, giàu nghèo, giai cấp, tôn giáo”<sup>14</sup>. Vì vậy, một yêu cầu có tính nguyên tắc mà Hồ Chí Minh đặt ra là pháp luật phải đảm bảo các quyền tự do dân chủ, cán bộ ngành tư pháp phải tuyệt đối trung thành với sự nghiệp của nhân dân, cho dù ở bất kỳ tình huống nào cũng phải đặt lợi ích của dân lên trên hết và trước hết. Người viết: “Các bạn là viên chức của Chính phủ dân chủ cộng hòa mà các bạn đã giúp xây dựng nên. Chính thể dân chủ của ta tuy còn trẻ tuổi, nhưng đã chiến thắng nhiều cuộc thử thách, nó đã chứng tỏ rằng quả thật là đầy tương lai. Do đó, nhiệm vụ các bạn phải tuyệt đối trung thành với chính quyền dân chủ”<sup>15</sup>. Sự trung thành với chính quyền của cán bộ tư pháp được thể hiện trong công việc hàng ngày, phải làm đúng pháp luật, mục đích là làm cho pháp luật phục vụ nhân dân, vì lợi ích của nhân dân. Ngoài ra, cán bộ tư pháp còn phải bảo vệ thành quả cách mạng, bảo vệ quyền tự do, dân chủ rộng rãi của nhân dân lao động; luôn đặt lợi ích của nhân dân lên trên hết, không làm những việc hại dân, hại nước; không làm những việc không có lợi cho chính quyền, làm mất uy tín của Đảng và Nhà nước, như tham ô, lãng phí, quan liêu, mệnh lệnh, cửa quyền...

Đối với Hồ Chí Minh, trung thành với chính

quyền còn được thể hiện ở tinh thần trách nhiệm trước nhân dân trong từng việc làm cụ thể hàng ngày, phải biết vượt khó trong công tác. Tại Hội nghị tư pháp toàn quốc ngày 22/3/1957, Người căn dặn, mặc dù gặp nhiều khó khăn nhưng cán bộ tư pháp phải cố gắng để thực hiện nhiệm vụ chung của dân tộc là đấu tranh thống nhất nước nhà. Người yêu cầu cán bộ tư pháp phải nhận thức đúng vai trò của pháp luật trong việc bảo vệ chế độ. Vì vậy, cần phải xây dựng pháp luật để góp phần giáo dục lòng trung thành của nhân dân vào chế độ; đồng thời ngăn ngừa, trừng trị những kẻ âm mưu phá hoại chế độ ta, phá hoại lợi ích của nhân dân. Đối với những hành động phản quốc, Người có một thái độ rất nghiêm khắc, chính Người đã chỉ đạo Ban dự thảo Pháp lệnh trừng trị các tội phản cách mạng (1967), trong đó chỉ rõ “Kẻ nào là công dân nước Việt Nam dân chủ cộng hòa câu kết với nước ngoài để gây nguy hại cho độc lập và chủ quyền dân tộc, thống nhất, toàn vẹn lãnh thổ của Tổ quốc và nguy hại cho chế độ xã hội chủ nghĩa thì bị phạt tù 20 năm, tù chung thân hoặc bị xử tử hình”<sup>16</sup>.

Trung thành với chính quyền còn được thể hiện trong thực thi pháp luật phải liêm khiết và gương mẫu, chăm lo việc công, giữ gìn pháp luật, chí công vô tư, gần dân, hiểu dân, học dân để giúp dân. Vì vậy, khi nói về trách nhiệm của cán bộ tư pháp, trong Thư gửi Hội nghị tư pháp toàn quốc, năm 1948, Hồ Chí Minh chỉ rõ: “Các bạn là bậc tri thức. Các bạn có cái trách nhiệm nặng nề và vẻ vang, làm gương cho nhân dân trọng mọi việc. Dân ta đã đấu tranh một cách rất dũng cảm. Lễ tất nhiên giới trí thức phải hy sinh đấu tranh, dũng cảm hơn nữa để làm gương cho nhân dân”. Bên cạnh nhắc nhở cán bộ tư pháp phải làm gương cho nhân dân, Người còn đặc biệt nhấn mạnh đến việc thực thi pháp luật một cách vô tư, khách quan, phải đặt tinh thần liêm khiết lên hàng đầu. Người viết: “Các bạn là những người phụ trách thi hành pháp luật. Lễ

(13) *Hiến pháp Việt Nam (năm 1946, 1959, 1980, 1992 và Nghị quyết về việc sửa đổi, bổ sung một số điều của Hiến pháp 1992)*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2002, tr. 7.

(14) *Hiến pháp Việt Nam, Sđd*, tr. 8.

(15) *Hồ Chủ tịch và pháp chế, Sđd*, tr. 86.

(16) *Hồ Chủ tịch và pháp chế, Sđd*, tr. 214.

tất nhiên các bạn cần phải nêu cao cái gương “phụng công, thủ pháp, chí công vô tư”<sup>17</sup> cho nhân dân noi theo”. Và “trong công tác xử án phải công bằng, liêm khiết, trong sạch. Như thế cũng chưa đủ. Không thể chỉ hạn chế hoạt động của mình trong khung tòa án. Phải gần dân, hiểu dân, giúp dân, học dân. Giúp dân, học dân để mình thêm liêm khiết, thêm công bằng”<sup>18</sup>. Trong thực tế, vẫn có một số cán bộ phạm phải sai lầm, khuyết điểm do quan liêu, mệnh lệnh; xem thường pháp luật, không tôn trọng quyền lợi của nhân dân. Song, cũng có nhiều trường hợp do cán bộ chưa thông suốt pháp luật, chưa rành cách làm việc mà phạm khuyết điểm. Để sửa chữa những khuyết điểm đó, trong phiên họp đầu tiên của Hội đồng Chính phủ, Chủ tịch Hồ Chí Minh đã căn dặn cán bộ và lời căn dặn đó như một cảm năng để sửa chữa khuyết điểm. Người nói, sau tám mươi năm bị áp bức, bị bóc lột và dưới chính sách ngu dân của thực dân Pháp, các bạn và tôi, chúng ta đều chưa quen với kỹ thuật hành chính. Nhưng điều đó không làm chúng ta lo ngại. Chúng ta vừa làm vừa học, vừa học vừa làm. Chắc rằng chúng ta sẽ phạm khuyết điểm, nhưng chúng ta sẽ sửa chữa, chúng ta có can đảm sửa chữa khuyết điểm. Với lòng yêu nước nồng nàn và yêu nhân dân sâu sắc, tôi chắc chúng ta sẽ thành công.

### 3. Cán bộ tư pháp phải giỏi về chuyên môn, thạo về nghiệp vụ, đồng thời phải am hiểu pháp luật quốc tế

Công tác tư pháp là lĩnh vực liên quan trực tiếp đến sự công bằng của từng con người và xã hội, đến những số phận con người cụ thể, pháp luật góp phần trực tiếp tạo ra giá trị để làm mực thước cho xã hội, điều chỉnh hành vi con người, hướng tới tự do dân chủ, bình đẳng, bác ái. Trong sự nghiệp cải tạo xã hội cũ, xây dựng một xã hội mới, pháp luật là vũ khí cơ bản quyết định đến sự thắng lợi đó. Đồng thời, pháp luật là phương tiện để đưa con người tiệm cận đến chân lý, đạt đến trạng thái tự do cao nhất

của mỗi người. Một xã hội tự do và dân chủ là một xã hội dựa trên nền tảng pháp luật, phải xem pháp luật là “bà đỡ” của tự do và dân chủ. Cá nhân muốn đạt đến tự do, chiếm lĩnh tự do, trước hết, yêu cầu phải hoạt động trong khuôn khổ pháp luật; vượt ra khỏi ranh giới pháp luật là vi phạm đến tự do của người khác, vi phạm đến tự do của người khác đồng nghĩa với việc tự đánh mất tự do của cá nhân mình. Tất nhiên, tự do không phải thích làm gì thì làm, mà tự do là nhận thức được tính tất yếu, hành động đúng pháp luật, tuân theo pháp luật, vì vậy người nào nắm vững luật, hành động đúng luật đó là người tự do. Tự do là quyền tự nhiên tất yếu, có sẵn của con người. Nhưng không phải quyền tự nhiên tất yếu đều có sẵn, đều hiện hữu, nó chỉ hiện hữu khi con người nhận thức được và nhận thức đúng về pháp luật.

Đối với cán bộ tư pháp, đòi hỏi cơ bản trước hết và tất yếu là phải giỏi về chuyên môn, am hiểu tường tận luật pháp. Sau Cách mạng Tháng Tám, hơn ai hết, Hồ Chí Minh hiểu rõ thực trạng của xã hội Việt Nam vừa thoát thai từ một chế độ phong kiến, thực dân đi vào con đường dân chủ nhân dân, mà Người thường gọi là thoát thai từ hổ bần, lại bị thực dân đầu độc, chúng thực hiện chính sách ngu dân, cho nên chưa ai quen với ý thức pháp luật, còn xa lạ với ý thức chấp hành pháp luật, sự tùy tiện trong quản lý xã hội của quan lại, thực dân cùng với những ứng xử cảm tính, theo những thói quen, truyền thống xấu. Đó là mặt hạn chế và cũng là khó khăn lớn nhất của nền lập pháp. Thêm vào đó là luật pháp còn chưa đủ. Khắc phục khó khăn này, Hồ Chí Minh đã nhắc nhở cán bộ tư pháp phải nêu cao hơn nữa tinh thần trách nhiệm trước dân tộc “Chính các chú có trách nhiệm phải góp phần làm cho luật pháp của ta tốt hơn, càng ngày càng phong phú hơn”<sup>19</sup>. Bởi vì, “Công việc tư pháp cũng như mọi công việc khác là càng làm ta càng tiến bộ, nhưng càng tiến bộ ta càng thấy rõ những trở ngại và những khuyết điểm nó còn sót lại. Và ta phải cố gắng để giải quyết hoặc

(17) Hồ Chủ tịch và pháp chế, *Sđd*, tr. 86.

(18) Hồ Chủ tịch và pháp chế, *Sđd*, tr. 91.

(19) Hồ Chí Minh: Nhà nước và pháp luật, *Sđd*, tr. 187.

(20) Hồ Chủ tịch và pháp chế, *Hội luật gia Việt Nam. Thành phố Hồ Chí Minh. 1985, tr. 85.*



khắc phục những trở ngại và khuyết điểm ấy”<sup>20</sup>. Cán bộ tư pháp còn gặp nhiều khó khăn, điều kiện thiếu thốn, công việc thì ngày càng mới, yêu cầu và đòi hỏi ngày càng cao. Vì vậy, cán bộ ngành tư pháp phải không ngừng học tập, rèn luyện, nâng cao kiến thức, chuyên môn và nghiệp vụ; phải nghiên cứu pháp luật quốc tế để tiếp thu những cái hay, cái tinh túy góp phần xây dựng pháp luật Việt Nam hiện đại, phù hợp với xu thế chung của thời đại là hòa bình, dân chủ và tiến bộ.

Trong giai đoạn toàn cầu hóa hiện nay, Việt Nam ngày càng hội nhập sâu rộng vào nền kinh tế thế giới, điều đó đòi hỏi cán bộ tư pháp càng phải am hiểu luật pháp quốc tế hơn để tư vấn cho các đối tượng khi tham gia hội nhập, tránh tình trạng phạm luật các nước sở tại; đặc biệt khi có sự cố tranh chấp về kinh tế mà lẽ phải thuộc về chúng ta như “việc Mỹ áp thuế bán phá giá cá tra, cá ba sa của Việt Nam” thì đội ngũ cán bộ tư pháp tự tin và sẵn sàng trong các phiên tòa quốc tế để đòi lại chính nghĩa.

#### **4. Cán bộ tư pháp phải có tinh thần dân chủ và đoàn kết, thấm nhuần đạo đức cách mạng**

Dân chủ và đoàn kết là một trong những phẩm chất quan trọng để cán bộ tư pháp hoàn thành nhiệm vụ được giao. Đoàn kết là một truyền thống quý báu của dân tộc, vì vậy trong Thư gửi Hội nghị tư pháp toàn quốc (2/1948), Chủ tịch Hồ Chí Minh đã chỉ rõ: “Tư pháp là một cơ quan trọng yếu của chính quyền, cho nên càng phải tinh thần đoàn kết, hợp tác chặt chẽ với các cơ quan khác, để tránh những mối xích mích lẫn nhau, nó có thể vì lợi quyền nhỏ và riêng mà hại đến quyền lợi to và chung, cho cả tư pháp và hành chính”<sup>21</sup>. Người đã chỉ rõ nhiệm vụ chung của dân tộc, để từ đó ngành tư pháp thấy được nhiệm vụ cao cả của mình “Bây giờ cả nước ta có nhiệm vụ chung cho các ngành là đấu tranh thống nhất nước nhà, khôi phục kinh tế, phát triển văn hóa, tăng gia sản xuất, thực hành

tiết kiệm. Trong nhiệm vụ chung đó, tư pháp cần góp phần của mình là thực hiện chế độ pháp trị, giữ vững và bảo vệ quyền lợi nhân dân, bảo vệ chế độ dân chủ của ta. Đó là nhiệm vụ tích cực. Đồng thời có một nhiệm vụ nữa là ngăn ngừa trừng trị những kẻ âm mưu phá hoại chế độ ta, phá hoại lợi ích của nhân dân”<sup>22</sup>. Từ đó, Người đã chỉ ra tầm quan trọng cốt lõi để khắc phục những khó khăn trên, góp phần đưa cách mạng đi đến thắng lợi cuối cùng. Người viết “Nội bộ đoàn kết từ trên xuống dưới, từ dưới lên trên, làm gương cho nhân dân. Đoàn kết tức là lực lượng của chúng ta. Lúc mới kháng chiến lực lượng ta yếu hơn địch, nhưng ta thắng lợi vì ta đoàn kết. Cho nên ngành tư pháp muốn khắc phục khó khăn phải đoàn kết nhất trí thật sự, muốn đoàn kết thật sự phải dựa trên cơ sở lập trường vững vàng, tư tưởng sáng suốt, nội bộ dân chủ, phải giúp đỡ nhau học tập tiến bộ, thật thà phê bình và tự phê bình”<sup>23</sup>. Cùng với đoàn kết tốt, trong công việc phải thực hành dân chủ. Dân chủ là cơ sở khoa học để xây dựng khối đại đoàn kết ngày càng vững chắc. Bởi vì, muốn đoàn kết thì tư tưởng phải thống nhất; muốn thống nhất phải dân chủ. Hồ Chí Minh viết: “Chế độ ta là chế độ dân chủ, tư tưởng phải được tự do. Tự do là thế nào? Đối với mọi vấn đề, mọi người tự do bày tỏ ý kiến của mình, góp phần tìm ra chân lý. Đó là một quyền lợi mà cũng là một nghĩa vụ của mọi người. Khi mọi người đã phát biểu ý kiến, đã tìm thấy chân lý, lúc đó quyền tự do tư tưởng hóa ra quyền tự do phục tùng chân lý”<sup>24</sup>. Như vậy, theo Hồ Chí Minh dân chủ và đoàn kết luôn gắn bó thống nhất với nhau, đó là một mối quan hệ biện chứng trong nhận thức và hành động mà Người yêu cầu cán bộ tư pháp phải thực hành triệt để.

Bên cạnh đó, Người cũng yêu cầu cán bộ tư pháp phải thực sự thấm nhuần đạo đức cách mạng, xem phục vụ nhân dân là một việc làm cao thượng. Người yêu cầu cán bộ tư pháp phải hiểu rõ pháp luật, không có pháp luật chung chung, mà chỉ có một bên là pháp luật cách mạng, tiến bộ và một bên là pháp luật phản động, thoái hóa.

(21) Hồ Chủ tịch và pháp chế, Sđd, tr. 86.

(22) Hồ Chủ tịch và pháp chế, Sđd, tr. 93.

(23) Hồ Chủ tịch và pháp chế, Sđd, tr. 93.

(24) Hồ Chí Minh: Nhà nước và pháp luật, Sđd, tr. 239.

Hồ Chí Minh đã thấy được chiều sâu của việc giáo dục nhân dân tự giác, nghiêm chỉnh thực thi pháp luật, tuân theo pháp luật. Muốn cho nhân dân và xã hội tôn trọng pháp luật, thì yêu cầu trước hết có tính nguyên tắc mà Hồ Chí Minh nhắc nhở cán bộ tư pháp là phải trau dồi đạo đức cách mạng. Rèn luyện đạo đức cách mạng là rèn luyện theo các chuẩn mực cụ thể như: trung với

nước, hiếu với dân; thực hành cần, kiệm, liêm, chính, chí công vô tư. Đối với cán bộ tư pháp, đạo đức cách mạng còn được thể hiện ở việc nêu cao tấm gương phụng công, thủ pháp, chí công vô tư cho nhân dân noi theo. Theo Hồ Chí Minh, cán bộ tư pháp gương mẫu tuân thủ pháp luật là một yếu tố không thể thiếu được của con người xã hội chủ nghĩa. ■

## NHỮNG BẤT CẬP VÀ HƯỚNG SỬA ĐỔI...

(Tiếp theo trang 37))

sửa đổi Luật Công chứng)<sup>14</sup> hoặc vấn đề này sẽ được quy định trong Nghị định hướng dẫn thi hành<sup>15</sup>.

Bên cạnh đó, Khoản 3 Điều 27 Luật Công chứng quy định: “Trong thời hạn mười ngày làm việc, kể từ ngày nhận được các giấy tờ đăng ký hoạt động, Sở Tư pháp cấp giấy đăng ký hoạt động của VPCC”. Quy định này rõ ràng không có sự nhất quán với điểm b Khoản 5, Điều 11 Luật Công chứng quy định nhiệm vụ, quyền hạn của Ủy ban nhân dân tỉnh trong việc quản lý nhà nước về công chứng là “tổ chức cấp và thu hồi giấy đăng ký hoạt động của VPCC”.

Theo quy định của pháp luật thì công chứng viên phải bồi thường nếu gây thiệt hại cho NYCCC. Để hạn chế rủi ro này thì pháp luật cũng có quy định các Văn phòng công chứng có trách nhiệm mua bảo hiểm trách nhiệm nghề nghiệp cho Công chứng viên của mình. Tuy nhiên, một cơ chế phòng ngừa rủi ro rất cần thiết nhằm đảm bảo an toàn cho cả hệ thống

TCHNCC và cho những NYCCC thì luật lại không quy định: cơ chế chia sẻ thông tin trong HĐCC. Đơn cử, trường hợp khi đăng ký bất động sản đã thế chấp thì cơ quan đăng ký giao dịch bảo đảm không ghi chú vào giấy chứng nhận sở hữu mà chỉ ghi vào hồ sơ lưu tại văn phòng. Từ đó dẫn đến trường hợp một bất động sản đã thế chấp, sau đó bên thế chấp lấy lý do nhập hộ khẩu rồi mượn được giấy chứng nhận sở hữu do bên nhận thế chấp quản lý và mang ra VPCC làm thủ tục chuyển nhượng cho người khác. Nghiêm trọng hơn, hiện tượng một tài sản được công chứng ở nhiều TCHNCC với những chủ thể khác nhau không phải là hiếm gặp. Để chấm dứt tình trạng trên và nhằm nâng cao tính chuyên nghiệp của HĐCC trong thời gian tới đây, Luật Công chứng cần bổ sung quy định bắt buộc các tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương phải xây dựng cơ sở dữ liệu chung và chia sẻ thông tin ngăn chặn giao dịch trong HĐCC của địa phương mình, trên cơ sở đó tiến dần tới việc xây dựng mạng thông tin công chứng trên phạm vi toàn quốc.

Trên đây là vài ý kiến nhằm “gỡ rối” cho HĐCC. Hoàn thiện các quy định pháp luật liên quan đến HĐCC là một vấn đề lớn, do đó, cần phải được tiếp tục nghiên cứu, phân tích kỹ lưỡng, sửa đổi, bổ sung cho phù hợp với thực tiễn cuộc sống để HĐCC luôn đạt được mục tiêu là bảo đảm tính xác thực, tính hợp pháp của các hợp đồng, giao dịch. ■

14) Khoản 4, Điều 104 Luật Tổ tụng hành chính năm 2010: “Các quy định của Bộ luật Dân sự về cách xác định thời hạn, thời hiệu cũng được áp dụng trong tố tụng hành chính”.

15) Pháp lệnh Xử lý vi phạm hành chính năm 2002 (sửa đổi, bổ sung năm 2007, 2008) không có quy định thời hạn tính theo ngày làm việc. Vấn đề này được quy định trong Nghị định số 128/2008/NĐ-CP ngày 16/12/2008 quy định chi tiết thi hành một số điều của Pháp lệnh Xử lý vi phạm hành chính. Theo đó, Điều 9 Nghị định số 128/2008/NĐ-CP quy định: “Thời hạn trong Pháp lệnh được quy định theo ngày thì khoảng thời gian đó được tính theo ngày làm việc, không bao gồm ngày nghỉ theo quy định của Bộ luật Lao động”.

# NHỮNG HẠN CHẾ KHI TỔ CHỨC CƠ QUAN THI HÀNH ÁN DÂN SỰ

■ ĐINH DUY BẰNG\*

**T**hi hành án dân sự (THADS) có vai trò quan trọng trong hoạt động tư pháp nói chung và quá trình giải quyết vụ án nói riêng. Bản án, quyết định của Tòa án và các quyết định khác chỉ thực sự có giá trị khi được thi hành trên thực tế. Hoạt động THA là công đoạn làm cho bản án, quyết định của Tòa án được chấp hành, góp phần bảo đảm tính nghiêm minh của pháp luật và pháp chế xã hội chủ nghĩa; bảo đảm quyền, lợi ích hợp pháp của tổ chức, cá nhân và Nhà nước, góp phần giữ vững ổn định chính trị - xã hội, tăng cường hiệu lực, hiệu quả hoạt động của bộ máy nhà nước.

Điều 136 Hiến pháp năm 1992 đã ghi nhận “Các bản án và quyết định của Tòa án nhân dân đã có hiệu lực pháp luật phải được các cơ quan nhà nước, tổ chức kinh tế, tổ chức xã hội, các đơn vị vũ trang nhân dân và mọi công dân tôn trọng; những người và đơn vị hữu quan phải nghiêm chỉnh chấp hành”.

Cho đến nay, công tác THADS đã thu được nhiều kết quả quan trọng về mặt tổ chức bộ máy. Các cơ quan THADS trên toàn quốc đã từng bước được kiện toàn. Từ Đội THADS,

Phòng THADS (theo Pháp lệnh THADS năm 1993); đến THADS huyện, quận, thị xã, thành phố thuộc tỉnh; THADS tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương (theo Pháp lệnh THADS năm 2004) và đến Luật THADS năm 2008 là tổ chức bộ máy THADS theo hệ thống dọc, gồm Chi cục THADS cấp huyện, Cục THADS cấp tỉnh.

Nhìn lại sự hình thành và phát triển, công tác THADS luôn nhận được sự quan tâm, chỉ đạo sát sao của Đảng, Nhà nước. Bộ Tư pháp là cơ quan trực tiếp giúp Chính phủ tiếp nhận việc quản lý công tác THADS từ năm 1993. Trong 16 năm qua, bộ máy, tổ chức, cán bộ của hệ thống cơ quan THADS cơ bản đã được kiện toàn, lớn mạnh về mọi mặt; đội ngũ cán bộ, công chức THADS trưởng thành hơn về bản lĩnh chính trị và trình độ chuyên môn; kết quả THADS năm sau cao hơn năm trước, chất lượng THA được nâng cao. Tại nhiều kỳ họp Quốc hội, Chính phủ đã báo cáo và được Quốc hội ghi nhận sự chuyển biến của công tác THADS.

Việc Chính phủ thành lập Tổng cục THADS, Cục THADS cấp tỉnh, Chi cục THADS cấp

(\*) Chi cục THADS huyện Phú Giáo, tỉnh Bình Dương.

huyền là để tiếp tục nâng cao hiệu lực, hiệu quả, chất lượng quản lý và tổ chức hoạt động THADS trong cả nước. Đây cũng là sự ghi nhận của Đảng, Quốc hội, Chính phủ đối với sự lớn mạnh, trưởng thành của ngành THADS trong thời gian qua.

Với chức năng, nhiệm vụ và tên gọi mới, vị thế của Tổng cục THADS và các cơ quan THADS được nâng lên tầm cao mới. Tuy nhiên, việc tổ chức theo hệ thống dọc cũng đang gây rất nhiều trở ngại cho nhiều học giả quan tâm tới lĩnh vực THADS.

Luật THADS năm 2008 được ban hành khi mà phương án xây dựng Bộ luật THA (đã dự thảo, chỉnh lý, lấy ý kiến đến lần thứ 17) phá sản do còn quá nhiều ý kiến trái ngược nhau, đặc biệt là quan điểm của Bộ Quốc phòng và Bộ Công an không đồng tình ủng hộ việc thống nhất công tác quản lý nhà nước về THA vào một cơ quan. Đến nay, việc tổ chức bộ máy THADS theo ngành dọc ngoài những mặt ưu điểm thì mặt hạn chế vẫn hiện diện.

**Mặt tích cực:** Tổ chức THADS theo hệ thống dọc về cơ bản kế thừa hệ thống Cơ quan THADS hiện hành, không làm xáo trộn về hệ thống tổ chức Cơ quan THADS, phù hợp với tính độc lập tương đối và chịu trách nhiệm trước pháp luật của Cơ quan THADS và Chấp hành viên. Đồng thời, quy định Cơ quan THADS cấp tỉnh, cấp huyện là cơ quan giúp UBND cùng cấp trong việc tổ chức, chỉ đạo công tác THADS tại địa phương và báo cáo công tác THADS khi có yêu cầu, đã bảo đảm được vai trò của UBND cấp tỉnh, cấp huyện trong việc chỉ đạo công tác THADS. Hệ thống cơ quan quản lý THADS được thành lập tương đối hợp lý và quy mô. Cơ chế quản lý THADS thống nhất thuận lợi cho xây dựng ngành và quan hệ với các cơ quan hữu quan.

**Mặt hạn chế:** Bên cạnh những ưu điểm nêu trên, chúng tôi cho rằng, việc tổ chức bộ máy THADS theo ngành dọc làm cho bộ máy nhà nước thêm công kênh, gánh nặng ngân sách nhà nước tiếp tục gia tăng và chưa phát huy được hết sức dân vào hoạt động THADS. Bên cạnh đó, yếu tố cắt khúc giữa hoạt động xét

xử và hoạt động THADS vẫn chưa được nhìn nhận thấu đáo. Hạn chế đó được thể hiện qua các mặt sau đây:

*Một là*, với quan niệm Tòa án vừa xét xử, vừa tổ chức THA là “vừa đá bóng, vừa thổi còi” mà cần có cơ quan độc lập để tổ chức THADS. Theo chúng tôi, dù Tòa án, hay THA tổ chức THADS, thì chủ thể thực thi vẫn là một cơ quan của Nhà nước, sử dụng quyền lực Nhà nước để thi hành. Như vậy, không có sự khác biệt giữa Tòa án hay THA trong việc tổ chức THADS. Việc cắt khúc giữa hoạt động xét xử và hoạt động THADS tạo ra hàng loạt bản án, quyết định được tuyên nhưng không có tính khả thi, khi Thẩm phán ra phán quyết nhưng không nghĩ, không lường trước việc THA ra sao. Đó là lý do đáng báo động trong việc tồn đọng án của cơ quan THADS hiện nay và làm giảm hiệu lực, hiệu quả của công tác THADS. Điều đó được minh chứng bởi nhiều bản án, quyết định của Tòa án bị hủy, sửa sau một quá trình THA. Hơn thế nữa, khi xét xử sơ thẩm, phúc thẩm thì những phần đã được THA lại ít được Tòa án quan tâm đề cập và giải quyết. Nguyên nhân chính là do pháp luật chưa có quy định rõ ràng về việc đưa những nội dung này vào giải quyết và vì vậy, Thẩm phán thường né tránh giải quyết những nội dung đã được thi hành – mà đa phần những nội dung này đều rất phức tạp. Chính do việc cắt khúc hai hoạt động này mà rất nhiều bản án, quyết định của Tòa án tồn đọng tại các cơ quan THADS qua nhiều năm, nhiều lần, nhiều cấp xét xử nhưng vẫn chưa có điểm dừng. Cứ thế, quyền lợi và nghĩa vụ của các bên đương sự, người liên quan đã không được giải quyết thỏa đáng, vì thế họ tiếp tục khiếu nại, khiếu kiện là chuyện đương nhiên và án tồn đọng nhiều tại các cơ quan THADS cũng là điều hiển nhiên.

*Hai là*, nhìn từ thực tiễn trên thế giới, rất ít nước tổ chức một hệ thống cơ quan THADS độc lập và bao cấp bởi ngân sách nhà nước cho toàn bộ hoạt động. Cơ chế THADS có thể nằm ở Tòa án như ở nước Anh, Đức, Singapore, Nhật Bản... hoặc do tư nhân thực hiện như ở Pháp hay cơ chế THADS thuộc hệ thống cơ

quan thuế như ở Thụy Điển. Về nhân sự, những người tham gia công việc THADS cũng khác nhau ở các nước khác nhau. Những người này có thể là luật sư tư nhân, cũng có thể là công chức nhà nước. Nếu là công chức nhà nước, đa phần họ là công chức trong ngành Tòa án. Về tài chính hoạt động, nhiều nước bao cấp một phần mang tính hỗ trợ cho hoạt động THADS như ở Đức, Mỹ, Úc... hoặc tổ chức THADS phải tự chịu trách nhiệm toàn bộ chi phí cho hoạt động THADS như ở Pháp, Bỉ... Điều đặc biệt là cho dù hoạt động THADS là do Nhà nước hay tư nhân thực hiện thì giữa hoạt động xét xử và hoạt động THADS vẫn không bị cắt khúc. Tòa án vẫn là cơ quan có trách nhiệm quản lý, hướng dẫn nghiệp vụ và có thể trực tiếp ra các quyết định về THADS – thực hiện quyền lực tư pháp. Đối với hoạt động THADS đã được xã hội hóa (tư nhân thực hiện) như nhiều nước trên thế giới, thì ở những nước đó, khoản thu thuế (thuế trực thu) từ hoạt động THADS cũng bổ sung cho ngân sách Nhà nước một khoản đáng kể mà Nhà nước không phải bao cấp cho hoạt động này.

Ba là, việc tổ chức cơ quan THADS như hiện nay là theo đơn vị hành chính. Số lượng các cơ quan này thay đổi tùy thuộc vào sự thay đổi đơn vị hành chính (cấp tỉnh, cấp huyện). Cơ cấu tổ chức theo đơn vị hành chính cấp tỉnh và cấp huyện đã tạo được một số thuận lợi như sự quan tâm, chỉ đạo của các cấp chính quyền địa phương đối với cơ quan THADS thuộc địa phương mình, việc đi lại của người dân thuận tiện khi liên hệ công việc. Tuy nhiên, trong xu hướng sắp đến, Tòa án có thể được thành lập theo thẩm quyền xét xử, không phụ thuộc nhiều vào đơn vị hành chính. Mặt khác, giữa Tòa án và cơ quan THADS có mối quan hệ mật thiết với nhau. Vì vậy, sự khác nhau về cách thức tổ chức các cơ quan này sẽ ảnh hưởng



lẫn nhau. Phù hợp với việc đổi mới, sắp xếp lại tổ chức hệ thống Tòa án theo thẩm quyền xét xử, tổ chức các cơ quan THADS cũng phải được sắp xếp cho đồng bộ, phù hợp theo mô hình của Tòa án. Mặt khác, việc sắp xếp lại hệ thống các cơ quan THADS nhằm đảm bảo cân đối tỷ lệ số vụ việc phải THA giữa các cơ quan THA, khắc phục tình trạng có những cơ quan THA quá tải về công việc, có những cơ quan THA số vụ việc phải thi hành thấp, dẫn đến hoặc là “thừa việc, thiếu người” hoặc “thừa người, thiếu việc”, vừa lãng phí cho Nhà nước vừa giảm hiệu quả công tác THA. Lãng phí ở chỗ đầu tư cơ sở vật chất, phương tiện hoạt động bị dàn trải, không tập trung được sức người, sức của để nâng cao hiệu quả hoạt động trong công tác THADS. Một số đơn vị THADS có số lượng công việc hàng năm rất ít nhưng cũng phải xây dựng cơ cấu cán bộ (Thủ trưởng, phó Thủ trưởng, Chấp hành viên, Thẩm tra viên, Thư ký, Kế toán, Thủ quỹ, Văn thư, Thủ kho, Bảo vệ...); xây dựng trụ sở, kho vật chứng, phương tiện làm việc như các đơn vị THADS khác.

Tóm lại, yêu cầu xã hội hóa công tác THADS và đổi mới hệ thống tổ chức cơ quan THADS tiếp tục được đặt ra trong một chiến lược cải cách hệ thống tư pháp đồng bộ, phù hợp với yêu cầu của thực tiễn và của thời đại. ■

# BẢO VỆ QUYỀN LỢI CỦA NHÀ ĐẦU TƯ CÁ NHÂN TRÊN THỊ TRƯỜNG CHỨNG KHOÁN

■ LÊ THỊ THẢO\*

Thị trường chứng khoán (TTCK) là một định chế tài chính tất yếu của nền kinh tế thị trường. TTCK là chiếc cầu nối giữa cung và cầu vốn trong nền kinh tế. Một TTCK lành mạnh và hoạt động có hiệu quả sẽ tạo điều kiện khai thác tốt các tiềm năng của nền kinh tế, tạo nên dòng chảy thu hút và phân phối vốn trong nền kinh tế một cách có hiệu quả nhất.

Để đảm bảo cho TTCK Việt Nam phát triển lành mạnh, tạo niềm tin cho nhà đầu tư (NĐT), trước hết phải tạo một hành lang pháp lý an toàn bảo vệ quyền lợi cho NĐT chứng khoán, đặc biệt là NĐT chứng khoán cá nhân - một chủ thể chủ yếu và quan trọng của TTCK Việt Nam.

## 1. Nhà đầu tư chứng khoán cá nhân

Chủ thể tham gia trên TTCK Việt Nam chiếm tỷ trọng chủ yếu là cá nhân. NĐT chứng khoán cá nhân chủ yếu là cá nhân và hộ gia đình. Họ là những người có tiền tiết kiệm và muốn đầu tư số tiền để dành của mình vào việc mua chứng khoán để hưởng lợi tức. Họ cũng là người bán chứng khoán của mình trên TTCK thứ cấp để rút vốn khi cần thiết. Mục tiêu cuối cùng của các NĐT là tối đa hoá lợi nhuận trong các khoản đầu tư của họ. Trên thực tế, căn cứ vào trình độ NĐT và mức độ chấp nhận mạo hiểm, NĐT cá nhân được phân thành hai nhóm:

- Các NĐT cá nhân chấp nhận rủi ro (NĐT chứng khoán chuyên nghiệp): Là những người có mục đích tối đa hoá lợi nhuận thu được. Họ thường là những NĐT lớn và đầu tư ngắn

hạn, họ mua bán chứng khoán để hưởng lãi và chênh lệch giá. Đối với NĐT chứng khoán này, họ nắm bắt các thông tin nhanh nhạy, có khả năng phân tích và tiếp cận thông tin. Do vậy, việc tham gia và bảo vệ quyền lợi của mình khi tham gia vào đầu tư chứng khoán cũng được đảm bảo, bởi họ nắm bắt được các thông tin chính xác và nguồn vốn đầu tư lớn.

- Các NĐT cá nhân không muốn rủi ro (NĐT chứng khoán không chuyên nghiệp): Là những người rất bảo thủ trong các phương thức đầu tư. Họ tìm mọi cách giảm thiểu rủi ro và tìm kiếm lợi nhuận có thể ở mức rủi ro thấp nhất. Họ thường là những NĐT nhỏ và NĐT dài hạn. Đối với NĐT chứng khoán này, họ nắm số lượng chứng khoán ít, không có chuyên môn cao trong lĩnh vực đầu tư chứng khoán và khả năng tiếp cận thông tin thấp hơn

(\*) ThS, Khoa luật, Đại học Huế.

so với các NĐT chứng khoán chuyên nghiệp. Khi có những tranh chấp hay rủi ro xảy ra ảnh hưởng đến quyền lợi, họ khó có điều kiện để đứng ra bảo vệ cho chính mình. TTCK Việt Nam chủ yếu là NĐT chứng khoán không chuyên nghiệp loại này.

“Các NĐT cá nhân trong nước chủ yếu đầu tư ngắn hạn, mang nặng tâm lý phong trào, nhiều NĐT mới kém hiểu biết tham gia”<sup>1</sup>. Đó chính là một trong những nguyên nhân tạo sự thăng trầm của TTCK Việt Nam trong thời gian qua. Để đảm bảo sự ổn định và phát triển lành mạnh của TTCK, đồng thời để TTCK là công cụ tài chính hữu hiệu cho nền kinh tế Việt Nam; bảo vệ quyền lợi và đảm bảo niềm tin cho các chủ thể đầu tư - đặc biệt là các chủ thể cá nhân mới bắt đầu tham gia vào thị trường, đòi hỏi Nhà nước phải xây dựng một hành lang pháp lý minh bạch và hoàn thiện.

*Theo báo cáo của Ủy ban chứng khoán Nhà nước, trong thời gian ngắn, số lượng công ty niêm yết tăng nhanh từ 253 công ty vào cuối năm 2007 lên đến 557 công ty vào tháng 6/2010. Số lượng các NĐT cũng không ngừng tăng lên, đến cuối năm 2007 đã có hơn 312.139 NĐT, tăng 10 lần so với năm 2005 và đến cuối tháng 6/2010, số lượng lên đến 925.955 NĐT<sup>2</sup>. Theo báo Diễn đàn Doanh nghiệp số ra ngày 02/01/2010, số NĐT cá nhân tham gia vào TTCK Việt Nam chiếm tỷ trọng lớn, trong tổng số 766.725 tài khoản vào cuối tháng 10/2009, NĐT có tổ chức là 3.147 tài khoản, trong khi NĐT cá nhân là 763.578 tài khoản.*

## **2. Quyền lợi và vấn đề bảo vệ quyền lợi nhà đầu tư chứng khoán cá nhân**

NĐT là chủ thể tham gia trên TTCK thứ cấp với hoạt động đầu tư mua bán các chứng khoán. Họ tham gia trong mối quan hệ trực tiếp hoặc gián tiếp với tổ chức phát hành, công ty chứng khoán (CTCK), các tổ chức quản lý, cung ứng dịch vụ hỗ trợ thị trường cũng như

các nhà môi giới chứng khoán và các NĐT khác để tìm kiếm thông tin đặt lệnh mua bán chứng khoán... phát sinh những quyền lợi nhất định cần được bảo vệ.

*- Về đặt lệnh mua bán chứng khoán*

NĐT cá nhân tham gia thực hiện hoạt động giao dịch mua bán chứng khoán có quyền lựa chọn CTCK và ký hợp đồng mở tài khoản giao dịch chứng khoán tại các CTCK thì được hưởng các quyền lợi chung theo quy định của pháp luật về chứng khoán và TTCK. NĐT có quyền lựa chọn đặt lệnh giao dịch thông qua CTCK; nhận báo cáo về giao dịch của khách hàng đã thực hiện; yêu cầu rút tiền, rút chứng khoán khỏi tài khoản và chấm dứt hợp đồng hoặc chuyển một phần tiền, chứng khoán sang tài khoản của khách hàng tại CTCK khác.

Ngoài ra, NĐT có thể thực hiện lệnh mua bán hoặc hủy bỏ các lệnh đặt mua và đặt bán chứng khoán theo quy định của pháp luật như đối với các NĐT khác. Điểm yếu thế của NĐT cá nhân khi đặt lệnh mua và bán là:

*Thứ nhất*, với năng lực tài chính nhỏ nên NĐT cá nhân thường yếu thế hơn khi đặt lệnh mua và bán, vì trong giao dịch chứng khoán, khớp lệnh thường được ưu tiên về khối lượng chứng khoán giao dịch. Do vậy, NĐT cá nhân thường đứng sau các NĐT chuyên nghiệp là các tổ chức;

*Thứ hai*, khi có hành vi xâm hại đến quyền lợi của chính mình trong quan hệ đặt mua đặt bán, có tranh chấp xảy ra, do nguồn vốn ít nên NĐT cá nhân cũng ngần ngại trong việc khởi kiện để bảo vệ quyền lợi của mình.

Do vậy, để bảo vệ quyền lợi cho NĐT chứng khoán nói chung và NĐT chứng khoán cá nhân nói riêng, pháp luật hiện hành đã quy định rõ các nghiệp vụ của CTCK, cách thức, trình tự thực hiện các nghiệp vụ đó để NĐT có thể tự mình giám sát hoạt động của các chủ thể này. Mặt khác, Luật Chứng khoán quy định về việc mua bảo hiểm trách nhiệm nghề nghiệp cho nghiệp vụ kinh doanh chứng khoán tại CTCK,

(1) Nguồn: Theo Báo cáo của Ủy ban Chứng khoán nhà nước tính đến 30/6/2010.

(2) Nguồn: Theo Báo cáo của Ủy ban Chứng khoán nhà nước tính đến 30/6/2010.

trích lập quỹ bảo vệ NĐT để bồi thường thiệt hại cho NĐT do sự cố kỹ thuật và sơ suất của nhân viên trong công ty<sup>3</sup>.

*- Về tiếp nhận thông tin*

Tiếp nhận thông tin là một trong những lợi thế và nhân tố quyết định đầu tư của NĐT. Việc cung cấp thông tin về công ty có cổ phiếu, trái phiếu đang giao dịch đến NĐT được thông suốt là cơ sở cho việc hình thành giá cả công bằng nhằm bảo vệ NĐT.

Thông tin được tiếp nhận đòi hỏi phải kịp thời, minh bạch và công khai đối với tất cả các NĐT. NĐT nào “có kinh nghiệm” có thể yêu cầu CTCK cho nghiên cứu thông tin chi tiết trong bản cáo bạch của các công ty có cổ phiếu, trái phiếu đang giao dịch tại Sở giao dịch chứng khoán. Thông tin loại này có thể yêu cầu nhân viên CTCK cho nghiên cứu tại bàn giao dịch. Có thể đề nghị CTCK cho bản photocopy.

Tuy nhiên, cần lưu ý, về các quyền lợi của NĐT khi nhận tư vấn từ CTCK, về giá cả chứng khoán chẳng hạn, là những thông tin do nhân viên của CTCK cung cấp. Do vậy, thông tin này không bắt buộc phải có tính pháp lý mà chỉ là... tư vấn để thoả mãn về thắc mắc của NĐT. Điều 10 trong Hợp đồng mở tài khoản giao dịch chứng khoán quy định về “Thông báo mặc định”, trong đó ghi rõ: (i) Khi ký tên vào hợp đồng này, khách hàng mặc định thừa nhận giá cả chứng khoán có thể và luôn biến động và một chứng khoán bất kỳ đều có thể lên giá hoặc xuống giá và trong một số trường hợp có thể trở nên hoàn toàn vô giá trị. Khách hàng công nhận rằng luôn có một rủi ro tiềm tàng là thua lỗ có thể xuất hiện nhiều hơn là có lãi khi mua và bán chứng khoán. (ii) khi ký tên vào hợp đồng này, khách hàng thừa nhận CTCK đã thông báo đầy đủ với khách hàng về chức năng, giấy phép hoạt động, phạm vi kinh doanh, vốn điều lệ, người đại diện ký hợp đồng khách hàng của công ty. (iii) Khi ký tên vào phiếu lệnh, khách hàng mặc định thừa nhận đã có đủ thông tin về tư cách của người

giao dịch với mình.

Và cuối cùng, ngay trong trang đầu của Bản cáo bạch của một công ty có chứng khoán được niêm yết, giao dịch trên Sở giao dịch chứng khoán đã ghi rõ: “Ủy ban chứng khoán Nhà nước cho phép niêm yết chứng khoán chỉ có nghĩa là việc niêm yết chứng khoán đã đáp ứng các quy định của pháp luật mà không hàm ý bảo đảm giá trị của chứng khoán. Mọi tuyên bố trái với điều này là bất hợp pháp”.

Vì vậy, để bảo vệ quyền lợi NĐT chứng khoán cá nhân, Luật Chứng khoán đã có những quy định một số hành vi cấm giao dịch như hành vi giao dịch nội gián, hành vi lũng đoạn thị trường, hành vi thông tin sai sự thật, bỏ sót thông tin, thông tin không kịp thời. Tuy nhiên, việc giám sát, áp dụng các chế tài, cũng như việc NĐT cá nhân đứng ra để yêu cầu bảo vệ quyền lợi cho mình thì chưa được thực thi trên thực tế.

*- Về quyền được thanh toán*

Mục đích kinh doanh chứng khoán của các NĐT chứng khoán là tìm kiếm lợi nhuận. Vì vậy, quyền được thanh toán là quyền cơ bản của các NĐT trong giao dịch trên TTCK. Việc được thanh toán nhanh hay chậm sẽ ảnh hưởng trực tiếp đến quyết định đầu tư tiếp theo của các NĐT.

*- Về các quyền khác*

Ngoài ra NĐT còn có quyền yêu cầu cơ quan có thẩm quyền bảo vệ quyền lợi chính đáng của mình khi xảy ra tranh chấp hoặc khi các chủ thể có hành vi xâm phạm đến quyền và lợi ích chính đáng của họ. Quyền yêu cầu bồi thường khi các CTCK cũng như các chủ thể phát hành chứng khoán có những hành vi làm tổn thất đến lợi ích của NĐT mà xác định được giá trị tổn thất như những thông tin sai sự thật, việc đính chính lại các thông tin làm ảnh hưởng đến quyết định của NĐT, quyền được hưởng lợi tức, quyền ưu tiên mua cổ phần...

Quyền lợi của NĐT chứng khoán cá nhân nói riêng và NĐT chứng khoán nói chung tuy đã được pháp luật hiện hành ghi nhận và cam

(3) Xem Điều 71, Luật Chứng khoán năm 2006.



kết bảo đảm thực hiện, nhưng trên thực tế, nguy cơ bị vi phạm và bị tổn hại nhiều và việc thực hiện nhằm bảo vệ quyền lợi NĐT chưa được đảm bảo trên thực tế.

### **3. Giải pháp bảo vệ quyền lợi cho nhà đầu tư chứng khoán cá nhân**

Pháp luật Việt Nam quy định quyền tự do kinh doanh như là một nguyên tắc hiến định, đồng thời bảo vệ quyền sở hữu hợp pháp của các chủ thể, tạo điều kiện phát huy năng lực của mọi cá nhân. Để đáp ứng những yêu cầu đó đòi hỏi phải có những giải pháp đồng bộ để bảo vệ các quyền lợi ích chính đáng cho NĐT chứng khoán và cũng là phương thức củng cố niềm tin và trật tự cho hoạt động của TTCK. Đó là:

*Một là*, để bảo vệ quyền lợi NĐT không chỉ là hoàn thiện những quy định của pháp luật, mà vấn đề đặt lên hàng đầu là xây dựng cơ chế tự kiểm soát trên sở nâng cao khả năng nhận thức thị trường và năng lực, kỹ thuật đầu tư của NĐT, có như vậy NĐT mới có khả năng tự bảo vệ mình trước nguy cơ bị xâm hại đến quyền, lợi ích của mình. NĐT cá nhân trong nước trình độ còn non kém, đầu tư còn mang tính “bầy đàn”, nên thường dẫn đến thất bại, gây tâm lý chán nản, do vậy cần có phương thức tuyên truyền, phổ biến nhằm nâng cao khả năng nhận thức và tiếp cận các thông tin cho các NĐT thông qua các tổ chức hỗ trợ, các hiệp hội.

*Hai là*, phải xây dựng các quy phạm pháp luật hoàn chỉnh ghi nhận quyền lợi của NĐT cũng như trách nhiệm, chế tài xử phạt và mức bồi thường cụ thể, nhằm bảo vệ quyền mua và bán chứng khoán của NĐT cá nhân, đảm bảo thứ tự ưu tiên trong các lệnh đặt mua, đặt bán và khả năng thanh toán từ phía các CTCK; phải có cơ chế công bố thông tin kịp thời, công khai, chính xác, minh bạch và đáng tin cậy. Việc công khai thông tin về công ty có cổ phiếu, trái phiếu đang giao dịch trên TTCK sẽ giúp NĐT lựa chọn, quyết định mua bán và sẽ tạo sự cạnh tranh hiệu quả, ngăn ngừa hành vi kiếm lời không chính đáng.

Luật Chứng khoán đã có quy định chống việc vi phạm công khai thông tin về công ty có cổ phiếu, trái phiếu đang giao dịch trên TTCK. Luật cũng nêu rõ các loại hình công khai thông tin, thời hạn công khai thông tin, thời hạn đính chính các thông tin cũng như cơ chế bồi thường cụ thể khi công bố thông tin sai lệch, có biện pháp và mức xử phạt rõ ràng để bảo vệ quyền lợi cho NĐT nói chung và cho NĐT cá nhân nói riêng.

*Ba là*, cần thành lập quỹ và công ty bảo vệ NĐT. Có ý kiến cho rằng, hiện nay, nhiều CTCK không có cơ chế quản trị rủi ro hiệu quả để bảo vệ mình và NĐT, nhất là các NĐT cá nhân. Nếu các công ty này sụp đổ, vỡ nợ hay khi NĐT bị lừa, bị chiếm dụng vốn, thì sẽ không có người đứng ra bồi thường cho họ. Việt Nam hiện chưa có một tổ chức nào làm việc này. Trong khi nhiều TTCK phát triển như Mỹ, Hồng Kông, Đài Loan... thì mô hình quỹ và công ty bảo vệ NĐT đã hoạt động rất thành công. Cụ thể, mô hình này tại Mỹ là Công ty bảo vệ NĐT chứng khoán (SIPC), trong khi tại Đài Loan là Trung tâm bảo vệ NĐT chứng khoán (SFIPC) và tại Hồng Kông là Công ty đền bù NĐT (ICC). Cơ chế bảo vệ NĐT được các mô hình này xây dựng dựa trên các yếu tố cơ bản là: Có quy định pháp luật cụ thể trong việc lập và điều hành quỹ đền bù, bảo vệ NĐT; có một cơ quan công cộng đóng vai trò quản trị và điều hành quỹ; có một cơ chế khởi kiện và tranh tụng tập thể, qua đó, một tổ chức có thể được ủy nhiệm từ trước bởi các thành viên để chủ động đi kiện và tiến hành các biện pháp tố tụng khi có đủ các điều kiện cần thiết. Các công ty, tổ chức, hiệp hội bảo vệ NĐT trong cơ chế này là tổ chức xã hội hoặc thuộc Chính phủ, hoạt động phi lợi nhuận và có nguồn quỹ để bảo vệ NĐT. Quỹ này do các thành viên là những tổ chức tham gia thị trường đóng góp và hỗ trợ tài chính từ phía Nhà nước...

Từ kinh nghiệm của các nước, cũng như thực tiễn hoạt động của TTCK Việt Nam cho

(Xem tiếp trang 55)

# LUẬT DOANH NGHIỆP CẦN QUY ĐỊNH RÕ CHẾ ĐỘ ỦY QUYỀN THAM DỰ CUỘC HỌP ĐẠI HỘI ĐỒNG CỔ ĐÔNG

■ PHẠM THỊ DUYÊN MỸ\*

Một trong những quyền cơ bản của cổ đông khi tham gia vào công ty cổ phần (CTCP) là quyền tham dự, phát biểu và biểu quyết trực tiếp tại cuộc họp Đại hội đồng cổ đông (ĐHĐCĐ). Tuy nhiên, khi ĐHCĐ họp thì không phải mọi cổ đông đều có thể tham dự để thực hiện quyền của mình. Trong khi đó, để cuộc họp ĐHCĐ có giá trị về mặt pháp lý thì phải có đủ túc số dự họp lẫn biểu quyết<sup>1</sup>. Nhưng làm sao để có đủ túc số ấy khi cổ đông của công ty đại chúng ở nhiều vùng miền, và thậm chí ở nhiều quốc gia khác nhau? Luật Doanh nghiệp 2005 đã đưa ra giải pháp cho cổ đông và cho CTCP bằng phương thức tham dự và biểu quyết tại cuộc họp ĐHCĐ thông qua người đại diện được ủy quyền<sup>2</sup>. Theo đó, “cổ đông là cá nhân, người đại diện theo ủy quyền của cổ đông là tổ chức trực tiếp hoặc ủy

quyền bằng văn bản cho một người khác dự họp ĐHCĐ. Trường hợp cổ đông là tổ chức không có người đại diện theo ủy quyền theo quy định tại khoản 3 Điều 96 của Luật này thì ủy quyền cho người khác dự họp ĐHCĐ<sup>3</sup>”.

*Xác định người đại diện theo ủy quyền dự họp ĐHCĐ của cổ đông là tổ chức*

Căn cứ theo các quy định của Luật Doanh nghiệp 2005 thì đối với cổ đông là tổ chức, cần phân biệt hai “dạng” đại diện theo ủy quyền. Theo Khoản 3 Điều 96 Luật Doanh nghiệp 2005, cổ đông là tổ chức có quyền cử một hoặc một số người đại diện theo ủy quyền thực hiện các quyền cổ đông của mình theo quy định của pháp luật, bao gồm cả quyền dự họp và biểu quyết tại cuộc họp ĐHCĐ; trường hợp có nhiều hơn một người đại diện theo ủy quyền được cử thì phải xác định cụ thể số cổ phần và số phiếu bầu của mỗi người đại diện. Việc cử,

(\*) *ThS. Phòng Luật & Kiểm soát nội bộ - Công ty CP Chứng khoán Sài Gòn.*

(1) Theo Khoản 1 Điều 102 Luật Doanh nghiệp 2005 thì cuộc họp ĐHCĐ lần thứ nhất chỉ được tiến hành khi có số cổ đông dự họp đại diện ít nhất bằng 65% tổng số cổ phần có quyền biểu quyết và theo Khoản 3 Điều 104 thì quyết định của ĐHCĐ được thông qua tại cuộc họp khi được số cổ đông đại diện ít nhất 65% hoặc 75% tổng số phiếu biểu quyết của tất cả cổ đông dự họp chấp thuận.

(2) Khoản 1 Điều 79 Luật Doanh nghiệp 2005.

(3) Khoản 1 Điều 101 Luật Doanh nghiệp 2005.

chấm dứt hoặc thay đổi người đại diện theo ủy quyền phải được thông báo bằng văn bản đến công ty trong thời hạn sớm nhất, bao gồm các nội dung từ điểm a đến điểm e của Khoản 3 Điều 96. Công ty phải gửi thông báo về việc cử, chấm dứt hoặc thay đổi người đại diện theo ủy quyền đến cơ quan đăng ký kinh doanh trong thời hạn năm ngày làm việc, kể từ ngày nhận được thông báo của cổ đông là tổ chức. Đây là một dạng ủy quyền thường xuyên, và thường được thấy trong các CTCP hóa từ doanh nghiệp nhà nước. Cũng không ít công ty đã nhầm lẫn khi ghi tên những người đại diện theo ủy quyền này vào danh sách cổ đông và xem họ mặc nhiên như là một cổ đông thực sự tương ứng với số cổ phần mà họ đại diện. Việc một tổ chức cử nhiều người đại diện phần vốn của mình tại một công ty nhằm hạn chế được tình trạng “lạm quyền” và hạn chế rủi ro nếu người được ủy quyền thực hiện các công việc không vì lợi ích của tổ chức ủy quyền. Tuy nhiên, nếu những người đại diện theo ủy quyền này không tham dự cuộc họp ĐHĐCĐ thì họ vẫn có thể ủy quyền cho người khác tham dự và biểu quyết tại cuộc họp ĐHĐCĐ, và việc ủy quyền cho “người khác” này có thể hiểu là một dạng ủy quyền “ad hoc”, ủy quyền theo vụ việc.

### **Số lượng người được ủy quyền dự họp ĐHĐCĐ**

Một vấn đề được đặt ra là một cổ đông được ủy quyền cho bao nhiêu người dự họp và biểu quyết tại ĐHĐCĐ? Khoản 1 Điều 101 Luật Doanh nghiệp quy định cổ đông là cá nhân, người đại diện theo ủy quyền của cổ đông là tổ chức ủy quyền cho “một người khác” dự họp ĐHĐCĐ. Như vậy, căn cứ theo quy định này thì cổ đông là cá nhân chỉ có thể ủy quyền tối đa cho một người tham dự họp ĐHĐCĐ, còn cổ đông là tổ chức có thể ủy quyền cho số người tham dự họp ĐHĐCĐ tối đa bằng với số người đại diện theo ủy quyền đã được thông báo với công ty theo Khoản 3 Điều 96. Số

lượng này có thể là 3, là 5, 7 hoặc nhiều hơn. Tuy nhiên, Nghị định 102/2010/NĐ-CP ngày 01/10/2010 của Chính phủ hướng dẫn chi tiết thi hành một số điều của Luật Doanh nghiệp có vẻ đã can thiệp sâu hơn vào quyền của cổ đông là tổ chức khi quy định: “Tổ chức là cổ đông CTCP có sở hữu ít nhất 10% tổng số cổ phần phổ thông có quyền ủy quyền tối đa ba người tham dự họp ĐHĐCĐ<sup>4</sup>”. Trước đây, Nghị định 139/2007/NĐ-CP ngày 05/9/2007 của Chính phủ hướng dẫn chi tiết thi hành một số điều của Luật Doanh nghiệp cũng quy định tương tự nhưng có phần thông thoáng hơn khi cho Công ty tự quy định trong Điều lệ về quyền ủy quyền tham dự họp ĐHĐCĐ của cổ đông là tổ chức: “Nếu Điều lệ công ty không quy định khác thì tổ chức là cổ đông CTCP có sở hữu ít nhất 10% tổng số cổ phần phổ thông có quyền ủy quyền tối đa ba người tham dự họp ĐHĐCĐ<sup>5</sup>”. Quy định này của Nghị định 102 cũng không được rõ ràng khi không thấy quy định về số lượng người đại diện trong trường hợp cổ đông là tổ chức sở hữu ít hơn 10% tổng số cổ phần phổ thông của công ty. Điều lệ mẫu áp dụng cho các công ty niêm yết trên Sở Giao dịch Chứng khoán/Trung tâm Giao dịch Chứng khoán (ban hành kèm theo Quyết định số 15/2007/QĐ-BTC ngày 19/3/2007 của Bộ trưởng Bộ Tài chính - sau đây gọi là Điều lệ mẫu) khi quy định vấn đề này cũng không phân định rõ ràng giữa cổ đông là cá nhân và cá đông là tổ chức: “các cổ đông có quyền tham dự ĐHĐCĐ theo luật pháp có thể trực tiếp tham dự hoặc ủy quyền cho đại diện của mình tham dự. Trường hợp có nhiều hơn một người đại diện theo ủy quyền được cử thì phải xác định cụ thể số cổ phần và số phiếu bầu của mỗi người đại diện<sup>6</sup>”. Việc quy định cổ đông là cá nhân chỉ được ủy quyền cho một người tham dự có thể hiểu xuất phát từ quan điểm “một người không thể mâu thuẫn với chính mình khi thực hiện các giao dịch”, tuy nhiên, bản chất của CTCP là một công ty đối vốn, quyền biểu

(4) Điểm b Khoản 1 Điều 22 Nghị định 102/2010/NĐ-CP.

(5) Điểm b Điều 14 Nghị định 139/2007/NĐ-CP.

(6) Khoản 1 Điều 15 Điều lệ mẫu.

quyết của các cổ đông cũng dựa trên số lượng cổ phần mà họ sở hữu. Nếu cổ đông là tổ chức có thể hạn chế rủi ro của sự “lạm quyền” bằng cách ủy quyền cho nhiều người khác nhau, thì tại sao lại không cho cổ đông là cá nhân thực hiện quyền tương tự như vậy?

### **Hình thức ủy quyền**

Luật Doanh nghiệp 2005 bắt buộc việc ủy quyền dự họp ĐHĐCĐ phải được lập thành văn bản theo mẫu của công ty và phải có chữ ký của cổ đông là cá nhân và người được ủy quyền (trường hợp người ủy quyền là cổ đông cá nhân), hoặc chữ ký của người đại diện theo ủy quyền của cổ đông là tổ chức, người đại diện theo pháp luật của cổ đông và người được ủy quyền dự họp (trường hợp người ủy quyền là người đại diện theo ủy quyền của cổ đông là tổ chức), hoặc chữ ký của người đại diện theo pháp luật của cổ đông và người được ủy quyền dự họp.

### **Nội dung ủy quyền**

Một vấn đề quan trọng khi ủy quyền là nội dung ủy quyền. Theo đó, người được ủy quyền chỉ được hành động trong phạm vi được ủy quyền. Cổ đông có thể ủy quyền toàn bộ cho người đại diện được quyền quyết định tất cả những vấn đề cần sự biểu quyết của cổ đông, hoặc chỉ thị cho người đại diện phải biểu quyết theo ý mình dựa trên các tài liệu đã được nhận trước khi cuộc họp ĐHĐCĐ khai mạc. Tuy nhiên, văn bản ủy quyền lại phải làm theo mẫu của công ty, trong khi đó hầu như mẫu chung trong Giấy ủy quyền của tất cả các công ty chỉ ghi ngắn gọn nội dung ủy quyền như sau: “Thay mặt cho tôi tham dự và biểu quyết tại ĐHĐCĐ thường niên năm... của CTCP... với tư cách là đại diện cho tất cả số cổ phần mà tôi đang sở hữu”<sup>7</sup>. Như vậy, mặc nhiên các công ty đã bắt buộc cổ đông phải ủy quyền toàn bộ cho người đại diện và cho người đại diện được

quyết định mà không có một chỉ thị cụ thể nào. Giả sử người ủy quyền muốn chỉ thị cho người được ủy quyền biểu quyết một cách cụ thể đối với các vấn đề bằng một văn bản khác thì có thể sẽ bị từ chối vì không được lập theo mẫu của CTCP. Nếu phát sinh tranh chấp giữa người ủy quyền và người được ủy quyền, thì các mẫu giấy ủy quyền này sẽ thể chứng minh người được ủy quyền đã hành động đúng hay không đúng như ý chí của người ủy quyền, nhất là quy định pháp luật Việt Nam hiện nay không bắt buộc người được ủy quyền phải công khai nội dung được ủy quyền biểu quyết, trừ trường hợp tổ chức lưu ký được cổ đông của các công ty niêm yết ủy quyền làm đại diện<sup>8</sup>.

### **Người nhận ủy quyền và vấn đề ủy quyền đương nhiên**

Một vấn đề nữa cũng được đặt ra là người được ủy quyền có thể là tổ chức hay không? Luật Doanh nghiệp 2005 và Điều lệ mẫu chỉ nói là “người khác” mà không quy định rõ là cá nhân hay tổ chức. Nhưng dựa vào yêu cầu về chữ ký của người ủy quyền và người được ủy quyền trên văn bản ủy quyền, có thể hiểu được rằng người được ủy quyền dự họp ĐHĐCĐ chỉ có thể là cá nhân. Tuy nhiên, Quy chế quản trị công ty áp dụng cho các công ty niêm yết trên Sở Giao dịch Chứng khoán/Trung tâm Giao dịch Chứng khoán (ban hành kèm theo Quyết định số 12/2007/QĐ-BTC ngày 13/3/2007 của Bộ trưởng Bộ Tài chính - sau đây gọi là Quy chế quản trị công ty niêm yết) đã đi xa hơn một bước khi quy định: “Cổ đông có thể ủy quyền cho Hội đồng quản trị hoặc các tổ chức lưu ký làm đại diện cho mình tại ĐHĐCĐ”<sup>9</sup>. Theo quy định này thì cổ đông có thể ủy quyền cho một tổ chức đại diện cho mình tham dự và biểu quyết tại cuộc họp ĐHĐCĐ. Trên thực tế cũng có nhiều ý kiến ủng hộ việc ủy quyền cho Trung tâm lưu ký chứng khoán (TTLKCK)

(7) Tham khảo mẫu giấy ủy quyền của một số công ty: Tổng Công ty Phân bón và Hóa chất đầu khí - CTCP (Đạm Phú Mỹ): [http://dpm.vn/Portals/0/Mau\\_giay\\_uy\\_quyen\\_du\\_DH\\_2010.doc](http://dpm.vn/Portals/0/Mau_giay_uy_quyen_du_DH_2010.doc), Tập đoàn Bảo Việt: [http://www.baoviet.com.vn/images\\_upload/as-sets/GiauyquyenthamduDHDCCD2010.pdf](http://www.baoviet.com.vn/images_upload/as-sets/GiauyquyenthamduDHDCCD2010.pdf); Tổng Công ty CP Bảo Minh: [http://www.baominh.com.vn/data/news/2010/4/2925/GIAY%20UY%20QUYEN\\_GIAY%20DANG%20KY%20THAM%20DU%20-BMI-2010.doc](http://www.baominh.com.vn/data/news/2010/4/2925/GIAY%20UY%20QUYEN_GIAY%20DANG%20KY%20THAM%20DU%20-BMI-2010.doc).

(8) Khoản 3 Điều 6 Quy chế quản trị công ty niêm yết.

(9) Khoản 3 Điều 6 Quy chế quản trị công ty niêm yết.

thực hiện các quyền của cổ đông tại cuộc họp ĐHĐCĐ<sup>10</sup>. Nhưng nếu TTLKCK đảm nhận vai trò “được ủy quyền” thì phải xem lại một số vấn đề về mặt lý thuyết như: bên nhận ủy quyền là pháp nhân, trách nhiệm của pháp nhân khi nhận ủy quyền, trách nhiệm của cá nhân trong pháp nhân khi thực hiện hành vi được ủy quyền của pháp nhân, tính độc lập của TTLKCK...

Gần đây, có nhiều ý kiến phản đối về ý tưởng “ủy quyền đương nhiên” cho Hội đồng quản trị khi tổ chức họp ĐHĐCĐ của CTCP, được đưa ra trong Dự thảo Nghị định sửa đổi Nghị định 139/2007/NĐ-CP. Trong Dự thảo lần 3, cơ quan soạn thảo đã đưa ra giải pháp đối với một số vấn đề liên quan đến ĐHĐCĐ: “Nếu Điều lệ công ty không quy định khác hoặc cổ đông có liên quan không có ý kiến khác bằng văn bản, các thành viên độc lập của Hội đồng quản trị đương nhiên là người đại diện theo ủy quyền của tất cả các cổ đông không tham dự họp Đại hội đồng cổ đông”<sup>11</sup>. Quy định này được đưa ra nhằm gỡ vướng cho các công ty đại chúng trong bối cảnh ngày càng có nhiều công ty đại chúng không tổ chức thành công cuộc họp ĐHĐCĐ trong lần đầu tiên. Tuy nhiên, các ý kiến phản đối cho rằng, quy định như vậy là vi phạm quyền của cổ đông và Bộ luật Dân sự về việc đại diện theo ủy quyền. Việc không tham dự cuộc họp khác hoàn toàn với việc tự nhiên có người đại diện theo ủy quyền. Cổ đông không tham dự họp đại hội cổ đông là từ bỏ quyền thể hiện ý chí của mình về mọi vấn đề cuộc họp nêu ra và phải chấp nhận kết quả quyết định của đại hội cổ đông. Còn có người đại diện không mong muốn thì có thể làm thay đổi kết quả đó. Ngoài ra, việc

quy định như dự thảo Nghị định đưa ra còn mâu thuẫn với quy định tại khoản 2, Điều 101 Luật Doanh nghiệp: “Việc ủy quyền cho người đại diện dự họp ĐHĐCĐ phải lập thành văn bản và phải có chữ ký của cổ đông ủy quyền và người được ủy quyền dự họp”. Quy định này sẽ cho ra một đáp số đồng dạng là, dù cho tỷ lệ tham dự cuộc họp trên thực tế chỉ là một vài phần trăm, nhưng kết quả vẫn luôn đạt con số sát 100%. Như vậy thì quan điểm không chịu hạ xuống 51% mà cứ giữ nguyên tỷ lệ 65% để bảo vệ quyền lợi của các cổ đông nhỏ sẽ trở thành ý tưởng hoàn toàn vô nghĩa<sup>12</sup>. Chính vì những ý kiến phản đối mạnh mẽ đó mà khi Nghị định 102 chính thức được ban hành thì nội dung về việc ủy quyền đương nhiên dự họp ĐHĐCĐ đã không được đưa vào. Tuy nhiên, các nhà làm luật vẫn không từ bỏ ý định của mình, khi trong Dự thảo Thông tư sửa đổi, bổ sung Quy chế quản trị công ty niêm yết và Điều lệ mẫu lấy ý kiến các thành viên thị trường vào đầu tháng 12/2010, ý tưởng về việc ủy quyền đương nhiên lại một lần nữa được đặt ra: “Trường hợp các công ty niêm yết đã tuân thủ đầy đủ trình tự, thủ tục về triệu tập ĐHĐCĐ theo quy định của pháp luật, cổ đông không tham dự nhưng không có ủy quyền hoặc không đăng ký tham dự và thực hiện bỏ phiếu từ xa thì Hội đồng quản trị có quyền mời tổ chức lưu ký chứng khoán đại diện cho các cổ đông tham dự và bỏ phiếu thay các cổ đông nêu trên”<sup>13</sup>. Cũng như Dự thảo thay thế Nghị định 139, Dự thảo Thông tư lần này cũng không nhận được ý kiến đồng tình từ phía những người tiếp nhận vì nội dung trái quy định của Luật Doanh nghiệp và thiếu tính khả thi trong thực tế<sup>14</sup>.

(10) Trần Huỳnh Thanh Nghị (2010), *Những vấn đề lý luận và thực tiễn về bảo vệ quyền lợi của cổ đông thiểu số trong công ty cổ phần theo quy định tại Luật Doanh nghiệp 2005*, Kỷ yếu Hội thảo “Bảo vệ cổ đông: Những vấn đề lý luận và thực tiễn trong pháp luật doanh nghiệp Việt Nam”, Khoa Luật Thương mại – Trường ĐH Luật TP. HCM.

(11) Khoản 1 Điều 28 Dự thảo (lần 3) Nghị định sửa đổi, bổ sung Nghị định 139/2007/NĐ-CP.

(12) Xem các góp ý cho Dự thảo Nghị định tại <http://vibonline.com.vn/vi-VN/Forum/Topic.aspx?ForumID=256>.

(13) Xem dự thảo tại: [http://www.ssc.gov.vn/portal/page/portal/ubck/1096905?ppage\\_id=1096905&persid=1095341 & folder\\_id=&item\\_id=26253547&p\\_details=1](http://www.ssc.gov.vn/portal/page/portal/ubck/1096905?ppage_id=1096905&persid=1095341 & folder_id=&item_id=26253547&p_details=1).

(14) Tham khảo: Công văn số 972/2010/CV-SSIHO ngày 10/12/2010 của Công ty CP Chứng khoán Sài Gòn góp ý dự thảo sửa đổi Quy chế quản trị công ty niêm yết và sửa đổi Điều lệ mẫu áp dụng cho công ty niêm yết; Bài viết trên báo Đầu tư Chứng khoán điện tử: <http://tinnhanhchungkhoan.vn/RC/N/CFIJEJ/vsd-bo-phieu-thay-co-dong-co-trai-luat-doanh-nghiep.html>; Bản tin cập nhật pháp luật tháng 12/2010 của Công ty luật Allens Arthur Robinson: [http://www.vietnamlaws.com/vlu/dec\\_2010.pdf](http://www.vietnamlaws.com/vlu/dec_2010.pdf).

**Kiến nghị**

So sánh với pháp luật của các nước có truyền thống luật công ty phát triển, rõ ràng Việt Nam vẫn còn thiếu rất nhiều quy định liên quan đến chế độ ủy quyền tham dự và biểu quyết tại cuộc họp ĐHĐCĐ. Ở Mỹ, hơn 98% số cổ phần được bỏ phiếu bằng việc ủy quyền trước cuộc họp<sup>15</sup>. Do đó, chế định ủy quyền được quy định rất cụ thể và chặt chẽ trong đạo luật của liên bang (Securities Exchange Act of 1934) nhằm tạo điều kiện thuận lợi cho các cổ đông trong việc thực thi quyền biểu quyết của mình. Ở Mỹ, cơ quan giám sát việc thu thập ủy quyền là Ủy ban Giao dịch Chứng khoán (U.S. Securities and Exchange Commission). Cơ quan này ra luật để kiểm soát cơ chế ủy quyền, bảo đảm cho người ủy quyền nhận được đầy đủ thông tin trước khi ký<sup>16</sup>.

Luật Doanh nghiệp Việt Nam nên quy định thêm những cơ chế để tạo điều kiện thuận lợi hơn cho các cổ đông tham dự và biểu quyết thông qua người đại diện. Để làm được việc đó, có thể cho phép áp dụng cả phương thức

giao dịch điện tử giữa cổ đông và người đại diện và giữa người đại diện với công ty. Bản thân người đại diện cũng cần được thực hiện việc tham dự và biểu quyết thông qua phương tiện điện tử. Đồng thời với các biện pháp này, luật cũng cần điều chỉnh cụ thể mối quan hệ giữa cổ đông và người đại diện (là điều hiện nay mà luật hoàn toàn bỏ ngỏ) để đảm bảo việc người đại diện lạm dụng ủy quyền đại diện vì lợi ích của chính mình thông qua việc quy định các nội dung bắt buộc cần phải có trong mẫu giấy ủy quyền dự họp và biểu quyết tại cuộc họp ĐHĐCĐ. Ngoài ra, luật cũng cần làm rõ số lượng người được nhận ủy quyền là bao nhiêu, chỉ là cá nhân hay có thể bao gồm tổ chức được nhận ủy quyền. Trong trường hợp luật cho phép ủy quyền cho tổ chức tham dự và biểu quyết tại cuộc họp ĐHĐCĐ thì còn phải xem xét đến trách nhiệm của tổ chức khi nhận ủy quyền, trách nhiệm của cá nhân trong tổ chức khi thực hiện hành vi được ủy quyền của pháp nhân. ■

(15) R. Franklin Balotti, Jesse A. Finkelstein and Gregory P. Williams (2008), *Meetings of Stockholders*, Aspen Publishers, Inc. (download from <http://westlaw.com>), Chapter 7, section 7.1.

(16) Nguyễn Ngọc Bích, Nguyễn Đình Cung (2009), *Công ty: Vốn, quản lý và tranh chấp theo Luật Doanh nghiệp 2005*, NXB Tri thức, tr. 333.

## BẢO VỆ QUYỀN LỢI CỦA NHÀ ĐẦU TƯ CÁ NHÂN...

(Tiếp theo trang 50)

thấy, cần sớm ban hành quy định pháp luật để bảo vệ NĐT, đặc biệt là NĐT cá nhân trong đó cho phép thành lập quỹ và công ty bảo vệ NĐT là một lựa chọn khả thi.

Bốn là, phải nâng cao chất lượng quản lý và giám sát thị trường. Việc nâng cao năng lực quản lý và giám sát thị trường sẽ tạo nên một trật tự trong hoạt động kinh doanh chứng

khoán. Tính minh bạch trong việc công khai hóa thông tin hiện nay còn rất thấp, do vậy, cần đảm bảo sự công khai minh bạch, cũng như có những biện pháp xử lý. kịp thời ngăn chặn khi có hành vi vi phạm xảy ra.

Năm là, những hạn chế về cơ sở hạ tầng của TTCK phần nào cản trở hoạt động đầu tư chứng khoán cũng như việc tiếp cận các thông tin của NĐT, do đó cần có cơ chế để thúc đẩy và hoàn thiện hệ thống cơ sở hạ tầng, vật chất kỹ thuật cho TTCK.

Như vậy, việc bảo vệ quyền lợi NĐT không chỉ thông qua các quy định của pháp luật mà đòi hỏi phải có cơ chế giám sát, thực thi hiệu quả và các NĐT phải tự bảo vệ cho chính quyền lợi của mình. ■

# CẢI CÁCH THỂ CHẾ HÀNH CHÍNH - TIẾP CẬN DƯỚI GÓC ĐỘ LÝ LUẬN VÀ KINH NGHIỆM NHẬT BẢN

■ PHẠM HỒNG QUANG\*

Chương trình tổng thể cải cách hành chính (CCHC) nhà nước giai đoạn 2001 - 2010 với mục tiêu chung “Xây dựng một nền hành chính dân chủ, trong sạch, vững mạnh, chuyên nghiệp, hiện đại hóa, hoạt động có hiệu lực, hiệu quả theo nguyên tắc Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa (XHCN) dưới sự lãnh đạo của Đảng cộng sản Việt Nam” đã kết thúc cùng với những thành công và hạn chế nhất định. Tiếp nối Chương trình này, Bộ Nội vụ đang xây dựng Chương trình CCHC nhà nước giai đoạn 2010 - 2020. Để công cuộc CCHC nói chung và cải cách thể chế hành chính nói riêng đạt hiệu quả cao, một trong những biện pháp quan trọng là tiếp tục nghiên cứu các vấn đề lý luận và kinh nghiệm các nước để áp dụng phù hợp với xu thế phát triển của thời đại và điều kiện, hoàn cảnh cụ thể của Việt Nam.

## 1. Cải cách thể chế hành chính - tiếp cận dưới góc độ lý luận

### 1.1. Cải cách thể chế hành chính là gì?

Ở Việt Nam hiện nay chưa có văn bản quy phạm pháp luật (VBQPPL) nào, kể cả các văn kiện quan trọng của Đảng và Nhà nước chính thức định nghĩa khái niệm CCHC, cải cách thể chế hành chính. Nhưng trên thực tế đã có một số quan niệm về CCHC như: (i) CCHC là sự thay đổi có kế hoạch, theo một mục tiêu nhất định, được xác định bởi các cơ quan nhà nước có thẩm quyền trong từng giai đoạn; (ii) CCHC không làm thay đổi bản chất của hệ thống hành chính, mà chỉ làm cho hệ thống này trở nên hiệu quả hơn, phục vụ nhân dân tốt hơn so với trước, chất lượng các thể chế quản lý nhà nước đồng bộ, khả thi, đi vào cuộc sống, cơ chế hoạt động, chức năng, nhiệm vụ

của bộ máy, chất lượng đội ngũ cán bộ, công chức làm việc trong các cơ quan nhà nước sau khi tiến hành CCHC đạt hiệu quả, đáp ứng yêu cầu quản lý kinh tế - xã hội (KTXH) của một quốc gia; (iii) CCHC tùy theo điều kiện của từng thời kỳ, giai đoạn của lịch sử, yêu cầu phát triển KTXH của mỗi quốc gia, có thể được đặt ra những trọng tâm, trọng điểm khác nhau, hướng tới hoàn thiện một hoặc một số nội dung của nền hành chính, đó là tổ chức bộ máy, đội ngũ cán bộ, công chức, thể chế pháp lý, thủ tục hành chính hoặc tài chính công<sup>1</sup>.

Theo các quan niệm trên, CCHC không phải là cải tổ hay cách mạng mà là sự thay đổi có kế hoạch gắn với hoạt động quản lý hành chính nhà nước (thuộc chức năng của cơ quan hành pháp), tùy điều kiện của từng thời kỳ và mang một số nội dung cơ bản, trong đó có nội

(\*) TS. Khoa Hành chính - Nhà nước, Đại học Luật Hà Nội.

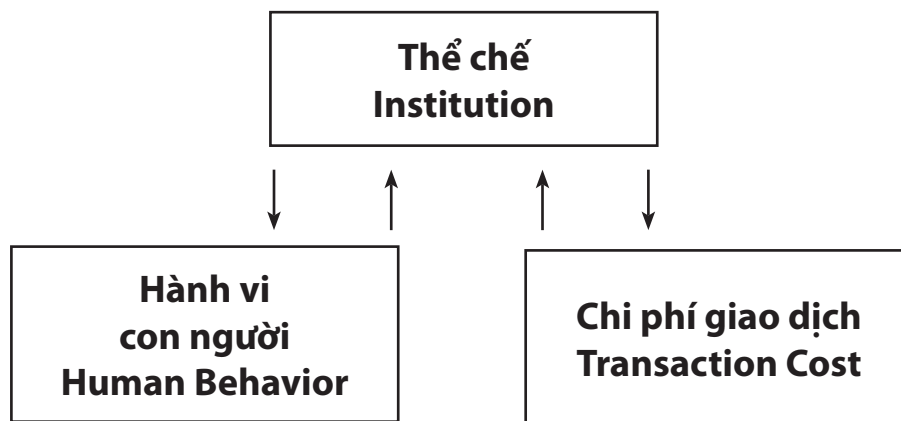
(1) Xem Hồi đáp về CCHC, <http://caicachhanhchinh.gov.vn/PortalPlus.aspx?vi-VN/News/102//1010046/0/3179/>

dung về cải cách thể chế.

Theo cách trình bày nội dung của CCHC, cải cách thể chế hành chính có thể được hiểu: (i) là cải cách quy trình xây dựng và thông qua các VBQPPL liên quan đến hoạt động quản lý hành chính, nhằm làm rõ trách nhiệm giữa cơ quan chủ trì soạn thảo, cơ quan phối hợp và lấy ý kiến của người dân; (ii) là biểu hiện sự kết hợp giữa CCHC và cải cách lập pháp nhằm hoàn thiện các chế định pháp luật liên quan đến tổ chức và hoạt động quản lý hành chính phát sinh trong tất cả các lĩnh vực của đời sống xã hội; (iii) là việc xây dựng và hoàn thiện thể chế về kinh tế, tổ chức và hoạt động của hệ thống hành chính, xây dựng và hoàn thiện các chế định pháp luật để điều chỉnh các quan hệ pháp luật hành chính giữa các cơ quan

nhà nước với công dân, giữa các cơ quan hành chính nhà nước với các tổ chức, doanh nghiệp và giữa các cơ quan, tổ chức với nhau.

Khái niệm về thể chế được Douglass North đưa ra đầu tiên trong cuốn “Thể chế, sự thay đổi thể chế và vận hành kinh tế” (1990) cùng với sự phân chia thể chế thành hai loại: thể chế chính thức và không chính thức<sup>2</sup>. Theo Douglass North, thể chế là những quy tắc của trò chơi trong xã hội, hay đó là những quy tắc mang tính minh bạch và nhân văn để điều chỉnh những hành vi giao dịch giữa con người với nhau. Lý thuyết về thể chế được xây dựng dựa trên các hành vi ứng xử giữa con người với nhau phù hợp với lý thuyết của chi phí giao dịch. Ông đưa ra khái niệm về thể chế thông qua một minh họa bằng sơ đồ như sau: (Hình 1)



Trong quá trình trao đổi hàng hóa, một bên luôn mong muốn được cung cấp thông tin về những thuộc tính giá trị của một loại sản phẩm nào đó. Để thu được lợi nhuận, một bên lại luôn mong muốn và có thể dễ dàng giấu giếm thông tin. Do đó, chi phí giao dịch được xác định bởi tính quý giá và chân thực của thông tin<sup>3</sup>. Theo Douglass North, chi phí giao dịch phản ánh sự phức tạp của thể chế, các quy tắc vận hành kinh tế, điều tiết xã hội. Sự thiếu thông tin sẽ tạo cơ hội cho những hành vi cơ hội và lũng đoạn. Để ngăn ngừa điều này, các

thể chế hành chính ở các quốc gia khác nhau cần phải phát triển một hệ thống thông tin pháp lý tin cậy và luôn luôn cập nhật đối với các bên có liên quan. Điều này sẽ giảm đi chi phí giao dịch. Tuy nhiên, ông cũng cảnh báo các khó khăn, đó là sự chưa rõ ràng, minh bạch trong việc làm thế nào để thể chế có thể thay đổi hiệu quả và những phương tiện, dụng cụ nào cần phải sử dụng để có thể đạt được mục đích cung cấp thông tin giá trị cho tất cả mọi người mà không vướng mắc bởi các hành vi sách nhiễu hay tham nhũng.

(2) *The formal and informal constraints of institution. Douglass C. North, Institution, Institutional Change and Economic Performance, tr.4 (1990).*

(3) Xem Aida Custovic, *Institutional Reform in Land Administration: Does Simplification create Transparency, (Cải cách thể chế trong quản lý đất đai: Liệu sự đơn giản có tạo ra tính minh bạch), 2010.*



Để nhấn mạnh mối quan hệ giữa thể chế và tổ chức, Douglass North cũng chỉ ra: nếu thể chế là quy tắc của trò chơi thì tổ chức là những người chơi có liên quan. Tổ chức sẽ cung cấp một cấu trúc, mô hình cơ bản cho các giao dịch giữa con người với nhau. Tổ chức bao gồm các tổ hợp của kỹ năng, chiến lược và sự liên kết giữa các người chơi - các nhóm cá nhân với cùng mục đích, mục tiêu với việc sử dụng các quy tắc, luật lệ giống nhau.

Như vậy, để công cuộc CCHC nói chung và cải cách thể chế hành chính nói riêng đạt được hiệu quả, việc xây dựng và hoàn thiện các chế định pháp luật cùng với việc cung cấp thông tin pháp luật đầy đủ cho mọi tổ chức, cá nhân là một trong những yêu cầu tối cần thiết. Khái niệm thể chế và cải cách thể chế hành chính rõ ràng rộng hơn khái niệm pháp luật và cải cách hệ thống pháp luật. Vì là quy tắc của trò chơi nên ngoài những quy định mang tính pháp luật, nó còn bao gồm những chuẩn mực, những quy tắc bất thành văn, những quyết sách, những mối quan hệ không chính thức ẩn sâu bên trong, điều đó làm cho vấn đề cải cách thể chế phải luôn kịp thời, linh hoạt và không có một mô hình chung cho tất cả<sup>4</sup>.

### 1.2. Sự phát triển của thể chế hành chính

Masahiko Aoki đồng ý với việc phân chia thể chế thành hai loại là thể chế chính thức và không chính thức của Douglass North (như đã trình bày), nhưng ông đã bổ sung thêm một số yếu tố. Chẳng hạn như thể chế chính thức sẽ bao gồm các quy tắc chính trị, hiến pháp, luật thành văn và các quy định, các quy tắc kinh tế và ký kết hợp đồng, còn ở thể chế không chính thức ông gắn thêm các yếu tố như: quy tắc xã hội, quy tắc đạo đức, các hương ước và lệ làng<sup>5</sup>. Đặc biệt, trong công trình “Hướng tới sự phân tích thể chế so sánh” ông đã nghiên cứu sự thay đổi của thể chế ở các nước đang phát triển như Việt Nam với sự chuyển đổi sang nền kinh tế thị trường.

Trong tác phẩm của mình, Masahiko Aoki bắt đầu từ việc tiếp cận lý thuyết cổ điển về thể chế kinh tế mới được bắt nguồn từ học giả Ronald Coase, trong đó đánh giá cao vai trò của khung thể chế và chi phí giao dịch trong vận hành kinh tế. Với nghĩa thể chế là quy tắc của trò chơi, sự phát triển kinh tế cùng với hiệu quả của nó luôn được xem là những yếu tố cơ bản làm thay đổi thể chế hay phải cải cách nó. Điểm mới và gây tranh cãi của Masahiko Aoki so với Douglass North là ở chỗ: ông đã chỉ ra rằng, chức năng cơ bản của thể chế là phải làm giảm chi phí giao dịch trong vận hành kinh tế và sự thay đổi quá lớn trong mức giá cả tương xứng là nhân tố chính dẫn đến sự tất yếu phải thay đổi thể chế. Nhìn vào kinh nghiệm từ các quốc gia đang phát triển (trong đó có Việt Nam), sự bất ổn định, leo thang về giá cả cũng như chi phí giao dịch tăng cao trong các mối quan hệ giữa các cá nhân và giữa cá nhân với Nhà nước cho thấy nguy cơ biến động thể chế, hàng loạt quy tắc, VBQPPL mới phải sửa đổi, bổ sung để điều chỉnh kịp thời. Masahiko Aoki lý giải sự cần thiết phải thay đổi, cải cách thể chế ngoài lý do nêu trên còn có thể do tác động bởi các yếu tố văn hóa pháp lý, môi trường và tâm lý. Ông cũng chia sẻ quan điểm với học giả Jack Knight trong tác phẩm “Thể chế và xung đột xã hội”, theo đó, các xung đột trong xã hội và cách thức giải quyết tranh chấp các xung đột này cũng là những nguyên nhân làm cho thể chế thay đổi<sup>6</sup>.

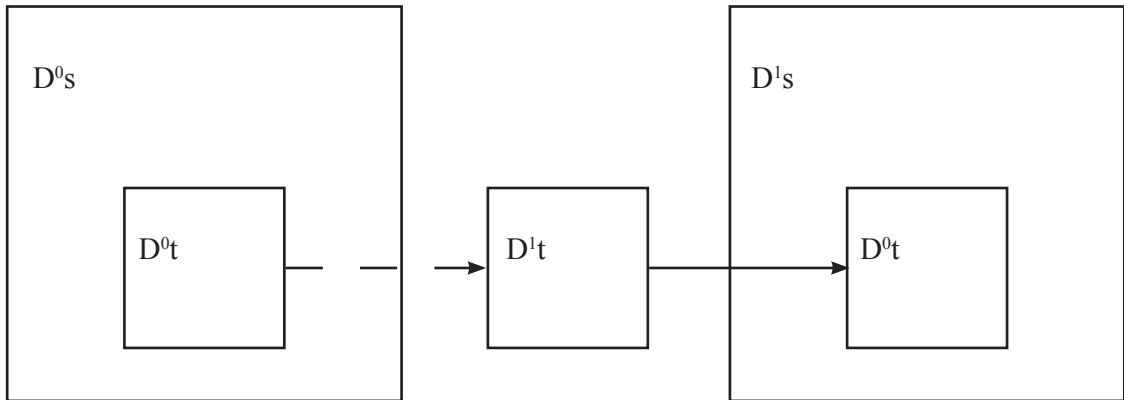
Masahiko Aoki đã đưa ra nhiều mô hình, phân tích và lý giải cho sự phát triển của thể chế, đặc biệt liên quan đến thể chế hành chính ở các nước XHCN hiện nay và XHCN ở Đông Âu, Liên Xô trước đây nay đã đổi sang nền kinh tế thị trường. Đặc biệt, với Việt Nam, chúng ta nên quan tâm đến mô hình: (Hình 2)

D<sup>1</sup>t, sau khi thoát ra ngoài D<sup>0</sup>s (với một phần bộ phận được du nhập từ D<sup>0</sup>t), tiếp tục tham gia trong một bối cảnh thay đổi xã hội mới

(4) Xem David M. Trubek, *The Rule of Law in Development Assistance (Nhà nước pháp quyền trong trợ giúp phát triển)*, Y.Matsuura, *The Role of Law in Development: Past, Present and Future*, CALE, Nagoya University (2005).

(5) Xem Masahiko Aoki, *Toward a Comparative Institutional Analysis*, tr.5 (2001).

(6) Xem Jack Knight, *Thể chế và xung đột xã hội, (Institutions and Social Changes)*, tr.4-12 (1992).



$D^1s$ . Để tránh những cú sốc hay khủng hoảng về sự thay đổi, một cơ chế được xác định là làm cho  $D^1t$  phát triển trong  $D^1s$  giống như là cách thức  $D^0t$  đã phát triển hài hòa trong  $D^0s$ , mặc dầu những yếu tố ở trong  $D^1s$  và trong  $D^0s$  không hoàn toàn là giống nhau. Mô hình này nhấn mạnh sự hài hòa của các nhân tố mới phát triển phù hợp với các nhân tố cũ để tránh bất kỳ một sự khủng hoảng hay các cú sốc văn hóa lớn bởi những sự thay đổi đường đột.

Việt Nam có vẻ phù hợp với mô hình trên trong việc cải cách thể chế hành chính phù hợp với yêu cầu xây dựng Nhà nước pháp quyền XHCN. Trong quá trình CCHC nói chung và cải cách thể chế hành chính nói riêng, giống như bất kỳ các nước đang phát triển có nền kinh tế chuyển đổi sang cơ chế thị trường, Việt Nam không thể ngay lập tức chấp nhận và sao chép mô hình Nhà nước pháp quyền cũng như những thể chế hành chính tiên bộ từ các nước phương Tây. Những yếu tố, bộ phận trong thể chế hiện tại không mâu thuẫn với những nhân tố cốt lõi của Nhà nước pháp quyền nên tiếp tục được duy trì và phát triển phù hợp với những yếu tố, bộ phận mới. Trong trường hợp có yếu tố tương phản, không phù hợp với yêu cầu của Nhà nước pháp quyền, nhưng cũng không hại đến trật tự xã hội và cũng không xâm phạm đến các quyền con người thì nên tiếp tục duy

trì nhưng theo hướng chỉnh sửa cho phù hợp để đảm bảo sự hài hòa và tránh các cú sốc lớn làm thay đổi trật tự và an ninh xã hội<sup>7</sup>.

### **1.3. Tiếp cận thể chế hành chính không chính thức Nhà nước pháp quyền ở Việt Nam**

Tiếp nhận thể chế không chính thức của Nhà nước pháp quyền có nghĩa là, bổ sung những yếu tố mới bên cạnh những yếu tố cũ đang tồn tại, trong trường hợp những yếu tố cũ có thể mâu thuẫn với yếu tố cốt lõi của Nhà nước pháp quyền (độc lập tư pháp, tính minh bạch trong thủ tục, bảo vệ triệt để các quyền tự do cá nhân...) nhưng không làm phương hại đến lợi ích cộng đồng, trật tự xã hội, quyền và lợi ích cá nhân, nó có thể được chỉnh lý một cách từ từ và thận trọng.

Cải cách thể chế hành chính ở Việt Nam trong 10 năm qua có thể nói là kết quả của tổng thể quá trình CCHC gắn với yêu cầu xây dựng Nhà nước pháp quyền theo thể chế không chính thức, tức là tiếp tục xây dựng và phát triển Nhà nước pháp quyền XHCN của dân, do dân và vì dân dưới sự lãnh đạo của Đảng Cộng sản Việt Nam.

Cải cách thể chế hành chính trong 10 năm qua ở Việt Nam đã đạt được nhiều thành tựu nhưng cũng bộc lộ một số hạn chế. Số lượng văn bản pháp luật được ban hành nhiều

(7) Xem Phạm Hồng Quang, *Administrative Division Court in Vietnam: Model, Jurisdiction nad Lesson from Foreign Experiences*, (Tòa hành chính ở Việt Nam: Mô hình, thẩm quyền và những kinh nghiệm nước ngoài), tr.210, CALE Book, Đại học Nagoya, Nhật Bản (2010).

nhưng chất lượng chưa cao, nội dung chồng chéo, trùng lặp, thiếu tính toàn diện và ổn định. Một số thể chế cơ bản chậm được xây dựng, sửa đổi, hoàn thiện như thẩm quyền quản lý nhà nước đối với doanh nghiệp nhà nước, thẩm quyền chủ sở hữu phần vốn nhà nước tại doanh nghiệp, trách nhiệm của doanh nghiệp trong quản lý tài sản nhà nước. Tình trạng luật chờ nghị định, nghị định chờ thông tư vẫn khá phổ biến. Cải cách thủ tục hành chính có nhiều tiến bộ nhưng vẫn còn nhiều thủ tục gây phiền hà, chưa thực hiện đúng hạn khi giải quyết, đặc biệt vẫn tồn tại xu hướng cơ quan hành chính giành thuận lợi về mình, đẩy khó khăn cho người dân và doanh nghiệp. Cơ chế một cửa, một cửa liên thông còn chưa đồng bộ, ý thức phối kết hợp giữa các cơ quan có trách nhiệm giải quyết chưa cao, còn tình trạng đùn đẩy trách nhiệm, tinh thần trách nhiệm và sẵn sàng phục vụ nhân dân của cán bộ, công chức trực tiếp giải quyết vụ việc còn chưa cao.

Để xảy ra tình trạng trên có nhiều nguyên nhân như: thiếu tính thống nhất, đồng bộ, tính chuẩn mực và áp dụng chung trong việc tiếp nhận và giải quyết hồ sơ của các cơ quan, ban ngành có liên quan; ý thức trách nhiệm và trình độ của cán bộ, công chức... Trong đó, nguyên nhân lớn nhất là chưa nhận thức đầy đủ và toàn diện về diện mạo, cơ cấu, quy mô của hệ thống thể chế ở Việt Nam trong thời kỳ chuyển đổi sang nền kinh tế thị trường định hướng XHCN và hội nhập quốc tế. Điểm yếu nhất của chúng ta vẫn là việc xác định mang tính lý luận cơ sở của việc cải cách thể chế, cũng như nội dung, phương pháp và cách thức tiến hành.

Cải cách thể chế hành chính trong điều kiện xây dựng Nhà nước pháp quyền XHCN hiện nay đòi hỏi phải có cơ sở lý luận chắc chắn. Dù cho mô hình về sự tiến hóa của thể chế mà Masahiko Aoki đưa ra có vẻ phù hợp với Việt Nam nhưng vấn đề cốt lõi nhất vẫn là sự tự thích nghi trên cơ sở của các quy luật về cây ghép và sự đào thải. Thể chế

hành chính với quan niệm là các quy tắc của trò chơi trong nền kinh tế thị trường đòi hỏi giữa các bên, bao gồm nhà nước và các tổ chức, doanh nghiệp, công dân có mối quan hệ cung cầu bình đẳng. Cần phải cải cách thể chế theo hướng Nhà nước phải là chủ thể cung cấp đầy đủ khung pháp lý, các thông tin pháp luật, dự báo, chính sách với đối tượng khách hàng là người dân. Chỉ khi nào cung cấp thông tin đầy đủ, toàn diện, chính xác và bảo đảm thực hiện một cách vững chắc mới tạo được niềm tin và sự an tâm cho người dân trong sinh hoạt, sản xuất, kinh doanh; bảo đảm xây dựng một Nhà nước pháp quyền thực sự dân chủ, công bằng và xử lý nghiêm minh với mọi hành vi vi phạm pháp luật. Việc tiếp cận thể chế không chính thức của Nhà nước pháp quyền hiện nay là một xu hướng phù hợp với điều kiện KTXH, phù hợp với quốc gia có duy nhất một chính Đảng lãnh đạo, được người dân nhiệt tình ủng hộ như ở Việt Nam. Tuy nhiên, để vấn đề cải cách thể chế hành chính thành công, vai trò lãnh đạo của Đảng cần tiếp tục củng cố theo hướng nâng cao vai trò tự chủ của hành chính, tránh sự can thiệp quá sâu, hay làm thay của các cá nhân, tổ chức Đảng.

## **2. Cải cách thể chế hành chính ở Việt Nam - tiếp cận dưới góc độ học tập kinh nghiệm Nhật Bản**

### **2.1. Kinh nghiệm cải cách thể chế hành chính ở Nhật Bản**

Hiến pháp của Nhật Bản năm 1947 đã xây dựng một chế độ quân chủ lập hiến, tuân theo các nguyên tắc của Nhà nước pháp quyền, trong đó xác định Nội các thực hiện hoạt động quản lý hành chính trung thành theo luật, không một cá nhân hay cơ quan hành chính nào có thể tự ý ban hành luật lệ hay quy định mà không theo thẩm quyền được luật quy định.

CCHC nói chung và cải cách thể chế hành chính nói riêng ở Nhật Bản thực sự diễn ra mạnh mẽ vào bốn thập kỷ cuối của thế kỷ

XX và được xem là một chính sách quốc gia vĩ đại nhằm đưa nước Nhật tiến lên trở thành một trong các cường quốc đứng đầu trên thế giới<sup>8</sup>. Với bốn giai đoạn CCHC từ năm 1945 đến 1985, thành tựu lớn nhất là đã đưa Nhật Bản từ nước bại trận sau Thế Chiến lần thứ II, trở thành một cường quốc phát triển từ nửa cuối của thế kỷ trước. Giai đoạn cải cách đầu tiên (1945 - 1954) mang dấu ấn của việc thi hành công cuộc CCHC dưới sự giám sát và tư vấn của lực lượng chiếm đóng Mỹ. Việc ban hành Hiến pháp hòa bình năm 1947 được đánh giá như một động lực quan trọng để cải tổ lại hệ thống bộ máy nhà nước và thực hiện dân chủ hóa thể chế hành chính. Trong giai đoạn này, bốn đạo luật quan trọng được ban hành là: Luật Tổ chức Chính phủ quốc gia (1948), Luật Nội các (1947), Luật Công vụ quốc gia (1947), Luật Tự trị địa phương (1947). Giai đoạn thứ 2 (1955 - 1964) là giai đoạn phát triển hưng thịnh của nền kinh tế Nhật Bản cùng với sự phát triển mạnh mẽ của nền hành chính công. Ủy ban thứ nhất về CCHC lần đầu tiên được thành lập trong Văn phòng Thủ tướng năm 1962, người đứng đầu là chuyên gia cao cấp ngân hàng nổi tiếng Kiichiro Sato với đội ngũ 21 chuyên gia và 70 nhà nghiên cứu. Các đạo luật cơ bản của Nhật Bản hầu như đều được xây dựng cho đến kết thúc giai đoạn cải cách thứ hai cùng với một thể chế hành chính rất vững chắc cho sự phát triển kinh tế của quốc gia và chế độ công vụ tận tâm, trung thành. Giai đoạn thứ 3 (1965 - 1974) và giai đoạn thứ 4 (1975 - 1985) là các giai đoạn với nhiều cải cách nhằm tinh giản bộ máy, đơn giản hóa thủ tục hành chính, phát triển dịch vụ công, thực hiện tư nhân hóa doanh nghiệp nhà nước nhằm vượt qua cuộc khủng hoảng dầu mỏ năm 1979, các biến động môi trường, đặc biệt là sự mất cân đối trong cán cân thu chi và sự thâm hụt tài chính của Chính phủ. Hệ thống thanh tra của Nhật Bản đã được

thành lập trong giai đoạn này.

Cải cách thể chế hành chính ở Nhật Bản vẫn tiếp tục diễn ra mạnh mẽ cuối thế kỷ XX cùng với xu hướng tiếp tục tinh giản bộ máy hành chính, tăng cường tính minh bạch trong thủ tục hành chính (Luật Thủ tục hành chính được ban hành năm 1993), tăng các quyền tự quản cho chính quyền địa phương, cải cách chế độ công vụ và chế độ quản lý các đơn vị sự nghiệp công lập (như tăng tính tự chủ của các trường đại học hoàng gia trước đây)...

Cải cách thể chế hành chính ở Nhật Bản luôn bắt nguồn từ khung Hiến pháp hiện tại của Nhật Bản (1947) với các thay đổi lớn như: (i) xóa bỏ nguyên tắc quân chủ chuyên chế, thay vào đó là nguyên tắc quyền lực thuộc về nhân dân. Điều 15 của Hiến pháp Nhật Bản ghi rõ: Chính quyền và bộ máy hành chính công phục vụ nhân dân và công chức là “người đầy tớ của toàn cộng đồng”; (ii) nguyên tắc nhân dân tham gia quản lý dân chủ được áp dụng với chính quyền và bộ máy công vụ. Một loạt các đạo luật quan trọng về tổ chức bộ máy chính phủ trung ương và chính quyền địa phương, luật công vụ quốc gia và luật công vụ địa phương đã được ban hành; (iii) ghi nhận tư tưởng hòa bình, từ bỏ chiến tranh theo Điều 9 của Hiến pháp, các lực lượng hải quân, không quân, lục quân đều đã bị giải tán; (iv) phân cấp mạnh mẽ cho các chính quyền địa phương theo nguyên tắc tự trị địa phương được ghi nhận trong Hiến pháp, Bộ Nội vụ bị giải tán, thay vào đó các vấn đề nhân sự tại địa phương, quản lý giáo dục, văn hóa, duy trì trật tự an ninh địa phương sẽ do chính quyền địa phương quyết định kết hợp với các hoạt động tự quản của cư dân; (v) hệ thống quản lý nhân sự kiểu Mỹ đã được áp dụng với việc phân loại và quản lý công chức theo ngạch bậc, chức vụ.

Một số kết quả và xu hướng cải cách thể chế hành chính của Nhật Bản gần đây có thể được giới thiệu như sau:

(8) Xem O.P. Dwivedi & Keith M. Henderson, *Public Administration in World Perspective, Administrative Reform in Contemporary Japan*, tr. 2 (1996).

Cải cách bộ máy chính phủ trung ương và công vụ:

- Nguyên tắc quản lý dựa trên pháp luật đã được mềm hóa. Chính sách tư nhân hóa và phi tập trung hóa đã được xây dựng trên những quan điểm của chủ nghĩa tự do mới. Hướng dẫn hành chính là một nội dung mới trong quản lý hành chính của Nhật Bản bên cạnh việc duy trì các mệnh lệnh, quyết định hành chính mang tính bắt buộc, cứng nhắc. Việc tư nhân hóa ba công ty lớn của Nhà nước, trong đó có Công ty đường sắt Nhật Bản vào cuối những năm 1980, việc chuyển giao các quyền quy định của Nội các thông qua các lệnh từ năm 1983, việc mở rộng quyền tự quản của cư dân địa phương... là những minh chứng cho nguyên tắc mềm hóa quản lý nhà nước dựa trên pháp luật.

- Theo đề xuất cải cách của Nội các do Thủ tướng Hashimoto Ryutaro khởi xướng năm 1997 với khẩu hiệu: “Tập trung cải cách Chính phủ và bộ máy hành chính hướng tới thế kỷ XXI”, một cơ cấu chính quyền mới, rút gọn và hiệu quả đã được xây dựng năm 2001. Theo đó, cơ cấu 12 bộ như trước đây đã được tổ chức lại thành 10 bộ.

- Tăng cường chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của các cá nhân và cơ quan trung ương, cụ thể là của Thủ tướng và Nội các, bổ sung sửa đổi Luật Nội các. Văn phòng Nội các được thành lập thay cho Văn phòng Thủ tướng. Các Ủy ban Kinh tế - tài chính, Ủy ban Khoa học - công nghệ dưới sự quản lý của Văn phòng Nội các đã được thành lập và đóng vai trò quan trọng trong việc giúp Nội các xây dựng và hoạch định chính sách có liên quan. Ngoài ra, Ủy ban An toàn công cộng và Cục Phòng vệ đã được thành lập thuộc Văn phòng Nội các. Như vậy, hệ thống chính quyền hiện nay của Nhật Bản gồm 1 Văn phòng, 10 bộ<sup>9</sup>, 2 cục và ủy ban, trong đó Bộ Quản lý công cộng, nội vụ và bưu chính viễn thông và Bộ Đất đai, cơ sở hạ tầng, vận

tải được đánh giá là các siêu bộ trên cơ sở hợp nhất các bộ, ngành.

- Thành lập các tổ chức công cộng độc lập. Các doanh nghiệp tư nhân được cho phép thành lập và hoạt động nhằm xử lý các công việc chung của cộng đồng một cách đơn giản hóa và đạt hiệu quả, như các công ty môi trường, xử lý rác thải, thu gom đồ đạc đã qua sử dụng. Từ tháng 4/2004, các trường đại học công lập đã được chuyển từ quy chế quản lý đội ngũ cán bộ, công chức sang quy chế quản lý như đối với người lao động trong khu vực kinh tế tư nhân và nâng cao tính tự chủ của các tổ chức công cộng độc lập này.

- Chính phủ Nhật Bản nỗ lực cải cách hệ thống công vụ, theo đó chế độ thâm niên công tác bị bãi bỏ, thay vào đó là hệ thống tuyển dụng và trả lương dựa trên năng lực. Hiện nay, các tổ chức công đoàn tiếp tục yêu cầu Chính phủ mở rộng quyền phản đối của cán bộ, công chức với áp lực nghề nghiệp đã từng bị hạn chế kể từ sau chiến tranh.

Cải cách thể chế, tổ chức và hoạt động của chính quyền địa phương:

- Chú trọng việc thúc đẩy quá trình phân công chức năng, nhiệm vụ giữa chính quyền trung ương và địa phương với hai khẩu hiệu: “từ trung ương về địa phương” và “từ quan chức về người dân”. Vai trò của Nhà nước tập trung vào các công việc liên quan đến sự tồn vong của quốc gia hay cộng đồng, thực hiện các chính sách quản lý doanh nghiệp có quy mô quốc gia, còn lại mọi công việc quản lý giao cho chính quyền địa phương để cho cơ quan này thực sự là cơ quan mang tính tự quản địa phương. Quyền của chính quyền địa phương trong việc ban hành quy phạm pháp luật và giải thích pháp luật đã được mở rộng. Theo đề xuất của Ủy ban phi tập trung hóa lên Thủ tướng Nhật Bản năm 2007, sắp xếp lại các tỉnh thành những cơ quan tự quản trên cơ sở rộng rãi, cụ thể là bãi bỏ một số tỉnh và thành lập các vùng, tiểu bang, nên hợp

(9) Số lượng 8 cơ quan bộ còn lại của Nhật Bản bao gồm: Bộ Tư pháp, Bộ Ngoại giao, Bộ Tài chính, Bộ Giáo dục, văn hóa, thể thao, khoa học và công nghệ, Bộ Y tế, lao động, phúc lợi, Bộ Nông, lâm, ngư nghiệp, Bộ Kinh tế, thương mại công nghiệp và Bộ Môi trường.

nhất 47 tỉnh, thành phố hiện có thành 7 đến 9 tiểu bang. Mục tiêu của Chính phủ sang đầu thế kỷ XXI cũng sáp nhập 3.200 chính quyền thành phố hiện có thành 2.000. Luật phi tập trung hóa được ban hành năm 2000, chính sách hợp nhất chính quyền thành phố và sắp xếp lại các tỉnh đã được Chính phủ thông qua và tích cực thực hiện<sup>10</sup>.

- Cải cách chính quyền địa phương trên cơ sở đảm bảo các nguyên tắc của Hiến pháp, trong đó các cơ quan này phải thực sự là các tổ chức bảo vệ và thực thi có hiệu quả các quyền con người và quyền tự do cơ bản của người dân.

- Thành lập các tổ chức công cộng độc lập trong mỗi tỉnh và liên tỉnh nhằm xử lý các công việc chung một cách hiệu quả và đơn giản hóa. Chuyển đội ngũ cán bộ quản lý từ quy chế công chức sang quy chế người lao động trong khu vực tư nhân.

- Đổi mới hoạt động của các cơ quan tự quản địa phương. Nhà nước chủ trương khuyến khích thị trường hóa và tư nhân hóa các chức năng quản lý nhà nước của cơ quan tự quản với khẩu hiệu: “Hãy để khu vực tư nhân làm những gì họ có thể làm”. Cải cách thể chế hành chính ở địa phương với việc mở rộng quyền tự quản của tổ chức nhưng vẫn chưa chú trọng đến quyền tự quản của người dân, do đó các quyền tự quản này cần đi vào thực chất mà không chỉ là hình thức.

- Thực hiện dân chủ hóa nền hành chính quốc gia, mối quan hệ giữa lãnh đạo dân chủ và tập quyền của một số cơ quan hành chính địa phương cần được xem xét và xử lý thỏa đáng.

## **2.2. Học tập kinh nghiệm Nhật Bản trong bối cảnh hội nhập quốc tế**

Để thúc đẩy công cuộc CCHC nói chung và cải cách thể chế hành chính nói riêng ở Việt Nam, việc học tập kinh nghiệm nước ngoài trong bối cảnh hội nhập là hết sức cần thiết. Trong việc giới thiệu kinh nghiệm nước

ngoài liên quan đến cải cách thể chế hành chính, chúng tôi lựa chọn Nhật Bản vì các lý do sau: (i) Nhật Bản là quốc gia - do yếu tố lịch sử - có rất nhiều kinh nghiệm trong việc tiếp thu những thành tựu của pháp luật nước ngoài cũng như các xu thế cải cách; (ii) Nhật Bản là điển hình của quốc gia chịu sự ảnh hưởng mạnh mẽ của hai hệ thống pháp luật tiêu biểu trên thế giới là hệ thống luật châu Âu lục địa (ảnh hưởng trước Thế chiến II) và hệ thống luật Anh - Mỹ (sau thất bại trong Thế chiến II và sự đầu hàng lực lượng Đồng minh), nhưng vẫn giữ được những nét đặc trưng riêng trong tổng thể quá trình CCHC và cải cách tư pháp; (iii) Nhật Bản là quốc gia có nền hành chính phát triển hiện đại với công cuộc CCHC diễn ra lâu đời, từng bước và có kế hoạch, chiến lược cụ thể. Đây cũng là bài học về công cuộc cải cách - với tư cách là một quá trình học hỏi không ngừng và ngày một hoàn thiện; (iv) Nhật Bản là một trong hai quốc gia (cùng với đối tác Thụy Điển) tiến hành các dự án hợp tác pháp luật sớm nhất với Việt Nam, từ những năm đầu thập kỷ 90 của thế kỷ XX, cho tới nay vẫn luôn là đối tác lâu năm và tin cậy.

Học tập kinh nghiệm của Nhật Bản liên quan đến cải cách thể chế hành chính cho thấy nhiều ưu điểm có thể chia sẻ với Việt Nam trong bối cảnh Chính phủ đang đánh giá Chương trình tổng thể CCHC giai đoạn 2000 - 2010 và xây dựng Chương trình cải cách giai đoạn 2010 - 2020. CCHC ở Việt Nam cần phải tiếp tục mở rộng nghiên cứu cả phương diện lý luận và học hỏi kinh nghiệm thực tiễn nước ngoài, trên cơ sở của việc xây dựng chương trình, kế hoạch, thực hiện và đánh giá quá trình cải cách trong từng giai đoạn, với mục tiêu xây dựng một nền hành chính hiện diện trong mô hình Nhà nước pháp quyền XHCN thực sự dân chủ, hiện đại và vững mạnh. ■

(10) Xem Phạm Hồng Quang, *Lịch sử hệ thống chính quyền địa phương Nhật Bản và một số vấn đề cải cách chính quyền địa phương Nhật Bản hiện nay*, tr. 62-63, *Tạp chí Luật học* số 4 (2010)

# ĐỊNH HƯỚNG CHỦ ĐỀ TẠP CHÍ NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP NĂM 2012

**Là Diễn đàn lý luận và thực tiễn về Nhà nước, Pháp luật và Chính sách, trên cơ sở chương trình hoạt động của Quốc hội, tình hình phát triển kinh tế - xã hội trong năm 2012, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp xin được nêu những định hướng chủ đề cơ bản sau đây:**

## **Chuyên mục Nhà nước và pháp luật**

Bên cạnh các đề tài quen thuộc được ưu tiên đăng tải, năm 2012 Tạp chí sẽ chú trọng đăng tải các bài viết về đổi mới tổ chức hoạt động của Quốc hội, các cơ quan của Quốc hội và đại biểu Quốc hội theo định hướng xây dựng Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa của dân, do dân và vì dân. Trong đó, đặt trọng tâm vào các bài viết liên quan đến việc triển khai thực hiện Nghị quyết Đại hội lần thứ XI của Đảng; cơ sở lý luận, thực tiễn và những vấn đề cần sửa đổi trong Hiến pháp 1992; tổng kết thi hành Hiến pháp năm 1992; về kiểm soát quyền lực trong bộ máy nhà nước; quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân; xây dựng cơ chế kiểm tra, giám sát tính hợp hiến, hợp pháp trong các hoạt động và quyết định của các cơ quan công quyền ở Việt Nam; về tổ chức bộ máy nhà nước trong nhiệm kỳ mới; hoạt động của Quốc hội, các cơ quan của Quốc hội và Đại biểu Quốc hội. Mặt khác, chủ động đặt và đăng các bài viết về tổ chức và hoạt động của các cơ quan nhà nước thực hiện quyền hành pháp, quyền tư pháp.

Tạp chí cũng ưu tiên đăng tải những bài viết liên quan đến việc nâng cao chất lượng và hoạch định chính sách trong hoạt động lập pháp; về chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020 theo tinh thần của Nghị quyết số 49-NQ/TW, cải cách hành chính; đổi mới hoạt động lập pháp; tiếp tục xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật định hướng đến năm 2020 theo tinh thần của Nghị quyết số 48-NQ/TW.

## **Chuyên mục Bàn về các Dự án luật**

Đăng tải các bài nghiên cứu, đề xuất, góp ý liên quan đến nội dung các Dự án luật quan trọng trong Chương trình xây dựng luật, pháp lệnh năm 2012 của Quốc hội như: Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Thuế thu nhập cá nhân; Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Quản lý thuế; Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Luật sư; Luật Đô thị; Luật Giáo dục đại học; Bộ luật Tố tụng dân sự (sửa đổi); Bộ luật Lao động (sửa đổi); Luật tổ chức Chính phủ (sửa đổi); Luật tổ chức Quốc hội (sửa đổi); Luật tổ chức Viện kiểm sát nhân dân (sửa đổi); Luật tổ chức Tòa án nhân dân (sửa đổi); Bộ luật Tố tụng hình sự (sửa đổi); Luật Tạm giữ, tạm giam; Luật Tổ chức cơ quan điều tra hình sự; Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Bộ luật Dân sự; Luật Đất đai (sửa

đổi); Luật Đầu tư công, mua sắm công; Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Công chứng; Luật Phòng, chống tham nhũng (sửa đổi); Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật; Luật Việc làm; Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Bảo vệ, chăm sóc và giáo dục trẻ em; Pháp lệnh Đào tạo nghề một số chức danh tư pháp...

### **Chuyên mục Thực tiễn pháp luật**

Tiếp tục đăng tải các bài viết liên quan đến việc triển khai thực hiện các luật, pháp lệnh trên thực tế, nêu và phân tích được những khó khăn, vướng mắc, hạn chế của các quy định pháp luật trong quá trình thực hiện, đề xuất những giải pháp khắc phục, đồng thời Tạp chí coi trọng các bài viết cung cấp thông tin về kinh nghiệm thực tiễn trong hoạt động của Quốc hội, Hội đồng nhân dân, các cơ quan của Quốc hội, Đoàn đại biểu Quốc hội và Đại biểu Quốc hội.

Chú trọng đăng các bài về đánh giá kết quả thực hiện nhiệm vụ phát triển kinh tế - xã hội và ngân sách nhà nước năm 2011; tình hình thực hiện kế hoạch phát triển kinh tế - xã hội và dự toán ngân sách nhà nước những tháng đầu năm 2012 và các báo cáo khác của các cơ quan hữu quan theo quy định của pháp luật.

Ưu tiên các bài viết về tổ chức và hoạt động của Chính phủ, Tòa án nhân dân tối cao, Viện kiểm sát nhân dân tối cao; hoạt động quản lý, chỉ đạo, điều hành thuộc lĩnh vực phụ trách của Chính phủ, Chánh án Tòa án nhân dân tối cao, Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân tối cao.

Chú trọng các bài phản ánh việc thực hiện chính sách, pháp luật về môi trường tại các khu kinh tế, làng nghề; việc thực hiện quy định của pháp luật về ban hành văn bản quy phạm pháp luật của Hội đồng nhân dân; Ủy ban nhân dân; việc thực hiện chính sách, pháp luật về xây dựng và phát triển các khu kinh tế, khu kinh tế cửa khẩu.

### **Chuyên mục Chính sách**

Xuất phát từ các nhiệm vụ phát triển kinh tế - xã hội mà nghị quyết của Quốc hội đã đề ra, Chuyên mục tập trung vào các vấn đề hoàn thiện các chính sách liên quan đến việc triển khai Nghị quyết Đại hội lần thứ XI của Đảng, những yêu cầu trong công cuộc hội nhập quốc tế, phát triển kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa, chống tham nhũng, lãng phí; phòng và chống tội phạm; các chính sách gắn với phát triển bền vững, tăng trưởng với công bằng xã hội và chống lạm phát, đảm bảo việc làm, an sinh xã hội. Coi trọng các bài viết đề xuất các giải pháp và kiến nghị hoàn thiện các cơ chế, chính sách trong các lĩnh vực kinh tế - dân sự, lao động, văn hoá giáo dục, khoa học công nghệ, y tế, xóa đói giảm nghèo và công bằng xã hội.

### **Chuyên mục Kinh nghiệm quốc tế**

Định kỳ đăng các bài viết về các vấn đề pháp luật quốc tế liên quan đến những kinh nghiệm lập hiến, lập pháp và tổ chức bộ máy nhà nước của các nước; các thiết chế bảo vệ quyền của tổ chức, cá nhân trong quá trình hội nhập quốc tế; các cơ chế quốc tế về phòng, chống tội phạm; những vấn đề liên quan đến bảo vệ chủ quyền quốc gia; bảo vệ an ninh chủ quyền lãnh thổ trên biển; các vấn đề về ASEAN.

## **TẠP CHÍ NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP**