TH□NG RA M□T K□
11(367)
2018
N□M TH□ 47

TỔNG BIÊN TẬP
PGS.TS. L□ MAI THANH

PHÓ TỔNG BIÊN TẬP
TS. TR□N V□N BIÊN

HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP
GS.TSKH. □ÀO TR□□C
PGS.TS. B□I XUÂN □□C
PGS.TS. PH□M H□NG H□I
PGS.TS. TR□N □□NH H□O
PGS.TS. HÀ TH□MAI HI□N
PGS.TS. PH□M H□U NGH□
PGS.TS. NGUYÙN NH□ PH□T
PGS.TS. L□ MINH THÂNG
PGS.TS. NGUYÙN TRUNG T□N
GS.TS. V□ KH□NH VINH
PGS.TS. □INH NG□C V□□NG

Trụ sở Toà soạn:
27 Trần Xuân Soạn
Hà Nội

Tel: 024.39713333
Fax: 024.39764534
Email:
tcnnpl@isl.gov.vn

Gi□y ph□p ho□t □□ng b□o ch□ s□ 121/GP-BTTTT, ngày 22/4/2013

In tại Công ty in Thủy lợi

Gi□: 20.000□

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

MỤC LỤC

LUẬT HIẾN PHÁP, LUẬT HÀNH CHÍNH

❖ NGUYỄN NHƯ PHÁT: Vai trò giám sát xã hội của các tổ chức xã hội đối với các vấn đề về quyền con người 3

❖ NGUYỄN MINH TUẤN: Giải pháp hoàn thiện các điều kiện thực hiện dân chủ đại diện ở Việt Nam 11

❖ PHAN THANH HÀ: Tính chuyên nghiệp của đại biểu Quốc hội ở Việt Nam hiện nay 20

❖ CHÂU HOÀNG THÂN: Bất cập và hướng hoàn thiện quy định của Luật Khiếu nại năm 2011 34

LUẬT KINH TẾ

❖ PHẠM HỮU NGHỊ – NGUYỄN THU DUNG: Pháp luật về gia nhập thị trường ở Việt Nam hiện nay 43

❖ CAO THANH HUYỀN: Pháp luật về vị trí, vai trò và cơ cấu tổ chức của Hội đồng quản trị trong công ty cổ phần 52

LUẬT QUỐC TẾ

❖ NGUYỄN THỊ KIM NGÂN: Bảo hộ công dân Việt Nam đồng thời có quốc tịch nước ngoài 62

❖ NGUYỄN NGỌC HÀ: Bài học kinh nghiệm từ vụ khởi kiện Indonesia áp dụng biện pháp tự vệ đối với tôn lạnh nhập khẩu từ Việt Nam 73

MONTHLY ISSUE
11(367)
2018
47TH YEAR

EDITOR IN CHIEF
LE MAI THANH

DEPUTY EDITOR IN CHIEF
TRAN VAN BIEN

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: 024.39713333
Fax: 024.39764534
Email: tcnnpl@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, ADMINISTRATIVE LAW

❖ NGUYEN NHU PHAT: The role of social organization in overseeing human rights issues 3

❖ NGUYEN MINH TUAN: Measures to improve implementation of representative democracy in Vietnam 11

❖ PHAN THANH HA: Professionalism of National Assembly members in Vietnam currently 20

❖ CHAU HOANG THAN: Shortcomings and orientation for improvement of the 2011 Law on Complaint 34

ECONOMIC LAW

❖ PHAM HUU NGHI – NGUYEN THU DUNG: Current law on market entry in Vietnam 43

❖ CAO THANH HUYEN: The law on status, role and organization of board of directors of joint stock company 52

INTERNATIONAL LAW

❖ NGUYEN THI KIM NGAN: Protection of Vietnamese nationals concurrently holding foreign nationality 62

❖ NGUYEN NGOC HA: Lessons from the case on safeguard measure imposed by Indonesia on imports of steel from Vietnam 73

VAI TRÒ GIÁM SÁT XÃ HỘI CỦA CÁC TỔ CHỨC XÃ HỘI ĐỐI VỚI CÁC VẤN ĐỀ VỀ QUYỀN CON NGƯỜI

Nguyễn Như Phát*

Tóm tắt: *Trong một xã hội dân chủ, khu vực thứ ba trong tam giác phát triển luôn có vai trò quan trọng đối với quá trình phát triển của Nhà nước và toàn xã hội. Chủ nghĩa hợp hiến và chủ quyền nhân dân luôn cần đến vai trò giám sát của các tổ chức xã hội nhằm đưa những giá trị tốt đẹp vào các quy định của Hiến pháp mà trước hết là về quyền con người – quyền mà nhân dân giao cho Nhà nước trách nhiệm bảo vệ và đảm bảo thực hiện. Bài viết giới thiệu về vai trò, thực trạng pháp luật và thực thi pháp luật liên quan đến giám sát của các tổ chức xã hội đối với các vấn đề về quyền con người.*

Abstract: *In a democratic society, the third sector within the development triangle always plays an important role in the development of the State and entire society. Constitutionalism and popular sovereignty demand oversight from social organizations with the purposes to promote good values and Constitutional provisions, primarily human rights, those of people assigned to the State for the protection and promotion. The article gives introduction of the role of, law and its implementation relating to social organizations' oversight of human rights issues.*

1. Khái niệm về tổ chức xã hội

Khái niệm tổ chức xã hội được dùng với nhiều nghĩa trong các ngành khoa học khác nhau và trong tư duy đời thường. Tổ chức xã hội có thể được hiểu hoặc là một thành tố của cơ cấu xã hội, hoặc là một dạng hoạt động, hay là mức độ trật tự nội tại, sự hài hòa giữa các thành phần của một chỉnh thể với ý nghĩa là một *thành tố của cơ cấu xã hội*; tổ chức xã hội chính là một hệ thống các quan hệ, tập hợp liên kết cá nhân nào đó để đạt được một mục đích nhất định[1]. Hiểu theo nghĩa này thì mọi tổ chức, thiết chế hiện hữu trong xã hội, bao gồm mọi cơ quan, tổ chức, với những vị trí và chức năng khác nhau cơ cấu xã hội đều được coi là tổ chức xã hội.

Tuy nhiên, thông thường, khi nói đến tổ chức xã hội, người ta thường nhắc tới những thiết chế (chính thức và phi chính thức) hiện diện trong *một khu vực* thuộc cơ cấu xã hội. Trong mỗi quốc gia, cấu trúc xã hội bao gồm chủ yếu 3 thành phần là: Nhà nước, thị trường và xã hội (một trong ba khu vực của cơ cấu xã hội – khu vực nằm giữa/đan xen với Nhà nước và thị trường). Đó là cơ cấu của "tam giác phát triển" mà mỗi đỉnh của nó đều có vai trò và vị trí nhất định trong sự phát triển chung của các quốc gia – là đối tác của các quan hệ quyền lực, chính trị ở các quốc gia cũng như trên phạm vi quốc tế.

Phát biểu tại Diễn đàn thế giới về xã hội thông tin tổ chức tại Tunisia từ ngày 16-18/10/2005, Tổng thư ký Liên hợp quốc Kofi Anan đã khẳng định: "Liên hợp quốc trước kia chỉ quan hệ chính thức với các chính phủ. Nhưng giờ đây chúng tôi hiểu rằng hoà bình và thịnh vượng không thể đạt

* PGS.TS., Viện Nhà nước và Pháp luật.

[1] Bùi Thế Cường (15/7/2010). "*Các tổ chức xã hội ở Việt Nam"*, Học liệu Mở Việt Nam, Bản gốc lưu trữ 15/7/2010.

được mà không có đóng góp của các đối tác, bao gồm các chính phủ, các tổ chức quốc tế, cộng đồng doanh nghiệp và xã hội dân sự. Trong thế giới ngày nay, chúng tôi tin cậy vào vai trò của từng đối tác"[2].

Không chỉ đến nay, tầm quan trọng của khu vực xã hội, của các tổ chức xã hội mới được khẳng định. Các Mác đã từng khái quát vai trò của khu vực "thứ ba" này là: "Trung tâm thực sự, vũ đài thực sự của toàn bộ lịch sử"[3]. Ý nghĩa của nhận định này là ở chỗ, giai cấp nào, lực lượng xã hội nào, đảng chính trị nào muốn chiến thắng đều phải chiến thắng ở khu vực xã hội dân sự. Vì vậy, một Nhà nước của dân, do dân và vì dân nhất định phải lấy khu vực xã hội và các tổ chức xã hội của họ là chỗ dựa, là đối tác và là nơi để kiểm nghiệm các chính sách và pháp luật, trong đó có những chính sách và pháp luật liên quan đến quyền con người.

Như thế, các tổ chức xã hội cũng có thể được hiểu là các tổ chức được thành lập dựa trên sáng kiến, tinh thần tự nguyện và tự chủ của nhân dân nhằm bảo vệ quyền lợi hợp pháp và các giá trị chung mà các thành viên cùng theo đuổi. Về mặt lịch sử, các hội, nhóm của những người cùng quan tâm đến một lĩnh vực, hội, nhóm nghề nghiệp ra đời từ rất lâu, từ thời Hy Lạp cổ đại. Song nhìn chung việc ra đời của các tổ chức xã hội gắn với quá trình dân chủ hóa mới được bắt đầu từ đầu thế XIX[4]. Khi các cá nhân chia sẻ những lợi ích chung và tập hợp với nhau lại thành một nhóm thì họ có những sức mạnh về kinh tế, xã hội và chính trị nhất định. Điều này giúp cho các hội nhóm trở thành một thành tố quan trọng trong đời sống chính trị của mỗi quốc gia. Các tổ chức xã hội dạng này xuất hiện khá sớm ở châu Âu và hiện nay phát triển ở khắp nơi trên thế giới. Ở Việt Nam, các tổ chức này được thành lập với mô hình các tổ chức phi chính phủ, các hội, nhóm, các tổ chức từ thiện, tình nguyện[5]…

Với các tiếp cận như vậy, có thể thấy, các tổ chức xã hội là những thiết chế có những dấu hiệu cơ bản là:

- Là các tổ chức ngoài nhà nước/thị trường (phi quan phương);

- Tổ chức theo nguyên tắc tự nguyện, hoạt động theo điều lệ riêng;

- Tự chủ, độc lập về tài chính (tự trang trải), không theo đuổi mục tiêu lợi nhuận;

- Có quy mô, hình thức tồn tại, thiết chế tổ chức đa dạng;

- Lấy sự phát triển của cộng đồng làm mục tiêu hoạt động;

- Hoạt động độc lập, không nhân danh Nhà nước hay bất kỳ cá nhân, tổ chức nào.

2. Vai trò giám sát xã hội của các tổ chức xã hội trong chính sách phát triển nói chung và trong các vấn đề về quyền con người nói riêng

Để có một xã hội dân chủ đúng nghĩa, sự tương tác giữa các công dân với nhau và giữa công dân với Nhà nước là một yêu cầu bắt buộc. Quá trình tương tác này chính là lúc mở ra không gian cho nền dân chủ và là

[2] KofiAnan - Tổng thư ký liên hiệp quốc (2005), *Bài phát biểu tại Diễn đàn thế giới về xã hội thông tin (The World Summit on the Information Society)* tổ chức tại Tunisia từ ngày 16-18/10/2005: http://www.un.org/issues/civilsociety/

[3] C.Mác-Ph.Ăngghen (1980), *Tuyển tập,* Tập I, Nxb. Sự thật, Hà Nội, tr.299.

[4] Nguyễn Linh Giang, "*Vai trò của các tổ chức xã hội trong việc thúc đẩy sự tham gia của người dân*", Tham luận Hội thảo quốc tế, Viện Nhà nước và Pháp luật, Hà Nội, 6/2018.

[5] Nguyễn Linh Giang, tlđd.

chất xúc tác cho nền dân chủ vận hành. Sự tham gia của các tổ chức xã hội trong quản lý nhà nước là một thành tố tạo nên nền dân chủ, thể hiện rõ trong những vai trò sau:

- *Vai trò tăng cường sức mạnh chính trị cho người dân.* Với tư cách là một cá nhân đơn lẻ, người dân thường thiếu tự tin, thiếu năng động và ít tham gia vào các hoạt động xã hội, đặc biệt là vào các hoạt động chính trị. Nói cách khác, nếu chỉ là một cá nhân đơn lẻ, mỗi người hầu như khó có nhiều ảnh hưởng đến xã hội. Tuy nhiên, khi gặp gỡ nhau, khi liên kết thành một tổ chức họ sẽ có những sức mạnh nhất định và bắt buộc các chủ thể chính trị phải chú ý đến. Theo cách này, các tổ chức, hiệp hội đã tăng quyền lực cho các cá nhân trong những bối cảnh chính trị cụ thể, và điều này buộc những chủ thể chính trị phải tìm cách thích nghi.

- *Vai trò tăng cường hiểu biết, trách nhiệm chính trị cho mỗi người dân.* Đối với một nền dân chủ, không có một sự đe dọa nào lớn hơn sự dửng dưng và tính thụ động của người dân. Một chế độ quân chủ hay chế độ chuyên quyền có thể làm được chỉ ở một số ít đối tượng, các nền cộng hòa dân chủ không thể tồn tại nếu thiếu công dân. Xu hướng công dân thờ ơ với chính trị là một xu thế gia tăng ở khắp nơi trên thế giới, đặt ra yêu cầu cấp thiết về vấn đề tổ chức xã hội và vai trò của nó trong nền văn minh dân chủ[6].

Đặc tính tự nguyện của các tổ chức xã hội không những giúp cho các thành viên có cơ hội để chia sẻ ý kiến, suy nghĩ mà còn giúp thực hành các nguyên tắc về lãnh đạo dân chủ. Những thực tập này giúp cho các thành viên ngày một phát triển thêm ý thức trách nhiệm của mình đối với tập thể chung và chuẩn bị cho họ, qua những sinh hoạt điều hành nội bộ như tranh cử, bầu cử… để tham gia vào các sinh hoạt chính trị ở phạm vi toàn xã hội. Nói một cách khác, tổ chức xã hội là nơi tập hợp của các con người dân chủ trong các diện khác nhau của xã hội như nhân quyền, giáo dục, y tế, nghề nghiệp… Điều kiện cần thiết cho sự hình thành của tổ chức xã hội chính là từ sự nhận thức của mỗi cá nhân về vai trò và trách nhiệm của họ trong xã hội nói chung và thúc đẩy họ tham gia vào các sinh hoạt của xã hội. Sinh hoạt trong các tổ chức tự nguyện, mỗi cá nhân có cơ hội phát huy đặc tính của nhân cách dân chủ. Nhân cách dân chủ càng được nảy nở thì tổ chức xã hội càng phát triển và ngược lại. Một tổ chức xã hội năng động sẽ cung cấp năng lượng cho sự vận hành của cả xã hội, nhất là về phương diện chính trị và chính sách phản ánh các mối quan tâm của mọi thành viên trong xã hội[7].

- Giám sát chính sách là công tác hết sức quan trọng đối với bất kỳ Nhà nước nào trên thế giới. Việc giám sát xã hội vừa đảm bảo tính dân chủ vừa đồng thời mang tính xây dựng, góp phần hạn chế các sai sót, khuyết điểm của Nhà nước trong quá trình vận hành, giúp xây dựng Nhà nước ngày càng lớn mạnh, xã hội ngày càng phát triển, văn minh. Giám sát xã hội chính là giám sát của nhân dân đối với Nhà nước, nó không phải là việc bên ngoài áp đặt vào quyền lực nhà nước mà chính là yêu cầu

[6] Bronislaw Geremek, *Civil Society and the Present Age*, http://nationalhumanitiescenter.org/publications /civilsoc/geremek.htm, truy cập ngày 12/2/2017.

[7] Nông Duy Tường, *Con người dân chủ và xã hội dân sự*, http://icevn.org/vi/node/276, truy cập ngày 1/12/2016.

khách quan, là thành tố của nhà nước pháp quyền. Việc giám sát chính sách được thực hiện qua nhiều kênh khác nhau nhưng các tổ chức xã hội chính là một trong những kênh quan trọng. Các tổ chức xã hội chính là những nơi cung cấp thông tin và chất liệu cho các cuộc thảo luận chính trị. Thông qua các cuộc thảo luận này, các vấn đề được mổ xẻ, xới xáo và tìm ra các giải pháp tối ưu cho hoạt động Nhà nước. Có thể thấy, nếu tiếng nói giám sát mà đến từ một công dân riêng lẻ thì nó hầu như không có sức mạnh chính trị và hầu như khó làm cho Nhà nước quan tâm và lắng nghe. Nhưng nếu hoạt động giám sát được đưa ra từ một tổ chức xã hội, đặc biệt là các tổ chức có uy tín thì nhất định nó sẽ có những sức nặng chính trị và buộc Nhà nước phải quan tâm và giải quyết[8].

Sẽ không thể có những không gian giám sát xã hội đúng nghĩa, cũng như Nhà nước sẽ khó nắm bắt thông tin, nguyện vọng của nhân dân nếu như những nguyện vọng đó lại chỉ được thể hiện thông qua các phát biểu của một số cá nhân riêng lẻ. Tiếng nói của các hội thông qua không gian xã hội phát triển sẽ hơn bao giờ hết luôn là những tiếng nói tiêu biểu cho nhiều tầng lớp công chúng khác nhau. Sẽ chỉ có nhà nước pháp quyền một cách đúng nghĩa nếu như người dân thực sự trở thành một đối tác chính trị của Nhà nước. Bản thân mỗi người dân không đủ sức để làm việc này, nhưng nếu có các hội đoàn xã hội đại diện cho tiếng nói nhân dân bên cạnh tiếng nói của các cá nhân uy tín thì mối quan hệ hai chiều này sẽ được giải quyết hiệu quả. Vì vậy, các tổ chức xã hội đóng một vai trò rất quan trọng trong việc giám sát chính sách.

Giám sát xã hội là một hình thức thực hiện quyền chính trị của công dân, là nhân tố quan trọng của việc xây dựng và hoàn thiện nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa Việt Nam. Xét về bản chất chính trị - pháp lý thì giám sát là một quyền tự do được xây dựng trên cơ sở quyền tự do ngôn luận và qua đó, nhân dân nói tiếng nói của mình[9]. Trong khi đó, phản biện xã hội là một hình thức thực hiện các quyền dân chủ của cá nhân được Việt Nam cam kết thực hiện trong các Công ước quốc tế về các quyền dân sự và chính trị (Điều 25)[10], Công ước về xoá bỏ mọi hình thức phân biệt đối xử chống lại phụ nữ (Điều 7). Tại Điều 25, Công ước này quy định mọi công dân đều có quyền và cơ hội để tham gia vào việc điều hành các công việc xã hội một cách trực tiếp hoặc thông qua các đại diện được họ tự do lựa chọn. Với tư cách là thành viên tham gia Công ước, Việt Nam đã "cam kết tôn trọng và bảo đảm cho mọi người trong phạm vi lãnh thổ và thẩm quyền pháp lý của mình các quyền đã được công nhận trong Công ước". Thực hiện cam kết đó, Điều 25 Hiến pháp năm 2013 quy định: “Công dân có quyền tự do ngôn luận…”. Điều 28 Hiến pháp quy định: "Công dân có quyền tham gia quản lý nhà nước và xã hội, tham gia thảo luận và kiến nghị với cơ quan nhà nước về các vấn đề của cơ sở, địa phương và cả nước” và một trong những nội dung của việc “tham gia quản lý nhà

[8] Nguyễn Linh Giang, tlđd.

[9] Xem: Nguyễn Trần Bạt, *Phản biện xã hội*, nguồn: Tạp chí The Journal of Global Issues & Solutions, Nxb. "Bibliotheque: World Wide International Publishers", 2007.

[10] Điều 25, Công ước quốc tế về các quyền dân sự, chính trị quy định: “Mọi công dân đều có quyền và cơ hội để tham gia các công việc xã hội một cách trực tiếp hoặc thông qua những đại diện do họ tự do lựa chọn”.

nước chính là việc nhân dân tham gia xây dựng và hoàn thiện chính sách, pháp luật. Giám sát xã hội chính là bước phát triển cao của hình thức nhân dân chủ động tham gia giám sát, góp ý trong quá trình hoạch định và thực thi chính sách mà Việt Nam đã và đang cam kết thực hiện.

Giám sát xã hội có mối liên hệ chặt chẽ và tác động tích cực đến việc xây dựng và hoàn thiện mô hình nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa, nơi có sự vận hành của xã hội dân sự, một xã hội đặc trưng bởi tính tự giác và ý thức trách nhiệm của các thành viên, các bộ phận cấu thành[11]. Bên cạnh các đặc trưng cơ bản, một tiêu chí của Nhà nước pháp quyền Việt Nam được nhấn mạnh là Nhà nước cần được đặt dưới sự giám sát xã hội của nhân dân, trong đó có các tổ chức xã hội của họ, của Mặt trận Tổ quốc Việt Nam và các tổ chức chính trị - xã hội.

3. Thực trạng cơ chế giám sát xã hội của các tổ chức xã hội và những vấn đề đặt ra

Văn kiện Đại hội Đảng XI nhấn mạnh việc *"Hoàn thiện cơ chế để nhân dân đóng góp ý kiến, phản biện xã hội và giám sát công việc của Đảng và Nhà nước, nhất là các chính sách kinh tế, xã hội, về quy hoạch, kế hoạch, chương trình, dự án phát triển quan trọng*"[12] và "*Đảng, Nhà nước có cơ chế, chính sách, tạo điều kiện để mặt trận và các đoàn thể nhân dân hoạt động có hiệu quả, thực hiện tốt vai trò giám sát và phản biện xã hội"*[13]. Một bước tiến gần đây đó là sự ra đời của *Quy chế giám sát và phản biện xã hội của Mặt trận Tổ quốc Việt Nam và các đoàn thể chính trị - xã hội* ban hành kèm theo Quyết định số 217-QĐ/TW ngày 12/12/2013 của Ban Chấp hành Trung ương Đảng Cộng sản Việt Nam (chỉ hai tuần sau khi Quốc hội thông qua Hiến pháp năm 2013). Việc ban hành Quy chế này đã tạo ra cơ hội mở để người dân bằng các hình thức trực tiếp và gián tiếp có điều kiện tham gia góp ý, giám sát xây dựng chính sách pháp luật của Nhà nước đảm bảo khi chính sách, pháp luật ban hành có tính khả thi, phù hợp với lòng dân.

Bên cạnh các văn kiện của Đảng, Hiến pháp năm 2013 tiếp tục kế thừa và củng cố hầu hết các vấn đề liên quan đến quyền giám sát và phản biện xã hội đã được ghi nhận trong Hiến pháp năm 1992 (sửa đổi, bổ sung năm 2001). Điều 4 của Hiến pháp năm 2013 đã ghi nhận vấn đề này như sau: *"Đảng Cộng sản Việt Nam gắn bó mật thiết với Nhân dân, phục vụ Nhân dân, chịu sự giám sát của Nhân dân, chịu trách nhiệm trước Nhân dân về những quyết định của mình. Các tổ chức của Đảng và Đảng viên Đảng Cộng sản Việt Nam hoạt động trong khuôn khổ Hiến pháp và pháp luật"*[14]. Như vậy, mối quan hệ giữa Đảng với Nhân dân; trách nhiệm, nghĩa vụ của Đảng đối với Nhân dân; vai trò và trách nhiệm của Nhân dân đối với hoạt động của Đảng đã được làm rõ.

---

[11] Xem: PGS,TS. Đoàn Minh Huấn, "*Vai trò của giám sát và phản biện xã hội đối với việc xây dựng Nhà nước pháp quyền"*, nguồn: http://www.hanhchinh.com.vn/forum/f82/vai-tro-cua-giam-sat-va-phan-bien-xa-hoi-doi-voi-viec-xay-dung-nha-nuoc-phap-quyen-21761.html&hl=vi&gl=vn&strip=1, truy cập ngày 16/8/2018.

[12] Xem: Đảng Cộng sản Việt Nam, *Văn kiện Đại hội Đảng toàn quốc lần thứ XI*, Nxb. Chính trị Quốc gia – Sự thật, Hà Nội, 2011, tr. 145.

[13] Đảng Cộng sản Việt Nam, *Văn kiện Đại hội Đảng toàn quốc lần thứ XI*, tlđd.

[14] Khoản 2, 3 Điều 4 của Hiến pháp năm 2013.

Về quyền giám sát xã hội, Luật Mặt trận Tổ quốc Việt Nam năm 2015 và một số văn bản luật khác như Luật Công đoàn năm 2012, Luật Thanh niên năm 2005, Luật Bình đẳng giới năm 2006… cũng đã quy định quyền, trách nhiệm của các tổ chức thành viên trong việc tham gia góp ý xây dựng chính sách, pháp luật và giám sát việc thực hiện pháp luật. Pháp lệnh Thực hiện dân chủ ở xã, phường, thị trấn năm 2007 với phương châm "dân biết, dân bàn, dân làm, dân kiểm tra" cũng đã đưa ra cơ chế để nhân dân giám sát hoạt động của chính quyền, cán bộ, công chức ở xã, phường, thị trấn. Bên cạnh đó, một số luật về tổ chức và hoạt động của các cơ quan nhà nước như Luật Tổ chức Quốc hội năm 2014, Luật Tổ chức Chính phủ năm 2015, Luật Thanh tra năm 2010, Luật Khiếu nại năm 2011, Luật Tố cáo năm 2011, Luật Cán bộ, công chức năm 2008, Luật Phòng, chống tham nhũng năm 2005 (sửa đổi 2012)... cũng quy định cán bộ, công chức nhà nước, đại biểu Quốc hội phải có nghĩa vụ tôn trọng và chịu sự giám sát của nhân dân.

Pháp lệnh số 34/2007/PL-UBTVQH11 về thực hiện dân chủ ở xã, phường, thị trấn với hoạt động lấy phiếu tín nhiệm, tham khảo ý kiến nhân dân trước khi quyết định các vấn đề quan trọng; Luật Khoa học và Công nghệ năm 2013, Luật Mặt trận Tổ quốc Việt Nam năm 2015, Nghị định số 45/2010/NĐ-CP ngày 21/4//2010 quy định về tổ chức, hoạt động và quản lý hội,... đã ghi nhận quyền tham gia góp ý, xây dựng chính sách, pháp luật của các tổ chức, cá nhân. Bên cạnh đó, Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 đã chú trọng thủ tục lấy ý kiến nhân dân, cá nhân, tổ chức về dự án, dự thảo văn bản quy phạm pháp luật, đồng thời tạo ra cơ chế mở để nhân dân, các chuyên gia, nhà khoa học có thể chủ động tham gia vào quy trình xây dựng chính sách, pháp luật ngay từ giai đoạn ban đầu như: Đề xuất xây dựng luật, góp ý cho các dự án, dự thảo, phản biện chính sách...

Hoạt động giám sát của các tổ chức xã hội trong thời gian qua có thể nói là khá sôi nổi. Ý thức được vai trò của mình, nhiều tổ chức phi chính phủ trong nước và quốc tế hoạt động ở Việt Nam đã có những đóng góp tích cực cho hoạt động bảo vệ quyền con người, bảo hộ quyền công dân. Điển hình nhất là sự đóng góp ý kiến sôi nổi của các tổ chức xã hội cho các báo cáo về nhân quyền của Việt Nam tại Hội đồng Nhân quyền và các Ủy ban công ước Liên hợp quốc. Nếu như đối với báo cáo kiểm điểm định kỳ phổ quát (UPR) đầu tiên tại Hội đồng Nhân quyền Liên hợp quốc năm 2009 của Việt Nam, hầu như các tổ chức xã hội còn chưa biết đến thông tin và chưa có kỹ năng để tham gia thì từ vòng thứ hai năm 2014, đã có rất nhiều các tổ chức xã hội ở Việt Nam tham gia đóng góp ý kiến cho Bộ Ngoại Giao là cơ quan chủ trì soạn thảo báo cáo. Nhiều tổ chức xã hội cũng đã làm các báo cáo bóng (shadow report) để gửi đến Hội đồng Nhân quyền trong quá trình Việt Nam bảo vệ UPR lần hai. Nhiều ý kiến đóng góp từ các tổ chức xã hội cũng đã được ban soạn thảo các báo cáo trong nước đánh giá cao và tiếp thu, thực hiện.

Đồng thời, chính các tổ chức xã hội là các đối tượng theo dõi chính trong suốt quá trình Việt Nam thực hiện các cam kết về nhân quyền quốc tế. Các báo cáo giữa kỳ, việc phê chuẩn các Công ước quốc tế về nhân quyền như Công ước Chống tra tấn,

Công ước về quyền của người khuyết tật đều được các tổ chức xã hội dân sự theo dõi sát sao. Ngoài ra, các ý kiến đóng góp của các tổ chức xã hội dân sự trong quá trình xây dựng các luật, Bộ luật quan trọng cũng luôn được đánh giá cao. Đây có thể xem là các dấu hiệu tích cực trong hoạt động giám sát của các tổ chức xã hội ở Việt Nam. Tuy nhiên, nếu so sánh với hoạt động cùng loại ở các nước trong khu vực và trên thế giới thì hoạt động của các tổ chức xã hội của Việt Nam còn rất khiêm tốn. Hạn chế này chủ yếu là do cơ chế pháp lý chưa cởi mở cho hoạt động của các tổ chức xã hội dân sự chứ không phải do các tổ chức xã hội dân sự chưa đủ năng lực[15].

Do hạn chế về mặt thể chế nên hoạt động giám sát của Mặt trận Tổ quốc thời gian qua còn bị giới hạn, chưa hướng vào những vấn đề kinh tế - xã hội bức xúc. Mặt trận Tổ quốc là một số ít trong số các chủ thể có cơ chế pháp lý giám sát xã hội khá rõ ràng, phạm vi giám sát bao trùm hầu hết các lĩnh vực hoạt động của Đảng, Nhà nước. Tuy nhiên, thực tiễn triển khai cho thấy, nhiều nội dung giám sát rất thiết yếu lại thiếu quy định về mặt pháp lý nên không thể thực hiện được.

Bên cạnh đó, tình trạng chung hiện nay, các tổ chức thực hiện giám sát xã hội thiếu các chuyên gia nghiên cứu độc lập và các nghiên cứu đủ sức thuyết phục để có thể tác động tích cực đối với đối tượng chịu sự giám sát xã hội. Ngay cả đối với Liên hiệp Hội Khoa học kỹ thuật Việt Nam - nơi tập hợp tri thức của các nhà khoa học trong cả nước, nhưng lại chưa huy động được trí tuệ của đông đảo các chuyên gia, nhà khoa học, tri thức thuộc hệ thống cũng như bên ngoài tham gia vào hoạt động giám định, tư vấn xã hội… Đối với Mặt trận tổ quốc, năng lực cán bộ Mặt trận cũng chưa đủ mạnh và chuyên nghiệp để tham gia giám sát, phản biện xã hội. Hoạt động giám sát của Mặt trận trong thực tế còn hình thức, hiệu quả pháp lý chưa cao, chủ yếu mới thể hiện qua các phát hiện, nêu "ý kiến nhẹ nhàng" tại các kỳ họp, phiên họp của các cơ quan, tổ chức thuộc đối tượng giám sát, chưa có phương thức giám sát đúng nghĩa, chưa được quan tâm thực hiện thường xuyên, liên tục. Với Hiệp hội doanh nghiệp, chất lượng đóng góp ý kiến, kiến nghị, phản biện cơ chế, chính sách, luật pháp vẫn chưa đáp ứng được yêu cầu đòi hỏi của cộng đồng doanh nghiệp, của đất nước trong quá trình hội nhập và đổi mới, của quá trình chuyển giao nhiều chức năng quản lý từ Nhà nước sang các tổ chức phi nhà nước "Tiếng nói của hiệp hội đôi khi chưa đủ trọng lượng, mà một phần quan trọng là do chính bản thân hiệp hội"[16].

Tóm lại, mặc dù đã được ghi nhận thành chủ trương, định hướng của Đảng, cũng như đã có những quy định chung về quyền cơ bản của công dân trong Hiến pháp nhưng phải khẳng định lại rằng, hiện nay tại Việt Nam vẫn *thiếu một cơ chế pháp lý đồng bộ để bảo đảm việc thực hiện các hoạt động giám sát xã hội một cách rộng rãi, chất lượng và có hiệu quả*. Điều này thể hiện qua một số điểm sau đây:

Thứ nhất, các quy định pháp luật về

[15] Nguyễn Như Phát (Chủ nhiệm) "*Cơ chế bảo vệ quyền con người, cơ chế bảo hộ quyền cơ bản của công dân theo yêu cầu của Hiến pháp*", Đề tài cấp bộ, Viện Nghiên cứu lập pháp, 2014-2016, Báo cáo tổng hợp, tr.122.

[16]. Xem: Vũ Quốc Tuấn, *"Nâng cao vai trò của Hiệp hội doanh nghiệp trong việc tham gia xây dựng pháp luật"*, Tham luận tại hội thảo của Hiệp hội Doanh nghiệp, Hà Nội, ngày 18-5-2006.

giám sát xã hội hiện nay còn nằm rải rác trong nhiều văn bản với mức độ và hiệu lực pháp lý khác nhau.

Thứ hai, chưa có những quy định cụ thể tạo ra cơ chế pháp lý đồng bộ để hoạt động giám sát xã hội được thực hiện đúng bản chất vốn có của nó. Với cá nhân công dân, cùng với các tổ chức xã hội của quyền giám sát chủ yếu vẫn chỉ dừng lại ở *quyền tham gia góp ý, kiến nghị xây dựng chính sách, pháp luật của Nhà nước* mà chưa được thừa nhận ở mức độ mạnh mẽ như tính chất vốn có của nó.

Thứ ba, vẫn còn thiếu vắng một số thể chế pháp lý mang tính chất nền tảng tạo cơ sở bảo đảm cho việc vận hành hoạt động giám sát và phản biện xã hội có hiệu quả như Luật về Hội…

Thứ tư, thiếu những quy định rõ ràng và cụ thể về cơ chế tiếp nhận, phản hồi ý kiến và chế tài đối với việc không tiếp nhận ý kiến giám sát xã hội. Hiệu quả của hoạt động giám sát xã hội phụ thuộc rất nhiều vào khâu tiếp nhận xử lý kết quả giám sát của các chủ thể có thẩm quyền.

Hiện nay, khuôn khổ pháp lý cho hoạt động của các tổ chức xã hội chưa hoàn thiện. Luật về Hội đã dự thảo nhiều lần nhưng vẫn bị đánh giá là "đóng" nhiều hơn "mở". Đồng thời, khuôn khổ pháp lý cho các hoạt động về tự do báo chí, tự do ngôn luận cũng chưa thực sự ủng hộ cho không gian xã hội phát triển. Tất cả những điều này đã hạn chế khả năng giám sát xã hội của các tổ chức xã hội trong những vấn đề về quyền con người. Về tư duy và nội dung điều chỉnh, còn có một số hạn chế như sau:

+ Do nhận thức chưa rõ ràng về khái niệm và bản chất của tổ chức xã hội; chưa phân biệt được tổ chức xã hội với các tổ chức phản động, chống lại chế độ nhà nước pháp quyền hợp hiến nên chưa thấy hết giá trị và cần phải huy động sức mạnh tiềm tàng của khu vực xã hội vì mục tiêu đóng góp cho phát triển.

+ Tư duy quản lý, xin cho, ngăn cản thúc đẩy quyền con người (cả theo công ước quốc tế) còn nặng nề (Hội là cánh tay nối dài của Nhà nước); coi khu vực xã hội này là khu vực "nhạy cảm" cần phải cảnh giác... thậm chí không được cổ súy.

Kết luận

Bộ máy nhà nước Việt Nam hiện hành đang phải chấp nhận sức ép về giám sát và phản biện ngày càng gia tăng của xã hội, của giới báo chí và truyền thông. Điều đó hiển nhiên là một nhu cầu từ phía Nhà nước và đó là những thành tựu không thể phủ nhận của quá trình cởi mở, dân chủ hóa đất nước.

Tuy nhiên, thành tựu của giám sát từ khu vực xã hội ở Việt Nam hiện nay là chưa bền vững. Các nền móng pháp lý đảm bảo tự do ngôn luận, tự do báo chí, tự do xuất bản, tự do lập hội và bày tỏ quan điểm, nhất là các phản biện chính sách một cách công khai, cơ hội tham gia trưng cầu dân ý và các hình thức dân chủ trực tiếp khác vẫn chưa chắc chắn. Nền hành chính công vẫn giữ quyền can thiệp rộng rãi và chưa minh bạch đối với hoạt động báo chí, truyền thông và khu vực xã hội ngoài Nhà nước.

Nếu sự nghi kỵ và thiếu thiện cảm đối với tự do báo chí và khu vực xã hội tăng lên, khi ấy công dân mất dần lòng nhiệt tình tham gia chính trị. Một khi công dân thờ ơ với chính trị, xã hội thiếu cạnh tranh công khai về chính trị; quyền và khả năng giám sát của xã hội đối với Nhà nước không đảm bảo, khi đó tính minh bạch, dân chủ và trách nhiệm giải trình của Nhà nước trước xã hội sẽ suy yếu.

GIẢI PHÁP HOÀN THIỆN CÁC ĐIỀU KIỆN THỰC HIỆN DÂN CHỦ ĐẠI DIỆN Ở VIỆT NAM

Nguyễn Minh Tuấn*

Tóm tắt: *Dân chủ đại diện là một trong những hình thức quan trọng để nhân dân thực hiện quyền lực nhà nước ở Việt Nam. Trên thực tế vấn đề phạm vi, hình thức, các điều kiện thực hiện và giải pháp để hoàn thiện dân chủ đại diện như thế nào ở Việt Nam vẫn còn có nhiều ý kiến khác nhau, chưa đạt được sự thống nhất. Bài viết phân tích, làm rõ các hình thức thực hiện dân chủ đại diện trên thế giới và ở Việt Nam, đánh giá thực trạng và đưa ra các giải pháp hoàn thiện các điều kiện thực hiện dân chủ đại diện ở Việt Nam.*

Abstract: *Representative democracy is one of key forms for people to exercise state power in Vietnam. In actuality, it is still in controversy in respect of the scope, forms of, conditions for implementation of and measures to improve representative democracy in Vietnam. The article analyzes and clarifies forms of implementation of representative democracy in the world and Vietnam, assesses situation thereof, thereby offers measures to improve conditions for implementation of representative democracy in Vietnam.*

1. Dân chủ đại diện và các hình thức thực hiện dân chủ đại diện ở Việt Nam

Dân chủ là một mục tiêu của Nhà nước Việt Nam. Điều 3 Hiến pháp năm 2013 quy định: "*Nhà nước [...] thực hiện mục tiêu dân giàu, nước mạnh, dân chủ, công bằng, văn minh, mọi người có cuộc sống ấm no, tự do, hạnh phúc, có điều kiện phát triển toàn diện*". Tiếp đó, Điều 6 Hiến pháp năm 2013 quy định rõ các hình thức thực hiện quyền lực nhà nước, trong đó có đề cập đến hình thức dân chủ đại diện: "*Nhân dân thực hiện quyền lực nhà nước bằng dân chủ trực tiếp, bằng dân chủ đại diện thông qua Quốc hội, Hội đồng nhân dân và thông qua các cơ quan khác của Nhà nước*".

Hình thức thực hiện dân chủ đại diện quan trọng nhất ở Việt Nam là thông qua "*Quốc hội, Hội đồng nhân dân và thông qua các cơ quan khác của Nhà nước*". Quốc hội Việt Nam theo cơ chế nhất viện. Đây là cơ chế được thiết lập phù hợp với bối cảnh lịch sử và văn hóa quốc gia, dựa trên cơ sở địa lý, dân tộc hoặc các đặc điểm về nhân học khác, phản ánh được cơ cấu xã hội và các lợi ích đa dạng[1]. Theo chế độ nhất viện thì tính chịu trách nhiệm của các đại biểu sẽ cao hơn chế độ lưỡng viện bởi các đại biểu không thể đổ lỗi cho viện còn lại khi một đạo luật không thể được thông qua hoặc khi lợi ích của người dân bị bỏ mặc. Với cơ chế này người dân dễ kiểm soát hơn vì có ít đại biểu hơn so với cơ chế lưỡng viện.

Nhìn rộng hơn, ở Việt Nam, cơ quan được nhân dân ủy quyền *không chỉ là cơ quan dân cử mà bao gồm cả cơ quan hành pháp và tư pháp*, chính vì vậy mà Điều 6

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

[1] Markus Boekenfoerde, Nora Hedling, Winluck Wahiu, *Những hướng dẫn thiết thực về xây dựng Hiến pháp*, Nxb. Hồng Đức, Hà Nội, 2012, tr. 198-199.

Hiến pháp năm 2013 mới đề cập đến "*thông qua các cơ quan khác của Nhà nước*", bởi lẽ khi hoạt động, các cơ quan này đều đại diện nhân dân để thực thi nhiệm vụ. Tất cả các cơ quan nhà nước có được quyền lực là do nhân dân trao và phải chịu trách nhiệm trực tiếp hoặc gián tiếp trước nhân dân. Không chỉ có Quốc hội, Hội đồng nhân dân các cấp lắng nghe ý kiến nhân dân khi ban hành luật, nghị quyết, mà các cơ quan hành pháp, tư pháp cũng phải thu thập, lắng nghe ý kiến nhân dân trong quá trình thực thi nhiệm vụ của mình.

Luật Bầu cử đại biểu Quốc hội và đại biểu Hội đồng nhân dân năm 2015 là cơ sở pháp lý quan trọng để người dân thực hiện quyền bầu cử. Điểm quan trọng nhất trong đạo luật này là đã xác lập nguyên tắc bầu cử phổ thông, bình đẳng, trực tiếp và bỏ phiếu kín (Điều 1); trình tự, thủ tục tiến hành bầu cử, cơ cấu, thành phần, phân bổ đại biểu Quốc hội, đại biểu Hội đồng nhân dân, nhiệm vụ của Hội đồng bầu cử quốc gia và các tổ chức phụ trách bầu cử ở địa phương, danh sách cử tri, tổ chức hiệp thương, tuyên truyền, vận động bầu cử…

Khoản 1 Điều 79 Hiến pháp năm 2013 đã qui định rõ: *"Đại biểu Quốc hội là người đại diện cho ý chí, nguyện vọng của nhân dân ở đơn vị bầu cử ra mình và của nhân dân cả nước"*. Tương tự, Đại biểu Hội đồng nhân dân phải là "người đại diện cho ý chí, nguyện vọng của nhân dân địa phương" (Điều 115 Hiến pháp năm 2013).

Hiện nay, Nhà nước ta đang thực hành dân chủ trong bối cảnh một Đảng duy nhất cầm quyền, trong điều kiện xây dựng nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa, phát triển kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa và hội nhập quốc tế. Trong thời gian qua, Đảng và Nhà nước ta đã ban hành nhiều chủ trương, chính sách, pháp luật nhằm phát huy dân chủ, bảo đảm thực hiện quyền làm chủ của nhân dân. Việc thực hiện, phát huy dân chủ đại diện là tiền đề thiết yếu của việc thực hiện, phát huy dân chủ trực tiếp nói riêng, dân chủ nói chung. Vấn đề đặt ra là một đảng khi đã trở thành đảng lãnh đạo, cầm quyền thì đảng đó phải tổ chức hệ thống chính trị, phải xây dựng thể chế chính trị như thế nào và lãnh đạo sự vận hành của tổ chức ra sao để không hạn chế dân chủ và không vi phạm dân chủ. Đảng phải cầm quyền vì nhân dân và dựa vào dân, cầm quyền theo Hiến pháp và pháp luật, cầm quyền một cách khoa học và dân chủ[2].

Không chỉ thông qua Quốc hội và Hội đồng nhân dân các cấp cũng như các cơ quan nhà nước khác như Điều 6 Hiến pháp năm 2013 quy định, trên thực tế, dân chủ đại diện ở Việt Nam còn được thực hiện thông qua các tổ chức khác. Những tổ chức này đại diện cho tiếng nói, nguyện vọng của nhiều tầng lớp nhân dân, của những lợi ích đa dạng trong xã hội. Chẳng hạn, khoản 1 Điều 9 Hiến pháp năm 2013 quy định: "*Mặt trận Tổ quốc Việt Nam là cơ sở chính trị của chính quyền nhân dân; đại diện, bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp, chính đáng của nhân dân; tập hợp, phát huy sức mạnh đại đoàn kết toàn dân tộc, thực hiện dân chủ, tăng cường đồng thuận xã hội; giám sát, phản biện xã hội; tham gia xây dựng Đảng, Nhà nước, hoạt động đối ngoại nhân dân góp phần xây dựng và bảo vệ Tổ quốc"*. Khoản 2 Điều 9 cũng nêu rõ vị trí, vai trò của các tổ chức chính trị - xã hội: "*Công đoàn Việt Nam, Hội Nông dân Việt*

[2] Phạm Văn Đức (Chủ biên), *Thực hành dân chủ trong điều kiện một đảng duy nhất cầm quyền*, Nxb. Chính trị quốc gia - Sự thật, năm 2017, tr. 54.

Nam, Đoàn Thanh niên cộng sản Hồ Chí Minh, Hội Liên hiệp phụ nữ Việt Nam, Hội Cựu chiến binh Việt Nam là các tổ chức chính trị - xã hội được thành lập trên cơ sở tự nguyện, đại diện và bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp, chính đáng của thành viên, hội viên tổ chức mình; cùng các tổ chức thành viên khác của Mặt trận phối hợp và thống nhất hành động trong Mặt trận Tổ quốc Việt Nam".

2. Phạm vi và hình thức thực hiện dân chủ đại diện trên thế giới

Trên thế giới, chế độ dân chủ đại diện có nhiều hình thức thể hiện thông qua Nghị viện (Quốc hội), các đảng chính trị, các tổ chức xã hội, các nghiệp đoàn hoặc cơ chế vận động hành lang[3]. Dân chủ đại diện trên thế giới được hiểu theo nghĩa rộng, Nghị viện (Quốc hội), các đảng chính trị, các tổ chức xã hội, các nghiệp đoàn hoặc cơ chế vận động hành lang *đại diện cho lợi ích đa dạng* của các thành phần dân cư trong xã hội.

- Hình thức thể hiện chế độ dân chủ đại diện thông qua Nghị viện

Nghị viện chính là trung tâm của dân chủ đại diện. Trong hình thức dân chủ đại diện, nhân dân ủy quyền một phần quyền lực của mình cho Nhà nước, chứ không ủy quyền toàn bộ. Sự ủy thác quyền lực nhân dân cho Nhà nước là quá trình không ngừng điều chỉnh[4]. Ủy quyền ở đây là ủy quyền tự do, tức là Nghị sĩ tự quyết định theo ý chí chủ quan của mình. Điều này hoàn toàn khác với ủy quyền ràng buộc trong Luật Dân sự. Khi phải quyết định một vấn đề nào đó, người được ủy quyền (Nghị sĩ) có toàn quyền quyết định theo ý kiến chủ quan của mình về các vấn đề một cách độc lập[5]. Chẳng hạn: Khoản 1 Điều 38 Luật Cơ bản Đức qui định: "*Nghị sĩ Hạ viện là những người đại diện cho lợi ích của toàn thể nhân dân, chỉ hành động theo nội tâm của mình mà không chịu bất cứ sự ràng buộc chỉ đạo nào khác khi phát biểu hoặc thực thi nhiệm vụ*"[6]. Điều 27 Hiến pháp Cộng hòa Pháp qui định: "*Mọi sự áp đặt đối với Nghị sỹ đều vô hiệu. Quyền bỏ phiếu biểu quyết của thành viên Nghị viện là quyền mang tính cá nhân*"[7]. Khoản 6 Điều 1 Hiến pháp Hoa Kỳ qui định: "*Về bất cứ bài phát biểu hay tranh luận nào trong cả Thượng viện và Hạ viện thì các Nghị sĩ cũng sẽ không bị chất vấn ở bất cứ nơi nào khác"*[8]. Cơ chế đảm bảo dân chủ gián tiếp hiệu quả là Nghị viện chỉ tuân theo luật khi thực thi nhiệm vụ[9]. Khi nhân dân bầu ông A, ông B đại diện cho họ, những người đại diện này chỉ có quyền hạn tạm thời. Là chủ thể của quyền lực nhà nước, nhân dân có thể lấy lại quyền của mình nếu người đại diện đi ngược lại nguyện vọng của họ bằng cơ chế cử tri bãi nhiệm Nghị sĩ.

---

[3] Đào Trí Úc, *Chế độ chính trị và phương thức thực hiện quyền lực nhà nước*, in trong sách: Đào Trí Úc, Hoàng Thị Kim Quế (Chủ biên), Đại cương về nhà nước và pháp luật, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, 2018, tr. 76.

[4] Phạm Văn Đức (Chủ biên), *Thực hành dân chủ trong điều kiện một đảng duy nhất cầm quyền*, Nxb. Chính trị quốc gia - Sự thật, năm 2017, tr. 54.

[5] Katz, Statsrecht – Grundkurs im oeffentlichen Recht, 16. Aufl., Heidelberg, 2005, Rn. 137-158.

[6] Nguyên bản Tiếng Đức: "*Sie sind Vertreter des ganzen Volkes, an Aufträge und Weisungen nicht gebunden und nur ihrem Gewissen unterworfen*".

[7] Nguyên bản Tiếng Pháp: "*Tout mandat impératif est nul. Le droit de vote des membres du Parlement est personnel*".

[8] Nguyên bản Tiếng Anh: "*For any Speech or Debate in either House, they shall not be questioned in any other Place*".

[9] Gröpl, Staatsrecht I, 4. Aufl., München 2012, Rn. 301.

- Hình thức thể hiện chế độ dân chủ đại diện thông qua các đảng chính trị, các tổ chức chính trị - xã hội, các hội nghề nghiệp

Ngoài Nghị viện với tính chất là một hình thức chủ yếu của dân chủ đại diện còn có các đảng chính trị. Mỗi đảng chính trị đại diện cho một khuynh hướng và đường lối của một hoặc một nhóm xã hội nhất định. Tuy nhiên, chỉ có đảng chiếm đa số ghế trong Nghị viện hay đảng cầm quyền mới là đảng thể hiện khuynh hướng chính trị đang thắng thế. Nhiều nước trên thế giới, đảng phái không phải là tổ chức siêu quyền lực mà là những tổ chức dân sự, những tổ chức của nhân dân. Đây là những tổ chức có vai trò rất quan trọng liên quan đến việc thực thi dân chủ đại diện. Chẳng hạn, Điều 21 Luật Cơ bản Đức qui định: "*1. Các đảng phái cùng góp phần hoạch định chính sách chính trị của nhân dân […]. 4. Tòa án Hiến pháp Liên bang có thẩm quyền phán quyết về sự vi hiến của đảng […]. 5. Các qui định khác có liên quan do Luật của Liên bang qui định*"[10]. Điều này cho thấy, các đảng phái (các nhóm lợi ích khác nhau) ra đời ở Đức, cũng như ở nhiều nước hiện nay xuất phát từ nguyên tắc tất cả quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân, thực hiện *chức năng liên kết giữa Nhà nước và xã hội*, nhằm hiện thực hóa lợi ích của toàn thể nhân dân. Đảng phái ở những quốc gia này có hai chức năng chính là *chức năng cùng hoạch định các chính sách từ nhân dân* và *chức năng liên kết giữa Nhà nước và xã hội*. Ẩn sau qui định này còn là việc *thừa nhận địa vị bình đẳng và sự cạnh tranh một cách công bằng giữa các đảng phái chính trị*. Các đảng phái có *quyền bình đẳng về cơ hội*, đồng thời không một đảng phái nào thoát khỏi sự *kiểm soát từ bên trong lẫn bên ngoài* đó là các *nhóm lợi ích khác, cơ chế tài chính, sức mạnh báo chí* và đặc biệt là *khả năng có thể bị tuyên vi hiến và bị giải tán.*

- Hình thức thể hiện chế độ dân chủ đại diện thông qua vận động chính sách công

Nếu như các Đảng chính trị thường theo đuổi mục đích nắm quyền thì ở các nước phương Tây hiện nay xuất hiện các nhóm lợi ích và các nhóm gây áp lực để buộc các thiết chế hoặc các cá nhân đang nắm quyền đưa ra những quyết sách có lợi cho mình. Các nhóm này rất đa dạng, có thể được đăng ký hoạt động chính thức hoặc có loại chỉ hình thành nhất thời, không chính thức[11].

Vận động chính sách công là hoạt động được tiến hành bởi cá nhân hay tổ chức nhằm thuyết phục các cơ quan hoạch định và xây dựng chính sách về sự cần thiết ban hành hay sửa đổi một chính sách nào đó mà theo họ là để đáp ứng những đòi hỏi của hiện tại hoặc tương lai có thể xảy ra[12]. Nhiều nước trên thế giới đã luật hóa việc vận động chính sách công, nhìn nhận nó như một hình thức thực hiện dân chủ đại diện.

[10] Nguyên bản Tiếng Đức: *"1. Die Parteien wirken bei der politischen Willensbildung des Volkes mit. […]. 4. Über die Frage der Verfassungswidrigkeit […] entscheidet das Bundesverfassungsgericht. 5. Das Nähere regeln Bundesgesetze"*.

[11] Đào Trí Úc, *Vận động chính sách công ở Việt Nam: Quan điểm tiếp cận và cơ sở pháp lý*, in trong sách: Đào Trí Úc, Vũ Công Giao (Chủ biên), Vận động chính sách công Lý luận và thực tiễn, Nxb. Lao động, Hà Nội, 2015, tr. 25.

[12] Đào Trí Úc, Vũ Công Giao (Chủ biên), *Vận động chính sách công Lý luận và thực tiễn*, Nxb. Lao động, Hà Nội, 2015, tr. 9.

3. Thực trạng các điều kiện thực hiện dân chủ đại diện ở Việt Nam

Những điều kiện thực hiện dân chủ đại diện ở Việt Nam hiện nay phụ thuộc vào rất nhiều yếu tố bao gồm: Điều kiện tự nhiên, kinh tế, văn hóa, xã hội (*phân bổ dân cư, phong tục tập quán, truyền thống gia đình, dòng họ, điều kiện kinh tế, văn hóa, xã hội, công nghệ thông tin ở mỗi vùng, miền khác nhau…*), yếu tố chính trị, hệ thống pháp luật, bộ máy nhà nước và cả những yếu tố chủ quan như trình độ dân trí, trình độ, nhận thức của đội ngũ cán bộ, công chức…

Xét tổng thể, hiện nay, ở Việt Nam đã có những cơ sở pháp lý cho việc thực hiện dân chủ đại diện. Ngoài những quy định của Hiến pháp, thời gian qua chúng ta cũng đã xây dựng được nhiều văn bản pháp luật cụ thể hóa và thi hành Hiến pháp năm 2013, trong đó có Luật Tổ chức Quốc hội năm 2014, Luật Tổ chức Chính phủ năm 2015, Luật Tổ chức Tòa án nhân dân năm 2014 và Luật Tổ chức Viện kiểm sát nhân dân năm 2014. Đặc biệt, Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 là cơ sở pháp lý rất quan trọng để thực hiện dân chủ và việc triển khai các hoạt động về vận động chính sách công ở Việt Nam. Tuy nhiên, bên cạnh những thành tựu đạt được, chúng ta vẫn đang thiếu hàng loạt các văn bản pháp luật nhằm phát huy dân chủ như: Luật Biểu tình, Luật về hội… Nhiều đạo luật mặc dù đã được xây dựng và ban hành như Luật Trưng cầu ý dân năm 2015 và Luật Tiếp cận thông tin năm 2016, nhưng lại chưa được triển khai thực hiện trên thực tế.

Đại đa số các đại biểu Quốc hội làm việc kiêm nhiệm nên không có đủ thời gian để giữ quan hệ với cử tri, cũng như giải quyết các kiến nghị của cử tri. Đại biểu không chuyên trách chỉ có 30% thời gian làm việc cho Quốc hội. Với quỹ thời gian như vậy sẽ chỉ đủ thời gian để tham dự hai kỳ họp và tiếp xúc cử tri trước và sau kỳ họp[13].

Đại biểu Quốc hội khi thực hiện nhiệm vụ *phải đại diện cho nhân dân cả nước*, đặt lợi ích của toàn dân lên hàng đầu. Làm thế nào để "liên hệ được chặt chẽ với các cử tri, thu thập và phản ánh trung thực ý kiến và nguyện vọng của cử tri" khi các điều kiện vật chất từ chỗ làm việc, kinh phí đi lại, kinh phí khảo sát đánh giá… và thời gian đối với các đại biểu hiện còn rất hạn chế. Đại biểu Quốc hội nước ta chỉ được nhận một khoản "*hoạt động phí*" hàng tháng bằng 1,0 mức lương tối thiểu và những khoản hỗ trợ rất khiêm tốn khác[14].

Quốc hội Việt Nam hiện nay thực hiện chức năng chính là thực hiện quyền lập hiến, lập pháp. Tuy nhiên, phần lớn các dự thảo luật hiện hành chất lượng phản biện chưa cao, chưa tham khảo triệt để ý kiến của nhân dân, của các doanh nghiệp, các đoàn thể, hội nghề nghiệp. Trên thực tế các tổ chức, đặc biệt là các hiệp hội kinh tế có vai trò quan trọng trong việc tác động đến

[13] Nguyễn Sĩ Dũng, *Bàn về Quốc hội và những thách thức của khái niệm*, Nxb. Chính trị quốc gia - Sự thật, Hà Nội, 2017, tr. 56.

[14] Tham khảo mức lương (salary) của Nghị sĩ tại Mỹ, mức lương trung bình của Nghị sĩ Thượng viện hoặc Hạ viện là khoảng 174.000 đô la/1 năm, tham khảo tại địa chỉ website chính thức Thông tin Chính phủ Mỹ: http://usgovinfo.about.com/od/uscongress/a/congresspay.htm; mức thu nhập chưa tính thuế một tháng (monatliche Einkommen) của một Nghị sĩ ở Đức là khoảng 15.636 Euro/1 tháng. Nhà nước Đức phải chi tất cả các khoản cho một Nghị sĩ ở Đức năm 2009 là khoảng 22.500 Euro/1 tháng, tham khảo tại website chính thức của Hạ viện Liên bang Đức tại http://www.bundestag.de/bundestag/abgeordnete17/mdb_diaeten/1333.html và nhà phân tích tài chính Herbert Huber tại địa chỉ http://www.gavagai.de/korrupt/HHD1301.htm, truy cập ngày 10/8/2018.

chính sách công. Những tổ chức này vừa cung cấp thông tin, vừa dùng các lợi ích vật chất, tinh thần để có được sự quan tâm ủng hộ của các quan chức hành chính và các nhà lập pháp, nhưng chúng ta lại chưa có cơ chế phù hợp để khuyến khích và giám sát quy trình vận động chính sách của các hiệp hội kinh tế[15].

Việc tổ chức cho nhân dân tham gia xây dựng chính quyền, đoàn thể và góp ý cho cán bộ, Đảng viên tiến hành còn mang tính hình thức, số lượng và thành phần tham gia góp ý chưa nhiều[16].

Thời gian qua, theo dự toán chi ngân sách trung ương năm 2016, tổng chi cho các cơ quan trung ương của sáu tổ chức chính trị - xã hội tới 1.503,740 tỉ đồng gồm Ủy ban Trung ương Mặt trận Tổ quốc Việt Nam; Trung ương Đoàn Thanh niên Cộng sản Hồ Chí Minh; Trung ương Hội Liên hiệp phụ nữ Việt Nam; Hội Nông dân Việt Nam; Hội Cựu chiến binh Việt Nam; Tổng liên đoàn Lao động Việt Nam[17]. Dựa nhiều vào ngân sách như vậy cho nên tính độc lập, tính chủ động và tính đại diện của những tổ chức chính trị - xã hội ở Việt Nam trên thực tế cũng còn nhiều hạn chế. Khi chưa thực hiện tốt được chức năng đại diện, chưa thực sự độc lập, các tổ chức chính trị - xã hội cũng khó thực hiện tốt được vai trò là lực lượng bổ khuyết cho những hạn chế của Nhà nước và thị trường như mong đợi.

4. Một số giải pháp nâng cao hiệu quả thực hiện dân chủ đại diện ở Việt Nam

Thứ nhất, cần có sự thay đổi trong tư duy và nhận thức về vai trò của Nhà nước, nhà nước kiến tạo phát triển trong bối cảnh hội nhập hiện nay.

Dân chủ đại diện luôn gắn với vấn đề đại diện cho ai, lợi ích nào và làm thế nào để người đại diện có sự gắn bó mật thiết với người được đại diện. Dân chủ đại diện hiện nay chỉ có thể phát huy hiệu quả cao khi có sự phân định rạch ròi giữa quyền lực nhà nước và quyền lực xã hội. Quyền lực xã hội thì rộng lớn và chính quyền lực xã hội là yếu tố hối thúc cho việc cải cách bộ máy nhà nước, hối thúc việc thực hành dân chủ. Đảng chính trị, các tổ chức chính trị - xã hội, cơ chế vận động hành lang là những hình thức bên ngoài Nhà nước, tồn tại độc lập với Nhà nước để giám sát, phản biện và thúc đẩy Nhà nước trở nên tinh gọn, hiệu quả và chịu trách nhiệm.

Nhà nước trong thời đại hội nhập ngày nay là khái niệm cần phải được tư duy lại. Nhà nước không chỉ được nhìn nhận là chủ thể quản lý, mà còn là một *chủ thể nâng đỡ xã hội phát triển*. Gần đây, chúng ta đã đề cập nhiều đến khái niệm Nhà nước kiến tạo phát triển. Thực chất, khái niệm này đã được nhà nghiên cứu Chalmers Johnon đưa ra năm 1982 khi nghiên cứu mô hình Nhà nước Nhật Bản. Theo ông, đây là mô hình Nhà nước nằm ở giữa hai loại hình Nhà nước là Nhà nước điều chỉnh theo chủ thuyết thị trường tự do và Nhà nước kế hoạch hóa tập trung theo mô hình xã hội chủ nghĩa truyền thống. Đây là mô hình nhà

[15] Đào Trí Úc, Vũ Công Giao (Chủ biên), *Vận động chính sách công Lý luận và thực tiễn*, Nxb. Lao động, Hà Nội, 2015, tr. 120.

[16] Đào Trí Úc, *Vận động chính sách công ở Việt Nam: Quan điểm tiếp cận và cơ sở pháp lý*, in trong sách: Đào Trí Úc, Vũ Công Giao (Chủ biên), Vận động chính sách công Lý luận và thực tiễn, Nxb. Lao động, Hà Nội, 2015, tr. 33.

[17] Sa Nam, *Ngân sách và các tổ chức hội – đoàn thể nhà nước*, Thời báo kinh tế Sài Gòn Online, đăng ngày 17/5/2016, truy cập tại địa chỉ: https://www.thesaigontimes.vn/146256/Ngan-sach-va-cac-to-chuc-hoi---doan-the-nha-nuoc.html, truy cập ngày 10/8/2018.

nước không đứng ngoài thị trường, nhưng cũng không làm thay thị trường. Nhà nước chủ động can thiệp vào thị trường để thúc đẩy phát triển và hiện thực hóa các mục tiêu phát triển đề ra. Hàng loạt các câu hỏi đặt ra với việc xây dựng mô hình Nhà nước kiến tạo hay Chính phủ kiến tạo ở Việt Nam như làm thế nào để can thiệp vào thị trường, thúc đẩy phát triển mà không hình thành nên những nhóm lợi ích? Thực hiện mục tiêu phát triển kinh tế có phải đánh đổi hay hi sinh quyền lợi cá nhân, đánh đổi vi phạm dân chủ không?...[18]

Mặc dù còn nhiều khía cạnh lý luận và thực tiễn của mô hình nhà nước kiến tạo phát triển, nhưng đề xuất thay đổi mô hình nhà nước kiến tạo độc đoán kiểu cũ sang mô hình nhà nước kiến tạo dân chủ của Tổ chức Phát triển Liên hợp quốc (UNDP) – một Nhà nước đáp ứng được các đòi hỏi về năng lực (capable), đáp ứng kịp thời (responsive), không loại trừ chủ thể nào (inclusive) và phát triển con người (human development) - đang là một xu hướng không thể phủ nhận[19].

Thế giới hiện nay đã có nhiều biến đổi sâu sắc, Nhà nước Việt Nam phải thận trọng khi xây dựng Nhà nước kiến tạo hay Chính phủ kiến tạo, cần phải sớm làm rõ khung khái niệm của Nhà nước kiến tạo phát triển góp phần thực hiện có hiệu quả chức năng đại diện cho ý chí, nguyện vọng của nhân dân.

Thứ hai, cần cải cách cơ chế bầu cử và xây dựng Luật Về bãi nhiệm đại biểu Quốc hội, có cơ chế duy trì thường xuyên mối quan hệ giữa người đại diện và người được đại diện.

Pháp luật công bằng, nhân đạo, hợp lẽ phải chính là điều kiện, công cụ để đảm bảo thực thi dân chủ hiệu quả[20]. Cần bảo đảm các điều kiện thuận lợi để mọi công dân thực hiện đầy đủ quyền ứng cử, bầu cử theo quy định của pháp luật. *Xác lập lại cơ chế bầu cử sao cho lựa chọn được những người có năng lực thực sự, không phải chỉ dựa vào cơ cấu để bầu. Bầu cử phải là bầu cho chính sách và căn cứ vào chính sách đó các cử tri giám sát những người đại diện cho mình*. Các đại biểu Quốc hội, Hội đồng nhân dân phải thường xuyên tiếp xúc với nhân dân, lắng nghe ý kiến của nhân dân. Quốc hội và Hội đồng nhân dân các cấp khi quyết định một vấn đề nào đó phải phù hợp với ý chí, nguyện vọng của nhân dân. Các cơ quan hành chính và tư pháp từ trung ương xuống địa phương, người có thẩm quyền trong các cơ quan đó phải tận tụy phục vụ nhân dân, tiến hành cải cách hành chính để tạo thuận lợi cho nhân dân, không được cửa quyền hách dịch với nhân dân.

Dân chủ đại diện sẽ không phát huy, và sẽ hình thức nếu không có cơ chế hiệu quả để người dân thực sự bầu chọn được những người đại diện chính đáng của mình. Những người được bầu chọn không đủ trình độ phẩm chất năng lực sẽ khiến các quyết sách được đưa ra từ các cơ quan dân cử sẽ là của một số người chứ chưa phải là của toàn dân. Đây là điểm hạn chế đáng lưu ý của dân chủ

[18] Trịnh Quốc Toản, Vũ Công Giao, *Nhà nước kiến tạo phát triển, lý luận, thực tiễn trên thế giới và ở Việt Nam*, Nxb. Lý luận chính trị, Hà Nội, 2017, tr. 109-111.

[19] Trịnh Quốc Toản, Vũ Công Giao, *Nhà nước kiến tạo phát triển, Lý luận, thực tiễn trên thế giới và ở Việt Nam*, Nxb. Lý luận chính trị, Hà Nội, 2017, tr. 40, 42.

[20] Xem: Hoàng Thị Kim Quế, *Dân chủ và pháp luật*, Tạp chí Dân chủ và pháp luật, số 7(136), 2003.

đại diện. Cần rà soát để sửa đổi những quy định trong pháp luật về bầu cử nhằm tạo ra tính "ganh đua" giữa các ứng cử viên, khắc phục tình trạng "quân đỏ, quân xanh" trong hiệp thương và ấn định danh sách ứng cử viên. Không những thế, *cần xây dựng một đạo luật riêng quy định cụ thể về quy trình, thủ tục, trình tự để cử tri thực hiện quyền bãi nhiệm đại biểu Quốc hội.*

Linh hồn của chức năng đại diện chính là *trách nhiệm đối với cử tri*. Các đại biểu dân cử có trách nhiệm như thế nào với người đã bầu ra họ. *Muốn vậy, mối quan hệ hữu cơ giữa người đại diện và người được đại diện phải được xác lập và duy trì thường xuyên*. Thông qua việc duy trì thường xuyên đó, người được đại diện có cơ chế, điều kiện để giám sát các hoạt động của người đại diện.

Dân chủ không chỉ cần qui định, mà cần đến sự thực thi thực chất và sự cảm nhận của người dân về mức độ dân chủ. Cần quan tâm đến quyền lợi, đảm bảo điều kiện làm việc tốt cho các đại biểu Quốc hội, chuyên nghiệp hóa đội ngũ này; tạo điều kiện để đại biểu Quốc hội tiếp cận, tham khảo ý kiến chuyên gia, các cơ quan chuyên môn trước khi quyết định các vấn đề quan trọng của đất nước.

Thứ ba, cần đổi mới phương thức lãnh đạo của Đảng, phát huy vai trò giám sát, phản biện xã hội của Mặt trận Tổ quốc và các đoàn thể nhân dân, đa dạng hóa có kiểm soát các hình thức vận động chính sách công.

Cần tiếp tục đổi mới phương thức lãnh đạo của Đảng, đổi mới cách thức học tập, quán triệt và thực hiện Nghị quyết của cấp ủy cấp trên. Cần phải tập trung xây dựng chương trình, kế hoạch hành động và chỉ đạo tổ chức thực hiện cụ thể. Cần đổi mới bộ máy của Đảng và hệ thống chính trị theo hướng tinh gọn, nâng cao hiệu lực, hiệu quả lãnh đạo, chỉ đạo, điều hành.

Mặt trận Tổ quốc Việt Nam và các tổ chức thành viên phải thực sự là cơ sở chính trị của chính quyền nhân dân, đại diện, bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp, chính đáng của nhân dân. Muốn vậy, cần phải phát huy hơn nữa vai trò giám sát, phản biện xã hội của Mặt trận Tổ quốc và các đoàn thể xã hội. *Cần giảm bớt sự lệ thuộc vào ngân sách nhà nước, tiến tới tự chủ về mặt tài chính*. Trong thời gian tới, cần bãi bỏ chính sách cấp ngân sách hoạt động cho hội đặc thù theo biên chế, chỉ cấp ngân sách nhà nước khi thực hiện các nhiệm vụ Nhà nước giao. Các tổ chức chính trị - xã hội phải tự chủ và tự chịu trách nhiệm về kinh phí hoạt động, bằng cách gây quỹ từ cộng đồng, tìm tài trợ, hội phí và Nhà nước chỉ hỗ trợ một phần kinh phí hoạt động dựa trên các tiêu chí rõ ràng và minh bạch.

Cần xây dựng Luật Về hội, đưa các tổ chức chính trị - xã hội ra khỏi sự bao cấp của ngân sách nhà nước, hoạt động theo cơ chế tự nguyện như những tổ chức xã hội khác. Đồng thời, cần xây dựng Luật Về vận động chính sách công cho phép các cá nhân hay tổ chức có những cách thức khác nhau để thuyết phục các cơ quan hoạch định và xây dựng chính sách, góp phần công khai và minh bạch hóa hoạt động này.

Thứ tư, đổi mới, kiện toàn tổ chức bộ máy nhà nước, nâng cao chất lượng đội ngũ cán bộ, công chức.

Dân chủ đại diện đảm bảo sự tập trung cao trong việc hiện thực hóa quyền làm chủ của nhân dân, nhưng lại phụ thuộc vào khả năng thực thi chức năng, nhiệm vụ của

người đại diện và cơ quan đại diện. Chính vì vậy, cần nâng cao năng lực chuyên môn và trình độ học vấn của đại biểu dân cử. Việc nâng cao chất lượng đại biểu dân cử đang là một đòi hỏi vô cùng cấp thiết hiện nay. Hình thức dân chủ đại diện có điểm hạn chế là nguyện vọng của công dân không được phản ánh trực tiếp, mà phải qua người đại diện của mình, nhiều khi phụ thuộc vào khả năng của các đại diện. Vì vậy, đối với công tác cán bộ, cần ban hành quy chế công tác, xác định rõ vị trí, vai trò, chức năng, nhiệm vụ của từng chức danh cán bộ cấp cơ sở.

Về hoạt động của Hội đồng nhân dân, cần khắc phục tính hình thức trong hoạt động giám sát, trong tiếp xúc cử tri; phát huy tính chủ động, tích cực trong việc chuẩn bị chương trình nghị sự của các kỳ họp; tăng cường tính cụ thể, tính quy phạm trong việc xây dựng và ban hành các nghị quyết của Hội đồng nhân dân.

Thứ năm, cần xây dựng các Luật cụ thể hóa Hiến pháp năm 2013 về các quyền chính trị, dân sự và xây dựng môi trường thực hành dân chủ.

Hiến pháp năm 2013 có rất nhiều tiến bộ, đặc biệt là việc thể hiện các quyền tự do ngôn luận, tự do lập hội, tự do biểu tình... Tuy nhiên, rất đáng tiếc là đến nay những đạo luật cụ thể hóa trình tự, thủ tục để người dân thực hiện những quyền này vẫn chưa được ban hành. Chính vì vậy, để phát huy dân chủ thì cần sớm ban hành những đạo luật này. Muốn phát huy dân chủ đại diện cần phải thừa nhận những luồng quan điểm phản biện, thậm chí là trái ngược, đối lập nhưng là đối lập có trách nhiệm vì mục tiêu chung trên cơ sở đồng thuận xã hội - cùng xây dựng những nguyên tắc chung tất cả vì dân tộc, vì đất nước.

Tiếp nữa, cần xây dựng môi trường pháp lý - xã hội thuận lợi để nhân dân nói lên quan điểm, chính kiến của họ, để phát huy quyền làm chủ của nhân dân. Khó khăn hơn gấp nhiều lần việc ban hành văn bản pháp luật về dân chủ đó là xây dựng nếp sống dân chủ. Nếp sống dân chủ không đơn thuần chỉ được hiểu là việc tuân theo đúng những gì đã qui định trong luật, mà đó phải trở thành nhu cầu thường trực, thành hành vi, phong cách của mọi chủ thể thực hiện. Muốn xây dựng nếp sống dân chủ cần chú ý đến các công cụ khác như tuyên truyền, giáo dục qua sách báo, phim ảnh, qua điều lệ của các tổ chức xã hội, đoàn thể, qua các hình thức văn hoá - nghệ thuật, qua hình thức khen thưởng, động viên về vật chất hoặc tinh thần…

Thứ sáu, thay đổi tư duy về dân chủ, dân chủ không chỉ là quyền lực thuộc về đa số hay số đông, mà còn phải bảo vệ thiểu số, tôn trọng sự khác biệt trong đa dạng.

Nguyên tắc đa số là biện pháp đáng mơ ước và hữu hiệu trong việc bảo vệ cá nhân khỏi những hành động độc đoán của Chính phủ và duy trì tự do. Tuy nhiên, để có tự do và sáng kiến cá nhân cả trong đời sống chính trị cũng như đời sống kinh tế thì nguyên tắc đa số phải được giới hạn bởi chế độ pháp quyền và bảo vệ thiểu số. Bảo vệ chính quyền bởi các nhóm thiểu số và như vậy nghĩa là bảo vệ quyền tự do chính trị. Đây là điều kiện để hạn chế sự phát triển của các phe phái quá mạnh và chế ngự lại Chính phủ vô trách nhiệm[21].

(Xem tiếp trang 84)

[21] David Held, *Các mô hình quản lý nhà nước hiện đại*, Phạm Nguyên Trường dịch, Nxb. Tri thức, 2017, tr. 299.

TÍNH CHUYÊN NGHIỆP CỦA ĐẠI BIỂU QUỐC HỘI Ở VIỆT NAM HIỆN NAY

Phan Thanh Hà*

Tóm tắt: *Bài viết phân tích tính chuyên nghiệp của đại biểu Quốc hội Việt Nam hiện nay, trong đó làm rõ: (1) Khái niệm tính chuyên nghiệp của đại biểu Quốc hội Việt Nam; (2) Một số yếu tố thể hiện tính chuyên nghiệp của đại biểu Quốc hội Việt Nam; đồng thời, so sánh đối chiếu tính chuyên nghiệp của nghị sĩ/đại biểu Quốc hội ở một số nước trên thế giới; trên cơ sở đó, luận bàn về (3) Vấn đề đặt ra đối với tính chuyên nghiệp của đại biểu Quốc hội và yêu cầu nâng cao tính chuyên nghiệp của đại biểu Quốc hội ở Việt Nam hiện nay.*

Abstract: *The article analyzes professionalism of Vietnam's National Assembly members to clarify issues as following: (1) concept of professionalism of Vietnam's National Assembly members; (2) Elements of professionalism of Vietnam's National Assembly members; It concurrently compares and contrasts professionalism of Congress members of countries in the world; On that basis, it discusses (3) issues on professionalism of the National Assembly members in Vietnam currently.*

1. Khái niệm tính chuyên nghiệp

Theo Từ điển Tiếng Việt, "chuyên" là: "(1) Chỉ làm hoặc chủ yếu chỉ làm một việc gì; (2) Có kiến thức chuyên môn sâu; (3) Có sự tập trung tâm trí một cách thường xuyên (làm công việc gì)"[1]. "Nghiệp" là "nghề làm ăn, sinh sống" hoặc "sự nghiệp"[2]. Tổng thể, "chuyên nghiệp" nghĩa là: *"(1) Chuyên về một nghề, phân biệt với nghiệp dư; (2) Có tính chất chuyên môn hóa cao, đáp ứng yêu cầu về chất lượng*"[3]. Còn "chuyên môn hóa" là "làm cho trở thành chuyên về một việc, một lĩnh vực nhất định"[4].

Ở Việt Nam, đại biểu Quốc hội được đánh giá là "chuyên trách mà chưa chuyên nghiệp", do đó, cần *phân biệt khái niệm chuyên trách và chuyên nghiệp*.

Trong tiếng Việt, thuật ngữ "chuyên trách" có nghĩa là "chuyên làm và chịu trách nhiệm về một công tác nào đó"[5], còn thuật ngữ chuyên nghiệp dựa trên định nghĩa đã nêu, có nghĩa là có nghề nghiệp chuyên môn, chuyên làm một nghề, một việc nào đó. Về mặt ngôn ngữ, "chuyên nghiệp" và "chuyên trách" đều là tính từ, dùng để chỉ tính chất của loại công việc mà một cá nhân hay tập thể đảm nhiệm. Tuy nhiên, thuật ngữ "chuyên nghiệp" nhấn mạnh đến khía cạnh nghề nghiệp, công việc, tính nhà nghề, nhấn mạnh đến sự chuyên tâm vào một nghề nghiệp, công việc và tinh thông nghề đó. Còn thuật ngữ "chuyên trách" thiên về trách nhiệm, vị trí, chuyên đảm trách một công việc. Do chuyên nghiệp nhằm tạo ra sự hoàn chỉnh, chất lượng, hiệu quả và tin

* TS., Viện Nhà nước và Pháp luật – Viện Hàn lâm khoa học xã hội Việt Nam.

[1] Vietlex, Trung tâm Từ điển học, *Từ điển tiếng Việt*, Nxb. Đà Nẵng, tr.302.

[2] Từ điển tiếng Việt, tlđd. tr.1063.

[3] Từ điển tiếng Việt, tlđd, tr.303.

[4] Từ điển tiếng Việt, tr.303.

[5] Từ điển tiếng Việt, tlđd, tr.303.

cậy, nên đòi hỏi tất cả các chi tiết dù là nhỏ nhất đều phải được thiết lập đồng bộ, nhất quán, hợp lý.

Quốc hội muốn chuyên nghiệp, trước hết, phải có các đại biểu Quốc hội (ĐBQH) chuyên nghiệp. Bởi ĐBQH là trung tâm, là những chủ thể chính làm nên tổ chức bộ máy của Quốc hội.

Theo tác giả, một ĐBQH chuyên nghiệp sẽ phải có ít nhất các đặc điểm sau: (i) Chỉ làm hoặc chủ yếu làm công việc đại biểu; (ii) Có kiến thức sâu về công việc, vị trí, chức năng, trách nhiệm của người đại biểu; (iii) Có sự tập trung tâm trí một cách thường xuyên vào công việc đại biểu; (iv) Có tính chuyên môn cao, đáp ứng yêu cầu về chất lượng của đại biểu.

2. Các yếu tố thể hiện tính chuyên nghiệp của đại biểu Quốc hội

Có nhiều cách đánh giá khác nhau về tính chuyên nghiệp của ĐBQH, cũng như các cách phân chia khác nhau về tiêu chuẩn đánh giá tính chuyên nghiệp của ĐBQH. Tiêu chuẩn đánh giá tính chuyên nghiệp của ĐBQH có thể được quy định trong luật (quy định cứng) hoặc là các tiêu chí bất thành văn khác hình thành từ quan niệm xã hội, đạo đức nghề nghiệp về ĐBQH. Trong bài viết này, dựa trên các phương diện tổ chức và hoạt động của ĐBQH, tác giả chia thành các nội dung cụ thể sau:

2.1. Cách thức tạo ra cơ quan và người đại diện chuyên nghiệp

Tính chuyên nghiệp của ĐBQH được thể hiện trước hết ở *cách thức mà cơ quan đại diện (Nghị viện/Quốc hội) và người đại diện (ĐBQH) được tạo ra*. Về mặt thiết chế, Quốc hội là cơ quan nhà nước duy nhất do cử tri cả nước bầu ra theo nguyên tắc phổ thông, bình đẳng, trực tiếp và bỏ phiếu kín, thông qua một trình tự thủ tục hết sức chặt chẽ, nghiêm ngặt được điều chỉnh bởi pháp luật. Nhìn chung, "về cơ cấu thành phần đại biểu, Quốc hội gồm các đại biểu đại diện cho các tầng lớp nhân dân, cho các vùng lãnh thổ. Quốc hội là sự thể hiện rõ nhất khối đại đoàn kết dân tộc ở nước ta, đại diện cho trí tuệ của đất nước"[6].

Phần lớn Quốc hội của nhiều nước phát triển có kỷ luật rất nghiêm ngặt đối với nghị sĩ là đảng viên được đảng giới thiệu ra tranh cử[7], với những quy định chặt chẽ của pháp luật về bầu cử, bảo đảm phản ánh cơ cấu và lợi ích của cử tri ở từng khu vực, địa bàn; thực chất là nhằm bảo đảm phản ánh nguyện vọng, lợi ích của người dân cả nước, của quốc gia, dân tộc.

Các tiêu chuẩn được cử tri sử dụng để làm căn cứ lựa chọn những người ứng cử ĐBQH cũng là những căn cứ quan trọng thể hiện tính chuyên nghiệp của ĐBQH. Đây là các căn cứ để cử tri đánh giá, xem xét những người ứng cử có xứng đáng, có đủ tiêu chuẩn để được bầu làm ĐBQH hay không. Trong trường hợp không còn đáp ứng được các tiêu chuẩn nói trên, không được nhân dân tín nhiệm, người đại biểu đó có thể bị cử tri tại địa phương nơi bầu hoặc bị Quốc hội bỏ phiếu bất tín nhiệm để bãi nhiệm đại biểu, hoặc chính đại biểu tự

[6] Hà Thị Mai Hiên (chủ nhiệm), Đề tài cấp Bộ 2009-2010: "*Những vấn đề lý luận và thực tiễn về quyền lập pháp trong Nhà nước pháp quyền Việt Nam xã hội chủ nghĩa giai đoạn 2011 – 2020*". Viện Nhà nước và Pháp luật – Viện Khoa học xã hội Việt Nam chủ trì, tr.82.

[7] Văn phòng Quốc hôi Việt Nam và Chương trình phát triển Liên hợp quốc, *Thiết chế nghị viện – Những khái niệm cơ bản*. Tài liệu Dự án VIE/02/007: Tăng cường năng lực các cơ quan dân cử ở Việt Nam, tr.32.

xin thôi làm nhiệm vụ đại biểu. Do đó, các tiêu chuẩn của ĐBQH là một trong những căn cứ quan trọng để đánh giá chất lượng hoạt động cũng như tính chuyên nghiệp của ĐBQH.

Thông thường, mỗi quốc gia đều có những tiêu chuẩn lựa chọn đại biểu riêng. Ở Việt Nam, tiêu chuẩn trở thành ứng cử viên ĐBQH được quy định trong Hiến pháp và Luật Tổ chức Quốc hội. Khoản 1 Điều 79 Hiến pháp năm 2013 quy định: "Đại biểu Quốc hội là người đại diện cho ý chí, nguyện vọng của Nhân dân ở đơn vị bầu cử ra mình và của Nhân dân cả nước".

Tham khảo Điều 22 Luật Tổ chức Quốc hội năm 2014, có thể thấy tiêu chuẩn của ĐBQH bao gồm: (1) *Trung thành với Tổ quốc, Nhân dân và Hiến pháp;* (2) *Có phẩm chất đạo đức tốt, cần, kiệm, liêm, chính, chí công vô tư, gương mẫu chấp hành pháp luật; có bản lĩnh, kiên quyết đấu tranh chống tham nhũng, lãng phí, mọi biểu hiện quan liêu, hách dịch, cửa quyền và các hành vi vi phạm pháp luật khác; (3) Có trình độ văn hóa, chuyên môn, có đủ năng lực, sức khỏe, kinh nghiệm công tác và uy tín để thực hiện nhiệm vụ ĐBQH; (4) Liên hệ chặt chẽ với Nhân dân, lắng nghe ý kiến của Nhân dân, được Nhân dân tín nhiệm; (5) Có điều kiện tham gia các hoạt động của Quốc hội.*

2.2. Điều kiện bảo đảm chuyên nghiệp

Các điều kiện bảo đảm tính chuyên nghiệp[8] thường liên quan tới ít nhất ba vấn đề sau:

2.2.1. Lương và các khoản thu nhập khác

Lương, phụ cấp và các khoản thu nhập khác là một yếu tố quan trọng để bảo đảm cho các nghị sĩ/ĐBQH có khả năng hoạt động độc lập, hiệu quả. Thông thường, so với mặt bằng chung, lương của các nghị sĩ/ĐBQH là không hề thấp. Ví dụ: Lương của nghị sĩ ở Slovakia là 43.000 Euro/năm (trong khi lương bác sỹ trung bình 1346 Euro/tháng), ở Úc là 105.000 AUD/năm (lương Bộ trưởng là 170.000AUD/năm), ở Anh là 223.000 USD/năm (chế độ phụ cấp nhà ở thứ hai được cấp cho nghị sĩ làm việc ở hai nơi)[9].

Ở Việt Nam, theo Luật Tổ chức Quốc hội năm 2014, ĐBQH được cấp kinh phí hoạt động hằng tháng, kinh phí để thực hiện chế độ thuê khoán chuyên gia, thư ký giúp việc phục vụ cho hoạt động của đại biểu theo quy định của Ủy ban Thường vụ Quốc hội. Nghị quyết 353/2017/UBTVQH14 quy định ĐBQH được cấp hoạt động phí hằng tháng bằng hệ số 1,0 mức lương cơ sở. Nếu so sánh, hiện nay ĐBQH "có phụ cấp lương tương đương với Thứ trưởng; Ủy viên thường trực các ủy ban của Quốc hội là chức danh lãnh đạo, nhận phụ cấp 1,25 và có chế độ xe đưa đón"[10].

Ngoài ra, theo Điều 43 Luật Tổ chức Quốc hội năm 2014, ĐBQH Việt Nam còn được hưởng:

[8] Tham khảo: Nguyễn Đức Lam, *Để tiến tới chuyên nghiệp*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, Hà Nội, số 6/2002.

[9] Xem Chu Hồng Thanh, *Bảo đảm điều kiện làm việc cho đại biểu Quốc hội*. Kỷ yếu Hội thảo "Tiêu chí đánh giá hoạt động của đại biểu Quốc hội – một số vấn đề lý luận và thực tiễn". Viện Nghiên cứu lập pháp - Ủy ban Thường vụ Quốc hội và Bộ môn Luật Hiến pháp và Luật Hành chính – Khoa Luật Đại học Quốc gia Hà Nội chủ trì. Hà Nội, ngày 18/5/2017, tr.61, 62.

[10] Xem Chu Hồng Thanh, tlđd, tr.61.

- Thời gian ĐBQH hoạt động chuyên trách được tính vào thời gian công tác liên tục. Khi ĐBQH hoạt động chuyên trách thôi làm nhiệm vụ đại biểu thì cơ quan, tổ chức có thẩm quyền có trách nhiệm bố trí công tác cho ĐBQH. Thời gian mà ĐBQH hoạt động không chuyên trách dành cho việc thực hiện nhiệm vụ đại biểu được tính vào thời gian làm việc tại cơ quan, tổ chức, đơn vị mà đại biểu làm việc.

- ĐBQH hoạt động chuyên trách được bố trí nơi làm việc, trang bị các phương tiện vật chất, kỹ thuật cần thiết phục vụ cho hoạt động của đại biểu.

- ĐBQH được ưu tiên trong việc mua vé tàu hỏa, ô tô, tàu thủy, máy bay; được ưu tiên khi qua cầu, phà. Trong trường hợp ốm đau, ĐBQH không thuộc diện cán bộ trung cấp, cao cấp thì được khám và chữa bệnh theo tiêu chuẩn quy định đối với cán bộ trung cấp. ĐBQH, nguyên ĐBQH không phải là cán bộ, công chức, viên chức khi qua đời được hưởng chế độ tổ chức lễ tang như đối với cán bộ, công chức.

Như vậy, về mặt hình thức, đối với lương, phụ cấp và các điều kiện hỗ trợ, ĐBQH cũng được đảm bảo tương đối tốt so với mặt bằng chung ở Việt Nam. Tuy nhiên, trên thực tế, nếu coi ĐBQH là một nghề và sống dựa hoàn toàn vào lương từ Quốc hội thì các mức thu nhập này khó có thể bảo đảm điều kiện sinh hoạt ổn định để các ĐBQH yên tâm công tác.

2.2.2. Bộ máy giúp việc

Ở nhiều nước trên thế giới, một nghị sĩ được hỗ trợ từ bộ máy giúp việc chung và bộ máy giúp việc riêng. Ví dụ như: Ở Australia, mỗi nghị sĩ Liên bang có Văn phòng riêng, đồng thời có Văn phòng tư vấn Nghị viện (OPC), có mục tiêu hỗ trợ Chính phủ và Nghị viện soạn thảo, chỉnh lý các dự luật. Nhân viên là những luật sư hoặc luật gia, có quan điểm chính trị trung lập[11]. Ở Canada và Panama, mỗi nghị sĩ đều có 2 văn phòng làm việc: Một văn phòng tại Thủ đô và ít nhất một văn phòng tại khu vực bầu cử của mình. Tại văn phòng ở địa phương, mỗi nghị sĩ có ít nhất một trợ lý về các vấn đề liên quan đến cử tri và có thể có thêm trợ lý về hành chính - phụ trách các vấn đề về hậu cần, sắp xếp chương trình làm việc. Tại văn phòng ở Thủ đô, mỗi nghị sĩ đều có trợ lý về lập pháp và trợ lý hành chính[12]. Ở Nhật Bản, cơ quan giúp việc của Thượng viện và Hạ viện có những nét khá tương đồng về tổ chức. Bộ máy giúp việc của Hạ viện chia làm 2 khối: Văn phòng Hạ viện (giúp việc chung cho Quốc hội và các thiết chế của Quốc hội); Cục Pháp chế có nhiệm vụ chính là hỗ trợ các nghị sĩ trong hoạt động làm luật, từ việc tiến hành thẩm định ý tưởng, kiến nghị luật đến soạn thảo dự luật, phục vụ quá trình thẩm tra, trình và thông qua các dự luật do hạ nghị sĩ đệ trình lên Hạ viện[13].

Đặc biệt, việc soạn thảo luật của các nước được hỗ trợ bởi bộ phận giúp việc hết sức chuyên nghiệp: "Việc soạn thảo có thể do Văn phòng lập pháp thuộc Bộ Tư pháp (Canada, Hồng Kông) hoặc đơn vị soạn thảo chuyên nghiệp thuộc Chính phủ thực

[11] Xem Chu Hồng Thanh, tlđd, tr. 64.

[12] Khánh Chi, *Cơ chế hỗ trợ hoạt động của nghị sĩ Canada và Panama: 3 khối giúp việc, n*guồn: http://daibieunhandan.vn/default.aspx?tabid=77&NewsId=72845, truy cập ngày 17/10/2018.

[13] TS. Trần Tuyết Mai, *Tổ chức và hoạt động của bộ máy giúp việc hạ viện Nhật Bản,* nguồn: http://vnclp.gov.vn/ct/cms/tintuc/Lists/kinhnghiemqt/View_Detail.aspx?ItemID=82, truy cập ngày 17/10/2018.

hiện (Nhật Bản, Trung Quốc). Bên cạnh đó, một số nước có đơn vị soạn thảo chuyên nghiệp phục vụ ĐBQH trong nghiên cứu, đề xuất chính sách và soạn thảo luật (Canada, Mỹ) hoặc việc soạn thảo cũng phải do bộ phận pháp chế thực hiện. Việc soạn thảo chuyên nghiệp phần lớn do các luật sư nhà nước được đào tạo chuyên môn sâu, có kỹ năng soạn thảo văn bản thực hiện"[14]. Thực tế này khác hẳn với Việt Nam, nơi mà cán bộ và cơ quan làm công tác xây dựng chính sách đồng thời là người soạn thảo văn bản quy phạm pháp luật và việc soạn thảo dự án chỉ mang tính thời vụ cụ thể (ad-hoc).

2.2.3. Đặc quyền khác

Để bảo đảm sự toàn tâm toàn ý và nhằm mục đích bảo đảm sự độc lập, các nghị sĩ/ ĐBQH được hưởng những đặc quyền nhất định, được quy định trong Hiến pháp và pháp luật. Đó là các quyền như: Quyền miễn trừ (không bị truy tố hình sự); quyền "indemnitet" (không phải chịu trách nhiệm pháp lý về những phát biểu của mình với danh nghĩa nghị sĩ); quyền lựa chọn – bỏ phiếu; quyền chất vấn, quyền yêu cầu cung cấp thông tin đối với các Bộ trưởng…

Ở Việt Nam, các quyền của ĐBQH được quy định trong Hiến pháp, Luật Tổ chức Quốc hội, Nội quy kỳ họp, Quy chế hoạt động của ĐBQH và các văn bản pháp luật khác có liên quan.

Nội dung quyền miễn trừ của ĐBQH được quy định tại Điều 81 Hiến pháp năm 2013 và Điều 37 Luật Tổ chức Quốc hội năm 2014, theo đó: Không được bắt, giam, giữ, khởi tố ĐBQH, khám xét nơi ở và nơi làm việc của ĐBQH nếu không có sự đồng ý của Quốc hội hoặc trong thời gian Quốc hội không họp, không có sự đồng ý của Ủy ban thường vụ Quốc hội. Việc đề nghị bắt, giam, giữ, khởi tố, khám xét nơi ở và nơi làm việc của ĐBQH thuộc thẩm quyền của Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân tối cao. Trường hợp ĐBQH bị tạm giữ vì phạm tội quả tang, cơ quan tạm giữ phải lập tức báo cáo để Quốc hội hoặc Ủy ban thường vụ Quốc hội xem xét, quyết định. ĐBQH không thể bị cơ quan, tổ chức, đơn vị nơi đại biểu công tác bãi nhiệm, cách chức, buộc thôi việc, sa thải nếu không được Ủy ban thường vụ Quốc hội đồng ý.

Bên cạnh đó, ĐBQH còn có các đặc quyền như: Quyền trình dự án luật, pháp lệnh và kiến nghị về luật, pháp lệnh; quyền tham gia làm thành viên và tham gia hoạt động của Hội đồng dân tộc, Ủy ban của Quốc hội; quyền ứng cử, giới thiệu người ứng cử vào các chức danh do Quốc hội bầu; quyền chất vấn; quyền kiến nghị; quyền yêu cầu khi phát hiện hành vi vi phạm; quyền yêu cầu cung cấp thông tin; quyền tham dự kỳ họp Hội đồng nhân dân[15]. Đây là những quyền khá đặc thù, xuất phát từ vai trò, vị trí đặc biệt quan trọng của ĐBQH; đồng thời, là những bảo đảm pháp lý quan trọng cho sự độc lập của ĐBQH, giúp ĐBQH yên tâm trong hoạt động, góp phần tạo cơ sở xây dựng và nâng cao tính chuyên nghiệp của ĐBQH trong thực hiện các chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của mình.

2.3. Đạo đức và năng lực chuyên nghiệp của Đại biểu Quốc hội

[14] Ban soạn thảo dự án Luật Ban hành Văn bản quy phạm pháp luật Bộ Tư pháp. *Báo cáo tổng hợp kết quả nghiên cứu pháp luật về ban hành văn bản quy phạm pháp luật của nước ngoài*, Hà Nội, 2014, tr. 26.

[15] Được quy định tại Điều 80, Điều 82 Hiến pháp năm 2013; Điều 29 đến Điều 36 Luật Tổ chức Quốc hội năm 2014.

Đạo đức của ĐBQH được thể hiện qua các yếu tố: Triết lý nghề nghiệp, sự tâm huyết với nghề nghiệp, các nghĩa vụ của nghề nghiệp, nghề nghị sĩ, quy tắc ứng xử.

Các nghĩa vụ nghề nghiệp: Được quy định trong Hiến pháp và pháp luật (nghĩa vụ tham gia phiên họp, nghĩa vụ bỏ phiếu, nghĩa vụ tuân thủ các thủ tục làm việc của nghị viện…).

Triết lý và sự tâm huyết với nghề nghiệp gắn bó mật thiết với nghề nghị sĩ: Họ phải có tâm huyết với nghề và những triết lý, tôn chỉ nghề nghiệp riêng. Trừ một số nước theo chính thể đại nghị như Anh, Nhật Bản…, đa số các nước khác đều quy định nghị sĩ không kiêm nhiệm bất cứ một chức sắc nào khác nhằm bảo đảm tính độc lập tương đối của họ[16]. Ở nước cộng hòa lưỡng tính (như Pháp), tuy Chính phủ được thành lập trên cơ sở nghị viện, nhưng pháp luật cũng không cho phép Bộ trưởng được kiêm nhiệm[17]. Ngược lại, Việt Nam và các nước xã hội chủ nghĩa trước đây lại theo đuổi mô hình quốc hội mà ở đó các đại biểu theo chế độ kiêm nhiệm, đồng thời, ĐBQH không được coi là một nghề.

Quy tắc ứng xử: Liên quan đến đạo đức và chuẩn mực ứng xử của các nghị sĩ kèm theo các chế tài trong trường hợp vi phạm. Bộ quy tắc ứng xử của nghị sĩ được quy định trong luật các nước dưới những tên gọi và hình thức khác nhau. Ví dụ như ở Mỹ, Úc, Bộ quy tắc ứng xử chỉ cho nghị sĩ 1 số bang; ở Canada, tồn tại dưới tên gọi "Luật về xung đột lợi ích của các nghị sĩ"; ở Ấn Độ, Bộ quy tắc này được dành cho Thượng viện, cho các đảng phái chính trị và các ứng viên; ở Nhật Bản là Bộ quy tắc ứng xử chung cho tất cả công chức nhà nước[18]… Việt Nam chưa có Bộ quy tắc ứng xử cho công chức, viên chức cũng như ĐBQH ở tầm luật định, nên các vấn đề liên quan đến chuẩn mực ứng xử hay đạo đức nghề nghiệp vẫn chưa thực sự được điều chỉnh thống nhất và quan tâm đúng mức.

Năng lực chuyên nghiệp

Năng lực ở đây liên quan đến các năng lực về: Giao tiếp, thuyết phục, thương lượng, nắm vững vấn đề, thông thạo quy trình, thủ tục.

2.4. Hoạt động của đại biểu Quốc hội

Một trong những kênh quan trọng thể hiện tính chuyên nghiệp của ĐBQH đó là thông qua các hoạt động theo chức năng thẩm quyền, trong các mối quan hệ của người đại biểu nhân dân với các chủ thể khác. ĐBQH được đánh giá có chuyên nghiệp hay không dựa trên kết quả hoạt động trong hai mối quan hệ của ĐBQH: Một là, mối quan hệ với cử tri và hai là, mối quan hệ với các chủ thể trong hoạt động nghị trường. Cách đánh giá này dường như phù hợp với Việt Nam bởi các tiêu chí mở và khá mềm dẻo, cốt yếu tập trung vào hiệu quả và chất lượng của hoạt động đại biểu. Tuy nhiên, do biên độ rộng nên để đánh giá chính xác, cần phải lượng hóa thêm các tiêu chí ở mức cụ thể, chi tiết hơn.

[16] Xem: Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội, *Giáo trình Luật Hiến pháp của các nước tư bản*, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, Hà Nội, 1997, tr.161.

[17] Xem: Điều 23 Hiến pháp năm 1958 Cộng hòa Pháp.

[18] Xem thêm: PGS.TS. Vũ Công Giao, *Các quy tắc ứng xử của nghị sĩ ở một số nước trên thế giới*. Kỷ yếu Hội thảo: "Tiêu chí đánh giá hoạt động của đại biểu Quốc hội – một số vấn đề lý luận và thực tiễn". Viện Nghiên cứu lập pháp - Ủy ban Thường vụ Quốc hội và Bộ môn Luật Hiến pháp và Luật Hành chính – Khoa Luật Đại học Quốc gia Hà Nội chủ trì. Hà Nội, ngày 18/5/2017, tr. 23-38.

2.4.1. Chế độ hoạt động chuyên nghiệp

Chế độ hoạt động chuyên nghiệp không nhất thiết phải hiểu là thời gian hoạt động cả năm. Ngay cả đối với các Quốc hội hoạt động thường xuyên vẫn có những kỳ nghỉ và các nghị sĩ được coi là chuyên nghiệp cũng chỉ chiếm một phần nhất định trong cơ cấu của Quốc hội (Quốc hội của hầu hết các nước theo hệ thống Bắc Âu và nhiều nước phương Tây khác)[19]. Trên thế giới hiện nay, vẫn có một số Quốc hội hoạt động không thường xuyên (như Trung Quốc[20], Lào[21], Cuba[22]…). Dù vậy, ở các nghị viện/Quốc hội được coi là hoạt động chuyên nghiệp, ở Thượng viện và Hạ viện luôn có một bộ phận nghị sĩ hoạt động trong suốt thời gian nhiệm kỳ của Quốc hội và có thể sẽ tiếp tục được giới thiệu ra tranh cử nhiều khoá Quốc hội tiếp theo[23]. Họ được gọi là các nghị sĩ chuyên nghiệp, có thâm niên hoạt động, có "nghề", được các đảng phái chính trị cử ra tham chính thông qua con đường bầu cử, đại diện cho lợi ích của đảng mình. Trong khi đó, các quốc gia có Quốc hội hoạt động không thường xuyên (Trung Quốc, Lào, Cuba, Việt Nam…), Quốc hội không được đánh giá là có tính chuyên nghiệp.

Ở Việt Nam hiện nay, chế độ hoạt động của ĐBQH phần đông là kiêm nhiệm, tỉ lệ đại biểu chuyên trách chỉ có 35%[24], còn lại là kiêm nhiệm. Theo đó, Quốc hội khóa XI có 121 đại biểu chuyên trách (chiếm gần 25% tổng số đại biểu Quốc hội), Quốc hội khóa XII có 145 đại biểu chuyên trách (chiếm 29,41%), Quốc hội khóa XIII có 150 đại biểu chuyên trách (chiếm 30%), Quốc hội khóa XIV có 181 đại biểu chuyên trách (chiếm 36,49%)[25]. Chế độ hoạt động không thường xuyên (xuân thu nhị kỳ) của Quốc hội và chế độ đại biểu kiêm nhiệm này cũng ảnh hưởng không nhỏ đến nhận thức, cũng như phương thức hoạt động chưa thực sự đề cao tính chuyên nghiệp của ĐBQH ở nước ta.

2.4.2. Thực hiện chức năng đại diện

Thực hiện chức năng đại diện chính là việc "làm cho cử tri vừa lòng". Về bản chất, đại diện đã được khẳng định là chức năng quan trọng nhất và có tính bao trùm trong hoạt động của Quốc hội cũng như của ĐBQH[26]. Nghĩa là các chức năng, phương diện hoạt động khác sẽ thể hiện ở những mức độ khác nhau của tính đại diện này. Đồng thời, sẽ có những hoạt động đặc thù

[19] TS. Lê Thanh Vân, *"Một số vấn đề lý luận về đại biểu Quốc hội chuyên trách"*, Báo "Người đại biểu nhân dân" online, nguồn: http://www.daibieunhandan.vn/default.aspx?tabid=76&NewsId=6507, truy cập ngày 17/8/2018.

[20] Điều 61 Hiến pháp năm 1982 (Bát Nhị) sửa đổi bổ sung năm 2004 của Cộng hòa dân chủ nhân dân Trung Hoa, nguồn: http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Constitution/node_2825.htm, truy cập ngày 17/8/2018.

[21] Điều 57 Hiến pháp năm 1991 sửa đổi bổ sung năm 2003 của Cộng hòa dân chủ nhân dân Lào, nguồn: https://www.constituteproject.org/constitution/Laos_2003.pdf?lang=en, truy cập ngày 17/8/2018.

[22] Điều 78 Hiến pháp năm 1976 sửa đổi bổ sung năm 2002 của CuBa, nguồn: https://www.constituteproject.org/constitution/Cuba_2002.pdf?lang=en, truy cập ngày 17/8/2018.

[23] TS. Lê Thanh Vân, "*Một số vấn đề lý luận về đại biểu Quốc hội chuyên trách*", tlđd.

[24] Theo khoản 3 Điều 23 Luật Tổ chức Quốc hội năm 2014: "Số lượng đại biểu Quốc hội hoạt động chuyên trách ít nhất là ba mươi lăm phần trăm tổng số đại biểu Quốc hội".

[25] Vũ Tiến Thản, *Hoạt động của đại biểu Quốc hội kiêm nhiệm trong hoạt động giám sát của Quốc hội*, Kỷ yếu Hội thảo "Hoạt động của đại biểu Quốc hội kiêm nhiệm – Những vấn đề lý luận và thực tiễn". Viện Nghiên cứu lập pháp - Ủy ban Thường vụ Quốc hội chủ trì, Hà Nội, tháng 11/2018, tr.2.

[26] Xem Hà Thị Mai Hiên, tlđd.

hướng tới việc thực hiện chức năng đại diện của ĐBQH, đó là các hoạt động tiếp xúc, tiếp thu ý kiến cử tri và chuyển tải, phản ánh lại các ý kiến của cử tri trong hoạt động nghị trường. Để bảo đảm tính chuyên nghiệp trong việc thực hiện chức năng đại diện, nhiều nước đã đặt ra những chế độ đặc biệt phục vụ cho các hoạt động của nghị sĩ/ĐBQH. Bên cạnh việc bố trí văn phòng làm việc tại Quốc hội và địa phương nơi nghị sĩ/ĐBQH đại diện như ở Australia, Canada, Panama… ở một số nơi, ĐBQH còn được trích một khoản tiền cụ thể để thực hiện chức năng đại diện. Pháp luật ở nhiều nước thường dành cho các đại biểu quyền quyết định việc chi một khoản ngân sách nhất định cho đơn vị bầu cử của mình. Các đại biểu có thể quyết định việc xây cầu, xây trường học hoặc bệnh viện theo yêu cầu của cử tri[27]. Những bảo đảm này tạo điều kiện cho ĐBQH phát huy tối đa vai trò, chức năng đại diện của mình tại đơn vị bầu cử, làm vừa lòng cử tri của mình, thông qua đó, thể hiện và khẳng định tính chuyên nghiệp trong hoạt động làm người đại biểu nhân dân.

Để thực hiện trách nhiệm đại diện, phương thức phổ biến ở các nước hiện nay là phương thức "uỷ quyền tự do"[28]. Bên cạnh đó, phương thức uỷ quyền chịu lệnh cũng được áp dụng ở một số nước, được cho là chủ yếu ở các nước xã hội chủ nghĩa trước đây[29]. Phương thức ủy quyền chịu lệnh có mục tiêu ràng buộc chặt chẽ trách nhiệm đại diện cử tri của những người đại biểu. Các đại biểu ngoài việc phải chịu trách nhiệm trước cử tri còn có nghĩa vụ báo cáo với những cử tri đã bầu ra mình về các hoạt động của bản thân cũng như các hoạt động của Quốc hội tại kỳ họp. Ngoài ra, pháp luật ở các nước này còn cho phép cử tri có thể miễn nhiệm tư cách đại biểu của nghị sĩ khi họ phản bội lại lợi ích của nhân dân, không thực hiện theo đúng các ý kiến, các yêu cầu của cử tri[30]. Đây cũng là phương thức đại diện được thực hiện Việt Nam.

Ở Việt Nam, vai trò đại diện của ĐBQH trước hết được thể hiện tại quy định của Điều 79 Hiến pháp năm 2013: "ĐBQH là người đại diện cho ý chí, nguyện vọng của nhân dân ở đơn vị bầu cử ra mình và của nhân dân cả nước". Để thực hiện vai trò đại diện của mình, ĐBQH cũng được trao một số quyền và nghĩa vụ liên quan theo Hiến pháp và pháp luật. Khoản 1 Điều 82 của Hiến pháp năm 2013 quy định: "ĐBQH có trách nhiệm thực hiện đầy đủ nhiệm vụ đại biểu" trước cử tri và nhân dân, bao gồm các nhiệm vụ: Tham gia các hoạt động của đại biểu tại Quốc hội, các cơ quan của Quốc hội, tiếp xúc cử tri, tiếp công dân, tiếp nhận, xử lý và giám sát việc giải quyết các khiếu nại, tố cáo, kiến nghị của công dân... Các quy định pháp luật cụ thể liên quan đến vai trò và trách nhiệm của ĐBQH có thể kể đến bao gồm: Luật Bầu cử Quốc hội và Hội đồng nhân dân (HĐND) năm 2015, Luật Tổ chức Quốc hội năm 2014[31], Luật Tiếp công

[27] Nguyễn Sĩ Dũng, *Đại biểu Quốc hội chuyên trách hay chuyên nghiệp*, tlđd.

[28] Theo đó, các nghị sĩ không bị ràng buộc bởi bất kỳ một sự chỉ đạo nào, dù là từ cử tri, đảng chính trị của mình hay từ bất kỳ một chủ thể nào khác và có thể quy định thêm việc cấm áp dụng phương thức "uỷ quyền chịu lệnh". Xem thêm: Hoàng Minh Hiếu, *Chức năng đại diện của Quốc hội: Một số vấn đề về khái niệm*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 24 (185), tháng 12/2010, tr.15.

[29] Hoàng Minh Hiếu, tlđd, tr.16.

[30] Hoàng Minh Hiếu, tlđd, tr.16.

[31] Điều 24, khoản 2 Điều 27, Điều 28 của Luật Tổ chức Quốc hội năm 2014.

dân năm 2013, Nghị quyết số 759/2014/UBTVQH (15/5/2014) quy định chi tiết về hoạt động tiếp công dân của các cơ quan của Quốc hội, ĐBQH, HĐND và đại biểu HĐND các cấp, Quy chế hoạt động của ĐBQH và Đoàn ĐBQH năm 2002…

Thời gian qua, các ĐBQH được đánh giá là có nhiều cố gắng "phát huy tốt vai trò, trách nhiệm người đại biểu nhân dân"[32]. Tuy nhiên, thực tiễn tổ chức và hoạt động của ĐBQH cũng cho thấy còn nhiều khó khăn, hạn chế đối với việc thực hiện vai trò là người đại diện nhân dân của ĐBQH, nhất là ĐBQH kiêm nhiệm. Còn nhiều khó khăn trong bố trí thời gian, các điều kiện hợp lý để đại biểu thực hiện nhiệm vụ với tư cách cá nhân của đại biểu, lúng túng trong theo dõi, đôn đốc, giải quyết các khiếu nại, tố cáo và kiến nghị của cử tri. Nội dung tiếp xúc cử tri còn đơn điệu, hình thức tổ chức, tiếp xúc chủ yếu vẫn là hội nghị; thành phần tiếp xúc chưa bảo đảm rộng rãi, dân chủ; vẫn còn nặng liệt kê số lượng kiến nghị... Hoạt động tiếp công dân còn nhiều bất cập, chưa thực hiện đầy đủ theo quy định của Luật Tiếp công dân năm 2013, ví dụ như: Vẫn phải tiếp công dân đến kiến nghị với Quốc hội trong cùng Trụ sở tiếp công dân Trung ương[33]. Ngoài các lí do khách quan, những bất cập vướng mắc này còn liên quan đến năng lực, tư cách của ĐBQH Việt Nam, cản trở lớn tới quá trình nâng cao tính chuyên nghiệp của ĐBQH ở nước ta.

2.4.3. Hoạt động ở nghị trường

Với vai trò là thành tố chính của Nghị viện/Quốc hội, hoạt động của các nghị sĩ/ĐBQH cũng sẽ có nội dung chính xoay quanh việc thực hiện chức năng của Quốc hội. Nghị sĩ có nhiều vai trò như: Tham gia vào các cuộc tranh luận; làm việc trong các cuộc họp của Nghị viện; giao tiếp với công chúng qua gặp gỡ cử tri, thư tín, phát biểu, phỏng vấn; làm các công việc của đảng phái, của khu vực bầu cử và trong Nghị viện[34]… Tuy vậy, tựu trung lại, các hoạt động của nghị sĩ/ĐBQH ở nghị trường tập trung vào các nội dung cơ bản sau[35]: (1) Thực hiện quyền lập hiến, lập pháp; (2) Quyết định những vấn đề quan trọng của đất nước như: Quyết định về tổ chức và nhân sự cấp cao của Nhà nước; Quyết định nhiệm vụ kinh tế - xã hội; (3) Quyết định các vấn đề về Quốc phòng - An ninh - Đối ngoại; (4) Giám sát tối cao: Giám sát qua hoạt

[32] Xem: Quốc hội khóa XIII, Báo cáo công tác nhiệm kỳ khóa XIII của Quốc hội, Hà Nội, ngày 12/4/2016, nguồn: http://quochoi.vn/hoatdongcuaquochoi/cackyhopquochoi/quochoikhoaXIII/kyhopthumuoimot/Pages/default.aspx, truy cập ngày 17/8/2018.

[33] Viện Nghiên cứu lập pháp - Ủy ban Thường vụ Quốc hội, Quốc hội nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam – Kế thừa, đổi mới và phát triển. Nxb. Chính trị Quốc gia - Sự thật, Hà Nội, 2016, tr.32.

[34] Vũ Công Giao – Nguyễn Minh Tâm, "*Vấn đề đánh giá hiệu quả hoạt động của nghị viện và của các thành viên nghị viện trên thế giới và ở Việt Nam*", Kỷ yếu Hội thảo "Tiêu chí đánh giá hoạt động của ĐBQH – một số vấn đề lý luận và thực tiễn". Khoa Luật – Đại học Quốc gia Hà Nội và Viện Nghiên cứu lập pháp (UBTVQH) chủ trì, Hà Nội, ngày 18/5/2017, tr.21.

[35] Điều 69 Hiến pháp năm 2013 quy định Quốc hội có 3 chức năng: (1) Thực hiện quyền lập hiến – lập pháp; (2) Quyết định các vấn đề trọng đại của đất nước; (3) Giám sát tối cao đối với hoạt động của Nhà nước. Trong khi đó, một số chuyên gia Luật Hiến pháp phân chia thành: (1) Lập hiến, lập pháp; (2) Quyết định những vấn đề quan trọng của đất nước; (3) Xây dựng, củng cố và phát triển bộ máy nhà nước xã hội chủ nghĩa; (4) Giám sát tối cao đối với hoạt động của Nhà nước (Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội, Giáo trình Luật Hiến pháp Việt Nam, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội. Hà Nội, 1999, tr.276).

động xem xét báo cáo; qua hoạt động chất vấn; giám sát chuyên đề; giám sát qua hoạt động lấy phiếu tín nhiệm, bỏ phiếu tín nhiệm; giám sát của Uỷ ban Thường vụ Quốc hội, Hội đồng dân tộc, các Ủy ban của Quốc hội.

Đồng thời, mọi hành động của các nghị sĩ/ĐBQH đều hướng đến những mục tiêu: Duy trì niềm tin của công chúng với nghị viện nói chung, với các nghị sĩ nói riêng và toàn bộ thiết chế dân chủ đại diện; thúc đẩy hoạt động của nghị viện; bảo đảm các nghị sĩ có năng lực làm việc và được tôn vinh vì các đóng góp chung; bảo đảm vị thế của nghị viện là cơ quan làm luật và cơ quan giám sát thi hành pháp luật[36].

Lúc này các năng lực thể hiện tính chuyên nghiệp của ĐBQH sẽ được đề cao như: Giao tiếp, thuyết phục, thương lượng, nắm vững vấn đề, thông thạo quy trình, thủ tục.

Luật Tổ chức Quốc hội năm 2014, Nội quy kỳ họp Quốc hội 2015 và một số văn bản pháp luật khác có quy định: ĐBQH có trách nhiệm tham gia đầy đủ các kỳ họp, phiên họp Quốc hội, thảo luận và biểu quyết các vấn đề thuộc nhiệm vụ, quyền hạn của Quốc hội. ĐBQH là thành viên của Hội đồng dân tộc, Ủy ban của Quốc hội có trách nhiệm tham dự các phiên họp, tham gia các hoạt động khác của Hội đồng dân tộc, Ủy ban của Quốc hội và tham gia thảo luận, biểu quyết các vấn đề thuộc nhiệm vụ, quyền hạn của Hội đồng dân tộc, Ủy ban mà mình là thành viên. ĐBQH hoạt động chuyên trách có trách nhiệm tham dự các hội nghị ĐBQH chuyên trách và các hội nghị khác do Ủy ban thường vụ Quốc hội triệu tập. ĐBQH có trách nhiệm tham gia các hoạt động của Đoàn ĐBQH mà mình là thành viên.

Để thực hiện vai trò đại biểu nhân dân tại nghị trường, ĐBQH được trao một số đặc quyền như:

- ĐBQH có quyền chất vấn Chủ tịch nước, Chủ tịch Quốc hội, Thủ tướng Chính phủ và các thành viên khác của Chính phủ, Chánh án Tòa án nhân dân tối cao, Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân tối cao, Tổng Kiểm toán Nhà nước.

- ĐBQH có quyền kiến nghị với Uỷ ban Thường vụ Quốc hội xem xét trình Quốc hội bỏ phiếu tín nhiệm đối với những người giữ các chức vụ do Quốc hội bầu hoặc phê chuẩn.

- ĐBQH chịu trách nhiệm trước cử tri, đồng thời chịu trách nhiệm trước Quốc hội về việc thực hiện nhiệm vụ đại biểu của mình; bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của công dân, góp phần phát huy quyền làm chủ của nhân dân.

- Khi phát hiện có hành vi vi phạm pháp luật, gây thiệt hại đến lợi ích của Nhà nước, quyền và lợi ích hợp pháp của tổ chức xã hội, tổ chức kinh tế, đơn vị vũ trang nhân dân hoặc công dân, ĐBQH có quyền yêu cầu cá nhân, cơ quan, tổ chức, đơn vị hữu quan thi hành những biện pháp cần thiết để kịp thời chấm dứt hành vi trái pháp luật đó.

Thời gian gần đây, Quốc hội và ĐBQH Việt Nam đã có nhiều cố gắng cải tiến, nâng cao chất lượng hoạt động của Quốc hội và ĐBQH. Tại các kỳ họp Quốc hội, các ĐBQH được đánh giá là đã có nhiều cố gắng để trở thành trung tâm của các kỳ họp,

[36] Vũ Công Giao – Nguyễn Hoàng Hà, "*Các quy tắc ứng xử của nghị sĩ ở một số nước trên thế giới*", tlđd, tr.31.

phát huy cao trách nhiệm trước Tổ quốc, nhân dân trong thảo luận, quyết định các vấn đề quan trọng của đất nước, thể hiện chính kiến rõ ràng, trách nhiệm, thẳng thắn, công tâm, nhất là khi thảo luận về kinh tế - xã hội và ngân sách nhà nước; về những đạo luật lớn và khó về bảo đảm quyền con người, quyền và nghĩa vụ của công dân; cho ý kiến những vấn đề lớn như về bảo vệ chủ quyền biển đảo; đổi mới chương trình, sách giáo khoa giáo dục phổ thông; về việc đầu tư xây dựng Cảng hàng không quốc tế Long Thành… Các ĐBQH chuyên trách cũng ngày càng khẳng định rõ vai trò là lực lượng nòng cốt trong các hoạt động của Quốc hội, các cơ quan của Quốc hội, Đoàn ĐBQH[37]… Tuy vậy, nhìn chung, hoạt động nghị trường của các ĐBQH thể hiện nhiều yếu kém, bất cập. Bên cạnh sự lúng túng trong hoạt động giám sát, các ĐBQH chưa chủ động đưa ra sáng kiến lập pháp, hoặc tự giám sát những vấn đề mình quan tâm. Vẫn còn trường hợp "làm văn tập thể" khi thảo luận các dự án luật, kỹ năng và tính trách nhiệm chưa cao, chưa thật sự minh bạch dẫn đến những sai sót trong hoạt động lập pháp (như sai sót đối với Bộ luật Hình sự năm 2015). Kỹ năng hoạt động của một số đại biểu còn hạn chế, chưa tích cực tham gia đóng góp ý kiến tại kỳ họp Quốc hội, một số ĐBQH chuẩn bị nội dung phát biểu chất lượng thấp. Có đại biểu có những phát ngôn chưa đúng chuẩn mực, có đại biểu vi phạm pháp luật gây mất niềm tin, sự kỳ vọng, tin tưởng của cử tri và nhân dân cả nước[38]. Những thực tế này ảnh hưởng không nhỏ đến chất lượng và hiệu quả hoạt động của ĐBQH ở Việt Nam, thể hiện sự thiếu chuyên nghiệp trong hoạt động của Quốc hội cũng như các đại biểu ở Việt Nam.

3. Một số vấn đề đặt ra

3.1. Nhu cầu nâng cao năng lực, hiệu quả hoạt động của đại biểu Quốc hội

Xét từ lịch sử hình thành và bản chất đại diện của nghị viện/Quốc hội, có thể thấy nghị viện/Quốc hội ra đời từ nhu cầu của nhân dân, cần tìm một người có đủ năng lực để uỷ quyền, thay mặt mình thực hiện các hoạt động quyền lực nhà nước. Mặt khác, bản thân Nhà nước - với tư cách là một tổ chức quyền lực công với các phương diện, nội dung hoạt động vô cùng đa dạng, phong phú và liên quan đến mọi mặt đời sống xã hội, bắt buộc phải được tổ chức tinh vi và mang tính chuyên nghiệp cao. Trong điều kiện xây dựng và hoàn thiện Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa của dân, do dân và vì dân ở Việt Nam hiện nay, yêu cầu về tính chính đáng, cũng như bản chất chủ quyền nhân dân của Nhà nước ta càng đòi hỏi không ngừng củng cố và hoàn thiện tổ chức và hoạt động của bộ máy nhà nước, trong đó có các thiết chế đại diện nhân dân, trước hết là Quốc hội và các ĐBQH.

Trong hơn 70 năm hoạt động và phát triển của Quốc hội Việt Nam, các ĐBQH đã có những đóng góp nhất định trong vai trò là người đại biểu dân cử, tuy nhiên, bên cạnh đó vẫn còn nhiều vấn đề còn tồn tại, chưa được giải quyết. Thực tiễn tổ chức và hoạt động của Quốc hội và các ĐBQH cho thấy những bất cập và tính hình thức trong năng lực và hiệu quả hoạt động của những người đại biểu nhân dân đã ảnh hưởng không nhỏ đến chất lượng của hoạt động lập pháp và tính đại diện của Quốc hội và ĐBQH trong thời gian gần đây.

[37] Quốc hội khóa XIII, tlđd.
[38] Quốc hội khóa XIII, tlđd.

Nhận thức được yêu cầu cấp thiết của vấn đề này, ngay từ Đại hội đại biểu toàn quốc của Đảng lần thứ XI, Đảng ta cũng đã khẳng định: *"Nâng cao chất lượng đại biểu Quốc hội, tăng hợp lý số lượng đại biểu chuyên trách; có cơ chế để đại biểu Quốc hội gắn bó chặt chẽ và có trách nhiệm với cử tri"*[39]. Để thực hiện được chủ trương này, cần triển khai một loạt các giải pháp cụ thể như: Hoàn thiện cơ chế lựa chọn, giới thiệu và tiến hành bầu cử ĐBQH theo hướng vừa nâng cao chất lượng đại diện theo địa phương, vừa chú ý đến yêu cầu đại diện theo ngành, giới, nghề nghiệp; tăng cường mối quan hệ giữa ĐBQH với cử tri, việc xác định đại diện cho lợi ích của địa phương và lợi ích của quốc gia... Số lượng đại biểu chuyên trách hiện nay cũng đã được lượng hóa trong luật. Khoản 2 Điều 23 Luật Tổ chức Quốc hội năm 2014 quy định: "Số lượng đại biểu Quốc hội hoạt động chuyên trách ít nhất là ba mươi lăm phần trăm tổng số đại biểu Quốc hội". Điều này thể hiện tính bức thiết trong yêu cầu phải thay đổi, cải tiến phương thức và chất lượng hoạt động của Quốc hội, mà trước tiên là của ĐBQH ở Việt Nam hiện nay.

3.2. Nhận thức về tính đại diện

Một trong những căn cứ quan trọng để hình thành nên mô hình cơ quan đại diện của hệ thống xã hội chủ nghĩa chính là mô hình công xã Pari. Theo đó: "Công xã bao gồm những đại biểu thành phố do đầu phiếu phổ thông ở các khu trong thành phố Pa-ri bầu lên… Đa số ủy viên của Công xã tất nhiên là những công nhân hoặc những đại biểu được thừa nhận của giai cấp công nhân"[40]. Vậy, hiểu "cơ quan đại biểu cao nhất" hay "cơ quan đại diện cao nhất" này như thế nào? Lâu nay, dường như tính đại diện bị hiểu theo nghĩa cơ học, theo đó, đại diện có nghĩa là phải bảo đảm đủ cơ cấu, thành phần các giai tầng xã hội, thậm chí gồm cả các đại biểu của cơ quan hành pháp và tư pháp. Các cuộc bầu cử phụ thuộc quá nhiều vào kết quả hiệp thương, dẫn đến kết quả bầu cử còn hình thức, thiếu thực chất. Nhiều đại biểu được bầu nhưng không thực sự đại diện cho ý chí, nguyện vọng của người dân.

Thiết nghĩ, trong bối cảnh hiện nay, cần nhận thức lại về tính đại diện của Quốc hội. Không nên hiểu đại diện là sự phản ánh cứng nhắc cơ cấu, thành phần xã hội. Cần hiểu đại diện trước hết là một cách thức tổ chức đời sống dân chủ của Nhà nước, là một chế độ. Người đại biểu, bất kể xuất thân nguồn gốc thế nào, cũng phải là người đại diện xứng đáng cho tiếng nói của cử tri nơi mình bầu và nhân dân cả nước. Đồng thời, việc bầu cử cũng cần phải đổi mới về cơ chế, bảo đảm sự tự do, bình đẳng, công bằng trong bầu cử. Có như vậy, việc bầu cử mới thực sự hiệu quả, người dân mới bầu chọn ra được những ứng cử viên thực sự tâm huyết, có tinh thần xả thân, cống hiến, có năng lực xứng đáng để đại diện cho mình.

3.3. Chuyên trách hay chuyên nghiệp

Như đã trình bày, đại biểu kiêm nhiệm ở nước ta được coi là một truyền thống chính trị pháp lý từ ngày lập quốc, cũng tương tự như mô hình các nước xã hội chủ nghĩa trước đây. ĐBQH ở nước ta hoạt

[39] Trích Báo cáo chính trị của Ban chấp hành Trung ương Đảng khóa X tại Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XI của Đảng.

[40] V.I.Lenin, *Nhà nước và Cách mạng*, Lenin toàn tập, Nxb. Tiến bộ - Matx cơ va, 1976, tập 33, tr.51.

động trong điều kiện Quốc hội hoạt động không thường xuyên. Hiện nay, ĐBQH chuyên trách đóng vai trò nòng cốt trong hoạt động chung. Theo thống kê, mỗi nhiệm kỳ Quốc hội nước ta có khoảng 30% ĐBQH khóa trước tái cử[41]. Từ Quốc hội khóa X trở lại đây, mỗi nhiệm kỳ Quốc hội, số ĐBQH chuyên trách chiếm khoảng 30%, gần 70% còn lại là các ĐBQH hoạt động kiêm nhiệm[42]. Sự khác biệt về điều kiện, chế độ và tinh thần giữa ĐBQH chuyên trách với ĐBQH kiêm nhiệm, giữa ĐBQH chuyên trách ở địa phương với ĐBQH chuyên trách ở trung ương dẫn đến sự khác nhau về mức độ, tính chất hoạt động và tầm ảnh hưởng, hiệu lực, hiệu quả hoạt động của mỗi đại biểu.

Về mặt lý luận cũng như thực tiễn, mô hình đại biểu kiêm nhiệm ở nước ta đang ngày càng bộc lộ những nhược điểm và thiếu tính khoa học. Có thể nói, sự kiêm nhiệm luôn dẫn đến việc không toàn tâm toàn ý và khó giữ được sự khách quan, nhất là khi động chạm đến lợi ích nhóm, ngành. Tuy nhiên, sự thay đổi trong một sớm một chiều là không hề đơn giản, phi thực tiễn. Do đó, việc cải tiến, nâng cao tính chuyên nghiệp cho ĐBQH cần tiếp tục được nghiên cứu để tìm ra những giải pháp khả thi và phù hợp nhất trong bối cảnh Việt Nam theo hướng tăng dần tỉ lệ ĐBQH chuyên trách, với những lộ trình cụ thể, hướng tới mục tiêu đạt được trên 50%, tiến dần tới đạt được trên 70% ĐBQH chuyên trách. Cần phải đặt lộ trình bởi số ĐBQH chuyên trách liên quan tới các chế độ phụ cấp và một loạt các vấn đề về tổ chức, hoạt động, ngân sách, bộ máy giúp việc kèm theo. Do đó, cần có những tính toán, đo lường, dự báo cụ thể trong vấn đề này.

Cũng cần phân biệt, chuyên trách chưa có nghĩa là chuyên nghiệp. Để đạt đến tầm chuyên nghiệp, cần phải có những giải pháp đồng bộ, liên quan đến cả thể chế, thiết chế, phương thức vận hành. Trong đó, cần tiến hành song song việc nâng cao năng lực của ĐBQH, trước tiên là năng lực chủ quan của đại biểu kèm theo bộ tiêu chí đánh giá hoạt động của ĐBQH nhằm chuẩn hoá hoạt động của đại biểu, nâng cao tính chuyên nghiệp, hiệu lực, hiệu quả trong hoạt động của ĐBQH nói riêng, của Quốc hội nói chung.

3.4. Trách nhiệm của đại biểu Quốc hội

Một yếu tố quan trọng quyết định tới tính chuyên nghiệp của ĐBQH mà lâu nay chưa được quan tâm một cách đúng mức chính là xác định trách nhiệm của ĐBQH. Vấn đề này đã được nhắc đến ở mục 1.3.1 khi bàn về nghĩa vụ nghề nghiệp – một yếu tố làm nên tính chuyên nghiệp của người đại biểu. Tuy nhiên, trách nhiệm của ĐBQH có nghĩa rộng hơn nghĩa vụ nghề nghiệp, bởi sẽ không chỉ gồm những nghĩa vụ của người đại biểu được quy định trong luật. Trách nhiệm được thể hiện ở hai dạng: Trách nhiệm chính trị và trách nhiệm pháp lý.

Trách nhiệm chính trị được xác lập dựa trên sự tín nhiệm, là trách nhiệm trước cử tri. Chế tài duy nhất là sự bất tín nhiệm. Trách nhiệm chính trị liên quan mật thiết đến sự tín nhiệm của cử tri đối với đại biểu

[41] Nguồn: Trần Văn Thuân (chủ nhiệm), Đề tài cấp Bộ: *Tiêu chí đánh giá hoạt động của đại biểu Quốc hội trong Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa Việt Nam: Cơ sở lý luận và thực tiễn,* Viện Nghiên cứu lập pháp - Ủy ban Thường vụ Quốc hội chủ trì, Hà Nội, 2016-2017, tr.22.

[42] Trần Văn Thuân, tlđd, tr.23.

và nghiêng nhiều hơn về khía cạnh đạo đức. Một người đại biểu được hưởng rất nhiều đặc quyền, bao gồm cả quyền miễn trừ về dân sự, hình sự. Tuy nhiên, khi đại biểu có ý thức về trách nhiệm chính trị, họ sẽ phải hoạt động không chỉ hợp pháp, mà còn hợp lý và có tính chính đáng. Trong những trường hợp vi phạm quy tắc ứng xử của một nghị sĩ/ĐBQH, người đại biểu sẽ vì uy tín chính trị, vì niềm tin của cử tri đối với mình mà có những hành xử phù hợp (ví dụ như xin lỗi, tìm cách phục hồi các tổn thất, xin thôi cương vị ĐBQH…), mà không cần đợi đến lúc bị bỏ phiếu bất tín nhiệm hoặc bị cử tri tẩy chay, không bầu nữa. Đây chính là sự thể hiện cao nhất tính chuyên nghiệp của ĐBQH.

Trách nhiệm pháp lý

Trách nhiệm pháp lý là trách nhiệm của ĐBQH trước pháp luật khi có những vi phạm. Ở Việt Nam, cho đến nay, chủ yếu chúng ta mới chỉ áp dụng trách nhiệm pháp lý đối với ĐBQH, mà thực chất là rất hãn hữu. Một số trách nhiệm pháp lý có thể xảy ra đối với ĐBQH là: Tạm đình chỉ hoặc mất quyền ĐBQH (Điều 39 Luật Tổ chức Quốc hội năm 2014); bãi nhiệm ĐBQH (Điều 40).

Trong lĩnh vực lập pháp, trách nhiệm ĐBQH dường như cũng có chút liên quan theo quy định tại Điều 7 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 về trách nhiệm pháp lý của các chủ thể liên quan đến quy trình lập pháp: Trong trường hợp dự thảo văn bản không bảo đảm về chất lượng, chậm tiến độ, không bảo đảm tính hợp hiến, tính hợp pháp, tính thống nhất của văn bản quy phạm pháp luật. Tuy nhiên, quy định này còn khá chung chung, bất cập, thực tế chưa có quy định cụ thể điều chỉnh chi tiết về trách nhiệm của các chủ thể vi phạm dẫn đến những sai sót trong quy trình lập pháp. Nguyên nhân một phần cũng do chưa có sự bảo đảm trách nhiệm giải trình đến cùng của cơ quan soạn thảo.

Trong tương lai, cần nghiên cứu xây dựng cơ chế pháp lý nhằm ràng buộc chặt chẽ trách nhiệm chính trị - pháp lý của các chủ thể trong quy trình lập pháp nói riêng và hoạt động của ĐBQH nói chung. Có như vậy mới bảo đảm được sự vận hành trơn tru và hiệu quả, chính đáng của bộ máy nhà nước, trong đó có Quốc hội. Trước tiên, cần làm rõ hơn nữa các vấn đề này trong pháp luật cán bộ công chức và các văn bản pháp luật có liên quan. Đồng thời, bên cạnh việc hoàn thiện cơ chế bỏ phiếu tín nhiệm, chúng ta cũng cần nghiên cứu ban hành một bộ Quy tắc ứng xử dành cho ĐBQH nhằm bảo đảm tính chính đáng, tăng cường hơn nữa ý thức, nghĩa vụ và trách nhiệm của người đại biểu nhân dân.

3.5. Các vấn đề khác

Liên quan đến tính chuyên nghiệp của ĐBQH, còn rất nhiều các vấn đề khác cần bàn đến như: Tính độc lập của ĐBQH và mối quan hệ giữa ĐBQH với các cơ quan nhà nước, tổ chức chính trị; quy trình, thủ tục liên quan đến tổ chức, hoạt động của ĐBQH (bầu cử; quy trình lập hiến, lập pháp; quyết định các vấn đề quan trọng của đất nước; giám sát…); cơ chế hỗ trợ giúp việc (nhân sự, văn phòng, thông tin, các chế độ đãi ngộ, đặc quyền…)… Tuy nhiên, cần phải nhấn mạnh rằng, yếu tố đầu tiên và quan trọng nhất khi nhắc tới tính chuyên nghiệp của Quốc hội vẫn là các ĐBQH – nhân tố trung tâm, quyết định tới hiệu lực, hiệu quả của cơ quan quyền lực nhà nước, cơ quan đại diện cao nhất của nhân dân ở nước ta.

BẤT CẬP VÀ HƯỚNG HOÀN THIỆN QUY ĐỊNH CỦA LUẬT KHIẾU NẠI NĂM 2011

Châu Hoàng Thân*

Tóm tắt: *Bài viết phân tích những hạn chế, thiếu sót trong quy định của Luật Khiếu nại hiện hành về khiếu nại, giải quyết khiếu nại đối với quyết định hành chính, hành vi hành chính và đưa ra kiến nghị hoàn thiện.*

Abstract: *The article analyzes shortcomings and deficiencies of regulations under the Complaint Law regarding complaints and handling thereof on administrative decisions and conducts, thereby provides suggestions for improvement.*

1. Bất cập trong khái niệm và phạm vi áp dụng Luật Khiếu nại

1.1. Về khái niệm khiếu nại và những khái niệm liên quan

Khoản 1 Điều 2 Luật Khiếu nại năm 2011 đã đưa ra khái niệm về khiếu nại như sau: *Khiếu nại là việc công dân, cơ quan, tổ chức hoặc cán bộ, công chức theo thủ tục do pháp luật quy định, đề nghị cơ quan, tổ chức, cá nhân có thẩm quyền xem xét lại quyết định hành chính, hành vi hành chính của cơ quan hành chính nhà nước, của người có thẩm quyền trong cơ quan hành chính nhà nước hoặc quyết định kỷ luật cán bộ, công chức khi có căn cứ cho rằng quyết định hoặc hành vi đó là trái pháp luật, xâm phạm quyền, lợi ích hợp pháp của mình.* Khái niệm trên thể hiện được bản chất của khiếu nại nhưng còn tồn tại một số hạn chế như sau:

Thứ nhất, theo khái niệm, người khiếu nại là "công dân, cơ quan, tổ chức và cán bộ công chức". Vậy, cá nhân nước ngoài tại Việt Nam có được quyền khiếu nại theo Luật này không và viên chức bị kỷ luật có được quyền khiếu nại như cán bộ, công chức không? Theo Điều 3 Luật Khiếu nại năm 2011, khiếu nại và việc giải quyết khiếu nại của cơ quan, tổ chức, cá nhân nước ngoài tại Việt Nam được áp dụng theo Luật Khiếu nại. Bên cạnh đó, Điều 4 Nghị định số 75/2012/NĐ-CP quy định viên chức được quyền khiếu nại đối với quyết định kỷ luật viên chức; trong khi điều này không được quy định trong Luật Khiếu nại năm 2011. Vì vậy, thuật ngữ "công dân" trong khái niệm khiếu nại hiện hành cần được xem lại, sao cho bao trùm được hết các chủ thể có quyền khiếu nại.

Thứ hai, Điều 3 Luật Khiếu nại năm 2011 quy định áp dụng Luật này trong khiếu nại và giải quyết khiếu nại trong các đơn vị sự nghiệp công lập và doanh nghiệp nhà nước. Trong khi đó, khái niệm khiếu nại tại Điều 2 chỉ đề cập tới các quyết định hành chính, hành vi hành chính trong cơ quan hành chính nhà nước hoặc người có thẩm quyền trong cơ quan hành chính nhà nước. Ngoài ra, người giải quyết khiếu nại trong khái niệm gồm "cơ quan, tổ chức, cá nhân có thẩm quyền", nhưng trong quy định về thẩm quyền giải quyết khiếu nại hiện nay chỉ trao cho cá nhân người đứng đầu cơ quan, tổ chức.

Thứ ba, Điều 2 quy định: "Khiếu nại… khi có căn cứ cho rằng quyết định hoặc

* ThS., Khoa Luật, trường Đại học Cần Thơ.

hành vi đó là trái pháp luật, xâm phạm quyền, lợi ích hợp pháp của mình". Như vậy, người khiếu nại cần đảm bảo có hai căn cứ là chứng minh quyết định, hành vi bị khiếu nại là trái pháp luật và xâm phạm quyền, lợi ích hợp pháp của người khiếu nại. Tuy nhiên, tác giả cho rằng, chỉ cần người khiếu nại có căn cứ chứng minh quyền, lợi ích hợp pháp của mình bị xâm phạm là có đầy đủ cơ sở thực hiện quyền khiếu nại đối với quyết định, hành vi đó.

Từ những phân tích trên, tác giả kiến nghị Luật nên đưa ra khái niệm bao quát như sau: *Khiếu nại là việc cá nhân, cơ quan, tổ chức hoặc cán bộ, công chức, viên chức theo thủ tục do Luật này quy định đề nghị người có thẩm quyền trong cơ quan, tổ chức xem xét lại quyết định hành chính, hành vi hành chính hoặc quyết định kỷ luật cán bộ, công chức, viên chức khi có căn cứ cho rằng quyết định hoặc hành vi đó xâm phạm quyền, lợi ích hợp pháp của mình.*

Bên cạnh việc hoàn thiện khái niệm khiếu nại, Điều 2 của Luật cần xem xét hoàn thiện và cập nhật một số khái niệm cơ bản sau:

(i) Sửa đổi, bổ sung *khái niệm quyết định hành chính, hành vi hành chính:* Khái niệm tại khoản 8 và khoản 9 Điều 2 Luật Khiếu nại cần mở rộng phạm vi không chỉ là quyết định, hành vi của cơ quan hành chính nhà nước hoặc người có thẩm quyền trong cơ quan hành chính nhà nước mà bao gồm cả những quyết định, hành vi của cơ quan, tổ chức khác được giao thực hiện quản lý hành chính nhà nước. Đồng thời, cần làm rõ khái niệm thế nào là quyết định hành chính, hành vi hành chính trong nội bộ cơ quan, tổ chức và quyết định, hành vi trong chỉ đạo điều hành của cấp trên với cơ quan cấp dưới. Bởi, hai loại quyết định, hành vi này căn cứ theo Điều 11 Luật Khiếu nại, không được thụ lý giải quyết.

(ii) Một số thuật ngữ được sử dụng trong Luật cần được bổ sung, làm rõ khái niệm để tránh sự tùy tiện và có cách hiểu thống nhất trong áp dụng như: Lý do chính đáng[1], vụ việc phức tạp và vùng sâu, vùng xa[2], đình chỉ giải quyết khiếu nại, tạm đình chỉ giải quyết khiếu nại và các thuật ngữ liên quan đến quá trình giải quyết khiếu nại như: Xác minh nội dung khiếu nại, tổ chức đối thoại.

1.2. Về phạm vi áp dụng Luật Khiếu nại năm 2011

Theo khoản 3 Điều 3 Luật Khiếu nại năm 2011, cơ quan có thẩm quyền của tổ chức chính trị, tổ chức chính trị - xã hội, tổ chức xã hội, tổ chức xã hội - nghề nghiệp *hướng dẫn* việc khiếu nại và giải quyết khiếu nại trong cơ quan, tổ chức mình. Trong khi đó, khoản 4 Điều 3 Luật Khiếu nại năm 2011 quy định, Tòa án nhân dân tối cao, Viện kiểm sát nhân dân tối cao, Kiểm toán nhà nước, Văn phòng Quốc hội, Văn phòng Chủ tịch nước và các cơ quan khác của Nhà nước *quy định* việc khiếu nại và giải quyết khiếu nại trong cơ quan mình.

Từ hai quy định trên đặt ra vấn đề là thuật ngữ *"hướng dẫn"* tại khoản 3 với thuật ngữ *"quy định"* tại khoản 4 Điều 3 có sự khác biệt như thế nào; việc hướng dẫn hay quy định đó có được khác với quy định của Luật Khiếu nại không? Bên cạnh đó,

[1] Thuật ngữ này sử dụng tại khoản 6 Điều 11. Việc quy định khái niệm này là rất cần thiết vì ảnh hưởng đến việc thực hiện quyền khiếu nại và có sự phân biệt rạch ròi với quy định về thời gian không tính vào thời hiệu khiếu nại tại Điều 9 Luật Khiếu nại.

[2] Những cụm từ này được quy định về thời hạn giải quyết khiếu nại, bởi vụ việc phức tạp và vùng sâu, vùng xa thì thời hạn giải quyết sẽ dài hơn, nhưng hiện nay Luật vẫn chưa định nghĩa.

khoản 5 quy định: "Trường hợp luật khác có quy định khác về khiếu nại và giải quyết khiếu nại thì áp dụng theo quy định của luật đó". Tác giả cho rằng, cần đề cao hiệu lực quy định của Luật Khiếu nại năm 2011 trong khiếu nại và giải quyết khiếu nại liên quan đến quản lý hành chính nhà nước. Cụ thể, phải xác định nguyên tắc áp dụng pháp luật khiếu nại ở Điều 3 như sau: "Khiếu nại và giải quyết khiếu nại đối với quyết định hành chính, hành vi hành chính của cơ quan hành chính nhà nước, của người có thẩm quyền trong cơ quan hành chính nhà nước, của cơ quan, tổ chức khác được giao thực hiện quản lý hành chính nhà nước được áp dụng theo quy định của Luật Khiếu nại".

Việc sửa đổi, bổ sung hoàn thiện khái niệm khiếu nại và nguyên tắc áp dụng pháp luật khiếu nại nhằm thể hiện tầm bao quát và nâng cao hiệu lực áp dụng của Luật Khiếu nại năm 2011 trong khiếu nại hành chính.

2. Bất cập trong quy định về khiếu nại quyết định hành chính, hành vi hành chính

2.1. Về hình thức khiếu nại

Theo quy định tại Điều 8 Luật Khiếu nại năm 2011, có hai hình thức khiếu nại là khiếu nại bằng đơn và khiếu nại trực tiếp, nhưng Luật chưa quy định cụ thể về cách gửi đơn khiếu nại và xác định ngày khiếu nại. Việc quy định cụ thể hình thức gửi đơn khiếu nại nhằm hướng dẫn rõ ràng cách thực hiện và hạn chế tình trạng đơn, thư khiếu nại gửi nhiều nơi gây lãng phí, không hiệu quả và làm phức tạp tình hình khiếu nại; đồng thời, quy định ngày khiếu nại nhằm đảm bảo hiệu lực về thời hiệu khiếu nại. Căn cứ quy định về tiếp nhận và xử lý đơn khiếu nại tại Thông tư số 07/2014/TT-TTCP và xu hướng xây dựng Chính phủ điện tử, tác giả kiến nghị quy định có ba cách thức gửi đơn khiếu nại: (i) Gửi trực tiếp tại bộ phận tiếp nhận đơn, địa điểm tiếp công dân; (ii) Gửi qua dịch vụ bưu chính; (iii) Gửi trực tuyến qua cổng thông tin điện tử của cơ quan, tổ chức (nếu có). Ngày khiếu nại sẽ được quy định tương ứng với cách thức gửi đơn khiếu nại, cụ thể:

(i) Trường hợp nộp đơn trực tiếp thì ngày khiếu nại là ngày nộp đơn.

(ii) Trường hợp gửi qua dịch vụ bưu chính thì ngày khiếu nại là ngày trên con dấu của tổ chức dịch vụ bưu chính nơi gửi. Trường hợp không xác định được ngày, tháng, năm theo dấu bưu chính nơi gửi thì đương sự phải chứng minh ngày gửi đơn tại tổ chức dịch vụ bưu chính. Nếu chứng minh được thì ngày khiếu nại là ngày gửi đơn tại tổ chức dịch vụ bưu chính, trường hợp nếu không chứng minh được thì ngày khiếu nại là ngày cơ quan, tổ chức nhận được đơn khiếu nại do tổ chức dịch vụ bưu chính chuyển đến.

(iii) Trường hợp gửi đơn trực tuyến thì ngày khiếu nại là ngày gửi đơn.

Ngoài ra, căn cứ vào Điều 7, Điều 8 và quy định về các khiếu nại không thụ lý giải quyết tại Điều 11 Luật Khiếu nại năm 2011, có thể suy ra rằng Luật chưa dự liệu trường hợp người khuyết tật không thể ký tên, cũng không thể điểm chỉ thì thực hiện việc khiếu nại như thế nào. Bên cạnh đó, Điều 12 Luật Khiếu nại năm 2011 chỉ quy định trường hợp người mất năng lực hành vi dân sự, người chưa thành niên thì khiếu nại thông qua người đại diện, nhưng không dự liệu trường hợp người mất năng lực hành vi dân sự, người chưa thành niên mà không có người đại diện để khiếu nại thì xử lý thế nào, đơn khiếu nại do người đại diện viết sẽ trình bày ra sao. Vì vậy, tác giả kiến nghị

cần bổ sung quy định chi tiết về khiếu nại thông qua người đại diện, cách trình bày đơn khiếu nại đối với trường hợp người đại diện khiếu nại; trường hợp không có người đại diện để thực hiện quyền khiếu nại thì Ủy ban nhân dân cấp xã nơi người đó cư trú cử người giám hộ để thực hiện việc khiếu nại. Bên cạnh đó, khoản 3 Điều 8 Luật Khiếu nại năm 2011 cần xem xét bổ sung trường hợp người khuyết tật khiếu nại mà không thể ký tên và điểm chỉ thì việc khiếu nại trực tiếp cần có người làm chứng. Người làm chứng sẽ xác nhận, ký tên vào biên bản sau khi được người tiếp nhận ghi và đọc lại nội dung khiếu nại.

2.2. Về trình tự khiếu nại và rút khiếu nại

Trình tự khiếu nại được quy định tại Điều 7 Luật Khiếu nại năm 2011 như sau: "… khiếu nại lần đầu đến người đã ra quyết định hành chính hoặc cơ quan có người có hành vi hành chính hoặc khởi kiện vụ án hành chính tại tòa án theo quy định của Luật Tố tụng Hành chính". Như vậy, đối với quyết định hành chính, khiếu nại lần đầu là khiếu nại đến người đã ra quyết định hành chính đó. Điều này chưa thật chính xác, bởi có những quyết định hành chính được ban hành bởi người có thẩm quyền trong cơ quan hành chính nhà nước, nhưng họ lại không phải là người có thẩm quyền giải quyết khiếu nại như: Quyết định xử phạt vi phạm hành chính được ban hành bởi một số chủ thể sau: Trưởng công an cấp xã (không là công an chính qui) – là công chức chuyên trách thuộc Ủy ban nhân dân cấp xã, chiến sĩ công an nhân dân đang thi hành công vụ, công chức hải quan đang thi hành công vụ… Có thể khẳng định, không phải bất kỳ chủ thể nào có thẩm quyền ban hành quyết định hành chính (là đối tượng khiếu nại) thì đều có thẩm quyền giải quyết khiếu nại nên quy định tại Điều 7 cần được sửa đổi.

Bên cạnh đó, quy định về rút khiếu nại tại Điều 10 Luật Khiếu nại năm 2011 cũng chưa đầy đủ và rõ ràng. Cụ thể, Điều 10 quy định: "Người khiếu nại có thể rút khiếu nại tại bất cứ thời điểm nào trong quá trình khiếu nại và giải quyết khiếu nại; việc rút khiếu nại phải được thực hiện bằng đơn có chữ ký hoặc điểm chỉ của người khiếu nại… Người có thẩm quyền giải quyết khiếu nại khi nhận được đơn xin rút khiếu nại thì đình chỉ việc giải quyết". Từ quy định trên, tác giả nhận thấy còn tồn tại những bất cập nhất định:

Một là, thời điểm rút khiếu nại và hệ quả của việc rút khiếu nại chưa hợp lý. Hiện nay, Luật chỉ quy định chung là có thể rút khiếu nại bất cứ thời điểm nào và đều dẫn đến hệ quả là đình chỉ giải quyết khiếu nại. Trường hợp người khiếu nại rút khiếu nại trong khoảng thời gian từ khi nộp đơn khiếu nại cho đến trước khi cơ quan có thẩm quyền thông báo thụ lý thì việc xử lý như Điều 10 Luật Khiếu nại là không phù hợp. Bởi, trong thời gian này, vụ việc chưa được thụ lý giải quyết thì không thể đình chỉ giải quyết. Đồng thời, cơ quan tiếp nhận đơn khiếu nại lúc này chưa chắc chắn là người có thẩm quyền giải quyết vụ việc, do đó, không thể ban hành quyết định đình chỉ giải quyết, vì Điều 10 Luật Khiếu nại năm 2011 quy định người có thẩm quyền giải quyết khiếu nại mới được quyết định đình chỉ giải quyết. Vì vậy, Luật cần bổ sung quy định cách xử lý trong trường hợp rút khiếu nại trước khi thụ lý vụ việc. Cụ thể, nếu người khiếu nại rút khiếu nại trước khi người có thẩm quyền giải quyết khiếu nại thông báo thụ lý thì người đã tiếp nhận khiếu nại ghi chú vào sổ nhận đơn về việc rút khiếu nại

và trả lại toàn bộ hồ sơ cho người khiếu nại, yêu cầu họ ký tên xác nhận về việc rút khiếu nại và nhận lại hồ sơ.

Hai là, bổ sung quy định về hình thức rút khiếu nại, nội dung đơn rút khiếu nại. Hiện nay, Điều 10 Luật Khiếu nại năm 2011 chỉ quy định một hình thức rút khiếu nại là thực hiện bằng đơn rút khiếu nại. Trong khi đó, quy định về hình thức khiếu nại bao gồm hai hình thức là khiếu nại trực tiếp và khiếu nại bằng đơn. Vì vậy, cần xem xét bổ sung quy định cụ thể khi người khiếu nại rút khiếu nại trực tiếp. Bên cạnh đó, cũng cần quy định những nội dung cơ bản của đơn rút khiếu nại; bổ sung quy định về việc xem xét lý do rút khiếu nại, chỉ chấp nhận việc rút khiếu nại khi xét thấy việc rút khiếu nại là tự nguyện.

Ba là, quyền khiếu nại lại sau khi rút khiếu nại chưa được quy định cụ thể. Điều 10 Luật Khiếu nại năm 2011 không quy định sau khi rút khiếu nại, vụ việc bị đình chỉ thì người khiếu nại có quyền khiếu nại lại vụ việc đó hay không. Căn cứ vào quy định tại khoản 8 Điều 11 Luật Khiếu nại năm 2011, vụ việc khiếu nại sau khi bị đình chỉ thì người khiếu nại vẫn có thể thực hiện khiếu nại lại trong thời hạn 30 ngày kể từ ngày có văn bản thông báo đình chỉ việc giải quyết khiếu nại. Nhưng, ngoài điều kiện trên, liệu vụ việc khiếu nại có cần thỏa mãn điều kiện về thời hiệu hay không? Vì vậy, cần bổ sung quy định cụ thể ở Điều 10 Luật Khiếu nại năm 2011 về việc khiếu nại lại sau khi rút khiếu nại.

Thiết nghĩ, những bất cập trong quy định về trình tự khiếu nại nêu trên cần được hoàn thiện, bổ sung, nhằm đảm bảo điều kiện tốt nhất cho việc thực hiện quyền khiếu nại của cá nhân, tổ chức.

3. Bất cập trong quy định về giải quyết khiếu nại quyết định hành chính, hành vi hành chính

3.1. Về thẩm quyền giải quyết khiếu nại

Thẩm quyền giải quyết khiếu nại hiện được quy định cụ thể từ Điều 17 đến Điều 26 Luật Khiếu nại năm 2011. Tuy nhiên, các quy định trên còn tồn tại một số bất cập cần hoàn thiện sau:

Thứ nhất, cần bổ sung quy định về nguyên tắc xác định thẩm quyền trước khi quy định thẩm quyền của các chức danh cụ thể. Việc xây dựng những nguyên tắc xác định thẩm quyền giải quyết khiếu nại là rất cần thiết bởi những chức danh được liệt kê trong Luật vẫn chưa đầy đủ. Trong đó, cần quy định cụ thể về việc ủy quyền giải quyết khiếu nại và trách nhiệm trong ủy quyền. Pháp luật trao thẩm quyền giải quyết khiếu nại cho người đứng đầu cơ quan, tổ chức, nhưng trong thực tiễn, đa số thẩm quyền giải quyết khiếu nại được ủy quyền cho cấp phó[3]. Bên cạnh đó, những vấn đề về giải quyết xung đột thẩm quyền cũng cần được quy định rõ ràng.

Thứ hai, từ "của mình" trong quy định về thẩm quyền giải quyết khiếu nại tại các Điều 17, 18, 21 và Điều 23 của Luật Khiếu nại năm 2011 chưa rõ ràng, cần được quy định cụ thể. Quy định về thẩm quyền giải quyết khiếu nại lần đầu của đa số các chủ thể đều được quy định là "giải quyết khiếu nại lần đầu đối với quyết định hành chính, hành vi hành chính của mình". Trong trường hợp này, từ "của mình" có hai cách

[3] Thảo Nguyên, "*Người đứng đầu không được ủy quyền tiếp công dân: Gây khó!*", http://thanhtra.com.vn/phap-luat/hoan-thien-the-che/nguoi-dung-dau-khong-duoc-uy-quyen-tiep-cong-dan-gay-khot114c1160n129362, truy cập ngày 17/7/2018.

hiểu: *Một là,* các quyết định, hành vi hành chính thuộc thẩm quyền ban hành, thực hiện của cá nhân người đó; *hai là,* các quyết định, hành vi thuộc thẩm quyền của cá nhân người đó và cả những quyết định, hành vi thuộc thẩm quyền của tập thể mà họ là người đứng đầu. Hai cách hiểu trên có sự khác biệt về thẩm quyền giải quyết khiếu nại. Ví dụ, đối với trường hợp cá nhân khiếu nại quyết định thu hồi đất do Ủy ban nhân dân cấp huyện ban hành, nếu theo cách hiểu thứ nhất thì Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp huyện sẽ không có thẩm quyền giải quyết khiếu nại bởi thẩm quyền thu hồi đất theo quy định tại khoản 2 Điều 66 Luật Đất đai năm 2013 là thuộc Ủy ban nhân dân cấp huyện chứ không phải Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp huyện. Tuy nhiên, nếu hiểu theo cách hiểu thứ hai thì Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp huyện sẽ có thẩm quyền giải quyết khiếu nại lần đầu đối với quyết định này[4]. Trong thực tiễn, cách hiểu thứ hai đang được hiểu và áp dụng, tức Chủ tịch Ủy ban nhân dân được quyền giải quyết khiếu nại lần đầu đối với quyết định hành chính, hành vi hành chính của Ủy ban nhân dân cùng cấp ban hành, thực hiện[5]. Cách hiểu này tồn tại một điểm không hợp lý. Vì theo quy định tại điểm h khoản 2 Điều 31 Luật Khiếu nại năm 2011, người có thẩm quyền giải quyết khiếu nại lần đầu có thẩm quyền "Giữ nguyên, sửa đổi, bổ sung hoặc hủy bỏ một phần hay toàn bộ quyết định hành chính, chấm dứt hành vi hành chính bị khiếu nại; giải quyết các vấn đề cụ thể trong nội dung khiếu nại". Như vậy, nếu theo cách hiểu thứ hai, Chủ tịch Ủy ban nhân dân sẽ được quyền ban hành quyết định giải quyết khiếu nại với nội dung hủy bỏ một phần hoặc thậm chí là hủy bỏ toàn bộ quyết định hành chính, chấm dứt hành vi hành chính của Ủy ban nhân dân cùng cấp mà cá nhân Chủ tịch là người đã từng tham gia để đưa ra quyết định của Ủy ban nhân dân trước đó. Hay nói cách khác, cá nhân trong tập thể có quyền vô hiệu hóa thẩm quyền của tập thể. Vì những lý do trên, Luật Khiếu nại năm 2011 cần quy định tách bạch thẩm quyền giải quyết khiếu nại đối với quyết định, hành vi hành chính của cá nhân người đứng đầu và của tập thể, không nên sử dụng thuật ngữ "của mình" như hiện nay.

Thứ ba, Luật Khiếu nại năm 2011 chưa xác định rõ thẩm quyền giải quyết khiếu nại của Chánh thanh tra các cấp. Điều 25 Luật Khiếu nại năm 2011 quy định về thẩm quyền giải quyết khiếu nại của Chánh thanh tra các cấp chỉ quy định vai trò tham mưu, giúp việc trong quá trình giải quyết khiếu nại của thủ trưởng cơ quan quản lý nhà nước cùng cấp. Tuy nhiên, căn cứ vào quy định tại Điều 19, thủ trưởng cơ quan thuộc sở và cấp tương đương; trong đó có chức danh Chánh thanh tra sở là thủ trưởng cơ quan thuộc sở; có thẩm quyền giải quyết khiếu nại. Tương tự, Điều 22 cũng quy định thẩm quyền giải quyết khiếu nại của thủ trưởng cơ quan thuộc bộ và tương đương; trong đó có chức danh Chánh thanh tra bộ là thủ trưởng cơ quan thuộc bộ. Bên cạnh đó,

[4] Đối với vấn đề này Luật Tố tụng hành chính năm 2015 quy định tách bạch, rõ ràng quyết định hành chính, hành vi hành chính của Ủy ban nhân dân và Chủ tich Ủy ban nhân dân tại Điều 31 và 32.

[5] Hùng Minh, "Quận Ngô Quyền, thành phố Hải Phòng: Công dân khiếu nại quận ra quyết định thu hồi đất sai đối tượng", http://congly.vn/dieu-tra-diem-nong/quan-ngo-quyen-tp-hai-phong-cong-dan-khieu-nai-quan-ra-quyet-dinh-thu-hoi-dat-sai-doi-tuong-234010.html, truy cập ngày 18/8/2018. Qua bài báo cho thấy khiếu nại lần đầu đối với quyết định thu hồi đất của Ủy ban nhân dân cấp huyện sẽ được thụ lý giải quyết khiếu nại bởi Chủ tịch Ủy ban nhân dân cùng cấp.

theo Điều 73 Nghị định số 86/2011/NĐ-CP quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Thanh tra, thủ trưởng cơ quan thanh tra có thẩm quyền giải quyết khiếu nại của đối tượng thanh tra trong quá trình tiến hành hoạt động thanh tra, khiếu nại kết luận thanh tra, quyết định xử lý về thanh tra và cũng tại khoản 3 Điều 73 Nghị định số 86/2011/NĐ-CP quy định: "Trong trường hợp Thủ trưởng cơ quan quản lý, Thủ trưởng cơ quan thanh tra đã giải quyết nhưng đương sự còn khiếu nại thì việc giải quyết được thực hiện theo quy định của pháp luật về khiếu nại". Từ những phân tích trên, tác giả cho rằng, Mục 1 Chương III cần quy định cụ thể về thẩm quyền của Chánh thanh tra bộ, sở; Chánh thanh tra cấp huyện, cấp tỉnh.

Thứ tư, vị trí điều luật quy định về thẩm quyền của Thủ tướng Chính phủ và Tổng Thanh tra Chính phủ chưa hợp lý. Bởi hiện nay, quy định về thẩm quyền của hai chủ thể trên tại Điều 24 và 26 thuộc Mục 1 Chương III Luật Khiếu nại năm 2011 – quy định về thẩm quyền giải quyết khiếu nại, nhưng theo nội dung quy định thì hai chủ thể trên không có thẩm quyền giải quyết khiếu nại mà chủ yếu là thẩm quyền trong quản lý công tác giải quyết khiếu nại. Vì vậy, hai điều luật trên cần đưa vào Chương VI quy định về trách nhiệm của cơ quan, tổ chức, cá nhân có thẩm quyền trong việc quản lý công tác giải quyết khiếu nại sẽ phù hợp hơn.

3.2. Về trình tự giải quyết khiếu nại và thi hành kết quả giải quyết khiếu nại

Trình tự giải quyết khiếu nại bao gồm trình tự giải quyết khiếu nại lần đầu và lần hai được quy định trong Luật Khiếu nại năm 2011 và hướng dẫn chi tiết tại Nghị định số 75/2012/NĐ-CP và Thông tư số 07/2013/TT-TTCP quy định về quy trình giải quyết khiếu nại hành chính. Quy trình giải quyết khiếu nại gồm những bước sau: (i) Tiếp nhận, xem xét và thụ lý, (ii) Xác minh nội dung khiếu nại, (iii) Tổ chức đối thoại, (iv) Ban hành quyết định giải quyết khiếu nại, (iv) Gửi và thi hành quyết định giải quyết khiếu nại. Căn cứ quy định pháp luật hiện hành và thực tiễn công tác giải quyết khiếu nại, tác giả thấy rằng Luật Khiếu nại năm 2011 cần sửa đổi, bổ sung một số nội dung sau:

Một là, bổ sung quy định về tiếp nhận, xem xét, phân loại và xử lý đơn khiếu nại. Giai đoạn tiếp nhận, xem xét, phân loại và xử lý đơn khiếu nại rất quan trọng và khá phức tạp, nhưng vẫn chưa có những quy định cụ thể trong Luật, mặc dù nội dung này được Thanh tra Chính phủ ban hành một Thông tư riêng để hướng dẫn[6]. Vì vậy, nhằm đảm bảo tính bao quát và thống nhất của Luật Khiếu nại năm 2011, cần bổ sung những quy định về nguyên tắc, thẩm quyền, thời hạn xem xét, xử lý đơn khiếu nại.

Hai là, quy định mốc tính thời hạn thụ lý tại Điều 27 Luật Khiếu nại năm 2011 chưa phù hợp và chưa bao quát. Cụ thể, Điều 27 quy định: "Trong thời hạn 10 ngày, kể từ ngày nhận được khiếu nại thuộc thẩm quyền mà không thuộc một trong các trường hợp được quy định tại Điều 11 của Luật này, người có thẩm quyền giải quyết khiếu nại lần đầu phải thụ lý giải quyết... trường hợp không thụ lý giải quyết thì phải nêu rõ lý do". Theo tác giả, thời hạn xem xét thụ lý tính từ ngày "nhận được khiếu nại thuộc thẩm quyền" là chưa phù hợp. Bởi khi tiếp

[6] Xem chi tiết tại Thông tư số 07/2014/TT-TTCP ngày 31/10/2014 của Thanh tra Chính phủ quy định quy trình xử lý đơn khiếu nại, đơn tố cáo, đơn kiến nghị, phản ánh.

nhận đơn khiếu nại, vụ việc khiếu nại, chưa thể xác định ngay vụ việc đó có đúng thẩm quyền giải quyết của mình hay không. Do đó, mốc tính thời hạn cần quy định tính từ ngày "nhận được đơn khiếu nại và tài liệu kèm theo đúng quy định". Bên cạnh đó, cần bổ sung trường hợp trong thời gian xem xét thụ lý, nếu người khiếu nại nộp thêm hồ sơ, tài liệu liên quan đến vụ việc thì thời hạn thụ lý được tính như thế nào. Trường hợp này vẫn tính từ ngày nhận đơn khiếu nại lần đầu hay ngày nhận được tài liệu, chứng cứ bổ sung sau đó? Tác giả cho rằng, trường hợp này mốc tính thời hạn thụ lý cần được xác định tùy theo tính chất tài liệu, chứng cứ mà người khiếu nại bổ sung, cụ thể: (i) Nếu tài liệu, chứng cứ mới bổ sung không ảnh hưởng đến quá trình xác định thẩm quyền giải quyết thì thời hạn thụ lý được tính từ ngày đã nhận đơn khiếu nại trước đó; (ii) Nếu đánh giá sơ bộ tài liệu, chứng cứ cho thấy tài liệu, chứng cứ mới bổ sung có ảnh hưởng đến xác định thẩm quyền hay thay đổi yêu cầu của người khiếu nại thì thời hạn thụ lý được tính lại từ ngày nhận được tài liệu, chứng cứ mới bổ sung.

Ba là, bổ sung quy định về các trường hợp tạm đình chỉ, đình chỉ giải quyết vụ việc và nhập, tách vụ khiếu nại trong quá trình giải quyết khiếu nại. Hiện nay, theo quy định của Luật Khiếu nại năm 2011, trường hợp duy nhất đình chỉ giải quyết khiếu nại là trường hợp người khiếu nại rút khiếu nại và không quy định về các trường hợp tạm đình chỉ. Thực tiễn giải quyết khiếu nại thời gian qua đã phát sinh nhiều tình huống thiếu cơ sở pháp lý để xử lý như: Trong quá trình giải quyết khiếu nại người khiếu nại chết; sau khi thụ lý vụ việc và yêu cầu người khiếu nại cung cấp thêm tài liệu, chứng cứ nhưng không thể liên hệ được hoặc họ không cung cấp sau nhiều lần gửi văn bản yêu cầu của cơ quan có thẩm quyền…[7]. Để tạo căn cứ pháp lý rõ ràng trong thực tiễn áp dụng, Luật cần bổ sung quy định cụ thể những trường hợp tạm đình chỉ và đình chỉ giải quyết khiếu nại, hệ quả của việc tạm đình chỉ và đình chỉ. Đồng thời, nhằm đảm bảo nguyên tắc giải quyết khiếu nại nhanh chóng, chính xác và tiết kiệm, Luật cần quy định về nhập và tách vụ việc khiếu nại.

Bốn là, quy định về biện pháp khẩn cấp tạm thời tại Điều 35 Luật Khiếu nại năm 2011 chưa thật đầy đủ. Theo quy định hiện hành, trong quá trình giải quyết khiếu nại, người giải quyết khiếu nại chỉ có thể áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời duy nhất là "tạm đình chỉ thi hành quyết định hành chính bị khiếu nại". Như vậy, đối với hành vi hành chính, không có biện pháp khẩn cấp để can thiệp hoặc những biện pháp cần thiết khác nhằm đảm bảo việc giải quyết vụ việc khiếu nại hoặc quyền và lợi ích của người khác có liên quan đến vụ việc đang được giải quyết. Vì vậy, Luật cần bổ sung quy định về biện pháp khẩn cấp tạm thời trong quá trình giải quyết khiếu nại là: Tạm dừng hành vi hành chính, cấm hoặc buộc thực hiện những hành vi nhất định.

Năm là, bổ sung quy định xử lý kết quả "đối thoại thành" nhằm đảm bảo kết quả đối thoại của các bên, giải quyết triệt để vụ việc và rút ngắn thủ tục hành chính trong giải quyết khiếu nại. Theo quy định về trình tự giải quyết khiếu nại, trường hợp các bên có

[7] Đây là những nội dung tác giả trao đổi trực tiếp với những người làm công tác tiếp công dân, thanh tra và thấy rằng chưa được quy định trong Luật Khiếu nại cùng các văn bản hướng dẫn thi hành. Đồng thời, đây là những tình huống có thể xảy ra trong thực tiễn.

đối thoại thành và thống nhất cao với kết quả đối thoại, người có thẩm quyền giải quyết khiếu nại vẫn phải thực hiện tiếp các bước sau là ban hành quyết định giải quyết khiếu nại và gửi quyết định giải quyết khiếu nại. Pháp luật hiện hành quy định kết quả đối thoại là một trong những căn cứ ban hành quyết định giải quyết khiếu nại (khoản 5 Điều 30 Luật Khiếu nại năm 2011). Qua thực tế tìm hiểu ở một số địa phương, nếu đối thoại thành và người giải quyết khiếu nại xét thấy kết quả đối thoại đúng quy định pháp luật, đảm bảo quyền lợi các bên thì sẽ vận động người khiếu nại rút đơn và người bị khiếu nại thực hiện theo kết quả đối thoại, khi đó vụ việc sẽ được đình chỉ. Tuy nhiên, việc thực hiện kết quả đối thoại của người bị khiếu nại không được kiểm soát và đảm bảo trên thực tế[8]. Tác giả cho rằng, để đảm bảo kết quả đối thoại giữa các bên và để vụ việc được giải quyết nhanh chóng, hiệu quả, Luật Khiếu nại năm 2011 cần xem xét bổ sung quy định xử lý kết quả đối thoại thành trên tinh thần tham khảo Điều 140 Luật Tố tụng Hành chính năm 2015. Cụ thể, trường hợp các bên đối thoại thành, người giải quyết khiếu nại xét thấy kết quả đối thoại đúng quy định pháp luật và đảm bảo quyền, lợi ích hợp pháp của các bên thì trong thời hạn 07 ngày kể từ ngày lập biên bản đối thoại thành, người bị khiếu nại phải sửa đổi, bổ sung, hủy bỏ hoặc ban hành quyết định hành chính mới, chấm dứt hành vi hành chính theo kết quả đối thoại; người khiếu nại phải nộp đơn xin rút khiếu nại. Nếu hết thời hạn này mà đương sự không thực hiện theo kết quả đối thoại, người có thẩm quyền giải quyết khiếu nại sẽ ban hành quyết định giải quyết khiếu nại. Trường hợp, các bên đều đã thực hiện theo kết quả đối thoại, người giải quyết khiếu nại phải gửi kết quả thực hiện đó đến đương sự trong vụ việc. Trong thời gian 07 ngày kể từ ngày nhận được thông báo về việc thực hiện kết quả đối thoại của người giải quyết khiếu nại mà các đương sự không có ý kiến gì, người có thẩm quyền giải quyết khiếu nại ban hành quyết định công nhận kết quả đối thoại thành và đình chỉ giải quyết khiếu nại.

Sáu là, bổ sung quy định chi tiết về thi hành kết quả giải quyết khiếu nại và xem xét lại việc giải quyết khiếu nại có vi phạm pháp luật. Mặc dù, Mục 4 Chương III Luật Khiếu nại năm 2011 quy định về thi hành quyết định giải quyết khiếu nại, nhưng chỉ là những quy định chung về trách nhiệm thi hành. Tác giả cho rằng, Luật cần quy định chi tiết về trình tự thi hành kết quả giải quyết khiếu nại, nhất là khi việc thi hành liên quan đến nhiều cơ quan, tổ chức, cá nhân khác; đồng thời quy định nguyên tắc cụ thể xử lý hành vi vi phạm trong quá trình thi hành quyết định giải quyết khiếu nại. Bên cạnh đó, Luật Khiếu nại năm 2011 cần ghi nhận và bổ sung quy định cụ thể về quyền yêu cầu xem xét lại việc giải quyết khiếu nại có vi phạm pháp luật, thẩm quyền và trình tự xem xét lại, làm tiền đề cho Nghị định quy định chi tiết hơn nội dung này.

Có thể nói, hoàn thiện quy định của Luật Khiếu nại năm 2011 nhằm tạo cơ sở pháp lý thống nhất, chặt chẽ và bao quát của hệ thống văn bản quy phạm pháp luật khiếu nại; góp phần tích cực vào công cuộc xây dựng nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa ở nước ta. Vì vậy, tác giả cho rằng việc sửa đổi, bổ sung Luật Khiếu nại năm 2011 cần sớm được thực hiện trong thời gian tới.

[8] Đây là nội dung tác giả trao đổi trực tiếp với các thanh tra viên của Thanh tra tỉnh Kiên Giang.

PHÁP LUẬT VỀ GIA NHẬP THỊ TRƯỜNG Ở VIỆT NAM HIỆN NAY

Phạm Hữu Nghị*
Nguyễn Thu Dung**

Tóm tắt: *Bài viết phân tích, đánh giá pháp luật về gia nhập thị trường ở Việt Nam, qua đó, các tác giả đưa ra những đánh giá mặt tích cực, đồng thời chỉ ra những hạn chế của pháp luật về trình tự, thủ tục gia nhập thị trường, về điều kiện kinh doanh và các nguồn lực gia nhập thị trường.*

Abstract: *The article analyzes and assesses the law on market entry in Vietnam, thereby, the authors provides assessment of positive aspects of, points out shortcomings of the law on procedures, business conditions and resources for market entry.*

Đặt vấn đề

Dưới góc độ kinh tế, gia nhập thị trường dùng để chỉ các hoạt động nhằm mục đích đưa sản phẩm hoặc dịch vụ của doanh nghiệp tới thị trường mục tiêu[1]. Theo Ngân hàng thế giới, một trong những chỉ số quan trọng khi đánh giá môi trường kinh doanh là chỉ số "Start a business" – khởi sự kinh doanh (gồm các yếu tố về thủ tục, thời gian, chi phí thực hiện)[2]. Cho dù ở phạm vi tiếp cận nào thì việc gia nhập thị trường luôn có ý nghĩa quan trọng trong việc hiện thực hóa quyền tự do kinh doanh. Theo đó, quyền tự do kinh doanh sẽ được cải thiện nếu việc gia nhập thị trường thực sự dễ dàng cho tổ chức, cá nhân. Do đó, các trình tự, thủ tục của việc gia nhập thị trường là một thước đo quan trọng cho việc thực hiện quyền tự do kinh doanh.

Pháp luật về gia nhập thị trường là tập hợp các quy định pháp luật về trình tự, thủ tục bắt đầu một hoạt động kinh doanh của tổ chức, cá nhân. Có quan điểm cho rằng, pháp luật về gia nhập thị trường chủ yếu thể hiện qua việc đăng ký, thành lập doanh nghiệp (đăng ký mới). Tuy nhiên, theo quan điểm của chúng tôi, pháp luật về gia nhập thị trường, ngoài những trình tự, thủ tục thành lập doanh nghiệp còn bao gồm các nội dung: Vấn đề tiếp cận đất đai, tiếp cận vốn, tiếp cận thị trường hoặc các thay đổi pháp lý khi doanh nghiệp thực hiện các hoạt động mở rộng sản xuất kinh doanh... Đây là các yếu tố rất quan trọng để đánh giá về pháp luật gia nhập thị trường ở Việt Nam.

Các quy định pháp luật về gia nhập thị trường hiện nay chủ yếu thể hiện trong Hiến pháp năm 2013, Luật Doanh nghiệp năm 2014, Luật Đầu tư năm 2014 và một số các luật chuyên ngành như Luật Các tổ chức tín dụng, Luật về Hợp tác xã, Luật Đất đai…

* PGS.TS., ** ThS., Viện Nhà nước và Pháp luật.

[1] http://www.businessdictionary.com/definition/market-entry.html, truy cập ngày 6/8/2018.

[2] Doing business, http://www.doingbusiness.org/reports/global-reports/~/media/WBG/DoingBusiness/Documents/Annual-Reports/English/DB18-Chapters/DB18-About-Doing-Business.pdf, truy cập ngày 6/8/2018.

Tuy nhiên, những chỉnh sửa và sửa đổi được thể hiện nhiều nhất ở trình tự, thủ tục đăng ký thành lập doanh nghiệp, thể hiện qua các "phiên bản" của Luật Doanh nghiệp, Luật Đầu tư.

1. Những kết quả tích cực của pháp luật gia nhập thị trường

Trải qua quá trình ban hành mới, sửa đổi, bổ sung, pháp luật về gia nhập thị trường ở Việt Nam đã phần nào cụ thể hóa "Quyền tự do kinh doanh" theo tinh thần của Hiến pháp năm 2013 là mở rộng và không có giới hạn về quyền tự do kinh doanh (tự do trong giới hạn mở). Tinh thần nói trên của Hiến pháp đã được các văn bản pháp luật cụ thể hóa, thể hiện ở các khía cạnh sau:

Thứ nhất, các quy định pháp luật ngày càng tạo thuận lợi cho các nhà đầu tư, doanh nghiệp mở rộng nhiều quyền lựa chọn về hình thức, phạm vi và điều kiện hoạt động như tự do lựa chọn hình thức doanh nghiệp, hình thức đầu tư, hình thức kinh doanh, hình thức sử dụng đất, hình thức giao dịch, hình thức giải quyết tranh chấp; tự do thỏa thuận, tự do thuê, sử dụng lao động, tự do sử dụng, định đoạt tài sản của doanh nghiệp, góp vốn, hợp tác kinh doanh…

Thứ hai, các quy định hiện hành cũng phần nào tạo điều kiện cho các doanh nghiệp được tiếp cận thị trường, tiếp cận các nguồn lực: Đất đai, vốn, nhân lực thuận lợi hơn, mở ra cho cộng đồng nhà đầu tư, doanh nghiệp khởi nghiệp và phát triển hoạt động kinh doanh với số lượng ngày càng tăng, quy mô ngày càng lớn, lĩnh vực ngày càng đa dạng, ngày càng đáp ứng nhu cầu mạnh mẽ phát triển kinh tế, xã hội của đất nước.

Thứ ba, thủ tục đăng ký thành lập doanh nghiệp được quy định rõ ràng hơn với thời gian thực hiện ngắn hơn và chi phí tuân thủ tiết kiệm hơn. Điều này thể hiện ở chỉ số chi phí gia nhập thị trường trong Báo cáo năng lực cạnh tranh cấp tỉnh (PCI) ngày càng được cải thiện[3]. Hiện nay, thời hạn cấp đăng ký doanh nghiệp là 3 ngày[4], rút ngắn 7 ngày so với quy định tại Luật Doanh nghiệp năm 2005[5]. Từ chỗ các doanh nghiệp muốn thành lập phải trải qua các thủ tục cấp phép mang tính "xin-cho" với rất nhiều loại giấy tờ, mất nhiều công sức, tiền bạc và thời gian; tới nay đã rút ngọn lại thành thủ tục đăng ký kinh doanh khá đơn giản (chỉ mang tính thông báo), các thủ tục liên quan được

[3] Chi phí gia nhập thị trường là chỉ số đo lường thời gian một doanh nghiệp cần để đăng ký doanh nghiệp, xin cấp đất (số ngày) và nhận được mọi loại giấy phép, hoàn thành mọi thủ tục cần thiết để tiến hành hoạt động kinh doanh.

[4] Mặc dù chỉ số khởi nghiệp của Việt Nam trong những năm gần đây liên tục giảm, tuy nhiên, đại diện của Bộ Kế hoạch và Đầu tư thì cho rằng cách đánh giá của WB là thiếu khách quan và không đúng với quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2014, Việt Anh, *Đánh giá thực chất chỉ số khởi sự kinh doanh*, https://baodautu.vn/danh-gia-thuc-chat-chi-so-khoi-su-kinh-doanh-d54199.html, truy cập ngày 6/8/2018. Quy trình khởi sự kinh doanh ở Việt Nam bao gồm 9 bước, trong đó có 4 bước thuộc phạm vi quản lý nhà nước của Bộ Kế hoạch và Đầu tư (kiểm tra tên doanh nghiệp, thực hiện thủ tục đăng ký doanh nghiệp đồng thời là thủ tục đăng ký thuế tại phòng đăng ký kinh doanh địa phương; làm con dấu doanh nghiệp; đăng ký mẫu dấu với cơ quan đăng ký kinh doanh; công bố thông tin đăng ký doanh nghiệp trên Cổng Thông tin quốc gia về đăng ký doanh nghiệp). 5 bước còn lại thuộc phạm vi của Ngân hàng Nhà nước, Bộ Tài chính, Bộ Lao động - Thương binh và Xã hội, Bảo hiểm Xã hội Việt Nam.

[5] Điều 15 Luật Doanh nghiệp năm 2005.

tích hợp (đăng ký mã số thuế, làm con dấu) với các thời hạn ngắn hơn nhiều so với trước đây[6].

2. Những hạn chế của pháp luật về gia nhập thị trường

Mặc dù đã qua nhiều lần sửa đổi, bổ sung theo hướng ngày càng phù hợp với kinh tế thị trường, bảo đảm quyền tự do kinh doanh, tuy nhiên, pháp luật gia nhập thị trường vẫn còn không ít những hạn chế. Quá trình gia nhập thị trường của doanh nghiệp vẫn gặp phải những rào cản pháp lý sau đây:

2.1. Rào cản từ trình tự, thủ tục gia nhập thị trường giữa các quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2014 và các luật chuyên ngành

Mặc dù, trình tự, thủ tục đăng ký thành lập doanh nghiệp đã có nhiều sửa đổi tiến bộ, tuy nhiên, vẫn còn khá nhiều thủ tục có tính chất "bỏ lửng", thiếu quy định, thiếu hướng dẫn chi tiết hoặc có sự không rõ ràng giữa luật chung và luật riêng.

Ví dụ: Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định doanh nghiệp được kinh doanh ngành, nghề mà pháp luật không cấm, tuy nhiên, việc đăng ký ngành, nghề kinh doanh nào lại dựa vào hệ thống ngành, nghề kinh tế quốc dân. Vì thế, trong trường hợp ngành, nghề đăng ký không nằm trong bất kỳ một hệ thống phân loại nào thì không thể xếp nhóm ngành hoặc doanh nghiệp không dám thực hiện quyền tự do lựa chọn ngành, nghề đó vì lo ngại có thể bị cấm.

Các thủ tục về mở rộng hoạt động sản xuất kinh doanh, thay đổi vốn điều lệ, góp vốn, tăng vốn đòi hỏi khá nhiều thủ tục phức tạp, trong khi đây lại là những hoạt động quan trọng để doanh nghiệp bắt đầu một chu trình kinh doanh mới.

Theo quy định từ Điều 20 đến Điều 23 Luật Doanh nghiệp năm 2014, đối với từng loại hình doanh nghiệp, khi đăng ký thành lập sẽ được yêu cầu chi tiết về thành phần hồ sơ. Khoản 2 Điều 9 của Nghị định 78/2015/NĐ-CP về đăng ký doanh nghiệp quy định: "*Cơ quan đăng ký kinh doanh không được yêu cầu người thành lập doanh nghiệp hoặc doanh nghiệp nộp thêm hồ sơ hoặc giấy tờ khác ngoài các giấy tờ trong hồ sơ đăng ký doanh nghiệp theo quy định".* Tuy nhiên, theo Công văn số 2544/BXD-QLN ngày 19/11/2009 của Bộ Xây dựng về việc thực hiện các quy định về quản lý nhà chung cư, gửi đến các Uỷ ban nhân dân thành phố Hà Nội; thành phố Hồ Chí Minh; thành phố Hải Phòng; thành phố Đà Nẵng; tỉnh Nghệ An và tỉnh Thanh Hóa, khi đăng ký trụ sở công ty tại một căn hộ nằm trong cao ốc phức hợp để ở và thương mại, Sở Kế hoạch Đầu tư buộc nhà đầu tư phải chứng minh quyền được dùng căn hộ để làm trụ sở công ty. Vấn đề đặt ra ở đây là Sở Kế hoạch Đầu tư có quyền yêu cầu nhà đầu tư nộp hồ sơ chứng minh quyền được đặt trụ sở công ty tại căn hộ đã thuê không?

Tương tự, đối với một số ngành nghề kinh doanh, khi đăng ký thành lập doanh nghiệp, cần có giấy phép thành lập trước từ các bộ chuyên ngành. Ví dụ lĩnh vực sản xuất phân bón, thuốc trừ sâu do Bộ Nông nghiệp và Phát triển Nông thôn cấp; lĩnh vực thuốc chữa bệnh cho người do Bộ Y tế cấp;… Vậy Sở Kế hoạch Đầu tư có được

[6] VCCI, *Báo cáo nghiên cứu Xây dựng hệ thống pháp luật kinh doanh khuyến khích phát triển kinh tế thị trường*, năm 2016, tr. 28.

quyền yêu cầu nhà đầu tư cung cấp các giấy phép này ngoài thành phần hồ sơ đã ấn định trong Luật Doanh nghiệp năm 2014 không[7]?

2.2. Rào cản từ các quy định về điều kiện kinh doanh

Luật Đầu tư năm 2014 là một bước đột phá mạnh mẽ về các quy định liên quan đến điều kiện kinh doanh. Lần đầu tiên trong văn bản luật, mục tiêu khi quy định về ngành, nghề đầu tư kinh doanh có điều kiện và điều kiện kinh doanh được xác định rõ ràng: "*Vì lý do quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, đạo đức xã hội, sức khỏe cộng đồng*" (Điều 7). Những mục tiêu này đã thể hiện quan điểm đúng đắn về cách hành xử của Nhà nước đối với các chủ thể kinh doanh, đó là chỉ kiểm soát các hoạt động tác động đến trật tự công. Danh mục tại Luật Đầu tư năm 2014 đã qua một lần sửa đổi năm 2016, điều chỉnh từ 267 xuống còn 243 ngành, nghề kinh doanh có điều kiện, trong đó đã loại bỏ khá nhiều ngành, nghề kinh doanh; sửa đổi phạm vi của một số ngành, nghề và bổ sung mới một số ngành, nghề. Hiện nay, các bộ quản lý chuyên ngành vẫn đang tiếp tục cắt giảm các điều kiện kinh doanh theo yêu cầu của Thủ tướng Chính phủ[8]. Ví dụ: Nghị định 25/2018/NĐ-CP sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định 60/2014/NĐ-CP về hoạt động in là một thành tựu của "chiến dịch" cắt giảm điều kiện kinh doanh. Theo đó, các quy định về máy móc, thiết bị, nhà xưởng, sổ ghi chép đã được sửa đổi phù hợp theo hướng loại bỏ hoàn toàn các điều kiện kinh doanh can thiệp vào quyền tự chủ của doanh nghiệp. Các quy định về người đứng đầu cơ sở in phải có bằng cao đẳng về ngành in, hay quy định cơ sở in chỉ được phép liên kết với vài ba cơ sở khác… cũng bị bãi bỏ do can thiệp vào quyền tự do kinh doanh của doanh nghiệp[9].

Tuy nhiên, quá trình cắt giảm điều kiện kinh doanh hiện còn đang tồn tại khá nhiều vấn đề. Nghị quyết 19/2018/NQ-CP đưa ra tỷ lệ 50% là tính chung cho điều kiện kinh doanh đã cắt bỏ và sửa đổi. Nhưng thực tế, có những điều kiện kinh doanh chỉ được cơ quan soạn thảo hạ thấp điều kiện, sửa một vài điểm nhỏ, thậm chí chỉ sửa câu, chữ. Bên cạnh đó, các loại điều kiện kinh doanh mới vẫn tiếp tục ra đời. Mỗi năm, có hơn một nghìn văn bản pháp luật được ban hành, hơn một nửa trong số đó là pháp luật kinh doanh. Ngoài ra, việc cắt giảm điều kiện kinh doanh chưa được thực hiện liên tục, thống nhất và đồng đều ở các bộ, ngành, có lúc rộ lên thành phong trào, có lúc lại bị lãng quên[10].

Mặc dù đã có hoạt động rà soát cắt giảm điều kiện kinh doanh, tuy nhiên, việc thiếu một cơ chế kiểm soát làm cho quá trình rà soát, đánh giá và cắt bỏ các điều kiện kinh doanh chậm chạp; phụ thuộc khá

[7] Phạm Thị Hồng Đào, *Một số hạn chế của Luật doanh nghiệp và Luật đầu tư năm 2014 cần hoàn thiện*, http://moj.gov.vn/qt/tintuc/Pages/nghien-cuu-trao-doi.aspx?ItemID=2066, truy cập ngày 10/8/2018.

[8] Nghị quyết 19/2018/NQ-CP của Chính phủ, Chỉ thị số 20/CT-TTg về tăng cường cải cách hoạt động kiểm tra chuyên ngành và cắt giảm, đơn giản hóa điều kiện kinh doanh.

[9] Hội thảo "*Điểm lại pháp luật kinh doanh sáu tháng đầu năm 2018*" do Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam (VCCI) ngày 31/7/2018.

[10] VCCI (2018), Báo cáo "*Điểm lại pháp luật kinh doanh sáu tháng đầu năm 2018*".

lớn vào mong muốn của các Bộ chuyên ngành. Vì thế, không tránh khỏi việc vẫn tồn tại rất nhiều điều kiện kinh doanh không đảm bảo tính hợp lý, tính khoa học và khả thi trong hệ thống pháp luật kinh doanh và tạo ra những rào cản cho doanh nghiệp như nhiều ngành nghề trong số đó không tác động đáng kể tới lợi ích công hoặc các điều kiện này đã kiểm soát quá mức hoặc có thể thay thế điều kiện kinh doanh bằng các biện pháp quản lý hành chính khác[11]. Ví dụ: Ngành nghề kinh doanh thức ăn thủy sản, thức ăn chăn nuôi đang bị kiểm soát quá mức. Với ngành, nghề kinh doanh này, khâu sản xuất thức ăn chăn nuôi, thức ăn thủy sản có thể sẽ tác động đến lợi ích công cộng (chất lượng thức ăn chăn nuôi, thức ăn thủy sản sẽ ảnh hưởng đến chất lượng của các vật nuôi, thủy sản; sức khỏe của người sử dụng các thực phẩm từ vật nuôi, thủy sản). Trong khi đó, hoạt động buôn bán thức ăn thủy sản, thức ăn chăn nuôi chưa có dấu hiệu ảnh hưởng đến trật tự công đến mức Nhà nước buộc phải can thiệp (chất lượng của sản phẩm đã được kiểm soát trước đó; quá trình mua bán sản phẩm cũng ít tác động đến chất lượng của hàng hóa).

Hay như đối với kinh doanh thực phẩm (thuộc phạm vi quản lý của cả ba Bộ là Bộ Công Thương, Bộ Nông nghiệp và Phát triển nông thôn, Bộ Y tế), các quy định đều không thể hiện rõ đây là những loại thực phẩm nào? Liệu có phải bao gồm tất cả các loại thực phẩm không? Hơn nữa, trong danh mục có một số loại hàng hóa thực phẩm cũng thuộc thẩm quyền quản lý của Bộ Công Thương nhưng được tách riêng ra thành các ngành, nghề kinh doanh có điều kiện (ví dụ: Gạo, thực phẩm đông lạnh). Khái niệm "thực phẩm thuộc lĩnh vực quản lý chuyên ngành của Bộ Công Thương" có thể chồng lấn với các nhóm hàng này. Trong khi đó, quan trọng nhất trong kiểm soát thực phẩm chính là an toàn thực phẩm. Do đó, các điều kiện kinh doanh cần tập trung ràng buộc các yêu cầu đối với quá trình sản xuất, kinh doanh đối với các loại thực phẩm này.

Đồng thời, khác với thế giới, việc xác định các điều kiện đầu tư kinh doanh hiện nay của Việt Nam hoặc buộc phải có văn bản chấp thuận của Nhà nước hoặc đưa vào sự tuân thủ của doanh nghiệp. Trình tự, thủ tục đối với các điều kiện đầu tư kinh doanh trong trường hợp buộc phải có văn bản chấp thuận tương đối rõ vì các điều kiện đầu tư kinh doanh đều được ghi nhận trên một văn bản cụ thể. Mặc dù, câu chuyện về trình tự, thủ tục ở Việt Nam không hề đơn giản, nhưng dù sao việc xác định điều kiện đầu tư kinh doanh còn rõ ràng, tạo cơ sở để xác định trách nhiệm, quyền và nghĩa vụ của Nhà nước cũng như của chủ thể kinh doanh. Các điều kiện kinh doanh không cần văn bản chấp thuận mới phức tạp bởi chúng chỉ phụ thuộc vào ý thức tuân thủ của doanh nghiệp. Mức độ tuân thủ các điều kiện kinh doanh không gắn với một văn bản chấp thuận cụ thể sẽ phụ thuộc rất nhiều vào năng lực kiểm tra, giám sát của cơ quan nhà nước.

2.3. Rào cản tiếp cận các nguồn lực gia nhập thị trường

[11] VCCI, *Báo cáo rà soát Điều kiện kinh doanh và quyền tự do kinh doanh ở Việt Nam*, năm 2018, tr. 10.

2.3.1. Về tiếp cận đất đai

Tiếp cận đất đai thực sự trở nên quan trọng đối với một dự án lớn, cần có diện tích để sản xuất và kinh doanh. Tuy nhiên, hiện nay, chỉ số tiếp cận đất đai và sự ổn định trong sử dụng đất năm 2017 cho thấy chiều hướng khó khăn hơn[12]. Doanh nghiệp đang gặp nhiều khó khăn trong việc tiếp cận đất đai, mở rộng mặt bằng kinh doanh. Doanh nghiệp cũng cảm thấy mức độ rủi ro bị thu hồi đất ngày càng cao[13]. Hiện các doanh nghiệp có ba cách tạo lập quỹ đất là: Tự đi giải tỏa, đi mua lại quỹ đất sạch có dự án hoặc hợp tác kinh doanh một bên có đất và một bên có tiền để cùng làm dự án.

Hiện nay, các quy định, chính sách thu hồi đất, giải phóng mặt bằng chưa được cải thiện, gây ra nhiều khó khăn, phiền hà cho doanh nghiệp khi tiếp cận quỹ đất sạch từ các địa phương vì pháp luật chỉ ghi nhận có thể lựa chọn, chứ chưa quy định hoàn toàn tự do lựa chọn, chưa hướng dẫn các trường hợp chuyển từ giao đất sang thuê đất hoặc từ thuê đất sang giao đất có thu tiền sử dụng đất. Đặc biệt, doanh nghiệp còn có xu hướng lo ngại hơn nữa về những thủ tục hành chính sẽ phải thực hiện liên quan đến mua bán, chuyển nhượng. Việc thiếu minh bạch về thông tin cũng là rào cản trong việc tiếp cận đất đai đối với doanh nghiệp.

2.3.2. Về tiếp cận vốn

Theo Ngân hàng thế giới, chỉ số tiếp cận tín dụng của Việt Nam đã có những cải thiện (năm 2018 tăng 3 bậc so với năm 2017)[14]. Tuy nhiên, theo Báo cáo đánh giá kinh tế Việt Nam thường niên năm 2017: "Tháo gỡ rào cản đối với sự phát triển của doanh nghiệp", tiếp cận tín dụng vẫn được coi là một trong những rào cản lớn nhất đối với doanh nghiệp ở Việt Nam.

Nguyên nhân là do tài sản thế chấp - trở ngại lớn nhất giữa doanh nghiệp và ngân hàng - vẫn chưa có cơ chế chính sách tháo gỡ. Nhìn một cách tổng thể, có thể thấy, rất nhiều doanh nghiệp có mong muốn được vay vốn tín chấp nhưng ngân hàng lại không muốn chịu quá nhiều rủi ro. Ngân hàng cũng là một doanh nghiệp, phải đảm bảo an toàn vốn của chính mình. Trong khi đó, đa phần doanh nghiệp của Việt Nam là doanh nghiệp ở quy mô nhỏ và vừa nên thiếu kinh nghiệm quản lý, không có tài sản thế chấp, lại thiếu minh bạch. Hiện có không ít doanh nghiệp đang sử dụng hai hệ thống sổ sách kế toán, không muốn niêm yết, chưa muốn kiểm toán, gây khó khăn cho ngân hàng trong xác minh thông tin. Hệ thống đánh giá tín nhiệm doanh nghiệp ở Việt Nam cũng gần như chưa phát triển. Do không có cơ sở để cho vay tín chấp, ngân hàng phải yêu cầu tài sản thế chấp và kiểm tra chặt tài sản thế chấp. Ngoài ra, cơ chế pháp lý để Nhà nước tham gia bảo lãnh cho doanh nghiệp hoặc các biện pháp hỗ trợ tài chính khác không cần tài sản bảo đảm chưa được xây dựng và ban hành một cách đầy đủ.

[12] Báo cáo Chỉ số năng lực cạnh tranh cấp tỉnh (PCI) năm 2017.

[13] Chỉ số điểm đạt được chỉ là 1.6/5. Đây là mức điểm thấp nhất trong 13 năm thực hiện điều tra PCI.

[14] Báo cáo Môi trường kinh doanh 2018 (Doing Business Report 2018) của Ngân hàng Thế giới (WorldBank), chỉ số Tiếp cận tín dụng (Getting credit) của Việt Nam xếp thứ hạng 29 trên tổng số 190 quốc gia được khảo sát, đạt 75 điểm trên thang điểm 100.

3. Giải pháp hoàn thiện pháp luật về gia nhập thị trường làm nền tảng pháp lý cho việc thực hiện pháp luật kinh doanh của doanh nghiệp

Cải cách hơn nữa thủ tục gia nhập thị trường để tạo thuận lợi tối đa cho nhà đầu tư, đồng thời nâng cao thứ hạng cạnh tranh của môi trường kinh doanh Việt Nam trên các bảng xếp hạng thế giới là những mục tiêu lớn của mọi chính sách của Nhà nước về pháp luật kinh doanh. Ở giai đoạn gia nhập thị trường, với những hạn chế, bất cập đã được chỉ ra ở phần hiện trạng, chúng tôi đề xuất một số giải pháp sau:

(i) Rút gọn và đơn giản hóa tối đa các thủ tục gia nhập thị trường, đồng thời đồng bộ hóa giữa các quy định của luật chung và luật chuyên ngành về gia nhập thị trường của doanh nghiệp

Tiếp cận ở góc độ về thủ tục hành chính tốt của Liên minh châu Âu cho thấy, thủ tục hành chính được xem xét ở góc độ quyền của mỗi cá nhân đối với thủ tục hành chính tốt (right to good administration)[15], nghĩa là quyền được đối xử vô tư, công bằng và trong thời gian hợp lý từ phía các cơ quan nhà nước[16]. Quyền đối với hành chính tốt còn bao gồm cả quyền của mỗi cá nhân trong việc yêu cầu Nhà nước bồi thường bất kỳ tổn thất nào gây ra bởi cơ quan hoặc công chức nhà nước trong quá trình thực thi nhiệm vụ. Thái độ hành chính tốt hoặc một thủ tục hành chính tốt là phải đảm bảo tính hiệu quả, tính liên tục, tính trách nhiệm và trách nhiệm giải trình của các cơ quan nhà nước. Vì thế, thủ tục hành chính dù ở bất cứ lĩnh vực nào hay cụ thể trong pháp luật kinh doanh cũng phải đảm bảo các yêu cầu tối thiểu, đó là tính hiệu quả, tính liên tục, tính trách nhiệm và trách nhiệm giải trình của các cơ quan nhà nước.

Do đó, cần có biện pháp rà soát các thủ tục pháp lý về gia nhập thị trường hiện hành tại Luật Doanh nghiệp năm 2014 và các luật chuyên ngành theo tiêu chí của một "thủ tục hành chính tốt". Từ đó, cần hủy bỏ những thủ tục không cần thiết, sửa đổi, bổ sung các thủ tục cần thiết theo hướng hiệu quả, liên tục, trách nhiệm và trách nhiệm giải trình.

(ii) Xây dựng cơ chế kiểm soát việc ban hành, chỉnh sửa, hủy bỏ các điều kiện kinh doanh

Có thể thấy, theo tinh thần của Luật Doanh nghiệp năm 2014 và Luật Đầu tư năm 2014, điều kiện đầu tư kinh doanh được hiểu là các yêu cầu của Nhà nước đối với một ngành, nghề đầu tư kinh doanh nào đó, nhằm mục tiêu quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, đạo đức xã hội, sức khỏe cộng đồng mà doanh nghiệp phải đáp ứng trước khi bắt đầu hoạt động kinh doanh và duy trì việc tuân thủ các điều kiện trong suốt quá trình thực hiện hoạt động đầu tư, kinh doanh của mình.

Trường hợp điều kiện kinh doanh không cần cấp phép như đã phân tích nhưng trên thực tế, để doanh nghiệp tuân thủ các điều kiện đó họ phải thực hiện các thủ tục khác để có được giấy chứng nhận khác từ phía các cơ quan nhà nước. Vì thế, việc quy

[15] The European Code of Good Administrative Behaviour, annex1-european-ombudsman-code-of-good-administrative-behaviour.pdf, truy cập ngày 18/8/2018, tr. 7.

[16] Quyền này bao gồm quyền được lắng nghe khi bị áp dụng các biện pháp cá biệt có thể gây bất lợi cho mỗi cá nhân; quyền tiếp cận các thông tin liên quan cá nhân. Quyền này cũng bao gồm cả yêu cầu giải thích về các quyết định hành chính của cơ quan nhà nước.

định về các điều kiện kinh doanh không cần cấp phép gần như là không còn giá trị, đồng thời tạo ra khoảng trống pháp lý để các cơ quan nhà nước có thể ban hành các yêu cầu pháp lý không minh bạch, không rõ ràng.

Trên thế giới, việc thiết lập các điều kiện kinh doanh cho một quy trình sản xuất hoặc cung ứng dịch vụ là điều bình thường. Bởi, hướng dẫn của World Bank đã chỉ rõ, đối tượng của các giấy phép kinh doanh rất cụ thể. Nó có thể hướng tới đối tượng là sản phẩm hoặc dịch vụ, hoặc đối tượng là thể nhân sản xuất hoặc cung ứng hàng hóa hoặc dịch vụ đó, hoặc nó cũng có thể là địa điểm nơi sản xuất hoặc cung ứng hàng hóa hoặc dịch vụ đó. Vì thế, địa điểm sản xuất hoặc quy trình sản xuất của những hàng hóa hoặc dịch vụ nào đó có tác động lớn đến trật tự công thì đều có thể trở thành đối tượng của điều kiện kinh doanh và phải được thể hiện bằng một hình thức pháp lý cụ thể.

Như vậy, có thể thấy, việc nhận diện điều kiện kinh doanh ở Việt Nam cần có những thay đổi nhất định về góc độ tiếp cận, lưu ý ở một số điểm sau:

Thứ nhất, nhận diện điều kiện kinh doanh phải có khái niệm rõ ràng về điều kiện kinh doanh khi thể hiện ở hai tính chất đặc trưng của điều kiện kinh doanh đó là tính phù hợp và tính tương xứng như đã phân tích ở trên. Nói cách khác, các điều kiện kinh doanh không chỉ thỏa mãn về mặt mục tiêu mà còn phải phù hợp về tính hiệu quả, tính cân xứng của việc ban hành điều kiện kinh doanh với tác động tới quyền tự do kinh doanh của các chủ thể.

Thứ hai, nhận diện điều kiện kinh doanh phải thống nhất được đối tượng điều chỉnh của các điều kiện kinh doanh. Nếu đối tượng điều chỉnh của điều kiện kinh doanh là nơi sản xuất hoặc nơi cung ứng dịch vụ, nhất thiết nó phải được điều chỉnh bởi các quy định về điều kiện kinh doanh mà không phải là các quy định pháp luật khác để tránh hiện tượng "lẩn tránh" pháp luật.

Thứ ba, về hình thức pháp lý, để bảo đảm tính thống nhất, các điều kiện kinh doanh cần phải được thể hiện bằng một văn bản chấp thuận duy nhất của cơ quan nhà nước (tránh hiện tượng "giấy phép con", "giấy phép cháu") để làm cơ sở cho việc xác định sự cho phép của cơ quan nhà nước đối với hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp. Nói cách khác, sự cho phép của cơ quan nhà nước cần thiết phải được thể hiện bằng hình thức pháp lý cụ thể để xác định ranh giới giữa việc đồng ý hoặc không đồng ý của cơ quan nhà nước, tránh sự không rõ ràng như quy định hiện nay.

(iii) Rà soát và chỉnh sửa chính sách hỗ trợ gia nhập thị trường một cách rõ ràng, minh bạch

Tiếp cận đất đai, tiếp cận vốn, tiếp cận khoa học công nghệ... là những đòi hỏi, yêu cầu cấp thiết của các doanh nghiệp khi bắt đầu gia nhập thị trường. Vì thế, cần thiết phải rà soát các chính sách hỗ trợ doanh nghiệp tiếp cận thị trường hiện nay để chỉnh sửa những chính sách không phù hợp theo các định hướng như sau:

Về mặt thiết chế, cần thống nhất chức năng của các cơ quan nhà nước có nhiệm vụ hỗ trợ doanh nghiệp, cung cấp thông tin, tư vấn cho doanh nghiệp về đất đai, về vốn, về khoa học công nghệ. Đồng thời, chuẩn hóa các dịch vụ công do chủ thể này cung cấp, thống nhất đầu mối thực hiện ở các địa phương. Ngoài ra, có thể áp dụng

theo mô hình trợ giúp theo khu vực khi thiết lập ở ba khu vực của Việt Nam để thực hiện việc hỗ trợ các thông tin, tư vấn cho doanh nghiệp.

Về tiếp cận đất đai, trước tiên, cần có cơ chế để "Quỹ phát triển đất" hoạt động hiệu quả, và phối hợp chặt chẽ với "Tổ chức phát triển quỹ đất" để thực hiện được vai trò tạo quỹ đất sạch cho đầu tư phát triển; giải phóng mặt bằng theo quyết định thu hồi đất để thực hiện kế hoạch sử dụng đất theo quy hoạch đã được duyệt; thực hiện đấu giá đất để lựa chọn nhà đầu tư, góp phần tạo lập môi trường đầu tư minh bạch, bình đẳng.

Về tiếp cận vốn, cần nhanh chóng phát triển và đưa vào hoạt động hệ thống bảo lãnh tín dụng cho các doanh nghiệp, nhằm giúp các doanh nghiệp có cơ sở tiếp cận vốn vay ngân hàng, khai thông hoạt động kinh doanh trong điều kiện tài sản thế chấp không đủ. Hệ thống này có vai trò cung cấp bảo lãnh tín dụng, đồng thời hỗ trợ thông tin cho cả phía doanh nghiệp và phía tổ chức tín dụng. Để Quỹ bảo lãnh tín dụng hoạt động có hiệu quả, cần có quy định chi tiết, cụ thể về đối tượng được ưu tiên theo thứ tự, tránh việc ưu tiên chỉ một nhóm doanh nghiệp được bảo lãnh; ưu tiên bảo lãnh tín dụng ngắn hạn cho các doanh nghiệp gặp khó khăn trước, bảo lãnh tín dụng dài hạn sau; mở rộng thêm nhóm đối tượng bảo lãnh tín dụng thương mại thay cho bảo lãnh tín dụng ngân hàng… Đồng thời, cần ghi nhận nghĩa vụ duy trì Quỹ bảo lãnh tín dụng đối với các doanh nghiệp được bảo lãnh tín dụng.

Kinh nghiệm về bảo lãnh tín dụng ở Anh có thể là một ví dụ tốt về một hệ thống bảo lãnh tín dụng tốt dành cho các doanh nghiệp nhỏ và vừa. Chính phủ Anh đã thiết lập cơ chế bảo đảm khoản vay cho các doanh nghiệp nhỏ (Small Firms Loan Guarantee Scheme – SFLGS[17]). Qua đó, Chính phủ cam kết bảo đảm cho 75% khoản vay của các ngân hàng cho các doanh nghiệp nhỏ mà không thể vay vốn theo các yêu cầu thông thường. Đổi lại sự bảo đảm đó, những doanh nghiệp vay vốn phải trả một khoản phí bảo hiểm cho Nhà nước (2% một năm). Như vậy, có thể thấy, thông qua cơ chế này, những rủi ro do thông tin bất cân xứng trong việc hỗ trợ tiếp cận tài chính cho các doanh nghiệp nhỏ và vừa đã được chuyển từ các ngân hàng sang cho Nhà nước. Vì thế, Nhà nước vừa đóng vai trò kết nối giữa hai bên có nhu cầu, đồng thời vừa là người cung cấp thông tin để giảm thiểu các rủi ro cho cả hai bên tham gia giao dịch.

Để đảm bảo hiệu quả của việc hỗ trợ tiếp cận tài chính, Nhà nước cần xác định vị trí và vai trò trung tâm của Quỹ bảo lãnh tín dụng với vai trò là bên trung gian cung cấp thông tin, kết nối, đồng hành cùng với doanh nghiệp và ngân hàng trong việc thẩm định các dự án để làm cơ sở quyết định cho vay. Đối với các dự án Start-up có tính rủi ro cao, đã đến lúc Nhà nước tạo hành lang pháp lý cho sự ra đời của hoạt động đầu tư mạo hiểm và tách khỏi phạm vi bảo lãnh tín dụng thông thường. Đồng thời, bên cạnh việc thụ hưởng chính sách, doanh nghiệp cũng cần phải có nghĩa vụ ngược lại với Nhà nước, nhằm duy trì và nuôi dưỡng nguồn tài chính dành cho các doanh nghiệp nhỏ và vừa.

[17] *Small firm loan guaratee Scheme*, researchbriefings.files.parliament.uk/documents/SN00827/SN00827.pdf, truy cập ngày 20/6/2018.

PHÁP LUẬT VỀ VỊ TRÍ, VAI TRÒ VÀ CƠ CẤU TỔ CHỨC CỦA HỘI ĐỒNG QUẢN TRỊ TRONG CÔNG TY CỔ PHẦN

Cao Thanh Huyền*

Tóm tắt: *Trong cơ cấu quản trị nội bộ của công ty cổ phần, Hội đồng quản trị có vị trí và vai trò đặc biệt quan trọng. Bài viết tập trung phân tích cơ sở lý luận, thực trạng pháp luật và thực tiễn thực hiện pháp luật về vị trí, vai trò và cơ cấu tổ chức của Hội đồng quản trị trong công ty cổ phần ở Việt Nam hiện nay. Trên cơ sở đó, bài viết đưa ra một số kiến nghị hoàn thiện pháp luật về vấn đề này.*

Abstract: *Board of directors plays a key role in the structure of internal management of joint stock company. The article focuses on analysis of theoretical grounds of, legal provisions and their implementation regarding status, role and organization of board of directors of joint stock company in Vietnam. Based on that, it makes suggestions for improvement of the relevant law.*

1. Khái quát về vị trí, vai trò và cơ cấu tổ chức của Hội đồng quản trị trong công ty cổ phần

1.1. Vị trí và vai trò của Hội đồng quản trị trong cơ cấu quản trị nội bộ công ty cổ phần

Trong số các loại hình công ty, công ty cổ phần là loại hình có cơ cấu tổ chức quản lý phức tạp nhất với các cơ quan có chức năng riêng biệt, trong đó: Hội đồng quản trị (Board of directors) là cơ quan có vị trí quan trọng trong bộ máy quản trị nội bộ công ty cổ phần. Theo từ điển Investopedia, Hội đồng quản trị là một nhóm những cá nhân được bầu ra để đại diện cho các cổ đông trong công ty. Hội đồng được ủy nhiệm để thiết lập những chính sách quản lý và giám sát doanh nghiệp, đồng thời đưa ra các quyết định về các vấn đề chính trong công ty[1]. Bên cạnh đó, theo Business Dictionary, Hội đồng quản trị được hiểu là cơ quan quản trị của một công ty. Thông thường, thành viên của hội đồng được bầu bởi các cổ đông của công ty để quản trị công ty và chăm lo cho lợi ích của các cổ đông…[2]. Có thể thấy, có rất nhiều định nghĩa về Hội đồng quản trị đã được nêu ra, nhưng tóm lại có thể hiểu về cơ quan này thông qua các kết luận như sau: Hội đồng quản trị nhận trách nhiệm từ chủ sở hữu để quản lý và điều hành công ty; tập trung vào những vấn đề lớn như chiến lược, tổ chức, điều hành và các yếu tố thuộc về môi trường của công ty. Hội đồng quản trị là tập thể các cá nhân đại diện cho các cổ đông, chủ sở hữu và những người có lợi ích lớn từ công ty để quản lý công ty. Trong cơ cấu tổ chức của công ty, Hội đồng quản trị đứng ở vị trí trung gian giữa các chủ sở hữu (đại hội đồng cổ đông) và ban điều hành. Hội đồng quản trị chịu trách nhiệm chỉ đạo và

* ThS., Trường Đại học Luật Hà Nội.

[1] *What is a 'Board of Directors (B of D)',* https://www.investopedia.com/terms/b/boardofdirectors.asp, truy cập ngày 01/09/2018.

[2] *Board of Directors,* http://www.businessdictionary.com/definition/board-of-directors.html, truy cập ngày 01/09/2018.

xây dựng chiến lược, kế hoạch của công ty, chỉ đạo và giám sát các hoạt động của ban điều hành. Hội đồng quản trị hoạt động vì lợi ích của công ty, bảo vệ quyền lợi của các cổ đông[3].

Về vị trí của Hội đồng quản trị: Vị trí của Hội đồng quản trị trong công ty cổ phần có thể được lý giải khi xem xét về bản chất của mô hình doanh nghiệp này. Theo đó, công ty cổ phần là mô hình công ty mang tính đối vốn đậm nét, được thành lập để đáp ứng nhu cầu đầu tư kinh doanh quy mô lớn của các nhà đầu tư. Vì vậy, khi thành lập và trong suốt quá trình hoạt động, công ty cổ phần đặt mục tiêu huy động vốn lên hàng đầu thay vì quan tâm quá nhiều đến nhân thân của người góp vốn như đối với mô hình công ty đối nhân. Sự tham gia của các nhà đầu tư vào công ty cổ phần với tư cách người góp vốn sẽ làm thỏa mãn nhu cầu tích tụ, tập trung vốn để thực hiện hoạt động đầu tư kinh doanh của công ty. Càng nhiều người góp vốn, công ty càng có nhiều vốn để hiện thực hóa các ý tưởng kinh doanh, do đó, số lượng thành viên trong công ty cổ phần thường rất đông. Chính vì có số lượng thành viên đông nên tất cả các thành viên - cổ đông của công ty cổ phần không thể trực tiếp tham gia vào quá trình quản lý, điều hành hoạt động kinh doanh như đối với thành viên hợp danh trong công ty hợp danh. Thay vào đó, các cổ đông bầu ra những người có đủ năng lực, đủ sự tín nhiệm để đại diện cho họ trong việc quản lý, giám sát hoạt động của công ty và bảo vệ tốt nhất cho lợi ích của tất cả các cổ đông - chủ sở hữu thực sự của công ty cổ phần. Đây chính là tiền đề để hình thành nên Hội đồng quản trị - cơ quan trung gian kết nối các chủ sở hữu với ban điều hành, là cơ quan thay mặt cho các chủ sở hữu lãnh đạo công ty để đạt được những mục tiêu đã đề ra khi thành lập công ty.

Về vai trò của Hội đồng quản trị: Vai trò của Hội đồng quản trị thể hiện qua việc chịu trách nhiệm chỉ đạo và xây dựng chiến lược, kế hoạch của công ty, chỉ đạo và giám sát các hoạt động của ban điều hành. Hội đồng quản trị hoạt động vì lợi ích của công ty, bảo vệ quyền lợi của các cổ đông. Những vai trò này của Hội đồng quản trị có thể được lý giải thông qua nền tảng lý thuyết: Lý thuyết ra quyết định (decision making), lý thuyết độc lập nguồn lực và lợi ích (resources independent and stakeholders), lý thuyết về hành vi tổ chức (organizational behavior) và lý thuyết đại diện (agency theory). Dựa trên việc tiếp cận các lý thuyết này cho thấy, Hội đồng quản trị có ba vai trò quan trọng như sau: Vai trò quản trị chiến lược, vai trò dịch vụ và vai trò kiểm soát.

(i) *Vai trò quản trị chiến lược*: Xuất phát từ vai trò đại diện cho chủ sở hữu để quản lý, giám sát, kiểm soát doanh nghiệp, Hội đồng quản trị có vai trò quản trị chiến lược doanh nghiệp thông qua xây dựng và chỉ đạo thực hiện sứ mệnh, tầm nhìn, chiến lược của doanh nghiệp. Hội đồng quản trị không đơn thuần là cơ quan quản lý, điều hành hoạt động kinh doanh hàng ngày của công ty mà thực sự là những nhà quản trị doanh nghiệp.

(ii) *Vai trò dịch vụ*: Với tư cách là những người được chủ sở hữu công ty bầu ra để quản lý công ty, Hội đồng quản trị đại

[3] Lê Quân, *Lãnh đạo doanh nghiệp Việt Nam, Hội đồng quản trị,Ban điều hành, Khung năng lực, Thẻ điểm cân bằng, chỉ sở hoàn thành*, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, Hà Nội, năm 2015, tr. 28-29.

diện cho cổ đông và chủ sở hữu để chỉ đạo, định hướng, đồng thời giám sát các công việc của ban điều hành. Hội đồng quản trị thực thi quyền lực của cổ đông với "tài sản" của họ.

(iii) *Vai trò kiểm soát*: Hội đồng quản trị là đại diện cho chủ sở hữu và cổ đông để kiểm soát doanh nghiệp và đảm bảo tối đa lợi ích của cổ đông, khắc phục sự yếu kém của công tác điều hành. Vai trò kiểm soát của Hội đồng quản trị thể hiện ở quyền lựa chọn và thay thế ban điều hành, đánh giá hiệu quả hoạt động của ban điều hành và điều chỉnh các quyết định của ban điều hành. Để đảm bảo vai trò kiểm soát, tính độc lập của Hội đồng quản trị và ban điều hành cần được thiết lập và đảm bảo để tránh hiện tượng "vừa đá bóng, vừa thổi còi". Bên cạnh đó, vai trò của thành viên Hội đồng quản trị độc lập cần được nhấn mạnh[4].

Như vậy, trong mối quan hệ với chủ sở hữu công ty, Hội đồng quản trị bao gồm những thành viên do các chủ sở hữu bầu ra, đại diện cho họ trong việc giám sát hoạt động của ban điều hành, bảo vệ quyền lợi cho các cổ đông trong công ty và xây dựng chiến lược, chính sách quản trị hiệu quả nhằm đạt được những mục tiêu đã đề ra. Trong mối quan hệ với ban điều hành, Hội đồng quản trị đóng vai trò là cơ quan bổ nhiệm hoặc thuê (Tổng) Giám đốc điều hành, giám sát hoạt động quản lý, điều hành công việc kinh doanh hàng ngày của ban điều hành để đảm bảo họ hoạt động theo đúng chủ trương, định hướng chiến lược của công ty. Đứng ở góc độ này, vai trò của Hội đồng quản trị không đơn giản chỉ là quản lý, điều hành công việc kinh doanh của công ty mà thay vào đó là vai trò quản trị chiến lược, vai trò dịch vụ và vai trò giám sát. "*Hội đồng quản trị đóng vai trò định hướng và dẫn dắt. Nhiệm vụ của Hội đồng quản trị là điều khiển, kiểm soát và định hướng cho công ty. Do đó, các hoạt động chủ yếu của Hội đồng quản trị là xây dựng chiến lược, chính sách, giám sát ban điều hành và chịu trách nhiệm giải trình trước cổ đông và xã hội. Hội đồng quản trị đóng vai trò "ra đề và duyệt đề". Ban điều hành đóng vai trò tổ chức thực hiện hay "tìm đáp án chung""*[5]. Theo quan điểm được nêu ra trong Bộ nguyên tắc quản trị công ty của Tổ chức Hợp tác và phát triển kinh tế (OECD), Hội đồng quản trị là cơ quan có vai trò đặc biệt quan trọng trong việc đảm bảo hiệu quả hoạt động quản trị công ty. Trách nhiệm thực thi quản trị công ty đầu tiên và trên hết thuộc về Hội đồng quản trị. Hội đồng quản trị phải cam kết đảm bảo đầy đủ cơ sở để thực hiện quyền hạn của mình trong việc xem xét và định hướng chiến lược của công ty, giám sát hoạt động của ban giám đốc, đồng thời với đó là trách nhiệm giải trình trước Đại hội đồng cổ đông[6].

1.2. Cơ cấu tổ chức của Hội đồng quản trị trong công ty cổ phần

Hội đồng quản trị là một tập thể bao gồm chủ tịch và các thành viên, trong đó, thành viên Hội đồng quản trị do Đại hội đồng cổ đông bầu ra và sau khi được bầu, các thành viên sẽ lựa chọn chủ tịch Hội đồng quản trị. Cơ cấu tổ chức của Hội đồng quản trị phải được xây dựng phù hợp với vị trí và vai trò của Hội đồng quản trị trong bộ

[4] Lê Quân, tlđd, tr.35.

[5] Lê Quân, tlđd, tr.39.

[6] Tổ chức tài chính quốc tế (IFC) – Tổ chức Hợp tác và phát triển kinh tế (OECD), *Các nguyên tắc quản trị công ty của OECD*, năm 2004, tr. 24-25.

máy quản trị nội bộ công ty cổ phần. Theo quan điểm của nhà kinh tế học Bob Tricker trong cuốn *Kiểm soát quản trị - các nguyên tắc, chính sách và thực hành về quản trị công ty và cơ chế kiểm soát quản lý*, cấu trúc của Hội đồng quản trị có thể bao gồm[7]: (i) *Hội đồng quản trị có tất cả các thành viên tham gia điều hành*: Đây là trường hợp thành viên Hội đồng quản trị kiêm thành viên ban điều hành. Cấu trúc này thường phù hợp với các doanh nghiệp nhỏ hoặc các doanh nghiệp không có nhiều cổ đông. Ở những công ty này, vị trí và vai trò thực sự của Hội đồng quản trị không được thể hiện rõ nét, nó vừa là cơ quan xây dựng mục tiêu, chiến lược, chính sách cho công ty, vừa là cơ quan trực tiếp thực thi những mục tiêu, chính sách đó, dẫn đến hiện tượng "vừa đá bóng vừa thổi còi". (ii) *Hội đồng quản trị có đa số các thành viên không tham gia điều hành*: Cấu trúc này phổ biến trên thế giới, cho phép tách bạch giữa vai trò của Hội đồng quản trị và ban điều hành. Thành viên không tham gia điều hành không nắm giữ vị trí quản lý nào tại doanh nghiệp và có vai trò quan trọng để đảm bảo tính độc lập của Hội đồng quản trị với ban điều hành. Thành viên không tham gia điều hành có thể bao gồm: Thành viên độc lập không tham gia điều hành và thành viên không tham gia điều hành nhưng có quan hệ với doanh nghiệp. Trong các công ty cổ phần luôn tồn tại nguy cơ xung đột lợi ích giữa các cổ đông với nhau, giữa cổ đông với người quản lý điều hành công ty, người trực tiếp quản lý sử dụng vốn. Mâu thuẫn bắt đầu nảy sinh khi những người quản lý này thường không phải là cổ đông nắm giữ phần vốn góp đáng kể nhưng lại là người điều hành mọi hoạt động của công ty, vì vậy họ sẽ ưu tiên các quyền lợi cá nhân, quyền lợi nhóm hơn là quyền lợi của các cổ đông. Do đó, sự xuất hiện của các thành viên độc lập trong Hội đồng quản trị trở nên đặc biệt quan trọng trong việc giám sát, làm giảm nguy cơ lạm dụng quyền hạn của những người quản lý công ty, góp phần bảo vệ lợi ích chính đáng của cổ đông, nhất là cổ đông nhỏ[8]. (iii) *Hội đồng quản trị có tất cả các thành viên không tham gia điều hành*: Cấu trúc này thường ít gặp ở doanh nghiệp. Nếu có, cấu trúc này phù hợp với các doanh nghiệp xã hội, hoạt động không vì mục tiêu lợi nhuận.

2. Thực trạng pháp luật về vị trí, vai trò và cơ cấu tổ chức của Hội đồng quản trị trong công ty cổ phần ở Việt Nam

Ở Việt Nam hiện nay, vị trí, vai trò và cơ cấu tổ chức của Hội đồng quản trị trong công ty cổ phần được quy định chủ yếu trong các văn bản quy phạm pháp luật sau: Luật Doanh nghiệp năm 2014, Luật Các tổ chức tín dụng năm 2010 (sửa đổi, bổ sung năm 2017), Luật Chứng khoán năm 2006 (sửa đổi, bổ sung năm 2010), Nghị định số 71/2017/NĐ-CP hướng dẫn về quản trị công ty áp dụng đối với công ty đại chúng và một số văn bản hướng dẫn thi hành khác.

2.1. Về vị trí, vai trò của Hội đồng quản trị công ty cổ phần

Về vị trí của Hội đồng quản trị: Ở Việt Nam, theo quy định tại Điều 134 Luật Doanh nghiệp năm 2014, công ty cổ phần được phép lựa chọn tổ chức quản lý theo một trong hai mô hình: (i) Đại hội đồng cổ

[7] Lê Quân, *Lãnh đạo doanh nghiệp Việt Nam, Hội đồng quản trị,Ban điều hành, Khung năng lực, Thẻ điểm cân bằng, chỉ sở hoàn thành*, Nxb. Đại học quốc gia Hà Nội, Hà Nội, năm 2015, tr. 60.

[8] Lê Quân, tlđd, tr. 54-55.

đông, Hội đồng quản trị, Ban kiểm soát và Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc. Trường hợp công ty cổ phần có dưới 11 cổ đông và các cổ đông là tổ chức sở hữu dưới 50% tổng số cổ phần của công ty thì không bắt buộc phải có Ban kiểm soát. (ii) Đại hội đồng cổ đông, Hội đồng quản trị và Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc. Trường hợp này ít nhất 20% số thành viên Hội đồng quản trị phải là thành viên độc lập và có Ban kiểm toán nội bộ trực thuộc Hội đồng quản trị. Có thể thấy, Luật Doanh nghiệp năm 2014 đã đảm bảo tốt hơn quyền tự do kinh doanh của công ty cổ phần khi cho phép công ty có thể lựa chọn mô hình tổ chức quản lý phù hợp với yêu cầu quản trị trên thực tế. Đồng thời, xét theo cơ cấu quản trị nội bộ công ty cổ phần được quy định tại Điều 134 Luật Doanh nghiệp, Hội đồng quản trị nằm ở vị trí trung gian giữa Đại hội đồng cổ đông và (Tổng) Giám đốc. Hội đồng quản trị là cơ quan quản lý công ty, có toàn quyền nhân danh công ty để quyết định, thực hiện các quyền và nghĩa vụ của công ty không thuộc thẩm quyền của Đại hội đồng cổ đông. Hội đồng quản trị bổ nhiệm một người trong số họ hoặc thuê người khác làm Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc - người điều hành công việc kinh doanh hằng ngày của công ty. Như vậy, với quy định này có thể hiểu: Mặc dù xét về cơ cấu tổ chức quản lý, Hội đồng quản trị nằm ở vị trí trung gian, thay mặt cho Đại hội đồng cổ đông bổ nhiệm (Tổng) Giám đốc và giám sát hoạt động của (Tổng) Giám đốc; nhưng thực chất, Hội đồng quản trị lại có thể trực tiếp bổ nhiệm chính các thành viên của mình đảm nhiệm vị trí điều hành này. Quy định này có thể dẫn đến hệ quả Hội đồng quản trị không thực hiện được một cách hiệu quả vai trò giám sát của mình trong công ty cổ phần, nhất là đối với những công ty cổ phần đại chúng, nơi có số lượng cổ đông lớn và nhu cầu quản trị cao. Chính vì vậy, để khắc phục bất cập này, khoản 3 Điều 13 Nghị định số 71/2017/NĐ-CP đã quy định: "*Công ty đại chúng cần hạn chế tối đa thành viên Hội đồng quản trị kiêm nhiệm chức danh điều hành của công ty để đảm bảo tính độc lập của Hội đồng quản trị*".

Về vai trò của Hội đồng quản trị: Hội đồng quản trị có ba vai trò chính là vai trò quản trị chiến lược, vai trò dịch vụ và vai trò giám sát. Ba vai trò này nhìn chung đã được cụ thể hóa thông qua quy định tại khoản 2 Điều 149 Luật Doanh nghiệp năm 2014 về quyền và nghĩa vụ của Hội đồng quản trị cũng như quy định tại Điều 14 Nghị định số 71/2017/NĐ-CP. Với một cơ chế pháp lý đầy đủ, rõ ràng, Hội đồng quản trị tại các công ty cổ phần hiện nay là một thiết chế quyền lực mạnh, nếu thực thi được tất cả những quy định này với sự khách quan, độc lập và mẫn cán thì sẽ mang lại kết quả tốt nhất cho hoạt động quản trị công ty.

2.2. Về cơ cấu tổ chức của Hội đồng quản trị trong công ty cổ phần

Thứ nhất, về cơ cấu tổ chức của Hội đồng quản trị: Theo quy định tại Điều 150 Luật Doanh nghiệp năm 2014, cơ cấu Hội đồng quản trị của các công ty cổ phần phải có từ 03 đến 11 thành viên. Điều lệ công ty sẽ quy định cụ thể số lượng thành viên Hội đồng quản trị. Hội đồng quản trị bầu một thành viên của Hội đồng quản trị làm chủ tịch. Chủ tịch Hội đồng quản trị có thể kiêm (Tổng) Giám đốc công ty trừ trường hợp công ty cổ phần do Nhà nước nắm giữ trên 50% tổng số phiếu biểu quyết hoặc Điều lệ công ty, pháp luật chứng khoán có quy định

khác. Cùng với đó, căn cứ vào quy định tại Điều 134 Luật Doanh nghiệp, pháp luật hiện hành cho phép Hội đồng quản trị trong công ty cổ phần được lựa chọn cơ cấu tổ chức để phù hợp với đặc điểm cổ đông, quy mô kinh doanh và xu hướng phát triển kinh tế - xã hội. Cụ thể: (i) Trường hợp thứ nhất: Đối với những công ty cổ phần lựa chọn mô hình có Ban kiểm soát thì Hội đồng quản trị không cần phải có thành viên độc lập và các ban trực thuộc. (ii) Trường hợp thứ hai: Đối với những công ty cổ phần không lựa chọn mô hình có Ban kiểm soát thì trong Hội đồng quản trị phải đảm bảo ít nhất 20% số thành viên phải là thành viên độc lập và có Ban kiểm toán nội bộ trực thuộc. Đây là hai mô hình áp dụng đối với công ty cổ phần chưa phải là công ty cổ phần đại chúng hay công ty cổ phần niêm yết trên sàn giao dịch chứng khoán. Như vậy, theo quy định của Luật Doanh nghiệp, cơ cấu tổ chức của Hội đồng quản trị trong công ty cổ phần vẫn bao gồm cả thành viên Hội đồng quản trị không tham gia điều hành và thành viên Hội đồng quản trị tham gia điều hành. Luật Doanh nghiệp năm 2014 không quy định một tỷ lệ nhất định số lượng thành viên Hội đồng quản trị không được kiêm nhiệm các chức danh điều hành trong công ty. Điều này có thể dẫn đến nguy cơ Hội đồng quản trị không thực hiện tốt được trách nhiệm giám sát Ban giám đốc vì xét đến cùng, thành viên Hội đồng quản trị - chủ thể giám sát, ban hành chiến lược, định hướng cho ban điều hành trực tiếp thực hiện lại có thể kiêm nhiệm trưởng ban điều hành - chủ thể chịu sự giám sát. Thực tế này cũng chứng minh cho nhận định Hội đồng quản trị trong công ty cổ phần ở Việt Nam vẫn chủ yếu tập trung vào chức năng quản lý, điều hành công ty hơn là chức năng quản trị công ty. Trong khi đó, đối với công ty cổ phần đại chúng, theo quy định tại Điều 13 Nghị định số 71/2017/NĐ-CP, cơ cấu Hội đồng quản trị của công ty đại chúng cần đảm bảo sự cân đối giữa các thành viên điều hành và các thành viên không điều hành. Tối thiểu 1/3 tổng số thành viên Hội đồng quản trị phải là thành viên không điều hành. Công ty đại chúng cần hạn chế tối đa thành viên Hội đồng quản trị kiêm nhiệm chức danh điều hành công ty để đảm bảo tính độc lập của Hội đồng quản trị. Đặc biệt, khác với Luật Doanh nghiệp năm 2014, khoản 2 Điều 12 Nghị định số 71/2017/NĐ-CP không cho phép Chủ tịch Hội đồng quản trị được kiêm nhiệm chức danh (Tổng) Giám đốc của một công ty đại chúng. Có thể thấy, những quy định trong Nghị định số 71/2017/NĐ-CP đã thể hiện sự nỗ lực rất lớn của Chính phủ trong việc nâng cao hiệu quả hoạt động của Hội đồng quản trị. Mặc dù vẫn bao gồm cả hai loại thành viên là thành viên kiêm nhiệm và thành viên không tham gia điều hành, nhưng Nghị định số 71/2017/NĐ-CP đã quy định cụ thể về tỷ lệ thành viên không tham gia điều hành trong Hội đồng quản trị. Đồng thời, Nghị định cũng khuyến khích các công ty cổ phần đại chúng nên hạn chế tối đa số lượng thành viên Hội đồng quản trị tham gia điều hành để đảm bảo tính độc lập với Ban giám đốc, thông qua đó giúp cho Hội đồng quản trị có thể chuyên tâm thực hiện tốt vai trò giám sát và vai trò quản trị chiến lược trong công ty thay vì phải dành quá nhiều thời gian trực tiếp thực hiện công việc quản lý, điều hành mọi hoạt động kinh doanh trong công ty hay thậm chí là chi phối hoạt động của (Tổng) Giám đốc. Hơn thế nữa, Nghị định số 71/2017/NĐ-CP còn

thể hiện sự tiến bộ hơn so với Luật Doanh nghiệp khi quy định rõ ràng Chủ tịch Hội đồng quản trị không được kiêm nhiệm (Tổng) Giám đốc trong công ty. Quy định này đã tách bạch được vai trò của Chủ tịch Hội đồng quản trị với vai trò của (Tổng) Giám đốc điều hành, đáp ứng được tiêu chuẩn về quản trị công ty của OECD, thể hiện định hướng tiếp cận những quy định tiến bộ về quản trị công ty của nhiều quốc gia khác, đặc biệt là các quốc gia có hệ thống Hội đồng quản trị một cấp. Việc tách rời hai vị trí có thể coi là thông lệ tốt, giúp cân bằng quyền lực, tăng trách nhiệm và nâng cao năng lực ra quyết định độc lập của Hội đồng quản trị với Ban giám đốc[9]. Tuy nhiên, bên cạnh những điểm tiến bộ, Nghị định số 71/2017/NĐ-CP vẫn chưa khắc phục được quy định của Luật Doanh nghiệp về việc Chủ tịch Hội đồng quản trị có thể kiêm (Tổng) Giám đốc và là người đại diện theo pháp luật đương nhiên của công ty cổ phần. Người đại diện theo pháp luật là người đại diện cho doanh nghiệp thực hiện các quyền và nghĩa vụ phát sinh từ giao dịch của doanh nghiệp, đại diện cho doanh nghiệp với tư cách nguyên đơn, bị đơn, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan trước trọng tài, tòa án và các quyền, nghĩa vụ khác theo quy định của pháp luật[10]. Như vậy, vô hình trung, quy định của Luật Doanh nghiệp đã gắn vai trò của Chủ tịch Hội đồng quản trị với hoạt động điều hành mọi công việc trong công ty, khiến cho hoạt động của Chủ tịch Hội đồng quản trị vẫn chủ yếu nghiêng về điều hành thay vì chỉ đạo, định hướng, giám sát; đồng thời, khiến cho (Tổng) Giám đốc khó có thể thực hiện đúng chức năng, nhiệm vụ của mình mà đơn giản chỉ như ban giúp việc cho Chủ tịch Hội đồng quản trị.

Thứ hai, về thành viên độc lập Hội đồng quản trị: Quy định về thành viên độc lập Hội đồng quản trị là quy định tiến bộ của pháp luật doanh nghiệp Việt Nam, đáp ứng được các yêu cầu về quản trị công ty của OECD và thể hiện sự tiếp thu các khuyến nghị từ các chuyên gia, các tổ chức quốc tế. Sự xuất hiện thành viên độc lập trong Hội đồng quản trị giúp nâng cao trách nhiệm và tính độc lập của Hội đồng quản trị, giúp cho Hội đồng quản trị thực hiện tốt hơn vai trò giám sát của mình. Nhìn chung, Luật Doanh nghiệp năm 2014 và Nghị định số 71/2017/NĐ-CP đã xây dựng cơ sở pháp lý cần thiết cho hoạt động của thành viên độc lập như xác định số lượng tối thiểu thành viên độc lập phải có trong công ty cổ phần và tiêu chuẩn, điều kiện để trở thành thành viên độc lập trong công ty cổ phần. Quy định về thành viên độc lập trong công ty cổ phần theo Luật Doanh nghiệp đã khắc phục được sự không rõ ràng trong quan điểm về sự khác biệt giữa thành viên độc lập và thành viên Hội đồng quản trị không tham gia điều hành từng tồn tại trong các văn bản pháp luật trước đây. Thêm vào đó, Luật Doanh nghiệp cũng đã quan tâm đến việc xác định giới hạn để một thành viên Hội đồng quản trị độc lập vẫn còn đảm bảo được tính độc lập sau một khoảng thời gian nắm giữ vị trí thành viên Hội đồng quản trị. Tuy nhiên, liên quan đến những tiêu chuẩn để trở thành thành viên độc lập, hiện nay những quy định của Luật Doanh nghiệp và Nghị định số 71/2017/NĐ-CP còn tương đối

[9] Lê Vũ Nam (chủ biên), *Pháp luật về quản trị công ty niêm yết trên thị trường chứng khoán Việt Nam*, Nxb. Đại học Quốc gia Tp. Hồ Chí Minh, Tp. Hồ Chí Minh, năm 2017, tr.128.

[10] Khoản 1 Điều 13 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

sơ sài và chưa bao quát hết được các trường hợp có thể làm ảnh hưởng đến tính độc lập của thành viên này. Ví dụ: Những trường hợp đã từng là nhân viên, người lao động, người quản lý điều hành hay từng tham gia làm việc cho các công ty kiểm toán, tư vấn cho công ty; những đối tượng như người lao động đang hưởng lương từ công ty hay những chủ thể đang hưởng lợi ích nào đó từ công ty… cùng với rất nhiều các trường hợp khác có thể dẫn đến sự phụ thuộc hoặc thiếu độc lập khách quan liên quan đến nhân thân và lợi ích kinh tế khác[11]. Không chỉ thế, Luật Doanh nghiệp và Nghị định số 71/2017/NĐ-CP cũng không quy định cụ thể về nhiệm kỳ của thành viên độc lập Hội đồng quản trị. Theo ý kiến của nhiều chuyên gia, một thành viên độc lập Hội đồng quản trị tại vị càng lâu càng trở nên ít khách quan và độc lập hơn khi tham gia vào biểu quyết tại Hội đồng quản trị. Sau một thời gian quá dài gắn bó với công ty và đội ngũ nhân sự điều hành sẽ làm cho các thành viên Hội đồng quản trị bị hạn chế trong việc giám sát một cách khách quan, mất đi sự sắc bén cũng như thiếu đi những ý tưởng mới lạ và độc lập so với các thành viên khác. Họ bắt đầu suy nghĩ và hành động như một người trong nội bộ công ty[12]. Vì vậy, theo thông lệ của thế giới, để duy trì sự vững mạnh và khả năng thích ứng với những thay đổi của môi trường kinh doanh cũng như thị trường, đồng thời đảm bảo hiệu quả hoạt động của Hội đồng quản trị, công ty cần phải thay đổi thành viên độc lập sau một thời gian hợp lý.

Thứ ba, về các ban/tiểu ban trực thuộc Hội đồng quản trị: Theo quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2014, công ty cổ phần bắt buộc phải thành lập Ban kiểm toán nội bộ trực thuộc Hội đồng quản trị nếu lựa chọn mô hình không có Ban kiểm soát. Trong khi đó, theo Điều 17 Nghị định số 71/2017/NĐ-CP, Hội đồng quản trị công ty niêm yết có thể thành lập các tiểu ban hỗ trợ hoạt động của Hội đồng quản trị là tiểu ban nhân sự, tiểu ban lương thưởng và các tiểu ban khác. Hội đồng quản trị cần bổ nhiệm 01 thành viên độc lập làm trưởng các tiểu ban nhân sự, tiểu ban lương thưởng. Việc thành lập các tiểu ban phải được sự chấp thuận của Đại hội đồng cổ đông. Nhìn chung, quy định của pháp luật Việt Nam về vấn đề này chủ yếu chỉ dừng lại ở mức khuyến nghị, phù hợp với tình hình thực tiễn của từng công ty cổ phần. Cách thức quy định như vậy cũng hoàn toàn phù hợp với thông lệ của nhiều quốc gia trên thế giới. Các chuyên gia của Tổ chức tài chính quốc tế (IFC)[13] cho rằng: Chỉ nên thành lập các ủy ban khi công ty nảy sinh nhu cầu, việc có quá nhiều các ủy ban đôi khi sẽ gây khó khăn cho việc quản lý và có thể dẫn tới sự phân tán trong Hội đồng quản trị[14].

[11] Lê Vũ Nam, sđd, tr.122.
[12] Lê Vũ Nam, sđd, tr.125.

[13] Tổ chức tài chính quốc tế (International Finance Corporation), viết tắt là IFC, là một thành viên của Tổ chức Ngân hàng thế giới, được thành lập năm 1956 và có trụ sở chính tại thủ đô Washington, Hoa Kỳ. Mục tiêu hoạt động của IFC là hỗ trợ khu vực tư nhân tại các quốc gia đang phát triển bằng cách cung cấp các khoản vay dài hạn, đầu tư cổ phần, bảo lãnh, quản lý rủi ro và các dịch vụ tư vấn. Kể từ khi thiết lập văn phòng tại Việt Nam năm 1997, IFC đã hỗ trợ Chính phủ và các doanh nghiệp trong việc mở rộng cơ hội tiếp cận các nguồn lực tài chính, cải thiện cơ sở hạ tầng để cung cấp các dịch vụ công một cách tốt hơn, hỗ trợ khu vực sản xuất và dịch vụ để tạo thêm nhiều việc làm.

[14] Ủy ban chứng khoán Nhà nước – Tổ chức tài chính quốc tế (IFC), *Cẩm nang quản trị công ty*, năm 2010, tr.134.

3. Thực tiễn thực hiện pháp luật về vị trí, vai trò và cơ cấu của Hội đồng quản trị trong công ty cổ phần ở Việt Nam

Theo báo cáo thẻ điểm quản trị công ty các quốc gia Đông Nam Á được Ngân hàng Phát triển châu Á (ADB) thực hiện trong những năm qua, liên quan đến trách nhiệm của Hội đồng quản trị, Việt Nam luôn bị đánh giá thấp nhất khi đặt tương quan so sánh với năm quốc gia còn lại trong khu vực là Singapore, Thái Lan, Malaysia, Philippines và Indonesia. Cụ thể, theo số liệu đánh giá từ Báo cáo thẻ điểm quản trị công ty Asean công bố năm 2015, chỉ số về trách nhiệm Hội đồng quản trị trong các công ty niêm yết tại Việt Nam hiện nay chỉ đạt điểm trung bình là 8.3/40 điểm, trong khi chỉ số này ở Malaysia cao gấp ba lần với 25,19 điểm, Singapore đến 26 điểm, Thái Lan 23 điểm và hai quốc gia còn lại cũng xấp xỉ 20 điểm[15]. Thực tế đáng suy ngẫm này là tổng hòa của rất nhiều nguyên nhân khác nhau, trong đó phải kể đến nguyên nhân xuất phát từ hành lang pháp lý về Hội đồng quản trị trong công ty cổ phần ở Việt Nam hiện nay còn nhiều lỗ hổng, bất cập, cùng với ý thức thực thi pháp luật của các công ty hiện nay vẫn còn mang nặng tính đối phó và hình thức. Theo quan điểm của một số chuyên gia, hoạt động của Hội đồng quản trị trong các doanh nghiệp của Việt Nam có nhiều đặc thù riêng và vẫn còn nhiều điểm yếu, trong đó, điểm yếu nhất phải kể đến việc các doanh nghiệp vẫn chưa nhận thức đúng về vai trò của các thành viên Hội đồng quản trị. Cụ thể: Hội đồng quản trị ở nhiều doanh nghiệp Việt Nam vẫn thiên về điều hành hơn là quản lý chiến lược và giám sát. Bên cạnh đó, trong các công ty cổ phần ở Việt Nam, quyền sở hữu và quyền quản lý chưa thực sự được tách bạch rõ ràng khi đa số các thành viên của Hội đồng quản trị vẫn là các thành viên điều hành, trong khi nếu có các thành viên không tham gia điều hành thì thành viên đó lại không thể độc lập vì phụ thuộc rất nhiều vào sự chỉ đạo của Chủ tịch Hội đồng quản trị, các thành viên điều hành và các cổ đông lớn khác trong công ty. Thêm vào đó, Chủ tịch Hội đồng quản trị có thể kiêm (Tổng) Giám đốc trong công ty và đồng thời là người đại diện theo pháp luật của công ty.

Ngoài những bất cập trên, ở Việt Nam hiện nay, việc đảm bảo trong cơ cấu Hội đồng quản trị phải có thành viên độc lập và vai trò của thành viên độc lập trong các công ty cổ phần vẫn còn rất mờ nhạt. Theo đánh giá của Ngân hàng Phát triển châu Á (ADB), đối với 40 công ty niêm yết hàng đầu tại Việt Nam công bố năm 2015, một trong những điểm yếu nhất của Hội đồng quản trị ở Việt Nam là thiếu tính độc lập, các công ty không có những tiêu chí rõ ràng trong việc bầu chọn thành viên Hội đồng quản trị. Đồng thời, các công ty niêm yết tại Việt Nam cũng không công bố những tiêu chí rõ ràng về thành viên độc lập Hội đồng quản trị[16]. Việc lựa chọn thành viên độc lập chủ yếu vẫn còn cảm tính và mang tính hình thức. Đó là với các công ty cổ phần niêm yết. Trong khi đó, đối với các công ty cổ phần chưa phải công ty cổ phần niêm yết hay công ty cổ phần đại chúng, việc lựa chọn thành viên độc lập càng khó khăn hơn do những thiếu hụt về tài chính hay thông

[15] Asian Development Bank, *Asean corporate governace scorecard - Country reports and assessments 2013-2014*, ThaiLand, 2015, p.6.

[16] Ngân hàng Phát triển châu Á (ADB), *Báo cáo thẻ điểm quản trị công ty khu vực Asean-nội dung đánh giá các doanh nghiệp niêm yết Việt Nam năm 2015 – 2016*, tr.81-82.

tin về trình độ, kinh nghiệm của những ứng cử viên có thể đảm nhiệm vị trí này.

Một điểm đáng lưu ý của Luật Doanh nghiệp năm 2014 trong quy định về cơ cấu của Hội đồng quản trị đó là quy định về Ban kiểm toán nội bộ trực thuộc Hội đồng quản trị (trong trường hợp không có Ban kiểm soát). Tuy nhiên, hầu hết các doanh nghiệp vẫn chưa quen với mô hình mới này và mô hình truyền thống có Ban kiểm soát vẫn là mô hình phổ biến. Trong khi đó, không ít doanh nghiệp dù có Ban kiểm soát, nhưng vai trò của Ban kiểm soát khá mờ nhạt. Theo các chuyên gia trong lĩnh vực quản trị công ty, mô hình Hội đồng quản trị và Ban kiểm toán nội bộ là thông lệ tốt nhất, hiện được nhiều quốc gia sử dụng. Có nhiều sự khác biệt giữa Ban kiểm toán nội bộ và Ban kiểm soát truyền thống. Theo đó, thành viên Ban kiểm toán nội bộ được đặt lên vai yêu cầu cao hơn về chuyên môn tài chính kế toán, riêng Trưởng ban phải là chuyên gia về lĩnh vực này. Với yêu cầu này, Ban kiểm toán nội bộ nhận trách nhiệm giám sát quy trình lập báo cáo tài chính, lựa chọn kiểm toán độc lập và thực hiện việc giám sát cả kiểm toán nội bộ và độc lập. Bộ phận này cũng có thể hỗ trợ Hội đồng quản trị thực hiện trách nhiệm quản trị doanh nghiệp, thực hiện giám sát các vấn đề liên quan đến tài chính, quản lý rủi ro…[17].

4. Kiến nghị

Thông qua việc phân tích thực trạng quy định pháp luật, đánh giá thực tiễn thực hiện pháp luật về vị trí, vai trò và cơ cấu tổ chức của Hội đồng quản trị trong công ty cổ phần, trong thời gian tới, để nâng cao hiệu quả hoạt động của Hội đồng quản trị trong các công ty cổ phần ở Việt Nam cần nghiên cứu thực hiện những giải pháp sau:

Một là, hoàn thiện khuôn khổ pháp lý về công ty cổ phần nói chung, Hội đồng quản trị nói riêng, đảm bảo tách bạch giữa quyền quản lý với quyền sở hữu công ty, xác định lại vai trò của các thành viên Hội đồng quản trị và mối quan hệ giữa Hội đồng quản trị với (Tổng) Giám đốc trong công ty cổ phần. Mặc dù xu hướng phát triển của các quốc gia trên thế giới lựa chọn giải pháp Chủ tịch Hội đồng quản trị không được kiêm (Tổng) Giám đốc điều hành, nhưng xét điều kiện thực tế ở Việt Nam, có thể nghiên cứu việc chọn lựa mô hình kiêm nhiệm hay tách biệt giữa (Tổng) Giám đốc và Chủ tịch Hội đồng quản trị tùy thuộc vào một số yếu tố như quy mô công ty, năng lực của Hội đồng quản trị trong doanh nghiệp, tính sẵn có của nguồn nhân lực cấp cao, tính chuyên nghiệp và nhận thức của chủ doanh nghiệp…

Hai là, hoàn thiện các quy định pháp luật về thành viên độc lập Hội đồng quản trị trong công ty cổ phần. Một số vấn đề pháp lý như tiêu chuẩn đánh giá tính độc lập của thành viên độc lập, nhiệm kỳ của thành viên độc lập hay thù lao của thành viên độc lập cần được nghiên cứu hoàn thiện để nâng cao hiệu quả hoạt động của thành viên này trên thực tế. Để chuyên nghiệp hóa Hội đồng quản trị, việc đưa thành viên độc lập vào Hội đồng quản trị là rất cần thiết, đồng thời giúp xây dựng được một quy trình quản trị doanh nghiệp minh bạch, hiệu quả. Việc đưa thành viên độc lập vào Hội đồng quản trị còn mang lại những giá trị mạnh mẽ hơn cho doanh nghiệp, giúp nâng cao năng lực, bổ sung năng lực hoạt động của Hội đồng quản trị.

[17] Chí Tín, *Không cần Ban kiểm soát nếu theo mô hình quản trị tiên tiến*, https://baodautu.vn/khong-can-ban-kiem-soat-neu-theo-mo-hinh-quan-tri-tien-tien-d46836.html, truy cập ngày 02/09/2018.

BẢO HỘ CÔNG DÂN VIỆT NAM ĐỒNG THỜI CÓ QUỐC TỊCH NƯỚC NGOÀI

Nguyễn Thị Kim Ngân*

Tóm tắt: *Công dân Việt Nam đồng thời có quốc tịch nước ngoài là tình trạng pháp lý đặc biệt, theo đó họ không chỉ xác lập mối quan hệ pháp lý với Nhà nước Việt Nam mà với cả các quốc gia mà họ cũng mang quốc tịch. Họ vừa có quyền, nghĩa vụ công dân theo pháp luật Việt Nam; vừa có quyền, nghĩa vụ công dân theo pháp luật của quốc gia mà họ mang quốc tịch. Bài viết phân tích thực trạng bảo hộ công dân Việt Nam đồng thời có quốc tịch nước ngoài, qua đó, đề xuất một số giải pháp hoàn thiện.*

Abstract: *Vietnamese nationals concurrently holding foreign nationality have special legal status, accordingly, they not only establish legal relationships with the State of Vietnam but also with the State of which they are nationals. They concurrently have citizen rights and obligations under both Vietnamese law and law of the State of which they are nationals. The article analyzes the actual situation of protection of Vietnamese nationals concurrently holding foreign nationality, and makes suggestions for improvement.*

1. Thực trạng công dân Việt Nam đồng thời có quốc tịch nước ngoài

Tình trạng công dân Việt Nam đồng thời có quốc tịch nước ngoài chủ yếu rơi vào cộng đồng người Việt Nam định cư ở nước ngoài. Hiện nay, Việt Nam có một cộng đồng khoảng 3,5 triệu người định cư ở khoảng 100 quốc gia và vùng lãnh thổ trên thế giới, trong đó hơn 80% ở các nước công nghiệp phát triển (Hoa Kỳ, Pháp, Australia, Canada...). Thực tiễn cho thấy, có một bộ phận khá đông (khoảng 80%) người Việt Nam định cư ở nước ngoài vừa có quốc tịch Việt Nam vừa có quốc tịch nước ngoài[1]. Nguyên nhân chính dẫn đến tình trạng này là do nhiều quốc gia không bắt buộc người nước ngoài trong đó có công dân Việt Nam, phải thôi quốc tịch gốc khi nhập quốc tịch quốc gia (như Hoa Kỳ[2], Canada[3], Australia[4]…); trong khi đó, pháp luật Việt Nam cũng không quy định đương nhiên mất quốc tịch Việt Nam hoặc buộc phải thôi quốc tịch Việt Nam khi công dân Việt Nam nhập quốc tịch nước ngoài.

Hiện nay, số lượng công dân Việt Nam định cư ở nước ngoài và đồng thời có quốc

* TS., Khoa Pháp luật quốc tế - Trường Đại học Luật Hà Nội.

[1] Bộ Ngoại giao Việt Nam, Uỷ ban Nhà nước về người Việt Nam ở nước ngoài, Tạp chí Quê hương trên Internet, *Cộng đồng người Việt Nam ở nước ngoài*, nguồn: http://www.quehuongonline.vn/gioi-thieu-chung/cong-dong-nguoi-viet-nam-o-nuoc-ngoai-6393.htm, truy cập ngày 28/2/2018.

[2] USA Immigration and Nationality Act 2013, nguồn https://www.uscis.gov/ilink/docView/SLB/HTML/SLB/act.html, truy cập ngày 28/2/2018.

[3] Strengthening Canadian Citizenship Act 2014, nguồn: https://www.canada.ca/en/immigration-refugees-citizenship/services/canadian-citizenship/improvements/act-changes-2014.html, truy cập ngày 28/2/2018.

[4] Australian Citizenship Act 2007, nguồn: https://www.legislation.gov.au/Details/C2016C00726, truy cập ngày 28/2/2018.

tịch quốc gia đó ngày càng tăng. Phần đông người Việt Nam định cư ở nước ngoài đã ổn định cuộc sống và hòa nhập vào xã hội nơi cư trú, có vị trí nhất định trong đời sống kinh tế, chính trị - xã hội ở nước sở tại, có tác động ở mức độ khác nhau tới mối quan hệ giữa các nước đó với Việt Nam. Đáng chú ý là, dù sống ở bất cứ nơi nào trên thế giới, cộng đồng luôn duy trì mối quan hệ gần gũi với quê hương đất nước, mong muốn đất nước phát triển và hội nhập quốc tế nhanh chóng. Tuy nhiên, cộng đồng người Việt Nam định cư ở nước ngoài là cộng đồng phức tạp về thành phần xã hội, xu hướng chính trị và đa dạng về nghề nghiệp, tôn giáo, đặc biệt bị chi phối, phân hoá bởi sự khác biệt về giai tầng, chính kiến và hoàn cảnh định cư. Có một bộ phận người Việt Nam định cư ở nước ngoài do chưa hiểu đúng về tình hình đất nước nên còn có thái độ tiêu cực hoặc dè dặt đối với đất nước, thậm chí có một số ít người đi ngược lại lợi ích chung của dân tộc[5]. Tất cả những đặc điểm nêu trên đã có những ảnh hưởng không nhỏ đến hoạt động bảo hộ công dân Việt Nam đồng thời có quốc tịch nước ngoài.

2. Cơ sở pháp lý của hoạt động bảo hộ công dân Việt Nam đồng thời có quốc tịch nước ngoài

Hoạt động bảo hộ công dân Việt Nam đồng thời có quốc tịch nước ngoài, về cơ bản cũng dựa trên cơ sở pháp lý của hoạt động bảo hộ công dân Việt Nam nói chung.

a. Hiến pháp và các văn bản pháp luật Việt Nam

** Hiến pháp nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam năm 2013*

Trên tinh thần kế thừa các bản Hiến pháp trước, Hiến pháp nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa (CHXHCN) Việt Nam năm 2013 tại khoản 3 Điều 17 đã khẳng định: "*Công dân Việt Nam ở nước ngoài được Nhà nước CHXHCN Việt Nam bảo hộ"* và Điều 18: *"Người Việt Nam định cư ở nước ngoài là bộ phận không tách rời của cộng đồng dân tộc Việt Nam. Nhà nước CHXHCN Việt Nam khuyến khích và tạo điều kiện để người Việt Nam định cư ở nước ngoài giữ gìn và phát huy bản sắc văn hóa dân tộc Việt Nam, giữ quan hệ gắn bó với gia đình và quê hương, góp phần xây dựng quê hương, đất nước"*.

Tiếp đến, khi đề cập đến nhiệm vụ, quyền hạn của Chính phủ Việt Nam trong công tác đối ngoại, khoản 7 Điều 96 Hiến pháp năm 2013 quy định: Chính phủ có nhiệm vụ, quyền hạn *"... bảo vệ lợi ích của Nhà nước, lợi ích chính đáng của tổ chức và công dân Việt Nam ở nước ngoài"*. Những quy định trong Hiến pháp năm 2013 đã tạo ra một cơ sở pháp lý quan trọng cho hoạt động bảo hộ công dân của Việt Nam.

** Các văn bản quy phạm pháp luật khác*

Trên cơ sở quy định của Hiến pháp, trách nhiệm của Nhà nước Việt Nam trong việc thực hiện mọi biện pháp cần thiết để bảo hộ công dân Việt Nam ở nước ngoài còn được quy định trong các văn bản pháp luật quan trọng khác:

- Luật Quốc tịch Việt Nam năm 2008 (sửa đổi, bổ sung năm 2014): Ngay từ những điều khoản đầu tiên, nguyên tắc bảo

[5] Bộ Ngoại giao Việt Nam, Uỷ ban Nhà nước về người Việt Nam ở nước ngoài, Tạp chí Quê hương trên Internet, *Cộng đồng người Việt Nam ở nước ngoài*, nguồn: http://www.quehuongonline.vn/gioi-thieu-chung/cong-dong-nguoi-viet-nam-o-nuoc-ngoai-6393.htm, truy cập ngày 28/2/2018.

hộ công dân đã được ghi nhận: "*Nhà nước CHXHCN Việt Nam bảo hộ quyền lợi chính đáng của công dân Việt Nam ở nước ngoài. Các cơ quan nhà nước ở trong nước, cơ quan đại diện Việt Nam ở nước ngoài có trách nhiệm thi hành mọi biện pháp cần thiết, phù hợp với pháp luật của nước sở tại, pháp luật và tập quán quốc tế để thực hiện sự bảo hộ đó"* (Điều 6).

- Luật Tổ chức Chính phủ năm 2015: Điều 21 và Điều 22 quy định nhiệm vụ và quyền hạn của Chính phủ trong bảo vệ quyền và lợi ích của Nhà nước và xã hội, quyền con người, quyền công dân, trong đó có nhiệm vụ bảo vệ lợi ích chính đáng của tổ chức và công dân Việt Nam, người Việt Nam định cư ở nước ngoài.

- Luật Cơ quan đại diện nước CHXHCN Việt Nam ở nước ngoài năm 2009 (sửa đổi, bổ sung năm 2017): Cơ quan đại diện Việt Nam ở nước ngoài bao gồm cơ quan đại diện ngoại giao, cơ quan lãnh sự, cơ quan đại diện tại tổ chức quốc tế. Cơ quan đại diện Việt Nam ở nước ngoài thực hiện nhiều nhiệm vụ, trong đó có nhiệm vụ lãnh sự liên quan trực tiếp đến bảo hộ công dân được quy định tại Điều 8, Điều 9.

- Nghị định số 15/2008/NĐ-CP ngày 04/02/2008 của Chính phủ qui định chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của Bộ Ngoại giao: Khoản 7 Điều 2 quy định, Bộ Ngoại giao *"chủ trì, phối hợp với các bộ, ngành hữu quan bảo vệ quyền và lợi ích của Nhà nước, các quyền và lợi ích hợp pháp của các tổ chức và công dân Việt Nam ở nước ngoài theo pháp luật Việt Nam và luật pháp quốc tế"*.

- Quyết định số 119/QĐ-TTg ngày 25/07/2007 của Thủ tướng Chính phủ về việc thành lập Quỹ Bảo hộ công dân và pháp nhân Việt Nam ở nước ngoài: Theo Quyết định, Bộ Ngoại giao có trách nhiệm quản lý, cấp kinh phí hàng năm cho các cơ quan đại diện Việt Nam ở nước ngoài thực hiện công tác bảo hộ công dân.

b. Các điều ước quốc tế Việt Nam ký kết, tham gia

Ngoài quy định của Hiến pháp và các văn bản quy phạm pháp luật, hiện nay, Việt Nam đã ký kết, tham gia một số điều ước quốc tế trong đó có quy định về bảo hộ công dân. Ở phạm vi toàn cầu, Việt Nam đã tham gia Công ước Viên năm 1961 về quan hệ ngoại giao và Công ước Viên năm 1963 về quan hệ lãnh sự. Hai công ước này là cơ sở pháp lý quốc tế cho hoạt động bảo hộ công dân giữa các quốc gia thành viên. Hai công ước xác định nguyên tắc, thẩm quyền, biện pháp cũng như những giới hạn bảo hộ công dân. Bên cạnh đó, Việt Nam cũng tham gia một số công ước quốc tế về quyền con người như: Công ước về các quyền dân sự và chính trị; Công ước về các quyền kinh tế, văn hóa và xã hội; Công ước về chống tra tấn và các hình thức trừng phạt hay đối xử tàn bạo, vô nhân đạo hoặc hạ nhục; Công ước về xóa bỏ những hình thức phân biệt đối xử với phụ nữ… Những công ước này quy định các nguyên tắc xác lập nghĩa vụ của quốc gia trong việc bảo vệ quyền con người nói chung, bảo vệ quyền của công dân nước mình ở nước ngoài nói riêng.

Bên cạnh việc tham gia các công ước đa phương toàn cầu có đề cập đến bảo hộ công dân, Việt Nam đã ký kết khoảng 20 hiệp định lãnh sự song phương với các quốc gia như: Ba Lan, Bungari, Australia, Cu Ba, Hungary, Rumania, Pháp, Trung Quốc,

Belarus, Ucraina, Campuchia, Lào…[6] Một trong các nội dung quan trọng của các hiệp định này chính là các quy định liên quan đến hoạt động bảo hộ công dân của các cơ quan đại diện quốc gia cử tại quốc gia nhận đại diện. Chẳng hạn, Hiệp định Lãnh sự giữa Việt Nam và Australia năm 2004 quy định cụ thể về các vấn đề: Bảo hộ và giúp đỡ lãnh sự (Điều 10); liên hệ và tiếp xúc với công dân Nước cử (Điều 11); thông báo về việc công dân Nước cử chết (Điều 12); chức năng liên quan đến di sản (Điều 13); chức năng giám hộ đỡ đầu (Điều 14);…[7]. Hiệp định Lãnh sự giữa Việt Nam và Rumani[8], các hiệp định lãnh sự khác giữa Việt Nam và các nước cũng có các quy định tương tự. Bên cạnh các hiệp định ngoại giao lãnh sự song phương, Việt Nam còn ký kết khoảng 50 hiệp định khuyến khích bảo hộ đầu tư[9], hơn 10 hiệp định thương mại tự do[10], 40 hiệp định tương trợ tư pháp[11]… Đây cũng chính là những cơ sở pháp lý quốc tế để Việt Nam tiến hành các biện pháp bảo hộ công dân của mình ở nước ngoài cũng như tiếp nhận các yêu cầu bảo hộ của quốc gia nước ngoài đối với công dân của họ cư trú trên lãnh thổ Việt Nam.

3. Thẩm quyền và biện pháp bảo hộ công dân Việt Nam đồng thời có quốc tịch nước ngoài

Thẩm quyền và biện pháp bảo hộ công dân Việt Nam đồng thời có quốc tịch nước ngoài về nguyên tắc cũng tương tự như các trường hợp bảo hộ công dân Việt Nam khác. Dựa trên các quy định của Hiến pháp, các văn bản pháp luật quốc gia cũng như các điều ước quốc tế mà Việt Nam ký kết, tham gia, Bộ Ngoại giao, các cơ quan đại diện ngoại giao, cơ quan lãnh sự của Việt Nam ở nước ngoài là các cơ quan chịu trách nhiệm chính trong hoạt động bảo hộ công dân Việt Nam ở nước ngoài. Trong quá trình thực hiện hoạt động bảo hộ công dân, Bộ Ngoại giao, các cơ quan đại diện ngoại giao, cơ quan lãnh sự của Việt Nam ở nước ngoài sẽ phối hợp chặt chẽ với các cơ quan nhà nước có thẩm quyền như Bộ Công an, Bộ Lao động, thương binh và xã hội, Bộ Tư pháp… cũng như nhận sự trợ giúp từ các tổ chức quốc tế như Liên hợp quốc (UN), Tổ chức Di cư quốc tế (IOM), Tổ chức Chữ thập đỏ quốc tế (ICRC)… để tiến hành các biện pháp bảo hộ công dân nhanh chóng,

[6] Bộ Ngoại giao Việt Nam, Cổng thông tin điện tử về công tác lãnh sự, *Danh mục các hiệp định lãnh sự của Việt Nam*, nguồn: https://lanhsuvietnam.gov.vn/Lists/BaiViet/Bài%20viết/DispForm.aspx?List=dc7c7d75%2D6a32%2D4215%2Dafeb%2D47d4bee70eee&ID=136, truy cập ngày 15/4/2018.

[7] Hiệp định Lãnh sự giữa Việt Nam và Australia năm 2004, nguồn: https://thuvienphapluat.vn/van-ban/Linh-vuc-khac/Hiep-dinh-lanh-su-giua-Viet-Nam-O-xto-ray-li-a-2004/17667/noi-dung.aspx, truy cập ngày 15/4/2018.

[8] Hiệp định Lãnh sự giữa Việt Nam và Rumani năm 1995, nguồn: https://thuvienphapluat.vn/van-ban/Bo-may-hanh-chinh/Hiep-dinh-lanh-su-giua-Viet-Nam-Rumani-333793.aspx, truy cập ngày 15/4/2018.

[9] Bộ Kế hoạch và Đầu tư, Cục Đầu tư nước ngoài, Trang thông tin điện tử đầu tư nước ngoài, *Danh sách các quốc gia Việt Nam đã ký Hiệp định khuyến khích và bảo hộ đầu tư*, nguồn: http://fia.mpi.gov.vn/tinbai/282/Hiep-dinh-Khuyen-khich-va-Bao-ho-dau-tu, truy cập ngày 15/4/2018.

[10] Trung tâm WTO – Phòng Thương mại và công nghiệp Việt Nam, *Hiệp định thương mại tự do (FTA)*, nguồn: http://trungtamwto.vn/fta, truy cập ngày 15/4/2018.

[11] Bộ Ngoại giao Việt Nam, Cổng thông tin điện tử về công tác lãnh sự, *Danh mục các hiệp định tương trợ tư pháp và pháp lý giữa Việt Nam với các nước*, nguồn: https://lanhsuvietnam.gov.vn/Lists/BaiViet/B%C3%A0i%20vi%E1%BA%BFt/DispForm.aspx?List=dc7c7d75-6a32-4215-afeb-47d4bee70eee&ID=414, truy cập ngày 15/4/2018.

kịp thời và hiệu quả. Các biện pháp bảo hộ công dân mà Việt Nam áp dụng bao gồm:

- Biện pháp ngoại giao: Bao gồm tất cả các biện pháp hợp pháp mà Việt Nam sử dụng để thông báo cho quốc gia mà công dân Việt Nam đang cư trú về quan điểm và quan ngại của mình, bao gồm việc phản đối, yêu cầu điều tra hoặc đàm phán nhằm giải quyết tranh chấp liên quan đến bảo hộ công dân.

- Biện pháp kinh tế: Việt Nam có thể hỗ trợ tài chính cho công dân gặp khó khăn khi ở nước ngoài như hỗ trợ chi phí ăn, ở, chăm sóc y tế cơ bản; hỗ trợ mua vé máy bay về nước; hỗ trợ kinh phí để ổn định cuộc sống…

- Biện pháp hành chính: Đây cũng là một trong các biện pháp thường được Việt Nam áp dụng. Những biện pháp hành chính có thể là: Cấp lại hộ chiếu, giấy tờ đã mất; cung cấp thông tin, thiết lập các đường dây nóng bảo hộ công dân; công chứng, chứng thực tài liệu giấy tờ nhân thân…

- Biện pháp sử dụng dư luận: Biện pháp này được Việt Nam áp dụng để bảo hộ công dân tùy thuộc vào mức độ vi phạm cũng như mối quan hệ với quốc gia sở tại. Mục đích của việc áp dụng biện pháp này là dùng sức ép của dư luận (cả trong và ngoài nước) buộc quốc gia sở tại chấm dứt hành vi vi phạm hoặc có sự điều chỉnh chính sách đảm bảo lợi ích của công dân Việt Nam đang cư trú tại quốc gia sở tại.

4. Một số nét đặc thù trong bảo hộ công dân Việt Nam đồng thời có quốc tịch nước ngoài so với bảo hộ công dân Việt Nam chỉ có quốc tịch Việt Nam

Như phần trên đã phân tích, về nguyên tắc, cơ sở, thẩm quyền và biện pháp bảo hộ công dân Việt Nam đồng thời có quốc tịch nước ngoài tương tự như bảo hộ công dân Việt Nam chỉ có một quốc tịch Việt Nam. Điều 4 Luật Quốc tịch Việt Nam năm 2008 (sửa đổi, bổ sung năm 2014), quy định: *"Nhà nước CHXHCN Việt Nam công nhận công dân Việt Nam có một quốc tịch là quốc tịch Việt Nam, trừ trường hợp luật này có quy định khác"*. Theo quy định này, Việt Nam coi công dân Việt Nam đồng thời mang quốc tịch nước ngoài vẫn là công dân Việt Nam và có đầy đủ các quyền lợi, nghĩa vụ của công dân, cũng như Nhà nước Việt Nam sẽ có trách nhiệm với người này như các công dân Việt Nam khác, kể cả vấn đề bảo hộ ngoại giao.

Tuy nhiên, do công dân Việt Nam đồng thời có quốc tịch quốc gia khác nên trên thực tế vấn đề bảo hộ công dân khá phức tạp. Vì coi công dân Việt Nam có quốc tịch nước ngoài vẫn là công dân Việt Nam nên Nhà nước Việt Nam sẽ từ chối yêu cầu bảo hộ của quốc gia nước ngoài đối với công dân của họ, nhưng vẫn có quốc tịch Việt Nam và hiện cư trú tại Việt Nam. Đồng thời, Việt Nam giữ quyền bảo hộ đối với công dân Việt Nam đồng thời có quốc tịch nước ngoài, kể cả trường hợp họ định cư, sinh sống ở nước ngoài và mang hộ chiếu, giấy tờ đi lại của nước ngoài. Nhưng rõ ràng, yêu cầu bảo hộ của Nhà nước Việt Nam đối với công dân Việt Nam đồng thời có quốc tịch nước ngoài cũng có thể bị phía quốc gia nước ngoài từ chối. Sự từ chối của một bên đối với yêu cầu bảo hộ công dân của phía bên kia có thể gây ảnh hưởng không tốt đến quan hệ giữa Việt Nam với quốc gia có liên quan. Đây chính là điểm phức tạp đối với các cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam, nhất là Bộ Ngoại giao

trong các vấn đề liên quan đến bảo hộ công dân Việt Nam đồng thời có quốc tịch nước ngoài khi người này cư trú ở Việt Nam hoặc cư trú ở quốc gia mà họ cũng mang quốc tịch.

Một vấn đề cũng khá phức tạp về mặt pháp lý, mặc dù trên thực tế hiếm khi xảy ra đó là, khi công dân Việt Nam đồng thời mang quốc tịch nước ngoài, cư trú tại quốc gia thứ ba không phải là quốc gia mà người này mang quốc tịch, gặp khó khăn cần sự bảo hộ/trợ giúp thì quốc gia thứ ba sẽ coi người này là công dân Việt Nam hay công dân quốc gia khác. Điều này sẽ có ảnh hưởng nhất định đến việc quốc gia thứ ba xem xét chấp nhận yêu cầu bảo hộ công dân của Việt Nam hay của quốc gia mà người đó cũng là công dân khi cả Việt Nam và quốc gia liên quan cùng đưa ra các yêu cầu bảo hộ.

Điều 12 Luật Quốc tịch Việt Nam năm 2008 (sửa đổi, bổ sung năm 2014) quy định: *"Vấn đề phát sinh từ tình trạng công dân Việt Nam đồng thời có quốc tịch nước ngoài được giải quyết theo điều ước quốc tế mà CHXHCN Việt Nam là thành viên, trường hợp chưa có điều ước quốc tế thì được giải quyết theo tập quán và thông lệ quốc tế"*. Hiện nay, một số điều ước quốc tế đa phương liên quan đến cá nhân có hai hay nhiều quốc tịch đã được ký kết, trong đó có Công ước La Haye năm 1930 về xung đột luật quốc tịch[12]. Nhiều quy định của Công ước đã được thừa nhận khá rộng rãi. Cụ thể:

- *Nguyên tắc quốc tịch hữu hiệu* khi giải quyết vấn đề liên quan đến người hai hay nhiều quốc tịch, trong đó có vấn đề bảo hộ công dân. Theo Công ước La Haye năm 1930, tại quốc gia thứ ba (quốc gia mà người này không mang quốc tịch), cá nhân có hai hay nhiều quốc tịch sẽ được coi như chỉ có một quốc tịch. Quốc gia thứ ba sẽ chỉ công nhận duy nhất một quốc tịch theo nước mà người đó thường trú hoặc cư trú chủ yếu hoặc quốc tịch của nước mà người đó có mối quan hệ gắn bó nhất (Điều 5). Để xác định nơi mà người hai hay nhiều quốc tịch gắn bó nhất, các quốc gia thường dựa trên các tiêu chí như thời gian cư trú, các mối quan hệ nhân thân, tài sản, nghề nghiệp, nơi thực tế hưởng và thực hiện quyền và nghĩa vụ công dân…

- *Công ước xác lập nguyên tắc bảo hộ trong mối quan hệ giữa các quốc gia mà cá nhân công dân cùng mang quốc tịch:* Theo đó, một quốc gia không được tiến hành các biện pháp bảo hộ đối với công dân của mình chống lại quốc gia khác mà người này cũng có quốc tịch (Điều 4).

Mặc dù Việt Nam chưa phê chuẩn Công ước La Haye năm 1930, nhưng những nguyên tắc được xác lập trong Công ước vẫn có ảnh hưởng nhất định như những quy phạm tập quán quốc tế. Ngoài ra, pháp luật của một số quốc gia hiện có nhiều công dân Việt Nam đang cư trú cũng đã ghi nhận những vấn đề pháp lý về tình trạng này như Hoa Kỳ[13], Australia, Canada, Anh[14]. Theo

[12] Convention on certain questions relating to the conflict of nationality laws, nguồn: https://treaties.un.org/Pages/LONViewDetails.aspx?src=LON&id=516&chapter=30&clang=_en, truy cập ngày 15/4/2018.

[13] US Department of State – Bureau of Consular Affairs, Dual Nationality, nguồn: https://travel.state.gov/content/travel/en/legal/travel-legal-considerations/Advice-about-Possible-Loss-of-US-Nationality-Dual-Nationality/Dual-Nationality.html, truy cập ngày 28/2/2018.

đó, công dân của quốc gia đồng thời mang quốc tịch quốc gia khác khó có thể nhận được sự giúp đỡ, hỗ trợ ngoại giao, lãnh sự từ các quốc gia này khi ở trên lãnh thổ của quốc gia khác mà họ cũng mang quốc tịch.

Hiện chưa có số liệu thống kê chính thức về việc Việt Nam bác bỏ yêu cầu bảo hộ của quốc gia nước ngoài đối với người mang quốc tịch nước ngoài đồng thời có quốc tịch Việt Nam hoặc ngược lại, nhưng trên thực tế, chúng ta có thể biết đến một số vụ việc điển hình:

- *Vụ việc Nguyễn Thị Hiệp*: Tháng 3/1996, Nguyễn Thị Hiệp, công dân Việt Nam đồng thời có quốc tịch Canada, là đối tượng buôn ma tuý xuyên quốc gia, bị bắt tại Việt Nam khi đang trên đường vận chuyển 5,1 kg heroin qua sân bay Nội Bài đi Canada. Dựa trên các quy định của pháp luật Việt Nam, cơ quan chức năng Việt Nam đã truy tố, xét xử và tuyên án tử hình đối với Nguyễn Thị Hiệp. Tháng 4/2000, bản án này được thi hành.

Trong suốt quá trình Nguyễn Thị Hiệp bị bắt, bị xét xử, bị tuyên và thi hành án tử hình, Canada đã đưa ra các yêu cầu bảo hộ đối với Nguyễn Thị Hiệp với lý do Nguyễn Thị Hiệp mang quốc tịch Canada. Một trong các yêu cầu mà Canada đưa ra đối với Việt Nam là tạm hoãn việc thi hành án tử hình để xem xét lại vụ án do phía Canada cho rằng, Nguyễn Thị Hiệp vô tội vì đã bị lừa mang theo ma tuý trong hành lý[15]. Mặc dù có cân nhắc, nhưng Việt Nam đã không chấp nhận hầu hết các yêu cầu bảo hộ của Canada đối với Nguyễn Thị Hiệp. Quan điểm chính của Việt Nam là Nguyễn Thị Hiệp có quốc tịch Canada, nhưng quốc tịch gốc là quốc tịch Việt Nam. Nguyễn Thị Hiệp chưa xin thôi quốc tịch Việt Nam khi nhập quốc tịch Canada nên vẫn được coi là công dân Việt Nam và Việt Nam có quyền không chấp nhận yêu cầu của Canada. Việt Nam xét xử vụ việc trên cơ sở các quy định của pháp luật Việt Nam và pháp luật quốc tế.

Hành động không chấp nhận yêu cầu bảo hộ của Canada đối với Nguyễn Thị Hiệp là hoàn toàn phù hợp với pháp luật Việt Nam cũng như pháp luật quốc tế, đặc biệt là nguyên tắc của Công ước La Haye năm 1930 liên quan đến bảo hộ đối với người hai hay nhiều quốc tịch. Mặc dù vậy, việc bác bỏ yêu cầu bảo hộ của Canada đối với Nguyễn Thị Hiệp đã có ảnh hưởng nhất định đến quan hệ giữa Việt Nam và Canada vào thời điểm đó vì Canada cũng có quan điểm khá cứng rắn về vụ việc này[16].

- *Vụ việc Phạm Minh Hoàng*: Phạm Minh Hoàng sinh năm 1955 tại Vũng Tàu. Năm 1973, Phạm Minh Hoàng sang Pháp du học sau đó nhập quốc tịch Pháp. Năm 2000, Phạm Minh Hoàng về nước và xin vào làm giảng viên hợp đồng tại Trường Đại học Bách khoa Tp. Hồ Chí Minh. Từ tháng 7/2002 đến tháng 5/2010, Phạm Minh Hoàng thường xuyên liên lạc với tổ chức

[14] Laura Danielson, The Alliance of Business Immigration Lawyers, *Diplomatic Protection of Dual Nationals*, nguồn: https://www.fredlaw.com/news__media/2015/12/16/1079/diplomatic_protection_of_dual_nationals, truy cập ngày 10/3/2018.

[15] Canadian Broadcasting Corporation, CBC News, *Vietnam to return remains of executed woman*, nguồn: http://www.cbc.ca/news/canada/vietnam-to-return-remains-of-executed-woman-1.238432, truy cập ngày 10/3/2018.

[16] The New York Times, *Execution Frays Vietnam - Canada relations*, nguồn: https://www.nytimes.com/2000/04/29/world/execution-frays-canada-vietnam-relations.html, truy cập ngày 10/3/2018.

Việt Tân lưu vong ở nước ngoài và có các hoạt động nhằm tuyên truyền, kích động, lôi kéo tập hợp lực lượng cho tổ chức này nhằm lật đổ chính quyền nhân dân. Tháng 8/2010, Phạm Minh Hoàng bị Cơ quan An ninh điều tra Bộ Công an bắt, khởi tố, tạm giam để điều tra theo Điều 79 Bộ luật Hình sự. Ngày 29/11/2011, Tòa phúc thẩm Tòa án nhân dân Tp. Hồ Chí Minh tuyên phạt 17 tháng tù và 3 năm quản chế đối với Phạm Minh Hoàng[17]. Sau khi bản án được tuyên, Pháp đã đưa ra yêu cầu Việt Nam trả tự do cho Phạm Minh Hoàng. Tuy nhiên, cũng tương tự như đối với Nguyễn Thị Hiệp, Việt Nam không chấp nhận yêu cầu này của Pháp. Tháng 1/2012, sau khi chấp hành xong hình phạt tù, Phạm Minh Hoàng tiếp tục có những hành vi xâm phạm nghiêm trọng an ninh quốc gia của Việt Nam. Chính vì vậy, ngày 17/5/2017, Chủ tịch nước Trần Đại Quang đã ra Quyết định số 832/QĐ-CTN về việc tước quốc tịch Việt Nam đối với Phạm Minh Hoàng. Sau đó, ngày 23/6/2017, Cục Quản lý xuất nhập cảnh – Bộ Công an Việt Nam đã ra Quyết định trục xuất Phạm Minh Hoàng theo đúng thủ tục hành chính. Liên quan đến vấn đề tước quốc tịch và trục xuất Phạm Minh Hoàng, Tổng lãnh sự quán Pháp tại Tp. Hồ Chí Minh khẳng định: Phạm Minh Hoàng là một công dân Pháp nên cơ quan đại diện của Pháp buộc phải thực hiện chức năng lãnh sự, nhưng đồng thời Hoàng cũng là công dân Việt Nam, do đó phải chấp hành theo pháp luật Việt Nam[18].

Như vậy, xuất phát từ nguyên tắc một quốc tịch, Việt Nam bác bỏ các yêu cầu bảo hộ của nước ngoài đối với công dân Việt Nam đồng thời có quốc tịch nước ngoài đang cư trú tại Việt Nam. Tuy nhiên, Việt Nam vẫn giữ quyền bảo hộ đối với nhóm đối tượng này khi họ sinh sống ngoài lãnh thổ Việt Nam. Thực tiễn thời gian qua cho thấy, các hoạt động mà Nhà nước Việt Nam tiến hành để bảo hộ công dân Việt Nam ở nước ngoài đồng thời có quốc tịch quốc gia sở tại chủ yếu là trợ cấp tài chính khi gặp khó khăn[19]; tiến hành các hoạt động bảo vệ và đảm bảo các quyền, lợi ích hợp pháp theo quy định của nước sở tại hoặc luật pháp quốc tế chống sự kỳ thị, phân biệt đối xử; hỗ trợ có quy chế hợp pháp, tạo điều kiện thuận lợi trong làm ăn, sinh sống hội nhập ở nơi cư trú và bảo đảm các quyền lợi chính đáng của cộng đồng…[20]. Kinh phí triển khai các hoạt động này một phần cũng từ nguồn tài chính của Quỹ bảo hộ công dân và pháp nhân Việt Nam ở nước ngoài.

5. Một số đề xuất hoàn thiện pháp luật Việt Nam liên quan đến bảo hộ công

[17] Bộ Công an, Tổng cục xây dựng lực lượng Công an nhân dân, Báo Công an nhân dân điện tử, *Vì sao Phạm Minh Hoàng bị tước quốc tịch Việt Nam*, nguồn: http://cand.com.vn/Chong-dien-bien-hoa-binh/Vi-sao-Pham-Minh-Hoang-bi-tuoc-quoc-tich-Viet-Nam-447438/, truy cập ngày 10/3/2018.

[18] Bộ Công an, Tổng cục xây dựng lực lượng Công an nhân dân, Báo Công an nhân dân điện tử, *Vì sao Phạm Minh Hoàng bị tước quốc tịch Việt Nam*, nguồn: http://cand.com.vn/Chong-dien-bien-hoa-binh/Vi-sao-Pham-Minh-Hoang-bi-tuoc-quoc-tich-Viet-Nam-447438/, truy cập ngày 10/3/2018.

[19] Bộ Ngoại giao Việt Nam, *Tin bảo hộ công dân ngày 11/7/2018*, nguồn: http://www.mofa.gov.vn/vi/nr170314091518/ns180717101136, truy cập ngày 19/10/2018.

[20] Bộ Ngoại giao Việt Nam, *Họp báo thường kỳ lần thứ 2 năm 2018*, nguồn: http://www.mofa.gov.vn/vi/tt_baochi/pbnfn/ns180301224053, truy cập ngày 19/10/2018.

dân Việt Nam đồng thời mang quốc tịch nước ngoài

**** Sửa đổi, bổ sung các quy định để hạn chế tình trạng công dân Việt Nam đồng thời có quốc tịch nước ngoài.*** Đây là giải pháp mang tính nền tảng để tránh những vướng mắc có thể phát sinh liên quan đến bảo hộ công dân Việt Nam đồng thời có quốc tịch nước ngoài. Cụ thể:

- Điều 4 Luật Quốc tịch Việt Nam năm 2008 (sửa đổi, bổ sung năm 2014) quy định nguyên tắc một quốc tịch "mềm dẻo", theo đó Nhà nước CHXHCN Việt Nam công nhận công dân Việt Nam có một quốc tịch là quốc tịch Việt Nam, *trừ trường hợp luật này có quy định khác*. Một số quy định của Luật dẫn đến tình trạng công dân Việt Nam có thể đồng thời mang quốc tịch nước ngoài "một cách hợp pháp":

+ Quy định tại khoản 2, khoản 3 Điều 19: Người nhập quốc tịch Việt Nam không phải thôi quốc tịch nước ngoài, trong trường hợp đặc biệt, nếu được Chủ tịch nước cho phép và thuộc một trong các đối tượng sau: (i) Là vợ, chồng, cha đẻ, mẹ đẻ hoặc con đẻ của công dân Việt Nam; (ii) Có công lao đặc biệt đóng góp cho sự nghiệp xây dựng và bảo vệ Tổ quốc Việt Nam; (iii) Có lợi cho Nhà nước CHXHCN Việt Nam.

+ Quy định tương tự cũng được ghi nhận tại khoản 5 Điều 23 đối với người trở lại quốc tịch Việt Nam, nhưng không phải thôi quốc tịch nước ngoài.

Việt Nam vẫn nên giữ nguyên tắc một quốc tịch "mềm dẻo". Đây cũng là xu hướng chung của nhiều quốc gia trên thế giới. Việc ghi nhận nguyên tắc một quốc tịch "mềm dẻo" vừa đảm bảo chủ quyền quốc gia đối với dân cư, tạo điều kiện thuận lợi cho hoạt động quản lý dân cư; mặt khác, cũng phù hợp với xu thế hội nhập và toàn cầu hoá. Tuy nhiên, việc quy định nhiều đối tượng không phải thôi quốc tịch nước ngoài khi nhập hoặc trở lại quốc tịch Việt Nam như Luật Quốc tịch hiện hành cũng có điểm chưa hợp lý. Xét trên cơ sở lợi ích của Nhà nước Việt Nam, nên chăng chỉ quy định những đối tượng có công lao đặc biệt đóng góp cho sự nghiệp xây dựng và bảo vệ Tổ quốc Việt Nam hoặc có lợi cho Nhà nước CHXHCN Việt Nam thì cho phép nhập hoặc trở lại quốc tịch Việt Nam mà không phải thôi quốc tịch nước ngoài. Còn đối với nhóm đối tượng là vợ, chồng, cha đẻ, mẹ đẻ hoặc con đẻ của công dân Việt Nam, Luật Quốc tịch hiện hành nên sửa đổi theo hướng yêu cầu phải thôi quốc tịch nước ngoài khi nhập hoặc trở lại quốc tịch Việt Nam. Quy định không yêu cầu nhóm đối tượng này phải thôi quốc tịch nước ngoài như Luật quốc tịch hiện hành mang ý nghĩa nhất định đối với cá nhân, nhưng lại gây ra những vướng mắc về chính trị, ngoại giao, pháp lý đối với Nhà nước Việt Nam liên quan đến bảo hộ công dân.

- Một số quy định khác của Luật Quốc tịch cũng có thể tạo ra "kẽ hở" dẫn đến tình trạng công dân Việt Nam đồng thời có quốc tịch nước ngoài như: Việc kết hôn giữa công dân Việt Nam với người nước ngoài không làm thay đổi quốc tịch Việt Nam của đương sự và con chưa thành niên của họ (Điều 9); trẻ em là công dân Việt Nam được người nước ngoài nhận làm con nuôi thì vẫn giữ quốc tịch Việt Nam (Điều 37); không mất quốc tịch Việt Nam khi nhập quốc tịch nước ngoài (Điều 26)…

Mặc dù các quy định trên xuất phát từ chính sách đại đoàn kết dân tộc hoặc từ

mong muốn bảo vệ công dân Việt Nam trong các quan hệ hôn nhân, gia đình có yếu tố nước ngoài, nhưng nó lại có thể dẫn đến tình trạng gia tăng số lượng công dân Việt Nam đồng thời có quốc tịch nước ngoài. Để hạn chế tình trạng công dân Việt Nam có thể "lợi dụng kẽ hở" để có thêm quốc tịch nước ngoài, gây khó khăn cho Nhà nước Việt Nam trong công tác quản lý dân cư, các quy định của Luật Quốc tịch hiện hành nên được rà soát và quy định chặt chẽ hơn. Chẳng hạn, nên quy định việc kết hôn giữa công dân Việt Nam với người nước ngoài không làm thay đổi quốc tịch Việt Nam của đương sự và con chưa thành niên của họ, *trừ trường hợp người đó nhập quốc tịch nước ngoài.* Tương tự, trẻ em là công dân Việt Nam được người nước ngoài nhận làm con nuôi vẫn được giữ quốc tịch Việt Nam, *trừ trường hợp trẻ em đó nhập quốc tịch của cha mẹ nuôi.*

**** Bổ sung các quy định mang tính nguyên tắc về bảo hộ công dân Việt Nam đồng thời có quốc tịch nước ngoài***

Thực tế cho thấy, dù pháp luật quốc gia có quy định chặt chẽ đến đâu thì cũng không thể xoá bỏ hoàn toàn tình trạng công dân đồng thời có quốc tịch nước ngoài, bởi lẽ, sự quy định khác nhau trong pháp luật của các quốc gia về các căn cứ hưởng và mất quốc tịch là một thực tế khách quan. Ngoài ra, một yếu tố khác cũng dẫn đến tình trạng này đó là ý thức tuân thủ pháp luật của các cá nhân có liên quan khi họ "cố tình" lách luật để có được hai hay nhiều quốc tịch. Chính vì vậy, các quốc gia cần xác định những nguyên tắc cần thiết trong pháp luật quốc gia phù hợp với thông lệ quốc tế để giải quyết vấn đề này.

Luật Quốc tịch hiện hành của Việt Nam đã xác định nguyên tắc chung tại Điều 4 (nguyên tắc một quốc tịch) và Điều 12 (nguyên tắc áp dụng điều ước quốc tế, tập quán quốc tế và thông lệ quốc tế). Tuy nhiên, các nguyên tắc này cũng chưa trực tiếp đề cập đến bảo hộ công dân Việt Nam đồng thời có quốc tịch nước ngoài. Trong Luật Quốc tịch năm 2014, nên bổ sung thêm nguyên tắc: *"Nhà nước CHXHCN Việt Nam giữ quyền bảo hộ đối với công dân Việt Nam đồng thời có quốc tịch nước ngoài"*. Nguyên tắc này sẽ đảm bảo chủ quyền quốc gia của Việt Nam đối với công dân của mình; đồng thời là cơ sở quan trọng khi Việt Nam áp dụng các biện pháp bảo hộ đối công dân Việt Nam có quốc tịch nước ngoài khi họ cư trú ngoài lãnh thổ Việt Nam, cũng như bác bỏ các yêu cầu bảo hộ của nước ngoài đối với công dân của họ đồng thời mang quốc tịch Việt Nam đang cư trú trên lãnh thổ Việt Nam.

Mặc dù vậy, thực tiễn bảo hộ tương đối phức tạp trong mối quan hệ giữa Việt Nam với các quốc gia mà công dân Việt Nam cũng mang quốc tịch đòi hỏi Việt Nam cần tiếp tục nghiên cứu kỹ các quy định của pháp luật quốc tế, đặc biệt khi mà hiện nay nguyên tắc bảo hộ của Công ước La Haye năm 1930 có khả năng sẽ bị thay đổi vì Điều 7 Dự thảo Bảo hộ ngoại giao của Uỷ ban luật pháp quốc tế (ILC) đã cho phép một quốc gia tiến hành biện pháp bảo hộ công dân của mình chống lại quốc gia khác mà người này cũng mang quốc tịch nếu như quốc tịch của quốc gia là quốc tịch hữu hiệu[21]. Ngoài việc nghiên cứu pháp luật

[21] Draft articles on Diplomatic Protection with Commentaries 2006, nguồn: http://legal.un.org/ilc/

quốc tế, Việt Nam cũng cần nghiên cứu kinh nghiệm của các nước cũng như những vấn đề đặt ra trong thực tiễn để khẳng định rõ chủ trương của Nhà nước Việt Nam trong vấn đề bảo hộ đối với cá nhân hai hay nhiều quốc tịch và tiến hành hoàn thiện các quy định của pháp luật Việt Nam, trong đó có Luật Quốc tịch.

**** Cân nhắc khả năng xây dựng một đạo luật riêng về bảo hộ công dân***

Các quy định của Hiến pháp và pháp luật Việt Nam hiện hành đã tạo khung pháp lý cho các hoạt động bảo hộ công dân Việt Nam, qua đó góp phần quan trọng vào việc bảo vệ các quyền, lợi ích hợp pháp của công dân Việt Nam ở nước ngoài cũng như bảo đảm chủ quyền của Nhà nước Việt Nam đối với dân cư. Tuy nhiên, cũng phải nhìn nhận thẳng thắn là các quy định này vẫn chưa thể đáp ứng được những yêu cầu mà thực tiễn đặt ra. Có thể thấy, các quy định của pháp luật về bảo hộ công dân của Việt Nam còn khá chung chung, chưa rõ ràng và nằm rải rác ở nhiều văn bản pháp luật khác nhau. Điều này gây khó khăn cho hoạt động bảo hộ công dân trên thực tế. Thực tiễn hiện nay vẫn còn có những trường hợp mà việc bảo hộ chưa được thực hiện kịp thời, đầy đủ do sự thiếu vắng hay không phù hợp của các quy định pháp luật hiện hành. Chính vì vậy, việc xây dựng một đạo luật riêng về bảo hộ công dân thực sự là vấn đề cần cân nhắc một cách nghiêm túc. Đạo luật riêng biệt này sẽ làm rõ tất cả những vấn đề từ nguyên tắc, đối tượng, thẩm quyền cũng như các biện pháp bảo hộ... Đạo luật cũng cần quy định cụ thể về quy trình, thủ tục tiếp nhận yêu cầu bảo hộ công dân để minh bạch hoá quy trình này qua đó, ràng buộc rõ hơn trách nhiệm của các bên (đặc biệt là các cơ quan nhà nước có thẩm quyền) trong hoạt động bảo hộ công dân.

Đi đôi với việc ban hành đạo luật riêng về bảo hộ công dân, cần tiếp tục rà soát, bãi bỏ, sửa đổi, bổ sung, thay thế các quy định đã và đang nằm rải rác tại các văn bản hiện hành, tránh tình trạng không thống nhất hay chồng chéo giữa các quy định về bảo hộ công dân trong các văn bản pháp luật. Việc có được một đạo luật riêng biệt về bảo hộ công dân kết hợp với việc nâng cao hiệu quả của các biện pháp nghiệp vụ sẽ giúp cho hoạt động bảo hộ công dân ngày càng chuyên nghiệp, thực chất và hiệu quả hơn trên thực tế.

**** Ban hành các văn bản dưới luật quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành***

Bảo hộ công dân ở nước ngoài luôn là một nội dung trong hoạt động đối ngoại của bất kỳ quốc gia nào. Chính vì thế, cùng với việc xây dựng một đạo luật về bảo hộ công dân, Chính phủ cần tích cực triển khai công tác hướng dẫn thi hành về các hoạt động bảo hộ công dân. Học tập kinh nghiệm của Australia, Canada, Anh…, Việt Nam cũng cần quan tâm đến các quy định trong các văn bản dưới luật mang tính cảnh báo đối với công dân Việt Nam đồng thời có quốc tịch nước ngoài về những khó khăn, trở ngại mà họ có thể gặp phải khi có các vấn đề liên quan đến bảo hộ công dân. Ngoài ra, việc in ấn, phát hành (cả bản giấy và bản điện tử) các cẩm nang thông tin, sổ tay bỏ túi những vấn đề cần lưu ý, ghi nhớ trong công tác bảo đảm quyền lợi hợp pháp của công dân Việt Nam ở nước ngoài cũng nên được chú trọng.

texts/instruments/english/commentaries/9_8_2006.pdf, truy cập ngày 28/2/2018.

BÀI HỌC KINH NGHIỆM TỪ VỤ KHỞI KIỆN INDONESIA ÁP DỤNG BIỆN PHÁP TỰ VỆ ĐỐI VỚI TÔN LẠNH NHẬP KHẨU TỪ VIỆT NAM

Nguyễn Ngọc Hà*

Tóm tắt: *Việt Nam đã không thành công khi khởi kiện Indonesia trong vụ Indonesia – Biện pháp tự vệ đối với một số sản phẩm sắt hoặc thép (WT/DS496) khi Ban hội thẩm và Cơ quan Phúc thẩm của WTO khẳng định biện pháp bị khiếu kiện của Indonesia không phải là biện pháp tự vệ. Kết luận trên khiến Việt Nam không bảo vệ được lợi ích của doanh nghiệp và Nhà nước Việt Nam nhưng cũng để lại nhiều kinh nghiệm cần thiết cho Việt Nam. Do đó, trong bài viết này, người viết tập trung phân tích các quan điểm của các bên, của Ban hội thẩm và Cơ quan Phúc thẩm liên quan đến việc xác định biện pháp bị khiếu kiện có phải là biện pháp tự vệ không và các hậu quả pháp lý, cũng như các lưu ý đối với Việt Nam trong thời gian tới.*

Abstract: *Vietnam unsuccessfully sued Indonesia on the WTO's case Indonesia – Safeguard on certain iron or steel products (WT/DS496), when the Panel and the Appellate Body of WTO held that the Indonesia's measure at issue is not a safeguard measure. The conclusion leaves Vietnam unable to protect legitimate interests of enterprises and the State of Vietnam. However, it may learn requisite lessons from this case. The article focuses on analysis of views of both parties, of the Panel and Appellate Body in determining whether the measure at question is a safeguard measure, legal consequences thereof, and lessons for Vietnam for future cases.*

Đặt vấn đề

Ngày 01/06/2015, Việt Nam khởi kiện Indonesia ra Cơ quan Giải quyết Tranh chấp (Dispute Settlement Body, DSB) của Tổ chức Thương mại Thế giới (World Trade Organization, WTO) liên quan đến việc Indonesia đã áp dụng biện pháp tự vệ đối với tôn lạnh (gavulume)[1] nhập khẩu từ Việt Nam[2]. Biện pháp tự vệ, dưới dạng thuế đặc biệt[3], được áp dụng trên cơ sở cuộc điều tra của Ủy ban Tự vệ Thương mại Indonesia (Komite Pengamanan Perdagangan Indonesia, KPPI) và quyết định của Bộ Tài chính Indonesia (Quyết định số 137.1/PMK.011/2014) có hiệu lực từ ngày 22/07/2014. Các khiếu kiện của Việt Nam

* Khoa Luật, Trường Đại học Ngoại Thương.
Bài viết này được thực hiện trong khuôn khổ đề tài nghiên cứu khoa học cấp trường về "*Luật Quản lý ngoại thương năm 2017 và những thách thức đặt ra khi thực thi*", mã số NTCS2018-02.

[1] Tôn lạnh – sản phẩm bị điều tra áp dụng biện pháp tự vệ trong vụ tranh chấp này được hiểu là "các sản phẩm dạng tấm phẳng, bằng sắt hoặc thép, có chiều rộng từ 600mm trở lên, được tráng hoặc mạ nhôm và kẽm, chứa ít nhất 0.6% carbon, dày không quá 0,7 mm và có mã HS là 7210.61.11.00".

[2] *Indonesia – Safeguard on Certain Iron or Steel Products*, Request for consultation by Vietnam, 01/06/2015, WT/DS496/1.

[3] Thuế đặc biệt, tồn tại dưới dạng thuế tuyệt đối, được áp dụng cho giai đoạn 3 năm, cụ thể: từ 22/07/2014-21/07/2015: 4.998.784 Rp/MT; từ 22/07/2015-21/07/2016: 4.314.161 Rp/MT và từ 22/07/2016-21/07/2017: 3.629.538 Rp/MT. Xem: *Indonesia – Safeguard on Certain Iron or Steel Products*, Panel report of 18 August 2017, WT/DS490/R, WT/DS496/R, đoạn 2.2.

tập trung vào hai vấn đề chính: *Thứ nhất*, các biện pháp tự vệ mà Indonesia áp dụng vi phạm các quy định về tự vệ trong Hiệp định chung về thuế quan và thương mại (The General Agreement on Trade and Tariffs, GATT) và Hiệp định tự vệ của WTO; *thứ hai*, các biện pháp tự vệ này vi phạm nguyên tắc tối huệ quốc (MFN) được nêu tại Điều I.1 của GATT[4]. Cũng về các biện pháp này, Indonesia đã bị Đài Loan khởi kiện trong một vụ tranh chấp khác[5].

Do tham vấn không thành công, ngày 17/09/2015, Việt Nam đã yêu cầu DSB thành lập Ban hội thẩm để giải quyết vụ tranh chấp[6]. Đài Loan cũng có yêu cầu tương tự[7]. Ban hội thẩm, được thành lập vào ngày 09/12/2015, trên cơ sở các quy định của Điều 9.1 Thỏa thuận về các quy tắc và thủ tục giải quyết tranh chấp, đã xem xét đồng thời cả hai vụ việc và đã đưa ra báo cáo của mình vào ngày 18/08/2017. Báo cáo của Ban hội thẩm đã gây ngạc nhiên cho không chỉ Việt Nam, Đài Loan mà cả đối với Indonesia khi khẳng định biện pháp mà Indonesia áp dụng không phải là biện pháp tự vệ theo định nghĩa của Điều XIX.1 GATT năm 1994. Điều này dẫn đến các khiếu kiện của Việt Nam liên quan đến việc Indonesia vi phạm Điều XIX.1 GATT năm 1994 và Hiệp định tự vệ bị bác bỏ. Việt Nam chỉ thành công với khiếu kiện liên quan đến vi phạm của Indonesia đối với nguyên tắc tối huệ quốc theo Điều I.1 của GATT năm 1994[8].

Indonesia, Việt Nam và Đài Loan sau đó đều kháng cáo nhận định của Ban hội thẩm lên Cơ quan phúc thẩm. Ngày 15/08/2018, sau hơn một năm xem xét, Cơ quan phúc thẩm đã đưa ra báo cáo bác bỏ các kháng cáo của các bên và tái khẳng định các nhận định mà Ban hội thẩm đưa ra trước đó là có cơ sở[9].

Do giới hạn về dung lượng, bài viết này không phân tích tất cả các vấn đề pháp lý được giải quyết trong vụ tranh chấp, mà chỉ tập trung vào lập luận của các bên cũng như phân tích của Ban hội thẩm hay Cơ quan phúc thẩm về việc xác định biện pháp bị khiếu kiện trong vụ việc có phải là biện pháp tự vệ hay không (vì đây là lần đầu tiên câu hỏi này được đặt ra trong khuôn khổ của DSB).

1. Khái quát về biện pháp tự vệ theo quy định của WTO

Việc áp dụng biện pháp tự vệ trong khuôn khổ của WTO được điều chỉnh bởi Điều XIX của GATT năm 1994 và Hiệp định tự vệ. Các quy định này đưa ra điều kiện và quy trình thủ tục để điều tra và áp dụng biện pháp tự vệ.

Về khái niệm, GATT và Hiệp định tự vệ không có định nghĩa rõ ràng thế nào là biện pháp tự vệ. Điều 1 của Hiệp định tự vệ quy định một cách đơn giản: "Hiệp định này thiết lập các quy tắc áp dụng các biện pháp tự vệ được hiểu theo nghĩa các biện pháp được quy định tại Điều 19 của GATT năm

[4] *Tlđd.,* WT/DS496/1, tr. 1.

[5] *Indonesia – Safeguard on Certain Iron or Steel Products*, Request for consultation by Chinese Taipei, 12/02/2015, WT/DS490/1.

[6] *Indonesia – Safeguard on Certain Iron or Steel Products*, Request for the establishment of a panel by Vietnam, 18/09/2015, WT/DS496/3.

[7] *Indonesia – Safeguard on Certain Iron or Steel Products*, Request for the establishment of a panel by Taipei China, 20/08/2015, WT/DS490/2.

[8] *Tlđd*, WT/DS496/R, đoạn 8.1-8.4.

[9] *Indonesia – Safeguard on Certain Iron or Steel Products*, Appellate Body of 15 August 2018, WT/DS490/AB/R, WT/DS496/AB/R.

1994". Trong khi đó, Điều XIX.1 của GATT năm 1947/1994 quy định:

"a) Nếu do hậu quả của những diễn tiến không lường trước được và do kết quả của những nghĩa vụ, trong đó có những nhân nhượng thuế quan của một bên ký kết theo Hiệp định này, một sản phẩm được nhập khẩu vào lãnh thổ của bên ký kết đó với số lượng gia tăng và với các điều kiện đến mức gây thiệt hại hoặc đe dọa gây thiệt hại nghiêm trọng cho các nhà sản xuất những sản phẩm tương tự hay sản phẩm cạnh tranh trực tiếp trong nước, bên ký kết đó có quyền ngừng hoàn toàn hay một phần các cam kết của mình, rút bỏ hay điều chỉnh nhân nhượng thuế quan, đối với sản phẩm đó và trong thời gian cần thiết để ngăn chặn hoặc khắc phục tổn hạn đó".

Có thể thấy Điều XIX.1(a) nêu trên chủ yếu đưa ra các điều kiện mà theo đó một thành viên WTO có thể áp dụng các biện pháp tự vệ. Các điều kiện này liên quan đến việc xác định "những diễn tiến không lường trước được", "kết quả của những nghĩa vụ", hàng hóa nhập khẩu có "số lượng gia tăng" và việc gia tăng này "gây thiệt hại hoặc đe dọa gây thiệt hại nghiêm trọng cho các nhà sản xuất những sản phẩm tương tự hay sản phẩm cạnh tranh trực tiếp trong nước"[10]. Khi các điều kiện này được đáp ứng, thành viên đó có thể "ngừng hoàn toàn hay một phần các cam kết của mình, rút bỏ hay điều chỉnh nhân nhượng thuế quan" đối với sản phẩm bị điều tra trong một khoảng thời gian cần thiết để ngăn chặn hoặc khắc phục các thiệt hại của ngành sản xuất trong nước. Các biện pháp như vậy được coi là "biện pháp tự vệ" trong khuôn khổ của WTO[11].

Nói cách khác, việc áp dụng một biện pháp tự vệ sẽ gắn liền với việc tạm thời không thực hiện các nghĩa vụ của một thành viên trong WTO. Do đó, biện pháp tự vệ có thể tồn tại dưới dạng thuế tự vệ, hạn ngạch, giấy phép nhập khẩu hay một biện pháp khác dẫn đến việc tạm thời không thực hiện một nghĩa vụ theo GATT hay theo một hiệp định thương mại đa biên về hàng hóa nào đó. Nếu đối với một mặt hàng nào đó, một thành viên WTO không có các nghĩa vụ hay các ràng buộc thuế quan, khi gặp phải tác động của việc nhập khẩu hàng hóa với khối lượng lớn và muốn bảo hộ cho ngành sản xuất nội địa, thành viên WTO đó có thể áp dụng các biện pháp để hạn chế nhập khẩu một cách tự do. Lúc này, các biện pháp hạn chế được áp dụng không được coi là biện pháp tự vệ và vì vậy, cũng không phải tuân thủ theo các điều kiện, quy trình thủ tục được nêu tại Điều XIX của GATT cũng như của Hiệp định tự vệ.

2. Nhận định của Ban Hội thẩm/Cơ quan phúc thẩm về biện pháp của Indonesia

Trong quá trình giải quyết vụ việc trong giai đoạn hội thẩm hay phúc thẩm, Việt Nam, Đài Loan và Indonesia đều cho rằng biện pháp thuế đặc biệt mà Indonesia áp dụng cho sản phẩm bị điều tra không phải là

[10] Về phân tích các điều kiện này, xem thêm: United Nations Conference on Trade and Development, "3.8. Safeguard Measures", *in Dispute Settlement – World Trande Organisation*, United Nations, New York and Geneva, 2003, tr. 9-29, xem tại: http://unctad.org/en/Docs/edmmisc232add16_en.pdf, truy cập ngày 25/08/2018; Peter van den Bossche, *The Law and Policy of the World Trade Organisation: Text, Cases and Materials*, 2nd edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, tr. 672-678.

[11] Peter van den Bossche, *sđd*, tr. 672; Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh, *Giáo trình Luật Thương mại quốc tế - Phần I*, Nxb. Hồng Đức, 2013, tr. 340.

biện pháp tự vệ. Tuy nhiên, Ban hội thẩm và Cơ quan phúc thẩm sau đó đều bác bỏ các lập luận này. Cụ thể:

2.1. Lập luận của các bên

Indonesia, trong giai đoạn hội thẩm, cho rằng biện pháp của mình là một biện pháp tự vệ. Cơ sở mà Indonesia đưa ra để khẳng định tính chất tự vệ của biện pháp này là: i) Việc áp thuế lên các sản phẩm bị điều tra được nhập khẩu từ các nước, trong đó có Việt Nam và một số đối tác trong các hiệp định thương mại khu vực, là việc tạm ngừng thực hiện ngoại lệ về hội nhập kinh tế khu vực theo Điều XXIV của GATT; ii) Indonesia đã tạm ngừng nghĩa vụ đối xử tối huệ quốc theo Điều I của GATT bởi Indonesia đã đưa ra danh sách 120 quốc gia được loại trừ không bị áp thuế đặc biệt[12]. Nói cách khác, biện pháp thuế đặc biệt mà Indonesia áp dụng, dù Indonesia không đưa ra ràng buộc thuế quan đối với sản phẩm bị điều tra, có dẫn đến việc tạm ngừng thực hiện một số nghĩa vụ của Indonesia trong WTO, do đó, đáp ứng các yếu tố cấu thành biện pháp tự vệ mà Điều XIX của GATT năm 1994 và của Điều 1 Hiệp định tự vệ đưa ra. Ngoài ra, Indonesia cũng khẳng định biện pháp thuế đặc biệt này đã được Indonesia thông báo lên Ủy ban về các biện pháp tự vệ của WTO theo quy định của Điều 12.1 đoạn a, b và c Hiệp định tự vệ với ý nghĩa là biện pháp tự vệ[13].

Trong giai đoạn phúc thẩm, Indonesia tiếp tục khẳng định để xác định một biện pháp có phải là biện pháp tự vệ hay không, cần phải xem xét "mục đích và bối cảnh" của biện pháp đó[14]. Đồng thời, thành viên này cho rằng một biện pháp "được thông qua với mục đích để phòng ngừa hoặc khắc phục thiệt hại nghiệm trọng hoặc đe dọa gây thiệt hại nghiêm trọng mà một ngành công nghiệp nội địa phải gánh chịu… vì có sự chuyển biến không dự đoán trước của bối cảnh" là một biện pháp tự vệ[15]. Biện pháp mà Indonesia áp dụng trên cơ sở Quyết định số 137 đáp ứng mục đích này, do đó, thỏa mãn các điều kiện mà Điều XIX của GATT năm 1994 đưa ra. Vì vậy, Indonesia cho rằng nếu Cơ quan phúc thẩm đồng ý với nhận định của Ban hội thẩm, thì Cơ quan phúc thẩm cũng đồng ý với việc Ban hội thẩm đã bỏ qua "tính chất và mục đích" đã được tuyên bố của biện pháp khi Ban hội thẩm kết luận biện pháp đó không phải là biện pháp tự vệ[16].

Việt Nam hay Đài Loan có chung quan điểm với Indonesia khi kháng cáo quyết định của Ban hội thẩm. Từ góc độ của Việt Nam, Việt Nam cho rằng một biện pháp "đã được thông qua theo các thủ tục được quy định tại Điều XIX của GATT và Hiệp định tự vệ" và "đã được thông báo cho Ủy ban về các biện pháp tự vệ với ý nghĩa là một biện pháp tự vệ" cung cấp bằng chứng vững chắc để khẳng định biện pháp bị khiếu kiện là biện pháp tự vệ[17]. Việt Nam khẳng định thêm rằng, việc không tuân thủ các quy định của Điều XIX.1.a của GATT sẽ dẫn đến sự vi phạm của biện pháp bị

[12] *Tlđd,* WT/DS490/R, WT/DS496/R, đoạn 7.21.
[13] *Tlđd,* WT/DS490/R, WT/DS496/R, đoạn 7.33.
[14] *Tlđd,* WT/DS490/AB/R, WT/DS496/AB/R, đoạn 5.40.
[15] *Tlđd,* WT/DS490/AB/R, WT/DS496/AB/R, đoạn 5.40.
[16] *Tlđd,* WT/DS490/AB/R, WT/DS496/AB/R, đoạn 5.40.
[17] *Tlđd,* WT/DS490/AB/R, WT/DS496/AB/R, đoạn 5.46.

khiếu kiện đối với điều khoản này. Tuy nhiên, theo Việt Nam, sự vi phạm đó không làm ảnh hưởng đến tính chất "tự vệ" của biện pháp bị khiếu kiện[18].

Bên cạnh các bên tranh chấp, một số Thành viên của WTO đã tham gia vào vụ tranh chấp với tư cách bên thứ ba[19]. Nhật Bản đồng ý với quan điểm của các bên tranh chấp và phản đối nhận định của Ban hội thẩm[20]. Ngược lại, Australia, Liên minh châu Âu và Hoa Kỳ ủng hộ Ban hội thẩm khi đều khẳng định phân tích của Ban hội thẩm là phù hợp với các yêu cầu mà Điều XIX.1 của GATT năm 1994 đặt ra[21].

2.2. Quan điểm của Ban hội thẩm và Cơ quan phúc thẩm

Đây là vụ tranh chấp đầu tiên mà Ban hội thẩm đã phải xem xét tính chất "tự vệ" của biện pháp bị khiếu kiện. Trước những lập luận của các bên tranh chấp, Ban hội thẩm khẳng định biện pháp bị khiếu kiện không phải là biện pháp tự vệ vì một số lý do sau đây:

Thứ nhất, Ban hội thẩm khẳng định biện pháp tự vệ là biện pháp phải thỏa mãn các yêu cầu nêu tại Điều XIX.1.a của GATT năm 1994, theo đó, biện pháp này phải làm ngừng, rút lại hay điều chỉnh một cam kết, một nhượng bộ trong khuôn khổ của GATT[22]. Đồng thời, biện pháp đó phải có mục đích nhằm ngăn chặn hoặc khắc phục các thiệt hại mà ngành công nghiệp trong nước phải gánh chịu vì có sự gia tăng đột biến của hàng hóa nhập khẩu[23]. Nói cách khác, theo Ban hội thẩm, biện pháp tự vệ phải là một biện pháp được áp dụng trong một "chừng mực cần thiết" để khắc phục các thiệt hại cũng như trong bối cảnh mà tất cả các điều kiện để áp dụng biện pháp tự vệ được đáp ứng[24].

Thứ hai, Indonesia, trong biểu cam kết thuế quan của mình tại WTO, không đưa ra ràng buộc thuế quan đối với sản phẩm tôn lạnh. Do đó, Indonesia có quyền áp dụng bất kỳ mức thuế nào đối với sản phẩm tôn lạnh nhập khẩu, kể cả việc tăng thuế trở lại đối với mặt hàng này. Với cách hiểu như vậy, Ban hội thẩm khẳng định biện pháp thuế đặc biệt bị khiếu kiện không bị coi là dẫn đến ngừng, rút bỏ hay điều chỉnh các nghĩa vụ của Indonesia theo Điều II của GATT năm 1994[25]. Phân tích này cho thấy, một thành viên chỉ bị ràng buộc bởi các cam kết thuế quan được đưa vào trong biểu cam kết. Ngược lại, nếu một dòng hàng không được đưa vào biểu cam kết thuế, thành viên đó được tự do điều chỉnh mức thuế suất mà không bị coi là vi phạm Điều II của GATT.

Thứ ba, biện pháp thuế đặc biệt của Indonesia không dẫn đến việc tạm ngừng thực hiện ngoại lệ về hội nhập kinh tế khu vực theo Điều XXIV của GATT. Ban hội thẩm cho rằng Điều XXIV của GATT là một "điều khoản cho phép" (permissive disposition) không *"áp đặt một nghĩa vụ thực về ký kết các hiệp định thương mại khu vực hay nghĩa vụ phải cung cấp một mức độ tiếp cận thị trường cho các đối tác tham gia*

[18] *Tlđd,* WT/DS490/AB/R, WT/DS496/AB/R, đoạn 5.46.
[19] Bao gồm: Hoa Kỳ, Liên minh châu Âu, Ấn Độ, Hàn Quốc, Nga, Trung Quốc, Chile, Australia, Nhật Bản.
[20] *Tlđd,* WT/DS490/AB/R, WT/DS496/AB/R, đoạn 5.50.
[21] *Tlđd,* WT/DS490/AB/R, WT/DS496/AB/R, đoạn 5.48, 5.49 và 5.51.
[22] *Tlđd,* WT/DS490/R, WT/DS496/R, đoạn 7.13.
[23] *Tlđd,* WT/DS490/R, WT/DS496/R, đoạn 7.14.
[24] *Tlđd,* WT/DS490/R, WT/DS496/R, đoạn 7.15.
[25] *Tlđd,* WT/DS490/R, WT/DS496/R, đoạn 7.18.

hiệp định thương mại khu vực thông qua công cụ nhượng bộ thuế quan"[26]. Do đó, theo quan điểm của Ban hội thẩm, các cam kết về thuế của Indonesia trong khuôn khổ của các hiệp định thương mại khu vực là một nghĩa vụ của Indonesia theo các hiệp định thương mại khu vực đó, mà không phải là nghĩa vụ theo quy định của Điều XXIV của GATT nói riêng và của WTO nói chung. Vì vậy, Ban hội thẩm kết luận rằng, không có bất kỳ cơ sở pháp lý nào cho phép khẳng định biện pháp bị khiếu kiện của Indonesia sẽ dẫn đến việc tạm ngừng thực hiện ngoại lệ về tối huệ quốc theo quy định của Điều XXIV GATT năm 1994[27].

Thứ tư, biện pháp thuế đặc biệt của Indonesia cũng không phải là một biện pháp dẫn đến việc tạm ngừng hay đình chỉ nghĩa vụ của Indonesia theo nguyên tắc tối huệ quốc của GATT năm 1994. Ở góc độ này, Ban hội thẩm nhận định việc loại trừ một số thành viên đang phát triển ra khỏi phạm vi áp dụng của biện pháp bị khiếu kiện mà Indonesia thực hiện trên cơ sở Điều 9.1 của Hiệp định tự vệ là không có cơ sở pháp lý. Logic của kết luận này thể hiện ở điểm: Vì biện pháp bị khiếu kiện của Indonesia không được coi là biện pháp tự vệ nên biện pháp đó không thuộc phạm vi điều chỉnh của Hiệp định tự vệ[28]. Bên cạnh đó, Ban Hội thẩm cũng cho rằng, việc Indonesia loại trừ 120 nước khỏi danh sách áp dụng biện pháp thuế đặc biệt cũng không thể giúp thực hiện mục tiêu mà Điều XIX.1 của GATT năm 1994 hướng tới là các biện pháp "cần thiết để ngăn chặn hoặc khắc phục các thiệt hại" gây ra cho ngành sản xuất trong nước vì có sự gia tăng quá mức của hàng hóa nhập khẩu. Cuối cùng, trên cơ sở nguyên tắc luật chung và luật riêng cũng như Ghi chú diễn giải chung về phụ lục 1A của Hiệp định Marrakesh, theo đó, khi có sự khác biệt giữa các quy định của GATT với một hiệp định thương mại đa biên về thương mại hàng hóa, quy định của hiệp định thương mại đa biên sẽ được áp dụng, Ban hội thẩm khẳng định việc thực hiện một hành động theo Điều 9.1 của Hiệp định tự vệ không cần thiết phải dẫn đến việc đình chỉ nghĩa vụ của Indonesia theo Điều I.1 của GATT năm 1994 về tối huệ quốc[29].

Có thể thấy, Ban hội thẩm đã bác bỏ toàn bộ các lập luận của Indonesia cũng như của Việt Nam hay Đài Loan về việc biện pháp bị khiếu kiện là một biện pháp tự vệ. Về cơ bản, lý do của sự bác bỏ này đều thể hiện ở việc Ban hội thẩm đã xác định biện pháp bị khiếu kiện không làm ngừng, rút bỏ hay điều chỉnh bất kỳ nghĩa vụ nào của Indonesia theo các quy định trong các hiệp định của WTO. Do đó, theo Ban hội thẩm, biện pháp bị khiếu kiện của Indonesia đã không đáp ứng các yếu tố cấu thành của một biện pháp tự vệ mà Điều XIX.1 của GATT đưa ra.

Ủng hộ quan điểm và nhận định của Ban hội thẩm, Cơ quan phúc thẩm của WTO cũng cho rằng biện pháp bị khiếu kiện trong vụ tranh chấp này không phải là biện pháp tự vệ. Nhận định của Cơ quan phúc thẩm dựa trên các yếu tố sau:

Thứ nhất, Cơ quan phúc thẩm nhắc lại những nhận định mà mình đã đưa ra trước đây về biện pháp tự vệ. Theo Cơ quan phúc

[26] *Tlđd,* WT/DS490/R, WT/DS496/R, đoạn 7.20.
[27] *Tlđd,* WT/DS490/R, WT/DS496/R, đoạn 7.20.
[28] *Tlđd,* WT/DS490/R, WT/DS496/R, đoạn 7.25-7.26.
[29] *Tlđd,* WT/DS490/R, WT/DS496/R, đoạn 7.9.

thẩm, biện pháp tự vệ là "biện pháp mang tính chất phòng vệ đặc biệt" được "áp dụng dưới dạng hạn chế nhập khẩu" trong "những tình huống khẩn cấp", nghĩa là trong "những tình huống thiếu vắng các khiếu nại về tình trạng cạnh tranh không lành mạnh", nhằm mục đích "bảo hộ cho nền sản xuất trong nước"[30].

Thứ hai, Cơ quan phúc thẩm đã tiến hành diễn giải Điều XIX.1.a của GATT năm 1994 để làm rõ nghĩa của những yếu tố cấu thành (*constituent elements*) biện pháp tự vệ.

Cơ quan phúc thẩm khẳng định, các từ ngữ được sử dụng trong Điều XIX.1.a cho thấy biện pháp mà Điều XIX.1.a điều chỉnh là biện pháp liên quan đến "việc ngừng, toàn bộ hoặc một phần, một cam kết trong GATT, hoặc việc rút bỏ hay điều chỉnh một nhượng bộ trong GATT"[31]. Do đó, theo Cơ quan phúc thẩm, thiếu vắng các yếu tố cấu thành này thì một biện pháp không thể được coi là biện pháp tự vệ.

Đồng thời, Cơ quan phúc thẩm chỉ ra rằng, Điều XIX.1.a của GATT năm 1994 không xác định cụ thể và rõ ràng những biện pháp có thể được coi là biện pháp tự vệ. Do đó, việc xác định một biện pháp là biện pháp tự vệ chỉ có thể được thực hiện trên cơ sở từng vụ việc. Ở đây, theo Cơ quan phúc thẩm, cần phân biệt rõ những yếu tố cấu thành để xác định một biện pháp được coi là tự vệ với những điều kiện để đảm bảo sự tương thích của biện pháp đó với Điều XIX.1.a[32]. Nói cách khác, việc nhầm lẫn giữa các yếu tố này sẽ ảnh hưởng không đúng tới việc xác định biện pháp bị khiếu kiện có phải là biện pháp tự vệ hay không.

Cuối cùng, Cơ quan phúc thẩm nhận định bản thân Điều XIX.1.a của GATT năm 1994 không cho biết những cam kết hay nhượng bộ nào trong GATT có thể bị ngừng, rút bỏ hay điều chỉnh để xác định một biện pháp là biện pháp tự vệ. Biện pháp đó có thể liên quan đến việc một nhượng bộ thuế quan theo Điều II hay một hạn chế định lượng theo Điều XI của GATT. Biện pháp đó cũng có thể liên quan đến các cam kết khác được một thành viên đưa ra trong khuôn khổ của GATT. Tuy nhiên, Cơ quan phúc thẩm nhắc lại một yếu tố quan trọng theo Điều XIX.1.a của GATT là việc ngừng, rút bỏ hay điều chỉnh một nhượng bộ hay cam kết trong GATT phải nhằm mục đích ngăn chặn hoặc khắc phục thiệt hại nghiêm trọng gây ra cho ngành sản xuất nội địa[33].

Từ những diễn giải này, Cơ quan phúc thẩm kết luận một biện pháp được coi là biện pháp tự vệ khi biện pháp đó: i) Ngừng, toàn bộ hoặc một phần, một cam kết hoặc rút bỏ, điều chỉnh một nhượng bộ theo GATT; ii) Việc ngừng, rút bỏ hoặc điều chỉnh được thực hiện nhằm mục đích ngăn chặn hoặc khắc phục thiệt hại nghiêm trọng mà sự gia tăng đột biến của hàng hóa nhập khẩu gây ra hoặc đe dọa gây ra cho ngành sản xuất nội địa của một thành viên. Cơ

[30] *Tlđd,* WT/DS490/AB/R, WT/DS496/AB/R, đoạn 5.53; xem thêm: *United States – Definitive Safeguard Measures on Imports of Circular Welded Carbon Quality Line Pipe from Korea,* Appellate Body Report of 15 February 2002, WT/DS202/AB/R, đoạn 82.

[31] *Tlđd,* WT/DS490/AB/R, WT/DS496/AB/R, đoạn 5.55.

[32] *Tlđd,* WT/DS490/AB/R, WT/DS496/AB/R, đoạn 5.57.

[33] *Tlđd,* WT/DS490/AB/R, WT/DS496/AB/R, đoạn 5.58.

quan phúc thẩm khẳng định: Một Ban hội thẩm, để đảm bảo xác định chính xác tính chất của biện pháp, phải tiến hành một đánh giá độc lập và khách quan tất cả các khía cạnh của biện pháp có thể ảnh hưởng đến tính chất pháp lý của biện pháp đó, bao gồm cả sự hình thành, cấu trúc và chức năng của biện pháp. Đồng thời, Ban hội thẩm cũng phải xem xét đầy đủ các yếu tố cấu thành các đặc trưng của biện pháp, xác định các quy định mà biện pháp đó chịu sự điều chỉnh và cách thức mà biện pháp đó được xây dựng trong hệ thống nội luật của một thành viên[34]. Có thể thấy, những diễn giải này đều xuất phát từ chính nội dung của Điều XIX.1.a, nhưng đã bổ sung và làm rõ nhiều khía cạnh cũng như vạch ra đường hướng để xác định được một biện pháp có phải là biện pháp tự vệ hay không.

Thứ ba, trên cơ sở những diễn giải nêu trên, Cơ quan phúc thẩm đã xem xét đến các đặc điểm của biện pháp bị khiếu kiện của Indonesia.

Cơ quan phúc thẩm trước tiên chỉ ra hai điểm gây tranh cãi trong cách tiếp cận của Ban hội thẩm. Trước tiên, theo Cơ quan này, việc Ban hội thẩm cho rằng để một biện pháp được coi là tự vệ thì biện pháp đó phải được áp dụng "trong chừng mực và theo thời gian" nhằm xác định sự cần thiết của biện pháp trong việc ngăn chặn hay khắc phục thiệt hại của ngành sản xuất nội địa[35]. Các tiêu chí như "trong chừng mực" hay "theo thời gian" đều chỉ được sử dụng để xác định xem biện pháp đó được áp dụng một cách tương thích với các quy định của Điều XIX.1.a hay không, mà không phải để xác định các yếu tố cấu thành biện pháp tự vệ[36]. Tiếp theo, Cơ quan phúc thẩm cũng khẳng định việc Ban hội thẩm cho rằng cần phải xem xét liệu biện pháp đó có được thông qua "trong một tình huống mà tất cả các điều kiện để áp dụng biện pháp tự vệ đã được đáp ứng" hay không[37] là không chính xác. Đây cũng là vấn đề chỉ đặt ra khi cần xem xét sự tương thích của biện pháp đó với các quy định của WTO, mà không góp phần xác định các yếu tố cấu thành của biện pháp tự vệ.

Dù phủ nhận cách tiếp cận của Ban hội thẩm ở hai điểm nêu trên, Cơ quan phúc thẩm đồng ý với Ban hội thẩm về việc biện pháp bị khiếu kiện của Indonesia không phải là biện pháp tự vệ. Cơ quan phúc thẩm cho rằng có thể biện pháp đó hướng đến mục đích ngăn chặn hay khắc phục các thiệt hại mà ngành sản xuất nội địa của Indonesia phải gánh chịu do sự gia tăng của hàng hóa nhập khẩu, nhưng biện pháp đó không làm "ngừng bất kỳ một cam kết hay rút bỏ, điều chỉnh bất kỳ nhượng bộ nào theo GATT". Việc loại trừ 120 thành viên ra khỏi danh sách các thành viên bị áp dụng biện pháp tự vệ có thể được coi là việc đình chỉ nghĩa vụ đối xử tối huệ quốc của Indonesia theo Điều I.1 của GATT năm 1994, nhưng các bên lại không chỉ ra được rằng biện pháp đó được ban hành để nhằm ngăn ngừa hoặc bù đắp thiệt hại của ngành sản xuất nội địa. Nói cách khác, việc loại trừ này không đáp ứng mục tiêu của biện pháp tự vệ để góp phần khẳng định biện pháp đó là tự vệ.

[34] *Tlđd,* WT/DS490/AB/R, WT/DS496/AB/R, đoạn 5.59, 5.60, 6.6.
[35] *Tlđd,* WT/DS490/R, WT/DS496/R, đoạn 7.15.
[36] *Tlđd,* WT/DS490/AB/R, WT/DS496/AB/R, đoạn 5.62.
[37] *Tlđd,* WT/DS490/AB/R, WT/DS496/AB/R, đoạn 5.62.

Liên quan đến việc liệu biện pháp của Indonesia có làm ngừng, rút bỏ hay điều chỉnh nghĩa vụ của Indonesia theo Điều 9.1 của Hiệp định Tự vệ không, Cơ quan phúc thẩm chỉ ra rằng, Điều 9.1 chỉ nêu các điều kiện để đảm bảo một biện pháp đã được coi là biện pháp tự vệ được áp dụng một cách tương thích với các quy định của WTO, mà không liên quan đến việc xác định các yếu tố cấu thành của biện pháp tự vệ. Do đó, phải xác định được một biện pháp là biện pháp tự vệ thì một thành viên WTO mới có thể, tiếp theo đó, viện dẫn đến Điều 9.1 của Hiệp định tự vệ[38].

Như vậy, cả Ban hội thẩm và Cơ quan phúc thẩm của WTO đều xác định biện pháp bị khiếu kiện của Indonesia không phải là biện pháp tự vệ. Kết luận này đã khiến cho các khiếu kiện của Việt Nam hay Đài Loan liên quan đến sự vi phạm của biện pháp bị khiếu kiện đối với Điều XIX của GATT năm 1994 và đối với Hiệp định tự vệ đều không thành công. Đồng thời, vụ việc này cũng tạo ra những hậu quả pháp lý mà người viết sẽ phân tích ở phần dưới đây.

3. Một số hậu quả pháp lý

Có thể thấy, kết luận của Ban hội thẩm và Cơ quan phúc thẩm có ý nghĩa tích cực đối với việc diễn giải và áp dụng các quy định của WTO và cả những hậu quả tiêu cực đối với Việt Nam. Cụ thể:

Về ý nghĩa tích cực, có thể thấy, vụ tranh chấp đã góp phần làm rõ các quy định của Điều XIX của GATT và của Hiệp định tự vệ trong việc xác định một biện pháp có phải là biện pháp tự vệ không. Có thể rút ra một số vấn đề quan trọng liên quan đến việc xác định biện pháp tự vệ từ các kết luận và nhận định đã nêu ở trên là: i) Một biện pháp để được coi là biện pháp tự vệ khi biện pháp đó "ngừng, toàn bộ hay một phần, một cam kết trong GATT, hay rút bỏ, điều chỉnh một nhượng bộ trong GATT" và biện pháp đó phải nhằm "ngăn chặn hoặc khắc phục thiệt hại nghiêm trọng mà việc nhập khẩu quá mức hàng hóa gây ra hoặc đe dọa gây ra đối với ngành sản xuất nội địa"; ii) Một biện pháp không được coi là tự vệ chỉ vì tên gọi của nó là "biện pháp tự vệ" hay vì nó đã được thông báo cho Ủy ban về các biện pháp tự vệ của WTO với ý nghĩa là biện pháp tự vệ; iii) Để xác định biện pháp tự vệ, cần phải xem xét đến việc hình thành, cấu trúc và chức năng của biện pháp đó; và iv) Nếu một biện pháp nhằm tăng thuế đối với việc nhập khẩu một hàng hóa mà Thành viên đó không đưa ra cam kết thuế quan, Thành viên đó có thể tăng thuế mà không cần phải tiến hành thủ tục điều tra để áp dụng biện pháp tự vệ.

Về hậu quả tiêu cực, có thể thấy hai hậu quả tiêu cực đối với Việt Nam là: *Thứ nhất*, vì biện pháp của Indonesia không bị kết luận là vi phạm Điều XIX của GATT năm 1994 và Hiệp định tự vệ, Indonesia không có nghĩa vụ phải làm cho biện pháp bị khiếu kiện trở nên tương thích với các quy định có liên quan, nên mức thuế đặc biệt đánh lên tôn lạnh nhập khẩu từ Việt Nam hay Đài Loan vẫn được giữ nguyên, thậm chí, Indonesia tiếp tục có quyền nâng lên. Hậu quả của điều này là các doanh nghiệp Việt Nam tiếp tục gặp bất lợi khi xuất khẩu tôn lạnh vào thị trường Indonesia. *Thứ hai*, vì biện pháp bị khiếu kiện không được coi là biện pháp tự vệ, Việt Nam không thể yêu cầu Indonesia phải thực hiện nghĩa vụ đền bù theo Điều 8 của Hiệp định

[38] *Tlđd,* WT/DS490/AB/R, WT/DS496/AB/R, đoạn 6.7.

tự vệ[39]. Cả hai tác động bất lợi này đều ảnh hưởng đến các lợi ích của Việt Nam, từ góc độ vi mô hay vĩ mô.

4. Lưu ý đối với Việt Nam

Từ vụ tranh chấp này, Việt Nam có thể rút ra một số kinh nghiệm cho mình, đó là:

Thứ nhất, cần nghiên cứu và hiểu đầy đủ về các quy định của WTO trong quá trình vận dụng để khởi kiện ra Cơ quan giải quyết tranh chấp của WTO.

Có thể thấy từ khi khởi kiện đến khi có báo cáo của Ban hội thẩm, Việt Nam luôn cho rằng biện pháp của Indonesia là biện pháp tự vệ, nên đã khởi kiện Indonesia áp dụng biện pháp tự vệ không tương thích với Điều XIX của GATT và của Hiệp định tự vệ. Việt Nam đã bỏ qua việc xác định liệu biện pháp đó có chứa đựng đầy đủ các yếu tố cấu thành biện pháp tự vệ hay không, nói cách khác, là có làm ngừng, rút bỏ hay điều chỉnh các nghĩa vụ của Indonesia theo các hiệp định có liên quan của WTO hay không. Thực tế, Việt Nam không kiểm tra xem Indonesia có đưa ra ràng buộc thuế quan đối với tôn lạnh nhập khẩu trong WTO không, để khẳng định biện pháp thuế đặc biệt có làm điều chỉnh nhượng bộ thuế quan của Indonesia theo Biểu cam kết thuế quan của thành viên này không. Vì vậy, vụ tranh chấp này trở thành bài học quý giá cho Việt Nam trong việc xác định tính chất của biện pháp khi khởi kiện thành viên WTO khác, tránh việc thất bại trước DSB trong quá trình bảo vệ các quyền và lợi ích hợp pháp của doanh nghiệp hay Nhà nước.

Thứ hai, Việt Nam cần sửa đổi một số quy định trong Luật Quản lý ngoại thương năm 2017 nhằm đảm bảo sự tương thích với Điều XIX.1.a của GATT năm 1994 và của Hiệp định tự vệ.

Các quy định trong Luật Quản lý ngoại thương năm 2017 mà Việt Nam cần xem xét để sửa đổi liên quan chủ yếu đến khái niệm biện pháp tự vệ và các biện pháp tự vệ có thể áp dụng. Cụ thể:

Về khái niệm biện pháp tự vệ, Luật Quản lý ngoại thương năm 2017 quy định: *"Biện pháp tự vệ trong nhập khẩu hàng hóa nước ngoài vào Việt Nam (sau đây gọi là biện pháp tự vệ) là biện pháp được áp dụng trong trường hợp hàng hóa được nhập khẩu quá mức vào Việt Nam gây ra thiệt hại nghiêm trọng hoặc đe dọa gây ra thiệt hại nghiêm trọng của ngành sản xuất trong nước"*[40].

Có thể thấy, quy định này nhắc lại một số yếu tố được nêu trong Điều XIX.1.a của GATT năm 1994 và các điều kiện để áp dụng biện pháp tự vệ theo Điều 2 của Hiệp định tự vệ. Tuy nhiên, khái niệm này chưa thể hiện được đặc điểm quan trọng nhất của biện pháp tự vệ là ngừng toàn bộ hoặc một phần cam kết, hoặc rút bỏ, điều chỉnh một nhượng bộ trong GATT. Do đó, khái niệm về biện pháp tự vệ nêu tại khoản 1 Điều 91 Luật Quản lý ngoại thương năm 2017 cần được sửa đổi lại để bao hàm tất cả các yếu

[39] Điều 8 của Hiệp định tự vệ quy định: *"1. Phù hợp với các quy định tại khoản 3 Điều 12, một Thành viên đề xuất áp dụng biện pháp tự vệ hay tìm cách mở rộng biện pháp này sẽ cố gắng duy trì một mức độ nhượng bộ và các nghĩa vụ khác tương đương với các nhượng bộ và nghĩa vụ được quy định trong GATT 1994 giữa nước đó với các Thành viên xuất khẩu bị ảnh hưởng của biện pháp này. Để đạt được mục đích này, các Thành viên có liên quan có thể thoả thuận về một hình thức đền bù thương mại thoả đáng đối với những tác động tiêu cực của biện pháp này tới thương mại của họ"*.

[40] Khoản 1 Điều 91 Luật Quản lý ngoại thương năm 2017.

tố cấu thành biện pháp tự vệ được thể hiện trong Điều XIX.1 của GATT năm 1994.

Về các biện pháp tự vệ có thể được áp dụng, khoản 2 Điều 91 Luật Quản lý ngoại thương năm 2017 nêu ra các biện pháp tự vệ khác nhau như: i) Thuế tự vệ; ii) Hạn ngạch nhập khẩu; iii) Hạn ngạch thuế quan; iv) Giấy phép nhập khẩu; v) Các biện pháp tự vệ khác. Về cơ bản, khi áp dụng biện pháp hạn ngạch nhập khẩu, hạn ngạch thuế quan hay giấy phép nhập khẩu đều có thể dẫn đến việc đình chỉ các cam kết của Việt Nam trong WTO[41]. Tuy nhiên, khi áp dụng biện pháp thuế tự vệ, biện pháp đó chỉ được coi là tự vệ khi Việt Nam đưa ra các ràng buộc thuế quan trong Biểu cam kết thuế quan. Đồng thời, các biện pháp tự vệ khác cũng phải gắn liền với việc ngừng, rút bỏ hoặc điều chỉnh các nghĩa vụ trong GATT. Vì vậy, khoản 2 Điều 91 Luật Quản lý ngoại thương năm 2017 nên được sửa đổi để bao hàm nội dung liên quan đến việc ngừng, rút bỏ hoặc điều chỉnh nghĩa vụ của Việt Nam trong WTO nói chung và trong các hiệp định thương mại tự do nói riêng.

Thứ ba, Việt Nam cần rà soát các yếu tố cấu thành biện pháp tự vệ khi tiến hành điều tra tự vệ trong thực tiễn.

Tính đến tháng 09/2018, Việt Nam đã điều tra áp dụng biện pháp tự vệ trong 08 vụ việc khác nhau[42]. Ở một số vụ việc, Bộ Công Thương đã ra quyết định áp dụng biện pháp tự vệ dưới dạng là thuế tự vệ. Tuy nhiên, với một số mặt hàng thuộc diện điều tra, Việt Nam đã không đưa ra ràng buộc thuế quan khi gia nhập WTO. Ví dụ, trong vụ việc điều tra áp dụng biện pháp tự vệ đối với sản phẩm phân bón DAP và MAP nhập khẩu vào Việt Nam (SG06), Bộ Công Thương đã quyết định áp dụng thuế tự vệ đối với các mặt hàng có mã HS là 3105.10.20; 3105.10.90; 3105.20.00; 3105.30.00; 3105.40.00; 3105.51.00; 3105.59.00; 3105.90.00[43]. So sánh với Biểu cam kết thuế quan của Việt Nam trong WTO, các mặt hàng có mã HS là 3105.10.20; 3105.10.90 không nằm trong Biểu cam kết[44]. Tương tự trong vụ điều tra áp dụng biện pháp tự vệ đối với phôi thép và thép (SG04), Bộ Công Thương cũng quyết định áp dụng thuế tự vệ đối với các mặt hàng có mã HS là: 7207.11.00; 7207.19.00; 7207.20.29; 7207.20.99; 7224.90.00; 7213.10.00; 7213.91.20; 7214.20.31; 7214.20.41; 7227.90.00’ 7228.30.10; 9811.00.00[45]. Tuy nhiên, Việt Nam không đưa ra ràng buộc thuế quan đối với các mặt hàng có mã HS 7213.10.00, 7213.91.00, 7214.20.31, 72.14.20.41 và 9811.00.00[46].

[41] Ví dụ, xem các đoạn 174, 227 trong: Tổ chức Thương mại Thế giới – Ban Công tác về việc Việt Nam gia nhập WTO, Báo cáo của Ban Công tác về việc Việt Nam gia nhập WTO, xem tại: http://www.trungtamwto.vn/sites/default/files/hiepdinhkhac/01.%20Bao%20cao%20cua%20Ban%20Cong%20tac.pdf, truy cập ngày 15/09/2018.

[42] Thông tin về các vụ việc này có thể được xem tại website: http://chongbanphagia.vn/bien-phap-tu-ve-c42.html, truy cập ngày 15/09/2018.

[43] Quyết định số 686/QĐ-BCT ngày 02/03/2018 của Bộ trưởng Bộ Công Thương về áp dụng biện pháp tự vệ chính thức.

[44] Xem Biểu cam kết thuế quan của Việt Nam khi gia nhập WTO tại: http://www.trungtamwto.vn/wto/gioi-thieu-bo-van-kien-gia-nhap-wto, truy cập ngày 15/09/2018.

[45] Quyết định số 2968/QĐ-BCT ngày 18/07/2016 của Bộ trưởng Bộ Công Thương về áp dụng biện pháp tự vệ.

[46] Xem Biểu cam kết thuế quan của Việt Nam khi gia nhập WTO tại: http://www.trungtamwto.vn/wto/gioi-thieu-bo-van-kien-gia-nhap-wto, truy cập ngày 15/09/2018.

Như vậy, tương tự như Indonesia. Việt Nam đã phải điều tra áp dụng biện pháp tự vệ đối với những mặt hàng mà Việt Nam không đưa ra ràng buộc thuế quan trong Biểu cam kết thuế quan khi gia nhập WTO. Nói cách khác, với những cuộc điều tra áp dụng biện pháp tự vệ trong thời gian tới, Việt Nam nên loại trừ những mặt hàng mà Việt Nam không có ràng buộc thuế quan trong WTO ra khỏi danh mục sản phẩm bị điều tra, vì về nguyên tắc, đối với những hàng hóa đó, Việt Nam được tự do thay đổi mức thuế suất thuế nhập khẩu.

Có thể thấy, trong vụ tranh chấp *Indonesia – Biện pháp tự vệ đối với một số sản phẩm sắt hoặc thép*, Việt Nam đã không thành công đối với nội dung khiếu kiện quan trọng nhất. Sự thất bại này khiến Việt Nam không bảo vệ được các quyền và lợi ích hợp pháp của doanh nghiệp và Nhà nước Việt Nam nhưng cũng để lại cho Việt Nam nhiều kinh nghiệm trong quá trình nghiên cứu, chuẩn bị vụ việc để khởi kiện ra WTO, xây dựng pháp luật về biện pháp tự vệ trong thương mại hay điều tra áp dụng biện pháp tự vệ đối với hàng hóa nước ngoài được nhập khẩu vào Việt Nam.

(Tiếp theo trang 19 – Giải pháp hoàn thiện các điều kiện…)

Dân chủ là quá trình hướng đến sự đồng thuận mà thiểu số phải phục tùng đa số và đa số phải bảo vệ quyền lợi của thiểu số, theo đó tất cả cùng hướng đến *mục tiêu tìm ra tính đúng đắn của vấn đề, cũng như một giải pháp khôn khéo đem lại lợi ích đa phương và cho toàn xã hội*. Việc thực thi dân chủ là động lực quan trọng để thúc đẩy sự phát triển của kinh tế - xã hội, phát huy quyền làm chủ của nhân dân, khơi dậy và phát huy nguồn lực vật chất và tinh thần to lớn trong nhân dân để phục vụ cho việc phát triển kinh tế, thực hiện các nhiệm vụ xã hội. Nhấn mạnh sự cần thiết của dân chủ là quan trọng, nhưng quan trọng hơn là bảo vệ các điều kiện, hoàn cảnh để đảm bảo phạm vi, tầm với của tiến trình dân chủ.

Tóm lại, dân chủ đại diện nếu được phát huy nghiêm túc, đúng hướng sẽ thực sự là đòn bẩy quan trọng, là chiếc chìa khóa mở ra tạo sự chuyển biến quan trọng trên nhiều phương diện với đất nước. Việc phát huy, mở rộng dân chủ đại diện ở Việt Nam là một chủ trương hết sức đúng đắn, hợp lòng dân của Đảng và Nhà nước ta, là động lực quan trọng để thúc đẩy sự phát triển của kinh tế, xã hội, phát huy quyền làm chủ của nhân dân, khơi dậy và phát huy nguồn lực vật chất và tinh thần to lớn trong nhân dân để phục vụ cho việc phát triển kinh tế, thực hiện các nhiệm vụ xã hội.