

THÔNG RA MỘT KỶ

1(321)

2015

NĂM THỨ 44

TỔNG BIÊN TẬP

LÊ MAI THANH

HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP

GS.TSKH. ĐÀO TRẦN C

PGS.TS. BÙI XUÂN C

PGS.TS. PHẠM HỒNG HAI

PGS.TS. TRẦN CINH H

PGS.TS. HÀ THOẠI H

PGS.TS. PHẠM HỮU NGH

PGS.TS. NGUYỄN NH PH

PGS.TS. LÊ MINH TH

PGS.TS. NGUYỄN TRUNG T

GS.TS. VŨ KH

PGS.TS. CINH NG C V

Trụ sở Tòa soạn:
27 Trần Xuân Soạn
Hà Nội

Tel: 04.39713333

Fax: 04.39764534

Email:
tcnnpl@isl.gov.vn

Giấy phép hoạt động
báo chí số 121/GP-
BT TT, ngày 22/4/2013

In tại Công ty in Thủy Lợi

Giá: 20.000

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

MỤC LỤC

LUẬT HIẾN PHÁP, LUẬT HÀNH CHÍNH

- ❖ NGUYỄN VĂN HIỀN – TRƯƠNG HỒNG QUANG: Một số vấn đề đặt ra trong thực tiễn thi hành Pháp lệnh Thực hiện dân chủ ở xã, phường, thị trấn năm 2007 3
- ❖ TRẦN QUYẾT THẮNG: Trách nhiệm giải trình của cơ quan hành chính nhà nước ở Việt Nam hiện nay 14

LUẬT KINH TẾ, LUẬT ĐẤT ĐAI

- ❖ BÙI ĐỨC GIANG: Chủ nợ có bảo đảm trong thủ tục phá sản theo Luật Phá sản năm 2004 21
- ❖ LƯU QUỐC THÁI: Triển khai thi hành Hiến pháp năm 2013 với vấn đề hoàn thiện pháp luật đất đai 27

LUẬT HÌNH SỰ

- ❖ NGUYỄN VĂN NIÊN – NGUYỄN VĂN THUYẾT: Một số kiến nghị hoàn thiện các quy định về tuổi chịu trách nhiệm hình sự trong pháp luật hình sự Việt Nam 35
- ❖ NGÔ VĂN VỊNH – DƯƠNG THANH LIÊM: Sửa đổi, bổ sung Điều 192 Bộ luật Hình sự hiện hành về Tội trồng cây thuốc phiện hoặc các loại cây khác có chứa chất ma túy 42

GÓP Ý DỰ ÁN LUẬT

- ❖ CAO VŨ MINH – LÊ THỊ MƠ: Định hướng hoàn thiện Luật Tổ chức Chính phủ theo tinh thần của Hiến pháp năm 2013 46
- ❖ BÙI THỊ THANH HẰNG: Đề xuất nội dung chế định quyền sở hữu cho Bộ luật Dân sự Việt Nam tương lai 59
- ❖ NGUYỄN MẠNH CUỒNG: Nguyên tắc áp dụng và hiệu lực của văn bản quy phạm pháp luật quy định chi tiết thi hành 68

THỰC TIỄN PHÁP LÝ

- ❖ PHAN DUY HẢO – TRẦN VĂN BIÊN: Đàm phán yêu cầu các công ty hóa chất Hoa Kỳ bồi thường thiệt hại cho các nạn nhân chất da cam/dioxin Việt Nam 76

MONTHLY ISSUE

1(321)

2015

44TH YEAR

EDITOR IN CHIEF

LE MAI THANH

EDITORIAL BOARD

DAO TRI UC
BUI XUAN DUC
PHAM HONG HAI
TRAN DINH HAO
HA THI MAI HIEN
PHAM HUU NGHI
NGUYEN NHU PHAT
LE MINH THONG
NGUYEN TRUNG TIN
VO KHANH VINH
DINH NGOC VUONG

Office of the Editorial Board:

**27 Tran Xuan Soan
Ha Noi**

Tel: 04.39713333

Fax: 04.39764534

Email:

tcnnp1@isl.gov.vn

**Licence for
Press Activities No.
121/GP-BTTTT dated 22
April 2013**

Printed by Water Resources
Printing Company

Price: 20.000 VND

STATE AND LAW

CONTENTS

CONSTITUTIONAL LAW, ADMINISITRATIVE LAW

❖ NGUYEN VAN HIEN – TRUONG HONG QUANG: Some Issues from the Enforcement of the Ordinance on Implementation of Democracy at the Commune Level of 2007 3

❖ TRAN QUYET THANG: Accountability of Administrative Agencies in Vietnam Today 14

ECONOMIC LAW, LAND LAW

❖ BUI DUC GIANG: Secured Creditors under the Bankruptcy Procedure of the Law on Bankruptcy of 2014 21

❖ LUU QUOC THAI: Implementing the Constitution of 2013 Regarding the Improvement of Land Law 27

CRIMINAL LAW

❖ NGUYEN VAN NIEN – NGUYEN VAN THUYET: Some Proposals to Improve Regulations on Age of Criminal Responsibility under Vietnam's Criminal Law 35

❖ NGO VAN VINH – DUONG THANH LIEM: Amending Article 192 of the Current Penal Code Regarding the Plantation of Opium Poppy or Other Drug-Contained Species 42

COMMENTS ON LAW DRAFTS

❖ CAO VU MINH – LE THI MO: Direction for Improving the Law on Government Organisation under the Spirit of the Constitution of 2013 46

❖ BUI THI THANH HANG: Proposals for the Contents of Provisions on Ownership for a Future Civil Code of Vietnam 59

❖ NGUYEN MANH CUONG: Application Principles and Validity of a Legal Normative Document Providing Detailed Rules 68

LEGAL PRACTICE

❖ PHAN DUY HAO – TRAN VAN BIEN: Negotiation to Request US Chemical Companies to Compensate Vietnam's Orange Agent/Dioxin Victims 76

MỘT SỐ VẤN ĐỀ ĐẶT RA TRONG THỰC TIỄN THI HÀNH PHÁP LỆNH THỰC HIỆN DÂN CHỦ Ở XÃ, PHƯỜNG, THỊ TRẤN NĂM 2007

*Nguyễn Văn Hiến**
*Trương Hồng Quang***

Tóm tắt: Bài viết đề cập một số ưu điểm, hạn chế trong thực tiễn thi hành Pháp lệnh Thực hiện dân chủ ở xã, phường, thị trấn năm 2007, từ đó đề xuất một số giải pháp nhằm nâng cao hiệu quả của hoạt động này trong thời gian tới.

Abstract: The article discusses some advantages and shortcomings in the enforcement of the Ordinance on Implementation of Democracy at the Commune Level of 2007. It thereafter provides solutions to improve such implementation in the coming time.

1. Thực tiễn thi hành Pháp lệnh Thực hiện dân chủ ở xã, phường, thị trấn năm 2007 (Pháp lệnh năm 2007)

1.1. Những kết quả đạt được

Thứ nhất, Pháp lệnh năm 2007 đã có tác động mạnh mẽ đến ý thức, trách nhiệm và năng lực hoạt động thực tiễn của đội ngũ cán bộ chính quyền cơ sở. Thực tiễn thi hành đã khẳng định, Pháp lệnh năm 2007 là một chủ trương đúng đắn nên có tác dụng nâng cao nhận thức của cán bộ, chất lượng hoạt động của chính quyền, có tác dụng tích cực đối với việc rèn luyện, giữ gìn phẩm chất, đạo đức của đội ngũ cán bộ cấp xã. Việc thực hiện Pháp lệnh năm 2007 giúp cán bộ, chính quyền cơ sở giải tỏa được một số lo ngại trước đây về việc thực hiện dân

chủ ở cấp xã (lo ngại các thủ tục của Pháp lệnh sẽ ảnh hưởng trực tiếp đến tiến độ xây dựng các cơ sở hạ tầng, nhất là ở nông thôn)¹.

Thứ hai, Pháp lệnh năm 2007 đã chỉ ra vai trò, nhiệm vụ của Mặt trận Tổ quốc (MTTQ) Việt Nam và các tổ chức chính trị, xã hội trong tình hình mới, đó là nâng cao trách nhiệm của MTTQ và các tổ chức thành viên trong việc giám sát và phản biện xã hội, nhất là giám sát hoạt động của chính quyền cơ sở, bảo đảm quyền tự do dân chủ của người dân ngay từ cơ sở. Chính việc thực hiện Pháp lệnh năm 2007 cũng tác động đến hoạt động của các tổ chức này.

* TS., Viện Khoa học pháp lý, Bộ Tư pháp.

** Viện Khoa học pháp lý, Bộ Tư pháp.

Đây là những kết quả chính của Dự án điều tra cơ bản về “Thực trạng thi hành Pháp lệnh Thực hiện dân chủ ở xã, phường, thị trấn” do Viện Khoa học pháp lý (Bộ Tư pháp) thực hiện từ tháng 3/2011 đến tháng 7/2013 trên địa bàn 9 tỉnh/thành phố đại diện cho các vùng miền.

¹ Kết quả điều tra của Dự án cũng cho thấy sự đánh giá của người dân đối với cán bộ chính quyền là khá tốt: có 1957/2695 người được hỏi (chiếm 72,6%) cho rằng tác phong lãnh đạo, làm việc của cán bộ cơ sở đã tốt lên; có 1815/2681 người được hỏi (chiếm 67,7%) cho rằng hoạt động tiếp xúc nhân dân của cán bộ tốt hơn; có 2004/2692 người được hỏi (chiếm 74,4%) cho rằng năng lực làm việc của cán bộ đã tăng lên rõ rệt; có 2034/2575 người được hỏi (chiếm 73,8%) cho rằng sự tôn trọng lắng nghe nhân dân của cán bộ đã tăng lên...

Thứ ba, nhận thức của người dân về dân chủ đã có sự biến chuyển, có hiểu biết cơ bản về dân chủ, đồng thời qua thực hiện Pháp lệnh năm 2007 cũng chỉ ra nhiều khoảng trống, nhất là những đòi hỏi, hiểu biết về dân chủ còn có sự khác biệt lớn giữa các vùng, miền, khu vực và tầng lớp dân cư trong xã hội.

Thứ tư, Pháp lệnh năm 2007 có tác động tích cực và toàn diện lên đời sống chính trị, kinh tế, văn hóa, xã hội ở tất cả các địa phương trong cả nước. Kết quả số liệu khảo sát cho thấy, ở các tiêu chí cơ bản của đời sống xã hội đã nhận được sự đánh giá về chất lượng tăng lên, trong đó có sự tác động tích cực của công tác triển khai một số công việc cụ thể theo Pháp lệnh năm 2007.

1.2. Một số bất cập của Pháp lệnh năm 2007 và các văn bản hướng dẫn thi hành

Qua thực tiễn thi hành cũng cho thấy, một số nội dung của Pháp lệnh năm 2007 và các văn bản hướng dẫn đã bộc lộ một số bất cập:

Một là, nhiều nội dung hoạt động của chính quyền cấp xã đã được công khai cho nhân dân, nhưng do còn thiếu những quy định cụ thể, minh bạch nên người dân không có khả năng tiếp cận đầy đủ thông tin để thực hiện quyền năng của mình. Ví dụ: pháp luật chỉ quy định về nội dung, hình thức công khai mà thiếu vắng quy định đảm bảo tính minh bạch trong việc công khai của chính quyền cấp xã. Chính điều này đã dẫn đến tình trạng, nhiều địa phương thực hiện việc công khai một cách “chiếu lệ” (tuy vẫn đúng nội dung cần công khai, đúng địa điểm phải công khai nhưng người dân vẫn gặp khó khăn trong việc tiếp thu tất cả nội dung văn bản được công khai, như việc dán thông

báo có nhiều trang trên bảng thông báo có lưới bảo vệ...).

Hai là, chưa xác định đúng tính chất của một số việc nhân dân bàn, biểu quyết để cấp có thẩm quyền quyết định với những việc nhân dân tham gia ý kiến trước khi cấp có thẩm quyền quyết định. Ví dụ: qua quá trình khảo sát, có nhiều ý kiến đề xuất chuyển một số nội dung của Điều 19 Pháp lệnh năm 2007 (những nội dung nhân dân tham gia ý kiến) lên thành nội dung nhân dân bàn, biểu quyết để cấp có thẩm quyền quyết định, đó là: việc quản lý, sử dụng quỹ đất của cấp xã; chủ trương, phương án đền bù, hỗ trợ giải phóng mặt bằng, xây dựng cơ sở hạ tầng, tái định cư; phương án quy hoạch khu dân cư; kế hoạch sử dụng các khoản đóng góp của người dân²... Lý do được đưa ra là, các nội dung này có quan hệ rất lớn đến mọi mặt của đời sống xã hội cộng đồng cơ sở, có ảnh hưởng trực tiếp đến cuộc sống của người dân. Trên thực tế, đây cũng là những nội dung xảy ra rất nhiều vi phạm pháp luật, tham nhũng do thiếu cơ chế giám sát trong nội bộ bộ máy nhà nước cũng như sự giám sát của nhân dân. Do vậy, những nội dung này cần được người dân bàn, biểu quyết làm cơ sở cho chính quyền quyết định chứ không phải chỉ có giá trị đề chính quyền tham khảo...

Ba là, các văn bản hướng dẫn thi hành trên các lĩnh vực cụ thể (xây dựng công trình công cộng, bỏ phiếu tín nhiệm các chức danh cấp xã, bầu trưởng thôn, thanh tra nhân dân, giám sát đầu tư cộng đồng...) có nhiều bất cập. Ví dụ trong lĩnh vực huy động sự đóng góp của nhân dân: các quy

² Kết quả Tọa đàm do Ban Chủ nhiệm Dự án tổ chức tại một số tỉnh như: Hòa Bình, Hà Nam, Tp. Hồ Chí Minh, Đà Nẵng, Ninh Thuận...

định hiện hành thiếu tính linh động, chưa giải quyết được khó khăn phát sinh trong thực tế (ảnh hưởng của đặc thù vùng miền trong việc tổ chức họp cử tri hoặc cử tri đại diện hộ gia đình, cơ sở vật chất,...).

1.3. Những hạn chế cần khắc phục

Thứ nhất, còn thiếu cơ chế giám sát của nhân dân đối với các công trình có sử dụng vốn ngân sách (từ cấp huyện, tỉnh, trung ương) trên các địa bàn cấp xã. Kết quả khảo sát của Dự án cho thấy, những công trình được đầu tư ở cơ sở (nhất là các công trình giao thông, hệ thống điện dân sinh, trường học, trạm y tế, công trình thủy lợi, tưới tiêu...) do nhân dân tự huy động (100% vốn đầu tư của nhân dân, hoặc một phần đóng góp của nhân dân) thì có sự giám sát khá tốt của nhân dân và chất lượng công trình được đảm bảo. Trong khi đó, những công trình được đầu tư 100% vốn ngân sách (trung ương hoặc địa phương) thường thiếu sự giám sát của nhân dân và những sai phạm trong quá trình thi công xảy ra nhiều hơn; tình trạng lãng phí, tham nhũng khó kiểm soát, chất lượng công trình trong nhiều trường hợp không đảm bảo. Bên cạnh đó, cũng còn thực trạng việc xây dựng công trình công cộng không phù hợp với đặc thù vùng miền, nguyện vọng của nhân dân³.

³ Ví dụ, tại tỉnh Đaklak, nhà văn hoá cộng đồng ở một số khu vực miền núi có nhiều đồng bào dân tộc thiểu số được xây dựng theo mô hình chung, không tham khảo ý kiến của người dân tại nơi xây dựng về kiểu dáng, kích thước và vật liệu xây dựng nên mẫu nhà không thống nhất, không đúng hình dáng nhà sàn truyền thống của từng đồng bào dân tộc thiểu số, khi xây dựng nhà không thực hiện theo đúng phong tục của đồng bào dân tộc thiểu số tại chỗ như: không làm lễ chọn đất, dựng nhà và không lễ cúng vào nhà mới..., nên khi bàn giao nhà, bà con không coi đó là nhà của cộng đồng mình ... (Báo cáo khảo sát tại tỉnh ĐakLak năm 2012).

Thứ hai, các địa phương đang có xu hướng biến thiết chế trường thôn/tổ trưởng tổ dân phố thành một cấp chính quyền tại cấp xã và không có sự xây dựng linh hoạt, khoa học trong mô hình tổ chức thiết chế này để phù hợp với điều kiện thực tiễn của các vùng, miền, đặc điểm dân cư. Tình trạng hành chính hóa, biến thiết chế trường thôn trở thành một cấp chính quyền cơ sở đang có xu hướng phát triển; nhiều công việc lẽ ra phải do chính quyền cấp xã thực hiện đang bị đẩy về cho trường thôn/tổ trưởng tổ dân phố (như việc thu thuế, thu phí, việc xác minh các thủ tục hành chính...), cách thức tổ chức và hoạt động của thiết chế này cũng đang từng bước hành chính hóa và theo các khuôn mẫu chung khá cứng nhắc: không có sự phân biệt giữa các vùng, miền, địa phương; giữa đô thị, nông thôn và miền núi (trong thực tế, công việc của trường thôn rất khác với công việc của tổ trưởng tổ dân phố; công việc của già làng/trưởng bản cũng rất khác so với người đồng nhiệm ở miền xuôi và đô thị). Về mặt lý luận và thực tiễn đang đặt ra câu hỏi: thiết chế thôn/tổ dân phố có vị trí như thế nào trong mô hình tổ chức bộ máy nhà nước? Là cánh tay nối dài của chính quyền cơ sở hay là thiết chế tự quản tại cơ sở? Có nhất thiết cách thức tổ chức, trình tự hình thành, địa vị pháp lý thiết chế này ở tất cả các vùng, miền, địa phương là như nhau hay không?

Thứ ba, gánh nặng ngân sách đối với đội ngũ cán bộ cấp xã. Hiện nay, cả nước có khoảng 11.148 xã, phường, thị trấn với gần 130.000 thôn, ấp, bản, tổ dân phố...⁴,

⁴ Xem: TS. Hoàng Mai, *Hướng tới xây dựng mô hình chính quyền địa phương đô thị ở Việt Nam*, Tạp chí Quản lý nhà nước, Học viện Hành chính quốc gia, số 221(6/2014), tr. 43.

rất nhiều chức danh cán bộ: cán bộ trưởng thôn, phó trưởng thôn; bí thư chi bộ, trưởng các đoàn thể chính trị (MTTQ, phụ nữ, cựu chiến binh, thanh niên, nông dân...) và một số chức danh khác (hòa giải viên nhân dân, thanh tra nhân dân...). Đội ngũ cán bộ này làm rất nhiều công việc ở cơ sở và được hưởng lương/phụ cấp từ ngân sách nhà nước. Thực tiễn pháp luật và thực tiễn thi hành còn có một số hạn chế:

- Theo các văn bản pháp luật hiện hành, có rất nhiều công việc giao cho đội ngũ cán bộ cấp xã;

- Quy định phụ cấp đối với một số chức danh (hạn chế số chức danh và mức kinh phí), một số chức danh không có phụ cấp;

- Từ các quy định pháp luật đã đặt ra vấn đề, các thiết chế này sinh ra để thực hiện công việc của Đảng/Nhà nước hay thực hiện các công việc của cộng đồng (với tư cách là đại diện cho các thành viên trong cộng đồng cơ sở)? Thực tế hiện nay là thực hiện cả hai (vừa thực hiện các chủ trương, chính sách của Đảng, Nhà nước, là cánh tay nối dài của chính quyền cơ sở; vừa là đại diện cho các thành viên của tổ chức xã hội cơ sở).

Thứ tư, Hương ước/Quy ước đang được xây dựng theo phong trào, không có cơ chế giám sát thực hiện, ít có tác dụng thực tế trong điều chỉnh các quan hệ xã hội tại các cộng đồng dân cư cơ sở, nhất là vùng đô thị và nông thôn đồng bằng; xu hướng luật hóa Hương ước đang diễn ra ngày càng phổ biến. Thông qua khảo sát có thể thấy, phần lớn các Hương ước/Quy ước hiện nay tại các vùng đồng bằng, đô thị đều rập khuôn và không có sự đặc thù đáng kể; các quan hệ xã hội được điều chỉnh trong các Hương ước/Quy ước (gọi tắt là Hương ước) phần

lớn đã được điều chỉnh bằng các quy phạm pháp luật; thậm chí có quy định trái pháp luật⁵. Giá trị điều chỉnh quan hệ xã hội của các Hương ước tại các khu vực đồng bằng, đô thị tương đối mờ nhạt và không tương xứng với chi phí, nguồn lực của Nhà nước, xã hội phải bỏ ra để xây dựng, ban hành và duy trì; thậm chí xu hướng luật hóa Hương ước đang trở thành phổ biến, ý nghĩa và giá trị đích thực của Hương ước không được gìn giữ.

Thứ năm, cơ chế giám sát của nhân dân đối với hoạt động của chính quyền cơ sở thông qua thiết chế Ban Thanh tra nhân dân, Ban Giám sát đầu tư của cộng đồng còn nhiều bất cập, nhiều nơi hoạt động mang tính hình thức, hiệu quả không cao. Những thiết chế trên không đủ cơ chế và điều kiện thực tế để hoạt động hiệu quả (phụ thuộc vào chính quyền sở tại về ngân sách, kinh phí; các quy định về thẩm quyền mang tính hình thức, thiếu cơ sở pháp lý để thực hiện; người dân không nhận thức được vị trí, tính chất hoạt động của thiết chế này...)⁶.

⁵ Ví dụ: Hương ước của làng Bình Lộc, xã Bình Điền, huyện Hương Trà, tỉnh Thừa Thiên – Huế quy định: phụ nữ 20 tuổi, nam giới 22 tuổi mới được kết hôn. Điều này là trái với Luật Hôn nhân và Gia đình. Có 16/230 Hương ước (chiếm tới 7%) quy định hình thức “xử lý hình sự” đối với các tội: đánh bạc, trộm cắp, mua bán, tiêu chích ma túy... - những tội và hình phạt đã được quy định trong Bộ luật Hình sự. Có Hương ước nêu thành nguyên tắc: “Nếu người làng không chấp hành đúng Hương ước, quy ước của làng, xã thì sẽ bị xử lý hình sự”. Xem: Báo Đại đoàn kết ngày 11-12-2012.

⁶ Trong tổng số 2588 người tham gia trả lời chỉ có 1029 ý kiến (chiếm 39.8%) đánh giá tốt vai trò của Ban giám sát đầu tư cộng đồng, trong khi ý kiến đánh giá ở mức trung bình với 968 ý kiến (chiếm 37.4%) và 10.7 % ý kiến đánh giá chưa tốt. Đối với Ban Thanh tra nhân dân, có 44.4 % các đối tượng được hỏi, từ cán bộ, công chức thuộc chính quyền cấp cơ sở, cán bộ các tổ chức chính trị, xã hội tại cơ

Thứ sáu, vai trò, trách nhiệm và hiệu quả hoạt động của MTTQ trong thực hiện dân chủ tại cấp xã còn mờ nhạt, không đạt hiệu quả như mong muốn. Theo quy định hiện hành, MTTQ có vai trò rất lớn trong việc thực hiện Quy chế dân chủ. Tuy nhiên, thực tiễn khảo sát cho thấy, hoạt động của MTTQ tại cơ sở rất mờ nhạt, còn nhiều bất cập. Bất cập lớn nhất có lẽ từ những khiếm khuyết trong mô hình tổ chức và hoạt động tổng thể của cả hệ thống. Với việc xác định MTTQ có chức năng “giám sát” hoạt động và “phản biện” chính sách đối với hoạt động của bộ máy nhà nước, nhưng việc thiết kế mô hình trên thực tế lại làm cho MTTQ lệ thuộc (thậm chí phụ thuộc) vào chính đối tượng bị giám sát, phản biện về ngân sách, biên chế, cơ sở vật chất, kinh phí hoạt động thường xuyên... Rõ ràng, MTTQ không thể có vị thế độc lập tương đối và có tiếng nói khách quan trong quá trình giám sát, phản biện...

2. Một số khuyến nghị

2.1. Để nâng cao chất lượng đảm bảo quyền dân chủ ở cấp xã của công dân, cần nâng Pháp lệnh năm 2007 lên thành Luật về thực hiện dân chủ ở xã, phường, thị trấn

Đây là yêu cầu thực tế, đòi hỏi của các tầng lớp nhân dân trong thời gian qua⁷. Việc ghi nhận thực hiện dân chủ ở cấp xã ở tầm một đạo luật sẽ càng khẳng định sự quan

trọng của vấn đề này, thể hiện sự quan tâm của Nhà nước đối với nhân dân, tạo cơ sở tốt hơn cho việc thực hiện quyền làm chủ của nhân dân. Luật về thực hiện dân chủ ở xã, phường, thị trấn nên tiếp tục ghi nhận các nội dung cơ bản của Pháp lệnh năm 2007, đặc biệt là nhóm các quyền thực hiện dân chủ của người dân (công khai; bàn bạc, quyết định; giám sát). Bên cạnh đó, nội dung của Luật nên *sửa đổi một số quy định* liên quan đến hình thức công khai cho nhân dân, sửa đổi quy định về bầu trưởng thôn/tổ trưởng tổ dân phố; quy định vấn đề thực hiện dân chủ ở các huyện đảo không có cấp xã; *bổ sung* các chế tài cụ thể để xử lý cơ quan không thực hiện/thực hiện không đầy đủ các quy định về dân chủ, công khai; làm rõ chức năng giám sát thực hiện dân chủ ở xã của MTTQ Việt Nam; có sự phân định rõ ràng trong giải pháp tổ chức, triển khai thực hiện dân chủ ở chính quyền phường, thị trấn so với chính quyền xã... Tổ chức rà soát, quy trình hóa và cải tiến các quy trình liên quan đến thực hiện dân chủ ở cấp xã một cách công khai, để mỗi người dân “phải” (chứ không dừng lại ở việc “cần” hoặc “nên”) được biết, được bàn, được quyết định và kiểm tra. Những nội dung công khai cần tập trung đó là: quy hoạch sử dụng đất, quy hoạch xây dựng, các khoản thu, chi của địa phương...

2.2. Hoàn thiện về nội dung, hình thức công khai để nhân dân biết

- *Về nội dung công khai:* Đối với một số vấn đề cần công khai cho nhân dân nhưng chính quyền cấp xã gặp khó khăn vì còn phụ thuộc vào các ngành và tỉnh/thành phố (quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất chi tiết và phương án điều chỉnh, quy hoạch khu dân cư trên địa bàn xã, phường; đề án thành lập

sở cho đến nhân dân địa phương đều cho rằng, hiệu quả hoạt động giám sát của Ban Thanh tra nhân dân chỉ đạt ở mức trung bình, thậm chí 12.5% cho rằng hiệu quả hoạt động còn chưa tốt.

⁷ Đây là ý kiến được nêu ra tại hầu hết các địa bàn được khảo sát với mong muốn nâng tầm hiệu lực của Pháp lệnh năm 2007, từ đó phát huy quyền làm chủ của người dân ở cơ sở hơn nữa.

mới, nhập, chia đơn vị hành chính, điều chỉnh địa giới hành chính), các cơ quan cấp trên phải thông báo nhanh chóng, kịp thời và rõ ràng cho chính quyền xã, phường để chính quyền chủ động thông báo cho nhân dân. Đây là những nội dung khá nhạy cảm, ảnh hưởng nhiều đến quyền và lợi ích của người dân ở xã, phường, thị trấn nên rất cần được công khai chi tiết, đảm bảo quyền của người dân.

- Về hình thức công khai: Luật về thực hiện dân chủ ở xã, phường, thị trấn nên bổ sung thêm quy định về minh bạch trong việc công khai (phạm vi nội dung của mỗi loại việc công khai đến đâu, bao gồm những vấn đề gì; thời điểm công khai; thời gian công khai...); đa dạng hóa thêm một số hình thức công khai để thông tin về hoạt động của chính quyền địa phương đến được nhân dân một cách nhanh và hiệu quả nhất⁸; không nên tiếp tục quy định theo hướng, tất cả các hình thức công khai đều áp dụng đối với các nội dung cần công khai⁹.

2.3. Hoàn thiện về nội dung, hình thức nhân dân bàn và quyết định

⁸ Ví dụ như bổ sung hình thức tổ chức họp thôn (nâng cao tính đối thoại giữa chính quyền và người dân), trang thông tin điện tử (đáp ứng yêu cầu phát triển công nghệ thông tin); niêm yết tại các công trình công cộng (nhà văn hóa, sân hợp tác xã – những nơi gần gũi với sinh hoạt của một bộ phận người dân...); gửi văn bản thông báo công khai đến trực tiếp các hộ gia đình...

⁹ Ví dụ như nội dung kết quả thu chi, quyết toán ngân sách, quy hoạch sử dụng đất nên tập trung vào các hình thức niêm yết công khai; trường thôn phát đến từng hộ dân, không nên áp dụng hình thức thông qua đài truyền thanh (vì nội dung của những vấn đề này khá chi tiết, hay có hình vẽ, bảng biểu nên khó thông báo qua hình thức “nói”...).

Thứ nhất, về hình thức nhân dân bàn và quyết định trực tiếp hoặc biểu quyết để cấp có thẩm quyền quyết định.

- Để phù hợp với tính chất dân chủ “bàn bạc”, thảo luận của người dân, hình thức phát phiếu lấy ý kiến đến cử tri hoặc cử tri đại diện hộ gia đình chỉ nên là hình thức bổ sung cho việc tổ chức cuộc họp. Nếu tổ chức cuộc họp lần đầu và lần thứ hai mà kết quả chưa đạt trên 50% thì mới tiến hành phát phiếu lấy ý kiến bổ sung đối với những cử tri không tham dự. Cần bổ sung quy định trường hợp, sau khi phát phiếu lấy ý kiến thêm mà vẫn chưa đạt hơn 50% theo yêu cầu thì sẽ giải quyết như thế nào (tạm dừng thực hiện công việc/thực hiện lại quy trình từ đầu, bàn lại chủ trương, phương án...).

- Về số lượng cử tri dự họp, số lượng cử tri tán thành, biểu quyết cần được đổi mới để phù hợp hơn. Thực tiễn áp dụng cho thấy, việc đủ tỉ lệ % theo đúng quy định của pháp luật là rất khó khăn. Có thể sửa đổi theo hướng, tỉ lệ cử tri tham dự cuộc họp có thể chỉ cần đủ 50% cử tri đại diện hộ gia đình, tỉ lệ biểu quyết thông qua chỉ cần đủ từ 2/3 cử tri đại diện hộ gia đình tham gia cuộc họp (không phải trong toàn thôn, xã như quy định hiện nay) đồng ý.

Thứ hai, chuyển một số nội dung nhân dân tham gia ý kiến trước khi cơ quan có thẩm quyền quyết định thành nội dung nhân dân bàn, biểu quyết để cấp có thẩm quyền quyết định.

Theo quy định tại Điều 19 của Pháp lệnh năm 2007, hiện nay có 05 nhóm nội dung phải đưa ra lấy ý kiến nhân dân trước khi cơ quan có thẩm quyền quyết định. Qua

thực tiễn khảo sát và đánh giá¹⁰, nhóm nghiên cứu cho rằng một số nội dung phải do nhân dân bàn, biểu quyết để cấp có thẩm quyền quyết định, đó là: việc quản lý, sử dụng quỹ đất của cấp xã; chủ trương, phương án đền bù, hỗ trợ giải phóng mặt bằng, xây dựng cơ sở hạ tầng, tái định cư, phương án quy hoạch khu dân cư. Những nội dung này ảnh hưởng trực tiếp đến quyền lợi cơ bản của người dân được quy định trong Hiến pháp (quyền về cư trú, nhà ở, việc làm...) và có tác động đến nhiều mặt của đời sống chính trị, kinh tế, xã hội của địa phương nên phải được nhân dân bàn, biểu quyết làm cơ sở cho cơ quan có thẩm quyền quyết định. Mặt khác, cũng nên bổ sung một vấn đề nhân dân bàn, biểu quyết để cơ quan có thẩm quyền quyết định đó là phương án sử dụng các khoản đóng góp vào quỹ của thôn, xã, để góp phần tăng tính minh bạch trong việc sử dụng kinh phí do nhân dân đóng góp. Một vấn đề đáng chú ý là qua khảo sát, có đến 2313/2692 người được hỏi (chiếm 85.9%) cho rằng dự thảo phát triển kinh tế - xã hội của xã chỉ được thông qua khi đa số nhân dân biểu quyết tán thành. Tuy nhiên, nhóm nghiên cứu nhận thấy đây là vấn đề có tính kỹ thuật (các chỉ số tăng trưởng, phát triển) và có tính chuyên môn sâu, do đó đề nghị vẫn nên giữ nguyên ở nội dung nhân dân tham gia ý kiến trước khi cấp có thẩm quyền quyết định.

Thứ ba, về nội dung liên quan đến xây dựng công trình công cộng (nhân dân bàn và quyết định trực tiếp).

- Trước hết, cần thông tin công khai minh bạch, tổ chức thăm dò ý kiến của người dân về việc triển khai các dự án xây dựng công trình công cộng tại địa bàn cấp xã. Vấn đề này càng quan trọng đối với những dự án do chính quyền đầu tư kinh phí 100% không huy động nguồn vốn từ nhân dân nhưng lại có tác động thiết thực tới đời sống của người dân, hay các công trình ở khu vực đặc thù (thôn, buôn của đồng bào dân tộc thiểu số có những phong tục, tập quán, thói quen sinh hoạt cộng đồng khác biệt ở một số vùng như Tây Nguyên). Vì vậy, Pháp lệnh năm 2007 nên bổ sung quy định bước thăm dò, lấy ý kiến của người dân về việc xây dựng công trình, nắm bắt được tâm tư, nguyện vọng của người dân.

- Các đối tượng được khảo sát cho ý kiến về thẩm quyền quyết định đối với một số nội dung liên quan đến xây dựng công trình công cộng. Kết quả cho thấy có sự phân định khá rõ, trong đó các nội dung liên quan đến chuyên môn, định hướng, kỹ thuật do chính quyền quyết định trên cơ sở lấy ý kiến của người dân (chủ trương, phương án xây dựng, phương án hỗ trợ giải phóng mặt bằng, đơn giá đền bù, chọn nhà thầu xây dựng...); đối với các nội dung tác động trực tiếp đến quyền lợi của người dân thì phải được bàn bạc, thống nhất giữa chính quyền và nhân dân (phương án đóng góp của dân, thành lập Ban giám sát đầu tư của công trình công cộng...). Về cơ bản, nhóm nghiên cứu đồng tình với các đề xuất này.

- Một vấn đề quan trọng khác đó là, trong trường hợp một số người dân không thực thi quyết định đã được thông qua (phương án giải phóng mặt bằng, mức đóng góp...) thì theo nhóm nghiên cứu, Pháp lệnh năm 2007 cần quy định rõ biện

¹⁰ Nhiều ý kiến được đề xuất qua một số địa bàn như: Đà Nẵng, Nghệ An, Hà Nội, Hồ Chí Minh, Vĩnh Phúc...

pháp giải quyết¹¹. Nên áp dụng những biện pháp “mềm” trong vấn đề này để đảm bảo tính dân chủ, tự nguyện chấp hành, tránh những giải pháp quá mạnh ảnh hưởng đến tâm lý của người dân.

Thứ tư, về vấn đề xây dựng và thực thi Hương ước (thuộc nội dung nhân dân bàn, biểu quyết để cấp có thẩm quyền quyết định).

- Ban hành văn bản mới thay thế Thông tư liên tịch số 03/2000/TTLT-BTP-BVHTT-BTTUBTUMTTQVN Hướng dẫn việc xây dựng và thực hiện Hương ước, quy ước của làng, bản, thôn, ấp, cụm dân cư. Văn bản mới phải quy định thêm quy trình bãi bỏ, thay thế Hương ước để đảm bảo việc thực thi Hương ước trong đời sống thực tế.

- Tùy thuộc vào đặc thù khu vực địa lý, nên có hướng dẫn thống nhất việc xây dựng Hương ước theo hướng phân hóa như sau:

+ Đối với khu vực miền núi, vùng đồng bào dân tộc thiểu số: Hương ước chiếm vai trò rất quan trọng và luôn được cộng đồng dân cư đề cao. Vì vậy, nên có hướng dẫn riêng, chi tiết về việc xây dựng, thực thi Hương ước đối với khu vực này. Mục tiêu của Hương ước ở khu vực này nên hướng đến việc ghi nhận các luật tục tốt đẹp và hạn chế dần các hủ tục của cộng đồng dân tộc thiểu số.

+ Đối với khu vực nông thôn: nên tiếp tục duy trì Hương ước nhưng chủ yếu hướng đến các quy định nội bộ của thôn, làng và nếp sống văn hóa mới lành mạnh, có ý thức đổi mới.

+ Đối với khu vực đô thị: vẫn nên có Quy ước văn hóa, nhưng vì ít có đặc thù riêng nên chỉ cần xây dựng một bản Quy ước áp dụng chung cho một số tổ dân phố (tạm gọi là cụm dân cư) hoặc Quy ước dùng chung cho đơn vị phường, thị trấn.

- Xây dựng cơ chế giám sát việc thực thi Hương ước và chế tài xử lý đối với việc vi phạm quy định của Hương ước. Chủ thể được giao giám sát thực hiện Hương ước là Ban công tác mặt trận thôn (68.9% các đối tượng được hỏi). Việc giao cho họ chức năng giám sát thực thi Hương ước là hợp lý vì Ban công tác mặt trận thôn là tổ chức gần gũi gắn bó với quần chúng nhân dân. Việc thực hiện giám sát này cũng góp phần thể hiện sâu sắc hơn bản chất của MTTQ trong việc tham gia vào đời sống của nhân dân.

Thứ năm, về vấn đề bầu cử trưởng thôn và hoạt động của trưởng thôn.

Các kiến nghị trong phần này chủ yếu là hoàn thiện các quy định có liên quan của Pháp lệnh năm 2007 và Nghị quyết liên tịch số 09/2008/NQLT-CP-UBTWMTTQVN hướng dẫn thi hành các điều 11, 14, 16, 22 và 26 của Pháp lệnh năm 2007.

- Các quy định về tỉ lệ trúng cử trưởng thôn nên có sự thay đổi để phù hợp với tình hình thực tế. Tỉ lệ cử tri tham gia và tỉ lệ trúng cử nên được quy định giống đối với các nội dung nhân dân bàn bạc, quyết định hoặc biểu quyết để cấp có thẩm quyền quyết định (như đã được kiến nghị ở phần trên). Bên cạnh đó, nếu tổ chức lần đầu mà không đủ thì việc tổ chức bầu cử lại lần 02 là điều cần thiết. Nhóm nghiên cứu cũng cho rằng, nếu như tổ chức lần 2 mà vẫn không đạt tỉ lệ theo quy định thì nên kết hợp phát phiếu lấy thêm ý kiến của người dân.

¹¹ Đó là: xem xét lại chủ trương, nghiên cứu điều chỉnh cho phù hợp với thực tế (nếu có); tổ chức thêm cuộc họp, đối thoại với những người không đồng ý để thông báo cụ thể định hướng, mục tiêu và phương án của công trình, kết hợp thuyết phục, vận động thông qua trưởng thôn, tổ dân phố.

- Nên quy định cụ thể hơn số lượng phó thôn, tổ phó tổ dân phố. Ví dụ, trường hợp thôn có 1.500 – 2.000 hộ gia đình thì có thể bố trí thêm (tối đa) bao nhiêu phó thôn, tổ phó tổ dân phố để bảo đảm phù hợp tình hình thực tiễn. Bên cạnh đó, Thông tư số 04/2012/TT-BNV cũng cần được sửa đổi theo hướng quy định rõ thêm “các tổ chức tự quản khác của thôn” là những tổ chức nào, tổ chức và hoạt động của những tổ chức tự quản này như thế nào; quy định rõ hơn nhiệm vụ, quyền hạn của trưởng thôn, tổ trưởng tổ dân phố (Điều 10).

2.4. Hoàn thiện nội dung, hình thức nhân dân tham gia ý kiến trước khi cơ quan có thẩm quyền quyết định

Về nội dung, đối với những vấn đề nhân dân tham gia ý kiến trước khi cơ quan có thẩm quyền quyết định (dự thảo kế hoạch phát triển kinh tế - xã hội cấp xã; quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất chi tiết cấp xã...) *cần kèm theo văn bản giải thích cụ thể, rõ ràng về nội dung của các dự thảo cần lấy ý kiến nhân dân.* Điều này sẽ giúp nhân dân góp ý có hiệu quả hơn bởi những dự thảo nói trên thường có tính chuyên môn, kỹ thuật khá cao, nếu không giải thích sẽ gây khó khăn cho người dân. Bên cạnh đó, *việc lấy ý kiến nên có trọng tâm, trọng điểm, tập trung vào những nội dung cơ bản, quan trọng nhất của dự thảo.*

Về hình thức lấy ý kiến, qua khảo sát cho thấy, hòm thư góp ý là hình thức kém hiệu quả nhất bởi thiếu sự tương tác trực tiếp giữa chính quyền và nhân dân. Vì vậy, nhóm nghiên cứu đề nghị nên bỏ hình thức hòm thư góp ý trước khi cơ quan có thẩm quyền quyết định.

2.5. Hoàn thiện hình thức nhân dân tham gia giám sát

Thứ nhất, về hoạt động của Ban Giám sát đầu tư của cộng đồng.

- Về nội dung giám sát: cần có sự điều chỉnh thu hẹp nội dung giám sát để phù hợp hơn với tính chất của giám sát đầu tư cộng đồng. Hiện nay, với phạm vi giám sát rộng (bao gồm các dự án đầu tư có sử dụng nguồn vốn của nhà nước, nguồn vốn của cộng đồng, nguồn vốn khác), phương thức thực hiện giám sát chỉ có thể dựa trên các thông tin được cung cấp, trình độ và năng lực của các thành viên còn hạn chế thì rất khó khăn cho Ban Giám sát đầu tư của cộng đồng khi thực hiện các nội dung giám sát như quy định tại Điều 4 Quy chế (ban hành kèm theo Quyết định số 80/2005/QĐ-TTg). Để có thể theo dõi đánh giá hiệu quả đầu tư Dự án, kiểm tra việc tuân thủ các quy trình, quy phạm kỹ thuật, định mức vật tư... theo đúng quy định trong suốt quá trình triển khai Dự án đòi hỏi Ban Giám sát đầu tư của cộng đồng phải có được đầy đủ các thông tin như những “người trong cuộc”, “nắm vững” được thiết kế định mức kỹ thuật xây dựng, cam kết chất lượng... như những người hành nghề chuyên nghiệp. Với nội dung và mức độ giám sát rộng như vậy chỉ phù hợp với tính chất của các thiết chế giám sát nhà nước, không phù hợp với tính chất giám sát của nhân dân.

- Cần quy định rõ, cụ thể hơn trách nhiệm, quyền hạn và cách thức hoạt động của Ban Giám sát đầu tư của cộng đồng, ví dụ như: (1) Quy định rõ chủ thể, quy trình tiếp nhận các phản ánh, kiến nghị của Ban Giám sát đầu tư của cộng đồng; (2) Gắn vai trò và trách nhiệm của Ban Giám sát khi kết thúc công trình bằng cách quy định đại diện Ban Giám sát phải là một bên ký xác nhận trong biên bản nghiệm thu công trình. Đây

cũng chính là hình thức để thể hiện ý kiến của Ban Giám sát về chất lượng công trình, mức độ hài lòng của người dân trong quá trình giám sát.

- Tăng cường mối quan hệ phối hợp giữa các cơ quan, tổ chức trong việc thực hiện quản lý về công tác giám sát đầu tư cộng đồng. Cần nhấn mạnh vai trò của MTTQ cấp cơ sở trong việc chỉ đạo tổ chức và hoạt động của Ban Giám sát, thực hiện báo cáo định kỳ về công tác giám sát đầu tư cộng đồng; vai trò của Sở Kế hoạch và Đầu tư trong việc tổng hợp số liệu, thông tin liên quan đến công tác giám sát đầu tư cộng đồng tại địa phương để báo cáo chính quyền cấp tỉnh cũng như cơ quan quản lý cấp trung ương.

Thứ hai, về hoạt động của Ban Thanh tra nhân dân.

- Cũng giống như Ban Giám sát đầu tư của cộng đồng, cần xác định rõ Ban Thanh tra nhân dân tại xã, phường, thị trấn (cũng như Ban Thanh tra nhân dân được thành lập ở cơ quan nhà nước, doanh nghiệp nhà nước) là một thiết chế giám sát của nhân dân, có tính chất đại diện cho cộng đồng dân cư, các thành viên cũng được lựa chọn từ cộng đồng, do cộng đồng bầu ra và chỉ bị bãi nhiệm bởi Hội nghị của cộng đồng dân cư. Với tính chất như vậy, sẽ là không phù hợp nếu “đặt” thiết chế thanh tra nhân dân “bên cạnh” các thiết chế thanh tra chuyên ngành khác được điều chỉnh bởi Luật Thanh tra. Để xác định đúng hơn vị trí, vai trò của Ban Thanh tra nhân dân, Luật Thanh tra cần được sửa đổi theo hướng chỉ điều chỉnh tổ chức và hoạt động của các cơ quan thanh tra chuyên ngành, không điều chỉnh tổ chức và hoạt động của Ban Thanh tra nhân dân. Thiết chế thanh tra nhân dân nên được quy

định tập trung ở các văn bản về thực hiện dân chủ ở cơ sở.

- Nhiệm kỳ của Thanh tra nhân dân hiện nay 2 năm là quá ngắn, làm cho cơ cấu tổ chức thiếu ổn định, cơ quan có thẩm quyền không thể xây dựng được kế hoạch, phương hướng bồi dưỡng nghiệp vụ cho các thành viên Ban Thanh tra nhân dân phù hợp với yêu cầu thay đổi của đời sống. Vì vậy, nhóm nghiên cứu cho rằng nên kéo dài nhiệm kỳ của Thanh tra nhân dân. Kết quả khảo sát của Dự án cũng cho thấy, có 1765/2712 người được hỏi (chiếm 65.1%) cho rằng nên tăng số năm nhiệm kỳ của Thanh tra nhân dân¹².

2.6. Xây dựng, hoàn thiện một số đạo luật làm cơ sở cho việc thực hiện dân chủ ở xã, phường, thị trấn nói riêng và ở cơ sở nói chung

Thứ nhất, xây dựng Luật Tiếp cận thông tin, bảo đảm quyền tự do thông tin (được biết) của công dân, đặc biệt là quyền được thông tin về đường lối, chủ trương, quyết sách lớn của Đảng, pháp luật của Nhà nước và các chính sách kinh tế - xã hội, các dự án kinh tế - xã hội. Đó là cơ sở để nhân dân giám sát và phản biện; nâng cao hiệu lực giám sát và phản biện của nhân dân. Từ đó nâng cao nhận thức, ý thức pháp luật của nhân dân. *Kết quả khảo sát của Dự án cho thấy, có 982/1138 người được hỏi (chiếm 86,3%) cho rằng phải xây dựng Luật Tiếp cận thông tin*¹³.

¹² Kết quả xử lý câu số 38 Phiếu số 1, câu số 42 Phiếu số 2, câu số 35 Phiếu số 3.

¹³ Kết quả xử lý tổng hợp câu 38 của Phiếu số 1, câu 42 của Phiếu số 2.

Thứ hai, xây dựng Luật Trưng cầu ý dân.

Kết quả khảo sát của Dự án cho thấy, có 1000/1138 người được hỏi (chiếm 87,9%) cho rằng nên xây dựng Luật Trưng cầu ý dân¹⁴. Đây chính là mong muốn chính đáng của người dân nên việc xây dựng Luật Trưng cầu ý dân đã tiếp tục được đưa vào chương trình xây dựng Luật chính thức của Quốc hội khóa XIII. Có thể nhận thấy, quyền trưng cầu ý dân cùng với các quyền chính trị cơ bản khác là biểu hiện trực tiếp cao nhất nguyên tắc quyền lực thuộc về nhân dân. Luật Trưng cầu ý dân gắn bó mật thiết với đời sống của nhân dân địa phương, ví dụ như việc chia tách, sáp nhập địa giới hành chính chính quyền địa phương cũng sẽ là một trong những nội dung cần trưng cầu ý kiến nhân dân ở các địa phương có liên quan.

Thứ ba, hoàn thiện Luật Mặt trận Tổ quốc năm 1999.

Một thực tế đang tồn tại hiện nay là thiếu cơ chế tự chủ về tài chính trong tổ chức và hoạt động của MTTQ. Có rất nhiều ý kiến cho rằng, tổ chức và hoạt động của MTTQ đang bị hành chính hoá, nhà nước hoá. Lương và phụ cấp cho cán bộ mặt trận thấp, kinh phí hoạt động của MTTQ ở địa phương được Hội đồng nhân dân phân bổ theo quy định của Bộ Tài chính áp dụng chung cho các đoàn thể nhân dân, trong khi công tác MTTQ được cho là phong phú, đa dạng hơn. Như vậy, giám sát, phản biện xã hội việc thực hiện chính sách pháp luật, thực hiện pháp luật dân chủ ở cấp xã của cơ

quan nhà nước nói chung có lẽ chỉ đứng trên tư duy lý thuyết. Nhóm nghiên cứu cho rằng, *phải thay đổi cơ chế tài chính theo hướng tách biệt ngân sách của MTTQ khỏi ngân sách của chính quyền địa phương (đối tượng bị giám sát, phản biện)*. Điều này sẽ góp phần tăng cường chức năng giám sát và phản biện của MTTQ, nhất là đối với chính sách công của các địa phương. Theo mô hình của Tổng Liên đoàn Lao động Việt Nam, có thể có một ngân sách chung quốc gia cho MTTQ và phân bổ từ trung ương trực tiếp cho các địa phương. Việc thay đổi các chính sách thuế cũng góp phần tạo cơ hội cho MTTQ có thể huy động được các nguồn tài trợ khác nhau, giúp gia tăng tiềm lực cho MTTQ. Vì vậy, cần sửa đổi, hoàn thiện Luật MTTQ Việt Nam năm 1999¹⁵, trong đó làm rõ hơn vai trò, chức năng giám sát của MTTQ, giảm tính hình thức và hành chính trong hoạt động của MTTQ, hệ thống chính sách tài chính dành cho MTTQ cần có những thay đổi phù hợp.

¹⁴ Kết quả xử lý tổng hợp câu 38 của Phiếu số 1, câu 42 của Phiếu số 2.

¹⁵ Dự án Luật Mặt trận Tổ quốc Việt Nam (sửa đổi) đã được Quốc hội đưa vào Chương trình xây dựng Luật, Pháp lệnh năm 2013. Ủy ban trung ương Mặt trận Tổ quốc Việt Nam là cơ quan được Quốc hội giao chủ trì thực hiện. Tháng 9/2014 Ủy ban Pháp luật đang tổ chức thẩm tra dự án Luật này.

TRÁCH NHIỆM GIẢI TRÌNH CỦA CƠ QUAN HÀNH CHÍNH NHÀ NƯỚC Ở VIỆT NAM HIỆN NAY

Trần Quyết Thắng*

Tóm tắt: Bài viết đề cập các vấn đề: 1) Khái niệm về trách nhiệm giải trình và phân loại trách nhiệm giải trình; 2) Các quy định của pháp luật về trách nhiệm giải trình của cơ quan hành chính nhà nước ở Việt Nam hiện nay; 3) Định hướng hoàn thiện pháp luật về lĩnh vực này.

Abstract: The article discusses following issues: 1) the concept and classification of accountability; 2) laws and regulations on accountability of administrative agencies in Vietnam today; 3) direction to improve such laws and regulations.

1. Khái niệm và phân loại trách nhiệm giải trình

1.1. Khái niệm trách nhiệm giải trình

Trách nhiệm giải trình – Accountability được bắt nguồn từ tiếng La tinh với ý nghĩa giải thích - *Accomptare*. Như vậy, trách nhiệm giải trình được hiểu đơn giản là trách nhiệm giải thích, làm rõ các thông tin.

Tuy nhiên, dưới góc độ quản trị nhà nước, trách nhiệm giải trình còn được hiểu là “sự thừa nhận về những nghĩa vụ về các hành động, sản phẩm, các quyết định và chính sách trong lĩnh vực hành chính của một chủ thể tương ứng với vai trò, vị thế mà chủ thể ấy đang nắm giữ”¹. Những nghĩa vụ này bao gồm: báo cáo, giải thích và chịu trách nhiệm về hậu quả. Điều này có sự tương đồng với cách tiếp cận của S. Chiavo - Campo và P.S.A Sundaram trong cuốn “Phục vụ và duy trì: Cải thiện hành chính công trong một thế giới cạnh tranh”, khi cho rằng: “Trách nhiệm giải trình thực sự

bao gồm hai yếu tố: khả năng giải đáp và hậu quả xảy ra”. Trong đó “Khả năng giải đáp là việc yêu cầu các công chức phải có khả năng giải đáp theo định kỳ những vấn đề liên quan đến việc họ đã sử dụng thẩm quyền của mình như thế nào, những nguồn lực đã sử dụng vào đâu và với các nguồn lực đó đã đạt được những kết quả gì” và “có khả năng dự đoán được hậu quả (không nhất thiết mang tính trừng phạt, không nhất thiết phải tính bằng tiền và không nhằm vào một cá nhân cụ thể”². Trong Chương trình VACI 2014 - Tăng cường minh bạch, liêm chính và trách nhiệm giải trình đã đưa ra cách hiểu trách nhiệm giải trình là: “Trách nhiệm của cơ quan, tổ chức, đơn vị thuộc khu vực công phải cung cấp thông tin và làm rõ trách nhiệm và quyết định hành vi của mình để người dân và các cơ quan giám sát có thể hiểu và đánh giá”.

Dưới góc độ pháp luật, tại khoản 1, Điều 3, Nghị định số 90/2013/NĐ-CP trách

* Học viên cao học, Khoa Luật, Học viện Khoa học xã hội.

¹ Williams C., Leadership accountability in a globalizing world, Palgrave Macmillan 2006.

² S. Chiavo - Campo - P.S.A Sundaram, Phục vụ và duy trì: Cải thiện hành chính công trong một thế giới cạnh tranh, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, năm 2003, tr. 13.

nhiệm giải trình được quan niệm: “Giải trình là việc cơ quan nhà nước cung cấp, giải thích, làm rõ các thông tin về thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn được giao và trách nhiệm của mình trong việc thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn đó”.

Như vậy, có thể thấy, trách nhiệm giải trình không chỉ bao gồm hoạt động giải thích, làm rõ các thông tin trong quản lý mà còn gắn liền với trách nhiệm thuộc về ai, như thế nào và xem đó như là mục đích hướng đến cuối cùng trong chu trình kiểm soát quyền lực. *Trách nhiệm giải trình là quyền và nghĩa vụ của cơ quan, tổ chức nhà nước và các cán bộ, công chức phải công khai, giải thích và làm rõ các thông tin trong hoạt động công vụ của mình trước nhân dân và các tổ chức khác, đồng thời chịu trách nhiệm khi để xảy ra hậu quả.*

1.2. Phân loại trách nhiệm giải trình

Có nhiều cách phân loại trách nhiệm giải trình, nhưng về cơ bản, có ba cách sau được thừa nhận:

- Theo đối tượng giải trình gồm: Trách nhiệm giải trình hướng lên trên và trách nhiệm giải trình hướng xuống dưới.

+ Trách nhiệm giải trình hướng lên trên hay còn gọi là trách nhiệm giải trình nội bộ. Đó là việc các cơ quan hành chính nhà nước cấp dưới phải giải trình về việc sử dụng quyền lực của mình với cơ quan hành chính cấp trên. Cấp trên được hiểu bao gồm cả các đối tượng có chức năng thanh tra, kiểm toán,... Ví dụ, Luật Thanh tra tại Điều 53 quy định: “Đối tượng thanh tra có các quyền sau đây: giải trình về những vấn đề có liên quan đến nội dung thanh tra...”, hay Điều 13 Luật Khiếu nại quy định nghĩa vụ

của người bị khiếu nại là: “giải trình về tính hợp pháp, đúng đắn của quyết định hành chính, hành vi hành chính bị khiếu nại khi người giải quyết khiếu nại hoặc cơ quan, đơn vị kiểm tra, xác minh yêu cầu”.

Một số ý kiến cho rằng, việc giải quyết khiếu kiện của Tòa án hành chính cũng là trách nhiệm giải trình. Nhưng theo chúng tôi, trách nhiệm giải trình luôn tồn tại thuộc tính tự thân, nghĩa là phải tự giải trình về nội dung quản lý và trách nhiệm của mình hoặc thông qua người đại diện. Trong việc giải quyết khiếu kiện hành chính, Tòa hành chính không đóng vai trò như đại diện của cơ quan hành chính bị khiếu kiện mà là trọng tài trong tranh chấp giữa một bên là cơ quan hành chính và một bên là công dân, tổ chức ngoài nhà nước, có vai trò độc lập với hai bên tranh chấp. Quyết định của tòa án là sự phán xét trên cơ sở luật định chứ không mang tính biện giải hay chịu trách nhiệm thay cho cơ quan quản lý hành chính nhà nước.

Theo Báo cáo Phát triển Việt Nam 2010: Các thể chế hiện đại, trách nhiệm giải trình hướng lên trên là “trách nhiệm giải trình đảm bảo việc tuân thủ”.

+ Trách nhiệm giải trình hướng xuống dưới hay còn gọi là trách nhiệm giải trình với các đối tượng ngoài nhà nước. Đây là hoạt động giải trình cơ bản, bởi vì “chính quyền phải chịu trách nhiệm cả về việc sử dụng thẩm quyền, các nguồn lực công và giải trình kết quả thu được nên trách nhiệm giải trình hành chính nội bộ phải được bổ sung bởi trách nhiệm giải trình với bên ngoài – thông qua ý kiến phản hồi của người sử dụng dịch vụ và của mọi người

dân”³. Chủ thể của trách nhiệm giải trình phải thực hiện hành vi giải trình trước những đối tượng ngoài nhà nước bao gồm: Các tổ chức dân sự (CSO), các tổ chức phi chính phủ (NGO), các tổ chức quốc tế và công dân. Giải trình hướng xuống dưới có phạm vi rộng và phức tạp hơn giải trình hướng lên trên. Tuy nhiên, trách nhiệm giải trình với các đối tượng ngoài nhà nước lại đóng vai trò quan trọng trong chu trình quyền lực. Việc giải trình về cách thức và trách nhiệm trong việc sử dụng quyền lực được ủy trị sẽ giúp cho thông tin được công khai, các chủ thể của quyền lực đại diện các nhóm lợi ích ngoài nhà nước cũng dễ dàng tiếp cận.

Báo cáo Phát triển Việt Nam 2010: Các thể chế hiện đại ghi nhận trách nhiệm giải trình hướng xuống dưới là “*trách nhiệm giải trình đối với các kết quả hoạt động*”.

- Theo phương thức giải trình có: Trách nhiệm giải trình chủ động và trách nhiệm giải trình bị động.

+ Trách nhiệm giải trình chủ động: là việc cơ quan hành chính nhà nước tiến hành trách nhiệm giải trình mà không có tác động của bên thứ hai. Trách nhiệm giải trình chủ động được chia làm hai loại: giải trình theo chu kỳ và giải trình trong trường hợp khẩn cấp. *Giải trình theo chu kỳ* là việc cơ quan hành chính nhà nước thường xuyên giải trình các vấn đề quản lý theo thời gian định trước, có thể theo tuần, tháng, quý... Việc giải trình này nhằm cung cấp thông tin một cách thường xuyên cho đối tượng được giải

trình. *Giải trình trong trường hợp khẩn cấp* là khi xét thấy cần thiết phải giải trình để làm rõ một vấn đề trong quá trình chấp hành và điều hành, cơ quan hành chính tiến hành giải trình đột xuất. Giải trình đột xuất không thay thế giải trình theo chu kỳ, mà chỉ là một biện pháp bổ sung cho tính cứng nhắc về thời gian của giải trình theo chu kỳ.

+ Trách nhiệm giải trình bị động: là việc cơ quan hành chính nhà nước tiến hành giải trình khi có yêu cầu. Khác với trách nhiệm giải trình chủ động có nội dung thường gắn liền với các chính sách và kết quả quản lý vĩ mô, đồng thời đối tượng trách nhiệm giải trình hướng đến có tính cộng đồng, trách nhiệm giải trình bị động thường chú trọng vào các nội dung cụ thể, như trách nhiệm theo luật định của vị trí công vụ, thủ tục hành chính, chế tài hành chính..., đồng thời đối tượng yêu cầu giải trình bó hẹp ở các nhóm hoặc cá nhân có tiếp xúc trực tiếp với cơ quan hoặc cá nhân cán bộ, công chức. Trong một vài trường hợp, trách nhiệm giải trình bị động là cốt lõi của vấn đề trách nhiệm giải trình. Tuy nhiên, trong bài viết này, trách nhiệm giải trình được xem là tổng hòa của cả hai yếu tố kể trên.

- Theo chủ thể của hoạt động giải trình có: Trách nhiệm giải trình của cơ quan, tổ chức và trách nhiệm giải trình của cá nhân.

+ Trách nhiệm giải trình của cơ quan, tổ chức: là hoạt động giải thích và chịu trách nhiệm trong công tác quản lý hành chính của cơ quan hành chính nhà nước. Việc giải trình này thường được tiến hành theo phương thức giải trình chu kỳ bằng một cá nhân hoặc một nhóm chuyên trách về công tác giải trình của cơ quan đó.

³ S. Chiavo - Campo - P.S.A Sundaram, *Phục vụ và duy trì: Cải thiện hành chính công trong một thế giới cạnh tranh*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, năm 2003, tr.13.

+ Trách nhiệm giải trình của cá nhân là hoạt động giải trình của cá nhân người thi hành công vụ. Người thi hành công vụ gồm cán bộ, công chức, viên chức và các cá nhân khác được nhà nước ủy quyền. Việc giải trình cá nhân hướng tới làm rõ cách thức sử dụng quyền lực và trách nhiệm của cá nhân về hậu quả xảy ra. Trách nhiệm giải trình cá nhân thường theo hình thức bị động, nghĩa là giải trình khi có yêu cầu và được tiến hành không theo thời gian định sẵn, thường gắn trực tiếp với hoạt động công vụ.

2. Các quy định pháp luật về trách nhiệm giải trình của cơ quan hành chính nhà nước ở Việt Nam hiện nay

Mặc dù thuật ngữ “Trách nhiệm giải trình” xuất hiện ở Việt Nam mới vài năm gần đây, song tính chất của hoạt động này đã được quy định rải rác trong các văn bản pháp luật. Cụ thể (theo thời gian ban hành văn bản) *Luật Báo chí năm 1989* (sửa đổi, bổ sung năm 1999) quy định nghĩa vụ của các tổ chức bao gồm cả các cơ quan hành chính nhà nước phải: “*Cung cấp thông tin cho báo chí, giúp cho báo chí thông tin chính xác, kịp thời và chịu trách nhiệm trước pháp luật về nội dung thông tin*”⁴.

Tiếp đó, *Luật Hoạt động giám sát của Quốc hội năm 2003* quy định cách thức, quy trình thực thi quyền giám sát tối cao của Quốc hội, Ủy ban Thường vụ Quốc hội, Hội đồng dân tộc, các Ủy ban của Quốc hội, Đoàn đại biểu Quốc hội và Đại biểu Quốc hội như một sự ghi nhận về trách nhiệm giải trình của cơ quan hành chính nhà nước đối với cơ quan dân cử. *Luật Phòng, chống tham nhũng năm 2005* (sửa đổi, bổ sung năm

2007, 2012) quy định quyền yêu cầu cung cấp thông tin của cơ quan, tổ chức và cá nhân tại Điều 31: “*Cơ quan nhà nước, tổ chức chính trị, tổ chức chính trị - xã hội, cơ quan báo chí trong phạm vi nhiệm vụ, quyền hạn của mình có quyền yêu cầu cơ quan, tổ chức, đơn vị có trách nhiệm cung cấp thông tin về hoạt động của cơ quan, tổ chức, đơn vị mình theo quy định của pháp luật*”; và Điều 32 “*Cán bộ, công chức, viên chức và người lao động khác có quyền yêu cầu người đứng đầu cơ quan, tổ chức, đơn vị nơi mình làm việc cung cấp thông tin về hoạt động của cơ quan, tổ chức, đơn vị đó*”, “*Công dân có quyền yêu cầu Chủ tịch Ủy ban nhân dân xã, phường, thị trấn nơi mình cư trú cung cấp thông tin về hoạt động của Ủy ban nhân dân xã, phường, thị trấn đó...*”.

Pháp lệnh Thực hiện dân chủ ở xã, phường, thị trấn năm 2007 tại Điều 1 quy định: “*Pháp lệnh này quy định những nội dung phải công khai để nhân dân biết; những nội dung nhân dân bàn và quyết định; những nội dung nhân dân tham gia ý kiến trước khi cơ quan có thẩm quyền quyết định; những nội dung nhân dân giám sát; trách nhiệm của chính quyền, cán bộ, công chức xã, phường, thị trấn, của cán bộ thôn, làng, ấp, bản, phum, sóc, tổ dân phố, khu phố, khối phố, của cơ quan, tổ chức, cá nhân có liên quan và nhân dân trong việc thực hiện dân chủ ở cấp xã*”. Điều 1 Quyết định số 77/2007/QĐ-TTg của Thủ tướng Chính phủ ban hành Quy chế phát ngôn và cung cấp thông tin cho báo chí quy định: “*Quy chế này quy định về chế độ phát ngôn và cung cấp thông tin cho báo chí của các Bộ, cơ quan ngang Bộ, cơ quan thuộc Chính phủ, Ủy ban nhân dân các tỉnh, thành phố trực*

⁴ Xem: Chương 3, Luật Báo chí 1989.

thuộc Trung ương theo quy định của pháp luật về báo chí hiện hành”. Trong Quyết định này, cụm từ “Trách nhiệm giải trình” vẫn chưa được sử dụng.

Năm 2010, Luật Thanh tra ra đời, tại Điều 53 quy định: “Đối tượng thanh tra có các quyền sau đây: giải trình về những vấn đề có liên quan đến nội dung thanh tra”. Tuy nhiên, thực chất giải trình quy định ở đây được hiểu là quyền thay vì trách nhiệm và đó là quyền được biện minh của đối tượng thanh tra. Điều này tương đồng với Điều 13 của Luật Khiếu nại quy định nghĩa vụ của người bị khiếu nại: “giải trình về tính hợp pháp, đúng đắn của quyết định hành chính, hành vi hành chính bị khiếu nại khi người giải quyết khiếu nại hoặc cơ quan, đơn vị kiểm tra, xác minh yêu cầu”.

Ngày 8 tháng 8 năm 2013, với Nghị định số 90/2013/NĐ-CP Quy định trách nhiệm giải trình của cơ quan nhà nước trong việc thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn được giao đánh dấu sự ghi nhận chính thức bằng một văn bản pháp luật chuyên biệt đối với vấn đề trách nhiệm giải trình của cơ quan hành chính nhà nước, với đầy đủ hai yếu tố: giải thích thông tin và trách nhiệm của nhà quản lý. Cụ thể, tại khoản 1, Điều 3 của Nghị định quy định: “Giải trình là việc cơ quan nhà nước cung cấp, giải thích, làm rõ các thông tin về thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn được giao và trách nhiệm của mình trong việc thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn đó”. Tuy nhiên, trong Nghị định này và Thông tư số 02/2014/TT-TTCP của Thanh tra Chính phủ hướng dẫn thi hành đều có những điểm chưa đầy đủ về trách nhiệm giải trình:

Thứ nhất, tại khoản 2, Điều 3 của Nghị định quy định: “Người có yêu cầu giải trình là cơ quan, tổ chức, cá nhân có yêu cầu cơ quan nhà nước, người có thẩm quyền giải trình về những nội dung liên quan đến việc thực hiện quyền và nghĩa vụ của mình”, và khoản 2, Điều 6 quy định: “Nội dung yêu cầu giải trình liên quan trực tiếp đến quyền và lợi ích hợp pháp của cơ quan, tổ chức, cá nhân có yêu cầu giải trình”. Những quy định nêu trên vô tình bó hẹp phạm vi người yêu cầu giải trình và nội dung của việc giải trình. Cụ thể, việc quy định người yêu cầu giải trình phải có những quyền và lợi ích hợp pháp liên quan đến nội dung yêu cầu giải trình, khiến cho những nội dung thuộc lợi ích cộng đồng, đặc biệt là hoạt động đầu tư công sẽ không tìm ra người yêu cầu giải trình. Ví dụ, sẽ không thể chứng minh được lợi ích của một cá nhân đối với việc xây dựng một cây cầu hay con đường. Điều này sẽ hạn chế khả năng tiếp cận thông tin của công dân cũng như sự tham gia của họ vào quản lý hành chính nhà nước.

Thứ hai, về chủ thể giải trình, theo khoản 3, Điều 3 của Nghị định: “Người giải trình là người đứng đầu cơ quan nhà nước hoặc người được người đứng đầu cơ quan nhà nước ủy quyền thực hiện việc giải trình”. Như vậy, có thể thấy sự thiếu vắng chủ thể người giải trình là cán bộ, công chức, viên chức khi thực hiện công vụ. Bởi thực chất, “người được người đứng đầu cơ quan nhà nước ủy quyền thực hiện việc giải trình” là người được giao chuyên trách việc giải trình (có thể hiểu như phát ngôn viên), trong khi xã hội kỳ vọng ở trách nhiệm giải trình tại chỗ của cán bộ, công chức đang thi hành công vụ trước người dân khi được yêu cầu.

Ngoài ra, tuy Nghị định số 90/2013/NĐ-CP ghi nhận trách nhiệm giải trình bao gồm giải thích và **chịu trách nhiệm về việc sử dụng quyền lực ủy trị** của cơ quan hành chính nhà nước trong phần giải thích từ ngữ, nhưng trong Nghị định không có quy định nào về trách nhiệm và việc thực hiện trách nhiệm đó như thế nào khi để xảy ra hậu quả.

Thứ ba, những nội dung không thuộc phạm vi trách nhiệm giải trình, tại điểm a, khoản 1, Điều 5 Nghị định số 90/2013/NĐ-CP quy định đó là: “*Nội dung thông tin liên quan đến bí mật nhà nước*”. Tuy nhiên, những nội dung thuộc bí mật nhà nước được quy định trong *Pháp lệnh Bảo vệ bí mật nhà nước năm 2000* ngoài những “*tin, tài liệu khác mà Chính phủ xác định là tối mật*”, “*tin, tài liệu khác mà Chính phủ xác định là tuyệt mật*”, còn “*danh mục bí mật nhà nước thuộc độ mật do người đứng đầu hoặc người được ủy quyền của cơ quan, tổ chức đề nghị Bộ trưởng Bộ Công an quyết định*”. Quy định này dường như có sự mâu thuẫn với trách nhiệm giải trình của chính cơ quan hành chính nhà nước. Bởi việc gia tăng thẩm quyền xác định các thông tin thuộc bí mật nhà nước cho cơ quan hành pháp dễ gây ra tình trạng cơ quan hành chính nhà nước tùy tiện xác định những nội dung thuộc bí mật nhà nước nhằm né tránh trách nhiệm giải trình.

Thứ tư, Nghị định số 90/2013/NĐ-CP không có quy định về trách nhiệm giải trình tự giác mà dường như chỉ về giải trình khi có yêu cầu. Hoạt động quản lý hành chính nhà nước vốn rất phức tạp, đa dạng và liên tục, các thông tin trong quản lý cũng nhiều biến động, việc giải trình trước cộng đồng

theo chu kỳ sẽ giúp người dân tiếp cận và cập nhật thông tin một cách thường xuyên. Thêm vào đó, những giải trình mang tính chất thường xuyên với những vấn đề liên quan đến lợi ích công cộng là một bổ khuyết cho việc quy định người giải trình phải có quyền và lợi ích hợp pháp liên quan đến nội dung giải trình.

Cơ chế giải trình trong trường hợp đột xuất cũng không được Nghị định số 90/2013/NĐ-CP quy định. Mặc dù trước đó, tại *Quyết định số 77/2007/QĐ-TTg* của Thủ tướng Chính phủ ban hành Quy chế phát ngôn và cung cấp thông tin báo chí đã dành Chương 2 *quy định về việc phát ngôn và cung cấp thông tin cho báo chí định kỳ và trong trường hợp đột xuất, bất thường của cơ quan hành chính*. Việc giải trình trong trường hợp nói trên có ý nghĩa quan trọng khi cung cấp một nguồn thông tin chính thống và tin cậy trước những tình huống có thể ảnh hưởng đến tâm lý hay xu hướng hành động của cộng đồng, ngăn chặn được các tin đồn.

Thông tư số 02/2014/TT-TTCP hướng dẫn chi tiết Nghị định số 90/2013/NĐ-CP cũng chỉ chú trọng giải thích và hướng dẫn trình tự thực hiện trách nhiệm giải trình trên tinh thần chưa đầy đủ về trách nhiệm giải trình của Nghị định.

3. Định hướng hoàn thiện cơ sở pháp lý cho hoạt động giải trình của cơ quan hành chính nhà nước

Thứ nhất, cần xây dựng và ban hành Luật Tiếp cận thông tin như một công cụ hữu hiệu để người dân có thể nắm bắt được thông tin cũng như yêu cầu về trách nhiệm giải trình công khai và minh bạch. Luật Tiếp cận thông tin cũng sẽ tạo áp lực cho

các cơ quan hành chính nhà nước nhằm hình thành một văn hóa mở đối với các hoạt động quản lý, giúp nhận thức lại về việc công khai thông tin như một nghĩa vụ bắt buộc, thay vì thực hiện theo cơ chế xin - cho như hiện nay. Bên cạnh đó, Pháp lệnh Bảo vệ bí mật nhà nước cũng nên có những điều chỉnh theo hướng, giảm bớt quyền của cơ quan hành chính trong việc xác định các danh mục tài liệu thuộc bí mật nhà nước, thay vào đó Quốc hội nên chủ động thực hiện điều này. Đồng thời bỏ quy định Thủ trưởng cơ quan hành chính có quyền đề nghị Bộ trưởng Bộ Công an xác nhận nội dung quản lý thuộc danh mục mật nhằm tránh việc lạm dụng quy định để né tránh những nội dung giải trình bất lợi cho mình.

Thứ hai, cần thay đổi tư duy về trách nhiệm giải trình trong pháp luật. Cụ thể, cần xem trách nhiệm giải trình đầy đủ hai yếu tố: giải thích và chịu trách nhiệm khi xảy ra hậu quả. Văn bản pháp luật về trách nhiệm giải trình phải pháp định trách nhiệm đó là “của ai”? “về cái gì”? và “đối với ai”? một cách chi tiết. Cần thống nhất trong các văn bản pháp luật trách nhiệm giải trình gồm hai phương thức: trách nhiệm giải trình chủ động và trách nhiệm giải trình bị động, và hai phương thức này được thực hiện bình đẳng. Về trách nhiệm giải trình chủ động, cần quy định chi tiết các mốc thời gian làm định kỳ, cũng như trình tự giải trình trong các trường hợp khẩn cấp. Đối với giải trình bị động, cần đơn giản các thủ tục của việc yêu cầu giải trình cũng như các bước tiến hành giải trình, hướng đến cách thức giải trình tại chỗ theo cách thức hỏi - đáp bằng

lời nói giữa người yêu cầu giải trình và nhân viên nhà nước khi được yêu cầu giải trình.

Thứ ba, cần quy định theo hướng mở rộng các đối tượng có quyền yêu cầu giải trình. Cụ thể, thay tiêu chí “*liên quan đến việc thực hiện quyền và nghĩa vụ của mình*” là điều kiện cho đối tượng có quyền yêu cầu giải trình bằng quy định, tất cả mọi công dân có đầy đủ năng lực hành vi dân sự đều có quyền yêu cầu cơ quan hành chính nhà nước giải trình về một hoặc những nội dung liên quan đến công tác quản lý hành chính nhà nước mà người đó quan tâm. Cần bỏ tiêu chí “*liên quan trực tiếp đến quyền và lợi ích hợp pháp của cơ quan, tổ chức, cá nhân có yêu cầu giải trình*” làm cơ sở xác định các nội dung yêu cầu giải trình. Thay vào đó, quy định nội dung này rộng hơn theo hướng ngoại trừ các nội dung không thuộc phạm vi trách nhiệm giải trình như quy định tại Điều 5 Nghị định số 90/2013/NĐ-CP, thì các nội dung trong quản lý hành chính nhà nước đều trở thành nội dung yêu cầu giải trình.

Thứ tư, cần quy định trách nhiệm giải trình đối với các cá nhân trong hoạt động công vụ. Theo đó, quy định người có trách nhiệm giải trình không chỉ là người đứng đầu cơ quan hay người được “ủy quyền” bởi người đứng đầu cơ quan, mà mỗi cán bộ, công chức khi thi hành công vụ đều gắn liền với trách nhiệm giải trình. Trách nhiệm này được thực hiện với tư cách cá nhân người cán bộ, công chức đó khi thực thi công vụ với đầy đủ trách nhiệm về giải thích và trách nhiệm khi để xảy ra hậu quả.

CHỦ NỢ CÓ BẢO ĐẢM TRONG THỦ TỤC PHÁ SẢN THEO LUẬT PHÁ SẢN NĂM 2014

*Bùi Đức Giang**

Tóm tắt: Luật Phá sản 2014 vẫn tiếp nối tinh thần của Luật Phá sản 2004 là bảo vệ tối ưu quyền lợi của chủ nợ có bảo đảm. Các quy định về tác động của thủ tục phá sản đối với việc xác lập và xử lý bảo đảm đã cụ thể hơn và có tính khả thi hơn. Tuy vậy, vẫn còn khá nhiều khoảng trống trong văn bản pháp luật này, đó cũng là những khó khăn đang đặt ra trong thực tế mà các văn bản hướng dẫn thi hành Luật Phá sản 2014 cần khắc phục.

Abstract: The Law on Bankruptcy of 2014 follows the spirit of the Law on Bankruptcy of 2004 to well protect secured creditors. Provisions on the impact of bankruptcy procedure with respect to establishing and handling security are more detailed and feasible. However, there are still loopholes relating to such provisions. This is real difficulty which should be overcome by legal normative documents providing details for the Law on Bankruptcy of 2014.

Lý do để một chủ nợ nhận bảo đảm là để tự bảo vệ mình trước nguy cơ mất khả năng thanh toán của bên có nghĩa vụ. Một biện pháp bảo đảm sẽ không phát huy tác dụng khi bên có nghĩa vụ mất khả năng thanh toán. Luật Phá sản 2004 thừa nhận giá trị và hiệu lực thi hành của các biện pháp bảo đảm trong thủ tục phá sản. Ngày 19 tháng 6 năm 2014, Luật Phá sản số 51/2014/QH13 đã được Quốc hội thông qua và có hiệu lực thi hành kể từ ngày 1 tháng 1 năm 2015. Luật Phá sản 2014 (sau đây gọi tắt là Luật Phá sản) đã có khá nhiều quy định mới về việc xác lập và xử lý các biện pháp bảo đảm trong thủ tục phá sản và vẫn tôn trọng nguyên tắc về tính hiệu quả của các biện pháp bảo đảm trong thủ tục phá sản. Tuy nhiên, vẫn còn khá nhiều hạn chế hay khoảng trống trong các quy định mới mà bài viết sẽ tập trung phân tích.

1. Cấm xác lập giao dịch bảo đảm đối với khoản nợ có từ trước

Theo quy định tại điểm b khoản 1 và khoản 2 Điều 59 Luật Phá sản, nếu doanh nghiệp mất khả năng thanh toán thực hiện việc “chuyển khoản nợ không có bảo đảm thành nợ có bảo đảm hoặc có bảo đảm một phần bằng tài sản của doanh nghiệp” trong thời hạn 6 tháng hoặc 18 tháng khi chủ nợ là người có liên quan trước ngày tòa án ra quyết định mở thủ tục phá sản thì bị coi là vô hiệu. Biện pháp bảo đảm được xác lập trong trường hợp này bị hủy bỏ (điểm b, khoản 1 Điều 60). Tòa án ra quyết định tuyên bố giao dịch liên quan vô hiệu trên cơ sở yêu cầu của quản tài viên, doanh nghiệp quản lý, thanh lý tài sản hay các bên liên quan (như chủ nợ, cổ đông...), hoặc khi tòa án phát hiện ra giao dịch này (khoản 1 Điều 60 và khoản 10 Điều 4).

Tương tự, điểm d, khoản 1 Điều 48 Luật Phá sản cũng cấm doanh nghiệp “chuyển khoản nợ không có bảo đảm thành

* TS., Công ty Luật Audier and Partners Vietnam LLC.

nợ có bảo đảm hoặc có bảo đảm một phần bằng tài sản của doanh nghiệp” sau khi có quyết định mở thủ tục phá sản và cũng áp dụng chế tài vô hiệu đối với giao dịch này. Nói cách khác, doanh nghiệp không thể xác lập biện pháp bảo đảm bằng tài sản của mình đối với các khoản nợ không có bảo đảm hiện có. Lý do của quy định cấm này đó là, việc xác lập giao dịch bảo đảm rõ ràng đặt chủ nợ có liên quan vào một vị trí có lợi hơn so với các chủ nợ không có bảo đảm khác và điều này đi ngược lại nguyên tắc đối xử công bằng giữa các chủ nợ không có bảo đảm. Do quy định cấm này chỉ nhằm vào giao dịch bảo đảm bằng tài sản của doanh nghiệp nên về nguyên tắc sẽ không áp dụng đối với giao dịch bảo đảm do bên thứ ba xác lập bằng tài sản của mình cho chủ nợ của doanh nghiệp; chẳng hạn, khi bên thứ ba bảo lãnh khoản vay của doanh nghiệp và xác lập giao dịch cầm cố hay thế chấp tài sản của mình để bảo đảm nghĩa vụ bảo lãnh, hay khi bên thứ ba này cầm cố, thế chấp tài sản của mình để bảo đảm cho nghĩa vụ hoàn trả khoản vay của doanh nghiệp.

Một vấn đề đặt ra ở đây là, liệu doanh nghiệp có thể xác lập hợp pháp giao dịch bảo đảm đối với khoản nợ đã được bảo đảm một phần (tức là khoản nợ đã được bảo đảm từ trước bằng tài sản của doanh nghiệp nhưng giá trị tài sản bảo đảm thấp hơn giá trị khoản nợ)? nếu như áp dụng đúng câu chữ của các quy định nêu trên thì giao dịch này không bị coi là vô hiệu, bởi vì quy định cấm chỉ liên quan đến các khoản nợ không có bảo đảm.

Sau khi có quyết định mở thủ tục phá sản, doanh nghiệp phải xin phép quản tài viên hay doanh nghiệp quản lý, thanh lý tài sản trước khi xác lập cầm cố, thế chấp hay bảo lãnh (Điều 49 Luật Phá sản). Kết hợp

quy định này với điểm d, khoản 1 Điều 48 có thể thấy, các giao dịch bảo đảm được đề cập ở đây là các giao dịch bảo đảm cho các khoản nợ mới phát sinh sau khi mở thủ tục phá sản.

Tuy nhiên, theo quy định tại khoản 1 Điều 92, kể từ ngày Nghị quyết của Hội nghị chủ nợ thông qua phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp có hiệu lực², thì quy định cấm xác lập giao dịch bảo đảm cho khoản nợ có trước khi mở thủ tục phá sản nêu tại điểm d, khoản 1 Điều 48 và việc xin phép quản tài viên hay doanh nghiệp quản lý, thanh lý tài sản trước khi xác lập giao dịch bảo đảm quy định tại Điều 49 sẽ tự động chấm dứt. Nói cách khác, doanh nghiệp được trở lại hoạt động bình thường và được phép xác lập các giao dịch với các bên thứ ba mà không cần phải xin phép quản tài viên hay doanh nghiệp quản lý, thanh lý tài sản hoặc thẩm phán trước khi giao kết hợp đồng bảo đảm với một bên thứ ba.

2. Xử lý tài sản bảo đảm

Khoản 3, Điều 41 Luật Phá sản quy định, trong thời hạn năm ngày kể từ ngày tòa án thụ lý việc phá sản, “*cơ quan, tổ chức có thẩm quyền tạm đình chỉ việc xử lý tài sản bảo đảm của doanh nghiệp đối với chủ nợ có bảo đảm*” trừ trường hợp tài sản bảo đảm có nguy cơ bị phá hủy hoặc bị giảm đáng kể về giá trị³. Tuy nhiên, Luật Phá sản

² Thủ tục phá sản quy định trong Luật Phá sản chỉ bao gồm hai thủ tục chính là thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh và thủ tục tuyên bố phá sản. Xem thêm: TS. Bùi Đức Giang, “*Một số điểm mới của Luật Phá sản 2014 nhìn từ góc độ thực tiễn*”, Tạp chí Ngân hàng, số 15 tháng 8/2014 và “*Thủ tục phá sản theo quy định mới*”, Thời báo Kinh tế Sài Gòn, số 29-2014 (1.231) ngày 17 tháng 7 năm 2014.

³ Tương tự, sau khi mở thủ tục phá sản, nếu tài sản bảo đảm có nguy cơ bị phá hủy hay bị giảm giá trị thì quản tài viên hay doanh nghiệp quản lý, thanh lý

không chỉ rõ cơ quan, tổ chức có thẩm quyền ở đây là ai và điều này có thể dẫn tới khó khăn trong việc giải thích quy định pháp luật về sau.

Khoản 1 Điều 53 đưa ra hai hướng giải quyết việc tạm hoãn xử lý tài sản bảo đảm. Theo đó, sau khi mở thủ tục phá sản, quản tài viên hay doanh nghiệp quản lý, thanh lý tài sản đề xuất thẩm phán về việc xử lý các khoản nợ có bảo đảm như sau:

“a) Trường hợp tài sản bảo đảm được sử dụng để thực hiện thủ tục phục hồi kinh doanh thì việc xử lý đối với tài sản bảo đảm theo Nghị quyết của Hội nghị chủ nợ;

b) Trường hợp không thực hiện thủ tục phục hồi kinh doanh hoặc tài sản bảo đảm không cần thiết cho việc thực hiện thủ tục phục hồi kinh doanh thì xử lý theo thời hạn quy định trong hợp đồng đối với hợp đồng có bảo đảm đã đến hạn. Đối với hợp đồng có bảo đảm chưa đến hạn⁴ thì trước khi tuyên bố doanh nghiệp [...] phá sản tòa án đình chỉ hợp đồng và xử lý các khoản nợ có bảo đảm”.

Như vậy, về nguyên tắc việc tài sản bảo đảm có được xử lý hay không phụ thuộc vào việc có triển khai thực hiện phương án phục hồi hoạt động kinh doanh hay không. Về điểm này, theo quy định tại khoản 5 Điều 91 Luật Phá sản, *“trường hợp phương án phục hồi hoạt động kinh doanh có sử dụng tài sản bảo đảm thì phải quy định rõ thời gian sử dụng tài sản có bảo đảm, phương án xử lý tài sản bảo đảm và phải được chủ nợ có bảo đảm bằng tài sản đó*

đồng ý”. Nói cách khác, việc tài sản bảo đảm có được sử dụng trong việc thực hiện phương án phục hồi hoạt động kinh doanh hay không là do chủ nợ có bảo đảm quyết định. Sẽ rất hiếm khi chủ nợ có bảo đảm đồng ý để tài sản bảo đảm được sử dụng phục vụ việc thực hiện phương án phục hồi hoạt động kinh doanh. Tuy nhiên, dễ nhận thấy sự mâu thuẫn trong chính quy định tại khoản 1 Điều 53, bởi vì theo điểm a của khoản này, nếu chủ nợ có bảo đảm không đồng ý với việc sử dụng tài sản bảo đảm trong quá trình thực hiện phương án phục hồi kinh doanh thì có thể xử lý tài sản bảo đảm khi nghĩa vụ bảo đảm đến hạn; Trong khi điểm b dường như không cho phép chủ nợ có bảo đảm xử lý tài sản bảo đảm nếu như tài sản này cần thiết cho việc thực hiện thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh. Thiết nghĩ, các văn bản hướng dẫn áp dụng Luật Phá sản phải làm sáng tỏ vấn đề này để tránh các vướng mắc có thể phát sinh từ việc diễn giải khoản 1 Điều 53. Nếu chọn giải pháp tạm hoãn xử lý tài sản bảo đảm trong quá trình phục hồi kinh doanh cũng nên đưa ra các tiêu chí rõ ràng để đánh giá nhằm cân bằng lợi ích giữa các bên.

Hơn nữa, việc xử lý tài sản bảo đảm được quy định tại khoản 3 Điều 53, theo đó đối với các khoản nợ có bảo đảm được xác lập trước khi Tòa án thụ lý đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản được thanh toán bằng tài sản bảo đảm đó; còn trong trường hợp giá trị tài sản có bảo đảm không đủ thanh toán số nợ thì phần nợ còn lại sẽ được thanh toán trong quá trình thanh lý tài sản của doanh nghiệp, và nếu giá trị của tài sản có bảo đảm lớn hơn số nợ thì phần chênh lệch được nhập vào giá trị tài sản của doanh nghiệp. Có thể rút ra một số nhận xét về quy định này như sau:

tài sản có thể đề nghị thẩm phán cho xử lý ngay tài sản bảo đảm đó (khoản 2, Điều 53 Luật Phá sản).

⁴ Việc sử dụng cụm từ *hợp đồng đã đến hạn* hay *hợp đồng chưa đến hạn* ở đây thiếu chính xác và phải được hiểu là nghĩa vụ được bảo đảm đã đến hạn hay chưa đến hạn.

Thứ nhất, nguyên tắc xử lý tài sản bảo đảm nêu ở đây được áp dụng với tất cả các giao dịch bảo đảm bằng tài sản của doanh nghiệp (cầm cố, thế chấp, đặt cọc, ký cược và ký quỹ).

Thứ hai, Luật Phá sản vẫn chưa giải quyết triệt để phương thức mà các chủ nợ có bảo đảm có thể triển khai để xử lý tài sản bảo đảm khi có quyết định tuyên bố doanh nghiệp phá sản. Cụm từ “*được thanh toán bằng tài sản bảo đảm đó*” không rõ ràng⁵ và có thể dẫn tới hai cách hiểu: (i) Chủ nợ có bảo đảm được nhận chính tài sản bảo đảm để thay thế cho việc thực hiện nghĩa vụ của doanh nghiệp; hay (ii) Việc xử lý tài sản bảo đảm được thực hiện theo phương thức quy định trong hợp đồng bảo đảm đã ký với doanh nghiệp. Cách giải thích thứ hai hợp lý hơn bởi: *một là*, nó tôn trọng thỏa thuận của các bên; *hai là*, bên nhận bảo đảm nhận chính tài sản bảo đảm để thay thế cho việc thực hiện nghĩa vụ của bên bảo đảm chỉ là một trong các phương thức xử lý tài sản bảo đảm theo thỏa thuận được quy định tại Điều 59, Nghị định số 163/2006/NĐ-CP ngày 29/12/2006 của Chính phủ về giao dịch bảo đảm được bổ sung, sửa đổi bởi Nghị định số 11/2012/NĐ-CP ngày 22 tháng 2 năm 2012 (Nghị định 163) và; *ba là*, trong thực tế không phải lúc nào chủ nợ có bảo đảm cũng muốn nhận chính tài sản bảo đảm để thay thế cho việc thực hiện nghĩa vụ của bên bảo đảm (chẳng hạn do hạn chế áp dụng đối với ngân hàng trong

việc nắm giữ bất động sản – khoản 3 Điều 132 Luật Các tổ chức tín dụng).

Thứ ba, Điều luật này cũng chưa làm rõ chủ thể nào sẽ có quyền tiến hành bán tài sản bảo đảm. Thiết nghĩ, nên tôn trọng quyền của chủ nợ có bảo đảm tức là quy định rõ chủ nợ có bảo đảm được thực hiện việc bán tài sản bảo đảm để thu hồi nợ. Đây cũng là cách tiếp cận chung của các nền pháp luật tiên tiến như pháp luật Anh hay Pháp.

Do đó, các văn bản hướng dẫn áp dụng Luật Phá sản nên quy định cụ thể theo hướng này để giúp chủ nợ yên tâm hơn khi xác lập giao dịch bảo đảm.

Cuối cùng, Luật Phá sản vẫn thiếu vắng quy định về việc xử lý các khoản nợ mới được phát sinh sau khi mở thủ tục phá sản và được bảo đảm bằng tài sản của doanh nghiệp, trong khi về nguyên tắc, doanh nghiệp có thể xác lập loại giao dịch bảo đảm này như đã phân tích ở phần trên. Nếu áp dụng tinh thần của Điều 53 Luật Phá sản có thể suy ra rằng, bên bảo đảm có quyền xử lý tài sản bảo đảm khi nghĩa vụ bảo đảm đến hạn theo quy định của hợp đồng.

Trong trường hợp nghĩa vụ được bảo đảm bằng tài sản của doanh nghiệp chưa đến hạn, thì chủ nợ có bảo đảm vẫn phải chờ cho đến khi khoản nợ này đến hạn mới được xử lý. Như đã phân tích, việc mở thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh về cơ bản không ảnh hưởng tới việc xử lý bảo đảm, trừ trường hợp chủ nợ có bảo đảm chủ động “hy sinh” quyền lợi của mình thông qua sự đồng ý với việc sử dụng tài sản bảo đảm trong quá trình thực hiện phương án phục hồi hoạt động kinh doanh. Nói cách khác, nếu nghĩa vụ được bảo đảm đến hạn trong quá trình phục hồi hoạt động kinh doanh, thì chủ nợ có bảo đảm vẫn

⁵ Cần lưu ý là, khó khăn này khá phổ biến trong việc áp dụng Luật Phá sản 2004 bởi các Tòa án các cấp. Xem thêm: TS. Nguyễn Minh Hằng và TS. Bùi Đức Giang, “Về dự thảo 3 Luật Phá sản sửa đổi”, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 6 (314), tháng 6 năm 2014, và TS. Bùi Đức Giang, “Hệ quả pháp lý của thế chấp tài sản theo quy định hiện hành”, Tạp chí Ngân hàng, số 4, tháng 2 năm 2012.

được xử lý biện pháp bảo đảm của mình một cách bình thường như quy định trong hợp đồng bảo đảm. Trong trường hợp nghĩa vụ được bảo đảm chưa đến hạn, thì trước khi tuyên bố doanh nghiệp phá sản, tòa án đình chỉ hợp đồng và cho xử lý các khoản nợ có bảo đảm để chủ nợ có bảo đảm có thể thực thi được quyền ưu tiên thanh toán của mình.

Về thứ tự ưu tiên thanh toán, kết hợp Điều 53 và Điều 54 Luật Phá sản có thể thấy, chủ nợ có bảo đảm vẫn có vị trí ưu tiên thanh toán cao nhất trong số các chủ nợ của doanh nghiệp. Sau khoản nợ có bảo đảm, các vị trí ưu tiên lần lượt là: (i) Chi phí phá sản; (ii) Khoản nợ lương, trợ cấp thôi việc, bảo hiểm xã hội, bảo hiểm y tế đối với người lao động, quyền lợi khác theo hợp đồng lao động và thỏa ước lao động tập thể đã ký kết; (iii) Khoản nợ phát sinh sau khi mở thủ tục phá sản nhằm mục đích phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp; (iv) Các nghĩa vụ tài chính đối với Nhà nước; khoản nợ không có bảo đảm phải trả cho các chủ nợ trong danh sách chủ nợ và khoản nợ có bảo đảm chưa được thanh toán do giá trị tài sản có bảo đảm không đủ thanh toán số nợ; (v) Phần tài sản còn lại (nếu có) sẽ được thanh toán cho bên góp vốn vào doanh nghiệp. Điểm mới của Luật Phá sản so với quy định cũ là đã quy định rõ thứ tự ưu tiên của các khoản nợ mới và các nghĩa vụ tài chính đối với Nhà nước (chẳng hạn các khoản thuế) trong thứ tự ưu tiên thanh toán.

3. Thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh trong thủ tục phá sản

Đối với trường hợp bên bảo lãnh lâm vào tình trạng phá sản, quy định của Luật Phá sản đã cố gắng phù hợp với quy định của Nghị định 163. Thực vậy, theo quy định

tại khoản 2 Điều 55 Luật Phá sản, nếu bên bảo lãnh lâm vào tình trạng mất khả năng thanh toán, thì bên bảo lãnh vẫn phải thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh nếu nghĩa vụ bảo lãnh phát sinh (được hiểu là nghĩa vụ được bảo lãnh đến hạn) và bên được bảo lãnh chỉ thanh toán phần còn thiếu nếu bên bảo lãnh không thanh toán đầy đủ trong phạm vi bảo lãnh; còn trong trường hợp nghĩa vụ được bảo lãnh chưa đến hạn thì bên được bảo lãnh phải thay thế biện pháp bảo đảm khác, trừ trường hợp người được bảo lãnh và người nhận bảo lãnh có thỏa thuận khác. Cần lưu ý, thời điểm được sử dụng để xác định bên bảo lãnh hay bên được bảo lãnh phải thực hiện nghĩa vụ được bảo lãnh là khi người bảo lãnh mất khả năng thanh toán (tức là “*khi không thực hiện nghĩa vụ thanh toán khoản nợ*” (khác với nghĩa vụ được bảo lãnh) *trong thời hạn ba tháng kể từ ngày đến hạn thanh toán*” – khoản 1 Điều 4 Luật Phá sản), chứ không phải là khi bên bảo lãnh bị phá sản như quy định tại khoản 1 Điều 48 Nghị định 163⁶. Cách tiếp cận của Luật Phá sản hợp lý hơn cách tiếp cận của Nghị định 163. Hơn nữa, thỏa thuận giữa bên được bảo lãnh và bên nhận bảo lãnh được đề cập ở đây là thỏa thuận về việc bên được bảo lãnh thay thế biện pháp bảo lãnh

⁶ “Điều 48 (Nghị định 163). Thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh trong trường hợp bên bảo lãnh là doanh nghiệp bị phá sản, bên bảo lãnh là cá nhân chết hoặc bị tòa án tuyên bố đã chết

1. Trong trường hợp bên bảo lãnh là doanh nghiệp bị phá sản thì việc bảo lãnh được giải quyết như sau:
a) Nếu nghĩa vụ bảo lãnh phát sinh thì bên bảo lãnh phải thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh. Trường hợp bên bảo lãnh không thanh toán đầy đủ trong phạm vi bảo lãnh thì bên nhận bảo lãnh có quyền yêu cầu bên được bảo lãnh thanh toán phần còn thiếu;

b) Nếu nghĩa vụ bảo lãnh chưa phát sinh thì bên được bảo lãnh phải thay thế biện pháp bảo đảm khác, trừ trường hợp có thỏa thuận khác”.

bằng biện pháp bảo đảm khác. Nói cách khác, nếu nghĩa vụ được bảo lãnh chưa đến hạn khi bên bảo lãnh lâm vào tình trạng phá sản thì việc bảo lãnh mặc nhiên chấm dứt. Ngược lại, nếu nghĩa vụ được bảo lãnh đã đến hạn thì chủ nợ có bảo đảm vẫn có thể yêu cầu bên bảo lãnh thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh. Vấn đề đặt ra là, làm thế nào bên nhận bảo lãnh có thể thực hiện được quyền yêu cầu này? Quy định của Luật Phá sản mới chỉ dừng lại ở việc đặt ra nguyên tắc mà chưa đưa ra câu trả lời cho câu hỏi này. Thực ra, việc yêu cầu thanh toán trên chỉ có thể thực hiện thông qua việc bên nhận bảo lãnh khai báo khoản nợ với quản tài viên hay doanh nghiệp quản lý, thanh lý tài sản để có thể thực thi quyền chủ nợ của mình trong thủ tục phá sản của bên bảo lãnh. Nếu bên nhận bảo lãnh đã nhận được số tiền thanh toán một phần khoản nợ được bảo lãnh trước khi gửi giấy đòi nợ cho quản tài viên hay doanh nghiệp quản lý, thanh lý tài sản, thì phải trừ đi số tiền này và chỉ được khai báo số tiền còn chưa được thanh toán.

Luật Phá sản có cách tiếp cận nào trong trường hợp bên được bảo lãnh lâm vào tình trạng phá sản? Khoản 3 Điều 55 Luật Phá sản đặt ra một nguyên tắc theo đó, *“trong trường hợp người được bảo lãnh hoặc cả người bảo lãnh và người được bảo lãnh đều mất khả năng thanh toán thì người bảo lãnh phải chịu trách nhiệm thay cho người được bảo lãnh theo quy định của pháp luật”*. Có thể hiểu về lý thuyết, việc mở thủ tục phá sản là lúc xuất hiện nguy cơ mà bên nhận bảo lãnh muốn tránh và cũng chính là thời điểm mà bảo lãnh phát huy tác dụng. Khoản 3 Điều 77 của Luật Phá sản quy định bên bảo lãnh sau khi trả nợ thay cho doanh

nh nghiệp mất khả năng thanh toán có quyền tham gia Hội nghị chủ nợ và trở thành chủ nợ không có bảo đảm. Khi đó, bên bảo lãnh thế quyền của bên nhận bảo lãnh là chủ nợ có bảo đảm đối với khoản nợ được bảo đảm. Nếu kết hợp hai quy định này có thể thấy, theo quan điểm của nhà làm luật, khi bên được bảo lãnh lâm vào tình trạng mất khả năng thanh toán mà khoản nợ được bảo lãnh đến hạn, thì bên bảo lãnh phải thực hiện thay nghĩa vụ của bên được bảo lãnh. Còn cụm từ *“theo quy định của pháp luật”* khá mơ hồ cần được hiểu theo hướng, trong trường hợp bên bảo lãnh cũng mất khả năng thanh toán thì chủ nợ có bảo đảm có thể khai báo khoản nợ cả trong thủ tục phá sản của bên bảo lãnh lẫn bên được bảo lãnh để có thể thu hồi được toàn bộ khoản nợ.

Như vậy, có thể thấy Luật Phá sản 2014 đã đề cập cụ thể hơn các khía cạnh khác nhau của việc xác lập và xử lý các biện pháp bảo đảm trong thủ tục phá sản kể từ khi thụ lý đơn cho tới thời điểm tuyên bố phá sản. Nguyên tắc bảo vệ tuyệt đối quyền lợi của chủ nợ có bảo đảm trong thủ tục phá sản là một lựa chọn hợp lý trên cơ sở kế thừa Luật Phá sản 2004. Tuy vậy, phương thức xử lý tài sản bảo đảm khi nghĩa vụ bảo đảm đến hạn, việc xác lập các biện pháp bảo đảm cho các khoản nợ mới và việc gọi bảo lãnh trong thủ tục phá sản vẫn còn là những điểm cần được làm rõ trong quy định của pháp luật phá sản. Hy vọng các văn bản hướng dẫn thi hành Luật Phá sản sẽ có các quy định khắc phục các hạn chế này, tạo cơ sở pháp lý rõ ràng hơn cho việc xác lập và xử lý các biện pháp bảo đảm trong thủ tục phá sản.

TRIỂN KHAI THI HÀNH HIẾN PHÁP NĂM 2013 VỚI VẤN ĐỀ HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT ĐẤT ĐAI

*Lưu Quốc Thái**

Tóm tắt: Đất đai là yếu tố quan trọng giữ vai trò quyết định sự phát triển bền vững của các quốc gia. Chính vì vậy, Hiến pháp năm 2013 có nhiều quy định mới mang tính chất định hướng cho việc hoàn thiện pháp luật đất đai. Để góp phần hoàn thiện pháp luật đất đai thông qua việc triển khai Hiến pháp mới, bài viết trình bày, phân tích các quy định pháp luật về đất đai đã hoặc nên được điều chỉnh, ban hành theo tinh thần Hiến pháp năm 2013.

Abstract: Land is a very important element deciding sustainable development of nations. Therefore, there are new provisions in the Constitution of 2013 providing direction for the improvement of land law. In order to contribute to such improvement through the implementation of the new Constitution, this article presents and analyses land law provisions which have been or should be amended, promulgated for compatibility with the spirit of the Constitution of 2013.

1. Những nội dung mới của pháp luật đất đai thể hiện tinh thần Hiến pháp năm 2013

Điều 53 Hiến pháp năm 2013 tiếp tục khẳng định: “Đất đai, tài nguyên nước, tài nguyên khoáng sản, nguồn lợi ở vùng biển, vùng trời, tài nguyên thiên nhiên khác và các tài sản do Nhà nước đầu tư, quản lý là tài sản công thuộc sở hữu toàn dân do Nhà nước đại diện chủ sở hữu và thống nhất quản lý”. Trên cơ sở này, Điều 54 đã xác định rõ những định hướng về quản lý, sử dụng đất như sau:

“1. Đất đai là tài nguyên đặc biệt của quốc gia, nguồn lực quan trọng phát triển đất nước, được quản lý theo pháp luật.

2. Tổ chức, cá nhân được Nhà nước giao đất, cho thuê đất, công nhận quyền sử dụng đất. Người sử dụng đất được chuyển quyền sử dụng đất, thực hiện các quyền và nghĩa vụ theo quy định của luật. Quyền sử dụng đất được pháp luật bảo hộ.

3. Nhà nước thu hồi đất do tổ chức, cá nhân đang sử dụng trong trường hợp thật cần thiết do luật định vì mục đích quốc phòng, an ninh; phát triển kinh tế - xã hội vì lợi ích quốc gia, công cộng. Việc thu hồi đất phải công khai, minh bạch và được bồi thường theo quy định của pháp luật.

4. Nhà nước trưng dụng đất trong trường hợp thật cần thiết do luật định để thực hiện nhiệm vụ quốc phòng, an ninh hoặc trong tình trạng chiến tranh, tình trạng khẩn cấp, phòng, chống thiên tai”.

Những quy định mang tính định hướng trên chính là cơ sở quan trọng để Quốc hội xem xét, quyết định thông qua Luật Đất đai ngày 29/11/2013 (thay thế Luật Đất đai 2003), ngay sau khi Hiến pháp năm 2013 được thông qua. Trên cơ sở Luật Đất đai 2013, nhiều văn bản dưới luật đã được ban hành để cụ thể hóa những nội dung mới trong Luật Đất đai có hiệu lực từ 01/7/2014. Trong đó, những nội dung sau đây thể hiện rõ tinh thần Hiến pháp năm 2013:

* TS., Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.

1.1. Tiếp tục duy trì chế độ sở hữu toàn dân đối với đất đai

Trên cơ sở Điều 53 Hiến pháp năm 2013, Điều 4 Luật Đất đai 2013 đã quy định: “Đất đai thuộc sở hữu toàn dân do Nhà nước đại diện chủ sở hữu và thống nhất quản lý. Nhà nước trao quyền sử dụng đất cho người sử dụng đất theo quy định của Luật này”. Điều đáng ghi nhận là vai trò của Nhà nước với tư cách là chủ sở hữu đất đai và với tư cách là chủ thể quản lý đất đai trong Luật Đất đai 2013 được phân định rạch ròi hơn so với Luật Đất đai 2003. Theo đó, quyền đại diện chủ sở hữu đất đai được quy định cụ thể tại Điều 13 bao gồm: “Quyết định quy hoạch sử dụng đất, kế hoạch sử dụng đất; quyết định mục đích sử dụng đất; quy định hạn mức sử dụng đất, thời hạn sử dụng đất; quyết định thu hồi đất, trưng dụng đất; quyết định giá đất; quyết định trao quyền sử dụng đất cho người sử dụng đất; quyết định chính sách tài chính về đất đai; quy định quyền và nghĩa vụ của người sử dụng đất”. Nội dung các quyền này cũng đã được cụ thể hóa từ Điều 14 – Điều 21 Luật Đất đai 2013.

Với tư cách là chủ thể quản lý, các hoạt động mà Nhà nước phải thực hiện (được quy định tại Điều 22 Luật Đất đai 2013) gồm: “Ban hành văn bản quy phạm pháp luật về quản lý, sử dụng đất đai và tổ chức thực hiện văn bản đó; xác định địa giới hành chính, lập và quản lý hồ sơ địa giới hành chính, lập bản đồ hành chính; khảo sát, đo đạc, lập bản đồ địa chính, bản đồ hiện trạng sử dụng đất và bản đồ quy hoạch sử dụng đất; điều tra, đánh giá tài nguyên đất; điều tra xây dựng giá đất; quản lý quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất; quản lý việc giao đất, cho thuê đất, thu hồi đất, chuyển mục đích sử dụng đất; quản lý việc bồi thường, hỗ trợ, tái định cư khi thu hồi đất;

đăng ký đất đai, lập và quản lý hồ sơ địa chính, cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất; thống kê, kiểm kê đất đai; xây dựng hệ thống thông tin đất đai; quản lý tài chính về đất đai và giá đất; quản lý, giám sát việc thực hiện quyền và nghĩa vụ của người sử dụng đất; thanh tra, kiểm tra, giám sát, theo dõi, đánh giá việc chấp hành quy định của pháp luật về đất đai và xử lý vi phạm pháp luật về đất đai; phổ biến, giáo dục pháp luật về đất đai; giải quyết tranh chấp về đất đai; giải quyết khiếu nại, tố cáo trong quản lý và sử dụng đất đai; quản lý hoạt động dịch vụ về đất đai”.

Sự phân định rõ ràng các hoạt động trong hai tư cách trên của Nhà nước đối với đất đai nhằm mục đích hạn chế tình trạng “nhầm lẫn” về vị trí, vai trò của Nhà nước (cụ thể là các cơ quan quản lý đất đai) trong các quan hệ quản lý và sử dụng đất đai. Từ đó, quan hệ đất đai có khả năng thích ứng, hòa nhập hợp hơn vào các quan hệ xã hội khác trong điều kiện của nền kinh tế thị trường.

1.2. Đảm bảo quyền và lợi ích hợp pháp của người sử dụng đất

Hiến pháp năm 2013 khẳng định: “Quyền sử dụng đất được pháp luật bảo hộ”. Để đạt được điều này, nhiều nội dung về quản lý, sử dụng đất đã được điều chỉnh trong Luật Đất đai 2013. Cụ thể:

1.2.1. Quy định hợp lý hơn về thu hồi đất và bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất

Lần đầu tiên, việc thu hồi đất được quy định trong Hiến pháp nhằm đảm bảo cơ sở pháp lý mang tính hiến định cho hoạt động này. Bên cạnh đó, những trường hợp thu hồi đất xuất phát từ nhu cầu của Nhà nước đã được giới hạn lại, cụ thể là trường hợp thu hồi đất để sử dụng cho mục đích phát triển kinh tế - xã hội thì phải được gắn với “lợi

ích quốc gia, công cộng”. Việc thu hồi đất phải công khai, minh bạch và người bị thu hồi đất sẽ được bồi thường theo quy định của pháp luật.

Điều 62 Luật Đất đai 2013 đã xác định cụ thể trường hợp Nhà nước thu hồi đất để phát triển kinh tế - xã hội vì lợi ích quốc gia, công cộng. Những dự án được Nhà nước “hỗ trợ” thu hồi đất phải thuộc một trong các trường hợp sau:

- Dự án quan trọng quốc gia do Quốc hội quyết định chủ trương đầu tư mà phải thu hồi đất;
- Dự án do Thủ tướng Chính phủ chấp thuận, quyết định đầu tư mà phải thu hồi đất;
- Dự án do Hội đồng nhân dân cấp tỉnh chấp thuận.

Như vậy, Luật Đất đai 2013 đã thể chế hóa triệt để tinh thần Hiến pháp năm 2013 về thu hồi đất. Việc giảm thiểu các trường hợp thu hồi đất vì mục đích phát triển kinh tế sẽ hạn chế sự tùy tiện, lạm dụng trong thu hồi đất chỉ vì lợi ích riêng của doanh nghiệp, từ đó giúp bảo vệ tốt lợi ích chính đáng của người đang sử dụng đất, góp phần hạn chế các khiếu kiện về đất đai, giữ vững ổn định đời sống kinh tế - chính trị - xã hội.

Bên cạnh đó, phạm vi các đối tượng được bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất đã được pháp luật đất đai mở rộng hơn, theo hướng công nhận tính tài sản của quyền sử dụng đất mà không phân biệt loại chủ thể sử dụng đất như trước đây. Cụ thể: “Cộng đồng dân cư, cơ sở tôn giáo, tín ngưỡng đang sử dụng đất mà không phải là đất do Nhà nước giao, cho thuê và có Giấy chứng nhận hoặc có đủ điều kiện để được cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất theo quy định của Luật này mà chưa được cấp” cũng sẽ được bồi thường khi Nhà

nước thu hồi đất¹. Quy định này vừa thể hiện được sự công bằng trong đối xử với người sử dụng đất, vừa thể hiện khẳng định “Quyền sử dụng đất được pháp luật bảo hộ” của Hiến pháp năm 2013.

1.2.2. Tăng cường vai trò giám sát của nhân dân đối với công tác quản lý, sử dụng đất

*** Về quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất**

Đây là nội dung quan trọng của quá trình điều phối đất đai nói riêng và quản lý nhà nước về đất đai nói chung. Các quy định về quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất trong Luật Đất đai 2013 đã được hoàn thiện hơn nhằm đảm bảo tính đồng bộ, liên kết giữa quy hoạch sử dụng đất các cấp và quy hoạch sử dụng đất với các quy hoạch ngành. Cơ chế lấy ý kiến nhân dân, người sử dụng đất cũng được quy định cụ thể và phù hợp hơn. “Việc lấy ý kiến đóng góp của nhân dân về quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất cấp quốc gia, cấp tỉnh được thực hiện thông qua hình thức công khai thông tin về nội dung của quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất trên trang thông tin điện tử của Bộ Tài nguyên và Môi trường, Ủy ban nhân dân cấp tỉnh; việc lấy ý kiến đóng góp của nhân dân về quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất cấp huyện được thực hiện thông qua hình thức tổ chức hội nghị, lấy ý kiến trực tiếp và công khai thông tin về nội dung của quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất trên trang thông tin điện tử của Ủy ban nhân dân cấp tỉnh và Ủy ban nhân dân cấp huyện”².

*** Về tiếp cận thông tin đất đai**

Tiếp cận thông tin đất đai là cơ sở quan trọng để người sử dụng đất có thể chủ động

¹ Khoản 2 Điều 75 Luật Đất đai 2013.

² Điểm a khoản 2 Điều 43 Luật Đất đai 2013.

bảo vệ quyền sử dụng đất hợp pháp của mình. Luật Đất đai 2013 đã quy định cụ thể hệ thống thông tin và quyền tiếp cận thông tin về đất đai. Trách nhiệm của Nhà nước trong việc xây dựng, cung cấp thông tin đất đai được quy định cụ thể như sau³:

- Xây dựng, quản lý hệ thống thông tin đất đai và bảo đảm quyền tiếp cận của tổ chức, cá nhân đối với hệ thống thông tin đất đai;

- Công bố kịp thời, công khai thông tin thuộc hệ thống thông tin đất đai cho tổ chức, cá nhân, trừ những thông tin thuộc bí mật theo quy định của pháp luật;

- Thông báo quyết định hành chính, hành vi hành chính trong lĩnh vực quản lý đất đai cho tổ chức, cá nhân bị ảnh hưởng quyền và lợi ích hợp pháp;

- Cơ quan nhà nước, người có thẩm quyền trong quản lý, sử dụng đất đai có trách nhiệm tạo điều kiện, cung cấp thông tin về đất đai cho tổ chức, cá nhân theo quy định của pháp luật.

Ngoài ra, việc “không cung cấp hoặc cung cấp thông tin về đất đai không chính xác theo quy định của pháp luật” chính thức được coi là hành vi bị nghiêm cấm theo Luật Đất đai 2013⁴. Đây chính là điều kiện để người sử dụng đất và các chủ thể khác trong xã hội có điều kiện thuận lợi hơn trong tiếp cận các thông tin đất đai cần thiết, phục vụ cho nhu cầu của mình. Có thể nói, công khai, minh bạch trong thông tin đất đai cũng chính là điều kiện góp phần phòng, chống tiêu cực, tham nhũng, lãng phí và làm giảm các khiếu kiện trong lĩnh vực đất đai, góp phần nâng cao hiệu lực, hiệu quả quản lý nhà nước về đất đai.

³ Điều 28 Luật Đất đai 2013.

⁴ Khoản 9 Điều 12 Luật Đất đai 2013.

*** Về hoạt động giám sát đối với việc quản lý và sử dụng đất**

Luật Đất đai 2013 đã bổ sung các quy định về cơ chế giám sát, theo dõi và đánh giá việc quản lý, sử dụng đất. Bên cạnh việc giám sát của Quốc hội, Hội đồng nhân dân các cấp, Mặt trận Tổ quốc Việt Nam, các tổ chức thành viên của Mặt trận về việc quản lý và sử dụng đất đai (Điều 198), Luật Đất đai 2013 cũng đã quy định thêm về việc “*giám sát của công dân đối với việc quản lý, sử dụng đất đai*” (Điều 199), như: nội dung giám sát, hình thức giám sát, trách nhiệm của cơ quan nhà nước có thẩm quyền khi nhận được ý kiến của công dân và tổ chức đại diện cho người dân. Ngoài ra, quy định mới về “*Hệ thống theo dõi và đánh giá đối với quản lý và sử dụng đất đai*” (Điều 200) là cơ sở để hoạt động giám sát có thể được thực hiện trên thực tế.

1.3. Tăng cường yếu tố thị trường trong quan hệ đất đai

Nền kinh tế Việt Nam đã được Hiến pháp khẳng định là “*Nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa*”⁵. Vì vậy, với vai trò là một trong 3 yếu tố đầu vào của các hoạt động sản xuất - kinh doanh (bên cạnh nguồn vốn và sức lao động), đất đai (hay quyền sử dụng đất) phải được lưu chuyển một cách “tự nhiên” theo cơ chế thị trường. Điều này đã được thể hiện trong Luật Đất đai 2013 qua các nội dung sau:

1.3.1. Giá đất và chính sách về nghĩa vụ tài chính của người sử dụng đất

Mặc dù cơ chế 2 giá đất vẫn được tiếp tục thừa nhận, nhưng giá đất của Nhà nước đã được quy định “mềm dẻo”, linh hoạt hơn để có thể nhanh chóng “tiệm cận” với giá đất thị trường. Cụ thể, khung giá đất của

⁵ Khoản 1 Điều 51 Hiến pháp năm 2013.

Chính phủ và bảng giá đất của Ủy ban nhân dân (UBND) cấp tỉnh được quy định chu kỳ điều chỉnh ổn định hơn với thời hạn thống nhất là 5 năm. Để giá đất của Nhà nước không bị lạc hậu so với biến đổi của đời sống kinh tế - xã hội, Luật Đất đai 2013 đã quy định: “*Trong thời gian thực hiện khung giá đất mà giá đất phổ biến trên thị trường tăng từ 20% trở lên so với giá tối đa hoặc giảm từ 20% trở lên so với giá tối thiểu trong khung giá đất thì Chính phủ điều chỉnh khung giá đất cho phù hợp*”. Dựa trên sự thay đổi của khung giá, bảng giá đất của UBND cấp tỉnh cũng sẽ được điều chỉnh theo⁶. Quy định này vừa đảm bảo sự thích ứng kịp thời của giá đất nhà nước, vừa loại bỏ được tâm lý tăng giá đất hàng năm như trước đây, khi mà Luật Đất đai 2003 quy định bảng giá đất của UBND cấp tỉnh phải được điều chỉnh hàng năm – một trong những nguyên nhân làm ảnh hưởng không nhỏ đến hiệu quả quản lý và sử dụng đất⁷.

Ngoài ra, Luật Đất đai 2013 cũng quy định thêm một loại giá đất khác của UBND cấp tỉnh là “*giá đất cụ thể*”. Giá đất này được “*cá biệt hóa*”, chỉ được xác định khi Nhà nước cần dùng đến và áp dụng riêng cho từng trường hợp cụ thể. Theo Luật Đất đai 2013, hầu hết các trường hợp xác định nghĩa vụ tài chính của các chủ thể được Nhà nước giao đất có thu tiền sử dụng đất, cho thuê đất và trường hợp bồi thường cho người có đất bị thu hồi sẽ được áp dụng giá đất này⁸. Đây chính là điểm mới quan trọng, khắc phục được nhược điểm trong các quy định của Luật Đất đai 2003 về vấn đề giá đất. Điểm mới này vừa giúp đảm bảo được lợi ích chính đáng của người sử dụng đất, vừa tránh

được “*thất thu*” cho ngân sách nhà nước, khi giá đất làm căn cứ xác định nghĩa vụ tài chính của người sử dụng đất sẽ luôn được “*làm mới*” theo từng thời điểm tính tiền.

1.3.2. Về hình thức phân phối đất đai

Luật Đất đai 2013 đã thực hiện chủ trương mở rộng đối tượng thuê đất, “*thu hẹp*” việc giao đất cho các chủ thể kinh doanh nhằm nâng cao tính thị trường và hàng hóa của quan hệ đất đai⁹. Các đối tượng được Nhà nước “*giao đất không thu tiền sử dụng đất*” và đối tượng được “*giao đất có thu tiền sử dụng đất*” đã được cắt giảm từ 7 (bảy) nhóm trường hợp theo Luật Đất đai 2003 xuống còn 4 (bốn) nhóm trường hợp theo Luật Đất đai 2013. Hầu hết các trường hợp sử dụng đất để sản xuất kinh doanh phi nông nghiệp mà không phải là kinh doanh bất động sản theo quy định của Luật Đất đai mới đều phải chuyển sang thuê đất¹⁰.

Ngoài ra, để đáp ứng nhu cầu của xã hội và đảm bảo cho hình thức phân phối đất đai phù hợp với đặc thù của mục đích sử dụng đất, Luật Đất đai 2013 đã vượt qua “*định kiến*” khi lần đầu tiên quy định hình thức “*giao đất có thu tiền sử dụng đất*” cho doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài thực hiện dự án đầu tư xây dựng nhà ở để bán hoặc để bán kết hợp với cho thuê, thay vì chỉ “*cho thuê đất*” như quy định của các Luật Đất đai trước đây¹¹. Quy định này sẽ loại bỏ được những bất cập trong áp dụng pháp luật đất đai đối với doanh nghiệp có

⁶ Điều 113, 114 Luật Đất đai 2013.

⁷ Xem: Điều 56 Luật Đất đai 2003.

⁸ Xem: khoản 4 Điều 114 Luật Đất đai 2013.

⁹ Nghị quyết 19-NQ/TW ngày 31/10/2012 Hội nghị Trung ương 6 khóa XI về tiếp tục đổi mới chính sách đất đai trong thời kỳ đẩy mạnh toàn diện công cuộc đổi mới, tạo nền tảng đến năm 2020 nước ta căn bản trở thành nước công nghiệp theo hướng hiện đại.

¹⁰ Xem các Điều 33, 34, 35; Điều 54, 55, 56 Luật Đất đai 2013.

¹¹ Xem: khoản 3 Điều 55 Luật Đất đai 2013.

vốn đầu tư nước ngoài kinh doanh nhà ở, từ đó loại bỏ được những tranh chấp giữa nhà đầu tư và khách hàng trong việc thực hiện nghĩa vụ tài chính về sử dụng đất như trường hợp của công ty Phú Mỹ Hưng tại Tp. Hồ Chí Minh trong thời gian gần đây¹².

Có thể nói, cho đến thời điểm hiện tại, các văn bản quy định về việc thi hành Luật Đất đai 2013 đã được ban hành tương đối đầy đủ và đã có hiệu lực¹³. Đây chính là “minh chứng” thể hiện quyết tâm của các cơ quan nhà nước có thẩm quyền trong việc sớm đưa các quy định của Luật Đất đai 2013 - đạo luật được xây dựng trên tinh thần Hiến pháp năm 2013 vào thực tế cuộc sống.

2. Một số vấn đề đặt ra cho pháp luật đất đai hiện nay

Bên cạnh những tiến bộ đạt được, pháp luật đất đai vẫn còn nhiều vấn đề cần phải giải quyết để có thể tạo ra đổi mới thực sự, góp phần đạt được những kết quả mong muốn. Theo tác giả, các vấn đề sau Luật Đất đai 2013 vẫn chưa làm được:

2.1. Tách rời quyền lực nhà nước với quyền sở hữu đất đai

Đây là tiền đề quan trọng để có được các quan hệ tài sản đất đai “thuần khiết” nhưng lại là một nhiệm vụ không đơn giản. Nhà nước (thông qua các cơ quan quản lý đất đai) vừa thực thi quyền đại diện sở hữu đối với đất đai vừa thực hiện chức năng quản lý nhà nước. Quyền lực công là phương tiện hữu hiệu để hỗ trợ quyền sở hữu nhà nước về đất đai và quyền sở hữu

chính là “đôi cánh” cho Nhà nước làm tốt chức năng của mình. Hai yếu tố này từ lâu đã “hòa quyện” vào nhau và nhiều khi khó nhận ra khi nào Nhà nước thực hiện chức năng quản lý đất đai, lúc nào Nhà nước hành xử với tư cách chủ sở hữu. Sự “mơ hồ” này chính là nguyên nhân khiến cho thị trường quyền sử dụng đất kém linh hoạt và quyền tài sản đối với đất đai của người sử dụng đất cũng như những quyền lợi hợp pháp có liên quan đến đất đai của các chủ thể khác thiếu an toàn. Ví dụ:

* Vấn đề bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất

Như đã trình bày ở trên, việc xác định giá đất tính tiền bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất đã được “cá biệt hóa” theo từng trường hợp và thời điểm thu hồi đất với sự tham gia của một “Hội đồng thẩm định giá” (khoản 3 Điều 114 Luật Đất đai 2013). Tuy nhiên, người quyết định cuối cùng vẫn là Chủ tịch UBND cấp tỉnh với tư cách là Chủ tịch Hội đồng này. Cơ chế này khó có thể tạo ra sự khách quan, công bằng thực sự cho người bị thu hồi đất bởi người chịu trách nhiệm bồi thường lại là người được quyết định số tiền bồi thường.

Ngoài ra, đó là việc giải quyết tài sản hợp pháp gắn liền với đất bị thu hồi. Khoản 3 Điều 32 Hiến pháp năm 2013 đã khẳng định: “*Trường hợp thật cần thiết vì lý do quốc phòng, an ninh hoặc vì lợi ích quốc gia, tình trạng khẩn cấp, phòng, chống thiên tai, Nhà nước trưng mua hoặc trưng dụng có bồi thường tài sản của tổ chức, cá nhân theo giá thị trường*”. Nội dung này đã được Luật Đất đai 2013 đảm bảo một phần thông qua quy định về “Bồi thường thiệt hại về tài sản, sản xuất, kinh doanh” (Điều 88 -Điều 94). Tuy nhiên, đối với tài sản là phương tiện sản xuất (máy móc, nhà xưởng,...) có thể di dời được thì vấn đề bồi thường không được đặt ra mà

¹² Xem thêm: Phạm Duy Nghĩa, *Tinh huống: Phú Mỹ Hưng*, Chương trình giảng dạy Kinh tế Fullbright, www.fetp.edu.vn/attachment.aspx?ID=1365, truy cập lúc 9 giờ 15 ngày 12/9/2014.

¹³ Các Nghị định 43/2014/NĐ-CP, 44/2014/NĐ-CP, 45/2014/NĐ-CP, 46/2014/NĐ-CP, 47/2014/NĐ-CP đã bao quát đầy đủ những nội dung cần quy định về thi hành Luật Đất đai 2013.

Nhà nước chỉ hỗ trợ di dời. Như vậy, đối với những tài sản này nếu người bị thu hồi đất không có địa điểm mới để tiếp tục sản xuất kinh doanh hoặc việc tiếp tục sản xuất kinh doanh ở nơi khác không còn hiệu quả buộc họ phải ngừng sản xuất, kinh doanh thì chúng cũng trở nên vô giá trị. Đây là một bất cập rất lớn mà pháp luật đất đai chưa ghi nhận. Nhà nước nếu không muốn (hoặc không thể) bồi thường đối với những tài sản này cũng nên có một phần trách nhiệm bằng việc giúp đỡ người bị thu hồi đất bán những tài sản này cho người có nhu cầu để giảm bớt phần thiệt hại. Có như vậy, việc thu hồi đất của Nhà nước mới có thể thực hiện dễ dàng, thuận lợi.

*** Giải quyết các lợi ích hợp pháp có liên quan đến việc thu hồi đất**

Pháp luật đất đai hiện hành vẫn chưa có quy định về đảm bảo lợi ích hợp pháp của “người thứ ba” khi Nhà nước thu hồi đất. Nếu quyền sử dụng đất bị thu hồi là tài sản đã được thế chấp một cách hợp pháp hoặc gắn liền với công trình xây dựng hình thành trong tương lai đã được bán thì khi thu hồi đất pháp luật cũng cần có cách giải quyết cụ thể, phù hợp đối với những người có liên quan. Trước Luật Đất đai 2013, Nghị định số 181/2004/NĐ-CP ngày 29/10/2004 (Quy định thi hành Luật Đất đai 2003) đã quy định về vấn đề này (tại Điều 35) nhưng cách giải quyết lại mang nặng dấu ấn quyền lực của Nhà nước¹⁴. Do vậy, nếu thu hồi đất mà không có cơ chế giải quyết thỏa đáng vấn đề nêu trên thì Nhà nước phải tìm một phương thức khác phù hợp hơn.

¹⁴ Xem thêm: Lưu Quốc Thái, *Yếu tố thị trường trong quan hệ đất đai giữa Nhà nước và người sử dụng đất trong thị trường quyền sử dụng đất sơ cấp*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 11(235)/2007, tr. 66-80.

2.2. Đảm bảo quyền sử dụng đất là tài sản đối với các chủ thể có cùng mục đích, hình thức sử dụng đất

Quyền sử dụng đất là một loại tài sản đặc biệt, được phép đưa vào lưu thông trên thị trường từ Luật Đất đai 1993. Tuy nhiên, từ đó đến nay việc công nhận nó như một loại tài sản chưa bao giờ được áp dụng thống nhất đối với mọi chủ thể sử dụng đất. Do đó, nhiều chủ thể có quyền sử dụng đất nhưng những quyền mang tính chất tài sản đối với quyền sử dụng đất của họ lại không được pháp luật đất đai ghi nhận. Điển hình là các cơ sở tôn giáo, cộng đồng dân cư. Luật Đất đai 2003 không cho phép cơ sở tôn giáo, cộng đồng dân cư được thực hiện các giao dịch quyền sử dụng đất mà không phân biệt nguồn gốc, mục đích sử dụng đất (khoản 2 Điều 117). Sau đó, Nghị định 84/2007/NĐ-CP ngày 25/5/2007 (quy định thi hành Luật Đất đai 2003) lại cho phép các chủ thể này thực hiện một số giao dịch quyền sử dụng đất như hộ gia đình, cá nhân đối với đất sử dụng vào mục đích sản xuất nông nghiệp, sản xuất lâm nghiệp, sản xuất kinh doanh phi nông nghiệp, làm cơ sở hoạt động từ thiện của cơ sở tôn giáo mà không phải là đất do được Nhà nước giao không thu tiền sử dụng đất (khoản 3 Điều 10). Quy định này tuy hợp lý nhưng lại trái với chính văn bản mà nó quy định thi hành.

Sự không thống nhất trên cho đến nay vẫn chưa được khắc phục trong Luật Đất đai 2013. Điều 181 Luật này tiếp tục có quy định: “*Cơ sở tôn giáo, cộng đồng dân cư sử dụng đất không được chuyển đổi, chuyển nhượng, cho thuê, tặng cho quyền sử dụng đất; không được thế chấp, góp vốn bằng quyền sử dụng đất*”. Nhưng khác với các Luật Đất đai trước đây, Luật Đất đai 2013 lại thừa nhận quyền tài sản đối với đất đai

của các chủ thể này thông qua quy định về bồi thường cho họ khi Nhà nước thu hồi đất¹⁵. Từ đó cho thấy, hạn chế cố hữu của pháp luật đất đai là tính “thiếu thống nhất” vẫn chưa được khắc phục. Rõ ràng, nếu Nhà nước đã chấp nhận bồi thường về đất cho một người sử dụng đất khi thu hồi đất thì có nghĩa quyền sử dụng đất đó phải được phép “quy ra tiền” và phải được giao dịch trên thị trường. Tuy nhiên, yếu tố thứ hai lại tiếp tục không được Luật Đất đai 2013 thừa nhận.

2.3. Cụ thể hóa các quy định liên quan đến đảm bảo chấp hành pháp luật đất đai và bảo hộ quyền sử dụng đất hợp pháp

Đảm bảo việc chấp hành tốt pháp luật đất đai là yêu cầu bắt buộc để tăng cường hiệu lực, hiệu quả quản lý nhà nước về đất đai và cũng là điều kiện tiên quyết để “bảo hộ quyền sử dụng đất hợp pháp” được ghi nhận trong Hiến pháp năm 2013. Phải thừa nhận rằng, Luật Đất đai 2013 có nhiều quy định mới, tiến bộ hơn trước đây để hướng đến điều này¹⁶. Tuy vậy, các quy định hiện có của pháp luật đất đai còn khá chung chung, nếu áp dụng khó có thể đem lại kết quả như mong muốn. Các vấn đề sau đây pháp luật đất đai cần phải tiếp tục làm rõ:

(i) Việc sử dụng ý kiến đóng góp của nhân dân về quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất theo Điều 42 Luật Đất đai 2013 như thế nào? Nếu đa số người dân trong khu vực lấy ý kiến về quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất không đồng tình với quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất dự kiến của Nhà nước thì xử lý ra sao? Nếu không có lời giải đáp rõ ràng cho những câu hỏi này thì tình trạng “quy hoạch treo”, kém chất lượng vẫn sẽ còn tiếp tục

xuất hiện ở nước ta.

(ii) Việc thực hiện giám sát của công dân đối với việc quản lý, sử dụng đất đai (Điều 199 Luật Đất đai 2013) theo cơ chế nào và trách nhiệm của các cơ quan quản lý đến đâu nếu không thực hiện theo yêu cầu của người dân trong quá trình thực thi quyền giám sát của họ?

(iii) Đường lối giải quyết các tranh chấp đất đai cụ thể. Đây là một vấn đề quan trọng nhưng gần như bị “bỏ ngỏ”, không được quy định trong Luật Đất đai kể từ khi chế độ sở hữu toàn dân đối với toàn bộ đất đai được xác lập trong Hiến pháp 1980. Đây chính là nguyên nhân cơ bản khiến cho tranh chấp đất đai kéo dài với số lượng ngày càng đông người dân tham gia, tiềm ẩn nhiều nguy cơ gây mất ổn định chính trị, tình hình trật tự an toàn xã hội¹⁷. Do đó, cần nhanh chóng quy định rõ vấn đề này.

3. Kết luận

Đất đai là tài nguyên thiên nhiên, là tài sản vô cùng quý báu. Nó là yếu tố không thể thiếu đối với mọi hoạt động sản xuất kinh doanh cũng như sinh hoạt của con người. Hơn thế nữa, đất đai còn là loại tư liệu sản xuất bị hạn chế về nguồn cung nên việc phân bổ, sử dụng phải thực sự hợp lý mới đáp ứng tốt nhu cầu của đời sống xã hội¹⁸. Chính vì vậy, Nhà nước đã không ngừng hoàn thiện pháp luật về đất đai.

Hiến pháp năm 2013 bên cạnh việc tái khẳng định chế độ sở hữu toàn dân đối với đất đai đã có nhiều quy định quan trọng, tạo cơ sở hiến định cho việc quản lý và sử dụng

(Xem tiếp trang 45)

¹⁵ Điều 81 Luật Đất đai 2013; Điều 5 Nghị định số 47/2014/NĐ-CP ngày 15/5/2014 quy định về bồi thường, hỗ trợ, tái định cư khi Nhà nước thu hồi đất.

¹⁶ Xem phần 1 của bài viết.

¹⁷ Hội đồng phối hợp công tác phổ biến pháp luật của Chính phủ, *Tranh chấp, khiếu nại, tố cáo về đất đai và giải quyết tranh chấp, khiếu nại, tố cáo về đất đai*, Đặc san tuyên truyền pháp luật số 09/2009.

¹⁸ Trường Đại học Luật TP.Hồ Chí Minh, *Giáo trình Luật Đất đai*, Nxb. Hồng Đức 2012, tr. 3.

MỘT SỐ KIẾN NGHỊ HOÀN THIỆN CÁC QUY ĐỊNH VỀ TUỔI CHỊU TRÁCH NHIỆM HÌNH SỰ TRONG PHÁP LUẬT HÌNH SỰ VIỆT NAM

Nguyễn Văn Niên*
Nguyễn Văn Thuyết**

Tóm tắt: Trên cơ sở trình bày, phân tích các quy định về tuổi chịu trách nhiệm hình sự trong pháp luật hình sự Việt Nam, tác giả bình luận những ưu điểm và hạn chế về vấn đề này, từ đó đưa ra một số kiến nghị nhằm hoàn thiện các quy định về tuổi chịu trách nhiệm hình sự trong giai đoạn hiện nay.

Abstract: Basing on the presentation and analysis of age of criminal responsibility in Vietnam's criminal law, the article provides comments on the advantages and shortcomings of this issue. It thereafter gives some relevant recommendations to improve provisions on age of criminal liability in this period of time.

Tuổi chịu trách nhiệm hình sự là vấn đề luôn được quan tâm của khoa học Luật hình sự. Qua mỗi giai đoạn phát triển của Luật hình sự nước ta, vấn đề tuổi chịu trách nhiệm hình sự ngày càng được hoàn thiện hơn, cụ thể hơn. Bộ luật Hình sự 1999 (BLHS) ra đời đánh dấu một bước phát triển mới của quá trình pháp điển hóa pháp luật hình sự của Nhà nước ta. Các quy định về tuổi chịu trách nhiệm hình sự đã rõ ràng hơn, đảm bảo cho việc áp dụng pháp luật hình sự trong xử lý tội phạm thuận lợi. Tuy nhiên, nghiên cứu một cách tổng thể cho thấy những quy định hiện hành vẫn chưa thực sự đầy đủ, thống nhất, chưa hoàn toàn phù hợp với thực tiễn cuộc sống và vẫn còn những quy định chưa rõ ràng.

1. Những quy định của pháp luật hình sự Việt Nam hiện hành về tuổi chịu trách nhiệm hình sự

a. Những quy định trong Phần chung của Bộ luật Hình sự

BLHS quy định về độ tuổi chịu trách nhiệm hình sự tại Điều 12 như sau:

“1. Người từ đủ 16 tuổi trở lên phải chịu trách nhiệm hình sự về mọi tội phạm.

2. Người từ đủ 14 tuổi trở lên, nhưng chưa đủ 16 tuổi phải chịu trách nhiệm hình sự về tội phạm rất nghiêm trọng do cố ý hoặc tội phạm đặc biệt nghiêm trọng”¹.

Quy định độ tuổi chịu trách nhiệm hình sự không chỉ thể hiện chính sách hình sự của Nhà nước, mà còn đảm bảo điều kiện cho chủ thể có năng lực trách nhiệm hình sự. Độ tuổi bắt đầu phải chịu trách nhiệm hình sự phải đảm bảo chủ thể này có năng lực trách nhiệm hình sự. Quy định về tuổi chịu trách nhiệm hình sự trong BLHS Việt Nam được xây dựng theo đòi hỏi này².

Việc xác định tuổi chịu trách nhiệm hình sự là tính đủ theo từng ngày³. Trong trường hợp có điều kiện để xác định ngày,

¹ Bộ luật Hình sự năm 1999 (sửa đổi, bổ sung năm 2009), Nxb. Chính trị quốc gia, 2010, tr. 53.

² GS. TS. Nguyễn Ngọc Hòa, Tội phạm và cấu thành tội phạm, Nxb. Công an nhân dân, 2010, tr.59.

³ Học viện Cảnh sát nhân dân, Giáo trình Luật Hình sự (Phần chung), Nxb. Công an nhân dân, 2011, tr.134.

*, ** TS., Khoa Luật - Học viện cảnh sát.

tháng, năm sinh thì tính đến ngày, tháng, năm sinh của người đó.

“Việc xác định tuổi của bị can, bị cáo là người chưa thành niên do cơ quan tiến hành tố tụng thực hiện theo quy định của pháp luật. Trường hợp đã áp dụng các biện pháp hợp pháp mà vẫn không xác định được chính xác ngày, tháng, năm sinh của bị can, bị cáo thì tuổi của họ được xác định như sau:

1. Trường hợp xác định được tháng sinh cụ thể nhưng không xác định được ngày thì trong tháng đó lấy ngày cuối cùng của tháng đó làm ngày sinh của bị can, bị cáo;

2. Trường hợp xác định được quý cụ thể của năm, nhưng không xác định được ngày tháng nào trong quý đó thì lấy ngày cuối cùng của tháng cuối cùng trong quý đó làm ngày sinh của bị can, bị cáo;

3. Trường hợp xác định được cụ thể nửa đầu năm hay nửa cuối năm, nhưng không xác định được ngày tháng nào trong nửa đầu năm hoặc nửa cuối năm đó thì lấy ngày 30 tháng 6 hoặc ngày 31 tháng 12 tương ứng của năm đó làm ngày sinh của bị can, bị cáo;

4. Trường hợp xác định được năm sinh cụ thể nhưng không xác định được ngày, tháng sinh của bị can, bị cáo thì lấy ngày 31 tháng 12 của năm đó làm ngày sinh của bị can, bị cáo;

5. Trường hợp không xác định được năm sinh của bị can, bị cáo là người chưa thành niên thì phải tiến hành giám định để xác định tuổi của họ”⁴.

⁴ Điều 6 Thông tư liên tịch số 01/2011/TTLT-VKSTC-TANDTC-BCA-BTP-BLĐT BXH của Viện Kiểm sát nhân dân tối cao, Tòa án nhân dân tối cao, Bộ Công an, Bộ Tư pháp, Bộ Lao động - Thương binh và Xã hội ngày 12 tháng 07 năm 2011 về Hướng dẫn thi hành một số quy định của Bộ luật Tố tụng Hình sự đối với người tham gia tố tụng là người chưa thành niên.

Đây chính là một trong những nội dung của nguyên tắc “suy đoán vô tội” được áp dụng có lợi cho người thực hiện hành vi nguy hiểm cho xã hội, tòa án chỉ xét xử khi có đủ các căn cứ kết luận bị cáo là người đủ tuổi chịu trách nhiệm hình sự. Trong các văn bản hướng dẫn cũng nêu rõ, thực hiện đầy đủ các biện pháp nhưng vẫn không xác định được tuổi của bị can, bị cáo hoặc có căn cứ cho thấy các giấy tờ pháp lý không đáng tin cậy thì cần trưng cầu giám định tuổi của bị can, bị cáo. Kết luận giám định đó được dùng làm căn cứ để xác định độ tuổi chịu trách nhiệm hình sự của bị can, bị cáo cũng như việc áp dụng loại hình phạt, mức hình phạt đối với họ.

Ngoài quy định tại Điều 12, trong Phần chung BLHS còn chứa đựng những quy định khác bao hàm nội dung tuổi chịu trách nhiệm hình sự, cụ thể về đường lối xử lý người chưa thành niên phạm tội được quy định tại Chương X. Theo đó, việc xử lý người chưa thành niên phạm tội chủ yếu nhằm giáo dục, giúp đỡ, uốn nắn, sửa sai, giúp họ phát triển, hoàn thiện về nhận thức và về hành vi phù hợp với xã hội; không áp dụng hình phạt chung thân, tử hình, hình phạt tiền, hình phạt bổ sung đối với người chưa thành niên phạm tội. Người chưa thành niên phạm tội là khái niệm dùng để chỉ một dạng chủ thể đặc biệt của tội phạm là người từ đủ 14 tuổi đến dưới 18 tuổi.

Như vậy, Phần chung của BLHS đã quy định cụ thể tuổi chịu trách nhiệm hình sự, đồng thời quy định những vấn đề liên quan đến giảm nhẹ trách nhiệm hình sự đối với người từ đủ 14 tuổi đến dưới 18 tuổi.

b. Những quy định trong Phần các tội phạm của Bộ luật Hình sự

Phần các tội phạm trong BLHS bao gồm 276 điều luật với 272 điều luật quy định về

các tội phạm và 4 điều luật khác (Điều 92, Điều 277, Điều 292, Điều 315). Phần lớn các điều luật đều không quy định tuổi chịu trách nhiệm hình sự cụ thể, tức là chỉ cần đạt độ tuổi theo quy định tại Điều 12.

Trong các tội phạm cụ thể thường không quy định tội phạm nào là tội phạm rất nghiêm trọng, tội phạm đặc biệt nghiêm trọng, mà căn cứ theo khoản 2 và khoản 3 Điều 8 BLHS để xác định tội phạm thuộc loại nào từ đó xem xét có đủ tuổi chịu trách nhiệm hình sự hay không.

Theo khảo sát của tác giả, trong BLHS có 104/272 điều luật quy định về tội phạm cụ thể mà chủ thể chỉ có thể là người từ đủ 16 tuổi trở lên (luôn là tội phạm ít nghiêm trọng, tội phạm nghiêm trọng hoặc tội phạm rất nghiêm trọng thực hiện dưới hình thức lỗi vô ý).

Trong Phần các tội phạm của BLHS còn có những quy định riêng biệt về tuổi chịu trách nhiệm hình sự đối với một số tội phạm. Theo đó, tuổi chịu trách nhiệm hình sự ở một số tội phạm có thể ở mức khác nhau.

Tội tổ chức tảo hôn, Tội tảo hôn (Điều 148 BLHS) theo hướng dẫn của Thông tư liên tịch số 01/2001/TTLT-BTP-BCA-TANDTC-VKSNDTC ngày 25-9-2001 của Bộ Tư pháp, Bộ Công an, Tòa án nhân dân tối cao và Viện kiểm sát nhân dân tối cao về việc hướng dẫn áp dụng các quy định tại Chương XV “các tội xâm phạm chế độ hôn nhân và gia đình” của BLHS năm 1999, mục 4.5 quy định:

“Chủ thể của Tội tảo hôn là bất kỳ người nào có năng lực trách nhiệm hình sự đã đủ tuổi kết hôn theo quy định của pháp luật hôn nhân và gia đình”⁵.

Theo quy định tại điểm a khoản 1 Điều 8 Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014 thì tuổi kết hôn đối với nam là từ đủ 20 tuổi trở lên, tuổi kết hôn đối với nữ là từ đủ 18 tuổi trở lên⁶.

BLHS quy định độ tuổi chịu trách nhiệm hình sự từ đủ 18 tuổi trở lên tại 3 điều khoản: Tội giao cấu với trẻ em (Điều 115), Tội dâm ô với trẻ em (Điều 116) và Tội mua dâm người chưa thành niên (Điều 256).

Qua khảo sát các quy định của BLHS hiện hành cho thấy, quy định về tuổi chịu trách nhiệm hình sự giữa Phần chung và Phần các tội phạm chưa thống nhất với nhau; nhiều thuật ngữ được sử dụng chưa được giải thích cụ thể dẫn đến nhiều cách hiểu khác nhau.

2. Một số kiến nghị hoàn thiện các quy định về tuổi chịu trách nhiệm hình sự

Mặc dù mới có hiệu lực gần 15 năm và đã được sửa đổi một lần vào năm 2009, nhưng những quy định trong BLHS đã bộc lộ một số thiếu sót, chủ yếu xuất phát từ kỹ thuật lập pháp hoặc do sự thay đổi của tình hình thực tiễn. Để hoàn thiện, tác giả đề xuất sửa đổi những vấn đề sau:

a. Sửa đổi Điều 12 Bộ luật Hình sự

Điều 12 quy định:

“1. Người từ đủ 16 tuổi trở lên phải chịu trách nhiệm hình sự về mọi tội phạm.

2. Người từ đủ 14 đến dưới 16 tuổi phải chịu trách nhiệm hình sự về tội phạm rất nghiêm trọng do cố ý và tội phạm đặc biệt nghiêm trọng”.

Điều luật không có một sự loại trừ nào, vì vậy có thể hiểu tất cả các hành vi nguy hiểm cho xã hội được quy định trong BLHS do người từ đủ 16 tuổi trở lên thực hiện đều

⁵ Hệ thống văn bản hướng dẫn thi hành Bộ luật Hình sự năm 1999, Học viện cảnh sát, tr.182.

⁶ Luật Hôn nhân và Gia đình ngày 19 tháng 6 năm 2014 có hiệu lực từ ngày 01 tháng 01 năm 2015.

phải chịu trách nhiệm hình sự. Tuy nhiên, một số tội phạm quy định trong phân cụ thể lại xác định độ tuổi phạm tội như Điều 115, Điều 116, Điều 256. Những điều luật này xác định tuổi chịu trách nhiệm hình sự là từ đủ 18 tuổi trở lên, hoặc như Tội tảo hôn quy định tại Điều 148 là nam từ đủ 20 tuổi trở lên, nữ từ 18 đủ tuổi trở lên. Vì vậy, tác giả kiến nghị sửa Điều 12 như sau:

Điều 12: Tuổi chịu trách nhiệm hình sự

1. *Người từ đủ 16 tuổi trở lên phải chịu trách nhiệm hình sự về mọi tội phạm;*
2. *Người từ đủ 14 đến dưới 16 tuổi phải chịu trách nhiệm hình sự về tội phạm rất nghiêm trọng do cố ý và tội phạm đặc biệt nghiêm trọng;*
3. *Nếu trong các tội phạm cụ thể xác định độ tuổi khác cao hơn quy định tại Điều này thì áp dụng các quy định tại điều luật đó.*

Về vấn đề này một số nhà khoa học cho rằng, khoản 1 Điều 12 cần sửa đổi thành: “Người từ đủ 16 tuổi trở lên phải chịu trách nhiệm hình sự về mọi tội phạm trừ trường hợp có quy định khác”⁷. Tuy nhiên, theo quan điểm của tác giả nên bổ sung thành một khoản độc lập, việc bổ sung thêm khoản 3 sẽ đảm bảo tính phù hợp của những quy định cá biệt về độ tuổi trong Phần các tội phạm cụ thể, đồng thời không chế độ tuổi tối thiểu chịu trách nhiệm hình sự.

b. Cần giải thích cụ thể và xác định độ tuổi trong các thuật ngữ: trẻ em, người chưa thành niên, người già

Hiện nay, các thuật ngữ này được dùng nhiều trong BLHS, tuy nhiên do sử dụng

không đồng nhất trong các điều luật nên cần phải giải thích cụ thể.

Về “trẻ em”, trong Điều 112, Điều 115 BLHS, trẻ em được xác định cụ thể là từ đủ 13 đến dưới 16 tuổi. Ở một số trường hợp khác không được xác định cụ thể, như điểm h khoản 1 Điều 48 quy định tình tiết tăng nặng phạm tội với trẻ em; Điều 116 quy định về Tội dâm ô với trẻ em... và nhiều quy định khác không xác định cụ thể độ tuổi của trẻ em. Mặc dù trong những trường hợp này có thể hiểu áp dụng với tất cả trẻ em. Nhưng trẻ em là từ bao nhiêu tuổi trở xuống? Sở dĩ đặt ra câu hỏi như vậy là vì hiện nay, trong hệ thống pháp luật nước ta còn có những quy định khác nhau về trẻ em, vậy khi dẫn chiếu thì áp dụng như thế nào. Chẳng hạn, Điều 1 Luật Bảo vệ, chăm sóc và giáo dục trẻ em năm 2005 quy định: “Trẻ em quy định trong Luật này là công dân Việt Nam dưới 16 tuổi”. Hoặc trong một số công ước quốc tế mà Việt Nam đã ký kết hoặc phê chuẩn đều xác định trẻ em là dưới 18 tuổi. Ví dụ: Điều 1 Công ước quốc tế về quyền trẻ em quy định: “Trẻ em có nghĩa là người dưới 18 tuổi, trừ trường hợp luật pháp áp dụng với trẻ em đó quy định tuổi thành niên sớm hơn”⁸, Điều 2 Công ước 182 của Tổ chức Lao động quốc tế (ILO) về “Cấm và hành động tức thời để loại bỏ các hình thức lao động trẻ em tồi tệ nhất” quy định: “thuật ngữ “trẻ em” sẽ được áp dụng cho tất cả những ai dưới 18 tuổi”⁹.

Như vậy, cách hiểu về trẻ em hiện nay vẫn chưa đồng nhất, nên cần có những giải thích cụ thể.

⁷ TS. Trịnh Tiến Việt, Thông tin Khoa học pháp lý, Bộ Tư pháp, *Những kiến nghị sửa đổi, bổ sung các quy định của Phần chung BLHS trước yêu cầu đổi mới của đất nước*, số 02/2012, tr.38.

⁸ http://www.unicef.org/vietnam/vi/03_-_Cong_uoc_LHQ_ve_quyen_tre_em_1989.pdf

⁹ <http://www.ilo.org/public/english///region/asro/bangkok/child/trafficking/downloads/c182-vietnamese.pdf>

Về "*người chưa thành niên*", một số điều luật cụ thể đã xác định tuổi của người chưa thành niên như Điều 256 xác định người chưa thành niên từ đủ 16 đến dưới 18 tuổi. Tuy nhiên, những quy định khác trong BLHS không xác định cụ thể, như Điều 48 quy định về tình tiết tăng nặng trách nhiệm hình sự tại điểm n khoản 1: "*Xúi giục người chưa thành niên phạm tội*" hay "*Tội dụ dỗ, ép buộc hoặc chứa chấp người chưa thành niên phạm pháp*" quy định tại Điều 252 Tội lây truyền HIV cho người khác tại Điều 117...

Nếu xét ở góc độ hệ thống, có thể dẫn chiếu quy định của Bộ luật Dân sự về người chưa thành niên để áp dụng. Tuy nhiên, để đảm bảo tính thống nhất cần có hướng dẫn cụ thể.

Về "*người già*", trong hệ thống pháp luật của nước ta hiện nay chỉ đề cập và giải thích khái niệm về "*người cao tuổi*". Cụ thể, Luật Người cao tuổi năm 2009 quy định, "*người cao tuổi*" là công dân Việt Nam từ đủ 60 tuổi trở lên.

Riêng chỉ có BLHS và Bộ luật Tố tụng Hình sự đề cập tới "*người già*", nhưng lại không giải thích khái niệm. Theo đó, BLHS quy định "*người phạm tội là người già*" là một tình tiết giảm nhẹ (điểm m khoản 1 Điều 46), "*phạm tội đối với người già*" là một tình tiết tăng nặng (điểm h khoản 1 Điều 48). Ngoài ra, BLHS còn quy định "*người đã quá già yếu*" có thể được tòa án xét giảm thời hạn chấp hành hình phạt (Điều 58). Tuy nhiên, như thế nào là "*người già*", "*người quá già yếu*" thì BLHS lại không giải thích.

Điều 88 Bộ luật Tố tụng Hình sự quy định về biện pháp tạm giam có đưa ra trường hợp loại trừ bao gồm: "*bị can, bị cáo là phụ nữ có thai hoặc đang nuôi con dưới*

ba mươi sáu tháng tuổi, là người già yếu, người bị bệnh nặng mà nơi cư trú rõ ràng thì không tạm giam mà áp dụng biện pháp ngăn chặn khác,...".

Chính vì vậy, để áp dụng thống nhất pháp luật hình sự, Tòa án nhân dân tối cao đã ban hành hướng dẫn giải thích hai khái niệm này. Theo Nghị quyết số 01/2006/NQ-HĐTP của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao, "*người già*" là "*người từ 70 tuổi trở lên*", Còn theo Nghị quyết số 01/2007/NQ-HĐTP của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao, "*người quá già yếu*" là "*người từ 70 tuổi trở lên hoặc là người từ 60 tuổi trở lên nhưng thường xuyên đau ốm*".

Ngay trong các nghị quyết của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao, khái niệm "*người già*" cũng được giải thích không thống nhất. Nếu theo Nghị quyết 01/2006/NQ-HĐTP thì người già là người từ 70 tuổi trở lên, còn nếu theo Nghị quyết 01/2007 thì người già là người từ 60 tuổi trở lên.

Hơn nữa, Nghị quyết của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao cũng chưa phải là văn bản giải thích chính thức. Chính điều này đã dẫn đến việc áp dụng không thống nhất quy định của BLHS trong thực tiễn.

Trên cơ sở đó, tác giả kiến nghị cần có một nghị quyết của Ủy ban Thường vụ Quốc hội giải thích các quy định của BLHS đối với các thuật ngữ này như sau:

- *Trẻ em là người dưới 16 tuổi;*
- *Người chưa thành niên là người dưới 18 tuổi;*
- *Người già là người từ 70 tuổi trở lên;*

Nếu trong các điều luật của BLHS xác định cụ thể độ tuổi của các đối tượng trên thì áp dụng quy định của điều luật đó.

Về lâu dài, với xu thế hội nhập quốc tế trên tất cả các mặt của đời sống xã hội, các quy định của pháp luật quốc gia cũng phải điều chỉnh cho phù hợp với pháp luật quốc tế (Việt Nam là thành viên công ước quốc tế về quyền trẻ em). Theo đó, độ tuổi của trẻ em cần điều chỉnh đồng bộ trong hệ thống pháp luật là 18 tuổi.

c. Cần xác định cụ thể độ tuổi chịu trách nhiệm hình sự trong một số tội phạm cụ thể

Hiện nay, trong một số tội phạm cụ thể không quy định độ tuổi chịu trách nhiệm hình sự, nhưng trong các thông tư hướng dẫn lại đưa ra độ tuổi chịu trách nhiệm hình sự. Xét về nội dung là phù hợp, nhưng xét về kỹ thuật lập pháp và giá trị pháp lý thì không bảo đảm.

Tại Điều 148 BLHS quy định về Tội tổ chức tảo hôn, Tội tảo hôn: “Người nào có một trong các hành vi sau đây, đã bị xử phạt hành chính về hành vi này mà còn vi phạm, thì bị phạt cảnh cáo, cải tạo không giam giữ đến hai năm hoặc bị phạt tù từ ba tháng đến hai năm:

a) Tổ chức việc kết hôn cho những người chưa đến tuổi kết hôn;

b) Cố ý duy trì quan hệ vợ chồng trái pháp luật với người chưa đến tuổi kết hôn mặc dù đã có quyết định của Tòa án buộc chấm dứt quan hệ đó”.

Theo quy định tại điểm b thì người phạm tội tảo hôn là bất kỳ ai đủ tuổi chịu trách nhiệm hình sự quy định tại Điều 12 (không khống chế độ tuổi trong điều luật).

Như vậy, về nguyên tắc đây là tội phạm ít nghiêm trọng nên tất cả những người từ đủ 16 tuổi trở lên mà duy trì quan hệ vợ chồng trái pháp luật với người chưa đến tuổi kết hôn mặc dù đã có quyết định của Tòa án

buộc chấm dứt quan hệ đó thì phải chịu trách nhiệm hình sự.

Nhưng tại Thông tư liên tịch số 01/2001/TTLT-BTP-BCA-TANDTC-VKSNDTC giải thích về hành vi tảo hôn tại tiểu mục 4.1 mục 4: “Tảo hôn là việc lấy vợ, lấy chồng khi một bên hoặc cả hai bên chưa đủ tuổi kết hôn theo quy định của pháp luật hôn nhân và gia đình”.

Khi đề cập đến chủ thể của Tội này, tại đoạn 2 tiểu mục 4.5 lại xác định: “Chủ thể của Tội tảo hôn là bất kỳ người nào có năng lực trách nhiệm hình sự đã đủ tuổi kết hôn theo quy định của pháp luật hôn nhân và gia đình. Theo quy định tại Điều 8 Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014 thì tuổi kết hôn của nam là từ đủ 20 tuổi trở lên, tuổi kết hôn của nữ là từ đủ 18 tuổi trở lên”. Như vậy, quy định của Thông tư đã vô hình trung làm sai lệch quy định của Luật. Để đảm bảo tính phù hợp và đồng bộ, tác giả kiến nghị sửa đổi Điều 148 BLHS như sau:

Điều 148: Tội tổ chức tảo hôn, Tội tảo hôn

Người nào có một trong các hành vi sau đây, đã bị xử phạt hành chính về hành vi này mà còn vi phạm, thì bị phạt cảnh cáo, cải tạo không giam giữ đến hai năm hoặc bị phạt tù từ ba tháng đến hai năm:

1. Tổ chức việc kết hôn cho những người chưa đến tuổi kết hôn;

2. Đã đủ tuổi kết hôn nhưng cố ý duy trì quan hệ vợ chồng trái pháp luật với người chưa đến tuổi kết hôn mặc dù đã có quyết định của Tòa án buộc chấm dứt quan hệ đó”.

Đây là điều luật có kết cấu đặc biệt trong BLHS, không có khoản nhưng có điểm. Để đảm bảo tính thống nhất, tác giả

kiến nghị đổi điểm a, điểm b thành khoản 1, khoản 2.

d. Xem xét điều chỉnh loại và mức trách nhiệm hình sự cho các lứa tuổi

Hiện nay, do tình trạng người chưa thành niên phạm tội và thậm chí là người dưới 14 tuổi thực hiện hành vi nguy hiểm cho xã hội diễn biến phức tạp, có chiều hướng gia tăng về số lượng và tính chất, mức độ nguy hiểm của hành vi. Chính điều này đã xuất hiện hai luồng quan điểm khác nhau về tuổi tối thiểu chịu trách nhiệm hình sự, loại và mức hình phạt đối với tội phạm ở lứa tuổi vị thành niên.

Về tuổi chịu trách nhiệm hình sự, quan điểm thứ nhất cho rằng, nên giảm xuống so với mức 14 tuổi như hiện nay. Quan điểm này xuất phát từ sự phát triển sớm về thể chất và nhận thức của trẻ em; đồng thời thực tiễn quản lý xã hội cũng cho thấy, số người thực hiện hành vi nguy hiểm đáng kể cho xã hội cũng khá nhiều ở lứa tuổi dưới 14 tuổi. Quan điểm thứ hai cho rằng, nên giữ nguyên như hiện tại, vì như thế là phù hợp với tình hình chung của thế giới.

Qua nghiên cứu tác giả cho rằng, có thể xem xét việc giảm tuổi tối thiểu chịu trách nhiệm hình sự. Tuy nhiên, chưa thể tiến hành ngay mà cần nghiên cứu một cách đồng bộ các vấn đề xã hội để xác định nguyên nhân dẫn đến tình trạng trên. Nếu xác định đó là vấn đề tất yếu của kinh tế thị trường và xã hội hiện đại thì cần hạ độ tuổi chịu trách nhiệm hình sự để bảo vệ các quan hệ cần thiết trước nguy cơ bị xâm hại.

Về hình phạt áp dụng đối với người chưa thành niên. Qua những vụ án đặc biệt nghiêm trọng do người chưa thành niên thực hiện xảy ra trong thời gian qua, mặc dù hậu quả gây ra cho xã hội là đặc biệt lớn,

nhưng trách nhiệm hình sự mà họ phải gánh chịu chỉ là tối đa 12 năm tù hoặc 18 năm tù đã gây bức xúc rất lớn cho xã hội.

Để đảm bảo tính răn đe, tác giả kiến nghị nâng mức hình phạt tù đối với người từ đủ 14 đến dưới 18 tuổi lên cao hơn. Tuy nhiên, trong chính sách giảm hình phạt đã tuyên, cần có quy định riêng cho lứa tuổi này sớm hơn so với người đã thành niên. Về vấn đề này, đã có quan điểm nâng mức hình phạt tối đa đối với người chưa thành niên lên các mức 15 năm tù và 21 năm tù¹⁰. Theo quan điểm của tác giả, cần nâng mức tối đa hơn nữa, cụ thể:

Điều 74: “...Đối với người từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi..., thì mức hình phạt cao nhất được áp dụng không quá 24 năm.

Đối với người từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi..., thì mức hình phạt cao nhất được áp dụng không quá 18 năm”.

Tuy nhiên, đây cũng chỉ là giải pháp cấp bách cho một giai đoạn phát triển của xã hội. Về lâu dài, với xu hướng phát triển của nhân loại và hội nhập toàn cầu của Việt Nam, chắc chắn chúng ta phải nâng dần độ tuổi chịu trách nhiệm hình sự.

Trên đây là một vài kiến nghị hoàn thiện các quy định về tuổi chịu trách nhiệm hình sự trong pháp luật hình sự Việt Nam, hy vọng sẽ góp phần tích cực vào hoàn thiện hệ thống lý luận về tuổi chịu trách nhiệm hình sự, rất mong được sự quan tâm, trao đổi của các nhà khoa học, cán bộ công tác thực tiễn.

¹⁰ PGS. TS. Dương Tuyết Miên, *Quy định về hình phạt và tổng hợp hình phạt đối với người chưa thành niên phạm tội trong Bộ luật Hình sự Việt Nam hiện hành và một số kiến nghị*, Kỷ yếu hội thảo: Chính sách hình sự và thực tiễn công tác thi hành án hình sự, thi hành biện pháp tư pháp đối với người chưa thành niên phạm tội, Ủy ban Tư pháp của Quốc hội, 2013.

SỬA ĐỔI, BỔ SUNG ĐIỀU 192 BỘ LUẬT HÌNH SỰ HIỆN HÀNH VỀ TỘI TRỒNG CÂY THUỐC PHIỆN HOẶC CÁC LOẠI CÂY KHÁC CÓ CHỨA CHẤT MA TÚY

*Ngô Văn Vịnh**
*Dương Thanh Liêm***

Tóm tắt: Trên cơ sở quy định của Bộ luật Hình sự hiện hành và văn bản quy phạm pháp luật có liên quan, tác giả phân tích làm rõ các dấu hiệu pháp lý của Tội trồng cây thuốc phiện hoặc các loại cây khác có chứa chất ma túy, từ đó đề xuất hướng sửa đổi, bổ sung Điều 192 Bộ luật Hình sự cho phù hợp với thực tiễn hiện nay.

Abstract: Basing on the current Penal Code and relevant legal normative documents, the authors analyse legal signs of crimes with respect to the plantation of opium poppy or other drug-contained species. They thereafter make proposals to amend Article 192 of the Penal Code for compatibility with current practice.

1. Dấu hiệu pháp lý của Tội trồng cây thuốc phiện hoặc các loại cây khác có chứa chất ma túy

Tội trồng cây thuốc phiện hoặc các loại cây khác có chứa chất ma túy được quy định tại Điều 192 Bộ luật Hình sự (BLHS) hiện hành như sau:

"1. Người nào trồng cây thuốc phiện, cây cô ca, cây cần sa hoặc các loại cây khác có chứa chất ma túy, đã được giáo dục nhiều lần, đã được tạo điều kiện để ổn định cuộc sống và đã bị xử phạt hành chính về hành vi này mà còn vi phạm, thì bị phạt tù từ sáu tháng đến ba năm.

2. Phạm tội thuộc một trong các trường hợp sau đây, thì bị phạt tù từ ba năm đến bảy năm:

- a) Có tổ chức;
- b) Tái phạm tội này.

3. Người phạm tội còn có thể bị phạt tiền từ một triệu đồng đến năm mươi triệu đồng".

Trên cơ sở quy định trên, kết hợp với Thông tư liên tịch của Bộ Công an - Viện kiểm sát nhân dân tối cao - Tòa án nhân dân tối cao - Bộ Tư pháp số 17/2007/TTLT - BCA - VKSNDTC - TANDTC - BTP ngày 24 tháng 12 năm 2007 hướng dẫn áp dụng một số quy định tại Chương XVIII "Các tội phạm về ma túy" của BLHS (sau đây gọi tắt là Thông tư liên tịch số 17) có thể rút ra các dấu hiệu pháp lý đặc trưng của tội phạm này như sau:

- Khách thể của tội phạm:

Đối tượng tác động của tội phạm là cây thuốc phiện, cây cô ca, cây cần sa hoặc các loại cây khác có chứa chất ma túy. Tuy nhiên, hiện nay ngoài cây thuốc phiện, cây cô ca, cây cần sa, chưa có tài liệu nào nhắc đến loại cây khác có chứa chất ma túy. Việc nhà làm luật quy định "các loại cây khác có chứa chất ma túy" là quy định mở, mang tính phòng ngừa.

- Mặt khách quan của tội phạm:

Tội phạm này được thể hiện ở hành vi trồng cây thuốc phiện, cây cô ca, cây cần sa

*, ** ThS., Trường Trung cấp Cảnh sát nhân dân VI.

hoặc các loại cây khác có chứa chất ma túy. Hành vi trồng ở đây được hiểu là hành vi gieo trồng, chăm bón hoặc thu hoạch các bộ phận của cây (như lá, hoa, quả, thân cây có chứa chất ma túy). Việc trồng có thể được tiến hành ở bất kỳ địa điểm nào, như trong rừng (đất khai hoang, vỡ hoá) hoặc có thể ngay tại trong vườn nhà của người phạm tội... Tuy nhiên, hành vi trồng cây thuốc phiện, cây cô ca, cây cần sa hoặc các loại cây khác có chứa chất ma túy chỉ bị truy cứu trách nhiệm hình sự khi đã được áp dụng đầy đủ cả ba biện pháp: *“Đã được giáo dục nhiều lần”*, *“đã được tạo điều kiện ổn định cuộc sống”* và *“đã bị xử phạt hành chính về hành vi này mà còn vi phạm”*.

Theo Thông tư liên tịch số 17 thì:

+ *“Đã được giáo dục nhiều lần”* là đã được cơ quan nhà nước, tổ chức, người có trách nhiệm ở địa phương từ hai lần trở lên vận động, thuyết phục, nhắc nhở về việc không được trồng cây có chứa chất ma túy hoặc phổ biến đường lối, chính sách, quy định của pháp luật về cấm trồng cây có chứa chất ma túy. Các biện pháp giáo dục này phải được thể hiện bằng biên bản. Chỉ bị coi là *“đã được giáo dục nhiều lần”* nếu việc giáo dục được thực hiện trước khi bị xử phạt hành chính.

+ *“Đã được tạo điều kiện để ổn định cuộc sống”* là đã được hỗ trợ về tiền vốn, kỹ thuật để sản xuất, hỗ trợ giống cây trồng, vật nuôi hoặc đã được hướng dẫn về kỹ thuật chăn nuôi, trồng trọt cây ăn quả, cây công nghiệp, cây lương thực... để thay thế các loại cây có chứa chất ma túy.

+ *“Đã bị xử phạt hành chính về hành vi này mà còn vi phạm”* được hiểu là trước đó đã có hành vi trồng cây có chứa chất ma túy và đã bị xử phạt cảnh cáo hoặc phạt tiền mà

lại tiếp tục có hành vi trồng cây có chứa chất ma túy và bị phát hiện.

Nếu ngoài hành vi trồng cây thuốc phiện và các loại cây khác chứa chất ma túy, người phạm tội còn có hành vi tách riêng nhựa cây thuốc phiện, lá cô ca, cần sa, nhựa cần sa ra khỏi các cây có chứa các chất đó thì còn bị truy cứu trách nhiệm hình sự thêm về Tội sản xuất trái phép chất ma túy (Điều 193 BLHS). Và trong thực tế, việc người phạm tội tự mình trồng hoặc thuê người khác trồng, chăm sóc cũng không ảnh hưởng đến việc định tội danh.

Trường hợp người trồng cây có chứa chất ma túy, đã được áp dụng đầy đủ cả ba biện pháp: *“Giáo dục nhiều lần”*, *“tạo điều kiện ổn định cuộc sống”* và *“đã bị xử phạt hành chính”* nhưng không chịu phá bỏ mà bán lại cho người khác thì vẫn bị truy cứu trách nhiệm hình sự về Tội trồng cây thuốc phiện hoặc các loại cây khác có chứa chất ma túy. Người mua lại cây có chứa chất ma túy để tiếp tục chăm sóc cũng bị truy cứu trách nhiệm hình sự về tội này nếu thỏa mãn các yếu tố cấu thành tội phạm.

- Mặt chủ quan của tội phạm:

Tội phạm này được thực hiện với lỗi cố ý trực tiếp. Mục đích, động cơ phạm tội rất đa dạng, như trồng cây thuốc phiện để lấy nhựa thuốc phiện đem bán hoặc trồng cây thuốc phiện để lấy thuốc phiện hút... Tuy nhiên, mục đích, động cơ phạm tội không phải là dấu hiệu bắt buộc trong cấu thành tội phạm.

- Chủ thể của tội phạm:

Tội trồng cây thuốc phiện hoặc các loại cây khác có chứa chất ma túy là tội phạm ít nghiêm trọng (nếu cấu thành khoản 1 Điều 192 BLHS) hoặc tội phạm nghiêm trọng

(nếu cấu thành khoản 2 Điều 192 BLHS). Do đó, chủ thể của tội phạm này là người từ đủ 16 tuổi trở lên và có năng lực trách nhiệm hình sự.

2. Hướng sửa đổi, bổ sung Điều 192 Bộ luật Hình sự về Tội trồng cây thuốc phiện hoặc các loại cây khác có chứa chất ma túy

Qua nghiên cứu các dấu hiệu pháp lý của Tội trồng cây thuốc phiện hoặc các loại cây khác có chứa chất ma túy, cùng với thực tiễn đấu tranh phòng, chống tội phạm này, theo chúng tôi, Điều 192 cần có sự sửa đổi, bổ sung cho phù hợp. Cụ thể như sau:

- Về tên của tội danh:

Thông tư liên tịch số 17 qui định: *"Các loại cây khác có chứa chất ma túy là các loại cây có chứa chất gây nghiện, chất hướng thần theo quy định của Chính phủ, trừ cây thuốc phiện, cây cô ca, cây cần sa"*. Nếu theo quy định này, đối chiếu với tên Điều 192 (Tội trồng cây thuốc phiện hoặc các loại cây khác có chứa chất ma túy) thì Điều 192 sẽ không điều chỉnh hành vi trồng cây cô ca và cây cần sa. Tuy nhiên, khoản 1 Điều 192 lại quy định: *"Người nào trồng cây thuốc phiện, cây cô ca, cây cần sa hoặc các loại cây khác có chứa chất ma túy..."*. Do đó, cần sửa lại tên điều luật theo hướng thêm thuật ngữ *"cây cô ca, cây cần sa"*. Hơn nữa, hành vi trồng cây thuốc phiện, cây cô ca, cây cần sa hoặc các loại cây khác có chứa chất ma túy được thực hiện một cách bất hợp pháp (trái phép). Trong khi tên của một số điều luật khác quy định về các tội phạm ma túy đều có thuật ngữ *"trái phép"* như Tội sản xuất trái phép chất ma túy (Điều 193), Tội tàng trữ, vận chuyển, mua bán trái phép hoặc chiếm đoạt chất ma túy

(Điều 194), Tội tổ chức sử dụng trái phép chất ma túy (Điều 197)..., vì vậy, để đảm bảo tính thống nhất giữa các điều luật, theo chúng tôi cần thêm cụm từ *"trái phép"* vào tên của Điều 192.

- Thực tiễn đấu tranh phòng, chống tội phạm này cho thấy, việc quy định cấu thành cơ bản của tội phạm này phải thỏa mãn cả ba điều kiện: *"đã được giáo dục nhiều lần"*; *"đã được tạo điều kiện để ổn định cuộc sống"* và *"đã bị xử phạt hành chính về hành vi này mà còn vi phạm"* là không phù hợp với thực tiễn diễn biến của tội phạm này, vì hiện nay, việc trồng cây thuốc phiện, cây cô ca, cây cần sa hoặc các loại cây khác có chứa chất ma túy không chỉ được thực hiện ở miền núi, vùng dân tộc thiểu số mà còn cả ở vùng đồng bằng, thành phố. Hơn nữa, nếu quy định cả ba điều kiện trên trong cấu thành tội phạm cơ bản thì rất khó truy cứu trách nhiệm hình sự (thực tiễn trong thời gian qua cho thấy, các cơ quan có thẩm quyền chưa xử lý được vụ án nào). Điều đó đã góp phần làm cho tình trạng tái trồng cây thuốc phiện, cây cô ca, cây cần sa diễn biến phức tạp. Do đó, theo chúng tôi, người nào trồng cây thuốc phiện, cây cô ca, cây cần sa hoặc các loại cây khác có chứa chất ma túy chỉ cần thỏa mãn một trong các điều kiện nêu trên đã đủ để truy cứu trách nhiệm hình sự. Ngoài ra, cũng cần bổ sung thêm điều kiện "đã bị kết án về tội này, chưa được xóa án tích mà còn vi phạm" cũng là một điều kiện để truy cứu trách nhiệm hình sự.

Như vậy, từ phân tích trên, Điều 192 BLHS cần sửa đổi, bổ sung như sau:

Điều 192. Tội trồng trái phép cây thuốc phiện, cây cô ca, cây cần sa hoặc các loại cây khác có chứa chất ma túy

"1. Người nào trồng cây thuốc phiện, cây cô ca, cây cần sa hoặc các loại cây khác có chứa chất ma túy **thuộc một trong các trường hợp sau đây** thì bị phạt tù từ sáu tháng đến ba năm:

- a) Đã được giáo dục nhiều lần;
- b) Đã được tạo điều kiện để ổn định cuộc sống;
- c) Đã bị xử phạt hành chính về hành vi này mà còn vi phạm **hoặc đã bị kết án về tội**

này, chưa được xóa án tích mà còn vi phạm.

2. Phạm tội thuộc một trong các trường hợp sau đây, thì bị phạt tù từ ba năm đến bảy năm:

- a) Có tổ chức;
- b) Tái phạm tội này.

3. Người phạm tội còn có thể bị phạt tiền từ một triệu đồng đến năm mươi triệu đồng".

(Tiếp theo trang 34 – Triển khai thi hành Hiến pháp ...)

đất. Hoạt động thu hồi đất lần đầu tiên được ghi nhận trong Hiến pháp để khẳng định vai trò chủ sở hữu đại diện của Nhà nước đối với đất đai. Việc bảo hộ quyền sử dụng đất hợp pháp cũng được chính thức ghi nhận trong Hiến pháp. Bên cạnh đó, việc xác định rõ các trường hợp thu hồi đất phục vụ cho mục đích phát triển kinh tế - xã hội phải gắn liền với lợi ích quốc gia, lợi ích công cộng vừa góp phần thể hiện nguyện vọng chính đáng của người dân, vừa đảm bảo tính hợp lý trong công tác quản lý nhà nước về đất đai.

Trên cơ sở những đổi mới này, Luật Đất đai 2013 và các văn bản quy định, hướng

dẫn thi hành đã lần lượt được ban hành nhằm cụ thể hóa quy định của Hiến pháp. Tuy nhiên, những nội dung đạt được nói trên chỉ là bước đệm ban đầu để hoàn thiện pháp luật đất đai bởi những bất cập lớn vẫn chưa được khắc phục. Hoàn thiện pháp luật đất đai từ lâu đã trở thành vấn đề cấp bách của những nước có nền kinh tế đang phát triển như Việt Nam. Vấn đề này không chỉ mới bắt đầu từ Hiến pháp năm 2013 nhưng có thể nói, Hiến pháp năm 2013 chính là nền tảng pháp lý mang tính "bản lề" cho một giai đoạn mới để hoàn thiện một cách căn bản lĩnh vực pháp luật đất đai nói riêng và hệ thống pháp luật Việt Nam nói chung.

ĐỊNH HƯỚNG HOÀN THIỆN LUẬT TỔ CHỨC CHÍNH PHỦ THEO TINH THẦN CỦA HIẾN PHÁP NĂM 2013

*Cao Vũ Minh**
*Lê Thị Mơ***

Tóm tắt: Trong bối cảnh Hiến pháp năm 2013 đã có hiệu lực pháp luật thì Luật Tổ chức Chính phủ cũng cần có những sửa đổi thích hợp nhằm đảm bảo tính thống nhất trong hệ thống pháp luật. Bài viết phân tích về định hướng hoàn thiện Luật Tổ chức Chính phủ theo tinh thần của Hiến pháp năm 2013.

Abstract: In the context of the enforcement of the Constitution of 2013, the Law on Government Organisation should be amended for the consistency of legal system. This article analyses direction to improve the Law on Government Organisation under the spirit of the Constitution of 2013.

1. Dẫn nhập

Hiến pháp năm 2013 được thông qua là sự kiện chính trị, pháp lý đặc biệt quan trọng, đánh dấu bước tiến mới trong lịch sử lập hiến của nước ta. Với đặc điểm thể chế chính trị và mô hình tổ chức bộ máy nhà nước của Việt Nam thì chế định Chính phủ trong Hiến pháp năm 2013 đã có những thay đổi tích cực, hợp lý. Để Hiến pháp đi vào cuộc sống, ngoài việc tổ chức tuyên truyền, phổ biến Hiến pháp đến mọi đối tượng thì đồng thời phải sửa đổi, bổ sung các văn bản pháp luật về tổ chức bộ máy nhà nước, trong đó có Luật Tổ chức Chính phủ.

Nghị quyết số 23/2012/QH13 ngày 12/06/2012 của Quốc hội về Chương trình xây dựng luật, pháp lệnh năm 2013, điều chỉnh Chương trình xây dựng luật, pháp lệnh năm 2012 và nhiệm kỳ Quốc hội khóa XIII đã chính thức lên kế hoạch cho việc sửa đổi Luật Tổ chức Chính phủ năm 2001. Trên cơ sở nghiên cứu Dự thảo Luật Tổ chức Chính phủ ngày 6/5/2014 (sau đây gọi

là Dự thảo Luật), chúng tôi đề xuất một số kiến nghị nhằm hoàn thiện Luật này.

2. Kiến nghị hoàn thiện Luật Tổ chức Chính phủ

2.1. Về vị trí, chức năng của Chính phủ

Theo Hiến pháp năm 2013, Chính phủ được quy định không chỉ là cơ quan hành chính nhà nước cao nhất, cơ quan chấp hành của Quốc hội, mà còn là cơ quan thực hiện quyền hành pháp¹. Việc bổ sung vị trí và vai trò mới này của Chính phủ trong tổ chức bộ máy nhà nước vừa phản ánh nguyên tắc phân công, phối hợp và kiểm soát quyền lực nhà nước, vừa chỉ rõ Chính phủ không chỉ là cơ quan chấp hành của Quốc hội, nhằm tạo cho Chính phủ có đầy đủ vị thế và thẩm quyền, chịu trách nhiệm độc lập trước đất nước và nhân dân, chịu sự giám sát tối cao của Quốc hội và cơ chế giám sát, phản biện

*, ** ThS., Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.

¹ Điều 94 Hiến pháp năm 2013 quy định: “Chính phủ là cơ quan hành chính nhà nước cao nhất của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam, thực hiện quyền hành pháp, là cơ quan chấp hành của Quốc hội”.

của nhân dân². Bên cạnh đó, Điều 94 Hiến pháp năm 2013 đã đặt Chính phủ “là cơ quan hành chính nhà nước cao nhất của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam” lên trước “là cơ quan chấp hành của Quốc hội”. Điều này không đơn giản chỉ là thay đổi trật tự câu chữ mà ngụ ý sâu xa đề cao quyền hành pháp của Chính phủ. Theo đó, Chính phủ phải là cơ quan chịu trách nhiệm chính trong việc tìm kiếm hướng đi cho quốc gia bằng việc soạn thảo các chiến lược phát triển, các kế hoạch, các dự án luật và các bộ luật trình Quốc hội. Đồng thời, Chính phủ là cơ quan trực tiếp và thường xuyên điều hành việc thực hiện các chiến lược, các kế hoạch, các đạo luật, bộ luật sau khi được Quốc hội xem xét thông qua. Chính phủ là cơ quan nắm rõ nhất những nhu cầu của quốc gia và đưa ra những chính sách để phúc đáp những nhu cầu đó.

Trên cơ sở Hiến pháp năm 2013, Điều 2 Dự thảo Luật quy định: “*Chính phủ là cơ quan hành chính nhà nước cao nhất của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam, thực hiện quyền hành pháp, là cơ quan chấp hành của Quốc hội.*”

Chính phủ chịu trách nhiệm trước Quốc hội và báo cáo công tác trước Quốc hội, Ủy ban Thường vụ Quốc hội, Chủ tịch nước”.

Tuy nhiên, theo chúng tôi, Dự thảo Luật chỉ cần quy định “*Chính phủ là cơ quan hành chính nhà nước cao nhất của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam, thực hiện quyền hành pháp*” là đủ, mà không cần phải ghi “*Chính phủ là cơ quan chấp*

hành của Quốc hội”. Chức năng hành chính, thực hiện quyền hành pháp là một chức năng có ý nghĩa hàng đầu của Chính phủ. Đây cũng là lần đầu tiên chức năng hành chính, thực hiện quyền hành pháp của Chính phủ được ưu tiên xác định và đề cao trong Hiến pháp. Tất nhiên, vẫn sẽ có ý kiến cho rằng Hiến pháp là đạo luật cơ bản của Nhà nước, nên nếu Hiến pháp quy định thế nào thì Dự thảo Luật cần quy định giống như vậy. Chúng tôi cho rằng Dự thảo Luật là văn bản quy định về vấn đề quản lý các lĩnh vực khác nhau của đời sống được thực hiện bởi Chính phủ và các Bộ. Do đó, Luật này cần “nhấn mạnh” tính chất “hành chính nhà nước cao nhất, thực hiện quyền hành pháp” của Chính phủ là hợp lý. Không quy định “*Chính phủ là cơ quan chấp hành của Quốc hội*” không đồng nghĩa với việc Chính phủ sẽ hoàn toàn “thoát ly” khỏi Quốc hội³, vì trên thực tế cơ quan hành chính cao nhất vẫn phải chấp hành Hiến pháp, luật và các nghị quyết của Quốc hội⁴. Mặt khác, trong ngôn ngữ Hán – Việt, từ “hành chính” đã có nghĩa là chấp hành luật⁵. Tham khảo Dự thảo Luật có 44 điều thì có đến 22 điều quy định về nhiệm vụ, quyền

² Nguyễn Sinh Hùng, Bình luận về Hiến pháp: Hiến pháp sửa đổi là đảm bảo chính trị - pháp lý vững chắc để toàn Đảng, toàn dân và toàn quân ta đồng lòng vững bước tiến lên trong thời kỳ mới, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp số 2 + 3, năm 2014.

³ Khác với Hiến pháp năm 1992, ngay tại khoản 1, Điều 96 Hiến pháp năm 2013 đã xác định: “*Chính phủ có nhiệm vụ tổ chức thi hành Hiến pháp, luật, nghị quyết của Quốc hội, pháp lệnh, nghị quyết của Ủy ban Thường vụ Quốc hội, lệnh, quyết định của Chủ tịch nước*”. Quy định này đã nói lên đầy đủ ý nghĩa “*Chính phủ là cơ quan chấp hành của Quốc hội*”.

⁴ Nguyễn Cửu Việt, “Một số vấn đề về cải cách bộ máy nhà nước” trong sách “Một số vấn đề về hoàn thiện tổ chức và hoạt động của bộ máy nhà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam”, Nxb. Khoa học xã hội, Hà Nội, 2001, tr. 66 – 83.

⁵ Nguyễn Cửu Việt, *Đổi mới nhận thức về nguyên tắc tập quyền và khía cạnh trong quan hệ giữa lập pháp và hành pháp ở nước ta hiện nay*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật số 2, năm 1997.

hạn của Chính phủ liên quan đến chức năng hành chính, thực hiện quyền hành pháp⁶. Ngoài Điều 1 về phạm vi điều chỉnh và hai Điều 43, 44 liên quan đến điều khoản thi hành thì những điều luật khác về các quy định chung, chế độ làm việc chỉ là nhắc lại hay cụ thể hóa các quy định trong Hiến pháp năm 2013⁷. Theo chúng tôi, sự nhắc lại này là không cần thiết, vì muốn Hiến pháp có “sức sống” trong đời sống pháp lý thì Hiến pháp phải có hiệu lực trực tiếp mà không cần phải giải thích, bình luận thêm bởi các văn bản khác. Do đó, Dự thảo Luật cần loại trừ việc “lặp lại” các quy định trong Hiến pháp năm 2013 mà chỉ tập trung quy định về vấn đề thực hiện quyền hành pháp của Chính phủ. Theo chúng tôi, quy định “*Chính phủ là cơ quan hành chính nhà nước cao nhất của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam, thực hiện quyền hành pháp*” vừa ngắn gọn, vừa là động lực để Chính phủ làm tròn trách nhiệm trước Nhà nước, trước Nhân dân. Bởi quyền hành pháp mạnh trước hết phải được bắt đầu từ một Chính phủ mạnh, mà Chính phủ mạnh thì

phải mang bản tính quyết đoán và dám chịu trách nhiệm.

2.2. Về cơ cấu thành viên của Chính phủ

Theo Điều 4 Dự thảo Luật: “*Chính phủ gồm Thủ tướng Chính phủ, các Phó Thủ tướng Chính phủ, các Bộ trưởng và Thủ trưởng cơ quan ngang Bộ. Cơ cấu, số lượng thành viên Chính phủ do Thủ tướng Chính phủ trình Quốc hội xem xét, quyết định*”. Quy định này không khác, thậm chí có thể nói là hoàn toàn giống với Điều 95 Hiến pháp năm 2013⁸. Theo khoản 2, Điều 11 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2008 thì: “*Luật của Quốc hội quy định các vấn đề cơ bản thuộc lĩnh vực kinh tế, xã hội, quốc phòng, an ninh, tài chính, tiền tệ... tổ chức và hoạt động của bộ máy nhà nước*”. Nói cách khác, luật chính là sự cụ thể hóa, chi tiết hóa các quy định của Hiến pháp chứ không phải “nhắc lại” các quy định của Hiến pháp ở tầm khái quát nhất.

Do đó, chúng tôi cho rằng, Dự thảo Luật cần phải cụ thể hóa rõ ràng số lượng Phó Thủ tướng, các Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang Bộ. Jacques Rousseau đã từng viết: “*quan lại càng đông, Chính phủ càng yếu. Chắc chắn là công tác càng giao cho nhiều người thì càng chậm xong, làm ăn quá thận trọng thì khó phát tài to, vì bỏ qua mất cơ hội, và bàn cãi nhiều thì thường hỏng việc*”⁹. Từ nhận thức như vậy nên vẫn

⁶ Trong Dự thảo Luật có 11 điều (từ Điều 6 – 16) quy định về nhiệm vụ, quyền hạn của tập thể Chính phủ trong quản lý nhà nước; có 2 điều (từ Điều 17 – Điều 18) quy định về nhiệm vụ, quyền hạn của Thủ tướng Chính phủ trong quản lý nhà nước; có 1 điều (Điều 19) quy định về nhiệm vụ, quyền hạn của Phó Thủ tướng trong quản lý nhà nước; có 10 điều (từ Điều 20 – Điều 29) quy định về nhiệm vụ, quyền hạn của Bộ trưởng trong quản lý nhà nước.

⁷ Xem xét Hiến pháp năm 2013 với Dự thảo Luật thì Điều 2 Dự thảo Luật hoàn toàn trùng khớp với Điều 94 Hiến pháp. Điều 3, 4, 5 Dự thảo Luật có nội hàm tương tự như Điều 95 Hiến pháp. Điều 30, 31 là những quy định mới về cơ quan thuộc Chính phủ. Các điều từ 32 đến 42 Dự thảo Luật cũng là sự cụ thể hóa các quy định có “khởi nguồn” từ Hiến pháp năm 2013.

⁸ Điều 95 Hiến pháp năm 2013 thì: “*Chính phủ gồm Thủ tướng Chính phủ, các Phó Thủ tướng Chính phủ, các Bộ trưởng và Thủ trưởng cơ quan ngang Bộ. Cơ cấu, số lượng thành viên Chính phủ do Quốc hội quy định*”.

⁹ Jean Jacques Rousseau, Bàn về khế ước xã hội (Hoàng Thanh Đạm dịch), Nxb. TP. Hồ Chí Minh, 1992, tr. 98, 100.

đề có tính thực tiễn quan trọng là, phải tinh giản đến mức thấp nhất số lượng các Phó Thủ tướng, Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang Bộ. Giải pháp cho việc giảm bớt số lượng các thành viên Chính phủ chỉ có thể thực hiện một cách hiệu quả khi sáp nhập các Bộ đơn ngành để thành lập các Bộ quản lý đa ngành, đa lĩnh vực.

Mô hình tổ chức Chính phủ hình thành trên nguyên tắc Bộ quản lý đa ngành, đa lĩnh vực đã được nhiều nghị quyết của Đảng nhấn mạnh và là mục tiêu của chương trình cải cách nền hành chính nhà nước. Đây là xu thế chung của các nước trên thế giới, cải cách theo yêu cầu quản trị tốt, có hiệu quả trong nền kinh tế thị trường và hội nhập quốc tế. Hiện nay, ở nước ta có 18 Bộ, 04 cơ quan ngang Bộ. Với số lượng Bộ, cơ quan ngang Bộ như vậy là tương đối nhiều. Nguyên Chủ tịch Quốc hội Nguyễn Văn An đã từng phát biểu: *“Tại sao những nước có nền kinh tế lớn thứ nhất, thứ nhì thế giới mà chỉ có 15-17 Bộ, những nước hàng đầu châu Âu chỉ có 13-15 Bộ chứ không nhiều Bộ như ta? Phải nhập bớt một số Bộ lại với nhau vì để nhiều Bộ thì quản lý không tốt. Nhiều Bộ thì có nhiều chỗ giáp ranh giữa các Bộ; thực tiễn, bao giờ chỗ giáp ranh cũng là yếu nhất. Chỗ giáp ranh càng ít càng tốt vì sẽ giảm bớt khoảng trống, giảm bớt chỗ chồng chéo mà không rõ trách nhiệm”*¹⁰. Đó là lý do vì sao nhiều học giả tư sản cho rằng, Chính phủ mạnh phải là Chính phủ của thiểu số; Chính phủ càng ít người Chính phủ càng mạnh¹¹. Do đó, theo

chúng tôi, cần phải tinh giảm các Bộ, cơ quan ngang Bộ; cần có hình thức quy định bằng luật số lượng các Bộ và đó là những Bộ nào. Với chức năng quản lý đa ngành, đa lĩnh vực, các Bộ sẽ phải tập trung hơn vào quản lý vĩ mô, cụ thể là tập trung vào việc xây dựng chính sách, thể chế, pháp luật; xây dựng chiến lược, quy hoạch phát triển ngành, lĩnh vực trong phạm vi cả nước và thanh tra, đôn đốc, hướng dẫn việc thực hiện (của chính quyền địa phương các cấp, của khu vực tư nhân, các tổ chức phi Chính phủ, các thành phần khác trong xã hội...) để bảo đảm tính thông suốt, tính thống nhất của cơ chế, chính sách.

2.3. Về cơ cấu tổ chức của Chính phủ

Điều 3 Dự thảo Luật quy định: *“Cơ cấu tổ chức của Chính phủ gồm có:*

- Các Bộ;
- Các cơ quan ngang Bộ;
- Các cơ quan thuộc Chính phủ.

Thủ tướng Chính phủ thay mặt Chính phủ trình Quốc hội quyết định thành lập hoặc bãi bỏ các Bộ, các cơ quan ngang Bộ”.

Hiến pháp năm 2013 không có điều khoản quy định về cơ cấu tổ chức của Chính phủ, do đó, quy định này trong Dự thảo Luật được xem là cơ sở pháp lý cao nhất liên quan đến cơ cấu tổ chức của Chính phủ. Theo Điều 2 Luật Tổ chức Chính phủ năm 2001 thì cơ cấu tổ chức của Chính phủ gồm có: Các Bộ và các cơ quan ngang Bộ. Các Bộ và các cơ quan ngang Bộ do Quốc hội quyết định thành lập hoặc bãi bỏ theo đề nghị của Thủ tướng Chính phủ. Như vậy, trong cơ cấu tổ chức của Chính phủ không bao gồm các cơ quan thuộc Chính phủ. Các cơ quan thuộc Chính phủ chỉ là bộ phận nằm bên ngoài để giúp việc cho Chính phủ. Các cơ quan thuộc Chính phủ do Chính phủ

¹⁰ Tuổi trẻ online, Nguyên Chủ tịch Quốc hội Nguyễn Văn An: Thủ tướng phải được chọn “đội hình”, ngày 04/06/2007.

¹¹ Nguyễn Đăng Dung (chủ biên), *Hiến pháp trong Nhà nước pháp quyền*, Nxb. Đà Nẵng, 2008, tr. 91.

thành lập, sáp nhập¹².

So với Luật Tổ chức Chính phủ năm 2001 thì Dự thảo Luật bổ sung thêm “*các cơ quan thuộc Chính phủ*” là bộ phận cấu thành của Chính phủ. Tuy nhiên, quy định này cần phải được nghiên cứu kỹ lưỡng dưới góc độ lý luận lẫn thực tiễn pháp lý.

Hiện nay, ở nước ta có 8 cơ quan thuộc Chính phủ bao gồm:

- Đài Tiếng nói Việt Nam;
- Đài Truyền hình Việt Nam;
- Thông tấn xã Việt Nam;
- Học viện Chính trị - Hành chính quốc gia Hồ Chí Minh;
- Viện Hàn lâm Khoa học và Công nghệ Việt Nam;
- Viện Hàn lâm Khoa học Xã hội Việt Nam;
- Ban Quản lý Lăng Chủ tịch Hồ Chí Minh;
- Bảo hiểm Xã hội Việt Nam.

Dưới góc độ lý luận, trong các yếu tố của thẩm quyền cơ quan nhà nước thì quan trọng nhất là quyền ban hành quyết định (quy phạm hoặc không quy phạm) bắt buộc thi hành đối với công dân, cơ quan, tổ chức ngoài các cơ quan nhà nước đó¹³. “*Các cơ quan thuộc Chính phủ*” kể trên đều không có quyền ra quyết định bắt buộc thi hành đối với công dân, cơ quan, tổ chức bên ngoài. Theo Điều 23 Dự thảo Luật thì Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang Bộ ban hành thông tư và hướng dẫn, kiểm tra việc thi hành các văn bản đó đối với tất cả các

ngành, các địa phương và cơ sở. Các thông tư về quản lý nhà nước thuộc ngành và lĩnh vực do Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang Bộ ban hành có hiệu lực thi hành trong phạm vi cả nước. Trong khi đó, về thẩm quyền thì Thủ trưởng cơ quan thuộc Chính phủ, thậm chí là cơ quan thuộc Chính phủ được quy định tại Điều 30, 31 Dự thảo Luật đều không có quyền ban hành văn bản có phạm vi tác động ra bên ngoài.

Dưới góc độ thực tiễn thì “*Các cơ quan thuộc Chính phủ*” lần đầu tiên được quy định trong một nghị định riêng của Chính phủ là Nghị định số 30/2003/NĐ-CP. Theo Điều 2 Nghị định số 30/2003/NĐ-CP, cơ quan thuộc Chính phủ do Chính phủ thành lập bao gồm hai loại: một là, cơ quan thuộc Chính phủ thực hiện một số nhiệm vụ, quyền hạn quản lý nhà nước về ngành, lĩnh vực; và hai là, cơ quan thuộc Chính phủ hoạt động sự nghiệp để phục vụ nhiệm vụ quản lý nhà nước của Chính phủ hoặc thực hiện một số dịch vụ công.

Sau đó, Chính phủ đã ban hành Nghị định số 63/2009/NĐ-CP ngày 29/7/2009 để bãi bỏ Nghị định số 30/2003/NĐ-CP. Theo đó, Điều 26 Nghị định số 63/2009/NĐ-CP quy định: “*Các cơ quan thuộc Chính phủ sẽ thực hiện chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của mình theo quy định tại Nghị định của Chính phủ đối với từng cơ quan đó; chịu sự quản lý nhà nước của Bộ, cơ quan ngang Bộ tương ứng về ngành, lĩnh vực theo quy định của pháp luật*”.

Hiện nay, mỗi “*cơ quan thuộc Chính phủ*” kể trên đều được điều chỉnh trong một nghị định riêng do Chính phủ ban hành¹⁴.

¹² Vũ Văn Nhiêm - Cao Vũ Minh, *Những vấn đề cơ bản của Luật Hành chính Việt Nam* (sách chuyên khảo), Nxb. Lao Động, 2011, tr. 142.

¹³ Nguyễn Cửu Việt, *Cơ quan thuộc Chính phủ có còn là cơ quan thuộc Chính phủ?*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp số 4, năm 2008.

¹⁴ - Cơ cấu, tổ chức của Đài Tiếng nói Việt Nam được điều chỉnh trong Nghị định số 16/2008/NĐ-CP ngày 04/02/2008.

Tuy nhiên, nội dung các nghị định này đều khẳng định là các “*cơ quan thuộc Chính phủ*” không thực hiện chức năng quản lý nhà nước, không có quyền ban hành văn bản quy phạm pháp luật, mà thực chất là đơn vị sự nghiệp và dịch vụ công¹⁵. Điều này cũng được thể hiện rất rõ trong Điều 30 Dự thảo Luật: “*Cơ quan thuộc Chính phủ là đơn vị sự nghiệp công lập thực hiện chức năng phục vụ nhiệm vụ quản lý nhà nước và cung cấp các dịch vụ công quan trọng do Chính phủ giao; cơ quan thuộc Chính phủ không có chức năng quản lý nhà nước.* Như vậy, nếu đã không có chức năng quản lý nhà nước thì có nên đưa vào “*cơ cấu tổ chức của Chính phủ*”?

Có thể nhận thức rằng, quy định tại Điều 3 Dự thảo Luật có “*cơ sở*” từ Thông báo 176/TB-VPCP ngày 26/04/2014 kết luận của Thủ tướng Nguyễn Tấn Dũng về định hướng nghiên cứu, soạn thảo Luật Tổ

chức Chính phủ (sửa đổi) và Luật Tổ chức Chính quyền địa phương. Theo Thông báo 176/TB-VPCP: “*Để chủ động, linh hoạt trong điều chỉnh, sắp xếp tổ chức bộ máy của Chính phủ đáp ứng yêu cầu quản lý đất nước trong quá trình phát triển thì cơ cấu tổ chức Chính phủ quy định như hiện hành. Không quy định cơ cấu tổ chức của Chính phủ trong Luật, chỉ quy định có tính nguyên tắc là cơ cấu tổ chức của Chính phủ bao gồm Bộ, cơ quan ngang Bộ và cơ quan thuộc Chính phủ*”. Tuy nhiên, ngay trong Thông báo này đã bao hàm sự mâu thuẫn, bởi câu đầu tiên thì kết luận “*cơ cấu tổ chức Chính phủ quy định như hiện hành*”, trong khi câu thứ hai lại khẳng định “*cơ cấu tổ chức của Chính phủ bao gồm Bộ, cơ quan ngang Bộ và cơ quan thuộc Chính phủ*”. “*Như hiện hành*” ở đây đương nhiên là phải theo Luật Tổ chức Chính phủ năm 2001, nếu vậy thì cơ cấu tổ chức của Chính phủ chỉ bao gồm các Bộ và cơ quan ngang Bộ chứ không có cơ quan thuộc Chính phủ.

Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XI đã khẳng định: “*Tiếp tục đổi mới tổ chức và hoạt động của Chính phủ theo hướng xây dựng nền hành chính thống nhất, thông suốt, trong sạch, vững mạnh, có hiệu lực, hiệu quả; tổ chức tinh gọn và hợp lý*”¹⁶. Nhằm đảm bảo tính thống nhất, tinh gọn và hợp lý, theo chúng tôi, về cơ cấu tổ chức, Dự thảo Luật vẫn chỉ nên quy định Chính phủ gồm các Bộ và cơ quan ngang Bộ như Luật Tổ chức Chính phủ hiện hành mà không bao gồm cơ quan thuộc Chính phủ.

- Cơ cấu, tổ chức của Đài Truyền hình Việt Nam được điều chỉnh trong Nghị định số 72/2014/NĐ-CP, ngày 22/07/2014.

- Cơ cấu, tổ chức của Thông tấn xã Việt Nam được điều chỉnh trong Nghị định số 88/2013/NĐ-CP, ngày 01/8/2013.

- Cơ cấu, tổ chức của Học viện Chính trị - Hành chính Quốc gia Hồ Chí Minh được điều chỉnh trong Nghị định số 129/2008/NĐ-CP ngày 17/12/2008.

- Cơ cấu, tổ chức của Viện Hàn lâm Khoa học và Công nghệ Việt Nam được điều chỉnh trong Nghị định số 108/2012/NĐ-CP, ngày 25/12/2012.

- Cơ cấu, tổ chức của Viện Hàn lâm Khoa học Xã hội Việt Nam được điều chỉnh trong Nghị định số 217/2013/NĐ-CP, ngày 26/12/2013.

- Cơ cấu, tổ chức của Ban Quản lý Lăng Chủ tịch Hồ Chí Minh được điều chỉnh trong Nghị định số 37/2008/NĐ-CP ngày 01/04/2008.

- Cơ cấu, tổ chức của Bảo hiểm Xã hội Việt Nam được điều chỉnh trong Nghị định số 05/2014/NĐ-CP, ngày 17/01/2014.

¹⁵ Trường đại học Luật TP. Hồ Chí Minh (2010), Giáo trình Luật Hành chính Việt Nam, Nxb. Đại học quốc gia TP. Hồ Chí Minh, tr. 211.

¹⁶ Đảng Cộng sản Việt Nam, Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XI, Nxb. Chính trị quốc gia. Hà Nội, 2011, tr. 249.

2.4. Về nguyên tắc hoạt động của Chính phủ

Điều 32 Dự thảo Luật quy định: “*Chính phủ làm việc theo chế độ tập thể, quyết định theo đa số*”. Bên cạnh đó, xuất phát từ tính chất hành pháp - là nơi cần hành động hơn luận bàn, nơi cần sự ứng phó nhanh, đúng lúc, quả quyết với những diễn biến phức tạp, đa dạng, nhanh chóng, thường xuyên và liên tục của đối tượng quản lý, của những nhiệm vụ mới phát sinh đòi hỏi phải giải quyết gấp rút¹⁷. Do đó, đây là nơi đòi hỏi phải có trách nhiệm cá nhân rõ ràng và chế độ thủ trưởng phù hợp với yêu cầu này¹⁸. Theo chúng tôi, trong Điều 5 Dự thảo Luật, bên cạnh nguyên tắc nền tảng, cần bổ sung thêm nguyên tắc hoạt động của Chính phủ “*làm việc theo chế độ kết hợp trách nhiệm của tập thể Chính phủ với việc đề cao trách nhiệm cá nhân của Thủ tướng*”. Trước đây, Điều 6 Luật Tổ chức Chính phủ năm 2001 chỉ quy định: “*Chính phủ tổ chức và hoạt động theo nguyên tắc tập trung dân chủ*, nhưng trong khoản 1, Điều 2 Quy chế làm việc của Chính phủ ban hành kèm theo Nghị định số 08/2012/NĐ-CP ngày 16/02/2012 cũng đã có những khẳng định nhằm đề cao vai trò của cá nhân Thủ tướng Chính phủ. Quy định này không những phù hợp với tinh thần của Hiến pháp mà còn tạo nên một hành lang pháp lý thông thoáng để Thủ tướng chủ động giải quyết vấn đề một cách

nhANH chóng và quả quyết, không làm lu mờ trách nhiệm cá nhân của người đứng đầu Chính phủ.

2.5. Về thẩm quyền của Chính phủ

Trên cơ sở những điểm mới của Hiến pháp năm 2013, Dự thảo Luật đã có những thay đổi nhằm đảm bảo tính thống nhất trong kỹ thuật lập pháp. Cụ thể, đối với thẩm quyền của tập thể Chính phủ, Dự thảo Luật đã bãi bỏ một số quyền trước đây thuộc về Chính phủ nhưng nay đã thuộc về cơ quan khác¹⁹. Đối với cá nhân Thủ tướng Chính phủ, Dự thảo Luật đã bãi bỏ một số quyền cụ thể và trao về đúng chủ thể theo tinh thần Hiến pháp mới²⁰. Nhìn chung, đây chỉ là vấn đề mang tính kỹ thuật và không có gì quá khó khăn. Vấn đề đáng nói ở đây là, phải xây dựng điều luật như thế nào nhằm làm nổi bật vai trò hành pháp của Chính phủ.

Đơn cử, theo khoản 3 Điều 6 Dự thảo Luật: “*Chính phủ thi hành lệnh tổng động viên hoặc động viên cục bộ, lệnh ban bố tình trạng khẩn cấp và các biện pháp cần thiết khác để bảo vệ Tổ quốc, bảo đảm tính mạng, tài sản của Nhân dân*”. Về tính chất, tình trạng khẩn cấp có thể gây ra những hậu quả tức thời, trực tiếp nhưng cũng có thể để

¹⁷ Vũ Văn Nhiêm, *Một số ý kiến về Bộ quản lý đa ngành, đa lĩnh vực và phương hướng đổi mới tiếp theo của Chính phủ*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp số 9, tháng 9, năm 2007.

¹⁸ Nguyễn Cửu Việt, *Vấn đề cải cách tổ chức và hoạt động của Chính phủ và Ủy ban nhân dân: nhìn từ nguyên tắc kết hợp chế độ tập thể lãnh đạo với chế độ thủ trưởng*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật số 6, năm 1999.

¹⁹ Đơn cử, theo khoản 10, Điều 112 Hiến pháp năm 1992: “quyết định thành lập, giải thể, nhập, chia, điều chỉnh địa giới đơn vị hành chính dưới tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương” thuộc thẩm quyền của Chính phủ. Tuy nhiên, theo Hiến pháp năm 2013 thì quyền này thuộc về Ủy ban Thường vụ Quốc hội. Khoản 1, Điều 14 Dự thảo Luật đã có những điều chỉnh cụ thể về vấn đề này.

²⁰ Ví dụ, theo khoản 2, Điều 113 Hiến pháp năm 1992, Thủ tướng Chính phủ “*đề nghị Quốc hội thành lập hoặc bãi bỏ các bộ và các cơ quan ngang Bộ*”. Tuy nhiên, theo Hiến pháp năm 2013 thì quyền này không còn thuộc về Thủ tướng Chính phủ. Điều 17 Dự thảo Luật đã có những điều chỉnh cụ thể về vấn đề này.

lại những hậu quả lâu dài đối với con người và xã hội. Tình trạng khẩn cấp ảnh hưởng đến trật tự, sự ổn định của xã hội. Ở mức độ thấp, tình trạng khẩn cấp làm giảm tốc độ phát triển của xã hội. Ở mức độ cao hơn, tình trạng khẩn cấp gây ra khủng hoảng xã hội, phá vỡ kết cấu của xã hội. Hệ quả của tình trạng khẩn cấp như thế nào còn phụ thuộc vào cách giải quyết cũng như tốc độ giải quyết nhanh hay chậm. Chính vì vậy, quy định của Dự thảo Luật “*Chính phủ thi hành các biện pháp cần thiết khác để bảo vệ Tổ quốc, bảo đảm tính mạng, tài sản của Nhân dân*” là một quy định rất có ý nghĩa trong việc chủ động ứng phó và khắc phục tình trạng khẩn cấp. Tuy nhiên, cần nhận thức được rằng ngay cả khi áp dụng “*các biện pháp cần thiết khác*” thì vẫn phải đảm bảo quyền và lợi ích hợp pháp của cá nhân, tổ chức chịu sự tác động của các biện pháp này. Do đó, nội hàm của “*các biện pháp cần thiết khác*” cần được cụ thể hóa trong Dự thảo Luật. Theo Hiến pháp năm 2013 “*các biện pháp cần thiết khác*” có thể là trưng mua, trưng dụng tài sản của tổ chức, cá nhân²¹ hay trưng dụng đất²² nhằm đáp ứng về mặt nhân lực, vật lực ứng phó với tình trạng khẩn cấp. Nếu Dự thảo Luật “mở rộng” thêm so với Hiến pháp năm 2013 thì cũng phải quy định cụ thể, rõ ràng. Theo Luật Quốc phòng năm 2005, trong trường

hợp tình trạng khẩn cấp về quốc phòng hay chiến tranh, khi an ninh chính trị, trật tự, an toàn xã hội ở một hoặc một số địa phương bị xâm phạm nghiêm trọng tới mức chính quyền ở đó không còn kiểm soát được tình hình thì cần phải áp dụng biện pháp thiết quân luật. Việc áp dụng biện pháp thiết quân luật thuộc thẩm quyền của Chủ tịch nước. Tuy nhiên, Chủ tịch nước muốn ra lệnh thiết quân luật thì trước đó phải có đề nghị của Chính phủ²³. Với quy định này có thể hiểu, quyền chủ động ứng phó với tình trạng khẩn cấp, tình trạng chiến tranh có “khởi nguồn” từ Chính phủ. Ngoài ra, khoản 4, Điều 12 Dự thảo Luật quy định: “*Chính phủ động viên nền kinh tế quốc dân cho quốc phòng; giáo dục quốc phòng - an ninh; phòng thủ dân sự; thực hiện lệnh thiết quân luật, lệnh giới nghiêm*”. Nhìn chung, đây là một bổ sung mới so với Luật Tổ chức Chính phủ năm 2001, tuy nhiên, đây có phải là “*các biện pháp cần thiết khác*” được quy định tại khoản 3 Điều 6 Dự thảo Luật hay không thì xem xét cả Dự thảo Luật vẫn chưa thể có câu trả lời chính thức.

Công khai, minh bạch là một thuộc tính của văn bản quy phạm pháp luật²⁴ và vì thế, “*các biện pháp cần thiết khác*” cũng cần phải được quy định cụ thể, rõ ràng nhằm đảm bảo hiệu quả trong hoạt động quản lý cũng như bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của cá nhân, tổ chức.

²¹ Khoản 3, Điều 32 Hiến pháp 2013 quy định: “*Trường hợp thật cần thiết vì lý do quốc phòng, an ninh hoặc vì lợi ích quốc gia, tình trạng khẩn cấp, phòng chống thiên tai, Nhà nước trưng mua hoặc trưng dụng có bồi thường tài sản của tổ chức, cá nhân theo giá thị trường*”.

²² Khoản 4, Điều 54 Hiến pháp 2013 quy định: “*Nhà nước trưng dụng đất trong trường hợp thật cần thiết do luật định để thực hiện nhiệm vụ quốc phòng, an ninh hoặc trong tình trạng chiến tranh, tình trạng khẩn cấp, phòng, chống thiên tai*”.

²³ Khoản 1 Điều 32 Luật Quốc phòng năm 2005 quy định: “*Khi an ninh chính trị, trật tự, an toàn xã hội ở một hoặc một số địa phương bị xâm phạm nghiêm trọng tới mức chính quyền ở đó không còn kiểm soát được tình hình thì Chủ tịch nước ra lệnh thiết quân luật theo đề nghị của Chính phủ*”.

²⁴ Khoản 3, Điều 3 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2008.

Xuất phát từ tính chất chủ động, sáng tạo trong hoạt động hành chính nên Chính phủ có quyền ban hành “nghị định không đầu” chứa các “quy phạm tiên phát”. Các “quy phạm tiên phát” được ban hành dù vẫn trên cơ sở luật, nhưng là trên cơ sở quy định về thẩm quyền nói chung của Chính phủ, chứ không phải là chấp hành các quy định điều chỉnh vấn đề tương ứng mà văn bản cấp trên có, vì luật chưa quy định tới do nhiều nguyên nhân. Hiện nay, quy định về quyền này của Chính phủ nằm trong Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2008, nhưng Luật này chưa thể hiện đúng bản chất loại “quy phạm tiên phát” của Chính phủ, đó là quy định “*Việc ban hành nghị định này phải được sự đồng ý của Ủy ban Thường vụ Quốc hội*”. Nếu vậy, quyền chủ động, sáng tạo, trách nhiệm chính trị của Chính phủ đã chuyển sang cho Ủy ban Thường vụ Quốc hội, mà Ủy ban Thường vụ Quốc hội trên thực tế lại không làm được. Vì vậy, quy định này không hợp lý (không khả thi) nên chỉ mang tính hình thức, như tính hình thức tràn lan trong pháp luật nước ta²⁵. Do đó, theo chúng tôi, quyền ban hành “nghị định không đầu” cần phải được cụ thể hóa trong Luật Tổ chức Chính phủ (sửa đổi) theo quan điểm về tính hợp lý là khi ban hành các “quy phạm tiên phát”, Chính phủ không cần phải “xin phép” Ủy ban Thường vụ Quốc hội. Việc kiểm tra tính hợp hiến, hợp pháp của “nghị định không đầu” sẽ được thực hiện bằng nhiều cơ chế khác nhau, như giám sát trước, giám sát sau ban hành mà không cần phải có “sự đồng ý”

vốn dĩ rất hình thức của Ủy ban Thường vụ Quốc hội.

Bên cạnh đó, về thẩm quyền của Thủ tướng cũng cần được quy định cụ thể nhằm thể hiện vai trò của người đứng đầu Chính phủ. Thủ tướng Chính phủ phải đóng vai trò chỉ đạo điều hành chung và thống nhất đối với hoạt động của hệ thống hành pháp và hành chính nhà nước. Thủ tướng có toàn quyền quyết định đối với những vấn đề được Hiến pháp và các đạo luật quy định thuộc nhiệm vụ, quyền hạn của mình mà không phụ thuộc vào tập thể Chính phủ. Mối quan hệ tác động qua lại, liên quan chặt chẽ với nhau giữa hai cơ chế này làm cho hoạt động của Chính phủ trở nên linh hoạt, mềm dẻo, nhanh nhạy hơn, bảo đảm tính thống nhất, thông suốt, có hiệu lực, hiệu quả²⁶.

Khoản 2, Điều 98 Hiến pháp năm 2013 quy định: “*Thủ tướng Chính phủ lãnh đạo và chịu trách nhiệm về hoạt động của hệ thống hành chính nhà nước từ trung ương đến địa phương, bảo đảm tính thống nhất và thông suốt của nền hành chính quốc gia*”. Thủ tướng Chính phủ muốn lãnh đạo và chịu trách nhiệm về hoạt động của hệ thống hành chính từ trung ương đến địa phương, Thủ tướng phải có những quyền hạn nhất định phù hợp với nguyên tắc thủ trưởng. Dự thảo Luật vẫn tiếp tục duy trì quy định: “*Những vấn đề quan trọng thuộc thẩm quyền của Chính phủ phải được thảo luận tập thể và quyết định theo đa số. Trong trường hợp biểu quyết ngang nhau thì thực hiện theo ý kiến mà Thủ tướng đã biểu*

²⁵ Nguyễn Cửu Việt, *Khái niệm văn bản quy phạm pháp luật (tiếp theo) và hệ thống văn bản quy phạm pháp luật*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp số 51, năm 2005.

²⁶ Nguyễn Phước Thọ - Cao Anh Đô, *Về quyền hành pháp của Chính phủ trong cơ chế phân công, phối hợp và kiểm soát quyền lực nhà nước*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp số 22, tháng 11, năm 2011.

quyết”²⁷. Đây là một quy định khá hay, vì như vậy thì vai trò quyết định của Thủ tướng Chính phủ trong hình thức làm việc tập thể vẫn được thể hiện rõ. Ngoài ra, khoản 3, Điều 5 Nghị định số 08/2012/NĐ-CP ngày 16/02/2012 còn quy định: “Trong trường hợp xét thấy cần thiết vì tính chất quan trọng, cấp bách của công việc, Thủ tướng Chính phủ có thể trực tiếp chỉ đạo xử lý công việc thuộc thẩm quyền của Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang Bộ, cơ quan thuộc Chính phủ, Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh”. Đây là quy định rất quan trọng, là đảm bảo pháp lý cho sự thông suốt của nền hành chính quốc gia, vì vậy, sẽ hợp lý nếu đưa vào thẩm quyền của Thủ tướng Chính phủ trong Dự thảo Luật²⁸.

Để thực hiện nhiệm vụ, chức năng quản lý nhà nước trên các lĩnh vực, Chính phủ trong phạm vi thẩm quyền của mình sẽ thể hiện ý chí đến đối tượng quản lý thông qua những hoạt động quản lý nhất định. Những hoạt động ấy được thể hiện ra bên ngoài dưới một hình thức quản lý nào đó. Trong các hình thức quản lý mà Chính phủ sử dụng thì quan trọng nhất và phổ biến nhất là ban hành các văn bản pháp luật. Trước đây, Điều 115 và 116 Hiến pháp năm 2001 quy định: “Chính phủ ra nghị quyết, nghị định; Thủ tướng Chính phủ ra quyết định, chỉ thị; Bộ trưởng, các thành viên khác của Chính phủ ra quyết định, chỉ thị, thông tư”. Tuy nhiên, Hiến pháp năm 2001 cũng không xác định loại văn bản nào có tính quy phạm, văn bản nào chỉ có tính áp dụng pháp luật cho các trường hợp cụ thể. Đáng tiếc là những

người soạn thảo Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 1996 đã thừa nhận tính quy phạm của tất cả các văn bản mà Hiến pháp quy định cho các chủ thể được quyền ban hành trong khuôn khổ thực hiện các chức năng của mình. Bất cập này đã được dần khắc phục khi Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2008 ra đời và có hiệu lực kể từ ngày 1/1/2009²⁹.

Khác với Hiến pháp năm 2001, Hiến pháp năm 2013 chỉ quy định khái quát về vấn đề này. Điều 98 Hiến pháp năm 2013 quy định: “Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ, Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang Bộ ban hành văn bản pháp luật để thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn của mình, kiểm tra việc thi hành các văn bản đó và xử lý các văn bản trái pháp luật theo quy định của luật”. Có lẽ, “ngụ ý” về các văn bản pháp luật do Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ, Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang Bộ ban hành sẽ được cụ thể trong Luật Tổ chức Chính phủ (sửa đổi). Vấn đề này được trả lời cụ thể trong Dự thảo Luật là: “Chính phủ ban hành nghị quyết, nghị định; Thủ tướng Chính phủ ban hành quyết định, chỉ thị; Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang Bộ ban hành thông tư. Nghị quyết, nghị định của Chính phủ, quyết định, chỉ thị của Thủ tướng Chính phủ, thông tư của Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang Bộ có hiệu lực thi hành trong phạm vi cả nước”³⁰.

So với Luật Tổ chức Chính phủ năm 2001, thẩm quyền ban hành văn bản pháp

²⁷ Điều 35 Dự thảo Luật.

²⁸ Nguyễn Cửu Việt (2013), Giáo trình Luật Hành chính Việt Nam, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, tr. 158.

²⁹ Theo Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2008, Chính phủ chỉ được quyền ban hành Nghị định, Thủ tướng Chính phủ chỉ được quyền ban hành quyết định, Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang Bộ chỉ được quyền ban hành thông tư với tư cách là văn bản quy phạm pháp luật.

³⁰ Xem thêm Điều 18, Điều 23 Dự thảo Luật.

luật của Chính phủ và Thủ tướng Chính phủ trong Dự thảo Luật không có gì thay đổi³¹. Tuy nhiên, nếu như trong Luật Tổ chức Chính phủ năm 2001 quy định Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang Bộ ban hành quyết định, chỉ thị, thông tư³², thì trong Dự thảo Luật chỉ quy định Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang Bộ ban hành thông tư chứ không ban hành quyết định, chỉ thị.

Đối chiếu với Dự thảo Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật (Dự thảo 3) thì Chính phủ chỉ có quyền ban hành nghị định với tư cách là văn bản quy phạm pháp luật, Thủ tướng Chính phủ chỉ có quyền ban hành quyết định với tư cách là văn bản quy phạm pháp luật, còn Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang Bộ chỉ có quyền ban hành Thông tư với tư cách là văn bản quy phạm pháp luật. Theo quy định này thì nghị quyết của Chính phủ, chỉ thị của Thủ tướng Chính phủ không phải là văn bản quy phạm pháp luật. Theo Dự thảo Luật thì Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang Bộ chỉ có quyền ban hành thông tư mà không được quyền ban hành quyết định, chỉ thị. Nếu Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang Bộ không có quyền ban hành quyết định, chỉ thị thì sẽ ban hành văn bản gì để chỉ đạo, điều hành các tổ chức, đơn vị, bộ phận cấu thành trong phạm vi hoạt động ngành, lĩnh vực do mình phụ trách? Điều này chưa được trả lời cụ thể

trong Dự thảo Luật. Do đó, theo chúng tôi, trong Dự thảo Luật cần quy định cho Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang Bộ quyền ban hành quyết định, chỉ thị với tư cách là văn bản chỉ đạo, điều hành các tổ chức, đơn vị, bộ phận cấu thành.

Trong mối quan hệ giữa Chính phủ với Hội đồng nhân dân, khoản 5, Điều 6 Dự thảo Luật quy định: *“Chính phủ hướng dẫn, kiểm tra Hội đồng nhân dân trong việc thực hiện văn bản của cơ quan nhà nước cấp trên”*. Bên cạnh đó, theo khoản 1, Điều 15 Dự thảo Luật thì *“Chính phủ kiểm tra tính hợp pháp của các nghị quyết, quyết định và văn bản quy phạm pháp luật của Hội đồng nhân dân”*. So với quy định tại khoản 1, Điều 17 Luật Tổ chức Chính phủ năm 2001 *“Chính phủ kiểm tra tính hợp pháp của các nghị quyết của Hội đồng nhân dân”*, thì khoản 1, Điều 15 Dự thảo Luật có bổ sung thêm cụm từ *“quyết định và văn bản quy phạm pháp luật”*. Hiện nay, theo Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật của Hội đồng nhân dân, Ủy ban nhân dân năm 2004 thì Hội đồng nhân dân ban hành văn bản quy phạm pháp luật với hình thức là *“nghị quyết”*. Do đó, sự *“bổ sung”* ở trên có ý là ngoài nghị quyết, Hội đồng nhân dân còn có thể ban hành một hình thức văn bản khác với tư cách là văn bản quy phạm pháp luật? Nếu vậy thì phải sửa đổi cả Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật của Hội đồng nhân dân, Ủy ban nhân dân năm 2004 lẫn Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2008. Nếu không, thì chỉ nên quy định ngắn gọn như khoản 1, Điều 17 Luật Tổ chức Chính phủ năm 2001 nêu trên³³.

³¹ Khoản 1, Điều 17 Tổ chức Chính phủ năm 2001 quy định: *“Chính phủ hướng dẫn và kiểm tra Hội đồng nhân dân trong việc thực hiện Hiến pháp, luật, nghị quyết của Quốc hội, pháp lệnh, nghị quyết của Ủy ban Thường vụ Quốc hội, lệnh, quyết định của Chủ tịch nước, nghị quyết, nghị định của Chính phủ, quyết định, chỉ thị của Thủ tướng”*. Như vậy, có thể suy luận rằng: *“Chính phủ ban hành nghị quyết, nghị định; Thủ tướng Chính phủ ban hành quyết định, chỉ thị”*.

³² Điều 24 Luật Tổ chức Chính phủ năm 2001.

³³ Theo Dự thảo Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật thì Hội đồng nhân dân cấp tỉnh có quyền ban hành văn bản quy phạm pháp luật với tên gọi là nghị

Trong các cơ quan hành chính ở địa phương Ủy ban nhân dân cấp tỉnh là cơ quan có thẩm quyền quản lý cao nhất. Để thực hiện chức năng quản lý, Ủy ban nhân dân cấp tỉnh trong phạm vi thẩm quyền của mình được quyền ban hành văn bản pháp luật là quyết định và chỉ thị. Với vai trò là người lãnh đạo công tác của Ủy ban nhân dân cấp tỉnh, Chủ tịch Ủy ban nhân dân cũng có quyền ban hành văn bản để điều chỉnh các quan hệ xã hội ở địa phương³⁴. Một câu hỏi đặt ra là, nếu văn bản của Ủy ban nhân dân, Chủ tịch ủy ban nhân dân cấp tỉnh trái với Hiến pháp, luật và văn bản của cơ quan nhà nước cấp trên thì sẽ bị xử lý như thế nào? Theo khoản 8, Điều 17 Dự thảo Luật thì Thủ tướng Chính phủ có quyền “*đình chỉ việc thi hành*” hoặc “*bãi bỏ*” **văn bản** của Ủy ban nhân dân, Chủ tịch ủy ban nhân dân cấp tỉnh trái với Hiến pháp, luật và văn bản của cơ quan nhà nước cấp trên. Ngoài ra, theo Điều 26 Dự thảo Luật thì “*Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang Bộ có quyền đình chỉ việc thi hành, đề nghị Thủ tướng Chính phủ bãi bỏ những quy định của Ủy ban nhân dân và Chủ tịch Ủy ban nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương trái với các văn bản của Bộ, cơ quan ngang Bộ về ngành, lĩnh vực do bộ, cơ quan ngang Bộ phụ trách và chịu trách nhiệm về quyết định đình chỉ đó; nếu Ủy ban nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương không nhất trí với quyết định đình chỉ việc thi hành thì vẫn phải chấp*

hành, nhưng có quyền kiến nghị với Thủ tướng Chính phủ”.

Về kỹ thuật lập pháp, khoản 8, Điều 17 Dự thảo Luật quy định Thủ tướng Chính phủ đình chỉ việc thi hành hoặc bãi bỏ **văn bản** của Ủy ban nhân dân và Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh, còn theo Điều 26 Dự thảo Luật thì Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang Bộ có quyền đình chỉ việc thi hành những **quy định** của Ủy ban nhân dân và Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh đồng thời đề nghị Thủ tướng Chính phủ bãi bỏ. Như vậy, thuật ngữ “*quy định*” tại Điều 26 Dự thảo Luật có phải “*ngụ ý*” nhắc đến “*văn bản*” được nêu ở khoản 8, Điều 17 Dự thảo Luật hay không? Nếu đúng như vậy thì chỉ nên sử dụng thống nhất một thuật ngữ pháp lý. Hơn nữa, việc sử dụng nhiều thuật ngữ để biểu thị một nghĩa có nội hàm pháp lý giống nhau là không phù hợp với nguyên tắc kỹ thuật lập pháp. Ngược lại, nếu không phải là vậy thì ngoài đình chỉ việc thi hành đối với **văn bản**, Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang Bộ còn có quyền đình chỉ việc thi hành những hình thức quản lý khác của Ủy ban nhân dân và Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh? Suy luận này có lẽ không hợp lý, bởi trên thực tế, Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang Bộ chỉ đình chỉ việc thi hành đối với **văn bản** của Ủy ban nhân dân và Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh³⁵. Bên cạnh

quyết. Hội đồng nhân dân cấp huyện và cấp xã cũng có quyền ban hành văn bản quy phạm pháp luật nhưng với tên gọi là gì thì chưa được quy định cụ thể.

³⁴ Khoản 7, Điều 127 Luật Tổ chức Hội đồng nhân dân và Ủy ban nhân dân năm 2003 quy định: “*Chủ tịch Ủy ban nhân dân tỉnh ra quyết định, chỉ thị để thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn của mình*”.

³⁵ Theo chỉ đạo của Thủ tướng Chính phủ tại Công văn số 694/TTg-XDPL ngày 05/5/2006, Bộ trưởng Bộ Tư pháp đã ban hành Quyết định 1212/QĐ-BTP ngày 08/5/2006 để đình chỉ thi hành một phần hoặc toàn bộ nội dung văn bản trái pháp luật về xử lý vi phạm hành chính do các địa phương ban hành. Tại Quyết định số 1212/QĐ-BTP thì Bộ trưởng Bộ Tư pháp đã đình chỉ thi hành Quyết định số 52/2005/QĐ-UBND ngày 28/4/2005 của Ủy ban nhân dân thành phố Đà Nẵng ban hành quy định về

đó, nếu cho rằng ngoài đình chỉ **văn bản**, Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang Bộ có quyền đình chỉ việc thi hành những hình thức quản lý khác là không phù hợp với thẩm quyền của Thủ tướng Chính phủ. Theo khoản 8, Điều 17 Dự thảo Luật thì Thủ tướng Chính phủ chỉ bãi bỏ **văn bản** của Ủy ban nhân dân và Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh chứ không bãi bỏ các hình thức quản lý khác. Do đó, theo chúng tôi, thuật ngữ “*quy định*” tại Điều 26 Dự thảo Luật cần được đổi thành “*văn bản*”. Việc sửa đổi này vừa đáp ứng tính chính xác về kỹ thuật lập pháp, vừa tạo ra tính thống nhất giữa Dự thảo Luật với các văn bản pháp luật hiện hành³⁶.

2.6. Về cơ chế chịu trách nhiệm của Chính phủ

Khoản 6, Điều 98 Hiến pháp năm 2013 quy định cụ thể về vai trò và trách nhiệm của các thành viên Chính phủ. Thủ tướng Chính phủ phải thực hiện chế độ báo cáo trước Nhân dân thông qua các phương tiện thông tin đại chúng về những vấn đề quan trọng thuộc thẩm quyền giải quyết của Chính phủ và Thủ tướng Chính phủ.

Xét ở khía cạnh trách nhiệm, chính quyền nhận sự ủy trị từ nhân dân thì đồng thời phải có trách nhiệm trước nhân dân. Ý tưởng này phải hóa thành trách nhiệm giải trình cụ thể. Các thiết chế quyền lực nhà

nước và hẹp hơn là quyền lực hành chính đều được tiến hành theo nguyên tắc ủy quyền và do đó, phải xác lập trách nhiệm giải trình trước người đã giao quyền³⁷. Quyền lực của Chính phủ cần được giám sát, đó là cách tốt nhất làm cho Chính phủ mạnh, có hiệu lực và dám chịu trách nhiệm trước nhân dân. Muốn vậy, phải tăng trách nhiệm giải trình của Chính phủ, vì Chính phủ mạnh khi Chính phủ minh bạch, bị giám sát và chịu trách nhiệm giải trình³⁸. Nhưng vấn đề là ở chỗ, trong khi các cơ quan hành chính nhà nước khác phải chịu trách nhiệm giải trình theo quy định tại Nghị định số 90/2013/NĐ-CP thì trách nhiệm của Chính phủ lại không được điều chỉnh bởi văn bản luật³⁹. Đây là một thiếu sót cần sớm khắc phục. Chính vì vậy, sẽ là hợp lý nếu trong Dự thảo Luật quy định rõ ràng về trách nhiệm giải trình của Chính phủ.

³⁷ Phạm Duy Nghĩa, *Cải cách thể chế ở Việt Nam từ góc nhìn xác lập trách nhiệm giải trình*, Tạp chí Khoa học pháp lý số 2, năm 2008.

³⁸ Tại hội nghị ngày 21/1/2014 của Văn phòng Chính phủ, Thủ tướng Nguyễn Tấn Dũng đã nhắc tới “trách nhiệm giải trình” trước nhân dân như một nhiệm vụ quan trọng của Nhà nước phục vụ, Nhà nước kiến tạo phát triển. Xem thêm bài viết: “Khi Thủ tướng đề cập trách nhiệm giải trình” trên Báo điện tử Chính phủ nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam (VGP News) ngày 21/01/2014.

³⁹ Nghị định số 90/2013/NĐ-CP ngày 08/08/2013 của Chính phủ quy định trách nhiệm giải trình của cơ quan nhà nước trong việc thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn được giao áp dụng đối với: “Các cơ quan hành chính nhà nước, các đơn vị sự nghiệp công lập thuộc cơ quan hành chính nhà nước và người có thẩm quyền trong việc thực hiện trách nhiệm giải trình”.

một số biện pháp kiềm chế tai nạn giao thông đường bộ trên địa bàn thành phố Đà Nẵng.

³⁶ Theo điểm c, khoản 1, Điều 17 Nghị định số 40/2010/NĐ-CP ngày 12/04/2010 của Chính phủ về kiểm tra và xử lý văn bản quy phạm pháp luật: “*Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang Bộ đình chỉ việc thi hành và đề nghị Thủ tướng Chính phủ hủy bỏ, bãi bỏ một phần hoặc toàn bộ quyết định, chỉ thị của Ủy ban nhân dân cấp tỉnh trái với văn bản về ngành, lĩnh vực quản lý nhà nước của Bộ, ngành mình*”.

ĐỀ XUẤT NỘI DUNG CHẾ ĐỊNH QUYỀN SỞ HỮU CHO BỘ LUẬT DÂN SỰ VIỆT NAM TƯƠNG LAI

*Bùi Thị Thanh Hằng**

Tóm tắt: Sau gần 10 năm thi hành, các quy định về quyền sở hữu nói chung và nội dung quyền sở hữu nói riêng trong Bộ luật Dân sự 2005 đã bộc lộ những điểm chưa tương thích với khoa học pháp lý thế giới. Bài viết phân tích các học thuyết về quyền sở hữu và ảnh hưởng của những học thuyết này đến pháp luật một số quốc gia, từ đó đề xuất nội dung chế định quyền sở hữu trong Bộ luật Dân sự Việt Nam tương lai.

Abstract: After ten years of enforcement, provisions on ownership in general and content of ownership in particular under Vietnam's Civil Code of 2005 have been defective and incompatible with international jurisprudence. This article analyses legal theories of property rights and the impact of such theories on laws of some countries. On that basis, it proposes the contents of provisions on ownership for a future Civil Code of Vietnam.

Bộ luật Dân sự 2005 quy định tương đối đầy đủ về khái niệm quyền sở hữu, nội dung quyền sở hữu, căn cứ phát sinh, căn cứ chấm dứt quyền sở hữu, các hình thức sở hữu, bảo vệ quyền sở hữu... Các quy định này, ở một chừng mực nào đó đã tạo cơ sở pháp lý để các chủ thể Luật dân sự có thể thực hiện các quyền năng của mình, và là căn cứ quan trọng để cơ quan nhà nước có thẩm quyền giải quyết các tranh chấp về quyền sở hữu. Tuy nhiên, qua thực tiễn thi hành, các quy định về quyền sở hữu nói chung và nội dung quyền sở hữu nói riêng còn có những điểm chưa tương thích với khoa học pháp lý thế giới.

Theo Bộ luật Dân sự 2005, nội dung quyền sở hữu bao gồm 3 quyền năng: quyền chiếm hữu, quyền sử dụng và quyền định đoạt. Xem xét, đối chiếu 3 nội dung quyền sở hữu trong Bộ luật Dân sự 2005

với các nội dung của quyền sở hữu trong Luật La Mã – hình mẫu cho cấu trúc nội dung quyền sở hữu của các Bộ luật Dân sự hiện đại, có những điểm tương đồng. Đó là, yếu tố quyền định đoạt của Bộ luật Dân sự 2005 có nội hàm tương tự với yếu tố abusus trong Luật La Mã và quyền sử dụng trong chừng mực nào đó là sự kết hợp hai yếu tố usus và fructus trong Luật La Mã¹.

Tuy nhiên, thông qua khái niệm quyền sở hữu được ghi nhận trong Bộ luật Dân sự 2005 có thể thấy, Bộ luật Dân sự 2005 dường như có sự nhầm lẫn giữa quyền chiếm hữu với ý nghĩa là hình thức của một quan hệ tài sản và quyền sở hữu với ý nghĩa là nội dung của quan hệ tài sản đó. Từ sự nhầm lẫn này dẫn đến tình trạng, “chế độ pháp lý về sở hữu ở Việt Nam trở nên đặc thù và điều này khiến cho việc cải

* ThS., Khoa Luật - Đại học quốc gia Hà Nội.

¹ Xem: Nguyễn Ngọc Điện, *Quyền sở hữu và quyền chiếm hữu - bài học về tình huống luật xa rời cuộc sống*, nguồn:ncplp.org.vn.

cách pháp luật dân sự trong khung cảnh hội nhập, đặc biệt về phần liên quan đến tài sản, là việc không đơn giản. Trở ngại chính đối với việc cải cách là sự khác biệt lớn giữa Việt Nam và các nền văn hoá pháp lý tiêu biểu trong cách hiểu về nội dung của quyền sở hữu, từ đó ảnh hưởng đến cách định vị chế định chiếm hữu trong pháp luật tài sản”. như nhận định của PGS.TS. Nguyễn Ngọc Điện trong bài viết: “Xây dựng lại chế định chiếm hữu bằng chất liệu khoa học phù hợp”. Để có thể đưa ra đề xuất về nội dung của quyền sở hữu, chúng tôi làm rõ quyền chiếm hữu có phải là một nội dung của quyền sở hữu hay không dựa trên các học thuyết về quyền chiếm hữu và sự ghi nhận chế định này trong hệ thống pháp luật của các quốc gia tiêu biểu.

1. Các học thuyết chiếm hữu

Theo PGS.TS. Nguyễn Ngọc Điện, các luật gia La Mã cổ đại từ rất sớm đã có sự phân biệt giữa quyền sở hữu (ownership) và quyền chiếm hữu (possession) như là sự phân biệt giữa nội dung và hình thức của một quan hệ xã hội². Theo đó, quyền chiếm hữu được hiểu là quyền năng bên ngoài của người nắm giữ vật theo cung cách của người có quyền dựa trên mối quan hệ giữa người nắm giữ vật với vật được nắm giữ và quyền sở hữu được hiểu là quyền năng bên trong hay quyền năng pháp lý của người nắm giữ vật đối với vật người đó đang nắm giữ.

Bên cạnh việc phân biệt dựa trên nội dung và hình thức của quan hệ, các luật gia La Mã cổ đại còn phân biệt quyền sở hữu và quyền chiếm hữu dựa trên cấu trúc của chúng. Theo đó, quyền sở hữu được cho là

gồm 3 yếu tố *usus*, *fructus* và *abusus*, còn quyền chiếm hữu được cho là gồm 2 yếu tố *copus* và *animus*. Trong đó, *corpus* là yếu tố vật chất hay yếu tố khách quan được thể hiện thông qua việc thực hiện thực tế các hành vi mang tính chất thể hiện quyền năng đối với vật và *animus* là yếu tố tâm lý hay yếu tố chủ quan được thể hiện qua cách cư xử phù hợp với các quyền năng mà người chiếm hữu tự cho là có được đối với vật³.

Dựa trên cấu trúc quyền chiếm hữu của các luật gia La Mã cổ đại, các luật gia, triết gia châu Âu đã phát triển thành các học thuyết chiếm hữu với các cách tiếp cận khác nhau qua hai trường phái chính: chiếm hữu chủ quan và chiếm hữu khách quan.

Học thuyết chiếm hữu chủ quan do luật gia kiêm triết gia Đức Friedrich Karl Von Savigny khởi xướng. Savigny cho rằng, quyền chiếm hữu bao gồm hai yếu tố: chiếm hữu vật chất - “*corpus possidendi*” và chiếm hữu tâm lý (ý định kiểm soát) “*animus possidendi*”, và chỉ ra sự khác biệt giữa khái niệm chiếm giữ và quyền chiếm hữu (người chiếm giữ và người chiếm hữu đều có khả năng kiểm soát thực tế vật như nhau) là nằm trong yếu tố tâm lý, yếu tố ý định nắm giữ vật như chủ sở hữu, mong muốn nắm giữ cho chính mình chứ không phải cho người khác. Học thuyết của Savigny phân biệt chủ sở hữu và người nắm giữ vật trong các trường hợp thuê nhà, vay tài sản hay đại diện và người đại diện, theo đó, chủ sở hữu là người có quyền chiếm hữu và người thuê nhà, người vay tài sản, hay người đại diện mặc dù cũng thỏa mãn yếu tố nắm giữ, tác động vật chất lên vật nhưng không có quyền chiếm hữu do không

² Xem: Nguyễn Ngọc Điện, *Quyền sở hữu và quyền chiếm hữu - bài học về tình huống luật xa rời cuộc sống*. Nguồn:ncclp.org.vn.

³ Xem: Nguyễn Ngọc Điện, *ttđđ*.

thể có được trạng thái tâm lý giống như chủ sở hữu nhà trong quá trình tác động lên vật.

Học thuyết chiếm hữu khách quan do Rudolph Von Jehring khởi xướng. Theo Jehring, yếu tố mang tính chất quyết định để xác lập quan hệ chiếm hữu là phải có hành vi tác động vật chất lên vật, nghĩa là phải có yếu tố corpus. Bất cứ người nào có biểu hiện ra bên ngoài như chủ sở hữu một vật thì người đó sẽ có quyền chiếm hữu vật đó, trừ khi bị tòa án bác bỏ quyền chiếm hữu của anh ta dựa trên những cân nhắc thực tế đặc biệt. Jehring cho rằng, thành tố animus chỉ đơn giản là sự nhận thức khôn ngoan về tình huống hay thực tế. Tuy nhiên, cũng cần lưu ý rằng Jehring không phủ nhận hoàn toàn ý nghĩa của yếu tố animus mà ông cho rằng animus được thể hiện thông qua bản thân yếu tố corpus nghĩa là được thể hiện thông qua hành vi vật chất mà một chủ thể tác động lên một vật, hay nói cách khác là bản thân hành vi vật chất đó đã bao hàm quyền năng của chủ thể đối với vật.

Ngoài hai học thuyết chiếm hữu theo hai trường phái chính nói trên, còn phải kể đến học thuyết chiếm hữu thứ ba là học thuyết do Salmond khởi xướng. Học thuyết này được xem là phiên bản của học thuyết Savigny và có ảnh hưởng đến hệ thống luật tài sản của Anh.

Salmond bắt đầu học thuyết của mình bằng việc phân biệt giữa quyền chiếm hữu thực tế và quyền chiếm hữu theo luật. Ông cho rằng, chỉ có một khái niệm và khái niệm đó là quyền chiếm hữu thực tế. Theo ông, chiếm hữu thực tế là đang thực nắm giữ vật, còn chiếm hữu theo luật chỉ là giả tưởng pháp lý. Ngoài ra, Salmond còn phân biệt giữa chiếm hữu hữu hình (đối tượng hữu hình) và chiếm hữu vô hình (chiếm hữu

quyền). Theo đó, chiếm hữu hữu hình là việc thực hiện liên tục quyền sử dụng độc quyền những vật hữu hình và mức độ của quyền này liên quan đến hai thành tố là chiếm hữu thực tế (corpus possessionis) và ý định chiếm hữu (animus possidendi). Do đó, quyền chiếm hữu thực tế là ý định chiếm hữu của một người và việc biến ý định chiếm hữu thành sự thực là nhằm loại trừ những người khác.

Tuy nhiên, Salmond sai lầm ở chỗ đưa ra giả thiết xem chiếm hữu thực tế và chiếm hữu theo luật đều là quyền chiếm hữu, nhưng thực chất chúng chỉ là các điều kiện để có quyền chiếm hữu.

2. Ảnh hưởng của các học thuyết chiếm hữu đến hệ thống pháp luật các nước

Pháp là quốc gia chịu ảnh hưởng của học thuyết chiếm hữu chủ quan của Savigny. Điều này được thể hiện rất rõ qua việc hệ thống pháp luật Pháp thừa nhận quan hệ chiếm hữu chỉ được xác lập khi một người thực sự có trạng thái tâm lý của người có quyền năng của riêng mình đối với vật chứ không đi sử dụng danh nghĩa quyền năng của người khác khi chiếm giữ vật. Bên cạnh đó, hệ thống pháp luật Pháp cũng thừa nhận học thuyết chiếm hữu chủ quan thông qua việc chỉ xem là có tình trạng chiếm hữu khi người nắm giữ tài sản tự xưng là chủ sở hữu vật và xem đây là tình trạng chiếm giữ tạm thời đối với trường hợp người nắm giữ vật thể hiện một vị thế khác với vị thế chủ sở hữu như trường hợp người thuê tài sản, mượn tài sản, người đại diện...

Với ảnh hưởng của học thuyết chiếm hữu chủ quan, luật sở hữu Pháp phân biệt người nắm giữ tài sản với hai vị thế khác biệt, đó là người chiếm hữu và người chiếm

giữ tạm thời bằng cách đặt ra các công cụ giải thích khác nhau cho hai trường hợp này. Trước hết là bằng việc ghi nhận nguyên tắc suy đoán trong Điều 2250 Bộ luật Dân sự Pháp. Theo Điều 2250 Bộ luật Dân sự Pháp, người đang thực tế nắm giữ tài sản được suy đoán là người chiếm hữu cho đến khi có chứng cứ chứng minh người này chỉ là người nắm giữ tài sản của người khác. Theo Điều 2251 Bộ luật Dân sự Pháp, người mang tư cách người chiếm giữ tạm thời luôn được suy đoán là có tư cách đó chứ không thể trở thành người chiếm hữu, trừ trường hợp người đó chứng minh được họ đã trở thành chủ sở hữu một cách hợp pháp⁴.

Khác với Pháp, Đức là quốc gia chịu ảnh hưởng của học thuyết chiếm hữu khách quan của Jhering. Dưới ảnh hưởng của học thuyết này, chiếm hữu trong luật của Đức không được xem là một quyền (không phải là một vật quyền cũng không phải là trái quyền) mà là một thực trạng nắm giữ vật⁵. Luật pháp của Đức phân loại chiếm hữu theo Luật La Mã nhưng không hoàn toàn rập khuôn. Theo đó, chiếm hữu gồm các loại: possession suo nomine - người chiếm hữu có ý định chiếm hữu cho mình⁶, theo đó không phân biệt người nắm giữ vật có quyền hợp pháp để chiếm hữu hay không; possession alieno nomine - người nắm giữ vật chất một vật cho người khác; unmittelbarer Besitz hay “direct possession” - người chiếm hữu tự mình thực hiện hành vi chiếm hữu; mittelbarer Besitz hay “indirect possession” - người chiếm hữu có

ý định chiếm hữu cho riêng mình nhưng thực hiện hành vi chiếm hữu thông qua chiếm hữu vật chất của người khác. Ngoài ra, còn có sự kết hợp của 4 loại chiếm hữu kể trên với suy đoán người nào thực hiện việc nắm giữ tài sản để phục vụ lợi ích của riêng mình đều được thừa nhận có tư cách người chiếm hữu.

Do chịu ảnh hưởng học thuyết chiếm hữu của Salmond, luật tài sản Anh có xu hướng xác định chiếm hữu dựa trên hai yếu tố: thực hiện kiểm soát thực tế kết hợp với yếu tố “ý định để kiểm soát” hoặc “ý định loại trừ người khác khỏi việc kiểm soát vật”. Luật pháp Anh còn có sự phân biệt về sự phụ thuộc của chiếm hữu, còn được gọi là “mức độ chiếm hữu” trong mỗi tương quan với thực tế áp dụng. Theo đó, chiếm hữu thực tế là kiểm soát vật chất vật và ý định kiểm soát. Trái ngược với chiếm hữu thực tế là chiếm hữu ngầm định – người chiếm hữu có ý định kiểm soát nhưng hành vi kiểm soát vật chất lại do người khác thực hiện. Hai khái niệm này gần giống với chiếm hữu trực tiếp và chiếm hữu gián tiếp trong luật tài sản Đức.

3. Nhận xét chung về vai trò của chiếm hữu trong luật tài sản

Trên cơ sở các phân tích về học thuyết quyền chiếm hữu, học thuyết quyền sở hữu và ảnh hưởng của các học thuyết này đến luật tài sản các quốc gia nói trên, chúng tôi bước đầu nhận thấy chiếm hữu có ba vai trò quan trọng, nhưng tách biệt trong luật tài sản cũng như trong các học thuyết. Đó là:

Thứ nhất, chiếm hữu đóng vai trò trung tâm đối với các học thuyết biện minh cho quyền sở hữu tư đối với các đối tượng trước đó chưa thuộc quyền sở hữu của ai. Những học thuyết này giải thích và bảo vệ nguồn

⁴ Xem: Nguyễn Ngọc Điện, tldd.

⁵ Xem: Andrea Rahmatian, A comparison of German Moveable Property Law and English Personal Property Law, <http://www.iuscomp.org/gla/literature/rahmatian.htm>.

⁶ Xem: Điều 872 Bộ luật Dân sự Đức.

gốc của hệ thống sở hữu tư. Trong học thuyết lao động của John Locke đối với trường hợp một người có được quyền sở hữu đối với vật bằng cách chiếm hữu vật đó và trộn lẫn lao động với vật này. Học thuyết sở hữu ban đầu dừng lại ở ý tưởng chiếm hữu đầu tiên, theo đó người chiếm hữu đầu tiên trở thành chủ sở hữu vật.

Thứ hai, ý tưởng chiếm hữu đầu tiên chiếm một vị trí trung tâm của nhiều học thuyết luật sở hữu. Theo nguyên tắc chiếm hữu đầu tiên, nói chung người chiếm hữu đầu tiên sẽ có một vị thế cao hơn so với những người chiếm hữu vật tiếp theo. Nếu quyền sở hữu chính thức không được xác lập và giữa các bên có tranh chấp vật, thì nguyên tắc chiếm hữu đầu tiên cho phép người chiếm hữu trước có quyền sở hữu đối tượng. Có rất nhiều tranh cãi về vấn đề điều gì thực sự tạo nên quyền chiếm hữu. Chẳng hạn, thông qua tranh chấp nổi tiếng trong vụ Pierson v. Post, người ta đặt ra câu hỏi liệu việc người thợ săn đuổi theo con vật là đã đủ để thiết lập quyền chiếm hữu hay chưa, hay việc thực tế giết chết con vật hoặc việc vồ lấy con vật mới là điều kiện cần thiết để chiếm hữu con vật. Câu trả lời là tất cả các trường hợp nêu trên đều có thể được xem là chiếm hữu, tuy nhiên, khi xem xét quyền chiếm hữu thuộc về ai thì người chiếm hữu trước thường sẽ giành ưu thế hơn so với người chiếm hữu tiếp theo.

Chiếm hữu trước có nét tương đồng với chiếm hữu đầu tiên, theo đó cả hai đều phù hợp với câu châm ngôn “first in time, first in right” (người nào chiếm giữ trước, người đó có quyền trước) và trao cho người kiểm soát vật sớm hơn vị thế cao hơn. Tuy nhiên, chiếm hữu đầu tiên và chiếm hữu trước có xu hướng thực hiện hai nhiệm vụ khác

nhau. Đó là, chiếm hữu đầu tiên liên quan đến quyền sở hữu đầu tiên đối với vật chủ yếu liên quan đến các tranh luận về khái niệm quyền sở hữu. Chiếm hữu trước, ngược lại, là một học thuyết phản ánh việc áp dụng luật sở hữu. Nó giả định một chuẩn mực chung về một hệ thống quyền sở hữu tư, và giải quyết các tranh chấp quyền sở hữu giữa hai người chiếm hữu mà không phải là người đầu tiên chiếm hữu vật. Điều này không có nghĩa quy tắc chiếm hữu trước không mang nội dung quy phạm, mà nó phản ánh việc người chiếm hữu trước có quyền cao hơn người chiếm hữu sau.

Thứ ba, chiếm hữu đóng vai trò chứng cứ trong các tranh chấp về quyền sở hữu. Điều này có nghĩa, trong trường hợp thiếu các bằng chứng chứng minh quyền sở hữu thì việc chiếm hữu vật hiện tại có thể được xem là chứng cứ tạo ra giả định về quyền sở hữu của người đang thực tế chiếm giữ vật. Mặc dù chiếm hữu được xem là một chứng cứ quan trọng, nhưng chiếm hữu hiện tại không đóng vai trò quan trọng trong luật sở hữu. Điều này được thể hiện ở việc thừa nhận quyền sở hữu của người mặc dù không trực tiếp chiếm giữ vật nhưng có chứng cứ chứng minh có quyền sở hữu đối với vật, như vậy người đang chiếm hữu vật hiện tại không được xem là người có quyền chiếm hữu vật.

Sự khác biệt giữa chiếm hữu trước và đang chiếm hữu được phản ánh trong việc áp dụng luật sở hữu. Chức năng chủ yếu của luật sở hữu là để chứng minh quyền ưu tiên đối với một vật. Theo đó, người chiếm hữu vật trước đó hoặc người có bằng chứng chứng minh quyền sở hữu đối với vật sẽ được pháp luật bảo vệ thông qua việc buộc người đang thực tế chiếm hữu vật phải trả

lại vật cho người chiếm hữu vật trước đó, hoặc người có bằng chứng chứng minh quyền sở hữu đối với vật.

4. Đề xuất nội dung quyền sở hữu trong Bộ luật Dân sự Việt Nam tương lai

So sánh đối chiếu với luật tài sản các nước như Pháp, Đức, Anh nhận thấy, Bộ luật Dân sự 2005 vẫn còn tồn tại một số bất cập, đó là:

Với qui định tại Điều 164 Bộ luật Dân sự 2005, quyền sở hữu được hiểu là một quyền tài sản với 3 yếu tố cấu thành: quyền chiếm hữu, quyền sử dụng và quyền định đoạt. Với cách tiếp cận này, Bộ luật Dân sự 2005 đã xác định quyền chiếm hữu như một phần của nội dung quyền sở hữu. Mặt khác, Bộ luật Dân sự 2005 lại ghi nhận khái niệm chiếm hữu có căn cứ pháp luật dựa trên mối quan hệ giữa chủ sở hữu và người chiếm hữu. Theo đó, chiếm hữu chỉ được thừa nhận và bảo vệ khi có mối liên hệ tích cực với chủ sở hữu⁷.

Chưa có sự phân biệt giữa chiếm hữu với tính cách là hình thức biểu hiện của vật quyền với quyền sở hữu với tính cách là nội dung của vật quyền đó. Điều này dẫn đến hệ quả là quyền chiếm hữu không được bảo vệ theo một chế độ riêng, mà được bảo vệ bằng biện pháp bảo vệ quyền sở hữu như đòi lại tài sản; yêu cầu ngăn chặn hoặc chấm dứt hành vi cản trở trái pháp luật được quy định tại Chương XV Bộ luật Dân sự 2005 nếu việc chiếm hữu đó là có căn cứ pháp luật hoặc ngay tình. Do vậy, để được pháp luật bảo vệ, người chiếm hữu phải chứng minh việc nắm giữ vật là có căn cứ pháp luật hoặc ngay tình. Điều này hoàn toàn khác biệt với nguyên tắc suy đoán được pháp luật các

nước áp dụng. Theo đó, người đang thực tế chiếm hữu vật được suy đoán là người có quyền trừ khi có chứng cứ chứng minh điều ngược lại; và do đó, khi việc chiếm hữu vật của người này bị xâm hại thì người đó sẽ được bảo vệ như chủ sở hữu vật.

Hệ quả của hai hạn chế nêu trên là khi có tranh chấp về chiếm hữu vật, thay vì pháp luật các nước chỉ đòi hỏi nguyên đơn phải đưa ra các chứng cứ chứng minh bị đơn không có quyền chiếm hữu vật, pháp luật Việt Nam lại đòi hỏi cả bên nguyên đơn và bị đơn đều phải chứng minh những điều ngược lại. Nói cách khác, pháp luật các nước chỉ áp đặt nghĩa vụ chứng minh đối với nguyên đơn. Sẽ là không quá phức tạp nếu như ở Việt Nam đã tồn tại một hệ thống đăng ký vật quyền hiệu quả, tuy nhiên do hệ thống đăng ký tài sản ở Việt Nam mới chỉ dừng lại ở chức năng quản lý hành chính, nên để đưa ra các chứng cứ chứng minh quyền chiếm hữu vật các bên buộc phải lần tìm các chứng cứ, điều này trong nhiều trường hợp không thực sự khả thi do nhiều yếu tố tác động như thời gian, chiến tranh... và do đó phụ thuộc rất nhiều vào chứng cứ có thể tìm được chứ không phụ thuộc vào chứng cứ thực sự để chứng minh quyền và vì thế các tranh chấp đã được giải quyết dựa trên một chứng cứ nào đó có thể vẫn bị xem xét lại do xuất hiện các chứng cứ mới. Điều này dẫn đến tình trạng thiếu ổn định trong cuộc sống và gây lãng phí do việc tiến hành các hoạt động xét xử.

Khắc phục những hạn chế trên, Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi) được Bộ Tư pháp công bố ngày 05 tháng 1 năm 2015 để xin ý kiến nhân dân (sau đây gọi tắt là Dự thảo Bộ luật Dân sự) đã có những thay đổi tích

⁷ Xem: Điều 183 Bộ luật Dân sự 2005.

cực trong việc xây dựng các nội dung của quyền sở hữu. Đó là:

- Bổ sung chế định chiếm hữu như là tình trạng pháp lý về việc cá nhân, pháp nhân nắm giữ, chi phối tài sản một cách trực tiếp hoặc gián tiếp.

- Bổ sung nguyên tắc suy đoán người đang thực tế chiếm hữu tài sản là người chiếm hữu ngay tình.

- Ghi nhận trách nhiệm chứng minh thuộc về người có tranh chấp với người chiếm hữu tài sản.

- Qui định cơ quan có thẩm quyền chỉ giải quyết tranh chấp khi người có yêu cầu về quyền sở hữu hoặc các vật quyền khác phải chấm dứt hành vi vi phạm với người người chiếm hữu tài sản và khôi phục lại tình trạng ban đầu.

Những thay đổi tích cực trên là xuất phát từ việc cụ thể hóa nội dung các điều từ Điều 13 đến Điều 16, Điều 32, Điều 33, và Điều 51... của Hiến pháp năm 2013 nhằm ngăn cấm cá nhân sử dụng vũ lực để giải quyết tranh chấp về tài sản, tránh làm ảnh hưởng đến việc chiếm giữ ổn định và hợp pháp, đặc biệt là bảo vệ quyền lợi của người thứ ba ngay tình.

Mặc dù đã tách chiếm hữu ra một phần riêng, nhưng Dự thảo Bộ luật Dân sự vẫn qui định quyền sở hữu gồm 3 quyền: quyền chiếm hữu, quyền sử dụng và quyền định đoạt. Theo đó, nội dung của quyền sở hữu được cấu trúc tại mục 2 Chương XIII thuộc Phần II như sau:

“Mục 2. NỘI DUNG QUYỀN SỞ HỮU

I - Quyền chiếm hữu

Điều 214. Quyền chiếm hữu của chủ sở hữu

Trường hợp chủ sở hữu chiếm hữu vật thuộc sở hữu của mình thì chủ sở hữu được thực hiện mọi hành vi theo ý chí của mình để nắm giữ, quản lý vật nhưng không được trái pháp luật, đạo đức xã hội.

Việc chiếm hữu của chủ sở hữu không bị hạn chế, gián đoạn về thời gian, trừ trường hợp chủ sở hữu chuyển giao việc chiếm hữu cho người khác hoặc pháp luật có quy định khác.

Điều 215. Quyền chiếm hữu của người được chủ sở hữu uỷ quyền quản lý vật

1. Khi chủ sở hữu uỷ quyền quản lý vật cho người khác thì người được uỷ quyền thực hiện quyền chiếm hữu vật đó trong phạm vi, theo cách thức, thời hạn do chủ sở hữu xác định.

2. Người được uỷ quyền quản lý vật không thể trở thành chủ sở hữu đối với vật được giao theo căn cứ về thời hiệu quy định tại khoản 1 Điều 176 của Bộ luật này.

Điều 216. Quyền chiếm hữu của người được giao vật thông qua giao dịch dân sự về chuyển quyền chiếm hữu, chuyển quyền sử dụng

1. Khi chủ sở hữu giao vật cho người khác thông qua giao dịch dân sự về chuyển quyền sở hữu, chuyển quyền sử dụng mà nội dung không bao gồm việc chuyển quyền sở hữu, chuyển quyền sử dụng thì người được giao tài sản phải thực hiện việc chiếm hữu tài sản đó phù hợp với mục đích, nội dung của giao dịch.

2. Người được giao tài sản có quyền sử dụng tài sản được giao, được chuyển quyền chiếm hữu, sử dụng tài sản đó cho người khác, nếu được chủ sở hữu đồng ý.

3. Người được giao tài sản không thể trở thành chủ sở hữu đối với tài sản được

giao theo căn cứ về thời hiệu quy định tại khoản 1 Điều 176 của Bộ luật này.

II - Quyền sử dụng

Điều 217. Quyền sử dụng

Quyền sử dụng là quyền của chủ sở hữu khai thác công dụng, hưởng hoa lợi, lợi tức từ tài sản.

Điều 218. Quyền sử dụng của chủ sở hữu

Trường hợp chủ sở hữu thực hiện quyền sử dụng tài sản thuộc sở hữu của mình thì chủ sở hữu được khai thác công dụng, hưởng hoa lợi, lợi tức từ tài sản theo ý chí của mình nhưng không được gây thiệt hại hoặc làm ảnh hưởng đến lợi ích quốc gia, dân tộc, quyền và lợi ích hợp pháp của người khác.

III - Quyền định đoạt

Điều 219. Quyền định đoạt

Quyền định đoạt là quyền chuyển giao quyền sở hữu vật hoặc từ bỏ quyền sở hữu đó.

Điều 220. Điều kiện định đoạt

Việc định đoạt vật phải do người có năng lực hành vi dân sự thực hiện theo quy định của pháp luật.

Trường hợp pháp luật có quy định trình tự, thủ tục định đoạt vật thì phải tuân theo trình tự, thủ tục đó.

Điều 221. Quyền định đoạt của chủ sở hữu

Chủ sở hữu có quyền bán, trao đổi, tặng cho, cho vay, để thừa kế, từ bỏ hoặc thực hiện các hình thức định đoạt khác phù hợp với quy định của pháp luật đối với vật.

Điều 222. Quyền định đoạt của người không phải là chủ sở hữu

Người không phải là chủ sở hữu vật chỉ có quyền định đoạt vật theo uỷ quyền của

chủ sở hữu hoặc theo quy định của pháp luật.

Người được chủ sở hữu uỷ quyền định đoạt vật phải thực hiện việc định đoạt phù hợp với ý chí, lợi ích của chủ sở hữu.

Điều 223. Hạn chế quyền định đoạt

1. Quyền định đoạt chỉ bị hạn chế trong trường hợp do luật quy định.

2. Khi tài sản đem bán là di tích lịch sử, văn hoá thì Nhà nước có quyền ưu tiên mua.

Trường hợp cá nhân, pháp nhân có quyền ưu tiên mua đối với vật nhất định theo quy định của pháp luật thì khi bán vật, chủ sở hữu phải dành quyền ưu tiên mua cho các chủ thể đó”.

Trên cơ sở Dự thảo Bộ luật Dân sự chúng tôi nhận thấy vẫn tồn tại một số điểm chưa thực sự hợp lý, cần được chỉnh sửa và bổ sung như sau:

- Danh sách các vật quyền khác với quyền sở hữu được ghi nhận tại Điều 182 Dự thảo Bộ luật Dân sự cho thấy các vật quyền gồm: quyền sở hữu; quyền địa dịch; quyền hưởng dụng; quyền bề mặt; quyền ưu tiên; và các quyền khác theo quy định của luật. Với qui định này chúng ta không tìm thấy quyền chiếm hữu bởi lẽ theo nguyên tắc luật định (Numerus Clausus), một vật quyền phải được luật định rõ. Tuy nhiên, Điều 208 Dự thảo Bộ luật Dân sự vẫn giữ nguyên cấu trúc quyền sở hữu bao gồm ba quyền: quyền chiếm hữu, quyền sử dụng và quyền định đoạt cho thấy quyền chiếm hữu vẫn được xem là một nội dung của quyền sở hữu. Vấn đề tương tự như đã được đặt ra với Bộ luật Dân sự 2005 đó là chiếm hữu được xem là quyền hay là một tình trạng? Và nếu như là quyền thì quyền chiếm hữu có được xem là một vật quyền hay không. Bởi theo luật tài sản của hầu hết các quốc

gia, chiếm hữu không được xem là vật quyền cũng không được xem là trái quyền mà chỉ được xem là một tình trạng nắm giữ tài sản. Do vậy, các quốc gia đặt chiếm hữu trong một phần tách biệt với quyền sở hữu hay nói cách khác là không ghi nhận quyền chiếm hữu là một nội dung của quyền sở hữu. Ở một số quốc gia khác xem chiếm hữu là một vật quyền như Nhật Bản cũng có cách tiếp cận là tách riêng quyền chiếm hữu thành một chế định độc lập với quyền sở hữu. Điều này rất khác biệt với Việt Nam ghi nhận chiếm hữu tại hai chế định: Một chế định ghi nhận với tính cách là tình trạng và một chế định ghi nhận với tính cách là một quyền tài sản nhưng lại không rõ là vật quyền hay trái quyền.

- Cần có sự rõ ràng trong việc có ghi nhận chiếm hữu là một vật quyền hay không và cần xây dựng khái niệm chiếm hữu theo một học thuyết chủ đạo: hoặc theo thuyết chiếm hữu chủ quan hoặc theo thuyết chiếm hữu khách quan sao cho có thể thể hiện được cả hai thành tố của chiếm hữu là *corpus* và *animus*, bởi theo Điều 199 Dự thảo Bộ luật Dân sự, khái niệm chiếm hữu chưa chỉ rõ yếu tố *animus*.

- Theo chúng tôi, nên xem xét chiếm hữu là một tình trạng thực tế dẫn tới một hệ quả pháp lý hay nói cách khác là một mối quan hệ giữa người và vật trong một chừng mực nhất định được bảo vệ bởi pháp luật. Theo đó, chiếm hữu chắc chắn phải được xem là quyền: quyền chiếm hữu (*ius*

possessionis) và quyền này có thể được chuyển giao theo ý chí hoặc theo một sự kiện pháp lý nhất định như sự kiện một người để lại di sản chết⁸. Bởi nếu chỉ hiểu chiếm hữu là một tình trạng thực tế thì khó có thể hiểu được bản chất của chiếm hữu, bởi trong trường hợp này chiếm hữu sẽ hoàn toàn trái ngược với chiếm hữu theo luật; điều này rõ ràng không phù hợp với thực tế khi pháp luật thừa nhận quyền chiếm hữu của một người ngay cả khi người đó không thực sự kiểm soát vật. Với sự thừa nhận này, chiếm hữu không còn đơn giản chỉ là tình trạng thực tế.

- Dự thảo Bộ luật Dân sự cần loại bỏ một số qui định mang tính trùng lặp. Chẳng hạn như Điều 200.2 đưa ra nguyên tắc suy đoán về chiếm hữu, sau đó Điều 206 lại có qui định về suy đoán tình trạng và quyền của người chiếm hữu. Theo chúng tôi, hai qui định này có thể gộp lại để tránh rườm rà và gây nhầm lẫn.

- Hơn nữa, Dự thảo Bộ luật Dân sự còn chưa chỉ rõ được thứ tự ưu tiên về vị thế giữa người chiếm hữu trước và người đang chiếm hữu vật.

- Ngoài ra, Dự thảo Bộ luật Dân sự còn sử dụng những từ ngữ thiếu chính xác như “tình trạng pháp lý được coi là chủ sở hữu”, vậy hiểu như thế nào là “tình trạng pháp lý” của người đó, trong khi đã xác định được họ là chủ sở hữu tài sản.

⁸ Xem: Eric Descheemaeker, The Consequences of Possession, University of Edinburgh School of Law Research Paper No 2013/31, Page 28.

NGUYÊN TẮC ÁP DỤNG VÀ HIỆU LỰC CỦA VĂN BẢN QUY PHẠM PHÁP LUẬT QUY ĐỊNH CHI TIẾT THI HÀNH

*Nguyễn Mạnh Cường**

Tóm tắt: *Thông qua việc phân tích, trao đổi về các nguyên tắc áp dụng và hiệu lực của văn bản quy phạm pháp luật quy định chi tiết thi hành, bài viết đóng góp một số ý kiến cho dự thảo Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật.*

Abstract: *Basing on analysis and view on application principles and validity of a legal normative document providing detailed rules, the article provides relevant comments on the draft of a Law on Promulgation of Legal Normative Documents.*

1. Nguyên tắc áp dụng văn bản quy phạm pháp luật

Trong quan niệm truyền thống về hệ thống pháp luật, việc ban hành các văn bản quy phạm pháp luật chi tiết đảm bảo thực thi các quy định của luật là rất cần thiết, nhằm giải quyết vấn đề luật ban hành không đi vào cuộc sống như ở Việt Nam hiện nay. Ví dụ, nguyên tắc bồi thường nhà nước được ghi nhận ở cả Bộ luật Dân sự (BLDS) 1995 và Điều 619, 620 BLDS 2005, nhưng khi chưa có Nghị quyết 388/2003/NQ-UBTVQH11 ngày 17/3/2003 của Ủy ban Thường vụ Quốc hội về Bồi thường thiệt hại cho người bị oan do người có thẩm quyền trong hoạt động tố tụng hình sự gây ra, và đặc biệt là Luật Trách nhiệm bồi thường của Nhà nước 2009 và các văn bản hướng dẫn thi hành thì các quy định này không thể áp dụng vào thực tiễn vì thiếu văn bản hướng dẫn.

Tuy nhiên, bên cạnh đó có thể nhận thấy, việc ban hành văn bản quy định chi tiết vẫn còn tùy tiện, dẫn đến tình trạng vừa thừa, vừa thiếu; có sự mâu thuẫn, chồng

chéo giữa nội dung các văn bản. Đặc biệt, số lượng các văn bản quy định chi tiết hiện nay rất lớn. Một văn bản luật có thể có hàng chục, hàng trăm nghị định và thông tư hướng dẫn thi hành.

Để đảm bảo cho việc áp dụng pháp luật nói chung và văn bản quy định chi tiết nói riêng được chính xác, thống nhất trong bối cảnh “*luật khung*”, “*luật ống*”, “*luật treo*” và tình trạng “*lạm phát*” văn bản quy định chi tiết thì ngoài các quy định cụ thể, chi tiết về cách thức áp dụng, các nguyên tắc áp dụng văn bản quy phạm pháp luật (QPPL) nói chung và văn bản quy định chi tiết nói riêng cần được nghiên cứu làm “*kim chỉ nam*” cho việc áp dụng. Lý luận về áp dụng pháp luật nêu ra những nguyên tắc áp dụng văn bản QPPL cơ bản sau đây:

1.1. Nguyên tắc áp dụng văn bản quy phạm pháp luật đang có hiệu lực thi hành

Một văn bản QPPL chỉ được áp dụng khi nó có hiệu lực thi hành vào thời điểm áp dụng. Văn bản đã hết hiệu lực, tạm ngưng hoặc bị đình chỉ không thể được áp dụng. Tuy nhiên, trên thực tế có những văn bản ra đời sau không loại trừ hiệu lực của văn bản trước đó hoặc có những văn bản có hiệu lực hồi tố. Trong trường hợp này dễ dẫn đến

* TS., Ban Nghiên cứu Chiến lược - Viện Khoa học pháp lý, Bộ Tư pháp.

việc áp dụng pháp luật không thống nhất. Để giải quyết, chúng ta cần xem xét những vấn đề sau:

- Nếu văn bản quy định chi tiết ra đời sau không hủy bỏ hiệu lực của văn bản trước đó về cùng một vấn đề thì văn bản trước có đương nhiên hết hiệu lực không? Trong trường hợp này, nếu không có một văn bản khác của cơ quan nhà nước có thẩm quyền tuyên bố hủy bỏ hiệu lực của văn bản đó thì chưa có căn cứ để hủy bỏ. Tức là vào thời điểm áp dụng có thể có nhiều văn bản quy định chi tiết có hiệu lực thi hành. Do đó, khi áp dụng cần lưu ý, nếu những nội dung áp dụng không mâu thuẫn nhau thì cơ quan nhà nước có thẩm quyền có thể áp dụng đồng thời 2 hoặc nhiều văn bản; còn nếu nội dung áp dụng có sự khác biệt hoặc mâu thuẫn giữa các văn bản thì nguyên tắc áp dụng văn bản ban hành sau sẽ được xem xét vận dụng trong trường hợp này.

- Nếu văn bản được quy định chi tiết (văn bản mẹ) hết hiệu lực thì văn bản quy định chi tiết có hết hiệu lực không? Văn bản chi tiết là văn bản phái sinh nên về lý thuyết thì khi văn bản nguyên sinh (văn bản gốc) hết hiệu lực sẽ kéo theo việc mất hiệu lực của văn bản chi tiết. Tuy nhiên, hầu hết các trường hợp văn bản mẹ hết hiệu lực không phải do thời hạn áp dụng đã hết và hết hiệu lực hoàn toàn mà bởi bị thay thế bằng một văn bản pháp luật khác hoặc chỉ có một số nội dung được sửa đổi, bổ sung. Vậy vấn đề cần đặt ra là, những nội dung không được thay thế, hủy bỏ mà có văn bản quy định chi tiết thì văn bản quy định chi tiết này có hết hiệu lực không và có cần phải được thay thế bằng văn bản quy định chi tiết khác không?

Ví dụ: Thông tư liên tịch số 01/2001/TTLT-TANDTC-VKSNDTC-BTP ngày 03/01/2001 hướng dẫn thi hành Nghị

quyết số 35/2000/NQ-QH10, trong đó hướng dẫn chi tiết về vấn đề chung sống như vợ chồng có giá trị pháp lý (hôn nhân thực tế) để làm căn cứ phân chia tài sản chung của vợ chồng theo Luật Hôn nhân và Gia đình năm 1986 và vấn đề phân chia di sản thừa kế của vợ chồng theo BLDS năm 1995; hoặc Thông tư liên tịch số 01/1997/TTLT-TANDTC-VKSNDTC-BTP-BTC ngày 19/6/1997 hướng dẫn xét xử và thi hành án về tài sản, trong đó hướng dẫn giải quyết hợp đồng vay tài sản trong BLDS năm 1995. Sau đó, Luật Hôn nhân và Gia đình năm 1986 được thay thế bằng Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2000 và BLDS năm 1995 được thay thế bằng BLDS năm 2005. Tuy nhiên, các nội dung về chia tài sản cho người có quan hệ vợ chồng khi ly hôn và chia thừa kế cho người có quan hệ vợ chồng không thay đổi; các quy định về cách tính lãi trong hợp đồng vay tài sản cũng vẫn giữ nguyên. Với giả thiết nếu các văn bản mẹ bị hết hiệu lực và đã có văn bản quy định chi tiết khác thì các nội dung trên trong văn bản chi tiết mới cũng không có gì thay đổi, mà việc làm này lại làm tốn kém thời gian, tiền của và công sức của nhà nước và nhân dân, thậm chí còn có thể gây ra gián đoạn do chưa kịp ban hành và kéo theo tình trạng văn bản mẹ không thể áp dụng trên thực tế do thiếu văn bản quy định chi tiết. Do đó, việc giữ nguyên hiệu lực của văn bản quy định chi tiết trong trường hợp nội dung được quy định chi tiết vẫn giữ nguyên trong văn bản mẹ là cần thiết.

- Về hiệu lực hồi tố: Khi văn bản ban hành trước và văn bản ban hành sau cùng quy định về một vấn đề mà hành vi được thực hiện vào thời điểm văn bản trước đang có hiệu lực thi hành thì về nguyên tắc, văn bản đang có hiệu lực thi hành vào thời điểm

hành vi được thực hiện (văn bản trước) sẽ được áp dụng. Tuy nhiên, trong trường hợp này, việc áp dụng văn bản ban hành sau không có vấn đề gì mâu thuẫn với văn bản trước, nên hiệu lực hồi tố của văn bản ban hành sau sẽ được đặt ra. Việc áp dụng văn bản sau sẽ góp phần tuyên truyền và giúp cán bộ áp dụng, người dân hiểu kỹ hơn về nội dung văn bản mới, phù hợp với nguyên tắc chung về áp dụng luật đang có hiệu lực thi hành.

Ngoài ra, có những văn bản lần đầu tiên được ban hành mà trước đó có những quan hệ, hành vi diễn ra trên thực tế chưa có pháp luật để điều chỉnh. Trong trường hợp này, văn bản đang có hiệu lực thi hành cũng có thể được áp dụng để giải quyết. Tuy nhiên, khi áp dụng hiệu lực hồi tố của nguyên tắc áp dụng văn bản đang có hiệu lực thi hành cần kết hợp với nguyên tắc có lợi cho đối tượng áp dụng để việc áp dụng được chính xác và hiệu quả, góp phần bảo vệ quyền và lợi ích chính đáng của nhân dân.

1.2. Nguyên tắc áp dụng văn bản quy phạm pháp luật có hiệu lực cao hơn

Hệ thống pháp luật thành văn của bất kỳ quốc gia nào trên thế giới cũng có sự phân cấp về hiệu lực giữa các văn bản QPPL. Các văn bản có hiệu lực thấp thường cụ thể hóa các văn bản pháp luật có hiệu lực cao hơn và không được trái hoặc mâu thuẫn với các văn bản đó. Tuy nhiên, trên thực tế, do sự phân cấp trong việc ban hành cũng như các lý do khác nhau mà văn bản quy định chi tiết có hiệu lực thấp có thể có quy phạm mâu thuẫn hoặc không đồng nhất với văn bản có hiệu lực cao hơn. Trong trường hợp này, nếu các văn bản có nội dung mâu thuẫn chưa được đình chỉ hoặc hủy bỏ kịp thời, thì việc áp dụng văn bản có hiệu lực cao hơn cần được tôn trọng. Như vậy, việc cụ thể

hóa của các văn bản quy định chi tiết cũng không thể trái với các nguyên tắc và nội dung của các văn bản có hiệu lực pháp luật cao hơn. Việc áp dụng văn bản có hiệu lực pháp luật cao hơn cũng khẳng định sự không thừa nhận một quy phạm không phù hợp với trình tự và nguyên tắc ban hành văn bản QPPL.

Tuy nhiên, khi áp dụng nguyên tắc này cần lưu ý hoặc chỉ rõ nội dung mâu thuẫn hoặc trái với văn bản có hiệu lực cao của văn bản có hiệu lực thấp hơn. Còn trong trường hợp, nội dung của các văn bản có hiệu lực thấp chỉ mở rộng hoặc quy định chi tiết hơn thì cần phải xem xét thêm nguyên tắc áp dụng luật chuyên ngành.

1.3. Nguyên tắc áp dụng văn bản quy phạm pháp luật chuyên ngành

Theo Điều 2 Luật Ban hành văn bản QPPL năm 2008, trừ Hiến pháp, các loại văn bản QPPL khác có thể có nhiều văn bản do cùng một cơ quan ban hành cùng có hiệu lực ở một thời điểm nhất định. Một cơ quan có thẩm quyền có thể ban hành nhiều văn bản quy định chi tiết hoặc nhiều cơ quan ban hành nhiều văn bản chi tiết cùng loại. Ví dụ, các Bộ đều có thẩm quyền ban hành thông tư; một Bộ lại có thể ban hành nhiều thông tư để hướng dẫn một hoặc nhiều văn bản. Vì cùng loại văn bản và do cơ quan cùng cấp ban hành nên các văn bản này có cùng vị trí thứ bậc trong hệ thống văn bản QPPL. Trong trường hợp các văn bản quy định về cùng một vấn đề nhưng nội dung khác nhau thì không thể đồng thời áp dụng vào một việc cụ thể. Trên thực tế, có trường hợp hai văn bản cùng quy định về một vấn đề, trong đó một văn bản quy định một cách chung nhất và một văn bản mang tính chất chuyên sâu phù hợp với điều kiện quản lý đặc thù của từng ngành, từng lĩnh vực. Do

đó, việc áp dụng văn bản chuyên sâu khi giải quyết các công việc cụ thể của từng ngành, từng lĩnh vực sẽ thuận lợi và mang lại hiệu quả điều chỉnh cao hơn. Nếu văn bản chuyên ngành ban hành sau văn bản quy định chung thì lựa chọn văn bản chuyên ngành để áp dụng, nhưng nếu văn bản chuyên ngành ban hành trước văn bản quy định chung thì lựa chọn văn bản nào để áp dụng đang là vấn đề khó có sự thống nhất.

Ví dụ: về thời điểm có hiệu lực của hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất, Điều 4 Luật Công chứng 2014 quy định: *“Văn bản công chứng có hiệu lực kể từ ngày công chứng viên ký và đóng dấu...”*; Điều 692 Bộ luật Dân sự 2005 lại quy định: *“hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất có hiệu lực kể từ thời điểm đăng ký quyền sử dụng theo quy định của Luật Đất đai”*; còn Điều 188 Luật Đất đai 2013 quy định hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất *“có hiệu lực từ thời điểm được đăng ký vào sổ địa chính”*.

Do có sự mâu thuẫn trong các văn bản mẹ nên các văn bản quy định chi tiết các văn bản này cũng có sự mâu thuẫn (Nghị định số 04/2013/NĐ-CP ngày 07/01/2013 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Công chứng và Nghị định số 43/2014/NĐ-CP ngày 15/5/2014 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Đất đai).

BLDS định hướng giải quyết trường hợp mâu thuẫn giữa các luật là ưu tiên áp dụng luật chuyên ngành (trong trường hợp này là áp dụng Luật Đất đai 2013). Thế nhưng, Luật Ban hành văn bản QPPL năm 2008 lại quy định nếu cùng một cơ quan ban hành văn bản mà có mâu thuẫn thì áp dụng văn bản ban hành sau (trong trường hợp này là áp dụng Luật Công chứng). Do đó, việc

áp dụng pháp luật vào thực tiễn đã nảy sinh vướng mắc, nhất là khi xảy ra tranh chấp về xác định thời điểm chịu rủi ro. Điều này dẫn đến việc áp dụng pháp luật tùy tiện trong giải quyết tranh chấp hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất.

1.4. Nguyên tắc áp dụng văn bản quy phạm pháp luật ban hành sau

Một trong những nguyên tắc áp dụng văn bản QPPL nói chung và văn bản quy định chi tiết nói riêng phải được đề cập đến là thứ tự ưu tiên áp dụng về mặt thời gian ban hành. Với cùng một nội dung, một vấn đề thì các quy phạm được tiếp cận sau về logic sẽ mới hơn, cập nhật được sự thay đổi về tình hình chính trị, kinh tế, xã hội. Do đó, việc áp dụng văn bản ban hành sau phù hợp. Nội dung của nguyên tắc này được hiểu là trong trường hợp các văn bản QPPL 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.

Khi xem xét nguyên tắc này cần lưu ý về thời điểm ban hành chứ không phải thời điểm có hiệu lực. Một văn bản được ban hành sau vẫn có thể có hiệu lực trước do sự cần thiết, điều kiện đảm bảo thực thi đã hoàn thiện trước.

1.5. Nguyên tắc áp dụng văn bản quy phạm pháp luật có lợi cho đối tượng áp dụng

Có thể nhận thấy, bất kỳ một văn bản QPPL nói chung và văn bản quy định chi tiết nói riêng nào được ban hành cũng hướng tới một hoặc một nhóm đối tượng nhất định. Vì vậy, việc xem xét ảnh hưởng về lợi ích của đối tượng áp dụng là một vấn đề mang tính nguyên tắc, thiết yếu. Về mặt lý luận, bất kỳ hành vi vi phạm pháp luật nào cũng phải gánh chịu một hậu quả pháp lý bất lợi là trách nhiệm pháp lý. Tuy nhiên,

một chủ thể có thể chịu trách nhiệm đối với một chủ thể khác hoặc đối với nhà nước. Trong trường hợp này cần lưu ý, khi một người phải chịu một trách nhiệm pháp lý nghĩa là người đó phải thực hiện một nghĩa vụ và nghĩa vụ này sẽ mang lại lợi ích cho người có quyền (ví dụ trách nhiệm nộp trả tiền phạt cho nhà nước, trách nhiệm trả tiền cho bên vay, trách nhiệm bồi thường thiệt hại...). Do đó, việc làm lợi cho chủ thể này sẽ làm ảnh hưởng trực tiếp đến lợi ích của chủ thể khác. Chính vì vậy, việc xem xét miễn hoặc giảm trách nhiệm không thể được đặt ra khi chưa có sự đồng ý của các chủ thể có quyền đó.

Ví dụ: Hành vi xâm phạm tính mạng của người khác phải bồi thường thiệt hại về tinh thần bằng một khoản tiền mà pháp luật đã ấn định. Văn bản quy định chi tiết ban hành sau có thể thay đổi mức bồi thường bằng việc tăng lên hoặc giảm xuống. Trong trường hợp này cần thiết phải áp dụng văn bản quy định chi tiết có hiệu lực thi hành vào thời điểm có hành vi vi phạm.

Hoặc đối với trách nhiệm trả tiền vay, mặc dù văn bản quy định chi tiết mới quy định mức lãi suất thấp hơn hoặc cao hơn so với văn bản cũ cũng không nên áp dụng nguyên tắc làm lợi cho bên có trách nhiệm, vì nó ảnh hưởng trực tiếp tới quyền lợi của bên cho vay. Hơn nữa, vào thời điểm xác lập giao dịch bên vay đã biết hoặc phải biết về mức lãi suất đó.

Tuy nhiên, đối với trách nhiệm với nhà nước như trách nhiệm hình sự hoặc trách nhiệm xử phạt vi phạm hành chính... thì nên áp dụng nguyên tắc có lợi cho đối tượng áp dụng bằng cách, nếu văn bản QPPL mới không quy định trách nhiệm pháp lý hoặc quy định trách nhiệm pháp lý nhẹ hơn đối với hành vi xảy ra trước ngày

văn bản mới có hiệu lực thì áp dụng văn bản mới. Còn nếu văn bản QPPL mới quy định trách nhiệm pháp lý nặng hơn thì vẫn áp dụng văn bản cũ vào thời điểm thực hiện hành vi vi phạm.

Tóm lại, những nguyên tắc cơ bản trên cần được nghiên cứu, xem xét khi sửa đổi Luật Ban hành văn bản QPPL năm 2008. Việc quy định về các nguyên tắc này cũng cần lưu ý về mối liên hệ và thứ tự ưu tiên áp dụng của các nguyên tắc. Căn cứ vào những phân tích ở trên, theo chúng tôi cần ưu tiên áp dụng nguyên tắc *văn bản có hiệu lực cao trước, sau đó đến nguyên tắc áp dụng văn bản ban hành sau và cuối cùng là nguyên tắc áp dụng văn bản luật chuyên ngành*.

2. Hiệu lực của văn bản quy phạm pháp luật quy định chi tiết thi hành

Hiệu lực của văn bản QPPL được hiểu là khả năng tác động của văn bản vào các quan hệ xã hội được hình thành trên cơ sở pháp luật hiện hành. Để mỗi văn bản QPPL điều chỉnh các quan hệ xã hội một cách hiệu quả thì việc quy định hiệu lực của văn bản QPPL là điều không thể thiếu. Mỗi văn bản QPPL có hiệu lực khác nhau tùy thuộc vào vị trí, tính chất, mục đích điều chỉnh của văn bản đó và thẩm quyền của cơ quan ban hành văn bản QPPL. Hiệu lực của văn bản QPPL quy định chi tiết thi hành được xem xét trên ba yếu tố là *thời gian, không gian và đối tượng thực hiện*.

2.1. Hiệu lực của văn bản quy phạm pháp luật theo thời gian

Hiệu lực theo thời gian của văn bản QPPL nói chung và văn bản quy định chi tiết nói riêng là sự tác động của các quan hệ xã hội trong một khoảng thời gian nhất định, thể hiện ở thời điểm bắt đầu có hiệu lực và thời điểm kết thúc hiệu lực. Việc quy

định hiệu lực theo thời gian của văn bản quy định chi tiết là rất cần thiết vì các văn bản được ban hành vào các thời điểm khác nhau, với mục đích điều chỉnh khác nhau trong điều kiện kinh tế - xã hội nhất định, nên chỉ phù hợp khi những điều kiện đó còn tồn tại. Hiệu lực các văn bản quy định chi tiết của các cơ quan nhà nước ở trung ương theo thời gian được quy định cụ thể từ Điều 78 đến Điều 81 Luật Ban hành văn bản QPPL năm 2008.

Thời điểm có hiệu lực của văn bản QPPL nói chung và văn bản quy định chi tiết nói riêng được quy định như sau: *“Thời điểm có hiệu lực của văn bản quy phạm pháp luật được quy định trong văn bản nhưng không sớm hơn bốn mươi lăm ngày, kể từ ngày công bố hoặc ký ban hành. Trong trường hợp văn bản quy định những biện pháp thi hành trong trường hợp khẩn cấp hoặc văn bản ban hành kịp thời để đáp ứng yêu cầu phòng chống thiên tai, dịch bệnh thì có thể có hiệu lực kể từ ngày công bố hoặc ký ban hành... và phải đăng Công báo... chậm nhất sau hai ngày làm việc, kể từ ngày công bố hoặc ký ban hành”* (khoản 1 Điều 78 Luật Ban hành văn bản QPPL năm 2008).

So với Luật Ban hành văn bản QPPL năm 1996 (sửa đổi, bổ sung năm 2002), quy định về hiệu lực của văn bản QPPL trong Luật Ban hành văn bản QPPL năm 2008 đã có sự thay đổi đáng kể. Theo Luật Ban hành văn bản QPPL năm 1996 (sửa đổi, bổ sung năm 2002), hiệu lực của Luật, Nghị quyết của Quốc hội, Pháp lệnh, Nghị quyết của Ủy ban Thường vụ Quốc hội; văn bản QPPL của Chủ tịch nước; văn bản QPPL của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ, Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang Bộ, Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao,

Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân tối cao và các văn bản QPPL liên tịch khác được quy định những thời điểm có hiệu lực khác nhau, thì hiện nay thời điểm có hiệu lực của văn bản QPPL đã được quy định chung (khoản 1 Điều 78 Luật Ban hành văn bản QPPL năm 2008).

Văn bản QPPL nói chung và văn bản quy định chi tiết nói riêng là văn bản có tính dự báo cao. Đồng thời, để tạo sự ổn định cho hệ thống pháp luật, bảo vệ quyền, lợi ích của đối tượng tác động nên văn bản QPPL được quy định áp dụng nhiều lần trong thực tế. Vì vậy, thời điểm kết thúc của văn bản QPPL thường không được quy định cụ thể. Tuy nhiên, về mặt lý luận và thực tiễn có thể xác định thời điểm kết thúc hiệu lực của văn bản QPPL. Điều 81 Luật Ban hành văn bản QPPL năm 2008 và khoản 1 Điều 53 Luật Ban hành văn bản QPPL của Hội đồng nhân dân (HĐND), Ủy ban nhân dân (UBND) năm 2004 quy định văn bản QPPL hết hiệu lực toàn bộ hoặc một phần trong các trường hợp:

- (i) Hết thời hạn có hiệu lực đã được quy định trong văn bản;
- (ii) Được sửa đổi, bổ sung hoặc thay thế bằng văn bản mới của chính cơ quan nhà nước đã ban hành văn bản đó;
- (iii) Bị hủy bỏ hoặc bãi bỏ bằng một văn bản của cơ quan nhà nước có thẩm quyền.
- (iv) Không còn đối tượng điều chỉnh.

2.2. Hiệu lực của văn bản quy phạm pháp luật theo không gian

Hiệu lực về không gian của văn bản quy định chi tiết là giới hạn phạm vi tác động của văn bản về mặt không gian, có thể là toàn thể lãnh thổ quốc gia (pháp lệnh, nghị định, thông tư), một địa phương hoặc một

vùng nhất định (nghị quyết của HĐND hoặc quyết định của UBND). Hiệu lực về không gian của văn bản quy định chi tiết phụ thuộc vào thẩm quyền của cơ quan ban hành văn bản, phạm vi và mức độ điều chỉnh của văn bản. Các cơ quan nhà nước ở trung ương là cơ quan giữ vai trò đầu não chỉ đạo hoạt động của các cơ quan nhà nước ở địa phương, nên các văn bản QPPL của các cơ quan nhà nước ở trung ương có hiệu lực trong phạm vi cả nước và được áp dụng đối với mọi cơ quan, tổ chức, cá nhân, trừ trường hợp văn bản có quy định khác hoặc điều ước quốc tế mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên có quy định khác (Điều 82 Luật Ban hành văn bản QPPL năm 2008).

Hiệu lực về không gian của văn bản quy định chi tiết do các cơ quan nhà nước ở trung ương ban hành có thể có hoặc không được nêu cụ thể trong các văn bản QPPL. Trong trường hợp không được quy định cụ thể, có thể căn cứ vào tính chất quan hệ xã hội được điều chỉnh, cũng như phạm vi điều chỉnh của các văn bản để xác định.

2.3. Hiệu lực của văn bản quy phạm pháp luật theo đối tượng thực hiện

Hiệu lực theo đối tượng thực hiện được hiểu là các cơ quan nhà nước ban hành văn bản QPPL giao cho một hoặc nhiều chủ thể có trách nhiệm triển khai, áp dụng và tổ chức thi hành văn bản của mình. Theo nguyên tắc, đối tượng thực thi các văn bản QPPL là các cơ quan cấp dưới của cơ quan ban hành văn bản QPPL. Thực hiện nhiệm vụ của mình, các chủ thể là đối tượng thực hiện tiến hành quy định chi tiết, hướng dẫn thi hành một phần hoặc toàn bộ văn bản QPPL hoặc có khi chỉ quy định chi tiết hướng dẫn thi hành một điều, khoản cụ thể

được giao trong các văn bản QPPL đó. Ngoài ra, các chủ thể là đối tượng thi hành còn thực hiện hướng dẫn các nội dung khác phù hợp với yêu cầu quản lý nhà nước. Ví dụ: Chính phủ ban hành nghị định quy định chi tiết để thi hành luật của Quốc hội; thông tư của Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang Bộ được ban hành để quy định chi tiết nghị định của Chính phủ; nghị quyết của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao được ban hành để hướng dẫn các tòa án áp dụng thống nhất pháp luật...

Trên thực tế, các văn bản QPPL quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành thường được cá nhân, tổ chức biết và áp dụng. Vì vậy, vấn đề trách nhiệm của các chủ thể áp dụng pháp luật, tổ chức thi hành pháp luật và đối tượng thụ hưởng cần được quy định rõ ràng, chi tiết trong từng văn bản QPPL.

3. Một số ý kiến đóng góp cho dự thảo Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật

Qua tìm hiểu các nguyên tắc áp dụng văn bản QPPL và hiệu lực của văn bản QPPL quy định chi tiết thi hành, chúng tôi có một số ý kiến như sau:

Thứ nhất, chúng tôi đồng quan điểm với Ban soạn thảo xây dựng dự án Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật trên cơ sở hợp nhất Luật Ban hành văn bản QPPL năm 2008 và Luật Ban hành văn bản QPPL của HĐND, UBND năm 2004 nhằm khắc phục những bất cập, chồng chéo, mâu thuẫn hiện nay như: tính hợp lý trong quy trình đề xuất, thông qua sáng kiến pháp luật (còn rườm rà, thiếu tính chủ động, linh hoạt...); chất lượng của văn bản còn nhiều hạn chế (thường xuyên phải sửa đổi, bổ sung do thiếu cơ chế kiểm soát trước và sau khi ban hành); bảo đảm tính dân chủ và sự tham gia rộng rãi

của nhân dân trong quá trình xây dựng, ban hành văn bản quy phạm pháp luật còn hình thức; tổ chức thi hành pháp luật chưa được chú trọng đúng mức¹.

Thứ hai, về nguyên tắc áp dụng văn bản QPPL, cần quy định rõ thứ bậc hiệu lực pháp lý của các văn bản QPPL trong hệ thống pháp luật (Hiến pháp, bộ luật, luật, pháp lệnh, nghị định, thông tư, nghị quyết của HĐND, quyết định của UBND...); văn bản QPPL nào có hiệu lực pháp lý cao, văn bản QPPL nào có hiệu lực pháp lý thấp; tuân thủ đúng nguyên tắc văn bản QPPL thấp phải phù hợp với văn bản QPPL cao hơn và việc áp dụng các văn bản QPPL phải phù hợp với Hiến pháp.

Thứ ba, văn bản quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành phải thống nhất, rõ ràng, dễ hiểu, dễ áp dụng; và cần làm rõ trong trường hợp xung đột pháp luật thì những trường hợp nào ưu tiên áp dụng luật chuyên ngành.

Thứ tư, chúng tôi nhất trí quy định về thời điểm có hiệu lực của dự thảo Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật (Điều 129):

(1) Thời điểm có hiệu lực của toàn bộ hoặc một phần văn bản pháp luật được quy định tại văn bản đó nhưng không sớm hơn bốn mươi lăm ngày, kể từ ngày công bố hoặc ký ban hành đối với văn bản pháp luật của cơ quan nhà nước trung ương và không sớm hơn mười ngày, kể từ ngày ký ban hành đối với văn bản pháp luật của chính quyền cấp tỉnh.

(2) Văn bản pháp luật được ban hành theo trình tự, thủ tục rút gọn thì có thể có hiệu lực kể từ ngày công bố hoặc ký ban hành nhưng phải được đăng ngay trên Trang thông tin điện tử về xây dựng pháp luật của Chính phủ, Cổng thông tin điện tử của cơ quan ban hành và phải được đưa tin trên phương tiện thông tin đại chúng; đăng Công báo nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam hoặc Công báo tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương chậm nhất sau hai ngày làm việc, kể từ ngày công bố hoặc ký ban hành.

Tuy nhiên, để văn bản có hiệu lực và thi hành ngay, cần khắc phục tình trạng văn bản đã có hiệu lực nhưng vẫn không được thực hiện do phải đợi (chờ) văn bản hướng dẫn thi hành² (luật đợi (chờ) nghị định, nghị định đợi (chờ) thông tư).

Thứ năm, từ việc phân tích nguyên tắc có lợi cho đối tượng áp dụng ở trên chúng tôi cho rằng, khoản 4 Điều 134 dự thảo cần có sự tách biệt giữa trách nhiệm đối với nhà nước và trách nhiệm đối với các chủ thể khác. Chỉ trong trường hợp trách nhiệm pháp lý đối với nhà nước được miễn hoặc giảm thì mới áp dụng văn bản mới.

¹ Báo cáo thẩm định số 62/BC-HĐTĐ ngày 09/7/2014 về dự án Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật.

² Báo cáo số 06^b/BC-BTP ngày 09/01/2014 về Tổng kết thi hành Luật Ban hành văn bản QPPL năm 2008 và Luật Ban hành văn bản QPPL của HĐND và UBND năm 2004.

ĐÀM PHÁN YÊU CẦU CÁC CÔNG TY HÓA CHẤT HOA KỲ BỒI THƯỜNG THIẾT HẠI CHO CÁC NẠN NHÂN CHẤT DA CAM/DIOXIN VIỆT NAM

*Phan Duy Hảo **
*Trần Văn Biên ***

Tóm tắt: Từ những bình luận về việc giải quyết vụ kiện chất da cam/dioxin giữa cựu chiến binh và các công ty hóa chất Hoa Kỳ thông qua thỏa thuận dàn xếp, bài viết liên hệ với vụ kiện của các nạn nhân chất da cam/dioxin Việt Nam và đưa ra các phân tích, dự báo.

Abstract: Through comments on the settlement of an orange agent/dioxin related dispute between war veterans and US chemical companies, the article connects this dispute with a similar action brought by Vietnam's Orange Agent/Dioxin Victims. It then provides relevant analysis and prediction.

1. Giải quyết tranh chấp thông qua dàn xếp tại Hoa Kỳ

Khi xảy ra tranh chấp, các bên có thể lựa chọn sử dụng một hoặc một số biện pháp phù hợp để giải quyết tranh chấp. Các bên, đặc biệt là bên có quyền và lợi ích bị xâm phạm, có thể gửi đơn kiện đến Tòa án để yêu cầu Tòa án bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình. Các bên cũng có thể giải quyết tranh chấp thông qua các biện pháp thay thế (Alternative Dispute Resolution - ADR) như trung gian (mediation), hòa giải (conciliation), dàn xếp (settlement) hoặc trọng tài (arbitration).

Trên cơ sở đặc thù của từng trường hợp cụ thể, các bên có thể kết hợp các biện pháp giải quyết tranh chấp thích hợp và khả thi nhất để giải quyết hiệu quả tranh chấp và bảo vệ quyền, lợi ích của mình.

Trong tố tụng dân sự, hòa giải và dàn xếp là biện pháp giải quyết tranh chấp không qua xét xử, nhưng vẫn do Tòa án tiến hành trên cơ sở đàm phán và thỏa thuận hoặc thỏa hiệp giữa các bên tranh chấp.

Về cơ bản, hòa giải hoặc dàn xếp được cấu thành bởi 3 yếu tố. *Thứ nhất*, phải có tranh chấp giữa các bên. *Thứ hai*, các bên tranh chấp phải có mong muốn và ý chí giải quyết tranh chấp thông qua biện pháp hòa giải hoặc dàn xếp. *Thứ ba*, quá trình hòa giải hoặc dàn xếp phải có sự tham gia của Tòa án. Trong quá trình hòa giải hoặc dàn xếp, Tòa án đóng vai trò trung lập và khách quan. Tòa án có thể tham gia điều phối, cho ý kiến tư vấn, công nhận thỏa thuận giữa các bên và giám sát việc thực hiện thỏa

* TS., Vụ Luật pháp và Điều ước quốc tế, Bộ Ngoại giao.

** TS., Viện Nhà nước và Pháp luật.

Bài viết này được công bố trong khuôn khổ thực hiện Đề tài cấp Nhà nước: “Nghiên cứu cơ sở pháp lý và phương pháp đấu tranh yêu cầu Chính phủ và các công ty hóa chất Hoa Kỳ chịu trách nhiệm về hậu quả chất da cam/dioxin ở Việt Nam”; mã số: KHCN-33.08/11-15.

thuận đạt được giữa các bên tranh chấp. Như vậy, hòa giải hoặc dàn xếp chỉ có thể bắt đầu sau khi một bên khởi kiện; không có khởi kiện thì sẽ không có thủ tục hòa giải hoặc dàn xếp trước Tòa án¹.

Tại Hoa Kỳ, các thẩm phán bắt đầu sử dụng dàn xếp như là một biện pháp giải quyết tranh chấp thay thế từ những năm đầu thế kỷ XX để đối phó với tình trạng tồn đọng án, nợ án gia tăng. Lúc bấy giờ, luật pháp Hoa Kỳ vẫn chưa có quy định về thủ tục dàn xếp. Quyết định của thẩm phán khuyến khích các bên giải quyết tranh chấp thông qua dàn xếp; thủ tục tiến hành dàn xếp và yêu cầu đối với thỏa thuận dàn xếp (settlement agreement) phần lớn phụ thuộc vào tính cách và quan điểm riêng của các thẩm phán².

Theo thời gian, việc dàn xếp để giải quyết tranh chấp trong các vụ kiện dân sự được pháp điển hóa thành quy định pháp lý. Theo Quy tắc thủ tục tố tụng dân sự Liên bang (Federal Rules of Civil Procedure) sửa đổi năm 2010 và Quy tắc thủ tục kháng án Liên bang (Federal Rules of Appellate Procedure) sửa đổi năm 2011, trước khi phiên tòa bắt đầu, Tòa án có thể yêu cầu các bên tranh chấp tham gia các cuộc họp tiền xét xử (pretrial conferences), hoặc các cuộc họp tiền tranh luận (pre-argument conferences) để thảo luận về các vấn đề liên quan đến thủ tục nhằm rút ngắn thời gian

giải quyết và giảm thiểu chi phí trong việc tiến hành thủ tục xét xử. Chủ tọa các cuộc họp này là thẩm phán của vụ kiện hoặc một người khác được thẩm phán chỉ định. Tại các cuộc họp này, thẩm phán hoặc nhân viên pháp lý của Tòa án có thể thảo luận chung hoặc riêng rẽ với luật sư của các bên để thăm dò khả năng dàn xếp hoặc tạo điều kiện để các bên tranh chấp tiến hành thương thảo nhằm mục tiêu dàn xếp vụ kiện bằng thỏa thuận dàn xếp và không phải thông qua xét xử³. Như vậy, dàn xếp chỉ là một trong những nội dung được bàn trong các cuộc họp tiền xét xử và không phải là yêu cầu bắt buộc trong thủ tục tố tụng dân sự Hoa Kỳ.

Mặc dù dàn xếp không phải là một yêu cầu bắt buộc trong thủ tục tố tụng dân sự, trên thực tế, việc thảo luận về khả năng dàn xếp diễn ra khá phổ biến tại các cuộc họp được Tòa án Hoa Kỳ tổ chức trước khi xét xử⁴. Các bên thỏa thuận dàn xếp càng sớm thì vụ việc càng được giải quyết sớm, các bên tranh chấp không mất nhiều thời gian và nguồn lực; gánh nặng về việc tồn đọng khiếu kiện đối với ngành tư pháp cũng phần nào được giải tỏa.

Quy tắc 26 của Thủ tục tố tụng dân sự Liên bang Hoa Kỳ quy định, trong giai đoạn tiền xét xử, các bên có thể khám phá, yêu cầu bên kia cung cấp chứng cứ liên quan đến vụ kiện như đặc điểm, bản chất, điều kiện và địa điểm cất giữ vật chứng hoặc thông tin về nhân dạng và nơi cư trú của

¹ Lê Nét, "Hòa giải trong Tố tụng Dân sự - Nhìn từ góc độ kinh tế", Tạp chí Khoa học pháp lý số 2, 33 (2006).

² Carrie Menkel-Meadow, "For and Against Settlement: Uses and Abuses of the Mandatory Settlement Conference", *University of California Los Angeles Law Review*, số 33, tr. 491 (1985).

³ Federal Rules of Civil Procedure, Rule 16, http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_16 (truy cập ngày 18/8/2013).

⁴ Như chú thích 3.

nhân chứng⁵. Sau khi kết thúc thủ tục phát hiện bằng chứng (discovery), các bên không được đưa ra thêm bằng chứng, trừ khi chứng minh được rằng bằng chứng được phát hiện hoặc tìm thấy sau khi vụ án được bắt đầu xét xử. Thủ tục này làm giảm chi phí tìm chứng cứ cho các bên, đồng thời tạo điều kiện để các bên nắm được các thông tin cần thiết và toàn diện để nghiên cứu, xác định có nên dàn xếp vụ việc không.

Nếu các bên không thể thống nhất dàn xếp trước khi phiên tòa diễn ra, các cuộc họp dàn xếp có thể được tổ chức vào bất kỳ thời điểm nào sau đó nếu có sự chấp thuận của các bên. Trên thực tế, đối với các vụ kiện phức tạp, quá trình dàn xếp thường kéo dài và ít khi kết thúc ở giai đoạn tiền xét xử. Trước cuộc họp dàn xếp, luật sư của các bên có nghĩa vụ tham vấn với thân chủ của mình về việc ủy quyền dàn xếp và các nội dung dàn xếp. Thẩm phán được chỉ định giải quyết vụ kiện có thể tự mình hoặc đề nghị một thẩm phán khác điều phối các cuộc họp này⁶.

Luật pháp Hoa Kỳ quy định thỏa thuận dàn xếp phải đáp ứng các yêu cầu về công bằng (fair), hợp lý (reasonable) và thỏa đáng (adequate). Việc đàm phán thỏa thuận dàn xếp phải bảo đảm tính đại diện và có sự ủy quyền của đương sự⁷. Thỏa thuận dàn xếp phải được Tòa án xem xét và thông qua trước khi có hiệu lực.

Trong các vụ kiện tập thể có nhiều nguyên đơn hoặc bị đơn, thông báo về tiến trình dàn xếp phải được gửi đến tất cả các

đối tượng liên quan đến vụ kiện. Các thành viên tập thể có quyền trực tiếp hoặc thông qua luật sư tham gia đóng góp ý kiến vào việc đàm phán thỏa thuận dàn xếp⁸. Dự thảo thỏa thuận dàn xếp phải được công khai đến tất cả các thành viên tập thể. Các thành viên tập thể có quyền đưa ra các kháng nghị hoặc phản đối nội dung dự thảo thỏa thuận bằng văn bản hoặc tại các phiên điều trần (hearings) do Tòa án tổ chức liên quan đến dự thảo thỏa thuận.

2. Giải quyết vụ kiện chất da cam/dioxin giữa các cựu chiến binh và các công ty hóa chất Hoa Kỳ thông qua thỏa thuận dàn xếp

Năm 1978, cựu chiến binh Paul Reutershan nộp đơn tại Tòa án New York khởi kiện Dow Chemical và 2 công ty hóa chất khác về việc các công ty này đã tham gia sản xuất chất da cam/dioxin phục vụ chiến tranh Việt Nam, gây phơi nhiễm và tác động nghiêm trọng đến sức khỏe của các cựu chiến binh Hoa Kỳ tại chiến trường Việt Nam (Paul Reutershan là phi công trường lái máy bay chở chất da cam trong thời gian chiến tranh Việt Nam)⁹. Đây là vụ kiện chất da cam/dioxin chống lại các công ty hóa chất đầu tiên của một cựu binh Hoa Kỳ. Đơn kiện của Paul Reutershan thu hút sự chú ý rộng rãi của giới truyền thông trong nước. Sau khi Paul Reutershan qua đời vì căn bệnh ung thư mà ông cho là hậu quả của việc bị phơi nhiễm chất da

⁵ Như chú thích 3.

⁶ Như chú thích 3.

⁷ Như chú thích 3.

⁸ Như chú thích 3.

⁹ Brandon Schneider, "Agent Orange: A Deadly Member of the Rainbow", Yale Scientific Magazine, ấn bản mùa đông (2003), <http://ysm.research.yale.edu/article.jsp?articleID=48> (truy cập ngày 19/8/2013).

cam/dioxin, Hội nạn nhân chất da cam quốc tế (Agent Orange Victims International AОВI) do ông sáng lập và các cựu binh khác trên khắp nước Mỹ đã tiếp bước Paul Reutershan, thêm tên mình vào danh sách nguyên đơn¹⁰. Danh sách bị đơn, các công ty hóa chất cũng được nối dài. Kết quả là, đơn kiện của Paul Reutershan được các luật sư chuyển thành đơn kiện tập thể (class action lawsuit) của các cựu chiến binh Hoa Kỳ chống lại hàng loạt công ty hóa chất hàng đầu như Dow, Monsanto, Hercules, Northwest Industries, Diamond Shamrock và North American Philipps. Vụ kiện càng trở thành chủ đề được người dân và báo chí Hoa Kỳ quan tâm theo dõi¹¹.

Đơn kiện tập thể được chuyển đến thẩm phán Jack B. Weinstein tại Tòa Phúc thẩm khu vực 2 của thành phố New York¹². Đây là vụ kiện đầu tiên mà thẩm phán Jack B. Weinstein xử lý với tư cách là thẩm phán liên bang¹³. Jack B. Weinstein vốn có tiếng là thẩm phán độc lập và không bị ảnh hưởng bởi áp lực đến từ Chính phủ Mỹ (muốn vụ kiện đi theo hướng có lợi cho các công ty hóa chất) hoặc áp lực của dư luận (muốn vụ kiện đi theo hướng có lợi cho các cựu binh). Ông quyết định xác nhận đây là vụ kiện tập thể và xác định đương đơn (thành viên tập thể) là toàn bộ cựu chiến binh của Hoa Kỳ, Úc và New Zealand đã từng phục vụ chiến

trường Việt Nam từ năm 1961 đến năm 1972, những người tin rằng mình hoặc con của mình đã chịu tác động do phơi nhiễm của chất da cam¹⁴.

Thẩm phán Jack B. Weinstein cho rằng, nguyên đơn khó mà thắng kiện vì cơ sở pháp lý chưa đủ mạnh (không có quy định cấm việc sản xuất chất có chứa dioxin vào thời điểm những năm 60 của thế kỷ trước), các bằng chứng khoa học vẫn chưa rõ ràng, các công ty hóa chất sản xuất theo đơn đặt hàng cụ thể của Chính phủ Hoa Kỳ và Chính phủ Hoa Kỳ mới là chủ thể trực tiếp sử dụng chất da cam/dioxin trên chiến trường Việt Nam (theo nguyên tắc Feres, Paul Reutershan và các cựu binh không thể khởi kiện Chính phủ Hoa Kỳ; nguyên tắc Feres cấm các thành viên lực lượng vũ trang và gia đình họ kiện Chính phủ Hoa Kỳ về các thương tổn gây ra trong quá trình phục vụ quân ngũ)¹⁵. Ông nhận định, giải quyết thông qua xét xử sẽ tốn rất nhiều thời gian và bên nguyên khó mà đạt được một kết quả như ý muốn. Nhưng Jack B. Weinstein cũng thừa nhận tình trạng sức khỏe của cựu binh và cho rằng, bị đơn có phần tắc trách trong việc sản xuất chất diệt cỏ, tạo ra tác dụng phụ là dioxin gây ảnh hưởng đến sức khỏe của cựu binh¹⁶. Ông kết luận rằng, đối với vụ kiện này, không còn cách nào khác là thuyết phục các bên, đặc biệt là các công ty hóa chất, giải quyết thông qua con đường

¹⁰ Như chú thích 9.

¹¹ Waiting for an Army to Die, http://www.agentorangerecord.com/information/the_quest_for_additional_relief/ (truy cập ngày 18/8/2013).

¹² Như chú thích 11.

¹³ Jack B. Weinstein, Preliminary Reflections on Administration of Complex Litigations, *Cardozo L. Rev. De Novo* (2009), tr. 6.

¹⁴ Như chú thích 11.

¹⁵ Rachel Natelson, "The Unfairness of the Feres Doctrine", *Time Magazine*, <http://nation.time.com/2013/02/25/the-unfairness-of-the-feres-doctrine/> (truy cập ngày 19/8/2013).

¹⁶ Như chú thích 13.

dàn xếp¹⁷.

Năm 1984, sau một thời gian dài tranh cãi về cơ sở pháp lý, bằng chứng khoa học, cách thống kê bệnh tật, phương thức xác định thiệt hại và tỉ lệ bồi thường, các công ty hóa chất của Mỹ cuối cùng đã chấp nhận ký thỏa thuận dàn xếp với nguyên đơn là các cựu binh. Theo đó, các công ty hóa chất đồng ý trả 180 triệu USD. Số tiền này được dùng để chi trả cho gói bảo hiểm 10 năm dành cho các cựu binh được cho là đã bị phơi nhiễm¹⁸. Điều kiện các công ty hóa chất đưa ra để chấp nhận thỏa thuận dàn xếp là: (i) Họ sẽ không thừa nhận trách nhiệm pháp lý của mình (không thừa nhận việc sản xuất chất da cam là vi phạm luật pháp và không thừa nhận trách nhiệm pháp lý của mình đối với tình trạng sức khỏe của các cựu binh) và (ii) Vụ kiện với các cựu binh Hoa Kỳ liên quan đến chất da cam/dioxin hoàn toàn khép lại, các cựu binh Hoa Kỳ sẽ không tiếp tục theo đuổi vụ kiện về chất da cam trong thời kỳ chiến tranh Việt Nam tại bất kỳ tòa nào, ở cấp độ nào và với hình thức nào¹⁹.

Tỉ lệ đóng góp vào tổng số tiền 180 triệu USD được thẩm phán Jack B. Weinstein chia cho các công ty hóa chất trên cơ sở tỉ lệ chất diệt cỏ mà họ sản xuất được Chính phủ Hoa Kỳ sử dụng và mức độ

dioxin có trong các sản phẩm này²⁰. Trong quá trình chờ đợi các bên thống nhất về cơ chế phân bổ tiền cho cựu binh, khoản tiền 180 triệu USD được gửi vào ngân hàng và tạo ra lãi suất lên đến 330 triệu USD tính đến năm 1989, khi chi tiết và thủ tục phân bổ việc hỗ trợ cho cựu binh được hoàn thành. Những người chịu ảnh hưởng từ chất da cam nhận được một khoản tiền dàn xếp lên đến 12.800 USD; với những cựu binh đã qua đời vì các căn bệnh được cho là có liên hệ với chất da cam, gia đình của họ nhận được khoản dàn xếp 3.800 USD. Tổng cộng có 52.000 cựu binh Mỹ nhận được khoản tiền dàn xếp với mức trung bình là 3.400 USD. 74 triệu USD được sử dụng cho các chương trình xã hội giúp 239.000 cựu binh Mỹ. Các cựu binh Úc nhận khoảng 7 triệu USD. Các cựu binh New Zealand nhận khoảng 1 triệu USD. 50 triệu USD được dùng để chi trả cho chi phí luật sư cho cả hai bên nguyên và bị đơn²¹.

Thỏa thuận dàn xếp trong vụ kiện giữa nguyên đơn là các cựu binh Hoa Kỳ và bị đơn là các công ty hóa chất là thỏa thuận dàn xếp mang tính lịch sử. Đây là vụ kiện tập thể quy mô, có sự tham gia của nhiều thành viên ở khắp các bang của Hoa Kỳ, Úc và New Zealand. 180 triệu USD là con số lớn nhất trong tất cả các cuộc dàn xếp ở tất cả các vụ kiện tính đến năm 1984²². Từ kết quả của vụ kiện, hàng loạt các trung tâm xã hội được thành lập tại tất cả các bang của Hoa Kỳ nhằm hỗ trợ cựu chiến binh và gia

¹⁷ Jack B. Weinstein, "Against Settlement: Twenty-five Years Later: Comments on Owen M. Fiss, *Against Settlement (1984)*", *Fordham Law Review*, số 78, tr. 1265; Jack B. Weinstein, "Preliminary Reflections on Administration of Complex Litigations", *Cardozo Law Review De Novo* (2009), tr. 6.

¹⁸ Như chú thích 17.

¹⁹ Như chú thích 11.

²⁰ Như chú thích 17.

²¹ Như chú thích 11.

²² Như chú thích 17.

đình họ²³. Vụ kiện cũng được cho là đã có tác động đến việc Quốc hội Hoa Kỳ thảo luận và ban hành các chương trình trợ giúp chính thức dành cho những cựu binh Hoa Kỳ từng tham chiến tại Việt Nam²⁴. Xét tổng quát, đây là thắng lợi của những cựu binh Hoa Kỳ chịu ảnh hưởng của chất da cam/dioxin. Mặc dù không chính thức trực tiếp thừa nhận trách nhiệm pháp lý, thông qua việc đồng ý dàn xếp và bồi thường một khoản tiền lớn cho cựu binh, cũng như chi trả cho việc thành lập các trung tâm phục vụ lợi ích y tế của cựu binh, các công ty hóa chất đã gián tiếp thừa nhận tác hại của chất da cam/dioxin đối với sức khỏe cựu binh và vai trò của mình trong việc gây ra những tác hại đó. Dàn xếp này vì vậy có ý nghĩa lớn đối với các vụ kiện khác liên quan đến chất da cam/dioxin, trong đó có vụ kiện của các nạn nhân chất da cam/dioxin tại Việt Nam.

3. Liên hệ với vụ kiện của các nạn nhân chất da cam/dioxin Việt Nam

Ngày 31/1/2004, Hội nạn nhân chất da cam/dioxin Việt Nam và các nạn nhân đại diện là Phan Thị Phi Phi, Nguyễn Văn Quý và Dương Quỳnh Hoa đã gửi đơn kiện 37 công ty hóa chất Hoa Kỳ sản xuất chất độc hóa học cung cấp cho quân đội Hoa Kỳ sử dụng trong chiến tranh xâm lược Việt Nam²⁵. Tòa án liên bang quận Brooklyn tiếp

nhận đơn kiện và chỉ định thẩm phán Jack B. Weinstein, người từng xét xử vụ kiện của các cựu chiến binh đối với các công ty hóa chất Hoa Kỳ đòi bồi thường, thụ lý vụ kiện. Ngày 10/3/2005, thẩm phán Jack B. Weinstein đã bác đơn kiện. Lý do mà ông Jack B. Weinstein đưa ra để bác đơn kiện cũng chính là những điểm yếu mà ông đã xác định trong đơn kiện của cựu binh Hoa Kỳ nhiều thập kỷ trước đây. *Thứ nhất*, ông nhận định không có quy định của luật pháp quốc tế và nội luật Hoa Kỳ cấm quân đội Hoa Kỳ sử dụng chất khai quang trong chiến tranh Việt Nam, vì cho đến thời điểm đầu tháng 4/1975, Chính phủ Hoa Kỳ không cấm và chưa tham gia điều ước quốc tế liên quan đến vấn đề này. *Thứ hai*, ông cho rằng vẫn chưa có bằng chứng khoa học rõ ràng về mối liên hệ nhân quả của chất da cam/dioxin đối với sức khỏe của đương đơn. *Thứ ba*, các công ty hóa chất sản xuất theo đơn đặt hàng cụ thể của Chính phủ Hoa Kỳ và Chính phủ Hoa Kỳ mới là chủ thể trực tiếp sử dụng chất da cam/dioxin trên chiến trường Việt Nam (Chính phủ Hoa Kỳ, vốn có quyền miễn tố - sovereign immunity, không thể là bị đơn trong vụ kiện)²⁶.

Ngày 7/4/2005, đoàn luật sư đại diện cho các nạn nhân Việt Nam nộp đơn yêu cầu Tòa phúc thẩm liên bang khu vực 2 New York xét xử lại và phủ quyết phán quyết của thẩm phán Jack B. Weinstein.

²³ Như chú thích 11.

²⁴ Như chú thích 17.

²⁵ Agent Orange Lawsuit Filed by Vietnamese Victims, <http://www.ffrd.org/Lawsuit/Lawsuit.htm> (truy cập ngày 19/8/2013); 04 CV 400, “Agent Orange” Product Liability Litigation (VAVA, Phan Thi Phi Phi, Nguyen Van Quy, Duong Quynh Hoa v. 37 Chemical Companies), Memorandum, Order and Judgment of 10/3/2005, MDL No. 381, http://www.ffrd.org/AO/10_03_05_agentorange.pdf (truy cập 19/8/2013).

http://www.ffrd.org/AO/10_03_05_agentorange.pdf (truy cập 19/8/2013).

²⁶ 04 CV 400, “Agent Orange” Product Liability Litigation (VAVA, Phan Thi Phi Phi, Nguyen Van Quy, Duong Quynh Hoa v. 37 Chemical Companies), Memorandum, Order and Judgment of 10/3/2005, MDL No. 381, http://www.ffrd.org/AO/10_03_05_agentorange.pdf (truy cập 19/8/2013).

Ngày 22/2/2008, Tòa phúc thẩm đã ra phán quyết y án sơ thẩm của thẩm phán Jack B. Weinstein và bác đơn kiện của các nạn nhân chất da cam/dioxin Việt Nam. Ngày 6/10/2008, nguyên đơn tiếp tục nộp đơn lên Tòa án tối cao Hoa Kỳ. Ngày 2/3/2009, Tòa án tối cao Hoa Kỳ bác đơn thỉnh cầu của nguyên đơn²⁷. Vụ kiện chính thức khép lại.

Như đề cập tại mục 1, theo luật pháp Hoa Kỳ, dàn xếp chỉ có thể bắt đầu sau khi một bên khởi kiện. Vì vụ kiện giữa nguyên đơn là Hội nạn nhân chất da cam/dioxin Việt Nam, các nạn nhân đại diện là Phan Thị Phi Phi, Nguyễn Văn Quý và Dương Quỳnh Hoa và bị đơn là 37 công ty hóa chất Hoa Kỳ đã hoàn toàn kết thúc (Tòa án tối cao đã bác). Để mở ra khả năng dàn xếp với các công ty hóa chất, Hội nạn nhân chất da cam/dioxin Việt Nam và các nạn nhân Việt Nam phải tiến hành một vụ kiện hoàn toàn mới, khởi kiện là một trong những điều kiện tiên quyết, bởi không có khởi kiện thì sẽ không có thủ tục dàn xếp trước Tòa án.

Tuy nhiên, khởi kiện chỉ là một trong những điều kiện cần của việc dàn xếp. Yếu tố quyết định khả năng dàn xếp vẫn là ý chí của các bên nguyên đơn và bị đơn. Tòa án không thể buộc các nạn nhân chất da cam/dioxin hoặc các công ty hóa chất dàn xếp nếu các nạn nhân và công ty hóa chất không có ý chí hoặc không mong muốn đàm phán dàn xếp. Trong vụ kiện năm 2004 giữa các nạn nhân đại diện là Phan Thị Phi Phi, Nguyễn Văn Quý và Dương Quỳnh Hoa đối với 37 công ty hóa chất Hoa Kỳ, nguyên đơn đã từng nhiều lần đề nghị khả năng dàn

xếp. Đại diện nguyên đơn (luật sư Constantine P. Kokkoris) đã nhiều lần công khai bày tỏ nguyên đơn sẵn sàng xem xét dàn xếp nếu các đề nghị đưa ra hợp lý và mức đền bù thiệt hại thỏa đáng²⁸. Tuy nhiên, phía bị đơn chưa bao giờ thể hiện công khai quan điểm về khả năng dàn xếp với các nạn nhân Việt Nam.

Kinh nghiệm dàn xếp của các vụ kiện chất da cam/dioxin giữa các nạn nhân chất da cam/dioxin Hoa Kỳ và các công ty hóa chất cho thấy, các công ty hóa chất thường có khuynh hướng chấp nhận đàm phán dàn xếp nếu khả năng thắng kiện của họ không cao hoặc không chắc chắn. Một bên cho rằng, mình chắc phần thắng kiện thì sẽ ít có động lực để đàm phán và giải quyết vụ kiện thông qua dàn xếp. Điều này có nghĩa, trong vụ kiện của các nạn nhân chất da cam/dioxin Việt Nam, khả năng chấp nhận dàn xếp của các công ty hóa chất Hoa Kỳ phần nào phụ thuộc thế mạnh pháp lý của các nạn nhân chất da cam/dioxin Việt Nam. Nếu Hội nạn nhân chất da cam/dioxin Việt Nam và nhóm luật sư đại diện của nguyên đơn xây dựng được hồ sơ pháp lý chặt chẽ, tập hợp được các bằng chứng khoa học rõ ràng, thuyết phục, khả năng xem xét dàn xếp của các công ty hóa chất sẽ cao hơn. Ngược lại, nếu thấy hồ sơ pháp lý và khoa học của các nạn nhân chất da cam Việt Nam

²⁷ Như chú thích 25.

²⁸ “Các luật sư Mỹ hy vọng các nạn nhân chất da cam Việt Nam thắng kiện”, <http://www.rfa.org/vietnamese/programs/ScienceAndEnvironment/141285-20040716.html> (truy cập ngày 19/8/2013); “Vụ kiện da cam có thể dàn xếp ngoài Tòa”, <http://vietbao.vn/Chinh-Tri/Vu-kien-da-cam-co-the-duoc-dan-xep-ngoai-toa/20175983/75/> (truy cập ngày 19/8/2013).

yếu, các công ty hóa chất Hoa Kỳ sẽ không mặn mà hoặc không xem xét khả năng dàn xếp. Hình thức và thời điểm công khai quan điểm của nguyên đơn về khả năng dàn xếp vụ kiện cũng cần được cân nhắc kỹ. Công khai quá sớm hoặc quá chủ động có thể tạo ấn tượng với bị đơn và dư luận rằng, nguyên đơn đang ở thế yếu và khả năng thắng kiện là không cao.

Như vậy, qua các vụ kiện đã dẫn ở trên, việc Hội nạn nhân chất da cam/dioxin Việt Nam cần làm và có thể làm là hợp tác với các công ty luật Hoa Kỳ có uy tín và sẵn sàng trợ giúp các nạn nhân Việt Nam xây dựng bộ hồ sơ chặt chẽ, trình bày rõ ràng các lập luận và chứng cứ về pháp lý và khoa học (nhiều quan ngại về pháp lý và chứng cứ khoa học của thẩm phán Jack B. Weinstein được đưa ra từ vụ kiện của cựu binh đã được ông lặp lại trong phán quyết đối với vụ kiện của các nạn nhân chất da cam/dioxin Việt Nam). Nguyên đơn cần trả lời một cách thuyết phục các câu hỏi về pháp lý, trong đó có câu hỏi về cơ sở bồi thường cho nạn nhân là người nước ngoài (một trong những điểm khác biệt giữa vụ kiện của các cựu chiến binh Hoa Kỳ và vụ kiện của các nạn nhân chất da cam Việt Nam) và các câu hỏi khoa học, trong đó có câu hỏi về mối liên hệ trực tiếp giữa chất dioxin và bệnh tật của nạn nhân và câu hỏi về số lượng nạn nhân. Với con số “khoảng 4 triệu nạn nhân” của nguyên đơn, nếu thiếu cơ sở khoa học sẽ dễ dàng bị Tòa án bác bỏ; ví dụ Tòa có thể tìm ra bằng chứng về việc một vài trường hợp trong khoảng 4 triệu trường hợp bị ung thư là do yếu tố gene hoặc bị bệnh đường ruột do nhiễm độc từ thực phẩm và trái cây có chất hóa học nhập

khẩu và không phải do nhiễm chất da cam/dioxin.

Xác định số lượng nạn nhân chất da cam/dioxin trên cơ sở khoa học còn có ý nghĩa trong việc thăm dò khả năng đàm phán hoặc tiến tới đạt được thỏa thuận đàm phán. Kinh nghiệm từ các vụ kiện liên quan cho thấy, đưa ra số nạn nhân quá lớn mà không dựa trên cơ sở khoa học có thể làm giảm động lực dàn xếp của nguyên đơn. Trên thực tế, trong vụ kiện của các cựu binh Hoa Kỳ, trong hàng trăm nghìn cựu binh là thành viên tập thể, chỉ khoảng 52.000 cựu binh Mỹ nhận được khoản tiền dàn xếp trực tiếp từ gói thỏa thuận dàn xếp²⁹.

Một yếu tố khác có thể tác động đến khả năng dàn xếp là vai trò của thẩm phán. Trong quyết định của các bên đi đến giải pháp dàn xếp tại tất cả các vụ kiện giữa nạn nhân da cam Hoa Kỳ và các công ty hóa chất, công lớn đều thuộc về các thẩm phán. Ở cả 3 vụ kiện, các thẩm phán đều là những người chủ động đề xuất, kiên trì thuyết phục và tích cực làm việc với các bên với mục đích giải quyết vụ kiện thông qua thỏa thuận mà họ cho rằng công bằng, hợp lý và thỏa đáng nhất. Điểm nhấn mà các thẩm phán đưa ra là các công ty hóa chất có ưu thế về lập luận pháp lý, nhưng cựu binh và người dân có được lợi thế về dư luận và bồi thẩm đoàn sẽ dễ dàng thông cảm cho số phận của các nạn nhân và các người con bị tật nguyền của họ³⁰. Trong vụ kiện da cam giữa cựu binh Hoa Kỳ và các công ty hóa chất, thẩm phán Jack B. Weinstein đã tạo ra bộ máy dàn xếp khá hùng hậu. Ông chỉ định một hội

²⁹ Như chú thích 11.

³⁰ Như chú thích 11.

đồng luật sư và 3 chuyên gia dàn xếp, bao gồm 1 chuyên gia có quan hệ với các nghị sĩ Đảng Dân chủ, 1 chuyên gia có quan hệ với các nghị sĩ Đảng Cộng hòa và 1 chuyên gia có quan hệ với Nhà Trắng. Các chuyên gia dàn xếp này, theo ông, sẽ tạo áp lực và động lực để các bên chấp nhận ngồi vào bàn đàm phán tìm ra một giải pháp thích hợp và khả thi nhất³¹.

Khả năng chấp nhận đàm phán dàn xếp của các công ty hóa chất Hoa Kỳ còn phụ thuộc một phần vào áp lực dư luận (trong một số trường hợp, áp lực dư luận có thể ảnh hưởng đến quyết định của bồi thẩm đoàn). Như đã đề cập, một trong những điểm khác biệt cơ bản giữa vụ kiện của cựu binh Hoa Kỳ và vụ kiện của nạn nhân chất da cam Việt Nam là, trong vụ kiện của cựu binh, nguyên đơn chủ yếu là người Mỹ. Tại thời điểm các cựu binh đệ đơn, dư luận Mỹ vẫn còn chú ý rất nhiều đến hậu quả của cuộc chiến tranh Việt Nam, đặc biệt là đối với cựu binh. Tình hình hiện nay đã có nhiều khác biệt. Các công ty hóa chất không lo sợ như vào những năm 1978-1984, bởi vì họ không phải đối phó với vấn đề của người dân Mỹ. Vụ kiện của nạn nhân chất da cam Việt Nam cũng không nhận được sự quan tâm rộng rãi của báo giới Hoa Kỳ, dù thu hút được dư luận của Việt Nam và dư luận của nhiều nước trên giới. Điều này ít nhiều ảnh hưởng đến lập trường của các công ty hóa chất về việc đàm phán với các nạn nhân Việt Nam.

Tóm lại: Cánh cửa đàm phán yêu cầu các công ty hóa chất bồi thường trên cơ sở thỏa thuận dàn xếp vẫn chưa khép lại; tuy nhiên, các thách thức đặt ra đối với phía nguyên đơn là rất lớn. Một mặt, khả năng dàn xếp phụ thuộc vào yếu tố chủ quan của nguyên đơn như lựa chọn luật sư, xây dựng chiến lược pháp lý, tập hợp hồ sơ, nghiên cứu và chuẩn bị bằng chứng khoa học, huy động nguồn lực tài chính, lựa chọn thời điểm khởi kiện và cách thức đặt vấn đề dàn xếp... Mặt khác, khả năng dàn xếp còn phụ thuộc vào hàng loạt các yếu tố khách quan như luật pháp Hoa Kỳ, đặc điểm và thực tiễn hoạt động của hệ thống các cơ quan tư pháp, thẩm phán được chỉ định giải quyết vụ kiện, khả năng theo đuổi vụ kiện của bị đơn là các công ty hóa chất, bối cảnh chính trị Hoa Kỳ, tình hình quan hệ Việt Nam – Hoa Kỳ... Do vậy, khó có thể đưa ra dự đoán chắc chắn về khả năng dàn xếp. Việc đàm phán yêu cầu các công ty hóa chất Hoa Kỳ bồi thường cho các nạn nhân chất da cam/dioxin của Việt Nam đòi hỏi phải có chiến lược tổng thể về chính trị - pháp lý - xã hội. Riêng với nhóm pháp lý, việc Hội nạn nhân chất da cam/dioxin Việt Nam và các luật sư cần làm là rút kinh nghiệm từ thất bại của vụ kiện trước, xây dựng bộ hồ sơ pháp lý mạnh hơn, chặt chẽ hơn, thuyết phục hơn, bởi các công ty hóa chất sẽ khó chấp nhận đàm phán nếu họ tin rằng phần thắng sẽ thuộc về họ.

³¹ Như chú thích 13.