



ISSN 0866 -7446

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

STATE AND LAW REVIEW



VIỆN HÀN LÂM KHOA HỌC XÃ HỘI VIỆT NAM
VIỆN NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

Vietnam Academy of Social Sciences
Institute of State and Law

2(382)

2020

THÁNG RA MỘT KỲ
2(382)
2020
NĂM THỨ 49

TỔNG BIÊN TẬP
TS. TRẦN VĂN BIÊN

HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP

GS.TSKH. ĐÀO TRÍ ÚC
PGS.TS. BÙI XUÂN ĐỨC
PGS.TS. PHẠM HỒNG HẢI
PGS.TS. TRẦN ĐÌNH HẢO
PGS.TS. HÀ THỊ MAI HIỀN
PGS.TS. PHẠM HỮU NGHỊ
PGS.TS. NGUYỄN NHƯ PHÁT
PGS.TS. LÊ MINH THÔNG
PGS.TS. NGUYỄN TRUNG TÍN
GS.TS. VÕ KHÁNH VINH
PGS.TS. ĐINH NGỌC VƯỢNG

Trụ sở Toà soạn:
27 Trần Xuân Soạn
Hà Nội

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

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

In tại Công ty Cổ phần
in và thương mại
Đông Bắc

Giá: 20.000^d

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

MỤC LỤC

GÓP Ý XÂY DỰNG DỰ THẢO VĂN KIẾN ĐẠI HỘI ĐẠI BIỂU TOÀN QUỐC LẦN THỨ XIII CỦA ĐẢNG

- ❖ VÕ KHÁNH VINH: Về xã hội pháp quyền Việt Nam 3
- ❖ NGUYỄN NHƯ PHÁT: Tổ chức và thực hiện quyền lực nhà nước ở Việt Nam – Thực trạng và những vấn đề đặt ra 12

LUẬT HIẾN PHÁP, LUẬT HÀNH CHÍNH

- ❖ BÙI XUÂN ĐỨC: Đổi mới, hoàn thiện cơ chế kiểm soát của chính quyền trung ương đối với chính quyền địa phương trong bối cảnh đẩy mạnh phân cấp, phân quyền ở Việt Nam hiện nay 22
- ❖ TRẦN THỊ THU HÀ: Thủ tướng Chính phủ trong cơ chế kiểm soát quyền lực ở Anh và những kinh nghiệm đối với Việt Nam 36
- ❖ ĐẶNG PHƯỚC THÔNG – LÊ THỊ HỒNG: Một số bất cập về bổ nhiệm công chức trong cơ quan nhà nước cấp tỉnh và giải pháp hoàn thiện 48

- ❖ NGUYỄN HUY CƯỜNG: Một số bất cập trong thực hiện quy định “đảm bảo sức khỏe để hành nghề công chứng” của Luật Công chứng năm 2014 58

LUẬT TỔ TỤNG HÌNH SỰ

- ❖ LÊ HUỖNH TẤN DUY: Mối quan hệ giữa cơ quan điều tra và viện kiểm sát trong tố tụng hình sự Việt Nam 63

LUẬT KINH TẾ

- ❖ ĐẶNG HOA TRANG: Một số bất cập của Luật Doanh nghiệp năm 2014 về góp vốn thành lập doanh nghiệp và kiến nghị hoàn thiện 74

MONTHLY ISSUE

2(382)

2020

49TH YEAR

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 Dong Bac
Trade and Print Joint
Stock Company

Price: 20.000 VND

STATE AND LAW

CONTENTS

SUGGESTIONS FOR DEVISING DRAFT INSTRUMENTS OF THE THIRTEENTH NATIONAL PARTY CONGRESS

- ❖ VO KHANH VINH: On the rule of law society of Viet Nam 3
- ❖ NGUYEN NHU PHAT: The organization and exercise of state powers in Viet Nam – The current state and issues 12

CONSTITUTIONAL LAW, ADMINISTRATIVE LAW

- ❖ BUI XUAN DUC: Renewing and perfecting controlling mechanisms of the central government over local government in the climate of increasing decentralization and devolution in Viet Nam 22
- ❖ TRAN THI THU HA: Prime Minister as a mechanism to control power in England and experience for Viet Nam 36

- ❖ DANG PHUOC THONG – LE THI HONG: Shortcomings of the appointment of provincial civil servants and suggestions for improvement 48

- ❖ NGUYEN HUY CUONG: Practical shortcomings of the regulation on “being physically fit for notarial practice” in the Law on Notarization of 2014 58

CRIMINAL PROCEDURE LAW

- ❖ LE HUYNH TAN DUY: The relationship between investigation authorities and Procuracy in Vietnam’s criminal procedure 63

ECONOMIC LAW

- ❖ DANG HOA TRANG: Shortcomings of the 2014 Enterprise Law on capital contribution for enterprise establishment 74

VỀ XÃ HỘI PHÁP QUYỀN VIỆT NAM

*Võ Khánh Vinh**

Tóm tắt: *Xã hội pháp quyền là một vấn đề mới cần được tìm hiểu về mặt lý luận. Bài viết này bước đầu tìm hiểu những vấn đề lý luận bao gồm: Khái niệm, đặc điểm, giá trị cốt lõi, các mối quan hệ, phương thức, các tiền đề, điều kiện xây dựng và phát triển xã hội pháp quyền Việt Nam, thực trạng xã hội pháp quyền ở nước ta, kiến nghị về việc đưa quan điểm về xây dựng xã hội pháp quyền vào các văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII của Đảng ta.*

Abstract: *The rule of law society is a novel issue in need of theoretical elucidation. The article at the outset studies theoretical aspects, including: The concept, the characteristics, core values, relationships, means, foundations and conditions for building and developing the rule of law society of Viet Nam, the status quo thereof, and rationale for incorporating the rule of law society in the instruments of the thirteenth National Party Congress.*

1. Đặt vấn đề và bối cảnh đặt vấn đề

Vấn đề đặt ra của bài viết này là: Cần có tư duy, tư tưởng, quan điểm về xây dựng xã hội pháp quyền Việt Nam đến năm 2030, tầm nhìn đến năm 2045 và bổ sung tư duy, tư tưởng, quan điểm đó vào các văn kiện của Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII của Đảng.

Vấn đề trên được đặt ra trong điều kiện tư duy chính trị - pháp lý hiện nay ở nước ta đang tiếp tục diễn ra trong bối cảnh quốc tế, khu vực và Việt Nam có những biến đổi to lớn, toàn diện và sâu sắc.

Bối cảnh quốc tế và khu vực

Quá trình toàn cầu hoá, kinh tế tri thức, kinh tế số, cuộc cách mạng công nghiệp 4.0, sự phát triển nhanh chóng của khoa học và công nghệ, quá trình khu vực hoá đang diễn ra mạnh mẽ, tác động sâu sắc đến sự phát triển của tư duy chính trị - pháp lý toàn cầu, tư duy chính trị - pháp lý khu vực và tư duy

chính trị - pháp lý quốc gia. Những vấn đề toàn cầu, khu vực nảy sinh ngày càng phong phú, đa dạng và phức tạp. Xã hội đứng trước những vấn đề cấp bách liên quan đến vận mệnh loài người. Giải quyết những vấn đề cơ bản toàn cầu bằng tư duy chính trị - pháp lý, bằng luật pháp quốc tế kết hợp với cách giải quyết hoà bình, đồng thuận là phương thức hợp pháp, văn minh của xã hội loài người, ngày càng chiếm ưu thế, được cộng đồng quốc tế đề cao.

Bối cảnh trong nước

Sự nghiệp đổi mới đất nước đã đạt được những thành tựu quan trọng, đang bước sang giai đoạn mới, đồng thời đã và đang đặt ra nhiều vấn đề cần được giải quyết bằng những tư duy chính trị - pháp lý mới. Trong xã hội Việt Nam xuất hiện những nhân tố khách quan và chủ quan mới tác động lớn đến tư duy, tư tưởng, quan điểm chính trị - pháp lý ở nước ta. Đó là những biến đổi to lớn trong mọi lĩnh vực của đời sống xã hội đã và đang thúc đẩy tích cực tiến trình đổi mới tư duy, tư tưởng, quan điểm chính trị - pháp lý hiện nay ở nước ta.

* GS.TS., Nguyên Phó chủ tịch Viện Hàn lâm Khoa học xã hội Việt Nam, Nguyên Giám đốc Học viện Khoa học xã hội.

Đổi mới tư duy chính trị - pháp lý là một quá trình biến đổi toàn diện, sâu sắc, triệt để, đấu tranh phức tạp giữa tư duy, tư tưởng, quan điểm chính trị - pháp lý cũ và tư duy, tư tưởng, quan điểm chính trị - pháp lý mới nhằm tạo ra sự biến đổi về chất trên tất cả các lĩnh vực của tư duy, tư tưởng, quan điểm, đòi sống pháp lý, tất yếu, phải trải qua các giai đoạn khác nhau với nhiều bước phát triển kế tiếp nhau. Đổi mới tư duy, tư tưởng, quan điểm chính trị - pháp lý, ngoài việc chịu sự tác động của những nhân tố xã hội, có quy luật phát triển riêng của mình. Những thành tựu và những hạn chế của đổi mới tư duy, tư tưởng, quan điểm chính trị - pháp lý nước ta trong thời gian qua như nói ở trên là những biểu hiện của quy luật phát triển của tư duy, tư tưởng, quan điểm chính trị - pháp lý ở nước ta. Theo logic đó, tiếp tục đổi mới tư duy, tư tưởng, quan điểm chính trị - pháp lý về xã hội để phục vụ tốt hơn sự nghiệp đổi mới đất nước là tất yếu, cần thiết, cấp bách.

2. Xã hội pháp quyền Việt Nam: Một số vấn đề lý luận

Xét trên phương diện lý luận, có một số vấn đề lý luận cơ bản về xã hội pháp quyền cần được luận giải, hay nói cách khác, là cần làm sáng tỏ mô hình lý luận tổng quát về xã hội pháp quyền Việt Nam. Đó là những vấn đề về tư duy, tư tưởng, quan điểm về xã hội pháp quyền, về các đặc điểm của xã hội pháp quyền, về giá trị cốt lõi của xã hội pháp quyền, về các mối quan hệ lớn của xã hội pháp quyền, về phương thức xây dựng và phát triển xã hội pháp quyền, về các tiền đề, điều kiện của xây dựng và phát triển xã hội pháp quyền và về một số vấn đề khác. Dưới đây, tác giả bước đầu tìm hiểu những vấn đề lý luận nêu trên để luận chứng

về mặt lý luận cần phải đặt ra vấn đề xây dựng và phát triển xã hội pháp quyền ở nước ta.

- Trước hết, cần có tư duy, tư tưởng, quan điểm về xây dựng xã hội pháp quyền Việt Nam

Chúng ta đã có tư duy, tư tưởng, quan điểm chính trị - pháp lý và hiện thực về xã hội dân giàu, nước mạnh, dân chủ, công bằng, văn minh¹. Trong bối cảnh hiện nay như nói ở trên, cần có tư duy, tư tưởng, quan điểm pháp quyền về xã hội Việt Nam, tức là tư duy, tư tưởng, quan điểm về xã hội pháp quyền Việt Nam cùng với tư duy, tư tưởng, quan điểm về xã hội dân giàu, nước mạnh, dân chủ, công bằng, văn minh. Phương diện, đặc điểm, thuộc tính pháp quyền, như lịch sử phát triển của nhân loại và thực tiễn đổi mới ở nước ta thời gian qua cho thấy, luôn luôn đồng hành cùng phương diện, đặc điểm, thuộc tính dân chủ, công bằng, văn minh. Đó là những phương diện, đặc điểm, thuộc tính của một xã hội đã đạt được trình độ phát triển nhất định, và cũng là mục tiêu vươn tới của xã hội chúng ta. Do vậy, pháp quyền là một trong những phương diện, đặc điểm, thuộc tính và mục tiêu hướng tới của xã hội Việt Nam.

- Xã hội pháp quyền Việt Nam là gì?

Tác giả quan niệm rằng, xã hội pháp quyền Việt Nam là một xã hội mà ở đó: Chủ quyền, tất cả quyền lực nhà nước thuộc về Nhân dân; pháp luật được đề cao và thống trị, thượng tôn trong xã hội; con người, quyền con người, quyền công dân là giá trị xã hội cao cả nhất được công nhận, tôn trọng, bảo đảm, bảo vệ thiết thực, hiệu quả; toàn bộ tổ chức và hoạt động của các tổ

¹ Cương lĩnh xây dựng đất nước trong thời kỳ quá độ lên chủ nghĩa xã hội (bổ sung, phát triển năm 2011).

chức Đảng, Nhà nước, các thiết chế kinh tế thị trường, các thiết chế chính trị - xã hội, các tổ chức xã hội, hoạt động của mọi người được vận hành theo Hiến pháp và pháp luật; có hệ thống pháp luật hoàn thiện, phát triển cao dựa trên những giá trị của xã hội Việt Nam và những giá trị của nền văn minh nhân loại; có nền văn hoá pháp luật phát triển; có nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa của Nhân dân, do Nhân dân, vì Nhân dân do Đảng Cộng sản Việt Nam lãnh đạo; có quản trị quốc gia bằng pháp luật; có quan hệ hữu nghị và hợp tác với các nước trên thế giới dựa trên nền tảng pháp luật. Các thành tố trong quan niệm tổng quát nói trên về xã hội pháp quyền Việt Nam cũng chính là các đặc điểm của xã hội pháp quyền Việt Nam.

- *Giá trị cốt lõi của xã hội pháp quyền Việt Nam*

Giá trị cốt lõi của xã hội pháp quyền Việt Nam thể hiện ở việc xã hội pháp quyền Việt Nam là một giá trị, một tư tưởng, một quan điểm chính trị - pháp lý định hướng cho sự vận hành của toàn bộ xã hội Việt Nam theo Hiến pháp và pháp luật, theo tinh thần của pháp luật. Xã hội pháp quyền Việt Nam là một trong những giá trị, tư tưởng thuộc hệ giá trị chính trị - pháp lý Việt Nam, được hình thành, phát triển và được bồi đắp thêm những nội dung, thành tố mới trong suốt chiều dài phát triển của xã hội Việt Nam. Giá trị, tư tưởng chính trị - pháp lý đó được lấy ra, được hình thành và phát triển trên nền tảng của Chủ nghĩa Mác – Lênin, tư tưởng Hồ Chí Minh và đường lối, chủ trương, chính sách lớn, hoạt động thực tiễn phong phú của Đảng ta, đặc biệt trong thời kỳ đổi mới đất nước và tiếp thu các giá trị văn minh pháp luật của nhân loại, là tài sản tinh thần của dân tộc ta.

Tiếp đến, xã hội pháp quyền Việt Nam không chỉ là một giá trị, một tư tưởng, một quan điểm chính trị - pháp lý, mà còn là *một trạng thái phát triển, một phương thức hợp pháp, chính đáng, văn minh* để thiết kế nên tổ chức và hoạt động của toàn bộ xã hội Việt Nam.

Tư tưởng pháp quyền Hồ Chí Minh: “Bây xin Hiến pháp ban hành, trăm điều phải có thần linh pháp quyền”² là nền tảng tư tưởng hoàn toàn có giá trị trực tiếp ở đây.

Xã hội pháp quyền là *một trật tự xã hội* được thiết lập, củng cố, vận hành và phát triển dựa vào pháp luật, pháp quyền và các mối quan hệ lớn trong xã hội đó đều được pháp luật điều chỉnh.

- *Các mối quan hệ lớn của xã hội pháp quyền Việt Nam*

Các mối quan hệ lớn của xã hội pháp quyền có thể gọi theo cách khác là các nội dung khái quát của xã hội pháp quyền. Khi hiểu các mối quan hệ đó, một mặt, cần hiểu đầy đủ, sâu sắc các mối quan hệ nội tại bên trong của từng mối quan hệ, mặt khác, cần hiểu đầy đủ, sâu sắc mối quan hệ giữa các mối quan hệ lớn đó.

Trong xã hội pháp quyền Việt Nam có một số mối quan hệ lớn cần phải nắm vững và giải quyết tốt. Đó là: *Một*, quan hệ giữa chủ quyền nhân dân, quyền lực chính trị, quyền lực nhà nước và pháp luật; *hai*, quan hệ giữa quyền lực chính trị, quyền lực nhà nước và quyền con người; *ba*, quan hệ giữa nhà nước pháp quyền và kinh tế thị trường; *bốn*, quan hệ giữa nhà nước pháp quyền và các thiết chế phi nhà nước; *năm*, quan hệ giữa kinh tế thị trường và các thiết chế phi nhà nước.

² *Hồ Chí Minh toàn tập*, Tập 1, Nxb. Chính trị quốc gia – Sự thật, Hà Nội – 2011, tr. 473.

- *Phương thức xây dựng và phát triển xã hội pháp quyền*

Phương thức xây dựng và phát triển xã hội pháp quyền, ở một phương diện nhất định, được hiểu là phương thức giải quyết các mối quan hệ lớn nói trên. Dưới đây tác giả nói đến phương thức đó.

Các mối quan hệ đó cần phải được giải quyết theo phương thức nào? Phương thức chính trị hay phương thức pháp quyền hay kết hợp phương thức chính trị với phương thức pháp quyền trên nền tảng chính trị là chính hay nền tảng pháp luật là chính?

Ở tầm nhìn pháp quyền, các mối quan hệ nói trên là các mối quan hệ cơ bản, cốt tử, giải quyết tốt các mối quan hệ này là giải pháp cơ bản để xây dựng và phát triển xã hội pháp quyền Việt Nam. Các mối quan hệ đó cần phải được giải quyết theo *phương thức pháp quyền*. Điều đó có nghĩa rằng, trong xã hội pháp quyền cần *pháp quyền hoá* các mối quan hệ đó, cần *pháp quyền hoá* quyền lực chính trị, quyền lực nhà nước, quyền lực xã hội để bảo đảm *tính chính đáng, tính chính danh, tính hợp hiến, tính hợp pháp* của quyền lực chính trị, quyền lực nhà nước vì con người, quyền con người, quyền công dân; tổ chức và hoạt động của các thiết chế phi nhà nước cần phải được thể chế hoá đầy đủ bằng pháp luật để bảo đảm tính hợp pháp của các thiết chế đó. Từ quan điểm này, cần phải xây dựng và ban hành luật về sự lãnh đạo của Đảng Cộng sản Việt Nam theo hướng khẳng định các luận điểm hiến định về Đảng Cộng sản Việt Nam, cụ thể hoá các luận điểm đó về sự lãnh đạo của Đảng Cộng sản Việt Nam đối với xã hội, đối với Nhà nước; phân định rõ hơn chức năng, thẩm quyền lãnh đạo của Đảng, chức năng, thẩm quyền quản

lý của Nhà nước; xây dựng và thực hiện cơ chế phối hợp, sự giám sát lẫn nhau.

- *Các tiền đề, điều kiện của xây dựng và phát triển xã hội pháp quyền Việt Nam*

Xây dựng và phát triển xã hội pháp quyền Việt Nam là một quá trình lịch sử lâu dài, là một hoạt động thường xuyên, liên tục, không gián đoạn của toàn bộ xã hội, là một kết quả với tư cách là một trạng thái phát triển của xã hội, do vậy, để xây dựng và phát triển xã hội pháp quyền Việt Nam cần đến các tiền đề, điều kiện nhất định. Vậy, các tiền đề, điều kiện đó là gì? Chúng liên quan, gắn liền với cái gì? Nhận thức đúng đắn về mặt lý luận các tiền đề, điều kiện đó có ý nghĩa rất quan trọng đối với việc xây dựng mô hình lý luận về quá trình xây dựng và phát triển xã hội pháp quyền Việt Nam và cho việc chỉ đạo thực tiễn xây dựng và phát triển xã hội pháp quyền hiện thực ở nước ta.

Tác giả cho rằng, các tiền đề, điều kiện đó phải bao quát những vấn đề rộng lớn liên quan đến *tư duy, hệ tư tưởng chính trị - pháp lý; lý luận về xã hội pháp quyền; văn hoá pháp luật, trình độ ý thức chính trị và pháp luật của xã hội; hệ thống pháp luật hoàn thiện; trình độ phát triển nhà nước pháp quyền; trình độ phát triển xã hội dân chủ, công bằng, văn minh*. Vấn đề đặt ra là làm thế nào để tạo dựng được các tiền đề, điều kiện đó trên thực tế nhằm đặt nền tảng cho quá trình hình thành và phát triển xã hội pháp quyền ở nước ta.

Như vậy, qua phân tích cho thấy, pháp quyền vừa là mục tiêu, vừa là giá trị, vừa là đặc điểm, vừa là một nguyên tắc, vừa là nội dung, vừa là phương thức, vừa là động lực, vừa là kết quả, vừa là một trật tự của quá trình phát triển của xã hội Việt Nam.

3. Thực trạng xã hội pháp quyền Việt Nam

Xã hội Việt Nam hiện nay, xét trên phương diện tư duy, tư tưởng, quan điểm chính trị - pháp lý và hiện thực pháp luật đã có các yếu tố cơ bản ban đầu của một xã hội pháp quyền. Các yếu tố đó đã, đang và từng bước hiện diện ở những tầng nấc, phương diện khác nhau trong xã hội Việt Nam như một tất yếu khách quan.

Trên phương diện tư duy, tư tưởng, quan điểm chính trị - pháp lý, đó là tư tưởng pháp quyền/pháp luật Hồ Chí Minh, sự ghi nhận của Đảng, Nhà nước ta về các yếu tố của xã hội pháp quyền trong Cương lĩnh xây dựng đất nước trong thời kỳ quá độ lên chủ nghĩa xã hội (bổ sung, phát triển năm 2011), trong Hiến pháp năm 2013 và các văn kiện khác của Đảng, Nhà nước³.

Trên phương diện thực tiễn, đó là sự hiện hữu trên thực tế các yếu tố của xã hội pháp quyền Việt Nam. Những yếu tố đó là:

- Ở nước ta, chủ quyền, tất cả quyền lực nhà nước thuộc về Nhân dân;

- Trong quá trình đổi mới đất nước và cùng với quá trình đổi mới đất nước, pháp luật ngày càng được đề cao và thống trị, thượng tôn trong xã hội, người dân ngày càng sử dụng pháp luật, cậy nhờ vào pháp luật nhiều hơn;

- Con người, quyền con người, quyền công dân là giá trị xã hội cao nhất từng bước được công nhận, tôn trọng, bảo đảm, bảo vệ ngày càng thiết thực, hiệu quả, các

thiết chế nhà nước, các thiết chế xã hội ngày càng quan tâm đến quyền con người, bảo vệ quyền con người;

- Toàn bộ tổ chức và hoạt động của các tổ chức Đảng, Nhà nước, các thiết chế kinh tế thị trường, thiết chế chính trị - xã hội, các tổ chức xã hội, hoạt động của mọi người từng bước được vận hành theo Hiến pháp và pháp luật;

- Hệ thống pháp luật nước ta từng bước được xây dựng, hoàn thiện, phát triển dựa trên những giá trị, truyền thống pháp luật của xã hội Việt Nam và những giá trị của nền văn minh pháp lý nhân loại;

- Ý thức pháp luật của Nhân dân, của cán bộ, công chức, viên chức ngày càng được nâng cao, đặc biệt ý thức về quyền con người của người dân được phát triển sau khi Hiến pháp năm 2013 được ban hành, các thành tố của văn hoá pháp luật từng bước được phát triển;

- Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa của Nhân dân, do Nhân dân, vì Nhân dân do Đảng Cộng sản Việt Nam lãnh đạo đã hiện hữu ở nước ta, cụ thể hơn là quyền lực nhà nước đã được phân công để thực thi, từng bước có cơ chế để kiểm soát;

- Quản trị quốc gia bằng pháp luật từng bước được thực hiện, cải cách hành chính được tiến hành mạnh mẽ và đạt được những thành tựu nhất định, đặt tiền đề, điều kiện cho bảo đảm, bảo vệ quyền con người, phát triển kinh tế, phát triển xã hội, phát triển văn hoá và phát triển các lĩnh vực khác của đời sống xã hội;

- Nhà nước ta ngày càng coi trọng quan hệ hữu nghị và hợp tác với các nước trên thế giới dựa trên nền tảng pháp luật.

Những yếu tố nói trên chính là những tiền đề, điều kiện để xây dựng và phát triển

³ Xem: Cương lĩnh xây dựng đất nước trong thời kỳ quá độ lên chủ nghĩa xã hội (bổ sung, phát triển năm 2011); Hiến pháp nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam năm 2013; Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XII của Đảng, Văn phòng Trung ương Đảng, Hà Nội - 2016.

xã hội pháp quyền ở nước ta với tư cách là một tất yếu khách quan.

Như vậy, nhìn một cách tổng quát, có thể nói rằng, tư duy, tư tưởng, quan điểm của Đảng, Nhà nước ta về pháp quyền, pháp luật, các yếu tố của xã hội pháp quyền ngày càng phát triển, hiện thực xã hội pháp quyền Việt Nam đang hình thành và phát triển từng bước, được khẳng định trong thực tiễn.

4. Hình thành các tiền đề, điều kiện để xây dựng và phát triển xã hội pháp quyền Việt Nam

Tác giả cho rằng, để xây dựng và phát triển xã hội pháp quyền Việt Nam cần hình thành các tiền đề, điều kiện sau đây: *Cần có tư duy, tư tưởng, quan điểm chính trị - pháp lý về xã hội pháp quyền; phát triển lý luận về xã hội pháp quyền; xây dựng văn hoá pháp luật phát triển, nâng cao trình độ ý thức chính trị và ý thức pháp luật của xã hội; hoàn thiện hệ thống pháp luật; trình độ phát triển nhà nước pháp quyền Việt Nam; trình độ phát triển xã hội dân chủ, công bằng, văn minh.*

Trước hết, các tiền đề, điều kiện đó liên quan, gắn liền với tư duy, tư tưởng, quan điểm chính trị - pháp lý về xã hội pháp quyền. Đó là tiền đề, điều kiện về tư duy, tư tưởng, quan điểm xây dựng và phát triển xã hội pháp quyền. Tư duy, tư tưởng, quan điểm chính trị - pháp lý kết hợp trong mình cả những tư tưởng chính trị của một giai cấp thống trị nhất định và những tư tưởng pháp quyền trong xã hội. Tư duy, tư tưởng, quan điểm chính trị - pháp lý vừa là nền tảng của xã hội pháp quyền, thể hiện các quan điểm chính trị cơ bản của giai cấp cầm quyền về pháp luật, đồng thời ở một phương diện nhất định là sản phẩm của tư duy, các tư tưởng, quan điểm về pháp luật trong xã hội.

Trong các tư tưởng chính trị - pháp lý, tư tưởng về xã hội pháp quyền giữ một vị trí đặc biệt quan trọng⁴. Sự hiện hữu các tư tưởng chính trị - pháp lý rõ ràng, phát triển trong xã hội nhất định là tiền đề, điều kiện quan trọng để xây dựng và phát triển xã hội pháp quyền. Trong quá trình xã hội phát triển các tư tưởng chính trị - pháp lý Việt Nam được hình thành và phát triển dựa trên nền tảng của chủ nghĩa Mác - Lê nin và tư tưởng Hồ Chí Minh. Các tư tưởng đó được Đảng ta bổ sung và phát triển trong quá trình cách mạng Việt Nam, đặc biệt trong quá trình đổi mới đất nước và được thể hiện trong Cương lĩnh xây dựng đất nước trong thời kỳ quá độ lên chủ nghĩa xã hội (bổ sung, phát triển năm 2011), trong các bản Hiến pháp nước ta, đặc biệt trong Hiến pháp năm 2013. Tư tưởng pháp quyền chiếm vị trí trung tâm trong các tư tưởng chính trị - pháp lý Việt Nam. Do vậy, việc ghi nhận tư duy, tư tưởng, quan điểm chính trị - pháp lý về xã hội pháp quyền trong Cương lĩnh xây dựng đất nước trong thời kỳ quá độ lên chủ nghĩa xã hội có ý nghĩa tư tưởng, quan điểm định hướng chỉ đạo quan trọng đối với việc xây dựng và phát triển xã hội pháp quyền Việt Nam.

Xây dựng và phát triển xã hội pháp quyền cần phải có tiền đề lý luận vững chắc. Đó chính là lý luận về xã hội pháp quyền và sự phát triển lý luận đó. Xây dựng và phát triển lý luận về xã hội pháp quyền bao gồm việc luận giải những vấn đề cơ bản về mục tiêu, các đặc điểm, vai trò, chức năng, các nguyên tắc, nội dung, các thành tố, các bảo đảm của xã hội pháp quyền. Lý luận về xã hội pháp quyền, một mặt, bao quát lý luận

⁴ Xem: Võ Khánh Vinh, *Quyền lực và pháp luật*, Tạp chí Nhân lực Khoa học xã hội, số 5/2018, tr.3-15.

về quyền lực chính trị, quyền lực nhà nước, nhà nước pháp quyền, pháp luật, quyền con người và những vấn đề lý luận khác; mặt còn lại gắn liền chặt chẽ, kết tinh và khái quát hoá ở tầng cao những vấn đề lý luận đó thành lý luận độc lập. Khoa học xã hội Việt Nam, đặc biệt khoa học pháp lý và khoa học chính trị Việt Nam cần tập trung nghiên cứu và luận giải một cách sâu sắc, toàn diện, hệ thống những vấn đề đó để tạo ra tiền đề lý luận vững chắc cho quá trình xây dựng và phát triển xã hội pháp quyền Việt Nam.

Xây dựng nền văn hoá pháp luật phát triển, nâng cao trình độ ý thức chính trị và ý thức pháp luật của xã hội, của các giai cấp, của các nhóm xã hội, của mọi thành viên xã hội là tiền đề, điều kiện quan trọng mang tính nguyên tắc để xây dựng và phát triển xã hội pháp quyền ở nước ta hiện nay. Để có được tiền đề, điều kiện đó cần phải tiến hành bồi dưỡng, nâng cao trình độ ý thức chính trị và ý thức pháp luật, năng lực, kỹ năng thành thạo về pháp luật cho quần chúng nhân dân để họ tham gia tích cực vào quản lý các công việc của Nhà nước và xã hội; củng cố trật tự pháp luật vững chắc, chế độ pháp chế nghiêm minh, ổn định và tính hợp hiến, hợp pháp trong xã hội; khẳng định nguyên tắc đa dạng quan điểm, chính kiến và suy xét trong tất cả các lĩnh vực của đời sống xã hội theo pháp luật vì sự phát triển xã hội tích cực, tiến bộ, văn minh; phát triển hệ thống tự quản xã hội; thường xuyên mở rộng và làm sâu sắc hơn các nguyên tắc dân chủ hiện thực, thực chất trong các lĩnh vực kinh tế, chính trị, xã hội, văn hóa, khoa học, giáo dục... của đời sống xã hội. Trình độ ý thức chính trị và ý thức pháp luật cao của cán bộ, công chức, viên chức là yếu tố quan trọng để họ nhận thức đúng đắn và từ đó thực hiện trên thực tiễn nội dung, các đòi

hỏi, các nguyên tắc của xã hội pháp quyền. Cần xây dựng và thực hiện chiến lược giáo dục pháp luật bao trùm để hình thành nền văn hoá pháp luật phát triển ở nước ta.

Điều kiện tiếp theo không kém phần quan trọng để xây dựng và phát triển xã hội pháp quyền là *xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật, trong đó có hệ thống văn bản quy phạm pháp luật mà trước hết các đạo luật pháp quyền có sự thống nhất bên trong, không có mâu thuẫn*. Hệ thống pháp luật hoàn thiện, phát triển không chỉ là tiền đề, điều kiện, là nhân tố thúc đẩy quá trình tiến đến xã hội pháp quyền, mà còn là kết quả hiện thực khẳng định sự hiện diện của xã hội pháp quyền trên thực tế. Do vậy, các mâu thuẫn, chông chéo, chỗ hỏng hiện nay trong hệ thống pháp luật của nước ta không những không tạo ra điều kiện để chúng ta tiến đến xã hội pháp quyền, mà ngược lại, cản trở tiến trình tiến đến xã hội pháp quyền.

Các mâu thuẫn, chông chéo, chỗ hỏng trong hệ thống pháp luật, đặc biệt “sự xung đột của các đạo luật” có ảnh hưởng tiêu cực, trong một số trường hợp cản trở sự phát triển kinh tế, xã hội, văn hoá, sự phát triển các lĩnh vực khác của xã hội và tác động tiêu cực đến quá trình thực hiện chính sách của Nhà nước. Thái độ coi thường đạo luật tự nó sinh ra, xuất phát từ các văn bản quy phạm pháp luật dưới luật, dẫn đến những hậu quả nguy hại, nhiều khi mang tính chất thảm họa đối với các quyền, lợi ích và số phận của hàng triệu con người.

Có một định lý cho rằng, nếu các đạo luật được xây dựng và ban hành vì lợi ích của tất cả các nhóm, tầng lớp và giai cấp trong xã hội, phù hợp với các quy luật phát triển khách quan của xã hội, thì các đạo

luật đó được mọi người tự nguyện tuân thủ mà không vi phạm chúng. Hoạt động xây dựng pháp luật được tổ chức như thế nào để các đạo luật lạc hậu hoặc bảo thủ so với cuộc sống cần được sửa đổi, bổ sung nhanh chóng bằng con đường hợp hiến, hợp pháp, chứ không được vượt quá các giới hạn của chúng.

Việc tuân thủ nghiêm khắc các đạo luật phải được coi là đức tin cao cả trong xã hội pháp quyền. Tình trạng vô pháp luật, vô Chính phủ, hỗn loạn là điều tồi tệ nhất đối với mọi người, là không thể chấp nhận trong xã hội pháp quyền. Hệ thống pháp luật cần phải được hoàn thiện theo tinh thần pháp quyền và các nguyên tắc pháp quyền.

Sự hiện diện và mức độ phát triển nhà nước pháp quyền Việt Nam vừa là kết quả vừa là tiền đề, điều kiện của việc xây dựng và phát triển xã hội pháp quyền. Các đặc điểm của nhà nước pháp quyền Việt Nam, trạng thái, mức độ phát triển của nhà nước pháp quyền Việt Nam tạo ra những bảo đảm quan trọng cho việc xây dựng và phát triển xã hội pháp quyền, đồng thời cũng ghi nhận trạng thái hiện thực của xã hội pháp quyền. Pháp quyền là nội dung cơ bản, chính yếu, là trung tâm của nhà nước pháp quyền.

Xây dựng và phát triển xã hội dân chủ, công bằng, văn minh là một trong những điều kiện cơ bản của sự hình thành và phát triển xã hội pháp quyền. Xã hội dân chủ, công bằng, văn minh và pháp quyền là những đặc điểm, hiện thực xã hội có mối liên hệ tương hỗ lẫn nhau. Xét trên một phương diện nhất định, đặc điểm pháp quyền và đặc điểm dân chủ, công bằng, văn minh song hành cùng nhau. Nền dân chủ, công bằng, văn minh mà không có pháp quyền sẽ không ổn định, không phát triển, không phát huy hết các tiềm năng của mình,

sẽ dẫn đến mâu thuẫn và có xu hướng tự diệt vong. Pháp quyền mà không có dân chủ, công bằng, văn minh thì không có môi trường để củng cố, phát triển, không có không khí để nuôi dưỡng. Xã hội dân chủ, công bằng, văn minh là nơi sinh ra, nơi thể hiện, nơi thực hiện pháp quyền một cách có hiệu quả nhất, đồng thời xã hội dân chủ, công bằng, văn minh được duy trì, củng cố, phát triển bằng pháp quyền. Tất cả các đặc điểm đó độc lập với nhau, nhưng gắn kết chặt chẽ với nhau. Tất cả các thiết chế của xã hội dân chủ, công bằng, văn minh có vai trò cơ bản là giám sát các hoạt động của Nhà nước để các hoạt động đó không vượt ra khỏi phạm vi của tính chính đáng, tính chính danh, tính hợp hiến và tính hợp pháp. Đồng thời, xã hội dân chủ, công bằng, văn minh có nhiệm vụ đưa ra tất cả các biện pháp mà đạo luật cho phép để bắt buộc Nhà nước và các cơ quan nhà nước, trong trường hợp Nhà nước và các cơ quan nhà nước vi phạm các văn bản quy phạm pháp luật hiện hành trở lại với con đường hợp hiến, hợp pháp. Xã hội dân chủ, công bằng, văn minh là xã hội công nhận, tôn trọng, bảo đảm, bảo vệ quyền con người, quyền công dân hữu hiệu nhất, tạo mọi điều kiện cho cá nhân tham gia một cách tích cực, có trách nhiệm vào quá trình hoạch định và thực hiện chính sách, pháp luật trong một quốc gia nhất định. Trong sự tương tác, pháp quyền được kết hợp với dân chủ, công bằng, văn minh sẽ đem đến những giá trị, lợi ích gia tăng chung.

Như vậy, xã hội dân chủ, công bằng, văn minh không chỉ được coi là cái bảo đảm cho sự phát triển xã hội liên tục và không ngừng, mà còn là điều kiện quan trọng nhất bảo đảm cho sự tồn tại và phát triển xã hội pháp quyền.

5. Kiến nghị

Trên cơ sở nghiên cứu, tác giả cho rằng:

- Bổ sung vào các văn kiện Đại hội lần thứ XIII của Đảng tư duy, tư tưởng, quan điểm chính trị - pháp lý về xã hội pháp quyền Việt Nam. Điều đó có nghĩa rằng, xã hội mà Nhân dân ta xây dựng là xã hội dân giàu, nước mạnh, dân chủ, công bằng, văn minh, pháp quyền.

- Theo logic đó, để thực hiện thành công các mục tiêu nói trên, trong đó có mục tiêu pháp quyền, cần bổ sung vào Cương lĩnh xây dựng đất nước trong thời kỳ lên chủ nghĩa xã hội phương hướng xây dựng và phát triển pháp luật với tư cách là một trong các phương hướng cơ bản của phát triển đất nước. Coi phát triển pháp luật như một trong những định hướng lớn xây dựng và phát triển đất nước trong thời kỳ lên chủ nghĩa xã hội ở nước ta, là phương thức văn minh để giải quyết những mối quan hệ lớn, những nhiệm vụ được đặt ra trong quá trình phát triển đất nước.

- Nghiên cứu để bổ sung vào Cương lĩnh xây dựng đất nước trong thời kỳ lên chủ nghĩa xã hội mối quan hệ liên quan đến pháp luật, pháp quyền, nhà nước pháp quyền, xã hội pháp quyền với tư cách là một mối quan hệ lớn trong các mối quan hệ lớn.

- Tăng cường đưa tư duy pháp lý, tư tưởng, quan điểm pháp lý, nội dung pháp lý vào chiến lược tổng thể phát triển đất nước, các chiến lược thành phần phát triển đất nước: Chiến lược phát triển con người, chiến lược phát triển kinh tế, chiến lược phát triển xã hội, chiến lược phát triển văn hoá, chiến lược phát triển khoa học và công nghệ, chiến lược an ninh quốc gia, chiến

lược quốc phòng, chiến lược phát triển pháp luật và các chiến lược khác.

- Đổi mới tư duy về phát triển pháp luật: Xây dựng và thực hiện chiến lược phát triển pháp luật; coi pháp luật là một loại thể chế quan trọng, hợp pháp, công bằng, công khai, minh bạch, tiên liệu được gắn liền và để thực hiện các loại thể chế khác; coi pháp luật là một nguồn lực để phát triển đất nước, là khâu đột phá của đột phá cải cách thể chế; coi chiến lược phát triển pháp luật vừa là một bộ phận hợp thành của chiến lược phát triển đất nước, chiến lược kinh tế - xã hội, chiến lược an ninh quốc gia, vừa là một chiến lược độc lập song hành, gắn liền chặt chẽ với các loại chiến lược khác; chiến lược phát triển pháp luật bao gồm: Chiến lược xây dựng pháp luật, chiến lược thực hiện pháp luật, chiến lược bảo vệ pháp luật, chiến lược nghiên cứu, giáo dục và đào tạo pháp luật, chiến lược hội nhập quốc tế, khu vực trong lĩnh vực pháp luật.

- Xây dựng và thực hiện một đề tài hoặc chương trình nghiên cứu cấp nhà nước về xã hội pháp quyền Việt Nam để cung cấp các luận cứ khoa học cho Đảng, Nhà nước hoạch định đường lối, chủ trương, chính sách lớn phát triển đất nước, phúc đáp nhu cầu, nguyện vọng, quyền, lợi ích của Nhân dân.

- Đảng ta cần phải chú trọng nhiều hơn nữa về pháp luật, pháp quyền, về phát triển pháp luật, pháp quyền, coi đó là một trong những phương thức cầm quyền văn minh của Đảng, chỉ đạo một cách thực chất, thiết thực toàn bộ hệ thống chính trị, đặc biệt các tổ chức của Đảng, tất cả các đảng viên thượng tôn Hiến pháp và pháp luật, sống và làm việc theo Hiến pháp và pháp luật.

TỔ CHỨC VÀ THỰC HIỆN QUYỀN LỰC NHÀ NƯỚC Ở VIỆT NAM – THỰC TRẠNG VÀ NHỮNG VẤN ĐỀ ĐẶT RA

Nguyễn Như Phát*

Tóm tắt: Hiện nay, giới khoa học pháp lý, chính trị đang tập trung nghiên cứu nhằm xây dựng các văn kiện của Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII của Đảng, trong đó, nổi lên là vấn đề tổ chức và thực hiện quyền lực nhà nước ở Việt Nam. Đến nay, trong quá trình thực hiện Nghị quyết Đại hội lần thứ XII của Đảng và Hiến pháp năm 2013, việc tổ chức và thực hiện quyền lực nhà nước ở Việt Nam đã có những chuyển biến theo hướng tích cực, song cũng bộc lộ nhiều vấn đề cần làm rõ thêm và hoàn thiện. Nội dung bài viết đi sâu phân tích, đánh giá về vấn đề này nhằm đóng góp cho việc xây dựng các văn kiện Đại hội lần thứ XIII của Đảng.

Abstract: For now, legal and political scholars are pouring themselves into research for devising instruments of the thirteenth National Party Congress, inter alia, arises an issue related to the organization and exercise of state powers in Viet Nam. Hitherto, through the implementation of the Resolutions of the twelfth National Party Congress and the Constitution of 2013, albeit positive developments, the organization and exercise of state powers has also shown issues in need of further clarification and improvement. The article delves into the analysis and assessment of such issues with a view to contribute to devising instruments of the thirteenth National Party Congress.

1. Đặt vấn đề

Ngày nay, khi nghiên cứu về cơ cấu xã hội, các nhà khoa học và chính trị ở nước ta đã nhận thức được rằng, xã hội nào cũng được cơ cấu bởi 3 bộ phận như ba chân kiềng mà người ta vẫn gọi là tam giác phát triển, bao gồm: Kinh tế, Nhà nước và khu vực phi nhà nước (khu vực xã hội theo nghĩa hẹp). Theo đó, trong một xã hội hiện đại văn minh và dân chủ thì: (i) Thể chế kinh tế phải là kinh tế thị trường; (ii) Nhà nước phải được tổ chức và vận hành theo các nguyên tắc pháp quyền (nhà nước pháp quyền) và (iii) Khu vực xã hội phải được thừa nhận, bảo vệ với vai trò tích cực của chúng là khu vực xã hội dân sự.

Tuy nhiên, qua lăng kính của xã hội Việt Nam, tam giác phát triển này đã bị khúc xạ và ít nhiều có sự thay đổi so với nhận thức về các giá trị chung và phổ quát của nhân loại. Theo đó, kinh tế thị trường được định hình là kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa; nhà nước pháp quyền chủ yếu thường được hiểu là bộ máy nhà nước xã hội chủ nghĩa của dân, do dân và vì dân; xã hội dân sự được đặt tên là xã hội dân chủ...

Từ nền tảng kinh tế xã hội và tư tưởng trên đây và để hiện thực hóa đường lối đó của Đảng Cộng sản, giới học thuật và hoạch định chính sách ở Việt Nam cũng nghiên cứu nhiều và đạt được không ít những nhận thức lý luận, thể hiện cái chung của nhân loại và cái riêng của chính thể Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam đã và đang được thực hiện trong đời sống kinh tế, xã hội,

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

chính trị của đất nước. Tuy nhiên, theo tác giả, xuất phát từ quan niệm truyền thống và lịch sử, đặc biệt khi quá nhấn mạnh cái riêng của Việt Nam trong mối quan hệ với cái chung của nhân loại, đồng thời, do “nhận thức là một quá trình” nên thực tiễn đã đặt ra một số vấn đề ít nhiều còn có sự khác biệt so với “mẫu số chung của nhân loại”, cũng như những vấn đề chưa rõ và còn tranh luận chưa có hồi kết.

2. Thể chế chính trị trong chế độ pháp quyền Việt Nam

Nhà nước pháp quyền là một lĩnh vực mà khoa học chính trị và pháp lý đã quan tâm nghiên cứu từ lâu và đã được ghi nhận lần đầu tiên trong Hiến pháp năm 1992 (sửa đổi, bổ sung năm 2001). Tuy nhiên, vào thời kỳ đó, nhận thức về nhà nước pháp quyền còn sơ khai, đơn giản và thậm chí có lệch lạc. Khi đó, người ta hiểu nhà nước pháp quyền là một kiểu hay hình thức nhà nước; nhà nước pháp quyền đồng nghĩa với pháp trị (tuân thủ pháp luật); nhà nước pháp quyền là Nhà nước có nhiều luật (càng nhiều luật càng tốt); nhà nước pháp quyền là một Nhà nước hiện thực với một bộ máy nhà nước cụ thể...

Sau thời gian dài nghiên cứu và nhận thức, ngày nay, chúng ta hiểu:

- Nhà nước pháp quyền không phải là một hình thức nhà nước và cũng không phải là một Nhà nước hiện thực hay bộ máy nhà nước. Nó là phương thức tổ chức quyền lực nhà nước gắn liền, đặt trong tương quan với pháp luật, sự thượng tôn pháp luật. Nó là một tập hợp những yếu tố, nguyên tắc.

- Nhà nước pháp quyền là hiện tượng có tính phổ quát. Tuy nhiên, không có mô hình nhà nước pháp quyền chung cho mọi quốc gia. Tất cả các Nhà nước được xây dựng, tổ chức theo hướng nhà nước pháp quyền hoặc

được gọi là nhà nước pháp quyền ở đâu trên thế giới cũng đều có những nét riêng, không hoàn toàn giống nhau.

- Nhà nước pháp quyền cũng không vì mục tiêu ban hành nhiều luật và cũng không chỉ yêu cầu tuân thủ pháp luật. Vượt qua nguyên tắc “pháp chế xã hội chủ nghĩa”, nhà nước pháp quyền đặt ra yêu cầu về tính chính đáng và hợp hiến của Nhà nước và pháp luật.

Có những cách tiếp cận khác nhau đi đến những khái quát không giống nhau về bản chất của nhà nước pháp quyền như:

- Nhà nước pháp quyền là Nhà nước trong đó, quan hệ giữa Nhà nước và công dân là quan hệ *binh đẳng qua lại về quyền và nghĩa vụ pháp lý*;

- Nhà nước pháp quyền là Nhà nước *nhân quyền*;

- Nhà nước pháp quyền là Nhà nước *dân chủ*;

- Nhà nước pháp quyền là Nhà nước quyền lực *bị hạn chế và giám sát*;

- Nhà nước pháp quyền là Nhà nước *pháp trị*;

- Nhà nước pháp quyền là Nhà nước *hợp hiến*.

Tuy nhiên, trên cơ sở những yêu cầu hay đặc trưng phổ biến về nhà nước pháp quyền, xem xét dưới bối cảnh của chế độ chính trị Việt Nam, chúng ta đã đạt được nhận thức khá thống nhất về đặc trưng của chế độ nhà nước pháp quyền ở Việt Nam như sau:

- Nhà nước pháp quyền Việt Nam đặt dưới sự lãnh đạo của Đảng Cộng sản Việt Nam;

- Nhà nước pháp quyền là Nhà nước dân chủ và bảo đảm thực thi dân chủ;

- Quyền con người, quyền công dân được tôn trọng và bảo đảm thực hiện;
- Quyền lực nhà nước bị giới hạn và kiểm soát;
- Sự ngự trị của pháp luật trong đời sống Nhà nước và xã hội;
- Nhà nước gắn bó mật thiết với xã hội dân sự (nay được gọi là xã hội dân chủ);
- Nhà nước thực hiện nghiêm chỉnh các cam kết quốc tế.

Tuy nhiên, nhìn dưới góc độ tổ chức thực hiện quyền lực nhà nước, có một số vấn đề đặt ra như sau:

Thứ nhất, sự lãnh đạo của Đảng

Ở đây, có một vấn đề khác biệt lớn nhất trong đặc trưng của trật tự nhà nước pháp quyền Việt Nam là đặt dưới sự lãnh đạo của Đảng Cộng sản được ghi nhận trong Hiến pháp. Dưới ánh sáng của nhà nước pháp quyền và khoa học, vấn đề này đáng bàn như sau:

Một là, do các quy định của Hiến pháp cần được cụ thể bằng luật để dễ bề thực hiện. Vì vậy, thực hiện Điều 4 Hiến pháp cần được cụ thể hoá bằng một đạo luật về sự lãnh đạo của Đảng Cộng sản Việt Nam (không phải là luật về các đảng phái chính trị như ở các quốc gia phương Tây). Làm việc này là cần thiết để: (i) Tạo quy trình và nền tảng pháp lý vững chắc cho sự lãnh đạo của Đảng theo pháp luật (như Điều 4 Hiến pháp đã khẳng định); (ii) Tạo cơ sở pháp lý cho tính hợp hiến của sự lãnh đạo và cũng là để ngăn ngừa nguy cơ Đảng bao biện, làm thay việc của Nhà nước và xã hội.

Hai là, có một luật về sự lãnh đạo của Đảng sẽ là cơ hội tốt để chuyển dịch các đường lối chính sách, nghị quyết của Đảng thành pháp luật mà trong nhà nước pháp quyền, pháp luật là công cụ có tính cưỡng

chế chung và bắt buộc với mọi thành viên tồn tại trong xã hội.

Tuy nhiên, đây là vấn đề đã được đặt ra, song ý kiến, quan điểm còn khác nhau nhiều mà nguyên nhân của nó, theo tác giả là do chưa có sự thống nhất nhận thức về giá trị của nhà nước pháp quyền.

Thứ hai, dân chủ và quyền con người

Trong vấn đề dân chủ và quyền con người, hiện nay có một khoảng cách trong quan niệm về dân chủ và quyền con người ở nước ta, nhưng thiếu những lý giải thuyết phục cho việc bảo đảm dân chủ và quyền con người trong nhà nước pháp quyền Việt Nam. Chẳng hạn, dân chủ xét về hình thức cũng như lý luận, Việt Nam không có khoảng cách lớn so với thế giới. Nhưng theo quan niệm chung, dân chủ được hiểu là không có sự lãnh đạo, định hướng, người dân tự quyết định các vấn đề của mình, trong khi ở nước ta, dân chủ là dân chủ dưới sự lãnh đạo của Đảng. Người dân Việt Nam không được phúc quyết Hiến pháp và ít có tác động thực tế vào việc hoạch định chính sách và pháp luật. Mặc dù, Hiến pháp năm 2013 ghi khá rõ về quyền tham quyết của người dân.

Tuy nhiên, trong lập pháp và hoạch định chính sách, ban hành pháp luật, nhiều yếu tố đối ngoại và đối nội thường gây tác động, ảnh hưởng đến hoạt động lập pháp của Nhà nước mà trước hết là sự lũng đoạn của các cá nhân, tổ chức can thiệp vào hoạt động lập pháp của Nhà nước. Bằng cách đó, nó tạo ra mối quan hệ lệch lạc và không trong sáng giữa Nhà nước và xã hội, giữa Nhà nước và doanh nghiệp. Theo đó, chính sách và pháp luật sẽ được tạo ra để phục vụ lợi ích không công bằng và chính đáng cho nhóm lũng đoạn. Đây mới là dạng tham nhũng đáng sợ và có hậu quả to lớn và lâu

dài vì chúng được “pháp luật hoá”. Như thế, nhóm này sẽ vượt lên còn đa số sẽ bị bỏ lại phía sau. Điều này đi ngược lại với tư tưởng về Nhà nước kiến tạo phát triển. Đây là hiện tượng được gọi là “thâu tóm Nhà nước”.

Giả thiết là ở Việt Nam có tình trạng này thì để khắc phục trước hết cần dân chủ, công khai và minh bạch hoá quy trình chính sách và quy trình làm luật cũng như các hoạt động phân tích chính sách, góp ý dự thảo văn bản pháp luật, đánh giá tác động kinh tế, xã hội của một văn bản pháp luật – những vấn đề mà hiện nay đang được thực hiện nhưng chất lượng chưa cao.

Vấn đề quyền con người, quyền công dân xét với các quy định trong Hiến pháp, về hình thức chúng ta cũng không có nhiều khác biệt so với các quy định về quyền con người ở các nước cũng như so với luật nhân quyền quốc tế. Tuy nhiên, cách hiểu về nội hàm các quyền đó không giống nhau. Chẳng hạn, quyền bình đẳng giữa các chủ thể thuộc các thành phần kinh tế trong nền kinh tế ở nhiều nước được thực hiện không có ưu tiên nào, trong khi ở nước ta, chủ thể thuộc thành phần kinh tế ngoài kinh tế nhà nước khó có thể bình đẳng trong thực tế với các chủ thể thuộc thành phần kinh tế nhà nước. Hay, tự do báo chí ở các nước bao gồm cả báo chí tư nhân...

Vấn đề đáng bàn là cơ chế đảm bảo thực hiện quyền con người và tư duy ứng xử của Nhà nước theo phương thức tiếp cận dựa trên quyền còn nhiều vấn đề “quan ngại”. Hiến pháp ghi nhận quyền, nhưng nhiều đạo luật và văn bản dưới luật chưa tạo cơ chế cùng Hiến pháp để triển khai trên thực tiễn, nếu chưa nói là cản trở. Trong khi, giới hạn quyền con người ai cũng biết là điều cần thiết (Điều 14 Hiến pháp), song nó phải được thực hiện theo nguyên tắc và trình tự của nó.

Thứ ba, quan hệ giữa Nhà nước với các tổ chức xã hội

Trong quan hệ này, vai trò của các tổ chức xã hội là hợp tác với Nhà nước. Vai trò này khác với các tổ chức xã hội nhiều nước thường được gọi là các tổ chức của xã hội dân sự là đối trọng với Nhà nước, bảo đảm sự cân bằng trong việc sử dụng quyền lực nhà nước so với yêu cầu của người dân. Cần phải nhìn nhận rằng, nếu để các tổ chức xã hội trong quan hệ với nhà nước pháp quyền chỉ là “hợp tác” như thực tế hiện nay thì không mấy tác dụng, không có khả năng ảnh hưởng hoặc tạo sức ép cần thiết lớn đối với Nhà nước để thúc đẩy tính pháp quyền trong hoạt động của nó. Một vấn đề có tính nguyên tắc là nhà nước pháp quyền mà không nằm trong ảnh hưởng, giám sát của xã hội thông qua các tổ chức xã hội của công dân thì không bao giờ tốt được. Các tổ chức xã hội của công dân chính là người đại diện của họ, thay mặt họ thực hiện quyền lực nhân dân.

Trong đòi hỏi của yêu cầu về ổn định chính trị, khoa học pháp lý cùng với khoa học chính trị hiện nay cần xem xét, đánh giá lại một cách toàn diện các tổ chức xã hội Việt Nam về khả năng tổ chức và hoạt động của nó, xác định được các tiêu chí của tổ chức xã hội Việt Nam hiện đại, phù hợp với các yêu cầu xây dựng và hoàn thiện nhà nước pháp quyền Việt Nam. Điều quan trọng nó là tổ chức hoạt động thực chất vừa thoả mãn lợi ích của các thành viên và vừa có chức năng bảo đảm sự vận hành đúng đắn của nhà nước pháp quyền.

Hiện nay, giới chính khách Việt Nam thường hô lên khẩu hiệu “Nhà nước kiến tạo phát triển”. Tuy nhiên, điều đó sẽ không trở thành hiện thực cuộc sống nếu “khu vực thứ ba” trong cơ cấu xã hội không được huy

động và tạo điều kiện tối đa để họ tham gia vào quản trị quốc gia.

Thứ tư, vấn đề bảo hiến

Nhận thức mà đa số có được cho rằng, “tài phán Hiến pháp là vương miện của nhà nước pháp quyền”. Đây là công cụ hữu hiệu nhất hiện nay để bảo vệ Hiến pháp – gốc rễ của nhà nước pháp quyền. Về vấn đề này, Đảng ta đã ghi nhận hai lần trong nghị quyết Đại hội X và XI. Đáng tiếc là, đến Đại hội XII, vấn đề này bị lãng quên (và trên thực tế, điều này không được thực hiện). Cũng đáng tiếc là, trong quá trình soạn thảo Hiến pháp năm 2013, vấn đề này đã được nghiên cứu và có sự thống nhất khá cao. Tuy nhiên, đến phút chót, bảo hiến đã không chính thức được ghi nhận trong Hiến pháp và chỉ được quy định chung tại khoản 2 Điều 119. Cho đến nay, tiến trình thực hiện vấn đề này trong Hiến pháp năm 2013 vẫn bỏ ngõ. Theo tinh thần của chủ quyền nhân dân và nhà nước pháp quyền, tác giả cho rằng, Nhà nước đang nợ nhân dân một thiết chế/cơ chế bảo vệ Hiến pháp.

3. Tổ chức và thực hiện quyền lực nhà nước hiện nay ở Việt Nam

Trong nhận thức về nguyên tắc tổ chức quyền lực nhà nước ở Việt Nam, nhận thức mà chúng ta đạt được là:

- Quyền lực nhà nước được tổ chức thực hiện dưới sự lãnh đạo của Đảng;

- Quyền lực nhà nước là thống nhất, có sự phân công, phối hợp, kiểm soát giữa các cơ quan nhà nước trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp (khoản 3 Điều 2 Hiến pháp);

- Nhà nước được tổ chức và hoạt động theo Hiến pháp và pháp luật, quản lý xã hội bằng Hiến pháp và pháp luật, thực hiện

nguyên tắc tập trung dân chủ (khoản 1 Điều 8 Hiến pháp);

- Quốc hội là cơ quan đại biểu cao nhất của Nhân dân, cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất của nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam (Điều 69 Hiến pháp);

- Chủ tịch nước là người đứng đầu Nhà nước, thay mặt nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam về đối nội và đối ngoại (Điều 86 Hiến pháp);

- Chính phủ là cơ quan hành chính nhà nước cao nhất của nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam, thực hiện quyền hành pháp, là cơ quan chấp hành của Quốc hội. Chính phủ chịu trách nhiệm trước Quốc hội và báo cáo công tác trước Quốc hội, Ủy ban Thường vụ Quốc hội, Chủ tịch nước (Điều 94 Hiến Pháp);

- Tòa án nhân dân là cơ quan xét xử của nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam, thực hiện quyền tư pháp (khoản 1 Điều 102 Hiến pháp);

- Điều đáng lưu ý là, chúng ta đã có những thay đổi nhận thức về cơ cấu bộ máy nhà nước, theo đó, Hiến pháp đã ghi nhận những cơ quan hiến định độc lập như: Kiểm toán nhà nước và Ủy ban bầu cử quốc gia.

Có thể nói, về cơ bản, những nhận thức về nguyên tắc tổ chức và thực hiện quyền lực nhà nước về cơ bản vẫn duy trì những nhận thức truyền thống. Tuy nhiên, có một số nhận thức có thể coi là có hướng tiến bộ, song chưa thực sự rõ như:

- Phân công, phối hợp, kiểm soát giữa các cơ quan nhà nước trong các hoạt động lập pháp, hành pháp và tư pháp.

- Các nhánh quyền lực được giao cụ thể cho Quốc hội, Chính phủ và Tòa án. Tuy nhiên, sự phối hợp và đặc biệt là kiểm soát giữa các nhánh quyền lực quả thực là đến

nay, về cơ bản vẫn chưa được nghiên cứu để làm rõ.

- Được coi là một nhận thức mới, sơ khai, trong tổ chức và hoạt động của bộ máy nhà nước theo tinh thần nhà nước pháp quyền thể hiện trong khoản 2 Điều 119 của Hiến pháp là “Cơ chế bảo vệ Hiến pháp do luật định”. Tuy nhiên, như đã trình bày, về cơ bản, đây vẫn là vấn đề cả về nhận thức cũng như thực tiễn thi hành vẫn còn bỏ ngỏ.

- Một nhận thức mới đáng kể phải nói đến là nhận thức về trách nhiệm và nghĩa vụ của toàn bộ hệ thống nhà nước trong vấn đề bảo vệ quyền con người, được thể hiện khá rõ trong toàn bộ Chương 2 của Hiến pháp.

Liên quan đến nhận thức và thực tiễn thi hành các nguyên tắc tổ chức và hoạt động của bộ máy nhà nước, xin có một số bình luận như sau:

Thứ nhất, vấn đề Đảng lãnh đạo

Cho đến nay, các nghiên cứu vẫn lúng túng, thậm chí, có cả nhầm lẫn về hiện tượng khi cho rằng, việc nhất thể hoá các chức vụ lãnh đạo Đảng và người đứng đầu cơ quan hành chính nhà nước đang thí điểm một số địa phương là không khác với thông lệ ở nhiều nước, kể cả các nước phát triển. Ở đây, người ta chưa thấy đặc điểm của bầu cử ở Việt Nam khác với bầu cử các nước đó. Vấn đề lớn khác là có cần phân định giữa lãnh đạo của Đảng và quản lý của nhà nước nữa hay không, khi mà một người nắm cả hai chức vụ đứng đầu Đảng và đứng đầu chính quyền, Ủy ban nhân dân? Ngoài ra, chúng ta đang lúng túng trong việc kiểm soát quyền lực đối với người lãnh đạo cấp uỷ Đảng - người mà trong nền chính trị Việt Nam có ảnh hưởng đến tổ chức và hoạt động của Nhà nước trong bối cảnh tham

những là quốc nạn, đang diễn biến phức tạp, chưa bị đẩy lùi...

Thứ hai, thực hiện dân chủ trong quản lý

Hiện nay, có một khoảng cách trong quan niệm về dân chủ và quyền con người ở nước ta, nhưng thiếu những lý giải thuyết phục cho việc bảo đảm dân chủ và quyền con người trong nhà nước pháp quyền Việt Nam. Chẳng hạn, quan niệm về dân chủ dưới sự lãnh đạo của Đảng hay cách hiểu về nội hàm các quyền con người và quyền công dân giữa Việt Nam và thế giới không giống nhau. Chẳng hạn, quyền bình đẳng giữa các chủ thể thuộc các thành phần kinh tế trong nền kinh tế (như đã phân tích ở phần 2).

Thứ ba, nguyên tắc tổ chức thực hiện quyền lực nhà nước

Nguyên tắc tập trung dân chủ là nguyên tắc truyền thống đã được áp dụng ở hầu hết các quốc gia xã hội chủ nghĩa trước đây. Tuy nhiên, dưới ánh sáng của nhà nước pháp quyền, vấn đề đặt ra là nó còn giá trị hay không, bởi lẽ:

- Đến nay, sau nhiều thập kỷ áp dụng, nội dung pháp lý của nó vẫn không được định hình. Trong khi, nhà nước pháp quyền yêu cầu phải hành xử theo luật. Nhà nước pháp quyền không tư duy theo kiểu cấp trên - cấp dưới, cao - thấp... mà là, các cơ quan, tổ chức làm đúng chức năng và nhiệm vụ của mình theo luật định.

- Bộ máy nhà nước gồm hệ thống các cơ quan khác nhau mà ở đó, việc tổ chức và quản lý cũng không giống nhau. Trong quân đội, nơi mà “quân lệnh như sơn”, người ta sẽ hoạt động khác với dân chủ nghị trường, nơi mà Chủ tịch Quốc hội không phải là cấp trên của Đại biểu Quốc hội...

- Về tổ chức quyền lực nhà nước, ngay nguyên tắc tổ chức quyền lực nhà nước quy định tại khoản 3 Điều 2 của Hiến pháp cũng không giống nhau. Điều đó liên quan đến vấn đề tổ chức quyền lực nhà nước theo nguyên tắc nào cho hợp lý và cách tổ chức thực tiễn các cơ quan lập pháp, hành pháp, tư pháp với chức năng và tương quan với nhau... Ở đây, vấn đề là tập quyền hay tản quyền? Tập trung hay phi tập trung? Có kiểm chế, đối trọng hay không và thể nào là giám sát?

Bàn thêm về giám sát. Yêu cầu của nhà nước pháp quyền là minh bạch hóa nhiệm vụ của từng nhánh quyền lực và tạo ra cơ chế để chúng không thể lấn át lẫn nhau. Vì vậy, vấn đề là, Quốc hội “cao nhất” liệu có phải là cấp trên của hành pháp và tư pháp? Mặt khác, giám sát liệu có thể hiểu là nhánh quyền lực này kiểm tra, xem xét, đánh giá hoạt động của nhánh quyền lực kia hay không? Nhà nước pháp quyền không chủ trương như vậy. Nhà nước pháp quyền đặt khái niệm “giám sát” theo tinh thần “tự bảo vệ mình” thông qua các quyền mà pháp luật ghi nhận. Chẳng hạn:

- Chủ tịch nước có quyền công bố luật thì cũng có quyền không công bố luật;

- Quốc hội có quyền thông qua dự luật thì cũng có quyền trả lại Chính phủ dự luật, chứ không nên tự chỉnh sửa thành một dự luật mới;

- Chính phủ có quyền trình dự luật thì cũng có quyền rút dự luật nếu Quốc hội có ý kiến khác;

- Tòa án có thể báo cáo trước Quốc hội về tình hình tội phạm và xét xử tội phạm chứ tuyệt nhiên không cần báo cáo về đường lối xét xử và đặc biệt là nội dung các vụ án cụ thể. Tòa án lại không thể nhận các

ý kiến “chỉ đạo” từ phía Chính phủ về đường lối xét xử đối với các vụ án cụ thể...

Thứ tư, về phân công, phối hợp và kiểm soát quyền lực nhà nước

Cương lĩnh được thể chế hóa trong Hiến pháp năm 2013 tiếp tục ghi nhận tổ chức bộ máy nhà nước theo nguyên tắc “Quyền lực nhà nước là thống nhất; có sự phân công, phối hợp và kiểm soát giữa các cơ quan trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp”, đồng thời quy định rõ các chủ thể thực hiện quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp: “Quốc hội thực hiện quyền lập hiến, lập pháp, quyết định các vấn đề hệ trọng và giám sát tối cao”; “Chính phủ là cơ quan hành chính nhà nước cao nhất, thực hiện quyền hành pháp và là cơ quan chấp hành của Quốc hội”; “Tòa án nhân dân là cơ quan thực hiện quyền tư pháp” (Điều 69, 94, 102). Đặc biệt, nguyên tắc “kiểm soát” được bổ sung mới, quy định này cụ thể hóa một bước phát triển về lý luận và thực tiễn xây dựng nhà nước pháp quyền ở nước ta.

Tuy nhiên, vẫn còn một số vấn đề nổi lên như sau:

- Phân công, phối hợp và kiểm soát thực hiện quyền lập pháp còn nhiều vấn đề phải nghiên cứu hoàn thiện mới đáp ứng yêu cầu của Cương lĩnh

Hiến pháp năm 2013 quy định: “Quốc hội thực hiện quyền lập hiến, lập pháp”. Tuy nhiên, các cơ quan nhà nước khác, đặc biệt là Chính phủ cũng có quyền tham gia vào quy trình lập hiến, lập pháp. Khoản 2 Điều 96 Hiến pháp năm 2013 khẳng định: Chính phủ “đề xuất, xây dựng chính sách trình Quốc hội, Ủy ban Thường vụ Quốc hội quyết định; trình dự án luật, dự án ngân sách nhà nước và các dự án khác trước

Quốc hội; trình dự án pháp lệnh trước Ủy ban Thường vụ Quốc hội”.

Trong quy trình làm luật tại Quốc hội, Chính phủ đóng vai trò trình bày, tiếp nhận các phản hồi và thảo luận để hoàn thiện dự án luật. Quốc hội có quyền đề xuất và quyết định các sửa đổi dự án luật do Chính phủ trình, nhưng Chính phủ giao Bộ, ngành chủ trì soạn thảo nên có xu hướng tạo thuận lợi cho mình trong quản lý... Công tác thẩm định của các Ủy ban của Quốc hội còn hạn chế về năng lực quản lý ngành chuyên môn, nên chất lượng luật còn bất cập.

Do còn nhiều cơ quan có quyền ban hành các văn bản quy phạm pháp luật, trong khi ranh giới giữa quyền lập pháp và quyền lập quy còn chưa rõ ràng trong Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật, cũng hạn chế hiệu lực, hiệu quả ban hành các văn bản quy phạm pháp luật. Điều quan trọng nhất là cần tạo cho Chính phủ đủ quyền ban hành kịp thời các văn bản điều chỉnh các vấn đề mới.

- Việc phân công, phối hợp và kiểm soát thực hiện quyền hành pháp còn nhiều bất cập

Theo quy định tại Điều 94 Hiến pháp năm 2013, Chính phủ là cơ quan hành chính nhà nước cao nhất của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam, thực hiện quyền hành pháp. Quy định này, cùng các quy định khác liên quan đến Chính phủ, đều nhằm xây dựng một Chính phủ hành pháp mạnh, một hệ thống hành chính nhà nước thông suốt, hiệu lực, hiệu quả, được phân công rành mạch, có đầy đủ quyền năng và công cụ hiến định để thực hiện quyền hành pháp.

Như vậy, Chính phủ thực hiện quyền hành pháp với tư cách là cơ quan hành

chính nhà nước cao nhất, cơ quan chấp hành của Quốc hội.

Bên cạnh hệ thống các cơ quan hành pháp, theo Hiến pháp năm 2013, các cơ quan nhà nước khác như Quốc hội, Chủ tịch nước, Viện kiểm sát nhân dân, Tòa án nhân dân, các cơ quan của Đảng cũng tham gia thực hiện quyền hành pháp và hành chính nhà nước. Do đó, trong thực tiễn, quyền quản lý hành chính thống nhất và quyền thực thi hành pháp của Chính phủ bị phân tán, ví dụ như quyền quyết định tổ chức, cán bộ, công chức, công vụ các cơ quan của Quốc hội, Viện kiểm sát, Tòa án, Kiểm toán nhà nước... do Quốc hội quyết định; tổ chức, cán bộ, công chức, viên chức của Đảng, đoàn thể do Đảng quyết định...

Ở Việt Nam, công tố và kiểm sát hoạt động tư pháp là thẩm quyền của Viện kiểm sát nhân dân - cơ quan không được xếp vào hệ thống các cơ quan hành pháp. Tuy vậy, trong khoa học tổ chức nhà nước thì thẩm quyền của Viện kiểm sát nhân dân là một phần quan trọng của hành pháp, vì vậy ở nhiều nước, Viện Công tố thuộc nhánh hành pháp, còn công tố là một chức năng của Chính phủ.

Bên cạnh Viện kiểm sát nhân dân, Tòa án nhân dân cũng tham gia hoạt động hành pháp, mà thể hiện rõ nhất là thông qua thẩm quyền quản lý công tác cán bộ và cơ sở vật chất của các tòa án địa phương. Đây là một cải cách của Hiến pháp năm 1992 (sửa đổi, bổ sung năm 2001) nhằm mục tiêu tăng tính độc lập của tòa án so với cơ quan hành pháp, nhưng lại chưa phù hợp với tinh thần cải cách tư pháp.

- Vấn đề phân công, phối hợp và kiểm soát thực hiện quyền tư pháp chưa tốt

Hiến pháp năm 2013 lần đầu tiên khẳng định: Tòa án nhân dân là cơ quan thực hiện quyền tư pháp, đồng thời khẳng định “Tòa án nhân dân là cơ quan xét xử của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam...” (khoản 1 Điều 102). Đây là quy định hiến định tiên bộ trong Hiến pháp năm 2013 so với Hiến pháp năm 1992. Tuy nhiên, có một câu hỏi đặt ra: Xét xử là nội dung cơ bản của tư pháp, nhưng có đồng nhất với quyền tư pháp hay không? Trong giới luật học Việt Nam hiện nay vẫn chưa có sự thống nhất về khái niệm quyền tư pháp, còn trên thế giới khái niệm quyền tư pháp cũng được hiểu rộng hẹp khác nhau, bao gồm các nội dung cơ bản là: Quyền xét xử; giải thích Hiến pháp và luật; án lệ, tổng kết việc xét xử; tài phán hiến pháp hoặc hành chính. Như vậy, nhiệm vụ đặt ra với các nhà làm luật Việt Nam tới đây là phải làm rõ khái niệm tư pháp và quyền tư pháp. Việc này không chỉ để thực hiện Điều 102, mà còn liên quan đến việc thực thi các quy định khác của Hiến pháp năm 2013, ví dụ như quy định Viện kiểm sát nhân dân kiểm sát hoạt động tư pháp (khoản 1 Điều 107).

Việc Hiến pháp năm 2013 có quy định mở, trong đó nêu Tòa án nhân dân gồm Tòa án nhân dân tối cao và các tòa án khác do luật định (khoản 2 Điều 102) đã tạo cơ sở cho việc hình thành hệ thống tòa án theo cấp xét xử, qua đó nâng cao sự độc lập của các tòa án với các cơ quan nhà nước ở địa phương. Đây là sự hiến định, tuy nhiên, Hiến pháp năm 2013 không nêu rõ mô hình tổ chức tòa án mà để cho luật định.

Ngoài ra, cơ chế kiểm soát quyền lực cũng chưa làm sáng tỏ được “tính độc lập tương đối” của mỗi quyền, sự chế ước lẫn nhau giữa các nhánh quyền lực, vấn đề bảo

đảm quyền lực không bị tha hóa và bị lạm dụng. Vẫn còn chông chéo, cũng như lạm quyền trong hoạt động của các cơ quan nhà nước.

Thứ năm, tổ chức và thực hiện quyền lực nhà nước theo chiều dọc

Có thể nói, từ nhiều thập kỷ qua, có lẽ từ Hiến pháp năm 1980, các học giả Việt Nam đã tốn không ít công sức để nghiên cứu và xây dựng được những nhận thức mới về chính quyền địa phương.

Khoa học pháp lý hiểu chung chính quyền địa phương là một thể thống nhất gồm hai bộ phận cấu thành cụ thể ở nước ta là Hội đồng nhân dân và Ủy ban nhân dân được lập ra ở các đơn vị hành chính. Nó có thể được quan niệm là một chính thể quyền lực nhà nước ở địa phương bao gồm hai loại cơ quan kể trên trong thể thống nhất với chính quyền nhà nước cấp trên về cơ cấu, chức năng, các mối quan hệ bên trong, bên ngoài, các hình thức, phương pháp thực hiện quyền lực nhằm thực hiện có hiệu lực, hiệu quả quyền lực nhà nước ở địa phương.

Nhìn tổng quát, quan hệ của chính quyền địa phương với nhà nước pháp quyền nước ta được thể hiện trên những điểm cơ bản sau đây:

Một là, tổ chức và hoạt động của chính quyền địa phương phải thể hiện được bản chất và các đặc trưng nhà nước pháp quyền Việt Nam như đã nêu trên với những yếu tố như: Bảo đảm thượng tôn pháp luật, quyền lực nhà nước được kiểm soát, dân chủ và thực thi dân chủ, bảo đảm, bảo vệ quyền con người...

Hai là, bảo đảm tính tự quản địa phương. Đây là xu hướng mang tính quy luật của nhân loại và cũng là thành tựu nghiên cứu, nhận thức gần đây của giới học

thuật như là sự bổ sung cho quan niệm về phân quyền trong nhà nước pháp quyền, theo đó phân quyền trong nhà nước pháp quyền bao gồm cả theo chiều dọc, trong đó cần áp dụng chế độ tự quản địa phương.

Ba là, tác động của nhà nước pháp quyền đến tổ chức và hoạt động của chính quyền địa phương là quan hệ tác động qua lại.

Các nhận thức cụ thể hơn đã đạt được là:

- Xác định phân chia đơn vị hành chính (trừ một vài ngoại lệ) là hiện tượng có tính tất yếu, khách quan đối với bất cứ Nhà nước nào để thực hiện việc tổ chức quyền lực nhà nước trên lãnh thổ quốc gia.

- Phân chia đơn vị hành chính lãnh thổ là cần thiết để thực hiện quyền lực nhà nước.

- Xác định các nguyên tắc, đặc tính phân chia đơn vị hành chính trong nhà nước hiện đại là: Bảo đảm chính quyền gần dân; tổ chức đơn vị hành chính với thủ tục dân chủ, thậm chí là trung cầu ý dân; phù hợp với sự phát triển kinh tế thị trường.

- Phân chia đơn vị hành chính có tính tất yếu, nhưng thừa nhận tính đặc thù trong sự phân chia. Sự phân chia đơn vị hành chính mỗi nước, mỗi địa phương phụ thuộc vào rất nhiều yếu tố khác nhau: Kinh tế, chính trị, an ninh, quốc phòng, văn hóa, sắc tộc...

Trong Luật Tổ chức chính quyền địa phương năm 2015, trên cơ sở các thành quả nghiên cứu về tổ chức và hoạt động của bộ máy nhà nước, của chính quyền địa phương, các nhà làm luật đã ghi nhận các nguyên tắc cụ thể cho chính quyền địa phương.

Trong quá trình vận hành mô hình này cũng bộc lộ các khiếm khuyết vốn có:

Một là, mô hình chính quyền địa phương chứa đựng các mâu thuẫn nội tại. Hội đồng nhân dân là cơ quan quyền lực nhà nước ở địa phương, đại diện cho ý chí,

nguyện vọng và quyền làm chủ của nhân dân, chịu trách nhiệm trước nhân dân địa phương và cơ quan nhà nước cấp trên theo hướng tự quản. Trong khi đó, Ủy ban nhân dân tuy là cơ quan chấp hành của Hội đồng nhân dân lại có mối quan hệ rất chặt, nằm trong sự chỉ đạo thống nhất trong hệ thống hành chính nhà nước.

Hai là, Hội đồng nhân dân hoạt động kém năng động và rất hình thức. Một trong những lý do của vấn đề nằm ở chỗ quan niệm cơ quan quyền lực nhà nước này là “của địa phương” mà lẽ ra phải là cơ quan quyền lực nhà nước “ở địa phương”.

Ba là, Ủy ban nhân dân là cơ quan chấp hành của Hội đồng nhân dân và là cơ quan hàng ngày, hàng giờ tiếp xúc với người dân địa phương, nhưng cơ quan này lại trực thuộc hai chiều, do đó, phần trách nhiệm với địa phương ít nhiều bị lơ lửng.

Bốn là, trên nguyên tắc, mọi vấn đề thuộc tổ chức và hoạt động của chính quyền địa phương phải được người dân địa phương đặc biệt quan tâm vì tính thiết thực của nó. Nhưng trên thực tế, có một hiện tượng dễ nhận thấy là nhìn chung, chính quyền địa phương chưa dành được sự quan tâm đặc biệt nào của người dân.

Có thể nói, vấn đề chính quyền địa phương là vấn đề xét về phương diện lý luận, chúng ta đã đạt được nhiều thành tựu trong nhận thức. Tuy nhiên, liên quan đến quá trình đưa lý luận, nhận thức vào pháp luật và thực tiễn cuộc sống thì theo tác giả, có lẽ đây là lĩnh vực mà khoảng cách giữa lý luận và thực tiễn có sự chênh lệch lớn nhất.

Nguyên nhân của thực tế này có lẽ nằm ở chỗ, chúng ta vẫn loay hoay chưa dứt bỏ được tư duy và nhận thức cũ, suy cho cùng là mô hình tổ chức và quản lý nhà nước chưa rõ ràng theo tinh thần nhà nước pháp quyền.

ĐỔI MỚI, HOÀN THIỆN CƠ CHẾ KIỂM SOÁT CỦA CHÍNH QUYỀN TRUNG ƯƠNG ĐỐI VỚI CHÍNH QUYỀN ĐỊA PHƯƠNG TRONG BỐI CẢNH ĐẨY MẠNH PHÂN CẤP, PHÂN QUYỀN Ở VIỆT NAM HIỆN NAY

*Bùi Xuân Đức**

Tóm tắt: Ngày nay, trong điều kiện cải cách bộ máy nhà nước, trong đó có nội dung tổ chức lại các cơ quan chính quyền địa phương theo tính chất nông thôn, đô thị, miền núi, hải đảo và đẩy mạnh sự phân cấp, phân quyền, vấn đề về mối quan hệ Trung ương – địa phương (mà cụ thể là giữa Chính phủ với các cấp chính quyền địa phương, giữa các cấp chính quyền địa phương với nhau) cần phải được nghiên cứu để xây dựng lại. Bài viết này tập trung đánh giá những bất cập, hạn chế của cơ chế đó trước đòi hỏi trên và đề ra một số phương hướng đổi mới, hoàn thiện.

Abstract: Nowadays, in the climate of state machinery reform, including reorganization of local governments with the features of rural areas, cities, highlands and islands, and strengthening of decentralization and devolution, the relationship between the central and local governments (particularly between the Government and local governments at all levels, among local governments) requires further studies for the renewal. The article focuses on the assessment of shortcomings and limitations of the mechanism in the face of the above demands, and makes suggestions for renewal and perfection.

1. Cơ chế kiểm soát của chính quyền Trung ương đối với chính quyền địa phương Việt Nam theo quy định hiện hành

Ở nước ta, theo pháp luật hiện hành (Hiến pháp năm 2013, Luật Tổ chức chính quyền địa phương năm 2015...), cơ quan chính quyền địa phương nước ta ở tất cả các cấp đơn vị hành chính bao gồm: Hội đồng nhân dân và Ủy ban nhân dân với các bộ phận cấu thành khác như Thường trực Hội đồng nhân dân, các ban của Hội đồng nhân dân, các sở, phòng, ban của Ủy ban nhân dân¹... Trong đó, Hội đồng nhân dân - cơ

quan quyền lực nhà nước tại địa phương đóng vai trò chủ đạo; Ủy ban nhân dân là cơ quan chấp hành của Hội đồng nhân dân - cơ quan hành chính nhà nước ở địa phương, đóng vai trò trực thuộc, phái sinh. Hội đồng nhân dân và Ủy ban nhân dân là các cơ quan chính quyền địa phương kiểu mới ở nước ta, được tổ chức gắn liền với việc thành lập Nhà nước Việt Nam mới từ sau

Hiến pháp năm 1959 mới qui định thành lập Hội đồng nhân dân và Ủy ban hành chính (sau đổi gọi là Ủy ban nhân dân) ở tất cả các cấp đơn vị hành chính. Những năm 2005-2012 đã tổ chức thí điểm không tổ chức Hội đồng nhân dân ở ba đơn vị là huyện, quận và phường trên 10 tỉnh, thành phố và được tổng kết đánh giá là tốt. Tuy nhiên, sau đó kết quả này không được tiếp nhận và tại Luật Tổ chức chính quyền địa phương mới nhất năm 2015, Quốc hội vẫn giữ nguyên mô hình tổ chức như cũ.

* PGS.TS., Khoa Luật, Trường Đại học Đại Nam.

¹ Trước đây, có một thời ở cấp bộ và huyện không thành lập Hội đồng nhân dân mà chỉ có Ủy ban hành chính do Hội đồng nhân dân cấp dưới bầu ra. Từ

Cách mạng tháng Tám năm 1945. Cũng từ đây, một mối quan hệ mới giữa cơ quan nhà nước trung ương và cơ quan chính quyền địa phương được thiết lập.

Quan hệ mới này được thể hiện rõ rệt nhất tại Hiến pháp năm 1980 (các Điều 100 và 115) theo đó, cơ quan chính quyền địa phương được chia thành hai hệ thống có hai trung tâm lãnh đạo khác nhau: Hội đồng nhân dân thuộc hệ thống cơ quan quyền lực nhà nước - chịu sự lãnh đạo thống nhất của Hội đồng Nhà nước (Hội đồng Nhà nước giám sát và hướng dẫn hoạt động của Hội đồng nhân dân các cấp), Ủy ban nhân dân thuộc hệ thống cơ quan hành chính nhà nước - chịu sự lãnh đạo của Hội đồng Bộ trưởng. Vai trò của Chính phủ (lúc đó là Hội đồng Bộ trưởng) đối với Hội đồng nhân dân các cấp rất hạn chế, chỉ là “bảo đảm cho Hội đồng nhân dân các cấp thực hiện nhiệm vụ và quyền hạn của cơ quan quyền lực nhà nước ở địa phương” (Điều 107). Ngay đối với Ủy ban nhân dân, Chính phủ cũng không có đầy đủ những quyền hạn cần thiết để thực hiện vai trò lãnh đạo của mình (như không được quyền miễn nhiệm, cách chức, điều động đối với các chức danh chủ chốt của Ủy ban nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương).

Hiến pháp năm 1992 (và sau này là Hiến pháp năm 2013) đã xác định lại mối quan hệ giữa Chính phủ với các cơ quan chính quyền địa phương theo hướng tăng cường sự chỉ đạo, hướng dẫn của Chính phủ đối với các cơ quan này, bảo đảm quản lý thông suốt. Về nguyên tắc, cơ quan chính quyền địa phương dù là Hội đồng nhân dân hay Ủy ban nhân dân đều phải chịu sự hướng dẫn, chịu trách nhiệm và báo cáo công tác trước cơ quan nhà nước cấp trên. Chính phủ là cơ quan hành chính nhà nước

cao nhất có chức năng bảo đảm hiệu lực của bộ máy nhà nước từ Trung ương đến cơ sở, có quyền hạn, trách nhiệm hướng dẫn và kiểm tra thực sự đối với hoạt động của các cơ quan chính quyền địa phương:

- Đối với Hội đồng nhân dân, với tính cách là cơ quan quyền lực nhà nước ở địa phương, nhưng hoạt động của nó mang tính đặc thù của một cơ quan chính quyền địa phương là chấp hành nghiêm chỉnh Hiến pháp, luật, pháp lệnh và các văn bản của cấp trên, ra nghị quyết về các biện pháp thi hành các văn bản đó, đương nhiên phải nằm dưới sự chỉ đạo, hướng dẫn kiểm tra của cấp trên và thống nhất ở Chính phủ. Chính phủ “hướng dẫn, kiểm tra Hội đồng nhân dân trong việc thực hiện các văn bản của cơ quan nhà nước cấp trên; tạo điều kiện để Hội đồng nhân dân thực hiện nhiệm vụ và quyền hạn theo luật định” (khoản 5 Điều 96 Hiến pháp năm 2013).

- Đối với Ủy ban nhân dân, quyền hạn của Chính phủ (mà cụ thể là của Thủ tướng Chính phủ) được tăng cường. Thủ tướng Chính phủ phê chuẩn việc bầu, miễn nhiệm và quyết định điều động, cách chức Chủ tịch, các Phó Chủ tịch Ủy ban nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương (Điều 98 Hiến pháp năm 2013)². Đây là những quyền hạn mới (kể cả quyền phê chuẩn việc bầu Ủy ban nhân dân tuy đã quy định từ trước, nhưng nay cũng mang nội dung mới) bảo đảm cho sự lãnh đạo thống nhất, chặt chẽ của Chính phủ đối với các cơ quan chính quyền địa phương trong hệ thống cơ quan nhà nước thống nhất.

² Trước đây, Thủ tướng còn phê chuẩn việc bầu, việc miễn nhiệm, bãi nhiệm các thành viên khác của Ủy ban nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương, nay đã bỏ.

Luật Tổ chức Chính phủ năm 2015 cụ thể hóa và chi tiết hóa mối quan hệ giữa Chính phủ và chính quyền địa phương như sau:

Chính phủ hướng dẫn và kiểm tra Hội đồng nhân dân trong việc thực hiện Hiến pháp, luật, nghị quyết của Quốc hội, pháp lệnh, nghị quyết của Ủy ban Thường vụ Quốc hội, lệnh, quyết định của Chủ tịch nước, nghị quyết, nghị định của Chính phủ, quyết định, chỉ thị của Thủ tướng Chính phủ; kiểm tra tính hợp hiến, hợp pháp của các nghị quyết của Hội đồng nhân dân; tạo điều kiện để Hội đồng nhân dân thực hiện nhiệm vụ và quyền hạn theo luật định; lãnh đạo, chỉ đạo, hướng dẫn, thanh tra, kiểm tra hoạt động của Ủy ban nhân dân các cấp (Điều 25).

Thủ tướng Chính phủ lãnh đạo, chỉ đạo Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh thực hiện các quy định của pháp luật và các chương trình, kế hoạch, chiến lược của Chính phủ trên các lĩnh vực quản lý kinh tế, văn hóa, xã hội và quốc phòng, an ninh; phê chuẩn việc bầu, miễn nhiệm và quyết định điều động, đình chỉ công tác, cách chức Chủ tịch, Phó Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh. Yêu cầu Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh đình chỉ công tác, cách chức Chủ tịch, Phó Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp dưới khi không hoàn thành nhiệm vụ được cấp có thẩm quyền giao hoặc vi phạm pháp luật; trong thời gian giữa hai kỳ họp Hội đồng nhân dân cấp tỉnh, quyết định giao quyền Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh theo đề nghị của Bộ trưởng Bộ Nội vụ trong trường hợp khuyết Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh; đình chỉ việc thi hành hoặc bãi bỏ văn bản của Ủy ban nhân dân, Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh trái với Hiến pháp, luật và văn bản của cơ quan nhà nước cấp trên;

đình chỉ việc thi hành nghị quyết của Hội đồng nhân dân cấp tỉnh, trái với Hiến pháp, luật và văn bản của cơ quan nhà nước cấp trên, đồng thời đề nghị Ủy ban Thường vụ Quốc hội bãi bỏ (Điều 28).

Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ chỉ đạo, hướng dẫn, kiểm tra Ủy ban nhân dân các cấp thực hiện các nhiệm vụ công tác thuộc ngành, lĩnh vực được phân công hoặc Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ giao; kiến nghị với Thủ tướng Chính phủ đình chỉ việc thi hành nghị quyết của Hội đồng nhân dân cấp tỉnh trái với Hiến pháp, luật và văn bản của cơ quan nhà nước cấp trên về ngành, lĩnh vực chịu trách nhiệm quản lý; đề nghị Ủy ban nhân dân, Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh đình chỉ việc thi hành hoặc bãi bỏ những văn bản pháp luật của Ủy ban nhân dân, Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh trái với các văn bản về ngành, lĩnh vực được phân công. Nếu Ủy ban nhân dân, Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh không chấp hành thì báo cáo Thủ tướng Chính phủ quyết định (Điều 36).

2. Một số vấn đề đặt ra trong thực tiễn về kiểm soát của chính quyền Trung ương đối với chính quyền địa phương ở Việt Nam hiện nay

Trong cơ chế kiểm soát (mối quan hệ) giữa Trung ương và địa phương (cụ thể là giữa Chính phủ với chính quyền địa phương đang được nói tới) như trên đã và đang đặt ra những vấn đề sau đây:

Một là, mô hình tổ chức hệ thống chính quyền địa phương theo lối nhà nước hóa, rập khuôn cứng nhắc, không phân biệt vị trí tính chất của từng loại đơn vị hành chính vốn khác nhau về tính chất; dẫn đến xác lập mối quan hệ không hoàn toàn phù hợp giữa Trung ương và địa phương và giữa các cấp

địa phương với nhau khiến cơ chế kiểm soát cũng bị sai lệch.

Việt Nam theo mô hình tổ chức của Nhà nước xã hội chủ nghĩa, bộ máy nhà nước là một hệ thống thống nhất. Ngoài Chính phủ, các Bộ ở Trung ương, tất cả các cấp còn lại đều được coi là địa phương. Mỗi địa phương đều được tổ chức giống nhau gồm hai loại cơ quan: Cơ quan đại diện quyền lực và cơ quan chấp hành – hành chính. Đối lập với lý thuyết triển khai, áp đặt quyền từ trên xuống của các chế độ trước đó, học thuyết Mác-Lênin chủ trương thiết lập hệ thống quyền lực từ dưới lên³. Dưới góc độ lý thuyết, mô hình tổ chức và cơ chế kiểm soát trong hệ thống bộ máy chính quyền như vậy được coi là một sự tiến bộ, cách mạng. Tuy nhiên, qua thực

tiễn thực hiện, kết quả cho thấy không hoàn toàn như mong đợi, thậm chí đang bộc lộ những khiếm khuyết lớn cần phải khắc phục.

Quá trình vận hành với một thời gian đủ dài vừa qua cho thấy, kiểu cơ chế kiểm soát Trung ương - địa phương của nước ta đã và đang đưa đến những bất cập, hạn chế sau:

Thứ nhất, với việc xác lập hệ thống chính quyền địa phương gồm hai cơ quan có mối quan hệ trên dưới trực thuộc hai chiều đã dẫn đến bộ máy chính quyền địa phương bị phân tách theo hai trung tâm lãnh đạo: Hệ thống cơ quan đại diện do Ủy ban Thường vụ Quốc hội phối hợp với Chính phủ lãnh đạo (Ủy ban Thường vụ Quốc hội - hướng dẫn và giám sát, Chính phủ - hướng dẫn và kiểm tra đối với hoạt động của Hội đồng nhân dân); còn hệ thống cơ quan chấp hành - hành chính vừa trực thuộc các cơ quan quyền lực cùng cấp, đồng thời chịu sự lãnh đạo của cơ quan hành chính cấp trên trực tiếp và cao nhất là Chính phủ. Từ đây dẫn đến những phức tạp trong việc hướng dẫn, kiểm tra của chính quyền Trung ương đối với chính quyền địa phương. Chính phủ không còn có toàn quyền trong việc thành lập, bổ nhiệm, chỉ đạo, hướng dẫn hoạt động và xử lý trách nhiệm đối với những sai trái của địa phương như trước.

Mặt khác, cơ chế này cũng làm nảy sinh những mâu thuẫn trong quan hệ giữa hai cơ quan trong chính quyền: Theo lý luận, Hội đồng nhân dân phải là cơ quan chủ đạo trong quản lý địa phương; song do Ủy ban nhân dân, bên cạnh tính chất là cơ quan chấp hành của Hội đồng nhân dân, còn là cơ quan hành chính nhà nước ở địa phương, trực thuộc hai chiều, vừa chịu trách nhiệm trước Hội đồng nhân dân vừa chịu trách nhiệm trước cơ quan hành chính nhà nước

³ Trong tác phẩm Nội chiến ở Pháp, tuyển tập T.IV, C. Mác viết: “*Công xã (Pari) về thực chất, nó là một Chính phủ của giai cấp công nhân, là kết quả của cuộc đấu tranh của giai cấp những người sản xuất chống lại giai cấp chiếm đoạt, là hình thức chính trị rút cuộc đã tìm ra được khiến cho có thể thực hiện được việc giải phóng lao động về kinh tế*” (tr. 97). “*Công xã gồm những đại biểu thành phố do bầu phiếu phổ thông ở các khu vực của Pari bầu lên*” (tr.92). “*Công xã phải là một kiểu mẫu cho tất cả các trung tâm công nghiệp lớn ở Pháp. Chế độ của công xã một khi đã được thiết lập ở Pari và ở các trung tâm thứ yếu rồi thì cả ở các tỉnh, Chính phủ tập quyền cũ cũng phải nhường chỗ cho cơ quan của những người sản xuất... Công xã cần phải trở thành hình thức chính trị của ngay những thôn xóm nhỏ nhất... Một hội đồng đại biểu đóng ở tỉnh lỵ phải quản lý những công việc chung của tất cả các công xã nông thôn trong tỉnh, và các hội đồng hàng tỉnh đó đến lượt chúng lại phải cử các đại biểu đi tham dự Nghị viện quốc gia đóng ở Pari*” (tr. 94).

V.I.Lênin viết: “*...Xô viết đại biểu công nhân là hình thức khả dĩ duy nhất của Chính phủ cách mạng*” (Tuyển tập Lênin, T. 21, tr. 115, tiếng Nga). “*Toàn bộ chính quyền ở các địa phương đều nhất luật chuyển về tay các Xô-viết. Đại biểu công nhân, binh sĩ và nông dân có trách nhiệm bảo đảm trật tự cách mạng thật sự*” (V. Lênin – Toàn tập Nxb. Chính trị quốc gia, năm 2006, T. 35, tr. 12).

cấp trên nên đã trở thành cơ quan có tính độc lập, không còn lệ thuộc vào Hội đồng nhân dân như lý luận nêu ra. Đây là nguyên nhân của tình trạng Ủy ban nhân dân coi thường Hội đồng nhân dân, không tổ chức thực hiện tốt các nghị quyết của Hội đồng nhân dân, khiến vai trò giám sát của Hội đồng nhân dân đối với Ủy ban nhân dân trở nên hình thức, chiếu lệ. Ngược lại, hoạt động của Hội đồng nhân dân ở nhiều nơi (về bầu, miễn nhiệm thành viên Ủy ban nhân dân, quyết định kế hoạch kinh tế - xã hội...) làm cản trở sự lãnh đạo và kiểm soát thống nhất của nền hành chính.

Thứ hai, mô hình tổ chức cơ quan chính quyền và quan hệ trên dưới hầu như giống nhau ở tất cả các đơn vị hành chính đã tạo ra một hệ thống bộ máy chính quyền rập khuôn, cứng nhắc; không phân biệt được sự khác nhau trong tổ chức quyền lực và quản lý hành chính nhà nước ở đô thị, nông thôn, miền núi, hải đảo; đánh đồng vai trò, chức năng, nhiệm vụ của chính quyền tỉnh với thành phố trực thuộc trung ương, huyện với quận, thị xã, xã với phường và thị trấn. Cách tổ chức như vậy không phát huy được vai trò của cơ quan đại diện quyền lực ở những đơn vị hành chính cơ bản, cũng như vai trò chỉ huy điều hành của bộ máy hành chính ở những cấp trung gian vốn rất cần sự tập trung cao để bảo đảm liên kết chặt chẽ giữa Trung ương và địa phương. Đồng thời, điều này cũng gây ra sự chia tách giữa cơ quan đại diện quyền lực nhà nước với cơ quan chấp hành - hành chính ở một số nơi cần thiết phải tổ chức như vậy.

Thứ ba, việc hướng dẫn, kiểm tra, giám sát của Trung ương và cấp trên đối với chính quyền địa phương nặng về phê duyệt, báo cáo, chỉ đạo mà giảm đi tính năng động sáng tạo vốn có của địa phương. Chưa có

đổi mới sự kiểm soát của Trung ương, cấp trên đối với bộ máy chính quyền địa phương theo hướng xây dựng Nhà nước pháp quyền: Kiểm soát bằng con đường pháp luật và thông qua việc xét xử tại các tòa án, chứ không nên chỉ bằng sự phê duyệt, chỉ đạo..., trừ những trường hợp thật đặc biệt.

Thứ tư, Hiến pháp năm 2013 đã đặt nền móng cho việc đổi mới căn bản mô hình tổ chức hệ thống chính quyền địa phương và cơ chế kiểm soát của chính quyền trung ương đối với chúng. Tuy nhiên, việc triển khai thực hiện Hiến pháp thể hiện qua Luật Tổ chức chính quyền địa phương năm 2015 và thực tiễn hiện nay chưa đạt được kết quả như mong đợi. Việc phân chia đơn vị hành chính vẫn theo lối cũ là theo cấp quản lý chứ chưa theo cấp chính quyền địa phương và đơn vị hành chính đơn thuần, cũng như chưa chú trọng việc thiết lập những đơn vị hành chính mới thích ứng với nhu cầu quản lý kinh tế theo vùng và tổ chức chế độ tự chủ ở cơ sở; chưa cụ thể chi tiết hóa nguyên tắc của Hiến pháp về phân loại tính chất của đơn vị hành chính (cấp chính quyền và cấp quản lý); chưa chỉ ra được cách thức tổ chức chính quyền ở cấp hành chính là theo lối Hội đồng - Ủy ban, còn ở cấp quản lý là theo chế độ hành chính bổ nhiệm; chưa quy định rõ tính chất và các mối quan hệ của các thiết chế đó. Nhìn chung, hầu như vẫn giữ nguyên cách tổ chức theo kiểu nhà nước hóa rập khuôn từ dưới lên như trước; mô hình tổ chức chính quyền ở từng loại đơn vị hành chính không theo đúng tinh thần tổ chức đa dạng, phân biệt cấp chính quyền và cấp hành chính, phù hợp với quản lý đô thị, nông thôn, hải đảo... của Hiến pháp.

Hai là, đang có sự lẫn lộn giữa phân cấp và phân quyền cho các cấp chính quyền

địa phương; việc phân cấp, phân quyền cho địa phương chưa thể hiện được tinh thần của Hiến pháp năm 2013, đó là, tăng cường tính tự chủ, tự chịu trách nhiệm của chính quyền địa phương hầu như chưa được cụ thể hóa và tổ chức triển khai trên thực tế.

Phân cấp và phân quyền là một đặc trưng cơ bản của quản lý địa phương, lãnh thổ. Tư tưởng này đã được Đảng và Nhà nước ta nêu ra và tiến hành từ những năm 50-60 của thế kỷ trước và cho đến tận ngày nay. Ưu điểm của phân cấp, phân quyền thể hiện ở chỗ:

Thứ nhất, đối với chính quyền Trung ương, việc giao quyền (cùng trách nhiệm) cho địa phương làm giảm đi sức ép của các công việc quản lý sự vụ. Nhờ đó, Chính phủ và các bộ, cơ quan của Chính phủ được rảnh tay để làm tốt các công việc quản lý có tầm vĩ mô, chiến lược; thực hiện được chức năng lãnh đạo, chỉ đạo. Mặt khác, việc phân cấp, phân quyền mạnh cho địa phương cũng làm cho sự quản lý của Trung ương khắc phục tình trạng thường bị phê phán là tập trung quan liêu, xa rời thực tế. Tất nhiên, khi chuyển giao cho địa phương nhiều quyền, chính quyền trung ương vẫn giữ quyền kiểm tra đối với chính quyền địa phương để bảo đảm sự tuân thủ pháp luật. Sự kiểm tra của chính quyền Trung ương đối với địa phương, cùng với các hoạt động khác bảo đảm cho chính quyền địa phương hoạt động đúng pháp luật và có hiệu quả còn được gọi là sự giám hộ hành chính của Trung ương đối với địa phương. Nhưng, ở đây không nên hiểu sự giám hộ này là khả năng Trung ương can thiệp vào các công việc đã được phân quyền của địa phương.

Thứ hai, đối với địa phương, do được phân cấp, phân quyền, chính quyền địa phương được và phải chủ động, sáng tạo

trong công việc quản lý và phát triển mọi mặt theo khuôn khổ pháp luật của Trung ương. Nó khắc phục được sự ỷ lại của địa phương vào Trung ương. Mặt khác, phân cấp, phân quyền cho địa phương cũng khắc phục được về cơ bản hoặc hạn chế tình trạng nhiều công việc quản lý ở địa phương bị chậm trễ, ách tắc do việc ra quyết định của địa phương phải có được ý kiến của cơ quan nhà nước trung ương. Chính vì vậy, ở địa phương các nước thực hiện chế độ tự quản địa phương có khá nhiều điểm khác biệt trong sự thống nhất của pháp luật về cả công tác quản lý, tài chính - ngân sách và tổ chức - nhân sự. Thực tiễn quản lý ở các nước thực hiện tự quản địa phương cho thấy, tự quản không có nghĩa là biến mỗi địa phương thành một “tiểu bang”, là sự phân tán quản lý hoặc là sự xé lẻ đất nước. Trái lại, hoạt động quản lý nhà nước được thực hiện tốt, có hiệu quả, các địa phương phát triển mọi mặt trên địa bàn của mình trong sự đa dạng, bảo đảm được sự thống nhất của toàn quốc trên cơ sở pháp luật.

Tuy nhiên, việc phân cấp quản lý (nay được hiểu là phân cấp, phân quyền) giữa Trung ương - địa phương cho đến nay vẫn còn nhiều bất cập, hạn chế. Chính phủ và các Bộ, ngành vẫn còn trực tiếp tham gia giải quyết nhiều vấn đề ở địa phương mà địa phương hoàn toàn có thể tự mình thực hiện được, ngược lại, có những công việc địa phương không thể tự giải quyết được, phải xin báo cáo nhiều. Có xu hướng Bộ, ngành muốn có các “chân rết” là các cơ quan, tổ chức chuyên môn ở địa phương đến tận cấp huyện, thậm chí cấp xã để tiện thực hiện các hoạt động theo ngành, lĩnh vực của mình. Cũng có tình trạng các cơ quan Trung ương muốn can thiệp sâu vào công việc của địa phương. Hạn chế lớn nhất

là việc phân cấp quản lý cho các cấp đơn vị hành chính được tiến hành cào bằng cho tất cả các cấp, không phân biệt đó là đơn vị hành chính quản lý hay là đơn vị lãnh thổ, nơi đáng được phân quyền thì lại chỉ cho phân cấp, dẫn đến tình trạng hạn chế không phát huy được quyền tự chủ, tự chịu trách nhiệm và ngược lại, nơi chỉ được phân cấp lại cho cả phân quyền dẫn đến tình trạng phân tán, cát cứ.

Hiến pháp năm 2013 và Luật Tổ chức chính quyền địa phương năm 2015 đã chuẩn hóa nhận thức và thể hiện mới, phù hợp về phân định thẩm quyền của địa phương trên tinh thần phân định rõ thẩm quyền giữa Trung ương và địa phương và giữa các cấp chính quyền dưới hình thức “phân cấp” và ghi nhận một chủ trương mới trong tổ chức quản lý là “phân quyền”.

- *Phân cấp* là: “*Căn cứ vào yêu cầu công tác, khả năng thực hiện và điều kiện, tình hình cụ thể của địa phương, cơ quan nhà nước ở trung ương và địa phương được quyền phân cấp cho chính quyền địa phương hoặc cơ quan nhà nước cấp dưới thực hiện một cách liên tục, thường xuyên một hoặc một số nhiệm vụ, quyền hạn thuộc thẩm quyền của mình, trừ trường hợp pháp luật có quy định khác*” (Điều 13 Luật Tổ chức chính quyền địa phương năm 2015). Theo đó, phân cấp không phải là sự phân định thẩm quyền giữa cơ quan Trung ương và địa phương như một thời đã hiểu, mà là sự phân giao của Trung ương và địa phương cấp trên cho cấp dưới thực hiện một cách liên tục thường xuyên một hoặc một số nhiệm vụ vốn thuộc thẩm quyền của mình; kèm theo đó là trách nhiệm của cấp đó trong việc thực hiện các chức trách-nhiệm vụ và quyền hạn đó. Trên nguyên tắc, việc giao thẩm quyền (gồm quyền hạn và trách

nhiệm) cho cấp dưới được tiến hành khi có nhu cầu về sự giải thoát cho cấp trên những công việc ôm đồm bao cấp và khi cấp dưới đã thể hiện sự trưởng thành đủ điều kiện thực hiện. Phân cấp quản lý là sự phân giao các quyền quản lý mà cơ quan Trung ương và địa phương cấp trên đang nắm giữ cho cấp dưới thực hiện. *Xét về bản chất, đó là thuộc phạm trù quản lý hành chính – Luật hành chính.*

- *Phân quyền* (nói đầy đủ: “Phân quyền cho chính quyền địa phương” để tránh nhầm lẫn với phân quyền giữa các thiết chế quyền lực ở Trung ương trong cơ chế nhà nước tư sản) theo tinh thần các quy định của Hiến pháp: “*Chính quyền địa phương tổ chức và bảo đảm việc thi hành Hiến pháp và pháp luật tại địa phương; quyết định các vấn đề của địa phương do luật định*” (Điều 112 Hiến pháp năm 2013); “*Chính quyền địa phương tự chủ, tự chịu trách nhiệm trong việc thực hiện các nhiệm vụ, quyền hạn được phân quyền*” (Điều 12 Luật Tổ chức chính quyền địa phương năm 2015). Như vậy, đây chính là sự phân định hay phân chia cho các cấp chính quyền địa phương những quyền hạn riêng, phù hợp với khả năng và điều kiện cũng như tính chất của cấp chính quyền đó mà không phải là của cấp trên giao cho như phân cấp. Cấp chính quyền được toàn quyền tổ chức thực hiện những nhiệm vụ quyền hạn riêng này (dưới sự kiểm tra, giám sát của cấp trên).

Phân quyền cho địa phương là khái niệm lần đầu tiên được dùng một cách chính thức khác với trước đây bị dùng lẫn trong khái niệm phân cấp quản lý. *Đây là điểm mới rất quan trọng trong thiết chế mới quan hệ kiểm soát giữa Trung ương và địa phương.* Từ đây, chính quyền địa phương được quyền tự quyết định các vấn đề của

địa phương (được phân quyền) và chịu trách nhiệm về các quyết định của mình trước nhân dân địa phương và trước cơ quan nhà nước cấp trên. Việc phân định nhiệm vụ, quyền hạn của chính quyền địa phương (hiểu là phân quyền) được thực hiện "... trên cơ sở phân định thẩm quyền giữa các cơ quan nhà nước ở Trung ương và địa phương và của mỗi cấp chính quyền địa phương" (khoản 2 Điều 112 Hiến pháp năm 2013) và phải được quy định bởi luật... Điều này chỉ có được trong điều kiện dân chủ hóa, xây dựng nhà nước pháp quyền, mà không thể xảy ra trong thời tập trung, bao cấp. Phân quyền thuộc phạm trù phân chia quyền lực giữa chính quyền trung ương và chính quyền địa phương – *nó thuộc phạm vi Luật hiến pháp chứ không phải Luật hành chính.*

Phân quyền có thể xem là quá trình phi tập trung hoá (decentralization). Nói "tự chủ và tự chịu trách nhiệm" chính là nói tới mô hình tổ chức chính quyền được xây dựng phù hợp, hoạt động độc lập, chủ động trên cơ sở pháp luật mà không cần có sự can thiệp từ cấp trên (nhưng chỉ ở một số loại đơn vị hành chính - lãnh thổ). Trong mô hình này, chủ thể quan trọng nhất là cộng đồng dân cư (nhân dân) ở địa phương phải được trực tiếp hoặc thông qua các cơ cấu chính quyền thích hợp để thực hiện quyền lực của mình. Đây chính là *ché độ tự quản địa phương*, là biểu hiện cao nhất của quá trình phân cấp, phân quyền Trung ương - địa phương. Đây là phương thức tổ chức chính quyền địa phương ở các đơn vị hành chính - lãnh thổ cơ bản hiện rất phổ biến trên thế giới. Vấn đề này phải được hiểu như việc phi tập trung hóa. Về lâu dài, pháp luật về tổ chức chính quyền địa phương cần cụ thể hóa và chi tiết hóa tinh thần này vào từng mô hình của từng cấp chính quyền cụ

thể theo hướng: Chính quyền địa phương ở các đơn vị cơ bản (thành phố, thị xã, thị trấn và xã) được tổ chức và hoạt động theo nguyên tắc bảo đảm quyền tự chủ và tự chịu trách nhiệm trong phạm vi được phân quyền theo luật định. Nhân dân địa phương trực tiếp và thông qua các cơ quan chính quyền tự quản được thành lập theo luật định để thực hiện quyền lực của mình; quy định đầy đủ những việc thuộc thẩm quyền của Trung ương, do các cơ quan Trung ương chịu trách nhiệm, những công việc hoàn toàn thuộc thẩm quyền, trách nhiệm của địa phương và những công việc thuộc thẩm quyền của cả Trung ương và địa phương, phân định trách nhiệm rõ ràng theo hướng một việc chỉ do một cơ quan hoặc một cấp chính quyền chịu trách nhiệm chính. Đi liền với đó phải có cơ chế kiểm soát (kiểm tra, giám sát) chặt chẽ của cơ quan nhà nước cấp trên.

Trong khoa học pháp lý, "phân quyền" và "tự quản" là hai khái niệm rất gần nhau, thậm chí gần đồng nghĩa với nhau. Tự quản được hiểu là chính quyền trên một đơn vị hành chính - lãnh thổ nhất định (chính quyền địa phương) có được các quyền hạn độc lập ở mức độ cao trong quản lý, trong lĩnh vực ngân sách - tài chính và trong lĩnh vực tổ chức - nhân sự. Như vậy, thực chất của một cấp chính quyền tự quản là được phân quyền quản lý. Cần biết rằng, không phải đơn vị hành chính nào cũng được phân quyền mà chỉ những đơn vị là cấp chính quyền mới có nhu cầu và điều kiện để được phân quyền và sau đó có thể trở thành cấp chính quyền tự quản. Thực hiện phân quyền sẽ đưa đến mô hình chính quyền tự quản.

Tuy nhiên, từ hiểu biết, nhận thức đến thực tiễn thực hiện trên thực tế đang còn một khoảng cách khá dài. Việc triển khai phân cấp đang còn nhiều lúng túng; riêng

phân quyền hầu như chưa được triển khai. Luật Tổ chức chính quyền địa phương mới lẽ ra phải làm việc này, nhưng cũng chỉ dừng lại ở việc quy định các nguyên tắc.

3. Phương hướng đổi mới, hoàn thiện cơ chế kiểm soát giữa Trung ương và chính quyền địa phương ở nước ta hiện nay

3.1. Xác định rõ tính chất, nguyên lý của việc tổ chức chính quyền địa phương, phân biệt quản lý hành chính và quản lý lãnh thổ, từ đó xác lập lại mối quan hệ giữa Chính phủ với chính quyền địa phương

Đối với chính quyền địa phương, chúng ta quan niệm đây là thiết chế vừa đại diện cho nhân dân vừa đại diện cho Nhà nước và thông thường gồm hai cơ quan: Cơ quan quyền lực và cơ quan chấp hành - hành chính. Mối quan hệ giữa chúng với các cấp được xây dựng trên nguyên tắc tập trung dân chủ, trực thuộc hai chiều, dẫn đến chưa khẳng định dứt điểm là nó thuộc về hành pháp như ở các nước. Quy định mối quan hệ giữa Chính phủ và Thủ tướng Chính phủ với cơ quan chính quyền địa phương như trên của Hiến pháp là còn theo lối tư duy cũ, chưa thực sự tương thích quyền hành pháp của Chính phủ với quyền lực của chính quyền địa phương. Hiến pháp khẳng định các nguyên tắc về mối quan hệ hành chính giữa Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ với chính quyền địa phương, nhưng do tách rời quyền hành pháp của Chính phủ, mối quan hệ hành chính này trở nên hình thức, lỏng lẻo; rõ nhất là việc Hiến pháp không trao cho Thủ tướng quyền bổ nhiệm người đứng đầu cơ quan hành chính cấp tỉnh. Trên thực tế, sự nhầm lẫn, chòng chẹo trên đây của Hiến pháp đã phá vỡ tính thống nhất của nền hành chính quốc gia, tạo ra trạng thái hai hệ thống cơ quan chính quyền song song

tồn tại và Hiến pháp mới vẫn chưa khắc phục được.

Ở đây, có một vấn đề cốt yếu lâu nay chưa được minh định: Thế nào là địa phương và chính quyền địa phương? Có phải tất cả các đơn vị hành chính mà Hiến pháp định ra đều là địa phương và chính quyền được xác lập cũng là chính quyền địa phương hay không? Câu trả lời không khó khi chúng ta xác định theo quan niệm chính quyền nhà nước của chủ nghĩa Mác - Lênin (Công xã, Xô viết và ở Việt Nam là Hội đồng nhân dân) đóng ở các cấp từ Trung ương xuống địa phương (Trung ương - tỉnh - huyện - xã). Tuy nhiên, hiện nay, dưới ánh sáng tư tưởng dân chủ, tự quản, vấn đề này cần phải nhìn nhận lại: Địa phương không phải là tất cả các cấp đơn vị hành chính mà chỉ là đơn vị hành chính có tính chất quần cư - lãnh thổ vốn tồn tại tự nhiên được Nhà nước thừa nhận. Các đơn vị hành chính được phân định từ trên không phải địa phương mà chúng chính là bộ máy hành chính - hành pháp của Trung ương, là bộ phận thuộc hành pháp có chức năng tổ chức thực thi pháp luật để quản lý nhà nước ở địa phương, bảo đảm sự thống nhất, thông suốt của nền hành chính⁴. Do vậy, cần xác định lại mối quan hệ giữa Chính phủ (Trung ương) với chính quyền địa phương (địa phương) theo lối mới: Địa phương là những lãnh thổ cơ bản với chính quyền là cơ chế tự quản; còn các cấp hành chính trung gian lâu nay vẫn gọi là địa phương như tỉnh, huyện thì không phải là địa phương mà thuộc

⁴ Các chủ thể này chỉ được phân cấp quản lý hành chính chứ không thể được phân quyền. Trong một Nhà nước đơn nhất, nếu coi tỉnh, huyện... là "địa phương" và phân quyền tự chủ cho chúng thì sẽ biến chúng thành các "bang" như trong Nhà nước Liên bang và dẫn đến phân tán, cát cứ.

phạm trừ trung ương. Quan hệ giữa Chính phủ với các cấp hành chính (tỉnh, huyện) là quan hệ lãnh đạo, chỉ đạo trong nền hành chính - hành pháp. Còn quan hệ với các cấp chính quyền địa phương có tính chất lãnh thổ (xã, thị trấn, thị xã, thành phố) là quan hệ hỗ trợ - kiểm soát. Từ đây, sẽ thay đổi cách thức tổ chức chính quyền ở từng loại đơn vị hành chính: Đối với các đơn vị trung gian, bộ máy chủ yếu là quan chức hành chính do Nhà nước cấp trên chỉ định để tổ chức thực hiện quyền hành pháp ở địa phương; còn các cấp lãnh thổ phải được quản lý bằng thiết chế hội đồng do dân bầu để tổ chức và thực hiện phân quyền, tự quản, nhưng phải chịu sự kiểm soát chặt chẽ của cấp trên.

3.2. Nhận thức và quán triệt đầy đủ tinh thần mới về “phân định thẩm quyền” trong Hiến pháp năm 2013 là phân biệt phân cấp, phân quyền giữa Trung ương và địa phương chứ không phải là “phân cấp quản lý” như trước và triển khai mạnh mẽ phân quyền theo tinh thần mới đó

Phân cấp, phân quyền cho địa phương là quy luật phát triển của quản lý địa phương, lãnh thổ, là yêu cầu đòi hỏi khách quan nhằm phát huy tính năng động, sáng tạo, quyền tự chủ tự chịu trách nhiệm của mỗi cấp chính quyền địa phương, phục vụ tốt các nhu cầu, lợi ích của nhân dân, thúc đẩy phát triển kinh tế - xã hội, đáp ứng yêu cầu quản lý nhà nước, xã hội trong điều kiện kinh tế thị trường, hội nhập, xây dựng nhà nước pháp quyền, phát huy quyền dân chủ của nhân dân. Để bảo đảm, thực hiện phân cấp, phân quyền, thiết nghĩ chúng ta cần phải:

Về phân cấp

Phân cấp là sự phân giao của Trung ương và địa phương cấp trên cho cấp dưới

thực hiện một cách liên tục thường xuyên một hoặc một số nhiệm vụ vốn thuộc thẩm quyền của mình. Đó là sự phân giao trong nội bộ hệ thống hành chính các nhiệm vụ quản lý hành chính.

Phân cấp được tiến hành trong nhiều lĩnh vực khác nhau của quản lý nhà nước, nhưng tựu trung, có ba nhóm lĩnh vực đồng thời là ba nội dung của phân cấp sau:

a. Phân cấp hoạt động hay công việc quản lý nhà nước trong mối quan hệ với các đối tượng quản lý khác nhau như: Kinh tế, văn hoá, xã hội;

b. Phân cấp quản lý ngân sách;

c. Phân cấp quản lý về tổ chức và nhân sự.

Theo tinh thần của Hiến pháp, các nhiệm vụ phân cấp của Trung ương, chính quyền cấp trên cho chính quyền địa phương và cấp dưới cần phải được tiếp tục đẩy mạnh⁵.

⁵ Điều 13 Luật Tổ chức chính quyền địa phương năm 2015 quy định các nguyên tắc cho công tác này:

“...2. Việc phân cấp phải bảo đảm các nguyên tắc quy định tại khoản 2 Điều 11 của Luật này và phải được quy định trong văn bản quy phạm pháp luật của cơ quan nhà nước phân cấp, trong đó xác định rõ nhiệm vụ, quyền hạn phân cấp cho chính quyền địa phương hoặc cơ quan nhà nước cấp dưới, trách nhiệm của cơ quan nhà nước phân cấp và cơ quan nhà nước được phân cấp.

3. Cơ quan nhà nước cấp trên khi phân cấp nhiệm vụ, quyền hạn cho chính quyền địa phương hoặc cơ quan nhà nước cấp dưới phải bảo đảm các nguồn lực và điều kiện cần thiết khác để thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn mà mình phân cấp; hướng dẫn, kiểm tra việc thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn đã phân cấp và chịu trách nhiệm về kết quả thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn mà mình phân cấp.

4. Cơ quan nhà nước được phân cấp chịu trách nhiệm trước cơ quan nhà nước đã phân cấp về việc thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn được phân cấp. Căn cứ tình hình cụ thể ở địa phương, cơ quan nhà nước ở địa phương có thể phân cấp tiếp cho chính quyền địa phương hoặc cơ quan nhà nước cấp dưới thực

Về phân quyền

Phân quyền cho địa phương là kết quả của quá trình dân chủ hóa, là sự thừa nhận các quyền tự chủ, tự quản của địa phương – cộng đồng lãnh thổ. Những vấn đề được phân quyền là những vấn đề của địa phương, thuộc thẩm quyền, trách nhiệm giải quyết của chính quyền địa phương, chính quyền địa phương tự chủ, tự chịu trách nhiệm quyết định các vấn đề của địa phương và chỉ “chịu sự kiểm tra, giám sát của cơ quan nhà nước cấp trên”. Cơ quan nhà nước cấp trên không có quyền chỉ đạo, điều hành hay can thiệp vào việc giải quyết các vấn đề thuộc thẩm quyền của chính quyền địa phương mà chỉ có quyền kiểm tra, giám sát. Trong chế độ dân chủ và pháp quyền, chính quyền địa phương có những quyền được phân quyền độc lập với chính quyền Trung ương. Đối với các nhiệm vụ, quyền hạn được phân quyền, chính quyền địa phương tự chủ, tự chịu trách nhiệm trong việc thực hiện; còn cơ quan nhà nước cấp trên trong phạm vi nhiệm vụ, quyền hạn của mình có trách nhiệm kiểm tra, thanh tra tính hợp hiến, hợp pháp trong việc thực hiện của các cấp chính quyền địa phương. Tuy nhiên, cơ quan nhà nước cấp trên không kiểm tra tính hợp lý việc giải quyết các vấn đề đã phân cấp cho chính quyền địa phương, không chỉ đạo điều hành chính quyền địa phương thực hiện những vấn đề đã phân quyền nhằm hạn chế tình trạng bao biện, làm thay của các cơ quan nhà nước cấp trên.

Đây là vấn đề mới mẻ, đặt ra rất nhiều điểm phải nghiên cứu giải quyết:

hiện các nhiệm vụ, quyền hạn đã được cơ quan nhà nước cấp trên phân cấp nhưng phải được sự đồng ý của cơ quan nhà nước đã phân cấp”.

Một là, Hiến pháp và Luật Tổ chức chính quyền địa phương cần xác định và thể hiện rõ hơn nữa quan điểm này. Tư tưởng phân quyền và những nguyên tắc phân quyền cần phải được quy định trong chính Hiến pháp, là nhiệm vụ của Hiến pháp. Hiến pháp chưa sử dụng và quy định đích danh thuật ngữ này mà vẫn dùng các khái niệm “quyết định các vấn đề của địa phương”, “phân định thẩm quyền”, “được giao thực hiện một số nhiệm vụ”. Hiến pháp cần phải quy định nội hàm của phân quyền, các nguyên tắc phân quyền (mà hiện lại đang do Luật Tổ chức chính quyền địa phương quy định là không hợp lý). Tiếp đến, Luật phải quy định cụ thể nội dung của phân quyền chứ không quy định lại là các nguyên tắc (về phân định thẩm quyền, phân quyền, phân cấp ủy quyền) như hiện tại⁶.

Hai là, không phải mọi đơn vị địa phương đều được phân quyền giống như phân cấp. Phân quyền chỉ xảy ra đối với những cộng đồng lãnh thổ có nhu cầu, khả năng và điều kiện thực hiện các quyền được phân. Đó chính là các cấp chính quyền như thành phố, thị xã, thị trấn và xã. Các đơn vị

⁶ Xem: Điều 12. Phân quyền cho chính quyền địa phương

1. Việc phân quyền cho mỗi cấp chính quyền địa phương phải được quy định trong các luật.
2. Chính quyền địa phương tự chủ, tự chịu trách nhiệm trong việc thực hiện các nhiệm vụ, quyền hạn được phân quyền.
3. Cơ quan nhà nước cấp trên trong phạm vi nhiệm vụ, quyền hạn của mình có trách nhiệm thanh tra, kiểm tra tính hợp hiến, hợp pháp trong việc thực hiện các nhiệm vụ, quyền hạn được phân quyền cho các cấp chính quyền địa phương.
4. Các luật khi quy định nhiệm vụ, quyền hạn của chính quyền địa phương, của các cơ quan thuộc chính quyền địa phương phải bảo đảm các nguyên tắc quy định tại khoản 2 Điều 11 của Luật này và phù hợp với các nhiệm vụ, quyền hạn của chính quyền địa phương quy định tại Luật này.

hành chính trung gian không có nhu cầu và khả năng thực thi phân quyền. Ở khía cạnh khác, cấp chính quyền địa phương tổ chức theo lối phân quyền phải thể hiện tính dân chủ cao để thực hiện các quyền được phân giao đó (như nhất thiết phải có thiết chế Hội đồng). Luật Tổ chức chính quyền địa phương phải quy định rõ với các nội dung: (1) Quy định loại đơn vị lãnh thổ được phân quyền; (2) Quyền tự chủ tài chính; (3) Thẩm quyền riêng và mức độ được tham gia thực hiện thẩm quyền chung của cả nước; (4) Xây dựng bộ máy chính quyền kiểu tự quản; (5) Cơ chế kiểm soát của Trung ương và cấp trên đối với chúng... Rất tiếc Luật Tổ chức chính quyền địa phương năm 2015 chưa có điều này mà mới dừng lại ở các nguyên tắc tương tự Hiến pháp.

Ba là, để tạo cơ sở pháp lý đầy đủ cho các cấp chính quyền địa phương được phân quyền nhất thiết phải có *Luật về tự quản địa phương*. Luật này quy định những nguyên tắc tự quản, mô hình chính quyền tự quản chung. Trên cơ sở đó, các cấp chính quyền tự quản xây dựng điều lệ cho mình, ở cấp xã thì xây dựng hương ước.

Bốn là, cần tính đến khả năng thực hiện hoạt động kiểm tra, thanh tra, giám sát của chính quyền Trung ương đối với chính quyền địa phương, giữa chủ thể phân quyền và chủ thể được phân quyền để đảm bảo tính thống nhất trong hệ thống quản lý nhà nước, pháp quyền và kỷ luật trong quản lý nhà nước.

3.3. Thiết kế lại hệ thống chính quyền địa phương và mối quan hệ Trung ương - địa phương trên cơ sở phân biệt quản lý hành chính và tự quản

3.3.1. Quan điểm chuyển đổi

Theo tinh thần của Hiến pháp năm 2013, cần phải tiến hành tổ chức lại mô hình

tổ chức chính quyền địa phương phù hợp với điều kiện nông thôn, đô thị, miền núi, hải đảo. Cần đề cao tính lãnh đạo tập trung ở các đơn vị hành chính có tính chất trung gian (vùng, tỉnh, huyện, quận), đồng thời tăng cường tính chủ động cho các chính quyền cơ bản (xã, thị trấn, thị xã, thành phố). Có nghĩa là, Chính phủ cần lãnh đạo trực tiếp và tập trung đối với các cấp hành chính trung gian; và ở đây vai trò của Hội đồng nhân dân và Ủy ban Thường vụ Quốc hội sẽ giảm đi, thậm chí không còn cần thiết nữa. Còn ở các đơn vị hành chính cơ bản thì ngược lại, cần tăng cường quyền hạn và trách nhiệm của cơ quan đại diện. Cơ quan đại diện có toàn quyền trong việc bầu cơ quan chấp hành, quyết định các vấn đề xây dựng địa phương. Chính phủ không cần thiết phải can thiệp nhiều vào tổ chức và hoạt động của các cấp này nữa, ví dụ như: Không cần phải phê chuẩn kết quả bầu cử, không phải bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức đối với các chức danh lãnh đạo như đối với các đơn vị trung gian, không cần thiết phải phê duyệt các nghị quyết, kế hoạch, đề án.

Từ sự thay đổi nhận thức về hệ thống chính quyền địa phương đổi mới như trên, cần thiết phải thay đổi quan điểm về nguyên tắc tổ chức đối với hệ thống đó: Nguyên tắc cơ bản tổ chức hệ thống chính quyền địa phương không phải là nguyên tắc tập trung dân chủ thể hiện ở việc phải xây dựng mô hình tổ chức các cấp chính quyền địa phương theo lối trực thuộc hai chiều như hiện hành mà là *nguyên tắc tập trung và tự quản*. Có nghĩa là có những cấp chính quyền chỉ trực thuộc cấp trên theo nguyên tắc tập trung (là bộ máy chính quyền ở những đơn vị hành chính trung gian như tỉnh, huyện, quận, phường và có thể cả khu,

vùng nếu được lập ra) và có những cấp chính quyền được trao quyền tự quản tự tổ chức và vận hành theo pháp luật, không trực thuộc cấp trên (là bộ máy chính quyền ở những đơn vị cơ bản như làng xã, thị trấn, thành phố).

Thiết kế lại các mối quan hệ giữa các cơ quan trong chính quyền địa phương và giữa các cơ quan chính quyền địa phương các cấp theo hướng: Ở các đơn vị hành chính trung gian, bộ máy chính quyền nằm dưới sự điều hành toàn diện của Trưởng hành chính do cấp trên bổ nhiệm hoạt động dưới sự lãnh đạo tập trung của Chính phủ; ở các đơn vị cơ bản có Hội đồng nhân dân cần bảo đảm sự gắn kết chặt chẽ giữa hai cơ quan (Hội đồng nhân dân với cơ quan chấp hành của nó). Không nên để cơ quan chấp hành đồng thời là cơ quan hành chính nhà nước trực thuộc cấp trên. Các chức năng quản lý hành chính (được ủy quyền) vẫn giao cho Hội đồng nhân dân và cơ quan chấp hành của nó thực hiện, nhưng trên tinh thần tự chủ, dưới sự giám sát của một cơ quan đại diện của cấp trên hoặc bằng pháp luật. Đối với quan hệ giữa các cấp chính quyền, phải bảo đảm sự lãnh đạo, chỉ đạo tập trung, thống nhất của Chính phủ đối với các đơn vị hành chính quản lý, còn đối với các đơn vị lãnh thổ thì không cần thiết phải có sự trực thuộc trên dưới. Các cấp chính quyền đó được hoạt động theo quy định của pháp luật, trong khuôn khổ của pháp luật và chịu trách nhiệm trước pháp luật, tức là bỏ đi sự “bảo trợ” của các cấp chính quyền cấp trên. Trong trường hợp chính quyền địa phương làm sai pháp luật phải được xét xử bằng các cơ quan tài phán, mà trước hết là các tòa hành chính. Việc tăng cường tính chủ động của chính quyền địa phương đồng thời sẽ tăng cường tính chịu trách nhiệm

của họ trước pháp luật. Đây là một trong những yêu cầu quan trọng của nhà nước pháp quyền.

Cần tính đến việc áp dụng chế độ chính quyền tự quản trong tương lai để điều chỉnh mối quan hệ Trung ương - địa phương cho phù hợp. Chính quyền tự quản ở đây là mô hình tổ chức chính quyền địa phương phi nhà nước, tức là không phải cơ quan quyền lực nhà nước, chỉ là cơ quan đại diện cho ý chí nguyện vọng của nhân dân, do nhân dân bầu ra chịu trách nhiệm trước nhân dân và chính quyền cấp trên. Cơ quan này sẽ chịu trách nhiệm trước pháp luật, thay mặt cho nhân dân quyết định những công việc xuất phát từ lợi ích của cộng đồng, những công việc mà Nhà nước không cần hoặc cũng không có điều kiện thực hiện được. Cách tổ chức mô hình chính quyền địa phương tự quản thể hiện tính tự chủ và chủ động cao, thích hợp với những nơi mà việc quản lý đòi hỏi các tính chất đó. Tuy nhiên, cần bảo đảm chặt chẽ để không hạn chế vai trò của cơ quan chính quyền cấp trên và phá vỡ tính thống nhất của hệ thống cơ quan nhà nước. Theo đó, hệ thống các đơn vị hành chính tổ chức lại như sau: Xác định các đơn vị hành chính tỉnh, thành phố, thị xã, thị trấn và xã là những đơn vị hành chính hoàn chỉnh, không thể phân chia thành các đơn vị hành chính khác nữa (trừ tỉnh); coi huyện, quận, phường là những đơn vị hành chính trung gian, không phải là một đơn vị hành chính hoàn chỉnh, sự tồn tại của chúng phụ thuộc vào yêu cầu nhiệm vụ của từng giai đoạn. Theo hướng này đề nghị bỏ cấp quận và phường trong các thành phố, thị xã với tính chất là một cấp chính quyền hoàn chỉnh, chỉ giữ lại (nếu cần) như những cấp trung gian, và cũng chỉ giữ lại quận. Tách các huyện, xã quá xa ra khỏi các thành phố, thị xã, đưa

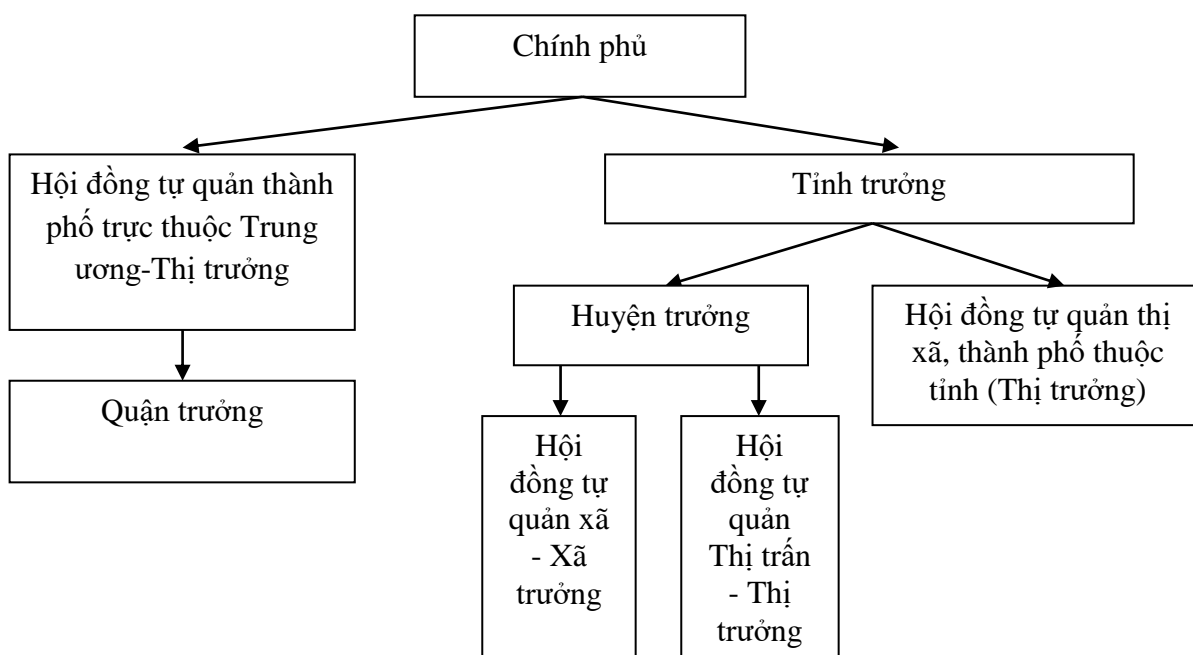
về các tỉnh, để các đơn vị hành chính này mang tính thuần túy đô thị. Chuyển huyện thành cấp chính quyền không hoàn chỉnh, tiến tới có thể nghiên cứu bỏ hẳn cấp huyện. Đối với đơn vị hành chính xã cần tổ chức áp theo các thôn, làng (xã nhất thôn) để thể hiện rõ hơn tính quần cư, liên hoàn và cũng để thay thế cho cơ cấu trường làng, thôn, ấp, bản hiện nay.

3.3.2. *Phương án cụ thể chuyển đổi quan hệ giữa Trung ương và địa phương theo những đổi mới đó*

Vận dụng mô hình chính quyền hành chính và chính quyền tự quản: Ở các đơn vị hành chính trung gian chỉ tổ chức cơ quan chính quyền địa phương dưới hình thức bộ máy hành chính nhà nước do Trung ương bổ nhiệm và trực tiếp điều hành theo nguyên tắc tập trung thống nhất (trực thuộc trung ương và cấp trên). Còn ở các đơn vị hành chính cơ bản, mạnh dạn áp dụng mô hình chính quyền tự quản với cơ cấu gồm

một Hội đồng không phải là cơ quan quyền lực nhà nước mà chỉ là cơ quan đại diện nhân dân địa phương (tự quản) và một bộ máy chấp hành dưới hình thức Ủy ban chấp hành hay Thị trường. Ủy ban chấp hành hoặc Thị trường do Hội đồng bầu ra và chỉ chịu trách nhiệm trước Hội đồng. Bộ máy này có nhiệm vụ chấp hành nghị quyết của Hội đồng, đồng thời thực hiện các chức năng hành chính nhà nước được giao. Để kiểm soát hoạt động của các cơ quan này có thể bằng pháp luật, tòa án hoặc thông qua một hình thức đại diện của cấp trên đặt tại địa phương như nhiều nước áp dụng. Đi liền mô hình này, phải xây dựng lại các chế độ ngân sách tự chủ của địa phương. Tuy nhiên, để có thể áp dụng mô hình này cần có sự chuẩn bị rất kỹ các điều kiện về tổ chức, cán bộ và nhất là hệ thống cơ sở pháp lý cho hoạt động của chúng.

Có thể biểu diễn theo sơ đồ sau:



THỦ TƯỚNG CHÍNH PHỦ TRONG CƠ CHẾ KIỂM SOÁT QUYỀN LỰC Ở ANH VÀ NHỮNG KINH NGHIỆM ĐỐI VỚI VIỆT NAM

*Trần Thị Thu Hà**

Tóm tắt: Bài viết tập trung phân tích cơ chế kiểm soát quyền lực đối với Thủ tướng Anh, từ đó rút ra một số kinh nghiệm có giá trị tham khảo trong việc hoàn thiện cơ chế kiểm soát quyền lực đối với Thủ tướng Chính phủ ở Việt Nam hiện nay.

Abstract: The article analyzes the role of England's Prime Minister in power control mechanism, thereby it draws valuable experiences to perfect Vietnam's Prime Minister in power control mechanism.

1. Vị thế và quyền lực của Thủ tướng Chính phủ Anh

Ở Anh, quốc gia điển hình cho chính thể quân chủ đại nghị, Thủ tướng Chính phủ (TTCP) không chỉ là người đứng đầu Chính phủ (The Head of Government), mà còn là người đứng đầu hành pháp (The Chief of Executive). Vì vậy, bên cạnh sự trị vì mang tính biểu tượng của Nữ hoàng Anh, TTCP là một thiết chế thực quyền, có vị trí đặc biệt quan trọng trong nền chính trị của nước này, đến mức được ví như một vị “quân vương được bầu”, người tuy “không đứng đầu Nhà nước theo pháp luật” nhưng lại “đứng đầu Nhà nước trên thực tế”¹. Vai trò của TTCP Anh dù không được xác định rõ ràng trong Hiến pháp, phụ thuộc chủ yếu vào “các tập quán và các tình huống chính trị”², song vẫn vô cùng mạnh mẽ.

Quyền lực của TTCP ở Anh, bao gồm cả quyền lực chính trị và quyền lực nhà nước là rất lớn. TTCP Anh không chỉ có những quyền hạn hiến định (hay quyền hạn chính thức, các đặc quyền), mà còn có khá nhiều những quyền hạn không chính thức, gắn liền với vai trò người đứng đầu của Đảng chiếm đa số ghế trong Nghị viện, người phát ngôn chính của Chính phủ trước Nghị viện và trước truyền thông, người chịu trách nhiệm hoạch định chính sách cho Chính phủ³.

“Bộ sưu tập” thẩm quyền của TTCP Anh phong phú hơn nhiều so với những người đồng cấp khác trên thế giới. Thậm chí, TTCP Anh sở hữu những quyền hạn mà chỉ Nguyên thủ quốc gia ở các quốc gia khác mới có. Chẳng hạn, tuy không phải là người thống lĩnh lực lượng vũ trang như Tổng thống Mỹ, nhưng TTCP Anh lại là người chịu trách nhiệm tối cao về vấn đề an ninh quốc gia; có quyền tuyên bố chiến tranh hay hòa bình; quyền kiểm soát quân đội; quyết định gửi quân đội tham gia chiến

* ThS., Khoa Luật Hành chính – Nhà nước, Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh.

¹ F.W.G. Benemy (1965), *The Elected Monarch*, George G. Harrap & Co.ltd, London, p.222.

² Colin Turpin and Adam Tomkins (2012), *British Government and the Constitution, Text and Materials*, seventh edition, Cambridge University Press, p.408.

³ Stephen Buckley (2006), *The Prime Minister and Cabinet*, Edinburgh University Press, p.96.

tranh. Chính phủ về danh nghĩa là của Nữ hoàng (Her Majesty's Government), nhưng TTCP là người điều hành với quyền lực thực chất. Vậy nên, TTCP Anh còn đại diện cho Nữ hoàng trong các vấn đề ngoại giao, thay mặt Nữ hoàng phê chuẩn hay ký kết các điều ước quốc tế và các vấn đề quan trọng khác, cùng với Bộ trưởng Bộ Ngoại giao tham gia các cuộc họp với tư cách là quốc gia thành viên tại Hội đồng châu Âu⁴.

Nhìn chung, TTCP Anh nổi bật với những quyền hạn sau:

Thứ nhất, quyền hạn của TTCP về tổ chức, nhân sự

Trước hết, Thủ tướng thay mặt Nữ hoàng chỉ định hay bãi nhiệm đối với các Bộ trưởng, tùy ý chuyển các Bộ trưởng từ chức vụ này sang chức vụ khác và cách chức họ nếu cho là cần thiết. Các Bộ trưởng phải có trách nhiệm tham khảo ý kiến chỉ đạo của TTCP về các định hướng phát triển của Bộ mình. Đồng thời, Thủ tướng chính là người phân xử các tranh chấp giữa các bộ⁵. Ngoài ra, TTCP còn phê chuẩn việc bổ nhiệm các công chức cấp cao dưới cấp Bộ trưởng – các Tổng thư ký của các bộ (tức Thứ trưởng). Bản thân Thủ tướng cũng chịu trách nhiệm như Bộ trưởng trong lĩnh vực tài chính.

Đặc biệt, người dẫn dắt Chính phủ Anh còn có thêm quyền thay đổi cơ cấu các cơ quan chính phủ (tức các bộ) cũng như quyền xây dựng và thực thi Bộ quy tắc Bộ

trưởng (Ministerial Code)⁶, điều mà Thủ tướng Nhật Bản – người đứng đầu Chính phủ của quốc gia có hình thức chính thể tương đồng với Anh không có. Vì ở Nhật Bản, việc tổ chức lại các bộ phải do lập pháp quyết định. Sự kiểm soát của TTCP Nhật Bản đối với hành pháp bởi vậy kém hơn so với người đứng đầu Chính phủ Anh⁷.

Thứ hai, quyền hạn của TTCP đối với Nội các

Nội các Anh là Chính phủ thu nhỏ. Nội các được người đứng đầu Chính phủ thành lập, bao gồm một nhóm Bộ trưởng thân cận với Thủ tướng, được lựa chọn trong số các thành viên Chính phủ theo các tiêu chuẩn sau: *Một*, phải hợp tính tình với Thủ tướng và các Bộ trưởng khác trong Nội các; *hai*, phải có khả năng làm hài lòng các phe phái khác nhau, có khả năng xoa dịu các xung đột trong nội bộ đảng; *ba*, phải có từ 3 đến 4 Bộ trưởng trong Nội các là thượng nghị sỹ để phụ trách các công việc của Chính phủ trong Thượng viện; *bốn*, phải có khả năng đáp ứng những yêu cầu phát triển của bộ tương ứng⁸. TTCP cũng chính là người quyết định số lượng, thành phần cũng như nhiệm vụ chủ yếu của các Ủy ban trong Nội các.

Không chỉ thành lập Nội các, TTCP Anh còn quyết định chương trình hoạt động

⁴ Nguyễn Cửu Việt chủ biên (2011), *Luật Hành chính nước ngoài*, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, tr 61.

⁵ Nguyễn Đăng Dung (2007), *Ý tưởng về một Nhà nước chịu trách nhiệm*, Nxb. Đà Nẵng, tr 214.

⁶ Colin Turpin and Adam Tomkins (2012), *British Government and the Constitution, Text and Materials*, seventh edition, Cambridge University Press, p.409.

⁷ Kenji Hayao (1993), *The Japanese Prime Minister and public policy*, University of Pittsburgh Press, Pittsburgh, p.39, 40.

⁸ Nguyễn Đăng Dung (2007), tldd, Nxb. Đà Nẵng, tr. 214.

của cơ quan này⁹. Nhiều học giả cho rằng, ảnh hưởng của Thủ tướng Anh lên Nội các bắt nguồn một phần từ khả năng kiểm soát chương trình hoạt động, việc chủ tọa các cuộc họp, kết luận các vấn đề thảo luận... Những quyền hạn này “hiếm khi được sử dụng để bác bỏ những gì rõ ràng là ý chí tập thể của đa số, nhưng luôn có thể được sử dụng để điều chỉnh - đôi khi thậm chí là chỉ đạo - quyết định tập thể theo hướng mong muốn”¹⁰.

TTCP Anh thực hiện sự kiểm soát cá nhân công khai đối với Chính phủ¹¹, thể hiện ngày càng rõ vai trò lãnh đạo của mình đối với toàn bộ Nội các. Vì vậy, có quan điểm cho rằng, nếu mô tả một cách đơn giản Chính phủ Anh là “Chính phủ thân Nội các” (the cabinet government) có thể gây hiểu lầm, vì “trên thực tế Chính phủ nước này được điều hành bởi TTCP – người lãnh đạo, phối hợp và duy trì một loạt các bộ trưởng”¹². Thông thường, TTCP phải trao đổi với Nội các trước khi thực hiện bất cứ sự thỏa thuận, ràng buộc nào. Tuy nhiên, thực tiễn cho thấy, “TTCP hỏi ý kiến các thành viên Chính phủ là theo thông lệ, nhưng tin chắc rằng sẽ không bị ai phản đối. Bởi các thành viên Chính phủ thường để

TTCP tùy ý quyết định vì họ một mặt phụ thuộc vào sự phán xét của Thủ tướng, mặt khác tự nhận thấy đối lập với người lãnh đạo đất nước là vô ích”¹³. Minh chứng cho sự lấn át của TTCP đối với Nội các Anh, nhiều tác giả đồng ý rằng, “về nguyên tắc, tất cả các thành viên của Nội các đều có tiếng nói bình đẳng, nhưng không phải trong mọi trường hợp đều tổ chức bỏ phiếu. Trong các phiên họp của Nội các, thường thì TTCP sẽ tổng kết phần thảo luận và tuyên bố điều mà TTCP coi đó là quan điểm của Nội các”¹⁴. Thậm chí, trong trường hợp khẩn cấp, TTCP Anh có thể hành động như Tổng thống Mỹ, nghĩa là tự mình đưa ra quyết định¹⁵.

Thứ ba, quyền hạn của TTCP đối với Hạ viện

Không chỉ lãnh đạo Nội các của mình, TTCP Anh còn chỉ huy cả Hạ viện. Điều này không có gì khó hiểu, khi người đứng đầu hành pháp đồng thời là người đứng đầu của đảng chiếm đa số ghế trong Hạ viện. Do đó, khác với Tổng thống Mỹ, TTCP Anh không cần đến quyền phủ quyết các dự luật do Hạ viện thông qua. Bởi, TTCP là người đề xuất dự luật ra Hạ viện và trên nền tảng kỷ luật đảng vốn rất chặt chẽ ở Anh, TTCP có thể chỉ đạo các Nghị sĩ là đảng viên Đảng mình bỏ phiếu đồng ý dự luật đó. Thậm chí, nếu muốn, TTCP có thể “đánh

⁹ Richard Crossman (1972), *Inside View*, Jonathan Cape, London, dẫn theo Colin Turpin and Adam Tomkins (2012), *British Government and the Constitution, Text and Materials*, seventh edition, Cambridge University Press, p.409.

¹⁰ Anthony King (1991), *The British Prime Ministership in the Age of the Career Politician*, West European Politics 14, April, p.35.

¹¹ Richard Crossman (1972), *Inside View*, Jonathan Cape, London, dẫn theo Colin Turpin and Adam Tomkins (2012), *British Government and the Constitution, Text and Materials*, seventh edition, Cambridge University Press, p.409.

¹² John Mackintosh (1962), *The British Cabinet*, Stevens, p.451.

¹³ F.W.G. Benemy (1965), tldđ, p.228.

¹⁴ Colin Turpin and Adam Tomkins (2012), tldđ, p.416.

¹⁵ Đó là trường hợp của Thủ tướng Attlee và cuộc khủng hoảng Mac-Arthur, Thủ tướng Anthony Eden và sự thất bại vụ kênh đào Suez, Thủ tướng Macmillan và thỏa thuận Nassau về việc sử dụng tàu ngầm Polaris thay thế tên lửa Skybolt... (Theo F.W.G. Benemy (1965), *The Elected Monarch*, George G. Harrap & Co.ltd, London, p.228).

bại” các dự luật được các cá nhân trình lên (Private Member’s Bill) bằng những cách thức tương tự¹⁶.

Đặc biệt, TTCP Anh còn có quyền đề nghị Nữ hoàng giải tán Hạ viện. Thực ra, trong chính thể quân chủ đại nghị, giải tán Hạ viện là đặc quyền của nhà vua. Tuy nhiên, ở Anh, Nữ hoàng chỉ thực hiện đặc quyền này theo lời khuyên của Thủ tướng và không thể từ chối khi TTCP kiên quyết yêu cầu. Điều đó cho thấy, tuyên bố của Nữ hoàng về vấn đề giải tán Hạ viện chỉ mang tính hình thức, ý chí của TTCP mới là yếu tố quyết định. Ý chí đó mạnh đến mức, TTCP được tự mình quyết định thời điểm đề xuất nhà vua giải tán Hạ viện mà không cần thảo luận với Nội các¹⁷. Trong khi đó, ở Nhật Bản, quyền đề nghị nhà vua giải tán Hạ viện thuộc về Nội các, TTCP chỉ là người đại diện cho Nội các đề đạt trực tiếp với Thiên hoàng mà thôi¹⁸. Ngoài ra, nếu so sánh với Thủ tướng Đức – người cũng có quyền đề nghị Nguyên thủ quốc gia giải tán cơ quan lập pháp, không khó để nhận thấy, Thủ tướng Đức chỉ có thể thực hiện quyền này sau khi thất bại trong một cuộc bỏ phiếu tín nhiệm tại Bundestag (Quốc hội Liên bang). Ngược lại, TTCP Anh có thể tư vấn Nữ hoàng giải tán Hạ viện vào bất kỳ lúc nào; chẳng hạn giải tán Hạ viện để bầu cử lại khi Hạ viện hết nhiệm kỳ, hoặc khi Hạ viện không ủng hộ Chính phủ trong những chính sách quan trọng. Thông thường, TTCP sẽ lựa chọn thời điểm thuận lợi nhất

cho chính đảng của mình¹⁹. Ví dụ, trong trường hợp Đảng của TTCP không giành được đa số ghế, phải liên minh với các đảng khác để thành lập Chính phủ, thì nhân uy tín của Đảng đang lên, việc giải tán Hạ viện và tiến hành tuyển cử trước thời hạn sẽ giúp Đảng có cơ hội trở thành Đảng chiếm đa số ghế trong Quốc hội. Cũng có thể, khi TTCP cảm thấy sự tín nhiệm của Hạ viện dành cho mình không còn được như trước thì giải tán Hạ viện, tổ chức bầu cử trước thời hạn là cách cần thiết nhằm vớt vát quyền lực của mình trong khi nó đang bị sa sút²⁰. Thậm chí, mới đây, Thủ tướng Boris Johnson, người kiên quyết đưa nước Anh rời khỏi Liên minh châu Âu (EU) trước 30/10/2019 bằng mọi giá, còn đề nghị Nữ hoàng đóng cửa Hạ viện trong vòng 5 tuần nhằm ngăn chặn cơ quan lập pháp ban hành một đạo luật có khả năng làm chậm tiến trình Brexit²¹.

2. Cơ chế kiểm soát quyền lực đối với Thủ tướng Chính phủ ở Anh

Là người nắm giữ nhánh hành pháp ở một quốc gia tổ chức bộ máy nhà nước theo nguyên tắc phân quyền, TTCP Anh đương nhiên có vị thế đặc biệt quan trọng và quyền lực mạnh mẽ. Tuy vậy, quyền lực của vị “quân vương được bầu” không phải là vô hạn. Ngược lại, hoạt động của TTCP Anh được đặt trong một cơ chế kiểm soát quyền lực tương đối chặt chẽ, đồng bộ. Cụ thể như sau:

2.1. Kiểm soát của Nghị viện

¹⁶ F.W.G. Benemy (1965), tldd, p.224.

¹⁷ F.W.G. Benemy (1965), tldd, p.51.

¹⁸ Kenji Hayao (1993), *The Japanese Prime Minister and public policy*, University of Pittsburgh Press, Pittsburgh, p.33.

¹⁹ F.W.G. Benemy (1965), tldd, p.47.

²⁰ Nguyễn Đăng Dung (2007), tldd, tr. 202.

²¹ H.H., *Quốc hội Anh tạm ngừng hoạt động trong năm tuần*, <https://www.nhandan.org.vn/thegioi/item/41513902-quoc-hoi-anh-tam-ngung-hoat-dong-trong-nam-tuan.html>, truy cập ngày 26/10/2019.

Với tư cách người đứng đầu của đảng chiếm đa số ghế trong Hạ viện, TTCP được xem như là lãnh tụ tối cao của Hạ viện – người có thể đưa ra những quyết định tối hậu của cơ quan này. Vì vậy, Chính phủ dưới sự dẫn dắt của TTCP thường không chế Hạ viện, thậm chí Chính phủ và Hạ viện “chẳng khác gì hai cơ quan trực thuộc một đảng phái chính trị cầm quyền”²². Tuy nhiên, điều đó không có nghĩa Nghị viện đánh mất vai trò của mình trước Chính phủ và TTCP. Trên thực tế, cơ quan lập pháp nước Anh (cụ thể là Hạ viện) vẫn thực hiện sự kiểm soát quyền lực đối với người đứng đầu hành pháp bằng những công cụ đặc trưng của mình.

Một là, Hạ viện giám sát hoạt động của TTCP

Trước hết, TTCP chịu trách nhiệm giải trình (accountability) trước Quốc hội. Với trách nhiệm giải trình, TTCP thực hiện sự thông tin, giải thích, biện minh về các quyết sách của Chính phủ và việc thực thi thẩm quyền của chính mình, nhằm làm sáng tỏ nguyên nhân, điều kiện, hoàn cảnh và hệ quả của chúng, từ đó đảm bảo yếu tố công khai, minh bạch của hành pháp trước sự soi xét của lập pháp. Thậm chí, trách nhiệm giải trình của TTCP sẽ ảnh hưởng tới quyết định của Hạ viện trong việc tiếp tục duy trì sự tín nhiệm hay không tín nhiệm đối với người đứng đầu Chính phủ²³. TTCP Anh thường thực hiện trách nhiệm giải trình thông qua việc báo cáo hoạt động trước phiên họp toàn

thể của Hạ viện, thông qua thủ tục điều trần và thủ tục chất vấn.

Báo cáo về hoạt động của Chính phủ trước Hạ viện là hình thức được TTCP sử dụng khá thường xuyên. Nhìn chung, việc báo cáo diễn ra vào thời điểm đầu của mỗi kỳ họp và thường tập trung vào vấn đề chi tiêu ngân sách. Theo đó, ngoài việc giải trình các khoản chi tiêu cho năm tài chính sắp tới, người đứng đầu hành pháp còn phải báo cáo một cách đầy đủ về những khoản chi tiêu đã thực hiện trong năm vừa qua. Chỉ khi các nghị sĩ hài lòng về độ chính xác và tính hiệu quả của việc chi tiêu ngân sách trong năm tài chính vừa qua thì các khoản dự chi ngân sách cho năm tài chính tiếp theo mới được phê duyệt. Điều này cho thấy Quốc hội Anh có vai trò rất quan trọng ở cả thời điểm bắt đầu và thời điểm kết thúc của chu kỳ ngân sách. Ngân sách chính là một công cụ đặc biệt để Quốc hội nước này có thể kiểm soát các hoạt động của Chính phủ và TTCP²⁴.

Điều trần là hoạt động giám sát được thực hiện tại các Ủy ban của Hạ viện. Căn cứ vào mục tiêu của cuộc điều trần, có thể chia thành bốn loại: Điều trần lập pháp (legislative hearings); điều trần giám sát (oversight hearings); điều trần điều tra (investigative hearings) và điều trần phê chuẩn (confirmation hearings)²⁵. Trong đó, điều trần giám sát là công cụ quan trọng để

²² Nguyễn Đăng Dung (2007), tldđ, tr. 201.

²³ Andreas Schedler (1999), *Conceptualizing Accountability*, in “The Self-restraining State Power and Accountability in new democracies”, edited by Andreas Schedler, Larry Diamond and Marc F. Plattner, Lynne Rienner Publisher, Inc, p.13,14,15.

²⁴ Tùng Nam, *Hình thức tiến hành hoạt động giám sát ở Nghị viện một số nước*, http://duthaoonline.quochoi.vn/DuThao/Lists/DT_TAILIEU/Attachment/s/1963/Cac_hinh_thuc_tien_hanh_hoat_dong_giam_sat_cua_Nghi_vien.docx, truy cập ngày 19/10/2019.

²⁵ Ngô Huy Cương (2011), *Điều trần ủy ban của Quốc hội và sự cần thiết tiếp nhận chế định này ở Việt Nam*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 6, tr. 6,7.

Hạ viện kiểm soát việc thực thi quyền lực của TTCP Anh nói riêng và hành pháp nói chung. Đây thực chất là thủ tục “hỏi để biết”, thường chỉ dừng lại ở việc tiếp nhận trả lời (bằng miệng hoặc bằng văn bản) hoặc cũng có tranh luận sau khi các uỷ ban Hạ viện nhận được trả lời của TTCP, nhưng thường chỉ giới hạn trong khoảng thời gian rất ngắn (không quá 5 phút)²⁶. Điều trần không dẫn đến một hệ quả pháp lý nào đối với người được hỏi nhưng có ý nghĩa quan trọng cho Hạ viện trong việc nắm bắt các hoạt động của TTCP và Chính phủ, giúp TTCP và Chính phủ có sự bổ sung, điều chỉnh kịp thời, không phải chờ đến khi “có vấn đề” mới giải quyết²⁷. Đặc biệt, trong trường hợp điều trần công khai, các uỷ ban của Hạ viện sẽ nghe TTCP trả lời các câu hỏi trước sự chứng kiến của các phương tiện truyền thông, để rồi sau đó nội dung điều trần được báo chí bình luận rộng rãi, TTCP có thể nhận được sự đồng tình hoặc vấp

phải chỉ trích mạnh mẽ của dư luận. Điều này buộc TTCP phải nâng cao trách nhiệm của mình cả trong phiên điều trần và trong hoạt động điều hành thường xuyên trên cương vị người đứng đầu Chính phủ.

Chất vấn là hình thức giám sát có chế tài, là “hỏi để truy trách nhiệm”. Theo đó, TTCP Anh có thể nhận được ba loại câu hỏi từ các nghị sĩ hay nhóm các nghị sĩ, bao gồm: Câu hỏi yêu cầu trả lời ngay tại phiên chất vấn (chất vấn miệng); các câu hỏi kín và các câu hỏi được trả lời bằng văn bản. Nội dung trả lời bằng văn bản đối với câu hỏi chất vấn phải được in trong Kỷ yếu Hạ viện. Nghị sĩ được hỏi Thủ tướng bất cứ vấn đề gì mà không bị hạn chế bởi lĩnh vực trách nhiệm cụ thể, nhất là các câu hỏi “phụ”, “hỏi thêm” thường mở rộng nhiều nội dung. TTCP có quyền chuyển các câu hỏi đó cho các bộ trả lời hoặc Thủ tướng trả lời bằng một tuyên bố chung về chính sách của Chính phủ. Tuy nhiên, có những lĩnh vực hệ trọng như an ninh quốc gia, TTCP buộc phải trực tiếp trả lời. Thời lượng trả lời chất vấn tối đa của TTCP Anh khoảng 120 phút một tháng²⁸. Hoạt động chất vấn luôn được kết thúc bằng việc Hạ viện bỏ phiếu để ra một Nghị quyết về việc đồng tình hay không đồng tình với lý giải của người được chất vấn. Nghị quyết này có thể không dẫn đến sự giải tán Chính phủ, nhưng ít nhiều gây ra những hệ quả chính trị bất lợi cho hành pháp nói chung và TTCP nói riêng, mà vấn đề bỏ phiếu tín nhiệm là một điển hình.

Hai là, Hạ viện có thể bỏ phiếu tín nhiệm đối với TTCP

²⁶ Chẳng hạn, ngày 16/4/2018, bà Theresa May - TTCP Anh đã phải điều trần trước Hạ viện vì những vấn đề liên quan đến cuộc không kích ở Syria. Tại đây, lãnh đạo Đảng đối lập cho rằng, hành động quân sự của Mỹ, Pháp và Anh ở Syria là “có vấn đề về mặt pháp lý” đồng thời chỉ trích bà May vì đã không sử dụng các biện pháp ngoại giao cũng như khẳng định không chỉ Chính phủ Tổng thống Assad mà nhiều nhóm khác ở Syria cũng sử dụng vũ khí hóa học trong cuộc xung đột. Trước sự chỉ trích đó, TTCP Anh buộc phải giải trình, biện minh cho quyết định của mình để thuyết phục Quốc hội rằng, việc không kích vào Syria của Anh và các đồng minh Mỹ, Pháp là đúng luật lệ và hợp pháp (Phương Phương, *Thủ tướng Anh Theresa May điều trần trước Quốc hội vì cuộc không kích Syria*, <https://www.doisongphapluat.com/tin-the-gioi/thu-tuong-anh-theresa-may-dieu-tran-truoc-quoc-hoi-vi-cuoc-khong-kich-syria-a226581.html>, truy cập ngày 29/10/2019).

²⁷ Bùi Thị Cần, *Trách nhiệm giải trình của Chính phủ*, Tạp chí Lý luận Chính trị, số 4, năm 2017, tr. 116.

²⁸ Nguyễn Cảnh Bình (2004), *Thủ tục chất vấn tại Nghị viện Anh*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 7, tr. 71, 72.

TTCP Anh vừa phải chịu trách nhiệm tập thể về hoạt động của Nội các vừa phải chịu trách nhiệm cá nhân về việc thực hiện vai trò, chức năng và thẩm quyền của người đứng đầu Chính phủ. Mà biểu hiện cao nhất của tính chịu trách nhiệm đó chính là việc TTCP phải ra đi sau khi đánh mất sự tín nhiệm của Nghị viện. Hạ viện có quyền bỏ phiếu bất tín nhiệm đối với TTCP và nếu thất bại trong cuộc bỏ phiếu này, TTCP buộc phải từ chức.

Ba là, thông qua Đảng đối lập, Hạ viện có thể kìm hãm Chính phủ và TTCP

Cũng giống như các nền dân chủ phương Tây khác, ở Anh, các chính đảng được sáp nhập vào cơ cấu Nghị viện, vai trò của phái đối lập cũng như trách nhiệm của đa số được chính thức thừa nhận. Theo các chuyên gia, “đối lập của chính thể đại nghị Anh quốc là đối lập có tổ chức chặt chẽ, luôn luôn thường trực, thậm chí còn tổ chức thành *Chính phủ mờ* (Shadow Cabinet)”;²⁹ “đối lập là dự phòng để sẵn sàng thay thế Chính phủ đang cầm quyền”; “đối lập có trách nhiệm phải tham dự vào các cuộc tranh luận, chống đối các chính sách dở của Chính phủ đang cầm quyền bằng tiếng nói, bằng sự bỏ phiếu, dùng các phương pháp đúng đắn buộc Chính phủ phải thay đổi”²⁹... Vì vậy, cho dù là người đứng đầu của Đảng chiếm đa số trong Hạ viện, có nhiều thuận lợi trong việc giành sự ủng hộ của cơ quan lập pháp đối với các đường hướng, chính sách chung do Chính phủ khởi xướng, TTCP Anh trong nhiều trường hợp vẫn phải nhún nhường, thoả hiệp với đảng đối lập, để tránh bị công kích, chỉ trích. Mặt khác, khi Đảng mà TTCP đứng đầu không

giành được đa số trong Hạ viện, phải liên minh với các Đảng khác để thành lập Chính phủ, TTCP đương nhiên sẽ gặp rất nhiều khó khăn khi muốn nhận được sự đồng thuận của Hạ viện. Lúc đó, Hạ viện chẳng khác gì “cơ quan hãm lại, trì hoãn lại sự làm luật hay làm chính sách của Chính phủ - Nội các”³⁰.

2.2. Kiểm soát của Nguyên thủ quốc gia

Nguyên thủ quốc gia ở Anh thực ra chỉ là người đứng đầu Nhà nước trên danh nghĩa, với những đặc quyền chủ yếu mang tính hình thức, lễ nghi. Vậy một thiết chế không có thực quyền liệu có thể kiểm soát một thiết chế đầy quyền lực như TTCP? Câu trả lời xuất phát từ thực tiễn chính trị sinh động và độc đáo của quốc gia này. Cụ thể là, dù quyền kiểm soát và điều hành Chính phủ thuộc về Thủ tướng, nhưng tất cả các văn bản cũng như biên bản cuộc họp Nội các đều phải được gửi đến Hoàng gia để Nữ hoàng xem xét, giám sát. Giữa TTCP và Nữ hoàng thường xuyên có sự trao đổi với nhau, có thể là gặp gỡ trực tiếp (mỗi tuần một lần), cũng có thể thông qua Thư ký riêng của Người³¹. Trong sự trao đổi mang tính thỏa thuận và tính chính trị ấy, TTCP có thể đưa ra những đề xuất, kiến nghị, tư vấn đối với Nữ hoàng, ngược lại Nữ hoàng cũng có quyền “cố vấn, khuyến khích và cảnh báo” đối với các hoạt động của Chính phủ và TTCP³². Trên thực tế, ý kiến của Nữ hoàng không có giá trị như một “thánh chỉ”,

³⁰ Nguyễn Đăng Dung (2007), tldd, tr. 205.

³¹ Nguyễn Cửu Việt chủ biên (2011), *Luật Hành chính nước ngoài*, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, tr. 55.

³² Hilaire Barnett (2008), *Constitutional and Administrative law*, Routledge Cavendish, p. 240.

²⁹ Nguyễn Đăng Dung (2007), tldd, tr. 208.

vì về nguyên tắc, cho dù ý kiến đó có phù hợp với quan điểm của Thủ tướng hay không, Nữ hoàng cũng buộc phải thuận và làm theo lời khuyên của Thủ tướng. Tuy nhiên, Nữ hoàng Anh là một thiết chế đặc biệt, không có thực quyền, nhưng lại đầy uy quyền. Nữ hoàng Anh không xuất hiện trong một bản Hiến pháp thành văn song lại bước ra từ truyền thống và thông lệ lâu đời của đất nước nên nhận được sự tôn kính của toàn dân tộc. Bởi vậy, không một TTCP nào của nước Anh dám coi nhẹ sức mạnh tinh thần thiêng liêng mà Nữ hoàng với tư cách một biểu tượng đẹp đẽ mang lại. Nữ hoàng có thể sử dụng nhiều phương pháp không chính thức để biểu lộ ý chí trước các vấn đề của hành pháp và thông qua những cuộc trao đổi vốn luôn phải được giữ bí mật với công chúng, TTCP tiếp nhận sự tác động đó một cách đương nhiên.

2.3. Kiểm soát bên trong của Chính phủ

Với tư cách người đứng đầu của một Chính phủ được tổ chức và hoạt động theo chế độ thủ trưởng, TTCP Anh là nhân vật chính trị mạnh và nổi bật ngay trong nội bộ của mình. Có những thời điểm nhất định trong lịch sử, quyền lực của TTCP Anh lấn át Nội các đến mức người ta cho rằng, xu hướng Tổng thống hóa Thủ tướng là có thật; rằng Nội các Anh đang mất dần ảnh hưởng vì Chính phủ nước này chuyển từ Chính phủ thân Nội các sang Chính phủ thân Thủ tướng (The Prime Ministerial Government)³³, thậm chí chế độ Nội các

chuyển dần thành chế độ Tổng thống³⁴. Song thực ra, TTCP và Nội các không phải là hai thái cực thay thế cho nhau. TTCP trở nên mạnh mẽ hơn không có nghĩa Nội các bị vô hiệu hóa. Chức năng chính trị truyền thống của Nội các chính là duy trì sự ủng hộ tập thể đối với Chính phủ và TTCP. Thủ tướng luôn cần đến sự ủng hộ đó. Trước hết, vì không thể “đơn thương độc mã” hoạch định chính sách, người đứng đầu Chính phủ cần đến sự tư vấn của các Bộ trưởng, đặc biệt là các Bộ trưởng thân tín. Đây là lý do vì sao ở Anh có các mô hình *Nội các đầy đủ* (full cabinets), *Nội các bên trong* (Inner Cabinets), *Nội các bếp ăn* (Kitchen Cabinets), thông qua đó, Thủ tướng có thể lựa chọn làm việc với những vị Bộ trưởng chủ chốt trong Chính phủ của mình về những vấn đề nhất định³⁵. Hơn nữa, khi đánh mất sự ủng hộ của Nội các, TTCP đánh mất sức mạnh bên trong của Chính phủ và không còn cách nào khác buộc phải rời khỏi chiếc ghế quyền lực. Sự thất bại của cựu Thủ tướng Margaret Thatcher (thời kỳ 1979 – 1990) là một ví dụ điển hình. Nhiều nhà nghiên cứu nhấn mạnh rằng, không phải ý chí của người dân Anh được bày tỏ thông qua các cuộc bầu cử châu Âu, bầu cử phụ và các cuộc thăm dò dư luận, không phải sự phản đối của Đảng Bảo thủ trong Hạ viện, mà sự từ chối của Nội các mới thực sự là một đòn chí mạng dẫn đến “vụ tự sát chính trị lớn nhất trong lịch sử nước Anh” – sự từ chức của nữ Thủ tướng đầy quyền lực³⁶.

³³ Stephen Buckley (2006), *The Prime Minister and Cabinet*, Edinburgh University Press, p. 167.

³⁴ Michael Foley (2000), *The British Presidency*, Manchester University Press, p. 26.

³⁵ Stephen Buckley (2006), *tlđđ*, p. 96.

³⁶ Rodney Brazier (1991), *The Downfall of Margaret Thatcher*, *The Morden Law Review*, Volume 54, No. 4, p. 491.

2.4. Kiểm soát của tư pháp

Ở một quốc gia tổ chức bộ máy nhà nước theo nguyên tắc “phân quyền mềm dẻo” như Vương quốc Anh, Chính phủ và Hạ viện có mối liên hệ vô cùng khăng khít, vừa phối hợp vừa kiểm chế, kiểm soát lẫn nhau. Nhưng, nếu như Chính phủ và Hạ viện giống như “hai cơ quan của cùng một đảng chính trị” thì tư pháp vẫn giữ được sự độc lập. Vậy nên, ngay cả trong trường hợp giữa TTCP và Hạ viện có sự bất đồng quan điểm, TTCP có thể có những động thái lấn át Hạ viện, vẫn còn một cánh cửa khác sẵn sàng kiểm chế quyền lực của Thủ tướng là tòa án. Chẳng hạn, dù phản đối quyết liệt quyết định tạm đóng cửa Quốc hội trong vòng 5 tuần (từ ngày 10/9/2019 đến ngày 14/10/2019) của Thủ tướng Boris Johnson, nhưng Hạ viện Anh vẫn buộc phải ngừng hoạt động. Chỉ sau khi Chánh án Tòa án tối cao của Vương quốc Anh tuyên bố quyết định nói trên của Thủ tướng là “vi hiến” và “trái luật” vì “cản trở khả năng thực hiện nhiệm vụ lập hiến của Quốc hội đồng thời không có lý do chính đáng”, hoạt động của Hạ viện mới được khôi phục lại bình thường. Mặc dù không đồng tình với quan điểm của các thẩm phán, nhưng TTCP Anh không còn có lựa chọn nào khác, buộc phải tôn trọng và tuân thủ phán quyết của Tòa án tối cao³⁷.

2.5. Kiểm soát của Đảng cầm quyền

Phía sau TTCP Anh thường là Đảng chiếm đa số ghế trong Hạ viện. Là người lãnh đạo của Đảng đó, Thủ tướng hoàn toàn

có đủ khả năng, điều kiện để thể hiện sự ảnh hưởng của mình lên toàn bộ phương hướng, chính sách và hoạt động của Chính phủ. Bởi, kỷ luật Đảng ở Anh rất chặt chẽ và Đảng viên của Đảng nào sẽ bỏ phiếu cho chính sách của Đảng đó. Tuy nhiên, điều quan trọng là TTCP phải duy trì được sự tín nhiệm của các thành viên trong Đảng. Nếu nhận thấy Thủ tướng có thể dẫn tới thất bại của Đảng trong cuộc bầu cử Hạ viện, mà thực ra là trong cuộc đua giành quyền thành lập Chính phủ, các Đảng viên sẽ không tiếp tục ủng hộ ông ta, sự điều hành của người đứng đầu Chính phủ sẽ trở nên khó khăn và không hiệu quả, thậm chí TTCP buộc phải ra đi³⁸. Cuộc khủng hoảng Brexit ở nước Anh hiện nay, với sự từ chức của Cựu Thủ tướng Theresa May và sự lao đao của Thủ tướng đương nhiệm Boris Johnson cho thấy, một nước Anh đang bị chia rẽ sâu sắc, trong đó, TTCP đã không nhận được sự ủng hộ cần thiết của Hạ viện để có thể đưa đất nước rời Liên minh châu Âu đúng tiến độ. Tuy nhiên, đó không chỉ đơn thuần là sự chia rẽ giữa cơ quan hành pháp và cơ quan lập pháp. Sâu xa hơn, đó là sự chia rẽ ngay trong nội bộ của Đảng cầm quyền. TTCP Anh – người đứng đầu của Đảng Bảo thủ - chẳng những không thuyết phục được các nghị sĩ Công đảng (đảng đối lập) mà còn không thể nhận được sự đồng thuận của đa số các nghị sĩ là đảng viên của đảng mình, dẫn đến những bế tắc trên chính trường suốt thời gian qua.

2.6. Kiểm soát của cử tri

³⁷ Ánh Ngọc, *Tòa tuyên Thủ tướng Anh làm trái luật*, <https://vnexpress.net/the-gioi/toa-tuyen-thu-tuong-an-h-lam-trai-luat-3986907.html>, truy cập ngày 01/11/2019.

³⁸ Anthony King (1991), *The British Prime Ministership in the Age of the Career Politician*, *West European Politics* 14, p. 25, 26.

TTCP Anh được Nữ hoàng chỉ định, nhưng Nữ hoàng lại không chỉ định ai khác ngoài người đứng đầu của Đảng chiếm đa số ghế trong Hạ viện. Trong trường hợp không có Đảng nào giành được đa số ghế, Nữ hoàng sẽ lựa chọn thủ lĩnh của liên minh các đảng cầm quyền làm người đứng đầu Chính phủ. Như vậy, ở Anh, tuy cử tri không trực tiếp trao quyền lực cho Thủ tướng, song thông qua cuộc tổng tuyển cử bầu Hạ viện, chính lá phiếu của họ quyết định việc ai sẽ trở thành nhân vật quan trọng nhất của nền hành pháp. Và trong quá trình thực thi quyền lực, nếu Chính phủ của Thủ tướng không đạt được như kỳ vọng, chính sách của TTCP và Chính phủ không hiệu quả, uy tín của TTCP và Chính phủ xuống thấp, bằng quyền bầu cử của mình, cử tri có thể thay đổi đảng cầm quyền bằng đảng đối lập và thông qua Hạ viện mới thành lập một Chính phủ mới, với một Thủ tướng mới hứa hẹn mang đến nhiều điều tích cực hơn. Nói cách khác, bầu cử là phương thức quan trọng nhằm đảm bảo cho quyền lực của TTCP Anh luôn được đặt trong sự kiểm soát của nhân dân.

3. Một số kinh nghiệm Việt Nam có thể tham khảo

Từ thực tiễn ở Anh có thể thấy, TTCP mặc dù là một chính khách đầy quyền lực, nhưng cũng là một thiết chế chịu sự kiểm soát khá chặt chẽ. Điều đáng nói ở đây chính là sự hiện hữu của một cơ chế kiểm soát đồng bộ, công khai và minh bạch. Trong cơ chế đó, quyền lực được sử dụng để kiểm soát quyền lực, bao gồm cả quyền lực chính trị và quyền lực nhà nước. Sự kiểm soát được thực hiện từ trong ra ngoài, từ ngoài vào trong, không chỉ là kiểm soát

giữa các cơ quan nắm các nhánh quyền lực khác nhau trong cùng bộ máy nhà nước, kiểm soát ngay trong nội bộ Chính phủ mà còn là kiểm soát của cử tri, của các tổ chức đảng phái, của báo chí và các phương tiện truyền thông... Tuy nhiên, đó không phải là sự kiểm soát mang tính tuyệt đối, đến mức làm tê liệt các hoạt động của người đứng đầu hành pháp. Ngược lại, nó giúp TTCP Anh ý thức được các giới hạn của quyền lực mà mình đang có và vẫn duy trì được những khoảng không gian cần thiết để chủ động ứng phó, phòng tránh các nguy cơ, lựa chọn các cách thức xử sự phù hợp.

Vương quốc Anh và Việt Nam là những quốc gia khác nhau về đặc điểm tự nhiên, điều kiện kinh tế - xã hội, truyền thống văn hoá, chế độ chính trị, hình thức chính thể, nguyên tắc tổ chức và hoạt động của bộ máy nhà nước... Địa vị pháp lý của TTCP Anh và Việt Nam, tuy có không ít điểm tương đồng, nhưng cũng tồn tại rất nhiều khác biệt. Vì vậy, cơ chế kiểm soát quyền lực đang được áp dụng tương đối hiệu quả đối với Thủ tướng Anh sẽ không hoàn toàn phù hợp với người đứng đầu Chính phủ ở Việt Nam. Thế nhưng, từ cơ chế đó, chúng ta có thể rút ra những kinh nghiệm hữu ích góp phần hoàn thiện cơ chế kiểm soát quyền lực đối với TTCP Việt Nam hiện nay. Cụ thể như sau:

Trước hết, phát huy vai trò của Quốc hội trong việc kiểm soát quyền lực của TTCP. Ở Vương quốc Anh, Thủ tướng có quyền đề nghị Nữ hoàng giải tán Hạ viện. Ở Việt Nam, TTCP là người đứng đầu cơ quan chấp hành của Quốc hội, do Quốc hội bầu ra, chịu sự giám sát tối cao của Quốc hội, đương nhiên không thể đặt vấn đề giải tán

cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất. Song điểm tương đồng giữa TTCP Anh và TTCP Việt Nam chính là tính phải chịu trách nhiệm trước Quốc hội. Theo đó, công cụ kiểm soát sắc bén nhất mà Quốc hội có thể áp dụng đối với TTCP không phải là chế độ báo cáo hoạt động, thủ tục điều trần hay thủ tục chất vấn mà chính là cơ chế tín nhiệm. Tuy nhiên, ở Anh, cơ chế tín nhiệm được vận dụng rạch ròi hơn, triệt để hơn và do đó mạnh mẽ hơn. Cụ thể là, nếu không vượt qua được cuộc bỏ phiếu bất tín nhiệm tại Hạ viện, TTCP buộc phải từ chức. Trong khi đó, ở Việt Nam, Quốc hội vừa lấy phiếu tín nhiệm vừa bỏ phiếu tín nhiệm đối với TTCP. Trong trường hợp quá nửa tổng số đại biểu Quốc hội đánh giá “không tín nhiệm”, TTCP có thể xin “từ chức”, còn nếu không lựa chọn phương án “xin từ chức” thì có nguy cơ bị đề nghị xem xét việc “miễn nhiệm”³⁹. Vậy là, kết quả bỏ phiếu tín nhiệm không trực tiếp dẫn đến sự ra đi của TTCP, vì còn phải trải qua khâu “xem xét việc miễn nhiệm”. Quốc hội sẽ còn phải tiến hành bỏ phiếu thêm một lần nữa để quyết nghị xem có miễn nhiệm TTCP hay không. Và cho dù trước đó, đa số đại biểu đã bày tỏ thái độ “không tín nhiệm”, nhưng nếu ở vòng này đa số ý kiến lại chọn phương án “không miễn nhiệm” thì TTCP vẫn có thể tại vị⁴⁰. Từ sự bất cập của cơ chế bãi nhiệm hiện hành, trên cơ sở

tham khảo kinh nghiệm của nước Anh, thiết nghĩ không nên quy định kiểu “nước đôi”: “Người được bỏ phiếu tín nhiệm có quá nửa tổng số đại biểu Quốc hội đánh giá không tín nhiệm thì có thể xin từ chức; trường hợp không từ chức thì...”. Ngược lại, nên quy định rõ ràng rằng, người giữ các chức vụ do Quốc hội bầu hoặc phê chuẩn, trong đó có TTCP qua bỏ phiếu tín nhiệm mà không được quá nửa tổng số đại biểu Quốc hội tín nhiệm thì *buộc phải từ chức*. Có như vậy, bỏ phiếu tín nhiệm mới là chế tài đủ sức răn đe, vừa phản ánh đúng đặc điểm của trách nhiệm chính trị - loại hình trách nhiệm vốn được xác lập dựa trên sự tín nhiệm – vừa phù hợp với tính chất quyền lực của Quốc hội⁴¹.

Bên cạnh đó, phải đảm bảo sự kiểm soát bên trong của Chính phủ. Nghĩa là, cần thiết lập cơ chế phù hợp để tập thể Chính phủ có thể giám sát TTCP và ngược lại, TTCP cũng có thể giám sát tập thể Chính phủ. Muốn vậy, có thể tham khảo cách làm của Vương quốc Anh khi quy định trách nhiệm tập thể của Chính phủ bên cạnh trách nhiệm cá nhân của TTCP, trách nhiệm liên đới giữa tập thể Chính phủ và cá nhân TTCP. Theo đó, tập thể Chính phủ có thể bị bỏ phiếu bất tín nhiệm và buộc phải từ chức sau khi được đa số đại biểu Quốc hội đánh giá không tín nhiệm cũng như Chính phủ sẽ bị giải tán khi người đứng đầu Chính phủ bị thay thế. Thậm chí, để sự kiểm soát lẫn nhau trong nội bộ Chính phủ trở nên hữu hiệu hơn, thiết nghĩ cần bổ sung thêm trường hợp TTCP buộc phải từ chức khi

³⁹ Khoản 2 Điều 13 Luật Tổ chức Quốc hội năm 2014; khoản 3 Điều 19 Luật Hoạt động giám sát của Quốc hội và Hội đồng nhân dân năm 2015.

⁴⁰ Vũ Văn Nhiêm (2004), *Bỏ phiếu tín nhiệm: Bàn về thủ tục khâm thi*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 5, tr.6; Bùi Ngọc Sơn (2006), *Bỏ phiếu tín nhiệm các thành viên Chính phủ nên kế thừa quy định của Hiến pháp 1946*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 11, tr.52.

⁴¹ Trần Thị Thu Hà (2019), *Bàn về mối quan hệ giữa TTCP và Quốc hội theo pháp luật hiện hành*, Tạp chí Khoa học pháp lý Việt Nam, số 5, tr. 13.

không còn nhận được sự ủng hộ của tập thể Chính phủ, giống như tình huống từng xảy ra giữa Nội các Anh và Cựu Thủ tướng Margret Thatcher. Với những ràng buộc có tính kiểm soát lẫn nhau như trên, TTCP không thể chuyên quyền, độc đoán, tùy tiện mà tập thể Chính phủ cũng không thể vô can, hờ hợt trước các quyết sách chung của Chính phủ.

Đồng thời, phát huy vai trò của Đảng Cộng sản Việt Nam trong việc kiểm soát quyền lực của TTCP. Anh là quốc gia thiết lập hệ thống chính trị đa đảng phái, theo đó cả Đảng cầm quyền và Đảng đối lập đều tham gia kiểm soát việc thực thi quyền lực của người đứng đầu Chính phủ. TTCP Anh luôn phải cố gắng để một mặt nhận được sự ủng hộ từ các Đảng viên của Đảng mình, mặt khác tránh sự công kích, chỉ trích của Đảng đối lập. Trong khi đó, ở Việt Nam, Nhà nước và toàn thể hệ thống chính trị đặt dưới sự lãnh đạo thống nhất của một chính đảng duy nhất. TTCP là Ủy viên Bộ Chính trị, một nhân vật chính trị chủ chốt của Đảng, người có tiếng nói và sự ảnh hưởng lớn trong nội bộ của Đảng. Như vậy, từ kinh nghiệm của nước Anh, chúng ta có thể tham khảo việc đặt TTCP trong cơ chế kiểm soát bên trong của Đảng. Cụ thể hơn, chúng ta cần tập trung vào hai mũi nhọn: *Thứ nhất*, tạo ra cơ chế cạnh tranh chính trị song phẳng ngay trong khâu giới thiệu ứng viên Thủ tướng của Đảng. Theo đó, phải có ít nhất hai Ủy viên Bộ Chính trị được Hội nghị Ban chấp hành Trung ương Đảng giới thiệu để ra tranh cử chức vụ Thủ tướng trước Quốc hội, ứng viên nào thuyết phục được đa số Quốc hội sẽ trở thành TTCP. *Thứ hai*, phải phát huy vai trò các cơ quan

của Đảng (như Ban Kinh tế Trung ương, Ban Nội chính Trung ương, Ban Tổ chức Trung ương, Ủy ban Kiểm tra Trung ương...) trong việc kịp thời đưa ra những khuyến nghị, cảnh báo đối với việc thực thi quyền lực của TTCP.

Ngoài ra, phải phát huy vai trò của giám sát xã hội. Trong một thế giới “phẳng”, với sự phát triển vượt bậc của các thành tựu khoa học công nghệ và xu hướng đề cao các giá trị dân chủ, hoạt động của Chính phủ và TTCP không tránh khỏi sự giám sát của xã hội, trong đó có sự giám sát của báo chí, của các tổ chức chính trị - xã hội, các tổ chức xã hội và giám sát của nhân dân. Đây là yếu tố cần thiết để quyền lực nhà nước được thực thi một cách công khai, minh bạch. Thay vì “khép kín”, Chính phủ phải thực sự là một Chính phủ “mở” trước truyền thông; thay vì “bế quan tỏa cảng”, Chính phủ và người đứng đầu Chính phủ phải khuyến khích tự do ngôn luận, tự do báo chí, phải sẵn sàng đối diện với phản ứng của xã hội, lắng nghe phản ánh của báo chí và có những biện pháp chỉ đạo kịp thời để khắc phục, điều chỉnh các vấn đề bất ổn trong thực tiễn lãnh đạo, quản lý, điều hành. Đặc biệt, TTCP phải thực hiện nghiêm túc chế độ báo cáo trước nhân dân thông qua các phương tiện thông tin đại chúng về những vấn đề quan trọng thuộc thẩm quyền giải quyết của Chính phủ và TTCP⁴², để người dân lắng nghe, đánh giá, góp ý, phản biện và thực hiện tốt quyền giám sát của mình đối với nhà lãnh đạo cao nhất của Chính phủ.

⁴² Khoản 6 Điều 98 Hiến pháp năm 2013.

MỘT SỐ BẤT CẬP VỀ BỔ NHIỆM CÔNG CHỨC TRONG CƠ QUAN NHÀ NƯỚC CẤP TỈNH VÀ GIẢI PHÁP HOÀN THIỆN

Đặng Phước Thông*
Lê Thị Hồng**

Tóm tắt: Từ năm 2013 đến nay, trong lĩnh vực quản lý nhà nước đã phát hiện 10% cán bộ, công chức được bố trí, bổ nhiệm sai quy định. Những sai phạm trong công tác cán bộ là tương đối nhiều và khá đa dạng. Bài viết phân tích những bất cập liên quan đến bổ nhiệm công chức trong cơ quan nhà nước cấp tỉnh và đưa ra những kiến nghị hoàn thiện.

Abstract: Since 2013, 10 per cent of civil servants and cadres have been found to be placed and appointed in violation of regulations in state management sectors. Personnel-related wrongdoings are relatively numerous and varied. The article analyzes shortcomings relating to the appointment of civil servants in provincial state bodies and makes suggestions for improvement.

1. Về tiêu chuẩn bổ nhiệm ngạch đối với công chức giữ một chức vụ lãnh đạo, quản lý trong cơ quan nhà nước cấp tỉnh

Tại khoản 2 Điều 6 Nghị định số 36/2013/NĐ-CP về vị trí việc làm và cơ cấu ngạch công chức quy định căn cứ xác định cơ cấu ngạch công chức gồm 02 thành phần là: “a) Danh mục vị trí việc làm; b) Tiêu chuẩn và chức danh ngạch công chức tương ứng với vị trí việc làm”. Từ đó có thể nhận thấy, “tiêu chuẩn ngạch công chức” giữ một vị trí quan trọng, và là thành phần không thể thiếu trong bộ phận cấu thành hệ tiêu chuẩn bổ nhiệm công chức giữ chức vụ lãnh đạo, quản lý trong cơ quan nhà nước cấp tỉnh. Pháp luật hiện hành đã có quy định chung cho 05 ngạch xếp theo thứ tự từ thấp đến cao (khoản 1 Điều 42 Luật Cán bộ, công chức (LCBCC) năm 2008), theo đó ở mỗi chức vụ lãnh đạo, quản lý cụ thể sẽ có tiêu chuẩn ngạch công chức tương ứng.

* ThS., Tạp chí Khoa học pháp lý Việt Nam, Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh.

** Văn phòng Đăng ký đất đai quận 7, Tp. Hồ Chí Minh.

Tuy nhiên, qua rà soát của nhóm tác giả về các quy định tiêu chuẩn bổ nhiệm công chức ở các tỉnh cho thấy, đa phần các tỉnh tập trung điều chỉnh tiêu chuẩn về chức danh và những tiêu chuẩn mang tính chung chung do pháp luật quy định, chứ tiêu chuẩn về ngạch vẫn chưa có sự quan tâm đúng mức. Hệ quả của sự thiếu quan tâm này dẫn đến năm (05) sai phạm thường xuyên về tiêu chuẩn ngạch công chức khi bổ nhiệm vào chức vụ lãnh đạo quản lý ở cơ quan nhà nước cấp tỉnh dưới đây:

Thứ nhất, chưa đủ thời gian giữ ngạch công chức khi bổ nhiệm¹.

Thứ hai, không đảm bảo ngạch công chức bằng hoặc cao hơn so với tiêu chuẩn ngạch công chức chức danh lãnh đạo, quản lý².

¹ Thanh Tuấn (2018), *Thanh Hóa: Nhiều trường hợp bổ nhiệm sai quy định*, Báo Người lao động, <https://nld.com.vn/thoi-su/thanh-hoa-nhieu-truong-hop-bo-nhiem-sai-quy-dinh-20181019231705857.htm>, truy cập ngày 30/6/2019.

² Chu Thanh Vân (2019), *Kiến nghị thu hồi quyết định bổ nhiệm các trường hợp không đáp ứng ngạch*

Trong phạm vi nội dung này, một sai phạm có thể dễ thấy nữa là “*chưa bỏ nhiệm vào ngạch chuyên viên chính trước khi bổ nhiệm vào chức danh lãnh đạo, quản lý*”³.

*Thứ ba, chưa đảm bảo việc sắp xếp lại ngạch đối với công chức lãnh đạo có vị trí việc làm phù hợp với ngạch đang hưởng*⁴.

*Thứ tư, chưa xét chuyển từ ngạch viên chức sang ngạch công chức trước khi bổ nhiệm vào chức danh lãnh đạo, quản lý*⁵.

*Thứ năm, chưa xét chuyển từ ngạch công chức cấp xã sang công chức cấp tỉnh trước khi bổ nhiệm vào chức danh lãnh đạo, quản lý*⁶.

Có thể thấy, bổ nhiệm vào ngạch công chức không chỉ có quan hệ gắn bó với chế độ xếp lương cho công chức, mà còn quan hệ gắn bó mật thiết với công tác bổ nhiệm

công chức, <https://bnews.vn/kien-nghi-thu-hoi-quyet-dinh-bo-nhiem-cac-truong-hop-khong-dap-ung-ngach-h-cong-chuc/111445.html>, truy cập ngày 30/6/2019.

³ Thu Hằng (2017), *Gia Lai: Bổ nhiệm gần 300 công chức lãnh đạo thiếu tiêu chuẩn*, <https://vietnamnet.vn/vn/thoi-su/gia-lai-bo-nhiem-gan-300-cong-chuc-lanh-dao-thieu-tieu-chuan-394063.html>, truy cập ngày 30/6/2019.

⁴ Thế Kha (2018), *Phát hiện nhiều vi phạm trong tuyển dụng, bổ nhiệm công chức ở Bắc Ninh*, <https://dantri.com.vn/xa-hoi/phat-hien-nhieu-vi-pham-trong-tuyen-dung-bo-nhiem-cong-chuc-o-bac-ninh-20180703113535077.htm>, truy cập ngày 30/6/2019.

⁵ Lam Sơn (2018), *Nhiều phó phòng ở Thanh Hoá mất chức do bổ nhiệm sai quy trình*, <https://vnexpress.net/thoi-su/nhieu-pho-phong-o-thanh-hoa-mat-chuc-do-bo-nhiem-sai-quy-trinh-3806488.html>, truy cập ngày 30/6/2019.

⁶ Đức Sơn (2018), *Vĩnh Long: Bổ nhiệm 69 công chức lãnh đạo thiếu tiêu chuẩn*, <http://daidoanket.vn/dieu-tra/vinh-long-bo-nhiem-69-cong-chuc-lanh-dao-thieu-tieu-chuan-tintuc415985>, truy cập ngày 20/6/2019; Thông tấn xã Việt Nam (2017), *Ninh Thuận: 53 lãnh đạo, quản lý không đáp ứng đủ tiêu chuẩn vẫn được bổ nhiệm*, <https://vtv.vn/vtv8/ninh-thuan-53-lanh-dao-quan-ly-khong-dap-ung-du-tieu-chuan-van-duoc-bo-nhiem-2017102514454806.htm>, truy cập ngày 30/6/2019.

công chức giữ chức vụ lãnh đạo quản lý. Do đó, khi xây dựng chế định về bổ nhiệm ở địa phương cần có sự quan tâm nhất định đến mối quan hệ với bổ nhiệm ngạch công chức để tránh những sai phạm. Để giải quyết những sai phạm này trong thực tiễn áp dụng pháp luật tại các địa phương, theo chúng tôi, khi ban hành văn bản hướng dẫn, các địa phương cần bổ sung các điều kiện về ngạch công chức đối với việc bổ nhiệm công chức nhà nước cấp tỉnh nói riêng và nhân sự bộ máy nhà nước cấp tỉnh nói chung. Theo đó, cần bổ sung năm điều kiện về ngạch công chức làm nền tảng như sau:

“Quy định điều kiện về ngạch công chức khi bổ nhiệm công chức giữ chức vụ lãnh đạo, quản lý:

1. *Đảm bảo đủ thời gian giữ ngạch công chức khi bổ nhiệm.*

2. *Đảm bảo ngạch công chức bằng hoặc cao hơn so với tiêu chuẩn ngạch công chức chức danh lãnh đạo, quản lý.*

3. *Đảm bảo việc sắp xếp lại ngạch đối với công chức lãnh đạo có vị trí việc làm phù hợp với ngạch đang hưởng.*

4. *Phải xét chuyển ngạch của ngành chuyên môn khác có cùng thứ bậc về chuyên môn, nghiệp vụ sang ngạch công chức trước khi bổ nhiệm vào chức danh lãnh đạo, quản lý.*

5. *Phải xét chuyển từ ngạch công chức cấp xã sang công chức cấp huyện trở lên trước khi bổ nhiệm vào chức danh lãnh đạo, quản lý”.*

2. Về tiêu chuẩn chức danh bổ nhiệm công chức giữ một chức vụ lãnh đạo, quản lý trong cơ quan nhà nước cấp tỉnh

Chức danh trong bộ máy hành chính cấp tỉnh là một dạng vị trí việc làm công chức trong cơ quan nhà nước cấp tỉnh và

thực hiện một công vụ nhất định. Tuy nhiên, khác với công chức trong cơ quan nhà nước thông thường, chức danh trong bộ máy hành chính cấp tỉnh là những vị trí mà công chức nắm giữ việc lãnh đạo, quản lý trong một phạm vi chuyên môn nhất định ở cấp tỉnh. Đối chiếu với các văn bản hiện hành của Nhà nước, hiện chưa có quy định nào điều chỉnh “*tiêu chuẩn về chức danh để bổ nhiệm công chức*” nói chung và “*tiêu chuẩn về chức danh để bổ nhiệm công chức trong cơ quan nhà nước cấp tỉnh*” nói riêng. Xét về mối quan hệ giữa Nhà nước và tổ chức Đảng trong phạm vi công tác nhân sự, công chức lãnh đạo, quản lý trong bộ máy nhà nước cũng đồng thời là đối tượng thuộc diện phân cấp quản lý của Đảng, bởi trước hết họ phải là đảng viên Đảng Cộng sản. Do đó, tiêu chuẩn về chức danh nên được xây dựng từ “*cái gốc*” bởi tổ chức Đảng và từ đó cơ quan hành chính vận dụng xây dựng phù hợp với công chức trong cơ quan nhà nước do mình quản lý.

Có thể thấy, hiện nay Quy định số 89-QĐ/TW ngày 04/8/2017 của Ban Chấp hành Trung ương đã có quy định về khung tiêu chuẩn chức danh, làm định hướng cho khung tiêu chí đánh giá công chức lãnh đạo, quản lý các cấp. Đây là văn bản đã góp phần đảm bảo “*cái gốc*”, làm cơ sở đánh giá được năng lực, phẩm chất của công chức lãnh đạo chính xác hơn trong quá trình quy hoạch, bổ nhiệm công chức. Nó vừa tạo động lực, niềm tin và đánh giá chuẩn xác nỗ lực, phấn đấu của công chức, cũng như ngăn chặn được những đối tượng cơ hội, tham chức tham quyền luồn lách, chạy chọt để “*lọt*” vào bộ máy lãnh đạo của Đảng và Nhà nước⁷. Tại Mục I Quy định số 89-

QĐ/TW ngày 04/8/2017 đã có quy định rõ ràng về khung tiêu chuẩn chức danh cán bộ lãnh đạo, quản lý áp dụng chung gồm có 05 thành phần như sau: (1) Về chính trị tư tưởng; (2) Về đạo đức, lối sống, ý thức tổ chức kỷ luật; (3) Về trình độ; (4) Về năng lực và uy tín; (5) Về sức khỏe, độ tuổi và kinh nghiệm. Trong đó, có thể chia năm thành phần này thành hai dạng là: (i) Dạng có thể chứng minh được bằng các tài liệu khách quan, gồm: Về trình độ; về năng lực và uy tín; về sức khỏe, độ tuổi và kinh nghiệm; (ii) Dạng thuộc về yếu tố chủ quan của chủ thể đánh giá người công chức để bổ nhiệm, gồm: Về chính trị tư tưởng; về đạo đức, lối sống, ý thức tổ chức kỷ luật.

Theo thống kê của nhóm tác giả, thực tế hiện nay, đa phần những sai phạm bổ nhiệm công chức trong cơ quan hành chính cấp tỉnh rơi vào dạng (i) có thể chứng minh được bằng các tài liệu khách quan. Cụ thể là các sai phạm về điều kiện, tiêu chuẩn về chức danh ở các thành phần về: Tiêu chuẩn bồi dưỡng kiến thức quản lý nhà nước, chuyên môn nghiệp vụ. Nhóm tác giả xin dẫn một số ví dụ về những sai phạm trên thực tế được Thanh tra Bộ Nội vụ phát hiện như sau:

Một là, thiếu tiêu chuẩn trình độ lý luận chính trị^{8,9}.

Hai là, thiếu chứng chỉ ngoại ngữ, chứng chỉ tin học, chứng chỉ quản lý nhà nước và trình độ đại học chuyên môn^{10,11,12}.

tiến bộ, hợp lòng dân, Tạp chí Cộng sản, <http://www.tapchicongsan.org.vn/Home/Quan-triet-thuc-hien-nghi-quyet-dai-hoi-dang-XII/2017/46494/Khung-tieu-chuan-chuc-danh-tieu-chi-danh-gia-can-bo.aspx>, truy cập ngày 30/6/2019.

⁸ Thu Hằng (2017), *tlđđ*.

⁹ Chu Thanh Vân (2019), *tlđđ*.

¹⁰ Chu Thanh Vân (2019), *tlđđ*.

¹¹ An Nhiên (2018), *Phát hiện hàng loạt sai phạm trong công tác cán bộ tại Cần Thơ*, Báo An ninh Thủ

⁷ Thông tấn xã Việt Nam (2017), *Khung tiêu chuẩn chức danh, tiêu chí đánh giá cán bộ - Một quyết định*

Ba là, thiếu tiêu chuẩn bồi dưỡng nghiệp vụ quản lý lĩnh vực^{13,14}.

Bốn là, về thực trạng thiếu tiêu chuẩn Chứng chỉ nghiệp vụ cấp sở, phòng theo quy định của Ủy ban nhân dân (UBND) tỉnh¹⁵.

Với thực trạng đó, những giải pháp tạm thời mà Thanh tra Bộ Nội vụ kiến nghị lãnh đạo các tỉnh có sai phạm chỉ đạo các cơ quan, tổ chức khắc phục, bao gồm: (i) Rà soát điều kiện, tiêu chuẩn chức danh, trình tự, thủ tục đối với các trường hợp bổ nhiệm giữ chức vụ lãnh đạo, quản lý; (ii) Khẩn trương lập kế hoạch bồi dưỡng đối với các công chức còn thiếu các chứng chỉ bồi dưỡng theo tiêu chuẩn chức vụ lãnh đạo, quản lý và yêu cầu hoàn thành trong thời gian nhất định¹⁶; (iii) Nếu quá thời hạn vẫn không đáp ứng đầy đủ thì bố trí, sắp xếp lại chức danh lãnh đạo, quản lý thì không xem xét bổ nhiệm lại hoặc miễn nhiệm chức danh lãnh đạo¹⁷; (iv) Lập kế hoạch cử công chức đi đào tạo, bồi dưỡng để đảm bảo việc đáp ứng tiêu chuẩn chức danh công chức theo quy định trước khi tiến hành bổ nhiệm chức danh lãnh đạo, quản lý¹⁸; (v) Miễn nhiệm chức danh lãnh đạo đối với các công chức không đáp ứng trình độ đại học¹⁹.

Nhóm tác giả cho rằng, việc để xảy ra tình trạng thiếu các thành phần tiêu chuẩn về chức danh bổ nhiệm công chức giữ một chức vụ lãnh đạo, quản lý trong cơ quan

nhà nước cấp tỉnh xuất phát từ nguyên nhân sâu xa là chính quyền cấp tỉnh thiếu quan tâm đến công tác bồi dưỡng cho công chức trước khi bổ nhiệm vào vị trí chức danh lãnh đạo, quản lý. Để giải quyết những bất cập này, thiết nghĩ, về lâu dài, chính quyền cấp tỉnh cần đẩy mạnh và nâng cao chất lượng hoạt động bồi dưỡng trước khi bổ nhiệm công chức giữ một chức vụ lãnh đạo, quản lý trong cơ quan nhà nước cấp tỉnh. Đảm bảo đúng yêu cầu đề ra của Thủ tướng Chính phủ là “đến hết năm 2021, 100% cán bộ, công chức phải bồi dưỡng đáp ứng tiêu chuẩn chức vụ lãnh đạo, quản lý trước khi được bổ nhiệm, bổ nhiệm lại”²⁰. Để thực hiện tốt yêu cầu này, chính quyền địa phương cần chú trọng các khâu trọng tâm sau:

Một là, rà soát trong toàn bộ máy chính quyền địa phương các đối tượng là công chức đã được bổ nhiệm chức vụ lãnh đạo, quản lý mà chưa hoàn thiện các tiêu chuẩn về bồi dưỡng (về lý luận chính trị, kiến thức quản lý nhà nước, và cả chuyên ngành quản lý theo đặc thù của địa phương...) để lập danh sách và có kế hoạch bồi dưỡng, đáp ứng điều kiện. Việc này không chỉ là cách khắc phục sai sót trong công tác bố trí, sử dụng nhân sự tại địa phương, mà còn giúp địa phương có những giải trình kịp thời khi thanh tra của Bộ Nội vụ thực hiện kiểm tra.

Hai là, trong kế hoạch đào tạo bồi dưỡng cho các đối tượng là công chức đã được bổ nhiệm chức vụ lãnh đạo, quản lý mà chưa hoàn thiện các tiêu chuẩn về bồi dưỡng, nên có thời hạn buộc hoàn thành học bồi dưỡng để công chức nghiêm túc học tập

đô, <https://anninhthudo.vn/chinh-tri-xa-hoi/phat-hien-hang-loat-sai-pham-trong-cong-tac-can-bo-tai-can-tho/786432.antd>, truy cập ngày 30/6/2019.

¹² Thu Hằng (2017), *tlđđ*.

¹³ Chu Thanh Vân (2019), *tlđđ*.

¹⁴ Thu Hằng (2017), *tlđđ*.

¹⁵ Chu Thanh Vân (2019), *tlđđ*.

¹⁶ An Nhiên (2018), *tlđđ*.

¹⁷ Thu Hằng (2017), *tlđđ*.

¹⁸ Chu Thanh Vân (2019), *tlđđ*.

¹⁹ Thu Hằng (2017), *tlđđ*.

²⁰ Khoản b Điều 1 Chỉ thị số 28/CT-TTg ngày 18/9/2018 của Thủ tướng Chính phủ về Đẩy mạnh bồi dưỡng trước khi bổ nhiệm chức vụ lãnh đạo, quản lý đối với cán bộ, công chức, viên chức.

và hoàn thiện các tiêu chuẩn còn thiếu. Tuy hiện chưa có văn bản quy phạm pháp luật nào đề cập về thời hạn yêu cầu buộc hoàn thành học bồi dưỡng cho các đối tượng này, nhưng trên thực tế một số kết luận thanh tra của Bộ Nội vụ thường đề nghị là 06 tháng kể từ ngày ban hành kết luận thanh tra (Ví dụ: Kết luận thanh tra tại Vĩnh Long và Ninh Thuận)²¹. Do đó, địa phương cần lưu ý bổ sung trong thời hạn 06 tháng kể từ thời điểm có kết luận thiếu các tiêu chuẩn công chức đã được bổ nhiệm chức vụ lãnh đạo, quản lý, công chức, để buộc phải hoàn thành việc học bồi dưỡng. Chính quyền địa phương cũng nên bổ sung thời hạn này vào trong các văn bản công tác nhân sự do địa phương ban hành.

Ba là, về xử lý hệ quả đối với công chức lãnh đạo, quản lý đương chức không đủ tiêu chuẩn, điều kiện mà không thể hoàn thành việc học bồi dưỡng và nộp chứng chỉ để bổ sung. Khoản 5 Điều 41 Nghị định số 24/2010/NĐ-CP quy định về tuyển dụng, sử dụng và quản lý công chức chỉ quy định đối với: “*Công chức lãnh đạo, quản lý khi hết thời hạn bổ nhiệm mà không đủ tiêu chuẩn, điều kiện để được bổ nhiệm*” thì hệ quả xử lý là “*cơ quan có thẩm quyền bố trí, phân công công tác khác*”. Đối với: “*Công chức lãnh đạo, quản lý đương chức không đủ tiêu chuẩn, điều kiện mà không thể hoàn thành việc học bồi dưỡng và nộp chứng chỉ để bổ sung*” thì không quy định hệ quả xử lý như thế nào? Trên thực tế, một số kết luận thanh tra của Bộ Nội vụ cũng thường đề nghị nếu “*công chức lãnh đạo, quản lý đương chức không đủ tiêu chuẩn, điều kiện*” mà quá hạn bắt buộc phải hoàn thành việc học bồi dưỡng nhưng vẫn không đáp ứng thì “*thu hồi quyết định bổ nhiệm*” (Ví

dụ: Kết luận thanh tra tại Vĩnh Long, Ninh Thuận, Cần Thơ)²²; “*hoặc bố trí công tác khác phù hợp*” (Ví dụ: Kết luận thanh tra tại Quảng Trị)²³. Do đó, địa phương cũng cần lưu ý hệ quả này để bổ sung vào trong các văn bản công tác nhân sự do địa phương ban hành. Điều này vừa đảm bảo tính nghiêm túc đối với người công chức, vừa tạo cơ sở áp dụng pháp luật xử lý công chức vi phạm.

3. Về thời gian và trình tự bổ nhiệm công chức giữ một chức vụ lãnh đạo, quản lý trong cơ quan nhà nước cấp tỉnh

Thứ nhất, thời gian làm quy trình bổ nhiệm công chức giữ một chức vụ lãnh đạo, quản lý trong cơ quan nhà nước cấp tỉnh chưa phù hợp. Có thể nhận thức rằng, việc xác định thời gian bắt đầu làm quy trình bổ nhiệm là một điểm lưu ý trong toàn bộ hoạt động bổ nhiệm công chức cơ quan nhà nước cấp tỉnh. Bởi nếu không đảm bảo về mặt thời gian làm quy trình sẽ dẫn đến những sai phạm đáng tiếc về mặt kỹ thuật trong công tác bố trí nhân sự ở chính quyền địa phương.

Theo khoản 1 Điều 10 Quyết định số 27/2003/QĐ-TTg ngày 19/02/2003 về việc ban hành quy chế bổ nhiệm, bổ nhiệm lại, luân chuyển, từ chức, miễn nhiệm cán bộ, công chức lãnh đạo, thời điểm bắt đầu quy trình xem xét bổ nhiệm lại như sau: “*Cán bộ, công chức lãnh đạo được bổ nhiệm trước khi Quy chế này có hiệu lực, nếu đã có thời gian giữ chức vụ từ đủ 5 năm trở lên (tính từ khi có quyết định bổ nhiệm)*”

²² Xem: Đức Sơn (2018), *tlđđ*; Thông tấn xã Việt Nam (2017), *tlđđ*; An Nhiên (2018), *tlđđ*.

²³ Chu Thanh Vân (2018), *Nhiều sai phạm trong tuyển dụng, bổ nhiệm cán bộ, công chức tại Quảng Trị*, <http://quangtri.tintuc.vn/tin-tuc/nhieu-sai-pham-trong-tuyen-dung-bo-nhiem-can-bo-cong-chuc-tai-quang-tri.html>, truy cập ngày 30/6/2019.

²¹ Đức Sơn (2018), *tlđđ*.

đều phải tiến hành xem xét bổ nhiệm lại” hoặc bổ nhiệm người mới thay thế (khoản 2 và khoản 3 Điều 51 LCBCCC năm 2008). Thế nhưng, tại khoản 3 Điều 44 Nghị định số 24/2010/NĐ-CP có quy định khác về thời điểm xem xét bổ nhiệm lại, nghĩa là không phải từ thời điểm hết thời hạn 5 năm giữ chức vụ nữa mà là: “a) **Chậm nhất là 90 ngày trước ngày hết thời hạn bổ nhiệm, cơ quan quản lý công chức phải tiến hành quy trình bổ nhiệm lại...**”. Như vậy, tồn tại sự mâu thuẫn ở 02 quy định trên khiến cho địa phương lúng túng khi cụ thể hóa và áp dụng pháp luật; không xác định rõ thời điểm nào mới là bắt đầu quy trình bổ nhiệm, là thời điểm hết “*thời gian giữ chức vụ từ đủ 5 năm trở lên (tính từ khi có quyết định bổ nhiệm)*” hay phải là thời điểm “*chậm nhất là 90 ngày trước ngày hết thời hạn bổ nhiệm*”?

Chính vì bất cập này dẫn đến tình trạng một số tỉnh sai phạm về thời gian làm quy trình bổ nhiệm²⁴.

Do đó, để khắc phục sự chông chéo trong quy định hiện hành về vấn đề này, theo nhóm tác giả, Chính phủ cần rà soát các nội dung chưa thực sự phù hợp, đồng thời cần bãi bỏ hoặc quy định lại nội dung tại khoản 1 Điều 10 Quyết định số 27/2003/QĐ-TTg theo hướng tách thành hai thời hạn bắt đầu thực hiện quy trình bổ nhiệm: (i) Nếu như công chức lãnh đạo đảm bảo tiêu chuẩn điều kiện để bổ nhiệm lại thì thời hạn bắt đầu thực hiện quy trình bổ nhiệm là “*chậm nhất là 90 ngày trước ngày hết thời hạn bổ nhiệm*”; (ii) Nếu bổ

nhiệm người mới thay thế thì tại thời điểm “*hết thời gian giữ chức vụ*” của công chức lãnh đạo hiện tại, sẽ bắt đầu thực hiện quy trình bổ nhiệm người mới thay thế, nhưng không quá 90 ngày. Điều này mang lại ưu điểm là vừa đảm bảo tính chuyển tiếp chức vụ mà không ảnh hưởng đến hoạt động chuyên môn tổ chức, vừa mang tính mở về thời gian cho đơn vị được giao thực hiện quy trình bổ nhiệm.

Thứ hai, bất cập trong một số khâu của trình tự bổ nhiệm công chức giữ một chức vụ lãnh đạo, quản lý trong cơ quan nhà nước cấp tỉnh. Hiện nay, pháp luật có sự điều chỉnh chặt chẽ về trình tự bổ nhiệm công chức và ở địa phương cũng ban hành đầy đủ các văn bản hướng dẫn. Tuy nhiên, có quan điểm cho rằng: Quy trình nhân sự có thể đúng, nhưng đầu vào nhân sự không đủ tiêu chuẩn. Nhờ vào quy trình ấy mà hạ tiêu chuẩn bổ nhiệm công chức, nên họ được thông qua việc bổ nhiệm và sau đó hợp thức hóa tiêu chuẩn sau²⁵, thậm chí bỏ lọt nhân sự có năng lực yếu kém nhiều sai phạm trong quản lý²⁶. Điều này không tạo ra sự công tâm khách quan trong tiêu chuẩn về công chức mà hướng tới đạt sự mong muốn của người làm công tác nhân sự²⁷.

²⁵ Thu Hằng (2017), *Cả họ làm quan: Bổ nhiệm kiểu “gọt chân cho vừa giày”*, <https://vietnamnet.vn/vn/thoi-su/chong-tham-nhung/ca-ho-lam-quan-bo-nhiem-kieu-got-chan-cho-vua-giay-376559.html#inner-article>, truy cập ngày 30/6/2019.

²⁶ Hương Quỳnh (2017), *Sửa luật để tránh bổ nhiệm đúng quy trình vẫn lọt cán bộ kém*, <https://vietnamnet.vn/vn/thoi-su/quoc-hoi/sua-luat-de-tranh-bo-nhiem-dung-quy-trinh-van-lot-can-bo-kem-375863.html#inner-article>, truy cập ngày 30/6/2019.

²⁷ Nhận định của Chủ tịch Quốc hội Nguyễn Thị Kim Ngân. Xem: Chung Hoàng - Phạm Hải (2016), *Bổ nhiệm đúng quy trình nhưng có thể không đúng tiêu chuẩn*, <https://vietnamnet.vn/vn/thoi-su/quoc-hoi/bo-nhiem-dung-quy-trinh-nhung-co-the-khong-tieu-chuan>.

²⁴ Xuân Thắng (2017), *Chủ tịch tỉnh Cao Bằng: Sai sót trong tuyển công chức là chuyện rất bình thường!*, <http://giadinh.net.vn/xa-hoi/chu-tich-tinh-cao-bang-sai-sot-trong-tuyen-cong-chuc-la-chuyen-rat-binh-thuong-20170210092955976.htm>, truy cập ngày 30/6/2019.

Theo nhóm tác giả, quan điểm này hoàn toàn đúng và có cơ sở. Bởi qua rà soát thực tiễn cho thấy, tồn tại nhiều sai phạm về trình tự bổ nhiệm công chức giữ một chức vụ lãnh đạo, quản lý trong cơ quan nhà nước cấp tỉnh. Trong đó, có thể khái quát thành 04 khâu thường xuyên vướng mắc như sau:

Một là, sai phạm về quy hoạch công chức trong cơ quan nhà nước cấp tỉnh để bổ nhiệm vào chức vụ lãnh đạo, quản lý. Quy hoạch không chỉ là bước đầu tiên, không thể thiếu trong công tác bổ nhiệm công chức giữ một chức vụ lãnh đạo, quản lý ở cơ quan nhà nước cấp tỉnh, mà còn là khâu đầu tiên để rà soát lại các tiêu chuẩn về chức danh, tiêu chuẩn ngạch đối với đối tượng quy hoạch. Việc đảm bảo thực hiện chuẩn xác công tác quy hoạch nhân sự là nhằm phát hiện những công chức đáp ứng các tiêu chuẩn để bổ nhiệm và công chức chưa đáp ứng các tiêu chuẩn để lập kế hoạch đưa đi bồi dưỡng. Nó không chỉ hạn chế rất nhiều sai sót cho công tác bổ nhiệm công chức ở địa phương khi đến thời điểm thẩm định hồ sơ bổ nhiệm công chức, mà còn đáp ứng yêu cầu của Thủ tướng Chính phủ trong việc “*gắn quy hoạch với bồi dưỡng theo tiêu chuẩn chức danh*”²⁸. Dĩ nhiên, thời gian từ khi danh sách quy hoạch được phê chuẩn cho đến khi đối tượng được xem xét bổ nhiệm sẽ khá dài, nên công chức đang còn thiếu tiêu chuẩn chức danh được nằm trong diện lưu ý và buộc phải hoàn thiện tiêu chuẩn bồi dưỡng còn thiếu trước khi họ được bổ nhiệm.

Tuy nhiên, thực tế cho thấy, công tác

dung-tieu-chuan-317233.html#inner-article, truy cập ngày 30/6/2019.

²⁸ Khoản b Điều 2 Chi thị số 28/CT-TTg ngày 18/9/2018 của Thủ tướng Chính phủ về Đẩy mạnh bồi dưỡng trước khi bổ nhiệm chức vụ lãnh đạo, quản lý đối với cán bộ, công chức, viên chức.

nhân sự ở các địa phương mặc dù có tiến hành quy hoạch, nhưng việc thực hiện quy hoạch ở một số ngành, địa phương còn lúng túng khi có yêu cầu bổ nhiệm hoặc thay thế; việc bố trí, sử dụng nhân sự có lúc, có nơi thiếu hợp lý, sai quy trình, thủ tục²⁹. Nguyên nhân là do việc thực hiện công tác quy hoạch nhiệm kỳ và rà soát quy hoạch hằng năm ở cấp tỉnh chưa được chú trọng. Công chức đảm bảo điều kiện để quy hoạch còn hạn chế, dẫn đến tư tưởng ngại triển khai quy hoạch. Thêm vào đó, một bộ phận người đứng đầu cơ quan hành chính cố tình trì hoãn quy hoạch để bố trí người thân hoặc nhóm lợi ích vào vị trí quy hoạch. Đơn cử trường hợp tại Hậu Giang và Cà Mau, trong giai đoạn từ ngày 01/01/2015 – ngày 31/12/2017, phát hiện UBND tỉnh Hậu Giang bổ nhiệm 31 lãnh đạo thiếu tiêu chuẩn, trong đó có 01 trường hợp thuộc thẩm quyền bổ nhiệm của thủ trưởng cơ quan, đơn vị được bổ nhiệm nhưng không nằm trong nguồn quy hoạch³⁰. Còn tại Cà Mau, từ ngày 01/6/2012 – ngày 30/6/2018, trên địa phương phát hiện 77 trường hợp bổ nhiệm không đúng quy định, trong đó có 06 trường hợp được bổ nhiệm khi chưa có trong danh sách quy hoạch được phê duyệt. Theo đó, UBND tỉnh Cà Mau đã thực hiện hủy quyết định bổ nhiệm những trường hợp bổ nhiệm không đúng quy trình và không có quy hoạch nêu trên³¹.

²⁹ Báo cáo số 535/BC-UBTVQH13 ngày 22/10/2013 của Ủy ban Thường vụ Quốc hội về Kết quả giám sát việc thực hiện chính sách, pháp luật trong công tác tuyển dụng, đào tạo, bổ nhiệm đối với đội ngũ cán bộ, công chức, viên chức, tr. 14.

³⁰ Phương Anh (2019), *Hậu Giang: 31 trường hợp thiếu tiêu chuẩn... vẫn được bổ nhiệm*, <http://truongcanbothanhtra.gov.vn/tin-nganh-thanhtra/2220-hau-giang-31-truong-hop-thieu-tieu-chuan-van-duoc-bo-nhiem.html>, truy cập ngày 30/8/2019.

³¹ G.H.Yến (2018), *6 năm bổ nhiệm hơn 70 lãnh đạo cấp phòng không đúng quy định*, <https://dantri.com>.

Hai là, thiếu quy trình thống nhất ý kiến với cấp trên. Do đặc thù của ngành và triết lý tạo sự độc lập trong công tác thanh tra, pháp luật về thanh tra quy định thủ tục: Trước khi người có thẩm quyền ra quyết định bổ nhiệm Chánh thanh tra tỉnh thì phải có sự thống nhất ý kiến với cấp trên của ngành thanh tra (theo ngành dọc). Cụ thể, theo khoản 2 Điều 3 Thông tư liên tịch số 03/2014/TTLT-TTCT-BNV ngày 08/9/2014 của Tổng Thanh tra Chính phủ - Bộ trưởng Bộ Nội vụ hướng dẫn chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của thanh tra tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương, thanh tra huyện, quận, thị xã, thành phố thuộc tỉnh quy định về Chánh thanh tra tỉnh như sau: “2. (...) Việc bổ nhiệm, bổ nhiệm lại Chánh Thanh tra tỉnh do Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh quyết định theo tiêu chuẩn chuyên môn, nghiệp vụ do Thanh tra Chính phủ ban hành và sau khi thống nhất với Tổng Thanh tra Chính phủ(...)”. Tuy những quy định hiện nay khá rõ ràng cụ thể, nhưng có địa phương chưa thực hiện đúng trình tự này dẫn đến sai phạm³².

Ba là, thiếu các thành phần thể hiện quy trình bổ nhiệm. Về nguyên tắc, trình tự các bước thực hiện bổ nhiệm công chức lãnh đạo cấp tỉnh phải được phản ánh bằng văn bản, hay đơn (gọi chung là tài liệu), và phải được lưu trữ theo quy định. Các tài liệu này không chỉ phục vụ việc tập hợp, lưu trữ hồ sơ quản lý công chức lãnh đạo nói riêng, công chức nói chung (Điều 4 Thông tư số 11/2012/TT-BNV)³³, mà còn phục vụ cho

công tác thanh tra, kiểm tra của cấp trên. Thực tế, một số địa phương dành sự quan tâm đặc biệt và ban hành văn bản riêng quy định về công tác này. Ví dụ, Chủ tịch UBND tỉnh Lai Châu ban hành Quyết định số 48/2017/QĐ-UBND ngày 18/9/2017 về Ban hành quy chế quản lý hồ sơ cán bộ, công chức, viên chức trong các cơ quan, tổ chức, đơn vị tỉnh Lai Châu. Một số địa phương khác thì lồng ghép thành phần hồ sơ bổ nhiệm vào trong văn bản về quy chế bổ nhiệm tạo thuận lợi trong việc chuẩn hóa các thành phần tài liệu bổ nhiệm. Chẳng hạn, tại Quyết định số 427/QĐ-UBND ngày 19/5/2017 của Chủ tịch UBND tỉnh Kon Tum về ban hành quy chế bổ nhiệm, bổ nhiệm lại, luân chuyển, từ chức, miễn nhiệm đối với công chức, viên chức thuộc diện UBND tỉnh quản lý, khoản 3 Điều 4 có quy định các thành phần trong hồ sơ bổ nhiệm và khoản 3 Điều 5 có quy định các thành phần trong hồ sơ bổ nhiệm lại.

Tuy nhiên, một số tỉnh khác, công tác này vẫn chưa được chú trọng, dẫn đến nhiều sai sót trong việc thiếu các thành phần thể hiện quy trình bổ nhiệm. Cụ thể là, ở tỉnh Gia Lai, tại thời điểm thanh tra giai đoạn từ năm 2014 đến ngày 31/3/2017, có sai sót về trình tự bổ nhiệm, bổ nhiệm lại công chức lãnh đạo còn một số hồ sơ bổ nhiệm không có tài liệu thể hiện việc đề nghị và phê duyệt chủ trương bổ nhiệm, tờ trình của bộ phận³⁴... Còn tại tỉnh Bắc Ninh, thanh tra Bộ Nội vụ phát hiện giai đoạn từ ngày 1/1/2016 đến ngày 31/12/2017, có 20 lượt không có tờ trình, đề nghị bổ nhiệm của đơn vị tham mưu công tác tổ chức nhân sự³⁵.

vn/xa-hoi/6-nam-bo-nhiem-hon-70-lanh-dao-cap-phong-khong-dung-quy-dinh-20181201205834944.htm, truy cập ngày 30/6/2019.

³² An Nhiên (2018), *tlđđ*.

³³ Điều 4 Thông tư số 11/2012/TT-BNV ngày 17/12/2012 của Bộ trưởng Bộ Nội vụ quy định về

chế độ báo cáo thống kê và quản lý hồ sơ công chức quy định về Hồ sơ và hồ sơ gốc của công chức.

³⁴ Thu Hằng (2017), *tlđđ*.

³⁵ Thế Kha (2018), *tlđđ*.

Tóm lại, có thể thấy, khung pháp lý về trình tự và thủ tục bổ nhiệm được trung ương ban hành khá đầy đủ. Tuy nhiên, trên thực tế vẫn còn nhiều sai phạm và nguyên nhân nằm ở 03 vấn đề trọng tâm là: (i) Năng lực đội ngũ tham mưu công tác bổ nhiệm công chức giữ một chức vụ lãnh đạo, quản lý và tham mưu xây dựng văn bản điều chỉnh quản lý, sử dụng nhân sự trong cơ quan nhà nước cấp tỉnh còn yếu kém; (ii) Thiếu vai trò cấp ủy Đảng trong chuỗi quy trình bổ nhiệm nhân sự; (ii) Thiếu các giải pháp ngăn ngừa bổ nhiệm sai nhân sự là công chức cơ quan nhà nước cấp tỉnh.

4. Về thời hạn ra quyết định bổ nhiệm công chức giữ một chức vụ lãnh đạo, quản lý trong cơ quan nhà nước cấp tỉnh

Thời gian làm quy trình bổ nhiệm và thời hạn ban hành quyết định bổ nhiệm là hai nội dung độc lập, nhưng có quan hệ mật thiết với nhau. Bởi khoản 3 Điều 44 Nghị định số 24/2010/NĐ-CP quy định rằng: “*b) Quyết định bổ nhiệm lại công chức giữ chức vụ lãnh đạo, quản lý phải được ban hành trước ít nhất 01 ngày làm việc, tính đến ngày hết thời hạn bổ nhiệm*”. Quy định trên lấy yếu tố “*ngày hết thời hạn bổ nhiệm*” là mốc thời điểm làm căn cứ buộc chủ thể có thẩm quyền ra quyết định bổ nhiệm, dẫn đến việc nếu chậm làm quy trình bổ nhiệm cũng sẽ làm chậm trễ việc ra quyết định bổ nhiệm.

Tuy nhiên, ở đây có sự mâu thuẫn với khoản 1 Điều 10 Quyết định số 27/2003/QĐ-TTg ngày 19/02/2003, lấy thời điểm bắt đầu quy trình xem xét bổ nhiệm lại là: “*nếu đã có thời gian giữ chức vụ từ đủ 5 năm trở lên (tính từ khi có quyết định bổ nhiệm) đều phải tiến hành xem xét bổ nhiệm lại*”. Như vậy, điểm chung của hai

quy định này là đều lấy mốc hết thời hạn bổ nhiệm (nghĩa là thời điểm hết thời hạn giữ chức vụ theo quyết định bổ nhiệm) để cùng một lúc phát sinh “*thời điểm bắt đầu quy trình xem xét bổ nhiệm lại*” và “*thời hạn ra quyết định bổ nhiệm*”. Điều này là bất hợp lý và trở nên mâu thuẫn với nhau. Bởi về nguyên tắc, quy trình thực hiện xem xét bổ nhiệm lại phải được thực hiện trước, và sau khi kết thúc quy trình này thì người có thẩm quyền mới ban hành quyết định bổ nhiệm lại. Do đó, không thể cùng một lúc “*hết thời hạn bổ nhiệm*” mà lại “*kích hoạt*” hai quy trình một lúc. Thêm điểm lưu ý nữa là khoản 3 Điều 44 Nghị định số 24/2010/NĐ-CP chỉ cho phép khoảng thời gian “*01 ngày làm việc, tính đến ngày hết thời hạn bổ nhiệm*” để buộc người có thẩm quyền ra quyết định bổ nhiệm lại. Nếu dựa vào 01 ngày đó, đơn vị làm công tác nhân sự không thể thực hiện chuỗi quy trình bổ nhiệm lại để người có thẩm quyền ban hành quyết định bổ nhiệm lại, điều này là hết sức phi lý.

Trên thực tế, chính những mâu thuẫn này dẫn đến sự lúng túng của địa phương khi áp dụng pháp luật và để xảy ra tình trạng sai phạm về thời hạn ban hành quyết định bổ nhiệm³⁶.

Do đó, để khắc phục sự mâu thuẫn của văn bản hiện hành, theo nhóm tác giả, cần bãi bỏ hoặc quy định lại nội dung tại khoản 1 Điều 10 Quyết định số 27/2003/QĐ-TTg theo hướng tách hai thời hạn khác nhau là: Thời hạn bắt đầu thực hiện quy trình bổ nhiệm (như đã đề xuất tại mục 3) và thời hạn ban hành quyết định bổ nhiệm lại được giữ nguyên theo khoản 3 Điều 44 Nghị định số 24/2010/NĐ-CP. Điều này vừa mang lại sự phù hợp hơn khi “*kích hoạt*”

³⁶ Thê Kha (2018), *ltd.*

hoạt động của hai bộ phận mang hai bản chất khác nhau ở hai thời điểm khác nhau, vừa đảm bảo phù hợp về mặt thời gian cho đơn vị được giao việc thực hiện quy trình bổ nhiệm.

5. Giải pháp hoàn thiện việc bổ nhiệm công chức giữ một chức vụ lãnh đạo, quản lý trong cơ quan nhà nước cấp tỉnh

Cấp tỉnh là bộ phận đóng vai trò quan trọng trong việc thực hiện các chủ trương chính sách của Đảng và Nhà nước, là cơ sở quản lý nguồn lực của đất nước trên mọi phương diện góp phần vào sự phát triển bền vững của đất nước. Chính vì thế, chính quyền cấp tỉnh vừa phải chú trọng xây dựng đề án đầy mạnh cải cách chế độ công chức trong toàn tỉnh, vừa phải tính toán đầy đủ những đặc thù của công chức trong các ngành để bổ nhiệm vào chức vụ lãnh đạo phù hợp. Để thực hiện tốt công tác đó, nhóm tác giả đề xuất một số giải pháp như sau:

Thứ nhất, chính quyền cấp tỉnh cần xây dựng một hệ thống ngạch bậc phù hợp với tính chất của các loại công việc trong hệ thống công vụ với bảng mô tả công việc cụ thể cho từng vị trí chức danh quản lý, lãnh đạo. Xuất phát từ yêu cầu tư duy pháp lý của hệ thống công chức Việt Nam là đang dần chuyển từ hệ thống công vụ chức nghiệp (*career system*) sang hệ thống công vụ việc làm (*job system*), nhằm thực hiện trên thực tế, nguyên tắc “*vì việc tìm người, không vì người tìm việc*”³⁷. Do đó, chính quyền cấp tỉnh cần xây dựng một hệ thống ngạch bậc phù hợp với tính chất của các loại công việc trong hệ thống công vụ với bảng mô tả công việc cụ thể cho từng vị trí công tác, với các yêu cầu về trình độ

chuyên môn, kỹ năng nghề nghiệp, đạo đức công vụ, quy trình thăng tiến và chế độ đãi ngộ. Bảng mô tả công việc cho từng vị trí công tác là căn cứ để tuyển chọn, giao việc, đánh giá, bổ nhiệm công chức, là cơ sở quản lý công chức cấp tỉnh theo phương thức hiện đại.

Thứ hai, chú trọng năng lực của đội ngũ tham mưu công tác bổ nhiệm công chức giữ một chức vụ lãnh đạo, quản lý trong cơ quan nhà nước cấp tỉnh. Trên thực tế, một trong các nguyên nhân dẫn đến sai phạm trong công tác bổ nhiệm công chức nhà nước ở các tỉnh lại xuất phát từ việc thiếu nghiêm túc và chặt chẽ của đơn vị tham mưu, tổ công tác. Trong đó, có một số hồ sơ thiếu bản kê khai tài sản, giấy khám sức khỏe, kê khai lý lịch theo mẫu 2C tại thời điểm bổ nhiệm³⁸. Do đó, để khắc phục tình trạng nêu trên, nhóm tác giả đề xuất, chính quyền cấp tỉnh cần xây dựng đội ngũ tham mưu nắm chắc các quy định, nhằm thẩm định chính xác đầy đủ và toàn diện điều kiện tiêu chuẩn, thời gian và độ tuổi công tác các ứng viên chuẩn bị bổ nhiệm. Ngoài ra, họ cũng cần nắm vững các kỹ thuật về ban hành văn bản bổ nhiệm, thẩm quyền ban hành quyết định và nắm vững về trình tự, thủ tục bổ nhiệm công chức giữ một chức vụ lãnh đạo, quản lý trong cơ quan nhà nước cấp tỉnh. Điều này là cần thiết nhằm tránh những sai sót không cần thiết về kỹ thuật hành chính trong công tác bổ nhiệm. Các thành viên phải là những công chức có trình độ, tinh thần trách nhiệm cao, năng động, sáng tạo, được trang bị kiến thức và kỹ năng tiến hành các quy trình bổ nhiệm bài bản, chuyên nghiệp, chính xác.

(Xem tiếp trang 84)

³⁷ Tạ Đình Thi, Khuất Hữu Vân (2000), *Đẩy mạnh cải cách chế độ công chức, công vụ*, Tạp chí Tài nguyên và Môi trường, kỳ 1, tháng 5/2013, tr. 11.

³⁸ An Nhiên (2018), *ltdđ*.

MỘT SỐ BẤT CẬP TRONG THỰC HIỆN QUY ĐỊNH “ĐẢM BẢO SỨC KHỎE ĐỂ HÀNH NGHỀ CÔNG CHỨNG” CỦA LUẬT CÔNG CHỨNG NĂM 2014

Nguyễn Huy Cường*

Tóm tắt: Bài viết phân tích các bất cập trong quá trình thực hiện quy định “đảm bảo sức khỏe để hành nghề công chứng” của Luật Công chứng năm 2014, qua đó, tác giả đề xuất một số kiến nghị hoàn thiện.

Abstract: The article analyzes practical shortcomings of the regulation on “being physically fit for notarial practice” in the Law on Notarization of 2014 and makes suggestions for legal improvement.

1. Quy định chung về sức khỏe để hành nghề của công chứng viên

Công chứng viên là một chức danh tư pháp, được Nhà nước trao quyền để thực hiện chức năng công chứng các hợp đồng, giao dịch thông qua tổ chức hành nghề công chứng. Trong hoạt động chuyên môn nghề nghiệp của mình, công chứng viên có trách nhiệm và nghĩa vụ phải đảm bảo tính hợp pháp, tính xác thực của hợp đồng, giao dịch; tính chính xác, hợp pháp, không trái đạo đức xã hội của bản dịch giấy tờ, văn bản từ tiếng Việt sang tiếng nước ngoài hoặc ngược lại¹. Để trở thành một công chứng viên, công dân Việt Nam phải đảm bảo đáp ứng được những điều kiện theo luật định. Bên cạnh các yêu cầu về trình độ chuyên môn, kinh nghiệm làm việc thì yếu tố không thể thiếu đó là sức khỏe và khả năng nhận thức trong quá trình hành nghề. Tuy nhiên, quy định về “đảm bảo sức khỏe để hành nghề công chứng” của Luật Công chứng năm 2014 hiện nay đang bộc lộ nhiều bất cập, hạn chế và chưa được hướng dẫn thi hành rõ ràng.

Nội dung quy định “đảm bảo sức khỏe hành nghề công chứng” đối với công chứng viên, trước hết cũng phải tuân thủ theo những quy định chung về điều kiện sức khỏe như đối với các ngành nghề khác và theo quy định của Bộ Y tế. Pháp luật hiện hành phân loại sức khỏe thành 05 loại, cụ thể: Loại I: Rất khỏe, Loại II: Khỏe; Loại III: Trung bình, Loại IV: Yếu và Loại V: Rất yếu². Để đánh giá và phân loại sức khỏe của một cá nhân nào đó thuộc loại nào sẽ được căn cứ vào các tiêu chuẩn phân loại sức khỏe theo quy định pháp luật. Theo đó, các tiêu chuẩn phân loại sức khỏe cũng sẽ được phân thành 05 cấp độ tương ứng với 05 loại cấp độ sức khỏe và bao gồm các tiêu chuẩn sau: Thẻ lực (cân nặng, chiều cao, vòng ngực), bệnh tật (mắt, tai mũi họng, răng hàm mặt, tâm thần – thần kinh, tuần hoàn, hô hấp, tiêu hóa, tiết niệu – sinh dục, hệ vận động, ngoài da – hoa liễu, nội tiết – chuyên hóa, u các loại)³. Căn cứ vào sự

* ThS., Công chứng viên tỉnh Trà Vinh.

¹ Khoản 1 Điều 2 Luật Công chứng năm 2014.

² Mục I Tiêu chuẩn ngành theo Quyết định số 1613/BYT-QĐ ngày 15/08/1997 của Bộ trưởng Bộ Y tế về việc ban hành “Tiêu chuẩn phân loại sức khỏe để khám tuyển, khám định kỳ” cho người lao động.

³ Mục II Tiêu chuẩn ngành theo Quyết định số 1613/BYT-QĐ ngày 15/08/1997 của Bộ trưởng Bộ

phân loại các chỉ số, mỗi cá nhân sẽ được phân loại sức khỏe: Loại I: Khi cả 13 chỉ số đều đạt loại I, Loại II: Khi chỉ cần có 1 chỉ số thấp nhất là loại II, Loại III: Khi chỉ cần có 1 chỉ số thấp nhất là loại III, Loại IV: Khi chỉ cần có 1 chỉ số thấp nhất là loại IV, và Loại V: Khi chỉ cần có 1 chỉ số thấp nhất là loại V⁴.

Bên cạnh việc phải đáp ứng những quy định chung về phân loại sức khỏe của Bộ Y tế, công chứng viên còn phải là những người luôn luôn trong trạng thái minh mẫn, sáng suốt, đảm bảo khả năng quan sát, nhận thức, làm chủ hành vi dân sự. Bởi lẽ, công chứng viên khi thực hiện nghiệp vụ công chứng phải thực hiện việc quan sát, đặt câu hỏi để đưa ra nhận định người yêu cầu công chứng khi giao kết hợp đồng, giao dịch có dấu hiệu bị đe dọa, cưỡng ép hay không. Bên cạnh việc quan sát, công chứng viên còn phải giải thích cho người yêu cầu công chứng hiểu rõ quyền, nghĩa vụ và lợi ích hợp pháp của họ, ý nghĩa và hậu quả pháp lý của việc tham gia hợp đồng, giao dịch. Đồng thời, công chứng viên còn phải kiểm tra dự thảo hợp đồng, giao dịch xem có điều khoản vi phạm pháp luật, trái đạo đức xã hội hay không, yêu cầu này đòi hỏi công chứng viên phải minh mẫn, ghi nhớ và am hiểu pháp luật. Nếu có sự nghi ngờ về năng lực hành vi dân sự của người yêu cầu công chứng, đối tượng của hợp đồng, giao dịch không phù hợp với quy định của pháp luật thì công chứng viên có quyền từ chối công

chứng⁵. Như vậy, trong hoạt động hành nghề của mình đòi hỏi bắt buộc công chứng viên phải luôn trong trạng thái tỉnh táo, minh mẫn, sáng suốt để thực hiện nghiệp vụ liên quan và thực hiện chức năng công chứng của mình.

Luật Công chứng năm 2014 hiện hành chỉ quy định mang tính chung chung là “đảm bảo sức khỏe hành nghề công chứng”, nhưng lại không xác định cụ thể sức khỏe như thế nào là có thể đảm bảo hành nghề, phải chăng chỉ cần căn cứ vào loại sức khỏe theo cách phân loại của Bộ Y tế? Tuy nhiên, theo tác giả, nếu chỉ căn cứ vào phân loại sức khỏe này để quy định người nào đó được hành nghề công chứng thì vẫn chưa đủ cơ sở vững chắc. Bởi lẽ, bên cạnh việc xác định sức khỏe theo những tiêu chuẩn thông thường, pháp luật cần có những quy định cá biệt, cụ thể về sức khỏe tâm thần của những người hành nghề công chứng.

2. Bất cập trong thực hiện quy định “đảm bảo sức khỏe để hành nghề công chứng”

Trong suốt quá trình hoạt động nghề nghiệp của mình, công chứng viên phải đảm bảo sức khỏe có thể làm việc, nhưng quan trọng nhất vẫn là sức khỏe trí óc và đảm bảo sự minh mẫn, sáng suốt để thực hiện chức năng công chứng theo quy định pháp luật. Vấn đề sức khỏe hành nghề của công chứng viên theo pháp luật hiện hành đã bộc lộ những bất cập ngay từ lúc xin bổ nhiệm làm công chứng viên và cả trong quá trình hoạt động hành nghề công chứng, cụ thể:

2.1. Bất cập khi làm thủ tục bổ nhiệm công chứng viên

Quy định về sức khỏe hành nghề của công chứng viên hiện nay được áp dụng đầu

Y tế về việc ban hành “Tiêu chuẩn phân loại sức khỏe để khám tuyển, khám định kỳ” cho người lao động.

⁴ Mục IV Tiêu chuẩn ngành theo Quyết định số 1613/BYT-QĐ ngày 15/08/1997 của Bộ trưởng Bộ Y tế về việc ban hành “Tiêu chuẩn phân loại sức khỏe để khám tuyển, khám định kỳ” cho người lao động.

⁵ Điều 40, 41 Luật Công chứng năm 2014.

tiên là khi làm thủ tục bổ nhiệm công chứng viên. Một trong những giấy tờ cần thiết trong bộ hồ sơ xin bổ nhiệm công chứng viên là giấy khám sức khỏe do cơ sở khám bệnh, chữa bệnh có thẩm quyền cấp, trong đó phần kết luận phải thể hiện nội dung: Đủ sức khỏe để làm việc hoặc hành nghề công chứng. Như đã phân tích ở trên, sức khỏe của mỗi cá nhân sẽ được phân thành 05 loại, mỗi loại sức khỏe khác nhau sẽ phù hợp với điều kiện lao động, làm việc khác nhau. Công chứng viên là một loại ngành nghề đặc thù, ưu tiên về sức khỏe trí óc hơn là sự vận động của cơ thể. Tuy nhiên, pháp luật hiện hành không quy định một tiêu chuẩn cụ thể, cá biệt đối với sức khỏe của những người hành nghề công chứng. Do đó, thực tiễn áp dụng vẫn thực hiện theo những quy định chung về sức khỏe như đối với các ngành nghề phổ thông khác.

Vấn đề đặt ra ở đây là, một cá nhân nào đó, sức khỏe phải đạt loại mấy thì mới có thể “đảm bảo sức khỏe để hành nghề công chứng”? Nội dung này Luật Công chứng và các văn bản hướng dẫn thi hành vẫn chưa quy định. Để xác định sức khỏe một người nào đó đạt loại mấy cần căn cứ vào các tiêu chuẩn phân loại sức khỏe cụ thể theo quy định của Bộ Y tế. Theo đó, chỉ cần có 1 chỉ số sức khỏe thấp nhất thuộc loại nào thì sức khỏe của người đó sẽ thuộc loại đó⁶. Ví dụ, một cá nhân có tất cả các tiêu chuẩn sức khỏe đều đạt loại I, nhưng có 1 chỉ số thấp nhất thuộc là loại IV thì sức khỏe của người đó phải là loại IV.

Thực tiễn hoạt động công chứng cho thấy, đã có công chứng viên có những

khuyết tật cơ thể như: Các chân chênh lệch nhau, không đồng đều; các bàn tay không đồng đều; bị mất ngón tay, ngón chân... Nếu căn cứ những tiêu chuẩn này để kết luận thì công chứng viên đó có sức khỏe Loại IV hoặc V, nghĩa là sức khỏe ở loại yếu, rất yếu. Bởi lẽ, theo tiêu chuẩn sức khỏe, nếu các chi có độ dài chênh lệch nhau từ 1-2 cm thì sức khỏe thuộc Loại III, chênh lệch 3-4 cm thì sức khỏe thuộc loại IV, nếu chênh lệch trên 4cm thì sức khỏe thuộc Loại V; nếu mất 1 ngón cái của bàn tay hoặc bàn chân thì sức khỏe thuộc loại IV. Tuy nhiên, đây chỉ là những khuyết tật cơ thể và không ảnh hưởng đến khả năng nhận thức, sự minh mẫn, sáng suốt của công chứng viên, nên họ vẫn hoàn toàn có đủ sức khỏe để hành nghề công chứng. Trong trường hợp này, các quy định về phân loại sức khỏe nếu chỉ đơn thuần căn cứ vào các tiêu chuẩn sức khỏe thông thường để kết luận sức khỏe làm việc của công chứng viên thực chất không phù hợp và không có cơ sở áp dụng.

Như vậy, pháp luật hiện hành không có những quy định cá biệt, cụ thể về sức khỏe hành nghề công chứng. Nếu có người xin bổ nhiệm làm công chứng viên, nhưng có khuyết tật cơ thể và áp dụng theo đúng quy định của Bộ Y tế về phân loại sức khỏe làm việc thì những chủ thể này hoàn toàn thuộc nhóm sức khỏe yếu hoặc rất yếu. Nếu những chủ thể này được bổ nhiệm làm công chứng viên thì có vẻ như là một sự khiên cưỡng, châm chước, bởi rất khó chấp nhận một người có sức khỏe yếu, rất yếu lại được hành nghề và làm công chứng viên. Tuy nhiên, khi xem xét về bản chất của vấn đề thì những chủ thể này hoàn toàn tỉnh táo, sáng suốt, chỉ có những khuyết tật cơ thể. Nếu chỉ căn cứ vào đó mà kết luận họ không có đủ sức khỏe hành nghề thì đây lại là một sự định kiến, phân biệt, tạo rào cản

⁶ Mục III Tiêu chuẩn ngành theo Quyết định số 1613/BYT-QĐ ngày 15/08/1997 của Bộ trưởng Bộ Y tế về việc ban hành “Tiêu chuẩn phân loại sức khỏe để khám tuyển, khám định kỳ” cho người lao động.

đôi với sự đóng góp của họ cho xã hội. Trong trường hợp này, người có thẩm quyền kết luận sức khỏe sẽ phải căn cứ vào quy định nào để xác định một người thuộc nhóm sức khỏe yếu, rất yếu lại đủ sức khỏe hành nghề công chứng?

Thiết nghĩ, công chứng là một ngành nghề đặc thù, đòi hỏi công chứng viên phải minh mẫn, sáng suốt, có nghĩa là ưu tiên về sức khỏe tâm thần mà không nên quá câu nệ về tổng thể các tiêu chuẩn sức khỏe như các trường hợp thông thường. Tuy nhiên, pháp luật hiện hành chỉ quy định chung chung là “đảm bảo sức khỏe để hành nghề công chứng”, nhưng lại thiếu vắng sự hướng dẫn nên việc hiểu và áp dụng gặp phải nhiều quan điểm, ý kiến khác nhau.

2.2. Bất cập trong quá trình hành nghề công chứng

Sau khi được bổ nhiệm làm công chứng viên và thực hiện hành nghề công chứng, các công chứng viên cũng phải đảm bảo đủ sức khỏe để hành nghề. Nếu không thể đảm bảo sức khỏe để hành nghề công chứng thì sẽ thuộc trường hợp bị miễn nhiệm công chứng viên bởi không đáp ứng được các điều kiện làm công chứng viên⁷. Tuy nhiên, những quy định này hiện nay lại bộc lộ sự không rõ ràng và khó áp dụng trong thực tiễn.

Sau khi đăng ký hành nghề công chứng tại một tổ chức hành nghề công chứng, công chứng viên đó sẽ chịu sự quản lý trực tiếp của Sở Tư pháp nơi tổ chức hành nghề công chứng đặt trụ sở. Nếu công chứng viên nào không đủ sức khỏe để hành nghề công chứng thì Sở Tư pháp có trách nhiệm lập hồ sơ và văn bản đề nghị miễn nhiệm công chứng viên. Bởi theo quy định của Luật

Công chứng năm 2014, Sở Tư pháp có trách nhiệm rà soát, kiểm tra việc bảo đảm tiêu chuẩn hành nghề của công chứng viên tại địa phương mình quản lý⁸.

Thực trạng đội ngũ công chứng viên đang hành nghề tại Việt Nam hiện nay được hình thành từ hai nguồn chính: Một là, được bổ nhiệm không đào tạo, bồi dưỡng, tập sự, kiểm tra kết quả tập sự hành nghề; và hai là, phải qua đào tạo, bồi dưỡng, tập sự và kiểm tra kết quả tập sự hành nghề. Từ năm 2015 đến nay, việc bổ nhiệm công chứng viên được áp dụng chung cho tất cả các đối tượng là phải qua đào tạo/bồi dưỡng, phải tập sự và đạt kiểm tra kết quả tập sự hành nghề công chứng. Như vậy, trước khi có Luật Công chứng năm 2014, các công chứng viên đa số đều thuộc trường hợp được miễn đào tạo, tập sự và được bổ nhiệm theo hình thức “phiên ngang”. Theo số liệu thống kê cho thấy, trước khi ban hành Luật Công chứng năm 2014, trên cả nước có đến 67% công chứng viên thuộc những đối tượng được miễn đào tạo nghề công chứng và đại đa số đều trên 60 tuổi vì trước đó họ đã là thẩm phán, kiểm sát viên, điều tra viên, luật sư và đã nghỉ hưu. Ngay tại thành phố Hà Nội, có đến 50% công chứng viên được miễn đào tạo⁹. Như vậy, những công chứng viên được bổ nhiệm, nhưng được miễn đào tạo theo quy định của Luật Công chứng năm 2006 hiện nay đang hành nghề là rất lớn. Vấn đề là các công chứng viên này nghỉ hưu mới chuyển sang hành nghề công chứng viên, hiện nay tuổi đã nhiều. Liệu những công chứng viên này có “đảm

⁸ Khoản 3 Điều 15 Luật Công chứng năm 2014.

⁹ Văn phòng Quốc hội, Công chứng viên mang tiếng nghề “đóng dấu ăn tiền”, http://duthaoonline.quochoi.vn/DuThao/Lists/TT_TINLAPPHAP/View_Detail.aspx?ItemID=1021, truy cập ngày 06/10/2019.

⁷ Khoản 2 Điều 15 và Điều 8 Luật Công chứng năm 2014.

bảo sức khỏe để hành nghề công chứng” hay không?

Bên cạnh đó, một vấn đề khá nhạy cảm được đặt ra là khả năng bệnh tật của các công chứng viên. Trên thực tiễn cũng đã xuất hiện một số công chứng viên bị bệnh nặng, thậm chí có người còn bị bệnh tai biến mà hậu quả để lại là tê liệt một phần hoặc toàn bộ cơ thể. Nếu có những trị liệu phù hợp thì có thể dần khôi phục lại sức khỏe, nhưng vẫn không thể sinh hoạt như những người bình thường. Giả định trường hợp công chứng viên sau khi bị tai biến và tê liệt nửa người bên phải, đã áp dụng trị liệu, có thể tự đi lại, di chuyển, nhưng không thể ký tên và ghi được chữ viết vì tê liệt tay thuận, nên chuyển sang ký tên tay trái bằng một ký hiệu tượng hình đơn giản với sự giúp sức của nhân viên. Vậy trong trường hợp này, công chứng viên có còn “đảm bảo đủ sức khỏe hành nghề công chứng” hay không? Cũng trong giả định trên, công chứng viên do bị hậu quả của tai biến mạch máu não, sau đó khả năng trí nhớ, giao tiếp bị hạn chế, không như trước đây, nhưng do không có bệnh án hay văn bản nào kết luận công chứng viên này có còn “đảm bảo sức khỏe hành nghề công chứng” hay không nên thực tiễn vẫn có thể đang hành nghề công chứng.

Trong phạm vi quản lý của mình, Sở Tư pháp địa phương hoàn toàn có thể biết được tình trạng sức khỏe của các công chứng viên đang hành nghề trên địa bàn, bởi đây là nghiệp vụ quản lý của Sở Tư pháp. Tuy nhiên, do quy định pháp luật không rõ ràng về nội dung sức khỏe hành nghề của công chứng viên, nên rất khó để áp dụng và càng không đủ cơ sở để đề nghị Bộ Tư pháp miễn nhiệm công chứng viên do không “đảm bảo sức khỏe để hành nghề công chứng”. Vì quy định về sức khỏe làm việc của công chứng

viên không rõ ràng, nên thực tiễn ghi nhận có những công chứng viên do suy giảm sức khỏe (già yếu hoặc bệnh tật) và không thể hành nghề công chứng liên tục từ 12 tháng trở lên mới đủ cơ sở đề nghị miễn nhiệm công chứng viên. Tuy nhiên, trong trường hợp này, lý do miễn nhiệm là “không hành nghề công chứng liên tục từ 12 tháng trở lên” chứ không phải là “không đảm bảo sức khỏe để hành nghề công chứng”. Nếu những công chứng viên này vẫn có thể hành nghề, dù không liên tục, hay theo đánh giá cảm quan là có khó khăn, hạn chế trong nhận thức, hành vi, giao tiếp thì vẫn không thể áp dụng quy định “không đảm bảo sức khỏe để hành nghề công chứng” để miễn nhiệm công chứng viên.

3. Một số kiến nghị hoàn thiện

Trước thực trạng bất cập trong quy định “đảm bảo sức khỏe hành nghề công chứng” của Luật Công chứng năm 2014 đã được phân tích nêu trên, người viết đề xuất một số giải pháp sau:

Một là, Chính phủ, Bộ Tư pháp và Bộ Y tế nên sớm có văn bản hướng dẫn về quy định “đảm bảo sức khỏe để hành nghề công chứng”, trong đó nên thể hiện sự ưu tiên về sức khỏe tâm thần, nghĩa là ưu tiên cần sự minh mẫn, sáng suốt của công chứng viên.

Hai là, định kỳ hằng năm các công chứng viên phải kiểm tra sức khỏe và chỉ được hành nghề khi đảm bảo đủ sức khỏe theo quy chuẩn riêng của nghề công chứng.

Ba là, Sở Tư pháp phải nghiêm túc thực hiện việc rà soát, kiểm tra việc bảo đảm tiêu chuẩn sức khỏe hành nghề của các công chứng viên tại địa phương mình quản lý và kịp thời lập hồ sơ đề nghị miễn nhiệm công chứng viên nếu công chứng viên đó không đáp ứng được các điều kiện về sức khỏe để hành nghề.

MỐI QUAN HỆ GIỮA CƠ QUAN ĐIỀU TRA VÀ VIỆN KIỂM SÁT TRONG TỔ TỤNG HÌNH SỰ VIỆT NAM

*Lê Huỳnh Tấn Duy**

Tóm tắt: Bài viết phân tích mối quan hệ giữa cơ quan điều tra và viện kiểm sát trong tố tụng hình sự Việt Nam. Phần thứ nhất của bài viết trình bày đặc điểm mối quan hệ giữa hai cơ quan tiến hành tố tụng này. Phần thứ hai là những nhận xét và đánh giá một số quy định của pháp luật tố tụng hình sự nước ta liên quan đến mối quan hệ giữa cơ quan điều tra và viện kiểm sát. Trên cơ sở đó, tác giả đưa ra một số đề xuất sửa đổi, bổ sung các quy định pháp luật tạo cơ sở nâng cao hiệu quả hoạt động phối hợp của hai cơ quan trên trong việc thực hiện nhiệm vụ chung của tố tụng hình sự.

Abstract: The article analyzes the relationship between investigation authorities and Procuracy in Vietnam's criminal procedure. Its first section describes features of the two presiding authorities' relationship. The second section includes comments and assessment of regulations under our country's criminal procedure law in respect of the relationship of the investigation authority and the Procuracy. On that basis, the author makes suggestions to amend and supplement regulations so as to heighten effectiveness in the two's collaboration for accomplishment of joint tasks in criminal procedure.

1. Đặt vấn đề

Cơ quan điều tra (CQĐT) và viện kiểm sát (VKS) là hai trong số ba cơ quan tiến hành tố tụng (CQTHTT) theo quy định của pháp luật tố tụng hình sự (TTHS) Việt Nam. Xét về góc độ tổ chức bộ máy nhà nước, CQĐT thuộc nhóm cơ quan hành pháp (Bộ Công an thuộc Chính phủ), nhưng lại thực hiện hoạt động tư pháp¹, cụ thể ở đây là hoạt động giải quyết vụ án hình sự (VAHS). Trong khi đó, VKS thực hiện hai chức năng bao gồm thực hành quyền công tố và kiểm sát hoạt động tư pháp². Nếu như chức năng thứ nhất đặc thù chỉ xuất hiện trong quá trình giải quyết VAHS thì chức năng thứ hai

tồn tại trong quá trình tố tụng đối với tất cả các loại án. Dưới góc độ chức năng TTHS, quan điểm phổ biến hiện nay cho rằng CQĐT và VKS thuộc nhóm chủ thể thực hiện chức năng buộc tội – một trong ba chức năng cơ bản của TTHS³. Xuất phát từ lý do này, nên mặc dù có những nhiệm vụ khác nhau, nhưng CQĐT và VKS phải phối hợp chặt chẽ để thực hiện tốt chức năng chung của mình. Bên cạnh đó, với tư cách là cơ quan chịu trách nhiệm kiểm tra, giám sát việc tuân theo pháp luật trong TTHS, VKS còn thực hiện sự chế ước trong mối quan hệ với CQĐT.

Mối quan hệ giữa hai CQTHTT trên rất “quan trọng, phức tạp và đặc thù”⁴ và không

* TS., Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh.

¹ Bùi Thế Tinh (2017), *Thủ trưởng, Phó Thủ trưởng CQĐT và Điều tra viên trong TTHS Việt Nam*, Luận án Tiến sĩ Luật học, Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh, tr. 29.

² Khoản 1 Điều 2 Luật Tổ chức Viện kiểm sát nhân dân năm 2014.

³ Lê Tiến Châu (2001), *Các chức năng cơ bản trong TTHS*, Luận văn thạc sĩ luật, Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh, tr. 8.

⁴ Nguyễn Tiên Sơn, “Hoàn thiện quy định về mối quan hệ giữa CQĐT và VKS trong tố tụng hình sự Việt Nam”, nguồn: <http://csnd.vn/Home/Nghien-cuu->

đơn giản để có thể xây dựng được những quy định điều chỉnh một cách hợp lý mối quan hệ này. Quan trọng bởi vì đây là những cơ quan chịu trách nhiệm thu thập chứng cứ, lập hồ sơ vụ án, tạo cơ sở cho việc xét xử của tòa án sau này. Hơn thế nữa, mô hình TTTHS Việt Nam là mô hình hỗn hợp thiên về thẩm vấn, với mục đích kiểm soát tội phạm vẫn được ưu tiên hàng đầu nên các giai đoạn tiền xét xử, đặc biệt là giai đoạn điều tra, có ý nghĩa quyết định đối với sự thành công của quá trình tố tụng. Mối quan hệ này phức tạp chủ yếu do CQĐT và VKS thuộc các nhánh khác nhau trong tổ chức bộ máy nhà nước; cơ quan thứ nhất thu thập chứng cứ, nhưng cơ quan thứ hai lại là cơ quan sử dụng chứng cứ để buộc tội bị cáo tại phiên tòa. Tính đặc thù thể hiện ở chỗ chỉ trong lĩnh vực TTTHS mới có hệ thống CQĐT được thành lập với nhiệm vụ trọng tâm là “tiến hành điều tra các tội phạm, áp dụng mọi biện pháp do luật định để phát hiện, xác định tội phạm và người thực hiện hành vi phạm tội; lập hồ sơ, đề nghị truy tố”⁵.

Nhận thức được vấn đề trên, cơ quan lập pháp đã có nhiều cố gắng trong việc xây dựng và hoàn thiện các quy định trong pháp luật TTTHS liên quan đến mối quan hệ giữa CQĐT và VKS. Điều này được chứng minh qua nội dung của các Bộ luật Tố tụng Hình sự (BLTTHS) 1988, 2003 và 2015. Có thể nói, BLTTHS hiện hành đã quy định khá chi tiết, cụ thể nhiệm vụ, quyền hạn của VKS trong từng giai đoạn tố tụng, tương ứng với hai chức năng hiến định của cơ

quan này. Những nhiệm vụ, quyền hạn của VKS, nhất là trong giai đoạn khởi tố, điều tra VAHS phản ánh nhiều khía cạnh khác nhau của mối quan hệ giữa VKS và CQĐT. Ngoài ra, các văn bản hướng dẫn thi hành cũng góp phần làm rõ hơn nội dung mối quan hệ giữa hai cơ quan tiến hành tố tụng trên. Tuy nhiên, thực tiễn cũng cho thấy, vẫn còn tồn tại một số vướng mắc, hạn chế trong khung pháp lý TTTHS và trong việc tổ chức thực hiện pháp luật là nguyên nhân dẫn đến thực trạng có nơi, có lúc việc phối hợp giữa VKS và CQĐT diễn ra chưa được suôn sẻ, nhịp nhàng như mong muốn. Những nguyên nhân đó cần được loại trừ để đẩy nhanh tiến độ và nâng cao hiệu quả giải quyết các VAHS.

2. Đặc điểm mối quan hệ giữa cơ quan điều tra và viện kiểm sát trong tố tụng hình sự

2.1. Tính phối hợp trong mối quan hệ giữa cơ quan điều tra và viện kiểm sát

Như đã đề cập, do cùng là nhóm chủ thể thực hiện chức năng buộc tội nên bắt buộc giữa CQĐT và VKS phải có sự phối hợp với nhau trong quá trình TTTHS. CQĐT có làm tốt nhiệm vụ thu thập chứng cứ của mình thì VKS mới bảo vệ thành công cáo trạng trước tòa án. Nói cách khác, giai đoạn điều tra tạo cơ sở, tiền đề cho VKS trong các giai đoạn tố tụng sau đó hoàn thành được chức năng buộc tội. Tuy nhiên, mức độ phối hợp phụ thuộc vào truyền thống pháp luật và mô hình tố tụng của từng quốc gia. Đối với các nước theo truyền thống pháp luật châu Âu lục địa (Continental law system) với mô hình tố tụng thiên về thẩm vấn thì “phần lớn cơ quan công tố có quyền chỉ đạo và quyết định đối với hoạt động điều tra của CQĐT

Trao-doi/778/Hoan-thien-quy-dinh-ve-moi-quan-he-giua-Co-quan-dieu-tra-va-Vien-kiem-sat-trong-to-tu-ng-hinh-su-Viet-Nam, truy cập ngày 30/10/2019.

⁵ Khoản 3 Điều 8 Luật Tổ chức CQĐT hình sự năm 2015.

(Đức, Pháp...)”⁶. Trong khi đó, đối với một số nước thuộc hệ thống thông luật (common law system) với mô hình tố tụng tranh tụng (Mỹ, Anh), công tố viên “chỉ có vai trò phối hợp, tư vấn đối với nhân viên cảnh sát hoặc nhân viên điều tra”⁷.

Việt Nam là một nước chịu ảnh hưởng bởi hệ thống pháp luật châu Âu lục địa (luật thành văn) và TTTHS được xây dựng theo mô hình thiên về thẩm vấn. Mối quan hệ giữa CQĐT và VKS phản ánh qua những quy định có liên quan trong pháp luật TTTHS cho thấy, tùy từng nội dung mà vai trò của VKS/kiểm sát viên đối với CQĐT/điều tra viên là chỉ đạo, quyết định hay tư vấn, phối hợp. Nhưng nhìn chung, đặc tính phối hợp là nổi trội hơn trong mối quan hệ giữa hai cơ quan này, một phần xuất phát từ nguyên tắc tổ chức bộ máy nhà nước với tư tưởng “quyền lực nhà nước là thống nhất, có sự phân công, phối hợp, kiểm soát giữa các cơ quan nhà nước trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp”⁸. Rõ ràng với nguyên tắc tập quyền⁹, mức độ phối hợp giữa các cơ quan nhà nước nói chung, CQĐT và VKS nói riêng cao hơn so với các quốc gia tổ chức nhà nước theo nguyên tắc phân quyền. Dù là hai cơ quan thuộc hai nhánh khác nhau trong bộ máy nhà nước, nhưng CQĐT, VKS và cả tòa án phối hợp chặt chẽ để thực hiện nhiệm vụ chung của TTTHS là “*phát hiện chính xác và xử lý công minh, kịp thời mọi hành vi phạm*

tội, phòng ngừa, ngăn chặn tội phạm, không để lọt tội phạm, không làm oan người vô tội; góp phần bảo vệ công lý, bảo vệ quyền con người, quyền công dân, bảo vệ chế độ xã hội chủ nghĩa, bảo vệ lợi ích của Nhà nước, quyền và lợi ích hợp pháp của tổ chức, cá nhân, giáo dục mọi người ý thức tuân theo pháp luật, đấu tranh phòng ngừa và chống tội phạm”¹⁰.

2.2. Tính chế ước trong mối quan hệ giữa cơ quan điều tra và viện kiểm sát

Bên cạnh tính phối hợp thì mối quan hệ giữa CQĐT và VKS trong TTTHS còn thể hiện tính chế ước. Nếu như phối hợp là sự hỗ trợ cùng thực hiện các hoạt động tố tụng để giải quyết VAHS được kịp thời theo chức năng, nhiệm vụ được giao, hướng đến mục đích chung là chứng minh và xử lý tội phạm; thì chế ước là sự kiểm chế lẫn nhau, bảo đảm cho hoạt động TTTHS được khách quan, có căn cứ và đúng pháp luật¹¹. Đặc điểm này có vẻ chỉ diễn ra một chiều, tức là CQĐT hầu như phải chịu sự chế ước từ phía VKS mà không có điều ngược lại¹². Điều này được minh chứng qua các quy định về quyền và trách nhiệm của cơ quan, tổ chức, cá nhân đối với hoạt động của VKS¹³; trách nhiệm của CQĐT, cơ quan được giao nhiệm

⁶ Nguyễn Tiến Sơn, tldd.

⁷ Nguyễn Tiến Sơn, tldd.

⁸ Khoản 3 Điều 2 Hiến pháp năm 2013.

⁹ Tham khảo thêm Trường Đại học Kiểm sát Hà Nội, “*Nguyên tắc tập quyền xã hội chủ nghĩa đối chiếu với những luận điểm về phân quyền của Mông-te-ski-ơ và một số kiến nghị*”, <http://tks.edu.vn/thong-tin-khoa-hoc/chi-tiet/119/514>, truy cập ngày 31/10/2019.

¹⁰ Điều 2 BLTTTHS năm 2015.

¹¹ Phạm Thái, “*Không thể xem nhẹ quan hệ phối hợp và chế ước trong TTTHS*”, <http://www.daibieunhan-dan.vn/default.aspx?tabid=81&NewsId=109615>, truy cập ngày 31/10/2019.

¹² Lê Tiến Châu, *Chương VI: Điều tra VAHS*, trích trong Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh (Võ Thị Kim Oanh (Chủ biên), 2018), *Giáo trình Luật tố tụng hình sự Việt Nam*, Nxb. Hồng Đức, tr. 433. Xem thêm quy định tại Điều 167 BLTTTHS năm 2015 về Trách nhiệm của CQĐT, cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra trong việc thực hiện yêu cầu, quyết định của VKS trong giai đoạn điều tra.

¹³ Điều 9 Luật Tổ chức VKS nhân dân năm 2014.

vụ tiến hành một số hoạt động điều tra trong việc thực hiện yêu cầu, quyết định của VKS trong giai đoạn khởi tố¹⁴, điều tra VAHS¹⁵. Về nguyên tắc, các cơ quan có thẩm quyền điều tra VAHS phải thực hiện tất cả yêu cầu, quyết định của VKS. Tuy nhiên, đối với một số quyết định cụ thể (liên quan đến việc hủy bỏ quyết định khởi tố, quyết định thay đổi hoặc bổ sung quyết định khởi tố VAHS, quyết định không khởi tố VAHS; biện pháp ngăn chặn, biện pháp cưỡng chế)¹⁶ thì các cơ quan này có quyền kiến nghị với VKS cấp trên trực tiếp để xem xét, giải quyết. Tính chế ước của VKS đối với CQĐT sẽ không còn khi quá trình giải quyết VAHS chuyển sang các giai đoạn tố tụng tiếp theo như truy tố, xét xử. Ví dụ: Đối với quyết định trả hồ sơ để điều tra bổ sung của VKS nếu CQĐT nhận thấy không có căn cứ thì CQĐT có quyền gửi văn bản nêu rõ lý do giữ nguyên kết luận điều tra và chuyển lại hồ sơ cho VKS¹⁷.

Hai đặc tính này có mối quan hệ biện chứng với nhau, do đó không nên coi trọng quá mức một đặc tính nào. Thực tiễn cho thấy, nếu quá đề cao mối quan hệ phối hợp

rất dễ dẫn đến tâm lý chỉ tập trung thu thập chứng cứ buộc tội, dễ dàng bỏ qua những thiếu sót trong quá trình khởi tố, điều tra VAHS; hoặc hỗ trợ nhau “che đậy, hợp pháp hóa” những sai phạm. Ngược lại, nếu thực hiện sự chế ước quá mức cần thiết sẽ tạo nên tình trạng căng thẳng, đối đầu giữa hai CQTHTT, làm chậm trễ quá trình giải quyết VAHS. Tuy nhiên, theo tinh thần của chiến lược cải cách tư pháp, đặc biệt là “tăng cường trách nhiệm của công tố trong hoạt động điều tra”¹⁸ cũng như nâng cao yếu tố tranh tụng, xu hướng phát triển chung đòi hỏi tính chế ước phải được chú trọng hơn nữa trong mối quan hệ giữa CQĐT và VKS ở nước ta.

3. Đánh giá một số quy định liên quan đến mối quan hệ giữa cơ quan điều tra và viện kiểm sát trong tố tụng hình sự và đề xuất sửa đổi, bổ sung

3.1. Cơ sở pháp lý

Trong khung pháp lý TTHS của nước ta không có quy định nào trực tiếp sử dụng cụm từ “mối quan hệ giữa CQĐT và VKS”. Thay vào đó, mối quan hệ giữa hai cơ quan này, như đã đề cập ở phần trên, được thể hiện thông qua những quy định về chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của VKS trong TTHS; nhiệm vụ của CQĐT; trách nhiệm của CQĐT trong việc thực hiện yêu cầu, quyết định của VKS; nhiệm vụ, quyền hạn và trách nhiệm của những người có thẩm quyền tiến hành tố tụng (THTT) trong hai cơ quan này. Những nội dung trên được quy định khá cụ thể trong BLTTHS năm 2015, Luật Tổ chức CQĐT hình sự năm 2015, Luật Tổ chức VKS nhân dân năm 2014.

¹⁴ Điều 13 Thông tư liên tịch số 01/2017/TTLT-BCA-BQP-BTC-BNN&PTNT-VKSNDTC hướng dẫn thi hành quy định của BLTTHS về tiếp nhận, giải quyết tố giác, tin báo về tội phạm và kiến nghị khởi tố; khoản 2 Điều 162 BLTTHS năm 2015.

¹⁵ Khoản 2 Điều 167 BLTTHS năm 2015.

¹⁶ Khoản 2 Điều 162, khoản 2 Điều 167 BLTTHS năm 2015; khoản 2 Điều 9 Luật Tổ chức VKS nhân dân năm 2014; Điều 6, 11 Thông tư liên tịch số 04/2018/TTLT-VKSNDTC-BCA-BQP, ngày 19/10/2018 quy định về phối hợp giữa CQĐT và VKS trong việc thực hiện một số quy định của BLTTHS.

¹⁷ Điều 10 Thông tư liên tịch số 02/2017/TTLT-VKSNDTC-TANDTC-BCA-BQP, ngày 22/12/2017 quy định việc phối hợp giữa các CQTHTT trong thực hiện một số quy định của BLTTHS về trả hồ sơ để điều tra bổ sung.

¹⁸ Bộ Chính trị, Nghị quyết số 49-NQ/TW về chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020, ngày 02/6/2005, mục 2.2.

Ngoài ra, các cơ quan nhà nước có thẩm quyền ở trung ương cũng đã ban hành nhiều văn bản pháp luật, chủ yếu dưới hình thức thông tư liên tịch, hướng dẫn thi hành một số chế định của BLTTHS năm 2015, trong đó ít nhiều có liên quan đến mối quan hệ giữa CQĐT và VKS¹⁹. Bên cạnh các văn

bản này, giữa CQĐT và VKS ở đa số các địa phương đã ký kết Quy chế phối hợp nhằm tạo điều kiện thuận lợi cho việc thực hiện quy định của BLTTHS. Ngành kiểm sát cũng ban hành các Quy chế công tác chứa đựng một số quy định điều chỉnh quan hệ phối hợp giữa VKS và CQĐT²⁰.

¹⁹ Cụ thể bao gồm: (1) Thông tư liên tịch số 01/2017/TTLT-BCA-BQP-BTC-BNN&PTNT-VKSNDTC, ngày 29/12/2017 quy định việc phối hợp giữa các cơ quan có thẩm quyền trong việc thực hiện một số quy định của BLTTHS năm 2015 về tiếp nhận, giải quyết tố giác, tin báo về tội phạm, kiến nghị khởi tố; (2) Thông tư liên tịch số 02/2017/TTLT-VKSNDTC-TANDTC-BCA-BQP, ngày 22/12/2017 quy định việc phối hợp giữa các CQHTT trong thực hiện một số quy định của BLTTHS về trả hồ sơ để điều tra bổ sung; (3) Thông tư liên tịch số 01/2018/TTLT-BCA-BQP-TANDTC-VKSNDTC, ngày 23/01/2018 về quan hệ phối hợp giữa cơ sở giam giữ với cơ quan có thẩm quyền THTT và VKS có thẩm quyền kiểm sát quản lý, thi hành tạm giữ, tạm giam; (4) Thông tư liên tịch số 01/2018/TTLT-VKSTC-TATC-BCA-BQP-BTP-BTC-BNN&PTNT, ngày 05/4/2018 quy định phối hợp trong việc báo cáo, thông báo về công tác giải quyết khiếu nại, tố cáo trong hoạt động tư pháp; (5) Thông tư liên tịch số 02/2018/TTLT-VKSTC-TATC-BCA-BQP-BTC-BNN&PTNT, ngày 05/9/2018 quy định việc phối hợp thi hành một số quy định của BLTTHS về khiếu nại, tố cáo; (6) Thông tư liên tịch số 02/2018/TTLT-BCA-VKSNDTC-TANDTC, ngày 01/02/2018 quy định chi tiết trình tự, thủ tục, thời hạn, địa điểm bị can đọc, ghi chép bản sao tài liệu hoặc tài liệu được số hóa liên quan đến việc buộc tội, gỡ tội hoặc bản sao tài liệu khác liên quan đến bào chữa; (7) Thông tư liên tịch số 03/2018/TTLT-BCA-VKSNDTC-TANDTC-BQP, ngày 01/02/2018 hướng dẫn trình tự, thủ tục thực hiện ghi âm hoặc ghi hình có âm thanh việc hỏi cung bị can; sử dụng, bảo quản, lưu trữ kết quả ghi âm hoặc ghi hình có âm thanh việc hỏi cung bị can trong quá trình điều tra, truy tố, xét xử; (8) Thông tư liên tịch số 03/2018/TTLT-VKSNDTC-BCA-BQP-TTTP, ngày 18/10/2018 quy định về phối hợp giữa CQĐT, VKS, Cơ quan thanh tra trong việc trao đổi thông tin về tội phạm và giải quyết kiến nghị khởi tố được phát hiện thông qua hoạt động thanh tra; (9) Thông tư liên tịch số 04/2018/TTLT-VKSNDTC-BCA-BQP, ngày

19/10/2018 quy định về phối hợp giữa CQĐT và VKS trong việc thực hiện một số quy định của BLTTHS; (10) Thông tư liên tịch số 06/2018/TTLT-BCA-BQP-BTC-VKSNDTC-TANDTC, ngày 07/8/2018 quy định chi tiết trình tự, thủ tục, mức tiền đặt, việc tạm giữ, hoàn trả, tịch thu, nộp ngân sách nhà nước số tiền đã đặt để bảo đảm; (11) Thông tư liên tịch số 06/2018/TTLT-VKSNDTC-TANDTC-BCA-BTP-BLĐTĐBXH, ngày 21/12/2018 về phối hợp thực hiện một số quy định của BLTTHS về thủ tục tố tụng đối với người dưới 18 tuổi; (12) Thông tư liên tịch số 10/2018/TTLT-BTP-BCA-BQP-BTC-VKSNDTC-TANDTC, ngày 29/6/2018 quy định về phối hợp thực hiện trợ giúp pháp lý trong hoạt động tố tụng...

²⁰ Bao gồm: (1) Quy chế tạm thời về quản lý, theo dõi việc thụ lý, giải quyết tố giác, tin báo về tội phạm, kiến nghị khởi tố và các VAHS tại Viện kiểm sát nhân dân tối cao (VKSNDTC) (Ban hành kèm theo Quyết định số 238/QĐ-VKSTC, ngày 28/6/2017 của Viện trưởng VKSNDTC); (2) Quy chế công tác kiểm sát việc tạm giữ, tạm giam, thi hành án hình sự (Ban hành kèm theo Quyết định số 501/QĐ-VKSTC, ngày 12/12/2017 của Viện trưởng VKSNDTC); (3) Quy chế tạm thời công tác thực hành quyền công tố, kiểm sát việc khởi tố, điều tra và truy tố (Ban hành kèm theo Quyết định số 03/QĐ-VKSTC, ngày 29/12/2017 của Viện trưởng VKSNDTC); (4) Quy chế tạm thời công tác thực hành quyền công tố, kiểm sát việc tiếp nhận, giải quyết tố giác, tin báo về tội phạm và kiến nghị khởi tố (Ban hành kèm theo Quyết định số 169/QĐ-VKSTC, ngày 02/5/2018 của Viện trưởng VKSNDTC); (5) Quy chế tạm thời công tác thực hành quyền công tố, kiểm sát việc khám nghiệm hiện trường, khám nghiệm tử thi, thực nghiệm điều tra và giám định (Ban hành kèm theo Quyết định số 170/QĐ-VKSTC, ngày 02/5/2018 của Viện trưởng VKSNDTC); (6) Quy chế về việc quản lý hồ sơ tố giác, tin báo về tội phạm, kiến nghị khởi tố tạm đình chỉ và hồ sơ VAHS tạm đình chỉ của VKS nhân dân (Ban hành kèm theo Quyết định số 46/QĐ-VKSTC, ngày 14/02/2018 của Viện trưởng VKSNDTC)...

Mối quan hệ giữa CQĐT trong quân đội và VKS quân sự về nguyên tắc cũng chịu sự điều chỉnh của các văn bản pháp luật và quy chế kể trên. Ngoài ra, mối quan hệ trong hoạt động TTHS giữa các CQTHTT trong và ngoài quân đội, trước đây cũng đã có văn bản điều chỉnh, cụ thể đó là Thông tư liên tịch số 01/2008/TTLT-VKSNDTC-TANDTC-BQP-BCA, ngày 20/10/2008 về quan hệ phối hợp trong một số hoạt động điều tra, truy tố, xét xử VAHS giữa các CQTHTT trong quân đội và ngoài quân đội.

3.2. Đánh giá và kiến nghị

3.2.1. Đối với Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015

BLTTHS hiện hành là Bộ luật chứa đựng khá đầy đủ những quy định liên quan đến mối quan hệ giữa CQĐT và VKS thể hiện chủ yếu trong các giai đoạn khởi tố, điều tra, truy tố thông qua các chế định như tiếp nhận, giải quyết nguồn tin về tội phạm, biện pháp ngăn chặn, hoạt động điều tra, tạm đình chỉ điều tra và kết thúc điều tra, trả hồ sơ điều tra bổ sung... Như đã đề cập, phần lớn các chế định này cũng đã được hướng dẫn bởi các thông tư liên tịch do những cơ quan nhà nước có thẩm quyền ở trung ương ban hành, trong đó có Bộ Công an và VKS nhân dân tối cao. Nghiên cứu những quy định có liên quan đến CQĐT và VKS của BLTTHS năm 2015, tác giả nhận thấy có những nội dung sau đây (chủ yếu là về vấn đề thời hạn) cần được xem xét sửa đổi, bổ sung:

Thứ nhất, thủ tục kéo dài thời hạn giải quyết nguồn tin về tội phạm. Theo khoản 2 Điều 147 BLTTHS năm 2015, trường hợp vụ việc có nhiều tình tiết phức tạp hoặc phải kiểm tra, xác minh tại nhiều địa điểm thì thời hạn giải quyết nguồn tin về tội phạm có

thể kéo dài nhưng không quá 02 tháng. Trong trường hợp này Bộ luật không đòi hỏi bất kỳ một hành động nào từ phía CQĐT ví dụ như thông báo hoặc ra quyết định kéo dài thời hạn và gửi cho VKS, chủ thể đã báo tin, kiến nghị khởi tố. Sự thiếu sót này rất dễ dẫn đến tình trạng lạm dụng căn cứ do luật định để kéo dài thời hạn giải quyết nguồn tin về tội phạm, làm chậm trễ tiến trình tố tụng. Do đó, cần nghiên cứu bổ sung quy định bắt buộc CQĐT phải thông báo cho VKS trước khi kéo dài thời hạn giải quyết nguồn tin về tội phạm và nếu không có căn cứ thì VKS có quyền yêu cầu CQĐT phải ra ngay một trong ba quyết định tố tụng liệt kê tại khoản 1 Điều 147 BLTTHS năm 2015²¹. Bổ sung quy định này nhằm đảm bảo việc kéo dài thời hạn giải quyết nguồn tin về tội phạm của CQĐT là có căn cứ và cần thiết.

Đối với vấn đề trên, có ý kiến cho rằng, cần phải có một quyết định tố tụng của CQĐT kéo dài thời hạn giải quyết và gửi cho VKS có thẩm quyền, cá nhân, cơ quan, tổ chức đã cung cấp nguồn tin về tội phạm²². Theo quan điểm của tác giả, trong trường hợp này chỉ cần CQĐT ra văn bản thông báo cho VKS, trong đó nêu rõ căn cứ chứng minh sự cần thiết phải kéo dài thời hạn giải quyết nguồn tin về tội phạm là đủ, bởi vì suy cho cùng đây vẫn là thời hạn giải quyết lần đầu, khác với trường hợp gia hạn do chính VKS quyết định.

²¹ Bao gồm: (a) Quyết định khởi tố VAHS; (b) Quyết định không khởi tố VAHS; (c) Quyết định tạm đình chỉ việc giải quyết tố giác, tin báo về tội phạm, kiến nghị khởi tố.

²² Nguyễn Minh Tuấn (2019), *Tiếp nhận, giải quyết tin báo về tội phạm của CQĐT theo Luật TTHS Việt Nam*, Luận văn Thạc sĩ luật học, Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh, tr. 42.

Thứ hai, thời hạn VKS xem xét Quyết định tạm đình chỉ việc giải quyết tố giác, tin báo về tội phạm, kiến nghị khởi tố của CQĐT. Hiện nay, theo quy định tại khoản 2 Điều 148 BLTTHS năm 2015, VKS có quyền hủy bỏ Quyết định này của CQĐT (nếu không có căn cứ). Thế nhưng cơ quan lập pháp đã thiếu sót khi không quy định thời hạn VKS phải đưa ra quyết định của mình. Đối chiếu với các quy định tương ứng khác trong BLTTHS, thời hạn này có thể là 03 ngày kể từ ngày VKS nhận được Quyết định tạm đình chỉ việc giải quyết tố giác, tin báo về tội phạm, kiến nghị khởi tố của CQĐT²³.

Thứ ba, thời hạn CQĐT bổ sung chứng cứ, tài liệu làm căn cứ cho việc phê chuẩn Quyết định khởi tố bị can. Theo quy định tại khoản 3 Điều 179 BLTTHS năm 2015, “trong thời hạn 03 ngày kể từ ngày nhận được quyết định khởi tố bị can, VKS phải quyết định phê chuẩn hoặc quyết định hủy bỏ quyết định khởi tố bị can hoặc yêu cầu bổ sung chứng cứ, tài liệu làm căn cứ để quyết định việc phê chuẩn và gửi ngay cho CQĐT”. Tuy nhiên, CQĐT phải thực hiện yêu cầu của VKS trong thời hạn bao lâu thì Bộ luật chưa quy định. Thông tư liên tịch số 04/2018/TTLT-VKSNDTC-BCA-BQP, ngày 19/10/2018 quy định về phối hợp giữa CQĐT và VKS trong việc thực hiện một số quy định của BLTTHS cũng không có hướng dẫn về thời hạn này nói chung mà chỉ có hướng dẫn cho trường hợp đối với người đang bị tạm giữ. Cụ thể đó là: “*thời gian bổ sung chứng cứ, tài liệu không quá thời hạn gia hạn tạm giữ; nếu không bổ sung được chứng cứ, tài liệu trong thời hạn gia hạn*

tạm giữ thì CQĐT phải có văn bản nêu rõ lý do và đề nghị VKS xem xét, quyết định”²⁴.

Có quan điểm cho rằng, có thể quy định thời hạn nói trên trong mọi trường hợp là không quá 03 ngày kể từ ngày CQĐT nhận được yêu cầu của VKS; nếu không bổ sung được chứng cứ, tài liệu thì CQĐT phải có văn bản nêu rõ lý do và đề nghị VKS xem xét, quyết định²⁵. Trong khi đó, ý kiến khác lại cho rằng thời hạn này nên quy định là 07 ngày²⁶. Tác giả nhận thấy, việc xác định thời hạn trên như thế nào cần dựa trên cơ sở đặc điểm của những trường hợp này trong thực tiễn; và phải đảm bảo thời hạn không được quá ngắn hoặc quá dài. Nếu quá ngắn sẽ gây khó khăn cho CQĐT; ngược lại, thời hạn quá dài sẽ tạo tâm lý ỷ lại, đồng thời không đáp ứng được nhiệm vụ xử lý kịp thời mọi hành vi phạm tội.

Thứ tư, thời hạn VKS điều tra bổ sung theo yêu cầu của tòa án. Khoản 1 Điều 246 BLTTHS năm 2015 quy định trường hợp tòa án quyết định trả hồ sơ vụ án yêu cầu điều tra bổ sung và có căn cứ thì VKS có hai phương án để giải quyết: (1) Trực tiếp tiến hành một số hoạt động điều tra để bổ sung tài liệu, chứng cứ hoặc (2) Ra quyết định trả hồ sơ cho CQĐT để tiến hành điều

²⁴ Khoản 3 Điều 10 Thông tư liên tịch số 04/2018/TTLT-VKSNDTC-BCA-BQP ngày 19/10/2018 quy định về phối hợp giữa CQĐT và VKS trong việc thực hiện một số quy định của BLTTHS.

²⁵ Hà Chi, “*Những khó khăn, vướng mắc trong thực hiện một số thông tư liên tịch liên quan đến BLTTHS*”, nguồn: <https://baovephapluat.vn/cai-cach-tu-phap/thuc-tien-kinh-nghiem/nhung-kho-khan-vuonng-mac-trong-thuc-hien-mot-so-thong-tu-lien-tich-lien-quan-den-bo-luat-tths-66728.html>, truy cập ngày 31/10/2019.

²⁶ Đào Anh Tới (2018), *Mối quan hệ tố tụng giữa cơ quan Cảnh sát điều tra và VKS nhân dân trong TTHS Việt Nam hiện nay*, Luận án Tiến sĩ luật học, Học viện Khoa học xã hội, tr. 133.

²³ Nguyễn Minh Tuấn, tldđ, tr. 44.

tra bổ sung (nếu không thể tự thực hiện được). Theo quy định tại khoản 2 Điều 174 thì thời hạn điều tra bổ sung trong trường hợp này không quá 01 tháng *tính từ ngày CQĐT nhận lại hồ sơ vụ án và yêu cầu điều tra bổ sung*. Vấn đề đặt ra ở đây là nếu VKS trực tiếp bổ sung chứng cứ thì trong thời hạn bao lâu phải trả lại hồ sơ cho tòa án? Nếu VKS giải quyết theo phương án thứ hai thì câu hỏi tương tự là VKS được điều tra bao lâu trước khi ra quyết định trả hồ sơ cho CQĐT để điều tra bổ sung? Thời gian này có được tính vào thời hạn điều tra bổ sung quy định tại khoản 2 Điều 174 hay không? Đây là những vấn đề chưa được điều chỉnh bởi BLTTHS.

Theo quan điểm của tác giả, trong trường hợp thứ nhất, khi VKS trực tiếp bổ sung chứng cứ thì thời hạn này không thể bằng thời hạn điều tra bổ sung theo quy định tại khoản 2 Điều 174 BLTTHS (01 tháng), nhưng phải dài hơn thời hạn VKS bổ sung chứng cứ theo yêu cầu của tòa án quy định tại khoản 3 Điều 284 BLTTHS (05 ngày). Còn đối với trường hợp thứ hai, nên sửa cách tính thời hạn tại khoản 2 Điều 174. Theo đó, thời hạn điều tra bổ sung *phải tính từ ngày VKS nhận được hồ sơ vụ án và yêu cầu điều tra bổ sung của tòa án*. Quy định như vậy sẽ tăng trách nhiệm của VKS trong việc xem xét nội dung yêu cầu điều tra bổ sung của tòa án, nếu thấy không có khả năng tự thực hiện thì phải nhanh chóng trả hồ sơ cho CQĐT để tiến hành điều tra bổ sung trong thời hạn pháp luật cho phép. Hoặc, nhà làm luật cũng có thể lựa chọn cách xử lý khác đó là ấn định một thời hạn (có thể là 03 ngày) để VKS xem xét trước khi ra quyết định trả hồ sơ cho CQĐT²⁷.

3.2.2. *Đối với một số văn bản hướng dẫn thi hành*

- *Đối với Thông tư liên tịch số 02/2018/TTLT-BCA-VKSNDTC-TANDTC ngày 01/02/2018* quy định chi tiết trình tự, thủ tục, thời hạn, địa điểm bị can đọc, ghi chép bản sao tài liệu hoặc tài liệu được số hóa liên quan đến việc buộc tội, gỡ tội hoặc bản sao tài liệu khác liên quan đến bào chữa (gọi tắt là Thông tư liên tịch số 02/2018).

Theo quy định tại khoản 3 Điều 2 của Thông tư này về nguyên tắc áp dụng thì: *“Bị can hoặc người đại diện theo pháp luật của pháp nhân thương mại phạm tội được quyền đọc, ghi chép tài liệu từ sau khi kết thúc điều tra, trong giai đoạn truy tố đến trước khi Tòa án có quyết định đưa vụ án ra xét xử”*. Tiếp đến khoản 1 Điều 4 quy định: *“Người có thẩm quyền tiến hành tố tụng được phân công thụ lý, giải quyết vụ án khi giao bản kết luận điều tra đề nghị truy tố hoặc bản cáo trạng cho bị can hoặc người đại diện theo pháp luật của pháp nhân thương mại phạm tội phải thông báo, giải thích lại cho họ được biết về quyền được đọc, ghi chép bản sao tài liệu hoặc tài liệu được số hóa liên quan đến việc buộc tội, gỡ tội hoặc bản sao tài liệu khác liên quan đến việc bào chữa của họ từ sau khi kết thúc điều tra khi họ có yêu cầu”*.

Những quy định trên cho thấy hai vấn đề: Thứ nhất, bị can được quyền đọc, ghi chép bản sao tài liệu hoặc tài liệu được số hóa liên quan đến việc buộc tội, gỡ tội hoặc bản sao tài liệu khác liên quan đến bào chữa sớm nhất là sau khi kết thúc điều tra, tức là sau khi có bản kết luận điều tra đề nghị truy

²⁷ Tham khảo thêm Nguyễn Thị Thùy Dương (2019), *Giải quyết yêu cầu điều tra bổ sung của Tòa án theo*

Luật TTHS Việt Nam, Luận văn Thạc sĩ luật học, Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh, tr. 7.

tố hoặc đình chỉ điều tra²⁸. Thứ hai, người có thẩm quyền THPT chỉ giải thích lại quyền này cho bị can hoặc người đại diện theo pháp luật của pháp nhân thương mại phạm tội *khi họ có yêu cầu*.

Đối với vấn đề thứ nhất, Điều 6 Thông tư liên tịch số 02/2018 quy định: **“Trong thời hạn 03 ngày, kể từ khi nhận được văn bản yêu cầu được đọc, ghi chép tài liệu của bị can hoặc người đại diện theo pháp luật của pháp nhân thương mại phạm tội thì cơ quan, người có thẩm quyền tiến hành tố tụng đang thụ lý, giải quyết vụ án có trách nhiệm xem xét, giải quyết”**. Trong khi đó khoản 4 Điều 232 BLTTHS năm 2015 quy định: **“Trong thời hạn 02 ngày kể từ ngày ra bản kết luận điều tra, CQĐT phải giao bản kết luận điều tra đề nghị truy tố hoặc bản kết luận điều tra kèm theo quyết định đình chỉ điều tra cùng hồ sơ vụ án cho VKS cùng cấp; giao bản kết luận điều tra đề nghị truy tố hoặc quyết định đình chỉ điều tra cho bị can hoặc người đại diện của bị can”**.

Liên kết tất cả các điều luật đã trình bày cho thấy, quyền được đọc, ghi chép bản sao tài liệu hoặc tài liệu được số hóa chỉ có thể thực hiện trong giai đoạn truy tố. Bởi vì, trong thời hạn 02 ngày kể từ khi có bản kết luận điều tra, CQĐT phải chuyển văn bản này và hồ sơ sang cho VKS; đồng thời lúc này bị can cũng có yêu cầu được đọc, ghi chép bản sao tài liệu hoặc tài liệu được số hóa. Nhưng theo quy định có thể phải mất

²⁸ Tuy nhiên đối với trường hợp đình chỉ điều tra thì bị can không được đọc, ghi chép tài liệu (điểm e khoản 2 Điều 3 Thông tư liên tịch số 02/2018). Theo quan điểm của tác giả, cũng nên xem xét trường hợp mặc dù bị can được đình chỉ điều tra, nhưng không đồng ý với căn cứ đình chỉ thì vẫn có thể được đọc, ghi chép hồ sơ. Đó có thể là những căn cứ được CQTHPT sử dụng để “né tránh” trách nhiệm bồi thường oan sai.

đến 03 ngày thì cơ quan, người có thẩm quyền THPT, cụ thể ở đây là CQĐT, mới quyết định có cho phép thực hiện quyền này hay không. Trong trường hợp được phép thì lúc này vụ án đã chuyển sang giai đoạn truy tố. Như vậy, quy định **“Bị can hoặc người đại diện theo pháp luật của pháp nhân thương mại phạm tội được quyền đọc, ghi chép tài liệu từ sau khi kết thúc điều tra”** tại khoản 3 Điều 2 của Thông tư liên tịch số 02/2018 thiếu tính khả thi trong thực tiễn tố tụng²⁹.

Đối với vấn đề thứ hai, hiện nay có hai cách hiểu về cụm từ “khi họ có yêu cầu”. Một là, yêu cầu này là yêu cầu được đọc, ghi chép bản sao tài liệu hoặc tài liệu được số hóa. Hai là, yêu cầu này là yêu cầu được giải thích về “quyền” được đọc, ghi chép bản sao tài liệu hoặc tài liệu được số hóa. Cả hai cách hiểu đều có một hạn chế đó là nếu bị can không yêu cầu thì người có thẩm quyền THPT không thông báo, giải thích về quyền trên. Do đó, cần quy định rõ theo hướng trong mọi trường hợp khi giao bản kết luận điều tra đề nghị truy tố hoặc bản cáo trạng cho bị can hoặc người đại diện theo pháp luật của pháp nhân thương mại phạm tội thì cơ quan có thẩm quyền THPT phải thông báo, giải thích lại cho họ được

²⁹ Có quan điểm cho rằng, lúc này mặc dù hồ sơ gốc của vụ án đã chuyển sang VKS, nhưng CQĐT vẫn còn bản sao hồ sơ nên trong thực tế vẫn có thể cho bị can đọc, ghi chép (Dương Quốc Nghĩa – Kiểm sát viên trung cấp VKS nhân dân tỉnh Bạc Liêu). Tuy nhiên, xét về lý luận khi VKS nhận hồ sơ vụ án và kết luận điều tra đề nghị truy tố của CQĐT thì giai đoạn điều tra đã kết thúc và giai đoạn truy tố bắt đầu. Như vậy, quan hệ tố tụng giữa bị can với CQĐT cũng chấm dứt theo nên không thể giao trách nhiệm tố chức thực hiện việc đọc, ghi chép tài liệu của bị can cho CQĐT.

biết về quyền được đọc, ghi chép bản sao tài liệu hoặc tài liệu được số hóa.

Bên cạnh đó, Thông tư liên tịch số 02/2018 còn có một điểm thiếu sót khi chưa quy định việc đọc, ghi chép bản sao tài liệu hoặc tài liệu được số hóa của người không biết chữ³⁰. Khoản 3 Điều 7 của Thông tư liên tịch này chỉ điều chỉnh trường hợp bị can hoặc người đại diện theo pháp luật của pháp nhân thương mại phạm tội không sử dụng được tiếng Việt hoặc bị can là người có nhược điểm về thể chất như câm, điếc, mù; bị can là người dưới 18 tuổi. Theo đó, “*cơ quan có thẩm quyền THTT đang thụ lý, giải quyết vụ án phải trung cầu người phiên dịch, người dịch thuật hoặc người biết được cử chỉ, hành vi của người câm, người điếc, chữ của người mù cùng tham gia việc cho bị can hoặc người đại diện theo pháp luật của pháp nhân thương mại phạm tội đọc, ghi chép tài liệu*”. Rõ ràng bị can là người không biết chữ cũng có quyền trên, nhưng pháp luật lại không có quy định đảm bảo thực hiện.

- Đối với Thông tư liên tịch số 03/2018/TTLT-BCA-VKSNDTC-TANDTC-BQP ngày 01/02/2018 hướng dẫn trình tự, thủ tục thực hiện ghi âm hoặc ghi hình có âm thanh việc hỏi cung bị can; sử dụng, bảo quản, lưu trữ kết quả ghi âm hoặc ghi hình có âm thanh việc hỏi cung bị can trong quá trình điều tra, truy tố, xét xử (gọi tắt là Thông tư liên tịch số 03/2018).

Khoản 2 Điều 6 Thông tư liên tịch số 03/2018 quy định: “***Khi kết thúc giai đoạn điều tra vụ án hình sự, giai đoạn truy tố,***

cán bộ chuyên môn sao chép dữ liệu kết quả ghi âm hoặc ghi hình có âm thanh vào thiết bị ngoại vi lưu trữ dữ liệu và bàn giao cho cán bộ hỏi cung hoặc lấy lời khai người đại diện theo pháp luật của pháp nhân thương mại phạm tội. Cán bộ hỏi cung bị can hoặc lấy lời khai người đại diện theo pháp luật của pháp nhân thương mại phạm tội bàn giao thiết bị ngoại vi lưu trữ dữ liệu cùng hồ sơ vụ án phục vụ điều tra, truy tố, xét xử”. Như vậy, theo quy định trên thì việc bàn giao chỉ được thực hiện sau khi kết thúc giai đoạn điều tra hoặc giai đoạn truy tố. Trong khi đó, Điều 7 của Thông tư liên tịch này cho phép một số người có thẩm quyền THTT của CQĐT và VKS được sử dụng kết quả ghi âm hoặc ghi hình có âm thanh ngay trong quá trình điều tra, truy tố trong những trường hợp như: Bị can hoặc người đại diện theo pháp luật của pháp nhân thương mại phạm tội thay đổi lời khai; sử dụng, đánh giá chứng cứ để làm rõ hành vi phạm tội của bị can và đồng phạm khác (nếu có), đảm bảo cho việc giải quyết vụ án được khách quan, toàn diện; kiểm tra việc chấp hành pháp luật của điều tra viên, cán bộ điều tra, kiểm sát viên, kiểm tra viên trong quá trình hỏi cung, lấy lời khai...

Do đó, nếu người có thẩm quyền muốn sử dụng kết quả ghi âm hoặc ghi hình có âm thanh ngay trong quá trình điều tra, truy tố thì thủ tục thực hiện như thế nào, đặc biệt đối với kiểm sát viên trong giai đoạn điều tra? Ngoài ra, điều khoản trên quy định cán bộ hỏi cung hoặc lấy lời khai bàn giao thiết bị ngoại vi lưu trữ dữ liệu cùng hồ sơ vụ án phục vụ điều tra, truy tố, xét xử, nhưng bàn giao cho chủ thể nào thì lại không đề cập. Khi biên bản ghi âm hoặc ghi hình có âm thanh cùng với thiết bị ngoại vi

³⁰ Ý kiến của Kiểm sát viên trung cấp Dương Quốc Nghĩa – VKS nhân dân tỉnh Bạc Liêu khi trao đổi với tác giả bài viết.

lưu trữ dữ liệu chuyển sang cho VKS (theo quy định tại khoản 5 Điều 88 BLTTHS năm 2015) thì việc đóng dấu bút lục có khác gì so với các loại tài liệu khác hay không hiện nay cũng chưa được hướng dẫn. Quy chế công tác ngành kiểm sát cũng chưa chú ý đến vấn đề này.

- Đối với Thông tư liên tịch số 04/2018/TTLT-VKSNDTC-BCA-BQP ngày 19/10/2018 quy định về phối hợp giữa CQĐT và VKS trong việc thực hiện một số quy định của BLTTHS (gọi tắt là Thông tư liên tịch số 04/2018).

Thứ nhất, về thời hạn VKS xét phê chuẩn Quyết định khởi tố bị can của CQĐT.

Thông tư liên tịch số 04/2018 không hướng dẫn thời hạn VKS xét phê chuẩn Quyết định khởi tố bị can của CQĐT nói chung mà chỉ hướng dẫn đối với trường hợp người đang bị tạm giữ. Cụ thể, khoản 3 Điều 10 quy định: “*Thời hạn xét phê chuẩn không quá thời hạn tạm giữ hoặc gia hạn tạm giữ và chậm nhất trước khi hết thời hạn tạm giữ hoặc gia hạn tạm giữ 24 giờ, Cơ quan điều tra phải chuyển hồ sơ đề nghị xét phê chuẩn quyết định khởi tố bị can cho Viện kiểm sát cùng cấp*”³¹. Trong khi đó, Điều 6 Quy định về việc trực ngoài giờ hành chính trong ngành kiểm sát³² về công tác trực nghiệp vụ lại không đề cập đến việc nghiên cứu hồ sơ để phê chuẩn quyết định khởi tố bị can. Do đó, vướng mắc sẽ xảy ra trong trường hợp cần phê chuẩn quyết định khởi tố bị can trong ngày nghỉ. Ví dụ: CQĐT sau 02 ngày tạm giữ A thì gửi hồ sơ đề nghị xét phê chuẩn quyết định khởi tố bị

can cho VKS (vào ngày thứ sáu trong tuần). Trong tình huống này, ai sẽ chịu trách nhiệm nghiên cứu hồ sơ để quyết định việc phê chuẩn là một vấn đề cần được hướng dẫn đầy đủ hơn. Ngoài ra, thông thường một Phó Viện trưởng VKS nhân dân được phân công phụ trách hồ sơ, nhưng người này không phải tuần nào cũng trực lãnh đạo³³. Những vướng mắc, khó khăn này có thể sẽ dẫn đến thực trạng vi phạm thời hạn xét phê chuẩn quyết định khởi tố bị can của CQĐT.

Thứ hai, về thời hạn Thủ trưởng CQĐT ra Quyết định áp dụng biện pháp điều tra tố tụng đặc biệt theo yêu cầu của VKS.

Thông tư liên tịch số 04/2018 đã đặt ra thời hạn CQĐT sau khi ra quyết định áp dụng biện pháp điều tra tố tụng đặc biệt phải gửi hồ sơ đề nghị xét phê chuẩn cho VKS (24 giờ)³⁴; thời hạn VKS quyết định việc phê chuẩn hoặc không phê chuẩn hoặc yêu cầu bổ sung chứng cứ, tài liệu (03 ngày)³⁵. Tuy nhiên, Thông tư liên tịch này không quy định thời hạn Thủ trưởng CQĐT phải ra quyết định áp dụng biện pháp điều tra tố tụng đặc biệt sau khi nhận được yêu cầu của Viện trưởng VKS³⁶. Thiếu vắng quy định này có thể sẽ làm chậm quá trình tiến hành các biện pháp điều tra tố tụng đặc biệt, gây khó khăn cho việc phát hiện và chứng minh tội phạm³⁷.

³¹ Quy định tại Điều 118 BLTTHS năm 2015.

³² Quy định số 01/QyĐ-VKSNDTC, ngày 09/01/2019 của Viện trưởng VKSNDTC.

³³ Thông tin được biết qua trao đổi với Kiểm sát viên trung cấp Dương Quốc Nghĩa – VKS nhân dân tỉnh Bạc Liêu.

³⁴ Khoản 1 Điều 25 Thông tư liên tịch số 04/2018.

³⁵ Khoản 2 Điều 25 Thông tư liên tịch số 04/2018.

³⁶ Theo quy định tại khoản 1 Điều 225 BLTTHS năm 2015.

³⁷ Lê Huỳnh Tấn Duy (2019), “*Biện pháp điều tra tố tụng đặc biệt trong quá trình giải quyết vụ án hình sự về các tội phạm tham nhũng*”, Tạp chí Khoa học pháp lý, số 08(129), tr. 88-89.

MỘT SỐ BẤT CẬP CỦA LUẬT DOANH NGHIỆP NĂM 2014 VỀ GÓP VỐN THÀNH LẬP DOANH NGHIỆP VÀ KIẾN NGHỊ HOÀN THIỆN

*Đặng Hoa Trang**

Tóm tắt: Bài viết trình bày, phân tích một số bất cập của Luật Doanh nghiệp năm 2014 liên quan đến vấn đề góp vốn thành lập doanh nghiệp. Trên cơ sở đó, đề xuất một vài góp ý nhằm hoàn thiện quy định của pháp luật theo hướng: Khái quát hóa định nghĩa về góp vốn, lược bỏ một số đối tượng bị cấm thành lập và quản lý doanh nghiệp, xác định lại đối tượng chịu trách nhiệm trong trường hợp tổ chức thẩm định giá chuyên nghiệp định giá tài sản góp vốn cao hơn giá trị thực tế, bổ sung thêm hậu quả pháp lý trong trường hợp thành viên hợp danh không góp vốn như đã cam kết nhưng không bị khai trừ.

Abstract: The article presents and analyzes certain inadequacies of Vietnam's enterprise law of 2014 related to the capital contribution for the purpose of establishing enterprises. On that basis, the article proposes certain suggestions to improve Vietnam's Enterprise Law of 2014 in the following manner: Generalizing the definition of capital contribution, abolishing a number of entities prohibited to establish and manage enterprises, redefining responsible entities in the case where a professional valuation organization determines contributed assets higher than their actual value, entailing legal consequences in the case where general partners who are not removed from the company fail to contribute capital as committed.

1. Định nghĩa góp vốn

Theo quy định tại khoản 13 Điều 4 Luật Doanh nghiệp năm 2014 (LDN 2014): “Góp vốn là việc góp tài sản để tạo thành vốn điều lệ (VĐL) của công ty. Góp vốn bao gồm góp vốn để thành lập doanh nghiệp hoặc góp thêm VĐL của doanh nghiệp đã thành lập”. Như vậy, bước đầu LDN 2014 đưa ra định nghĩa chung về “góp vốn”, sau đó chia “góp vốn” thành hai trường hợp: (1) Góp vốn để thành lập doanh nghiệp; và (2) Góp thêm VĐL của doanh nghiệp đã thành lập. Mặc dù, hai trường hợp góp vốn này không được định nghĩa chính thức trong LDN

2014, nhưng dựa vào một số quy định liên quan, có thể hiểu như sau:

Góp vốn để thành lập doanh nghiệp: Là trường hợp cá nhân, tổ chức góp tài sản theo cam kết nhằm mục đích thành lập doanh nghiệp. Cam kết này hình thành trước khi doanh nghiệp được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp (Giấy CNĐKDN), hay nói cách khác cam kết hình thành trước khi doanh nghiệp chính thức được thừa nhận về mặt pháp lý; và tài sản góp vốn của cá nhân, tổ chức trong giai đoạn này sẽ tạo thành VĐL ban đầu để doanh nghiệp hoạt động.

Góp thêm VĐL của doanh nghiệp đã thành lập: Là trường hợp cá nhân, tổ chức

* ThS., Khoa Luật Thương mại, Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh.

tiến hành góp tài sản để trở thành chủ sở hữu doanh nghiệp, nhưng cam kết hoặc thỏa thuận góp vốn của họ được hình thành khi doanh nghiệp đã đi vào hoạt động, tức là sau khi doanh nghiệp được cấp Giấy CNĐKDN. Tài sản góp vốn của cá nhân, tổ chức không tạo lập nên VDL ban đầu cho doanh nghiệp mà những tài sản này sẽ làm gia tăng VDL sẵn có của doanh nghiệp.

Nếu chỉ giới hạn khái niệm “góp vốn” ở hai trường hợp nêu trên thì quả thực khoản 13 Điều 4 LDN 2014 liệt kê chưa đầy đủ các trường hợp góp vốn. Trên thực tế, trường hợp cá nhân, tổ chức được thừa kế, tặng cho, nhận trả nợ và nhận chuyển nhượng phần vốn góp (PVG) hoàn toàn không có hành vi trực tiếp chuyển quyền sở hữu tài sản góp vốn cho doanh nghiệp; và thậm chí PVG mà họ được thừa kế, tặng cho, nhận trả nợ, nhận chuyển nhượng cũng không nhằm mục đích thành lập doanh nghiệp hay làm tăng thêm VDL của doanh nghiệp đã thành lập. Có nghĩa, việc sở hữu PVG của cá nhân, tổ chức này không thuộc hai trường hợp góp vốn được liệt kê tại khoản 13 Điều 4 LDN 2014. Thế nhưng, điều này không thể phủ nhận việc họ góp vốn vào doanh nghiệp; vì khi xét đến định nghĩa chung về góp vốn tại khoản 13 Điều 4 LDN 2014 thì cá nhân, tổ chức được thừa kế, tặng cho, nhận trả nợ, nhận chuyển nhượng bằng PVG vẫn sở hữu PVG tạo thành VDL của doanh nghiệp, họ vẫn được pháp luật công nhận là chủ sở hữu của doanh nghiệp. Do vậy, về bản chất, những đối tượng này vẫn có hành vi góp vốn một cách “gián tiếp” cho dù không thực hiện hai hành vi góp vốn quy định tại khoản 13 Điều 4 LDN 2014.

Từ thiếu sót nêu trên, thiết nghĩ khoản 13 Điều 4 LDN 2014 đưa ra định nghĩa về “góp vốn” theo cách thức liệt kê là chưa thực sự hợp lý. Khoản 13 Điều 4 LDN 2014 nên lược bỏ quy định liệt kê hai hành vi góp vốn là: (1) Góp vốn thành lập doanh nghiệp, và (2) Góp thêm VDL của doanh nghiệp đã được thành lập; thay vào đó chỉ nên giữ lại phần định nghĩa chung về “góp vốn”. Với cách quy định khái quát, nêu rõ bản chất của “góp vốn” là gì, sẽ giúp quy định của LDN 2014 ổn định hơn và bao quát tất cả các trường hợp góp vốn hiện còn bị bỏ sót, kể cả những trường hợp góp vốn có thể sẽ phát sinh dưới những hình thái khác trong tương lai.

2. Điều kiện góp vốn thành lập doanh nghiệp

2.1. Điều kiện về đối tượng góp vốn thành lập doanh nghiệp

Về đối tượng được quyền góp vốn thành lập doanh nghiệp, LDN 2014 quy định theo nguyên tắc loại trừ. Theo đó, mọi cá nhân, tổ chức đều có quyền thành lập doanh nghiệp, ngoại trừ các đối tượng quy định tại khoản 2 và khoản 3 Điều 18 LDN 2014.

Trong số các đối tượng bị cấm thành lập doanh nghiệp được liệt kê tại khoản 2 Điều 18 LDN 2014, vẫn có ý kiến trái chiều xoay quanh đối tượng là người đang bị truy cứu trách nhiệm hình sự. Ý kiến này cho rằng, việc cấm người đang bị truy cứu trách nhiệm hình sự thành lập doanh nghiệp là hạn chế quyền tự do kinh doanh của công dân, bởi lẽ theo Điều 31 Hiến pháp năm 2013: “Người bị buộc tội được coi là không có tội cho đến khi được chứng minh theo trình tự luật định và có bản án kết tội của

Tòa án đã có hiệu lực pháp luật”¹. Trong khi đó, người đang bị truy cứu trách nhiệm hình sự không hẳn sẽ bị tòa án tuyên có tội; đồng thời theo nguyên tắc suy đoán vô tội của pháp luật hình sự thì trong giai đoạn truy cứu trách nhiệm hình sự, những người này vẫn được xem là người vô tội². Vì là người vô tội nên họ cần có các quyền cơ bản như những công dân bình thường khác, bao gồm cả quyền tự do kinh doanh và quyền thành lập doanh nghiệp. Do đó, việc LDN 2014 cấm người bị truy cứu trách nhiệm hình sự thành lập doanh nghiệp là chưa hợp lý, và thậm chí còn mâu thuẫn với quy định của Hiến pháp năm 2013. Thiết nghĩ, cũng giống như quy định tại khoản 2 Điều 13

LDN 2005, LDN 2014 nên đưa người đang bị truy cứu trách nhiệm hình sự ra khỏi quy định cấm thành lập doanh nghiệp. Trong trường hợp, họ bị tòa án tuyên có tội và buộc phải thi hành hình phạt tù thì họ có thể lựa chọn thay đổi chủ sở hữu doanh nghiệp bằng cách chuyển nhượng, tặng cho PVG/cổ phần cho người khác có đủ điều kiện theo luật định; nếu không tiến hành thay đổi chủ sở hữu doanh nghiệp thì cơ quan đăng ký kinh doanh có thể căn cứ vào khoản 20 Điều 1 Nghị định số 108/2018/NĐ-CP³ để thu hồi Giấy CNĐKDN đối với trường hợp trên.

Khoản 2 Điều 18 LDN 2014 cũng đề cập đến một loại giấy tờ mà LDN 2005 trước kia không yêu cầu người thành lập doanh nghiệp phải cung cấp, đó là phiếu lý lịch tư pháp. Theo quy định, khi có yêu cầu của cơ quan đăng ký kinh doanh (cơ quan ĐKKD), người thành lập doanh nghiệp phải nộp thêm phiếu lý lịch tư pháp kèm với hồ sơ đăng ký doanh nghiệp. Cho tới nay, chưa có văn bản nào của cơ quan lập pháp lý giải vì sao lại yêu cầu nộp phiếu lý lịch tư pháp và trong những trường hợp cụ thể nào cơ quan ĐKKD được quyền yêu cầu người thành lập doanh nghiệp nộp loại giấy tờ này. Thiết nghĩ, việc LDN 2014 quy định thêm về phiếu lý lịch tư pháp là nhằm mục đích hỗ trợ cơ quan ĐKKD trong việc xác định người thành lập doanh nghiệp có rơi vào các đối tượng quy định tại khoản 2 Điều 18 LDN 2014 hay không. Tuy nhiên, nếu xem xét định nghĩa về phiếu lý lịch tư pháp quy

¹ Tham khảo: Nguyễn Văn Hùng (2015), *Quyền thành lập, quản lý và góp vốn vào doanh nghiệp theo Luật Doanh nghiệp năm 2014 – nhìn dưới góc độ quyền con người*, Tài liệu Hội thảo “Luật Doanh nghiệp và Luật Đầu tư năm 2014: Những đổi mới nhằm hiện thực hóa quyền tự do kinh doanh”, Khoa Luật Thương mại, Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh, Tp. Hồ Chí Minh, ngày 30/10/2015, tr.93.

² Tham khảo:

- Dương Anh Sơn, Trần Thanh Hương (2015), *Một số bình luận về quyền tự do kinh doanh trong Luật Doanh nghiệp năm 2014*, Tài liệu Hội thảo “Luật Doanh nghiệp và Luật Đầu tư năm 2014: Những đổi mới nhằm hiện thực hóa quyền tự do kinh doanh”, Khoa Luật Thương mại, Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh, Tp. Hồ Chí Minh, ngày 30/10/2015, tr.33.

- Nguyễn Văn Hùng (2015), *Quyền thành lập, quản lý và góp vốn vào doanh nghiệp theo Luật Doanh nghiệp năm 2014 – nhìn dưới góc độ quyền con người*, Tài liệu Hội thảo “Luật Doanh nghiệp và Luật Đầu tư năm 2014: Những đổi mới nhằm hiện thực hóa quyền tự do kinh doanh”, Khoa Luật Thương mại, Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh, Tp. Hồ Chí Minh, ngày 30/10/2015, tr.94.

- Nguyễn Thanh Tùng (2018), *Thành lập, góp vốn vào doanh nghiệp trong Luật Doanh nghiệp năm 2014 – Hạn chế và kiến nghị*, nguồn: <https://tapchitoaan.vn/bai-viet/kinh-doanh/thanh-lap-gop-vo-n-vao-doanh-nghiep-trong-ldn-nam-2014-han-che-va-kien-nghi>, truy cập ngày 5/6/2019.

³ Nghị định số 108/2018/NĐ-CP ngày 23/08/2018 về “sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định số 78/2015/NĐ-CP ngày 14/9/2015 của Chính phủ về đăng ký doanh nghiệp”. Sau đây, viết tắt là Nghị định 108/2018/NĐ-CP.

định tại khoản 4 Điều 2 Luật Lý lịch tư pháp năm 2009 thì “Phiếu lý lịch tư pháp là phiếu do cơ quan quản lý cơ sở dữ liệu lý lịch tư pháp cấp có giá trị chứng minh cá nhân có hay không có án tích; bị cấm hay không bị cấm đảm nhận chức vụ, thành lập, quản lý doanh nghiệp, hợp tác xã trong trường hợp doanh nghiệp, hợp tác xã bị tòa án tuyên bố phá sản”. Như vậy, phiếu lý lịch tư pháp chỉ giúp loại trừ được đối tượng bị cấm thành lập doanh nghiệp trong trường hợp trước đó doanh nghiệp của người này bị tuyên bố phá sản theo quyết định của tòa án mà thôi; ngoài ra, các trường hợp còn lại quy định tại khoản 2 Điều 18 LDN 2014 thì không thể dựa vào phiếu lý lịch tư pháp để xác định được. Quan trọng hơn cả, việc LDN 2014 quy định một cách chung chung, không nêu rõ trường hợp cụ thể nào người thành lập doanh nghiệp phải nộp phiếu lý lịch tư pháp dễ dẫn đến tình trạng yêu cầu này bị áp dụng một cách tùy nghi, mà bản thân người bị yêu cầu cũng không rõ lý do vì sao. Quy định về yêu cầu phiếu lý lịch tư pháp tuy mới, nhưng suy cho cùng không mang lại hiệu quả như mong đợi, thay vào đó còn làm cho thủ tục thành lập doanh nghiệp trở nên rườm rà và thời gian đăng ký thành lập doanh nghiệp bị kéo dài hơn. Bởi lẽ, nếu bị yêu cầu nộp phiếu lý lịch tư pháp, thời hạn để doanh nghiệp hoàn tất thủ tục đăng ký thành lập doanh nghiệp có thể kéo dài thêm 10 ngày so với thời hạn thông thường⁴. Trong khi đó, theo chủ trương của

Bộ Kế hoạch và Đầu tư thì Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Đầu tư và Luật Doanh nghiệp sắp tới cần theo hướng đơn giản hóa và rút ngắn thời gian thành lập doanh nghiệp hơn nữa⁵. Thiết nghĩ, để phù hợp với chủ trương của Bộ, cũng như giảm bớt phiền hà cho doanh nghiệp, LDN 2014 nên bỏ yêu cầu về phiếu lý lịch tư pháp đối với người thành lập doanh nghiệp. Hơn nữa, thực tế cho thấy, nếu người thành lập doanh nghiệp rơi vào các trường hợp cấm thành lập doanh nghiệp còn lại của khoản 2 Điều 18 LDN 2014, thì vốn dĩ cơ quan ĐKKD cũng chỉ có thể hậu kiểm, tức phát hiện hay kiểm tra sau khi doanh nghiệp đã được cấp Giấy CNĐKDN, cho nên trường hợp cấm thành lập doanh nghiệp do trước đó doanh nghiệp của người này bị tòa án tuyên bố phá sản cũng nên áp dụng tương tự như vậy.

Khoản 3 Điều 18 LDN 2014 quy định các đối tượng bị cấm góp vốn, mua cổ phần, mua PVG trong doanh nghiệp. Điều khoản này không trực tiếp nói đến việc cấm thành lập doanh nghiệp, nhưng về bản chất một khi các đối tượng bị cấm *góp vốn* thì họ cũng sẽ bị cấm *góp vốn thành lập* doanh nghiệp, và cấm *góp thêm VDL* của doanh nghiệp đã được thành lập⁶. Khoản 3 Điều 18

định tại khoản 2 Điều 47 của Luật này, trường hợp phải xác minh về điều kiện đương nhiên được xóa án tích quy định tại khoản 3 Điều 44 của Luật này thì thời gian không quá 15 ngày”.

⁵ Xem: Bộ Kế hoạch và Đầu tư, Tờ trình Chính phủ số 1319/TTR-BKHDT về “Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Đầu tư và Luật Doanh nghiệp”, ngày 04/03/2019.

⁶ Khoản 13 Điều 4 LDN 2014 quy định: “...Góp vốn bao gồm góp vốn để thành lập doanh nghiệp hoặc góp thêm vốn điều lệ của doanh nghiệp đã thành lập”. Như vậy, đối tượng bị cấm góp vốn sẽ bị cấm góp vốn thành lập doanh nghiệp và cả cấm góp thêm vốn điều lệ khi doanh nghiệp đã thành lập.

⁴ Xem: Khoản 1 Điều 48 Luật Lý lịch tư pháp năm 2009: “Thời hạn cấp Phiếu lý lịch tư pháp không quá 10 ngày, kể từ ngày nhận được yêu cầu hợp lệ. Trường hợp người được cấp Phiếu lý lịch tư pháp là công dân Việt Nam đã cư trú ở nhiều nơi hoặc có thời gian cư trú ở nước ngoài, người nước ngoài quy

LDN 2014 quy định về hai nhóm đối tượng bị cấm, trong đó, nhóm đối tượng quy định tại điểm b khoản 3 Điều 18 LDN 2014 được dẫn chiếu đến quy định của pháp luật về cán bộ, công chức. Như vậy, muốn biết rõ đối tượng nào bị cấm góp vốn theo điểm b khoản 3 Điều 18 LDN 2014 thì phải xem quy định của pháp luật về cán bộ, công chức, cụ thể là khoản 4 Điều 20 Luật Phòng chống tham nhũng năm 2018: “Người đứng đầu, cấp phó của người đứng đầu cơ quan nhà nước không được góp vốn vào doanh nghiệp hoạt động trong phạm vi ngành, nghề mà người đó trực tiếp thực hiện việc quản lý nhà nước hoặc vợ, chồng, bố, mẹ, con kinh doanh trong phạm vi ngành, nghề do người đó trực tiếp thực hiện việc quản lý nhà nước”. Điều khoản này quy định về hai nhóm đối tượng bị cấm:

Nhóm đầu tiên là người đứng đầu, cấp phó của người đứng đầu cơ quan nhà nước – họ đều là cán bộ, công chức nhà nước nên đối tượng này còn chịu sự điều chỉnh của khoản 2 Điều 18 LDN 2014. Do đó, nhóm này không chỉ bị *cấm góp vốn thành lập* những doanh nghiệp hoạt động trong phạm vi ngành, nghề họ trực tiếp thực hiện việc quản lý nhà nước, mà còn bị *cấm góp vốn thành lập* những doanh nghiệp khác. Nhưng nếu *góp thêm VDL* của doanh nghiệp đã thành lập thì nhóm này chỉ bị cấm đối với những doanh nghiệp hoạt động trong phạm vi ngành, nghề họ trực tiếp thực hiện việc quản lý nhà nước mà thôi.

Nhóm đối tượng thứ hai là vợ, chồng, bố, mẹ, con của người đứng đầu, của cấp phó của người đứng đầu cơ quan nhà nước bị cấm kinh doanh trong phạm vi ngành, nghề mà người đó trực tiếp thực hiện việc

quản lý nhà nước. Theo khoản 16 Điều 4 LDN 2014, kinh doanh được hiểu là “việc thực hiện liên tục một, một số hoặc tất cả các công đoạn của quá trình, đầu tư, từ sản xuất đến tiêu thụ sản phẩm hoặc cung ứng dịch vụ trên thị trường nhằm mục đích sinh lợi”, theo đó nội hàm của “kinh doanh” sẽ bao gồm công đoạn “đầu tư”; mà công đoạn “đầu tư” lại bao gồm hoạt động “góp vốn” vì khoản 5 Điều 3 Luật Đầu tư năm 2014 định nghĩa về “đầu tư” như sau: “Đầu tư kinh doanh là việc nhà đầu tư bỏ vốn đầu tư để thực hiện hoạt động kinh doanh thông qua việc thành lập tổ chức kinh tế; đầu tư góp vốn, mua cổ phần, phần vốn góp của tổ chức kinh tế; đầu tư theo hình thức hợp đồng hoặc thực hiện dự án đầu tư”. Như vậy, “kinh doanh” mà khoản 4 Điều 20 Luật Phòng chống tham nhũng năm 2018 đề cập cũng sẽ bao gồm cả hoạt động “góp vốn”. Hay nói cách khác vợ, chồng, bố, mẹ, con của người đứng đầu, của cấp phó của người đứng đầu cơ quan nhà nước nếu bị cấm kinh doanh thì cũng sẽ bị cấm *góp vốn* vào doanh nghiệp kinh doanh ngành, nghề mà người đứng đầu, cấp phó của người đứng đầu cơ quan nhà nước trực tiếp thực hiện việc quản lý nhà nước, bao gồm cả *cấm góp vốn thành lập và cấm góp thêm VDL* vào những doanh nghiệp này.

Tuy nhiên, không giống như người đứng đầu, cấp phó của người đứng đầu cơ quan nhà nước được quy định minh thị tại điểm b khoản 2 Điều 18 LDN 2014 – quy định về các đối tượng bị cấm thành lập doanh nghiệp; nhóm đối tượng vợ, chồng, bố, mẹ, con của người đứng đầu hay cấp phó của người đứng đầu cơ quan nhà nước tuy cũng bị *cấm góp vốn thành lập* doanh

nghiệp, nhưng lại không thấy nhắc đến tại khoản 2 Điều 18 LDN 2014. Rõ ràng thiếu sót như vậy sẽ tạo nên cách hiểu không thống nhất trong LDN 2014, do đó, thiết nghĩ LDN 2014 cần bổ sung nhóm đối tượng này vào đối tượng bị cấm thành lập doanh nghiệp quy định tại khoản 2 Điều 18 LDN 2014.

2.2. Điều kiện về tài sản góp vốn và định giá tài sản góp vốn khi thành lập doanh nghiệp

Khi góp vốn thành lập doanh nghiệp, nếu tài sản góp vốn không phải là tiền đồng Việt Nam, vàng, ngoại tệ tự do chuyển đổi thì phải tiến hành định giá. Khoản 2 Điều 37 LDN 2014 quy định cụ thể nguyên tắc định giá tài sản góp vốn khi thành lập doanh nghiệp như sau: (1) Trường hợp các chủ sở hữu doanh nghiệp tự tiến hành định giá thì giá trị của tài sản góp vốn sẽ được xác định dựa trên nguyên tắc nhất trí, tức phải được sự đồng thuận của tất cả thành viên hoặc tất cả cổ đông sáng lập (CĐSL); (2) Trường hợp thuê tổ chức thẩm định giá chuyên nghiệp định giá tài sản góp vốn thì giá trị tài sản góp vốn phải được đa số các thành viên hoặc CĐSL chấp thuận (định giá theo nguyên tắc đa số). Mặc dù, khoản 2 Điều 37 LDN 2014 không cấm doanh nghiệp định giá tài sản góp vốn cao hơn giá trị thực tế của tài sản tại thời điểm góp vốn, nhưng lại quy định chế tài đối với các chủ thể liên quan nếu định giá tài sản góp vốn không chính xác, nhằm ngăn chặn trường hợp các chủ sở hữu của doanh nghiệp thông đồng với nhau cố tình định giá tài sản góp vốn không đúng để đẩy VĐL lên cao, giúp doanh nghiệp tiến hành các giao dịch có giá trị lớn được thuận lợi hơn, dẫn đến hệ lụy

tiêu cực cho đối tác và chủ nợ của doanh nghiệp khi mà những kỳ vọng của họ về khả năng trả nợ, khả năng thực hiện giao dịch của doanh nghiệp được gây dựng dựa trên thông tin về VĐL không chính xác. Tuy nhiên, chế tài mà khoản 2 Điều 37 LDN 2014 quy định vẫn chưa hợp lý, cụ thể hai điểm sau:

(1) *Căn cứ để áp dụng chế tài*: Là khi doanh nghiệp định giá tài sản góp vốn cao hơn giá trị thực tế của tài sản tại thời điểm góp vốn (*giá trị định giá – giá trị thực tế tại thời điểm góp vốn*), nhưng căn cứ để tính giá trị tài sản để thành viên, CĐSL liên đới chịu trách nhiệm lại dựa trên số chênh lệch giữa giá trị được định giá và giá trị thực tế của tài sản góp vốn tại thời điểm kết thúc định giá (*giá trị định giá – giá trị thực tế tại thời điểm kết thúc định giá*). Như vậy, nếu LDN 2014 dùng “*giá trị thực tế của tài sản tại thời điểm góp vốn*” để làm căn cứ áp dụng chế tài thì chưa hợp lý. Vì, tại thời điểm góp vốn chưa hẳn doanh nghiệp đã tiến hành định giá tài sản góp vốn ngay lập tức, cho nên rất khó để biết được giá trị thực tế của tài sản tại thời điểm góp vốn là bao nhiêu để từ đó có căn cứ áp dụng chế tài. Trong khi đây đều là những tài sản cần phải định giá trên thực tế mới biết rõ giá trị thực của tài sản là bao nhiêu. Thiết nghĩ, khoản 2 Điều 37 LDN 2014 nên quy định: “*Trường hợp tài sản góp vốn được định giá cao hơn giá trị thực tế của tài sản tại thời điểm kết thúc định giá thì các thành viên, CĐSL liên đới góp thêm bằng số chênh lệch giữa giá trị được định giá và giá trị thực tế của tài sản góp vốn tại thời điểm kết thúc định giá...*”. Sự thay đổi này sẽ tạo điều kiện để việc xác định căn cứ áp dụng chế tài được thuận lợi

và chính xác hơn, nhưng vẫn không làm thay đổi bản chất và mục đích của chế tài.

(2) *Đối tượng chịu chế tài*: Theo quy định, tất cả thành viên, CĐSL sẽ phải liên đới chịu trách nhiệm đối với việc tài sản góp vốn được định giá cao hơn giá trị thực tế của tài sản tại thời điểm góp vốn, không kể giá trị được định giá là do thành viên, CĐSL tự định giá hay do tổ chức thẩm định giá chuyên nghiệp định giá. Trách nhiệm liên đới áp dụng cho tất cả thành viên, CĐSL là hợp lý, nhưng chỉ trong trường hợp tài sản góp vốn được định giá bởi sự thỏa thuận giữa các thành viên, CĐSL mà không thuê tổ chức định giá chuyên nghiệp định giá. Khi ấy giá trị tài sản góp vốn là kết quả của sự thống nhất/đồng thuận của tất cả thành viên, CĐSL. Mỗi thành viên, CĐSL đều phải chịu một phần trách nhiệm đối với hành vi của mình. Tuy nhiên, sẽ không hợp lý trong trường hợp tài sản góp vốn là do tổ chức thẩm định giá chuyên nghiệp tiến hành định giá. Vì giá trị tài sản góp vốn lúc bấy giờ được chấp thuận dựa trên nguyên tắc đa số. Theo đó, sẽ có thành viên, CĐSL không đồng ý với giá trị do tổ chức thẩm định giá chuyên nghiệp đưa ra. Vì không đồng ý nên họ cũng không có lỗi trong việc định giá tài sản góp vốn cao hơn giá trị thực tế của tài sản góp vốn. Do vậy, sẽ công bằng hơn nếu như loại trừ trách nhiệm của những thành viên, CĐSL này. Thiết nghĩ, khoản 2 Điều 37 LDN 2014 nên quy định bổ sung thêm: "...các thành viên, CĐSL cùng liên đới chịu trách nhiệm góp thêm số chênh lệch giữa giá trị được định giá và giá trị thực tế của tài sản góp vốn tại thời điểm kết thúc định giá; đồng thời liên đới chịu trách nhiệm đối với thiệt hại do cố ý định giá tài sản góp vốn

cao hơn giá trị thực tế. Các thành viên, CĐSL bỏ phiếu phản đối đối với giá trị tài sản góp vốn do tổ chức thẩm định giá chuyên nghiệp định giá sẽ được miễn trừ khỏi trách nhiệm nêu trên".

3. Thủ tục góp vốn thành lập doanh nghiệp

LDN 2014 không có quy định về thủ tục góp vốn thành lập doanh nghiệp tư nhân. Đối với doanh nghiệp tư nhân, chủ doanh nghiệp không phải làm thủ tục chuyển quyền sở hữu tài sản đầu tư cho doanh nghiệp, và số tài sản chủ doanh nghiệp tư nhân bỏ vào để đầu tư kinh doanh cũng không được gọi là VDL mà gọi là vốn đầu tư⁷. Trong khi đó, định nghĩa về "góp vốn" quy định tại khoản 13 Điều 4 LDN 2014 có nêu rõ: "Góp vốn là việc góp tài sản để tạo thành *vốn điều lệ* của công ty...". Chủ doanh nghiệp tư nhân không chuyển quyền sở hữu tài sản cho doanh nghiệp để tạo thành VDL, cho nên theo định nghĩa trên chủ doanh nghiệp tư nhân không có hành vi góp vốn như những chủ sở hữu doanh nghiệp khác, thay vào đó chủ doanh nghiệp tư nhân sẽ chủ động đăng ký vốn đầu tư với cơ quan ĐKKD. Quy định về đăng ký vốn đầu tư của chủ doanh nghiệp tư nhân cũng được LDN 2014⁸ quy định khá đơn giản, chủ yếu dành quyền tự chủ cho chủ sở hữu quyết định hơn là can thiệp điều chỉnh chi tiết như đối với công ty trách nhiệm hữu hạn hay công ty cổ phần. Đây cũng là đặc trưng của mô hình doanh nghiệp tư nhân, đi kèm với chế độ trách nhiệm vô

⁷ Xem khoản 2 Điều 36, Điều 184 LDN 2014.

⁸ Xem Điều 184 LDN 2014 và Điều 50 Nghị định số 78/2015/NĐ-CP ngày 14/09/2015 "về đăng ký doanh nghiệp".

hạn thì đổi lại mô hình này sẽ đem đến cho chủ sở hữu của nó quyền chủ động quyết định phần lớn các vấn đề liên quan đến doanh nghiệp.

Không giống doanh nghiệp tư nhân, công ty hợp danh có hẳn một quy định riêng về “thực hiện góp vốn” tại Điều 173 LDN 2014. Tuy nhiên, điều khoản này không quy định về thời hạn góp vốn tối đa của thành viên là bao lâu, mà chỉ tập trung quy định về trách nhiệm của thành viên phải góp đủ và đúng hạn số vốn đã cam kết, cũng như hậu quả pháp lý của việc thành viên không góp đủ và đúng hạn số vốn đã cam kết. Có thể hiểu, LDN 2014 cho phép thành viên công ty hợp danh được tự thỏa thuận với nhau về thời hạn góp vốn của mình, nhưng bên cạnh đó Luật cũng nỗ lực để hạn chế tối đa thời gian “VĐL ảo” bị kéo dài do thời hạn góp vốn kéo dài, bằng cách đưa ra những hậu quả pháp lý mà thành viên công ty sẽ gánh chịu do không góp đủ và đúng hạn số vốn cam kết, cụ thể:

Thứ nhất, thành viên hợp danh không góp đủ và đúng hạn số vốn cam kết và gây ra thiệt hại cho công ty thì theo khoản 2 Điều 173 LDN 2014, thành viên hợp danh phải chịu trách nhiệm bồi thường thiệt hại cho công ty. Thành viên hợp danh cũng có thể bị khai trừ ra khỏi công ty theo điểm a khoản 3 Điều 180 LDN 2014 nếu công ty đã có yêu cầu lần thứ hai mà thành viên hợp danh vẫn không góp đủ số vốn cam kết. Tuy nhiên, để thành viên hợp danh bị khai trừ trong trường hợp nêu trên, thì theo điểm d khoản 3 Điều 177 LDN 2014 phải được ít nhất ba phần tư tổng số thành viên hợp danh bỏ phiếu chấp thuận. Vấn đề đặt ra là, trong trường hợp không đủ tỷ lệ biểu quyết để

khai trừ thì hệ quả là gì? Thành viên này vẫn là thành viên hợp danh của công ty, nhưng số vốn của họ sẽ là vốn cam kết hay vốn thực góp? Phần vốn chưa góp đủ có được coi là nợ của thành viên hợp danh đối với công ty hay không? Vì tài sản công ty sẽ được ưu tiên để trang trải các khoản nợ phát sinh từ hoạt động kinh doanh của công ty, mà một trong những nguồn tài sản của công ty chính là PVG của thành viên hợp danh. Vậy, khi tài sản công ty không đủ thanh toán hết số nợ của công ty, các thành viên hợp danh phải liên đới chịu trách nhiệm thanh toán số nợ còn lại⁹ và theo đó các thành viên hợp danh có phải chịu luôn cả phần vốn chưa góp đủ của thành viên hợp danh này hay không? Thiết nghĩ, để tránh nảy sinh tranh chấp giữa thành viên hợp danh với nhau, LDN 2014 nên quy định rõ: Trường hợp thành viên hợp danh không góp đủ số vốn cam kết sau khi công ty đã có yêu cầu lần thứ hai và không đủ tỷ lệ biểu quyết để khai trừ thì PVG của thành viên đó sẽ tương ứng với số vốn thực góp. Công ty hợp danh phải đăng ký điều chỉnh VĐL tương ứng với tổng số vốn mà các thành viên đã góp.

Thứ hai, thành viên góp vốn không góp đủ và đúng hạn số vốn cam kết thì theo khoản 3 Điều 173 LDN 2014 sẽ xảy ra một trong hai hệ quả sau: (1) Thành viên góp vốn có thể bị khai trừ theo quyết định của Hội đồng thành viên nếu đủ tỷ lệ khai trừ theo điểm d khoản 3 Điều 177 LDN 2014; (2) Nếu không đủ tỷ lệ khai trừ thì thành viên này vẫn là thành viên góp vốn của công ty, nhưng số vốn chưa góp đủ sẽ được

⁹ Xem điểm đ khoản 2 Điều 176 Luật LDN 2014.

xem là nợ của thành viên đó đối với công ty. Tương tự quan điểm đã thể hiện ở trường hợp đầu tiên, thiết nghĩ trong trường hợp thành viên góp vốn không bị Hội đồng thành viên khai trừ, công ty vẫn nên công nhận tư cách thành viên cho người này, nhưng quyền và nghĩa vụ của họ chỉ tương ứng với số vốn đã góp, và công ty nên đăng ký điều chỉnh VĐL cho bằng với tổng số vốn mà các thành viên thực góp hơn là ghi nhận số vốn chưa góp đủ của thành viên như một khoản nợ, đặc biệt trong bối cảnh LDN 2014 cũng không có quy định chế tài nào khác trong trường hợp thành viên vẫn cố tình không thanh toán khoản nợ nói trên. Quy định như vậy sẽ góp phần hạn chế tình trạng “VĐL ảo” của công ty hợp danh bị kéo dài mà không có hồi kết, đồng thời cũng tránh được tình trạng tranh chấp giữa các thành viên về vấn đề chịu trách nhiệm đối với các khoản nợ của công ty sau khi công ty chấm dứt hoạt động.

Đối với công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty cổ phần, LDN 2014 can thiệp điều chỉnh chi tiết hơn vấn đề góp vốn của các thành viên, chủ sở hữu và cổ đông công ty. Theo quy định¹⁰, thành viên công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên, chủ sở hữu công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên và cổ đông công ty cổ phần có thời hạn góp vốn thành lập và thời hạn thanh toán số cổ phần đã đăng ký mua tại thời điểm đăng ký doanh nghiệp tối đa là 90 ngày kể từ ngày công ty được cấp Giấy CNĐKDN. Các thành viên và cổ đông công ty cổ phần có thể thỏa thuận một thời hạn góp vốn khác, nhưng không được vượt quá

90 ngày nêu trên. Khi hết thời hạn góp vốn, nếu có thành viên, chủ sở hữu hoặc cổ đông không góp đủ số vốn đã cam kết hay không thanh toán đủ số cổ phần đã đăng ký mua thì công ty buộc phải đi đăng ký điều chỉnh VĐL cho bằng với số vốn thực góp; và những người này sẽ phải chịu trách nhiệm đối với công ty. Ở đây, có sự khác biệt về phạm vi chịu trách nhiệm do không góp đúng và đủ số vốn cam kết hay số cổ phần đã đăng ký mua giữa thành viên công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên và chủ sở hữu công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên, cổ đông công ty cổ phần. Thiết nghĩ, sự khác biệt trên là bất cập cần được sửa đổi trong thời gian sắp tới, cụ thể:

Theo quy định tại khoản 3 Điều 48 LDN 2014, trong công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên, khi hết thời hạn góp vốn thành viên chưa góp vốn theo cam kết sẽ không còn là thành viên của công ty nữa, vì không còn là thành viên của công ty nữa nên họ không được hưởng bất kỳ quyền lợi nào từ công ty dưới tư cách thành viên công ty. Còn thành viên chưa góp đủ số vốn cam kết vẫn tiếp tục là thành viên công ty, nhưng sẽ có quyền tương ứng với số vốn đã góp. Tiếp đến khoản 4 Điều 48 LDN 2014 lại quy định, trường hợp có thành viên chưa góp hoặc chưa góp đủ số vốn đã cam kết thì thành viên đó phải chịu trách nhiệm tương ứng với phần vốn đã cam kết đối với nghĩa vụ tài chính của công ty phát sinh *trước ngày công ty đăng ký thay đổi VĐL và PVG của thành viên*. Như vậy, trong khoảng thời gian từ lúc hết thời hạn góp vốn cho tới khi công ty đăng ký điều chỉnh VĐL, thành viên chưa góp không là thành viên công ty, không có bất kỳ quyền nào trong công ty;

¹⁰ Xem Điều 48, Điều 74 và Điều 112 LDN 2014.

còn thành viên chưa góp đủ số vốn cam kết chỉ có quyền tương ứng với số vốn đã góp. Tuy nhiên, cả hai thành viên này lại chịu trách nhiệm tương ứng với số vốn cam kết đối với nghĩa vụ tài chính của công ty phát sinh *trước thời điểm đăng ký điều chỉnh VDL*. Có nghĩa là, trong giai đoạn từ lúc hết thời hạn góp vốn cho tới khi công ty đăng ký điều chỉnh VDL, thành viên sẽ chịu trách nhiệm nhiều hơn quyền lợi mà thành viên nhận được từ công ty. Điều này không thỏa đáng và không công bằng đối với thành viên công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên. Trong khi đó, cũng là công ty đối vốn như công ty trách nhiệm hữu hạn nhưng cách LDN 2014 quy định về phạm vi chịu trách nhiệm của cổ đông công ty cổ phần lại có phần công bằng và minh bạch hơn. Theo khoản 4 Điều 112 LDN 2014, cổ đông chưa thanh toán hoặc chưa thanh toán đủ số cổ phần đã đăng ký mua sẽ chịu trách nhiệm tương ứng với tổng giá trị mệnh giá cổ phần đã đăng ký mua đối với các nghĩa vụ tài chính của công ty phát sinh *trong thời hạn góp vốn*. Thay vì buộc các cổ đông chịu trách nhiệm tương ứng với tổng giá trị mệnh giá cổ phần đã đăng ký mua đối với nghĩa vụ tài chính của công ty phát sinh *trước thời điểm công ty đăng ký điều chỉnh VDL*, ở đây LDN 2014 lại xác định trách nhiệm của cổ đông chỉ nằm trong phạm vi các nghĩa vụ tài chính phát sinh *trong thời hạn góp vốn* mà thôi. Quy định này là hợp lý, vì trong thời hạn góp vốn, cổ đông sẽ có quyền tương ứng với số cổ phần đã đăng ký mua¹¹, cho nên cổ đông cũng phải chịu trách nhiệm tương ứng với tổng mệnh giá cổ phần đã đăng ký mua đối với các khoản nợ của công

ty phát sinh trong giai đoạn này. Còn sau thời hạn góp vốn, quyền của cổ đông chỉ tương ứng với tổng mệnh giá cổ phần đã thanh toán, theo đó, trách nhiệm họ gánh vác đối với nghĩa vụ tài chính của công ty phát sinh sau thời hạn góp vốn cũng cần được giới hạn trong phạm vi tổng mệnh giá cổ phần mà họ đã thanh toán cho công ty. Do đó, thiết nghĩ khoản 4 Điều 48 LDN 2014 nên thay đổi cách xác định phạm vi chịu trách nhiệm của thành viên công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên theo hướng phù hợp hơn như cách khoản 4 Điều 112 LDN 2014 đã quy định đối với công ty cổ phần.

4. Kết luận và kiến nghị

Từ những phân tích đã được trình bày, bài viết có một số kiến nghị nhằm góp phần hoàn thiện quy định của LDN 2014 về góp vốn thành lập doanh nghiệp như sau:

- Sửa đổi khoản 13 Điều 4 LDN 2014 theo hướng lược bỏ nội dung liệt kê từng trường hợp được xem là góp vốn vào doanh nghiệp. Theo đó, nội dung khoản 13 Điều 4 LDN 2014 chỉ gồm định nghĩa chung về góp vốn nêu rõ bản chất của góp vốn, cụ thể: “Góp vốn là việc góp tài sản để tạo thành VDL của công ty”.

- Điều chỉnh khoản 2 Điều 18 LDN 2014 theo hướng: (1) Không đưa “người bị truy cứu trách nhiệm hình sự” vào đối tượng bị cấm thành lập và quản lý doanh nghiệp; (2) Bổ sung thêm quy định “vợ, chồng, bố, mẹ, con của người đứng đầu, của cấp phó của người đứng đầu cơ quan nhà nước không được góp vốn thành lập doanh nghiệp kinh doanh trong phạm vi ngành, nghề mà người đó trực tiếp thực hiện việc quản lý nhà nước”; (3) Loại bỏ quy định về

¹¹ Xem khoản 2 Điều 112 LDN 2014.

việc người đăng ký thành lập doanh nghiệp phải nộp phiếu lý lịch tư pháp khi đăng ký thành lập doanh nghiệp.

- Điều chỉnh nội dung khoản 2 Điều 37 LDN 2014 như sau: “Trường hợp tài sản góp vốn được định giá cao hơn giá trị thực tế của tài sản góp vốn tại thời điểm kết thúc định giá thì các thành viên, CDSL cùng liên đới chịu trách nhiệm góp thêm số chênh lệch giữa giá trị được định giá và giá trị thực tế của tài sản góp vốn tại thời điểm kết thúc định giá; đồng thời liên đới chịu trách nhiệm đối với thiệt hại do cố ý định giá tài sản góp vốn cao hơn giá trị thực tế. Các thành viên, CDSL bỏ phiếu phản đối đối với giá trị tài sản góp vốn do tổ chức thẩm định giá chuyên nghiệp định giá sẽ được miễn trừ khỏi trách nhiệm nêu trên”.

- Bổ sung vào khoản 2 Điều 173 LDN 2014 quy định: “Trường hợp thành viên hợp danh không góp đủ và đúng hạn số vốn cam

kết sau khi công ty đã có yêu cầu lần thứ hai và không đủ tỷ lệ biểu quyết để khai trừ thành viên hợp danh đó, thì PVG của thành viên hợp danh sẽ tương ứng với số vốn mà thành viên hợp danh đã góp vào công ty. Công ty hợp danh phải đăng ký điều chỉnh VDL tương ứng với tổng số vốn mà các thành viên đã góp”.

- Sửa khoản 4 Điều 48 LDN 2014 như sau: “Trường hợp thành viên chưa góp hoặc chưa góp đủ số vốn đã cam kết, công ty phải đăng ký điều chỉnh VDL, tỷ lệ PVG của các thành viên bằng số vốn đã góp trong thời hạn 60 ngày, kể từ ngày cuối cùng phải góp đủ PVG theo khoản 2 Điều này. Các thành viên chưa góp vốn hoặc chưa góp đủ số vốn đã cam kết phải chịu trách nhiệm tương ứng với PVG đã cam kết đối với các nghĩa vụ tài chính của công ty phát sinh trong thời hạn góp vốn”.

(Tiếp theo trang 57 – Một số bất cập về bổ nhiệm công chức...)

Thứ ba, tăng cường các giải pháp ngăn ngừa việc bổ nhiệm sai cán bộ, công chức trong cơ quan nhà nước cấp tỉnh. Hiện nay, ở nhiều tỉnh còn tồn tại các quyết định bổ nhiệm sai và đã được Thanh tra Bộ Nội vụ chỉ ra trên thực tế. Do đó, theo nhóm tác giả, chính quyền cấp tỉnh cần chú trọng 03 giải pháp dưới đây để ngăn ngừa việc bổ nhiệm sai công chức trong cơ quan nhà nước cấp tỉnh như sau: (1) Tăng cường sự giám sát của Hội đồng nhân dân cấp tỉnh đối với các quyết định bổ nhiệm của UBND tỉnh nhằm tránh các trường hợp Chủ tịch UBND tỉnh ra các quyết định bổ nhiệm sai

thẩm quyền; (2) Giám sát việc ban hành các văn bản của Hội đồng nhân dân và UBND tỉnh về việc quy định các điều kiện tiêu chuẩn bổ nhiệm chức danh, nhằm tránh các trường hợp cấp tỉnh bổ sung thêm những tiêu chuẩn điều kiện chức danh không cần thiết so với yêu cầu pháp luật hoặc hạ tiêu chuẩn, điều kiện trái với yêu cầu cơ bản của pháp luật về bổ nhiệm công chức; (3) Định kỳ rà soát, kiểm tra, thanh tra việc bổ nhiệm như: Có đảm bảo các tiêu chí bổ nhiệm hay không? Hoặc kỹ thuật trong ban hành quyết định bổ nhiệm có bị sai sót hay không?

THẺ LỆ GỬI BÀI CHO TẠP CHÍ NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

1. Bài viết gửi tới Tạp chí Nhà nước và Pháp luật là các bài nghiên cứu khoa học pháp lý có nội dung mới, công bố kết quả nghiên cứu, giới thiệu kinh nghiệm trong nước và quốc tế, trao đổi khoa học, bình luận, phản biện về những vấn đề lý luận và thực tiễn thuộc lĩnh vực nhà nước và pháp luật.

2. Bài gửi Tạp chí chưa được gửi đăng trên các báo, tạp chí khác. Tác giả là chủ sở hữu quyền tác giả của bài viết và chịu trách nhiệm về toàn bộ nội dung khoa học, cũng như các thông tin, tư liệu, số liệu, biểu đồ, hình ảnh minh họa... trong bài viết.

3. Bài viết gửi Tạp chí có bố cục gồm 3 phần: *i) Tên bài viết; ii) Tóm tắt từ 5 đến 7 dòng (bằng tiếng Việt và khuyến khích có thêm bản dịch tiếng Anh) nêu bật những nội dung chính, đóng góp mới của bài viết; iii) Nội dung bài viết.* Bài gửi Tạp chí cần ghi rõ tên tác giả (đồng tác giả), chức danh khoa học, học vị và cơ quan công tác. Tên bài viết, tên các mục, tiểu mục ngắn gọn, không có dấu chấm ở cuối dòng. Nếu bài viết được chia thành các mục và tiểu mục, cần đánh số theo thứ tự: 1.; 1.1.; 1.1.1.;...

4. Bài gửi Tạp chí phải được đánh máy vi tính, định dạng khổ giấy A4, lề trên và lề dưới 2 cm, lề phải và lề trái 2,5 cm, font chữ Times New Roman, cỡ chữ 14, cách dòng 1.5 lines, trình bày giản dị, không rườm rà, hoa mỹ. *Mỗi bài gửi cho Tạp chí có độ dài tối thiểu là 6 trang, tối đa là 18 trang*, bao gồm 1 bản điện tử (bắt buộc) và 1 bản in.

- Bản điện tử của bài viết có thể gửi qua email theo địa chỉ: tcnnpl@isl.gov.vn hoặc chuyển trực tiếp cho Tòa soạn Tạp chí.

- Bản in của bài viết được gửi theo địa chỉ: *Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, phòng 221, số 27, phố Trần Xuân Soạn, Hai Bà Trưng, Hà Nội*; điện thoại: 024.39713333.

5. Các thuật ngữ tiếng nước ngoài sử dụng trong bài viết cần trích dẫn nguyên văn (không phiên âm sang tiếng Việt), kèm theo phân dịch sang tiếng Việt (trừ trường hợp không có thuật ngữ được dịch tương ứng).

6. Viết tắt: Chữ cần viết tắt khi xuất hiện lần đầu trong bài được viết đầy đủ và liền đó đặt ký hiệu viết tắt của chữ đó trong ngoặc đơn. Ký hiệu viết tắt phải được dùng thống nhất trong toàn bài viết. Không viết tắt trong tên bài viết, tên các mục, tiểu mục; không viết tắt những cụm từ ít xuất hiện trong bài.

7. Tài liệu tham khảo và cách thức trích dẫn: Tài liệu tham khảo được sử dụng trong bài phải đảm bảo độ tin cậy khoa học, chính xác, minh bạch. Tác giả bài viết hoàn toàn chịu trách nhiệm về việc trích dẫn, chú thích nguồn tài liệu tham khảo. Nếu trích dẫn nguyên văn thì phải để trong dấu ngoặc kép; nếu trích dẫn nội dung thì không cần để trong dấu ngoặc kép. Cả 2 cách thức trích dẫn đều phải được chú thích nguồn đầy đủ:

- Đối với tài liệu là các bài tạp chí cần ghi rõ nguồn tài liệu theo thứ tự sau: Tên tác giả, tên bài viết (in nghiêng), tên tạp chí, số xuất bản, năm xuất bản, số trang trong tạp chí được trích dẫn. Ví dụ: Nguyễn Văn A, *Bàn về quyền tư pháp trong Nhà nước pháp quyền*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 2, năm 2010, tr. 32.

- Đối với tài liệu là sách cần ghi rõ nguồn tài liệu theo thứ tự sau: Tên tác giả, tên sách (in nghiêng), nhà xuất bản, nơi xuất bản, năm xuất bản, số trang trong sách được trích dẫn. Ví dụ: Trần Đình B, *Giám sát việc thực hiện quyền lực nhà nước ở Việt Nam hiện nay*, Nxb. Khoa học xã hội, Hà Nội, năm 2011, tr. 50.

- Đối với tài liệu trên website cần ghi rõ nguồn tài liệu theo thứ tự sau: Tên tác giả, tên bài viết (in nghiêng), địa chỉ truy cập, ngày/tháng/năm truy cập. Ví dụ: Phạm Thị H, *Nguyên tắc suy đoán vô tội trong Luật Tố tụng Hình sự Việt Nam*, <http://isl.vass.gov.vn>, truy cập ngày 15/5/2011.

8. Khi gửi bài viết, tác giả đồng thời cung cấp cho Tạp chí các thông tin sau: Địa chỉ gửi tạp chí biểu; số tài khoản cá nhân để trả nhuận bút (tên chủ tài khoản, ngân hàng và chi nhánh ngân hàng mở tài khoản), số điện thoại, email để thuận tiện cho Tạp chí trong việc liên lạc, trao đổi với tác giả.

9. Sau khi biên tập xong, Tạp chí sẽ thông báo cho tác giả về việc sử dụng hay không sử dụng bài viết qua đường email. Tạp chí không trả lại bản thảo nếu bài viết không được đăng tải.

10. Tác giả có bài viết đăng trên Tạp chí được trả nhuận bút theo quy định hiện hành và được biểu 01 cuốn Tạp chí có bài viết của mình.