

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

ISSN 1859 - 2953

www.nclp.org.vn

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



Số Tân Xuân

- ❖ Hiến pháp và thực hiện chính sách dân tộc của Đảng và Nhà nước
- ❖ Quy định của Hiến pháp về kinh tế, xã hội, văn hóa, giáo dục, khoa học, công nghệ và môi trường: Bước tiến mới trong quá trình đổi mới toàn diện, hội nhập quốc tế sâu rộng và phát triển bền vững
- ❖ Hiến pháp - nền tảng pháp lý vững chắc cho công cuộc đổi mới toàn diện đất nước trong thời kỳ mới

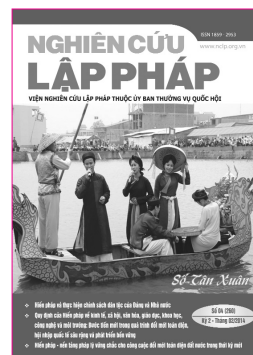
Số 04 (260)

Kỳ 2 - Tháng 02/2014



NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn



Mục lục 2/2014

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT BÌNH LUẬN VỀ HIẾN PHÁP

- 3** Hiến pháp và thực hiện chính sách dân tộc của Đảng và Nhà nước

Tòng Thị Phóng

- 6** Quy định của Hiến pháp về kinh tế, xã hội, văn hóa, giáo dục, khoa học, công nghệ và môi trường: Bước tiến mới trong quá trình đổi mới toàn diện, hội nhập quốc tế sâu rộng và phát triển bền vững

Nguyễn Thị Kim Ngân

- 10** Hiến pháp - nền tảng pháp lý vững chắc cho công cuộc đổi mới toàn diện đất nước trong thời kỳ mới

Uông Chu Lưu

- 15** Cơ sở và những nội dung cơ bản của đạo đức công vụ

ThS. Nguyễn Tiến Hiệp

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 19** Kiến nghị sửa đổi một số quy định trong Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2008

ThS. Cao Vũ Minh

- 27** Quyền kết hôn của người đồng tính

Trương Hồng Quang

CHÍNH SÁCH

- 37** Triết lý đánh thuế đối với thu nhập từ sở hữu, chuyển nhượng chứng khoán và kiến nghị hoàn thiện pháp luật

TS. Nguyễn Thị Lan Hương

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 45** Một số bất cập trong quy định về công ty cổ phần trong Luật Doanh nghiệp 2005

TS. Hồ Xuân Thắng

- 49** Trách nhiệm "người quản lý" theo luật công ty Việt Nam

Lê Đức Nghĩa

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 57** Giải thích pháp luật ở Úc và nhu cầu luật hóa hoạt động giải thích pháp luật ở Việt Nam

ThS. Huỳnh Thị Sinh Hiền

HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

PGS. TS. ĐINH XUÂN THẢO (CHỦ TỊCH)
GS. TSKH. ĐÀO TRỌNG THI
GS. TS. PHAN TRUNG LÝ
TS. NGUYỄN SĨ DŨNG
GS. TS. TRẦN NGỌC ĐƯỜNG
TS. NGÔ ĐỨC MẠNH
TS. DƯƠNG NGỌC NGUY
PGS. TS. ĐINH VĂN NHẢ
PGS. TS. TRẦN ĐÌNH NHẢ
TS. HOÀNG VĂN TÚ
TS. PHẠM VĂN HÙNG

TỔNG BIÊN TẬP

TS. PHẠM VĂN HÙNG

TRỤ SỞ:

27A VÕNG THỊ - TÂY HỒ - HÀ NỘI
ĐT: 080-43362 / 44078
FAX: 080-48486
Email: nclp@qh.gov.vn
Website: www.nclp.org.vn

THIẾT KẾ:

HOÀNG NHI

GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:

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

PHÁT HÀNH:

HÀ NỘI: 080-43364

TÀI KHOẢN:

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

IN TẠI CÔNG TY CỔ PHẦN IN TÂY HỒ

GIÁ: 19.500 ĐỒNG

Ảnh bìa: Hát quan họ ngày xuân tại Bắc Ninh

Ảnh: ST

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn

Legis 2/2014

STATE AND LAW

COMMENTARY ON CONSTITUTION

- 3** Constitution and the implement of the Party and the State's policies on ethnicity

Tong Thi Phong

- 6** Provisions of the Constitution on economy, society, culture, education, sciences, technologies and environment: a new step in process of comprehensive innovation, extensive international integration and sustainable development

Nguyen Thi Kim Ngan

- 10** Constitution - a solid legal foundation for the comprehensive reform of the country in the new era

Uong Chu Luu

- 15** Basis and the principal contents of civil service ethics

LLM. Nguyen Tien Hiep

DISCUSSION OF BILLS

- 19** Recommendations to amend a number of provisions in the Law on Promulgation of Legal Normative Documents 2008

LLM. Cao Vu Minh

- 27** The right for homosexuals to marry

Truong Hong Quang

POLICIES

- 37** Philosophy of taxation on income from owning, transferring securities and proposals to improve the legislation

Dr. Nguyen Thi Lan Huong

LEGAL PRACTICE

- 45** A number of shortcomings in the provisions of joint stock companies in Law on Enterprises 2005

Dr. Ho Xuan Thang

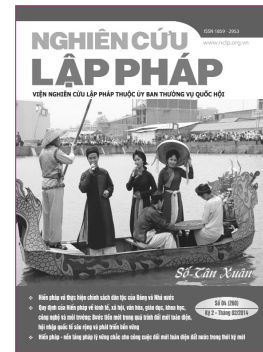
- 49** Responsibilities of "manager" under the corporate law in Vietnam

Le Duc Nghia

FOREIGN EXPERIENCE

- 57** Interpretation of laws in Australia and the needs of legalizing activities of legal interpretation in Vietnam

LLM. Huynh Thi Sinh Hien



EDITORIAL:

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

EDITOR-IN-CHIEF:

Dr. PHAM VAN HUNG

OFFICE:

27A VONG THI - TAY HO - HA NOI
ĐT: 080-43362 / 44078
FAX: 080-48486
Email: nclp@qh.gov.vn
Website: www.nclp.org.vn

DESIGN:

HOANG NHI

LICENSE OF PUBLISHMENT:

N^o 438/GP-BTTTT DATE 29-10-2013
MINISTRY OF INFORMATION
AND COMMUNICATION

DISTRIBUTION:

HA NOI: 080-43364

ACCOUNT NUMBER:

0011000467735
LEGISLATIVE STUDY MAGAZINE
VIETCOMBANK

PRINTED BY: TAYHO PRINTING
JOINT STOCK COMPANY

Price: 19,500 VND

HIẾN PHÁP VÀ THỰC HIỆN CHÍNH SÁCH DÂN TỘC CỦA ĐẢNG VÀ NHÀ NƯỚC

TÔNG THỊ PHÓNG
ỦY VIÊN BỘ CHÍNH TRỊ
PHÓ CHỦ TỊCH QUỐC HỘI

Tại phiên họp tổng kết hoạt động của Ủy ban sửa đổi Hiến pháp, đồng chí Nguyễn Phú Trọng, Tổng Bí thư Ban Chấp hành Trung ương Đảng Cộng sản Việt Nam đã khẳng định: “Ngày 28/11/2013, với tuyệt đại đa số đại biểu Quốc hội tán thành, Quốc hội đã thông qua Hiến pháp Nước CHXHCN Việt Nam. Đây là sự kiện chính trị, pháp lý đặc biệt quan trọng, đánh dấu một bước tiến mới trong lịch sử lập pháp của nước ta, là sự kết tinh trí tuệ của toàn đảng, toàn quân, toàn dân, của các vị đại biểu Quốc hội, phản ánh được ý chí nguyện vọng của tuyệt đại đa số nhân dân, khẳng định sức mạnh đại đoàn kết toàn dân”.

Hiến pháp vừa được thông qua là Hiến pháp của thời kỳ đổi mới toàn diện, đồng bộ nhằm đáp ứng yêu cầu xây dựng và bảo vệ Tổ quốc trong thời kỳ mới, hội nhập quốc tế. Là đạo luật gốc, định hướng những vấn đề cơ bản nhất về chế độ chính trị, tiếp tục khẳng định và làm rõ hơn vị trí, vai trò lãnh đạo của Đảng đối với Nhà nước và xã hội, về quyền con người, quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân, về kinh tế, xã hội, văn hóa, giáo dục, khoa học, công nghệ và môi

trường, về bảo vệ Tổ quốc, về Nhà nước pháp quyền XHCN Việt Nam và hiệu lực thi hành của Hiến pháp bảo đảm tính ổn định lâu dài của Hiến pháp.

Tại Điều 5, Hiến pháp quy định:

- “Nước CHXHCN Việt Nam là quốc gia thống nhất của các dân tộc cùng sinh sống trên đất nước Việt Nam.
- Các dân tộc bình đẳng, đoàn kết, tôn trọng và giúp nhau cùng phát triển, nghiêm cấm mọi hành vi kỳ thị, chia rẽ dân tộc.
- Ngôn ngữ quốc gia là tiếng Việt. Các dân tộc có quyền dùng tiếng nói, chữ viết, giữ gìn bản sắc dân tộc, phát huy phong tục, tập quán, truyền thống và văn hóa tốt đẹp của mình.
- Nhà nước thực hiện chính sách phát triển toàn diện và tạo điều kiện để các dân tộc thiểu số phát huy nội lực, cùng phát triển với đất nước”.

Như vậy, việc tiếp tục khẳng định quyền bình đẳng các dân tộc trong Hiến pháp càng có ý nghĩa chính trị sâu sắc vì: sự khẳng định đó rất thiêng liêng với mỗi người dân Việt Nam, được đồng bào các dân tộc thiểu số hân hoan đón nhận với niềm tự hào và

càng thấy được trách nhiệm của mình trước Tổ quốc, góp phần động viên toàn dân thực hiện Hiến pháp, bảo vệ Hiến pháp.

Sự bình đẳng giữa các dân tộc là bình đẳng cả về chính trị, kinh tế, xã hội, văn hóa và tham gia bảo vệ Tổ quốc; mỗi người dân các dân tộc thiểu số có quyền sống, làm việc theo pháp luật; ngoài quyền ứng cử, bầu cử những người thay mặt mình tham gia vào cơ quan đại diện của Quốc hội, Hội đồng nhân dân các cấp, mỗi người dân đều bình đẳng trước pháp luật về hình sự, dân sự, kinh tế, luật nghĩa vụ quân sự... Như vậy, quyền bình đẳng này đã trở thành một trong những nội dung quan trọng của bản chất ưu việt chế độ XHCN của nước ta; thể hiện rõ ràng, kiên định là: Vấn đề dân tộc, công tác dân tộc, đoàn kết dân tộc có vị trí chiến lược quan trọng trong cách mạng nước ta. Đảng ta, Nhà nước ta đã dựa trên những quan điểm của chủ nghĩa Mác - Lê nin, tư tưởng Hồ Chí Minh về quyền các dân tộc nên đã có chủ trương chính sách dân tộc đúng đắn, những nội dung quy định trong Hiến pháp là thể chế các nguyên tắc cơ bản: các dân tộc sinh sống trên đất nước Việt Nam bình đẳng, đoàn kết, tôn trọng nhau, giúp nhau cùng phát triển, các nội dung này không tách rời mà có quan hệ khăng khít với nhau, tác động lẫn nhau, thúc đẩy nhau trong quá trình phát triển, có thực sự bình đẳng thì mới càng phát huy được tình đoàn kết giữa các dân tộc anh em. Đoàn kết, tương trợ không phải chỉ bằng lời nói mà là đoàn kết, tương trợ thực sự vì đoàn kết đã trở thành truyền thống quý báu, được hun đúc qua mấy ngàn năm lịch sử trong đấu tranh dựng nước và giữ nước, các dân tộc sống chết có nhau, no đói giúp nhau, chia sẻ cho nhau trong những lúc khó khăn, hoạn nạn, cùng giúp nhau vốn liếng, kinh nghiệm sản xuất để tăng thu nhập, nâng cao đời sống vật chất và tinh thần của đồng bào,

ai cũng có cơm ăn, áo mặc, ai cũng được học hành như Bác Hồ hằng mong muốn để các dân tộc cùng phát triển. Sự tôn trọng nhau và không kỳ thị dân tộc được thể hiện rất sinh động về việc các dân tộc cùng nhau kiên trì thực hiện chính sách dân tộc của Đảng và Nhà nước; Nhà nước hỗ trợ, chăm nom cẩn thận các dân tộc thiểu số, nhất là các dân tộc còn ít người ở các vùng khó khăn, vùng đặc biệt khó khăn. Các chính sách đó được thực hiện toàn diện cả lĩnh vực phát triển về kinh tế, hỗ trợ về vốn, giống, phân bón, hướng dẫn kỹ thuật sản xuất. Nhà nước hỗ trợ việc học tập, nâng cao kiến thức, trình độ dân trí, giúp đỡ đồng bào xóa bỏ các hủ tục lạc hậu, chăm lo các lĩnh vực y tế, sức khỏe sinh sản, chất lượng dân số của các dân tộc thiểu số. Về văn hóa - xã hội: Các dân tộc có quyền dùng tiếng nói, chữ viết của mình, giữ gìn bản sắc dân tộc, phát huy các phong tục tập quán, truyền thống văn hóa tốt đẹp của dân tộc. Ngoài các chính sách chung của Đảng, Nhà nước, Mặt trận Tổ quốc, các đoàn thể nhân dân đã động viên, tạo điều kiện để các tổ chức thành viên, các hội viên và cả cộng đồng giúp đỡ các dân tộc thiểu số, để các dân tộc phát huy nội lực vươn lên cùng phát triển với đất nước.

Từ thực tế kết quả đã thực hiện các Hiến pháp trước đây, nay kế thừa để tiếp tục thực hiện Hiến pháp: Nhà nước thực hiện chính sách phát triển toàn diện và tạo điều kiện để các dân tộc thiểu số phát huy nội lực, với ý thức vươn lên, không cam chịu đói nghèo, các dân tộc thiểu số đã vượt qua mọi khó khăn, thử thách, nhiều chương trình mục tiêu đầu tư vào vùng dân tộc thiểu số thực sự hỗ trợ, hướng dẫn đồng bào các dân tộc vươn lên tiếp cận với tiên bộ khoa học - kỹ thuật vào sản xuất, sự nghiệp y tế, giáo dục có nhiều tiến bộ, đặc biệt Nhà nước đã thực

hiện những chính sách đặc thù chăm lo đào tạo, bồi dưỡng, nên đội ngũ cán bộ là người dân tộc thiểu số đã trưởng thành, có tri thức, năng lực, dám nghĩ, dám làm, làm gương mẫu vận động đồng bào xóa bỏ các hủ tục lạc hậu, xây dựng nông thôn mới bền vững, chăm lo toàn diện đời sống vật chất, tinh thần cho đồng bào, bảo vệ cuộc sống yên vui đồng bào dân tộc thiểu số. Từ sự tôn trọng nhau, cùng nhau giữ gìn phát huy bản sắc văn hóa các dân tộc lại càng tôn vinh các giá trị văn hóa các dân tộc thiểu số trong cộng đồng dân tộc Việt Nam, càng củng cố, tăng cường tình đoàn kết bền chặt. Đồng bào các dân tộc không nghe theo kẻ xấu kích động, chia rẽ đoàn kết các dân tộc, không phân biệt xuôi ngược, không trông chờ, ỷ lại mà đồng sức, đồng lòng bảo vệ thành quả cách mạng, quyết tâm xây dựng quê hương giàu đẹp.

Thể chế và thực hiện nhất quán chính sách dân tộc, Hiến pháp đã ghi rõ Quốc hội quyết định chính sách dân tộc, chính sách tôn giáo. Trong cơ cấu tổ chức của Quốc hội, Quốc hội có Hội đồng Dân tộc của Quốc hội, là cơ quan mang tính đại diện cho các dân tộc trong Quốc hội, các vị đại biểu Quốc hội là dân tộc thiểu số đều tham gia cơ quan này. Hội đồng Dân tộc có Chủ tịch, các Phó Chủ tịch và các Ủy viên. Hội đồng Dân tộc nghiên cứu, kiến nghị với Quốc hội về công tác dân tộc, thực hiện quyền giám sát việc thi hành chính sách dân tộc, các chương trình, kế hoạch phát triển kinh tế - xã hội miền núi và vùng đồng bào dân tộc thiểu số.

Để đảm bảo triển khai Hiến pháp, các chính sách dân tộc và các Nghị quyết của Quốc hội về đầu tư cho vùng dân tộc, miền núi đi vào cuộc sống, tại các phiên họp của Chính phủ, Chủ tịch Hội đồng Dân tộc được mời tham dự phiên họp của Chính phủ bàn về thực hiện chính sách dân tộc. Mỗi quan hệ này khẳng định vai trò, vị trí của Hội

đồng Dân tộc của Quốc hội, tạo điều kiện để Hội đồng Dân tộc nắm bắt trực tiếp việc điều hành của Chính phủ, trực tiếp góp ý kiến tại phiên họp Chính phủ, phản ánh kịp thời việc triển khai thực hiện nhiệm vụ quan trọng này với Quốc hội. Khi ban hành quy định thực hiện chính sách dân tộc, Chính phủ phải lấy ý kiến của Hội đồng Dân tộc. Ngoài ra, Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban của Quốc hội có quyền mời thành viên Chính phủ, cá nhân hữu quan báo cáo, giải trình hoặc cung cấp tài liệu về các vấn đề liên quan đến thực hiện chính sách dân tộc.

Ngoài ra, trong cơ cấu Chính phủ có Ủy ban Dân tộc của Chính phủ là cơ quan có chức năng quản lý nhà nước về lĩnh vực công tác dân tộc trong phạm vi cả nước, tuyên truyền vận động đồng bào các dân tộc thiểu số thực hiện Hiến pháp, pháp luật, theo dõi kiểm tra vùng đồng bào dân tộc thiểu số, xây dựng hệ thống, chỉ tiêu, bộ dữ liệu về dân tộc thiểu số; điều tra nghiên cứu tổng hợp về tên gọi, về phong tục tập quán các dân tộc thiểu số; thanh tra, kiểm tra việc thực hiện chính sách dân tộc, pháp luật trong lĩnh vực dân tộc; lắng nghe giải quyết nguyện vọng của đồng bào các dân tộc thiểu số... theo quy định của Hiến pháp, pháp luật của Nhà nước.

Càng nghiên cứu sâu sắc từng điều của Hiến pháp, các dân tộc càng thấy tự hào về Đảng ta, về Bác Hồ, về Nhà nước ta; chỉ có Đảng Cộng sản Việt Nam lãnh đạo, sự chăm lo kiên trì của Nhà nước, của cả hệ thống chính trị, cùng với sự cố gắng vươn lên, đồng bào các dân tộc thiểu số Việt Nam mới có cuộc sống như ngày hôm nay. Do đó, các dân tộc thiểu số càng thấy sâu sắc hơn trách nhiệm trong việc thực hiện Hiến pháp, sống và làm việc theo Hiến pháp, pháp luật, góp phần xây dựng và bảo vệ Tổ quốc Việt Nam yêu quý của chúng ta ■

**QUY ĐỊNH CỦA HIẾN PHÁP VỀ KINH TẾ, XÃ HỘI, VĂN HÓA,
GIÁO DỤC, KHOA HỌC, CÔNG NGHỆ VÀ MÔI TRƯỜNG:**

**Bước tiến mới trong quá trình
đổi mới toàn diện, hội nhập quốc tế
sâu rộng và phát triển bền vững**

NGUYỄN THỊ KIM NGÂN

ỦY VIÊN BỘ CHÍNH TRỊ

PHÓ CHỦ TỊCH QUỐC HỘI

Ngày 28/11/2013, tại kỳ họp thứ 6, Quốc hội khóa XIII đã thông qua Hiến pháp nước Cộng hòa XHCN Việt Nam (Hiến pháp năm 2013). Hiến pháp năm 2013 đã thể chế hóa Cương lĩnh phát triển đất nước trong thời kỳ quá độ lên Chủ nghĩa xã hội (bổ sung phát triển năm 2011). Một trong những nội dung quan trọng của Hiến pháp năm 2013 là những nội dung được quy định tại Chương III và các Chương có liên quan về kinh tế, xã hội, văn hóa, giáo dục, khoa học, công nghệ và môi trường. Những quy định này đã thể hiện quan điểm, đường lối của Đảng, Nhà nước và ý nguyện của Nhân dân ta về đổi mới toàn diện, hội nhập quốc tế sâu rộng và phát triển bền vững trên ba trụ cột chính: kinh tế – xã hội – môi trường. Đây là cơ sở hiến định, là bảo đảm về mặt chính trị - pháp lý để phát triển kinh tế - xã hội của nước ta trong thời kỳ mới.

1. Về phát triển kinh tế, Hiến pháp năm 2013 tiếp tục khẳng định đường lối, nhiệm vụ xây dựng nền kinh tế nước ta là nền kinh tế độc lập, tự chủ, phát huy nội lực, hội nhập, hợp tác quốc tế, thực hiện công nghiệp hóa, hiện đại hóa đất nước. Vấn đề hội nhập kinh tế cũng đặt trong bối cảnh mới, đó là chủ động và tích cực hội nhập quốc tế sâu rộng trên các lĩnh vực vì lợi ích quốc gia, dân tộc. Đồng thời, Hiến pháp năm 2013 đã hiến định mục tiêu phát triển bền vững, trong đó thể hiện rõ quan điểm là phát triển kinh tế gắn kết chặt chẽ với phát triển văn hóa, thực hiện tiến bộ và công bằng xã hội, bảo vệ môi trường (Điều 50).

Về tính chất, mô hình, các thành phần của nền kinh tế Việt Nam, Hiến pháp năm 2013 xác định nền kinh tế Việt Nam là nền kinh tế thị trường định hướng XHCN với nhiều hình thức sở hữu, nhiều thành phần kinh tế; kinh tế nhà nước giữ vai trò chủ đạo. Các thành phần kinh tế đều là bộ phận cấu

thành quan trọng của nền kinh tế quốc dân. Các chủ thể thuộc các thành phần kinh tế bình đẳng, hợp tác và cạnh tranh theo pháp luật. Nhà nước khuyến khích, tạo điều kiện để doanh nhân, doanh nghiệp và cá nhân, tổ chức khác đầu tư, sản xuất, kinh doanh; phát triển bền vững các ngành kinh tế, góp phần xây dựng đất nước (Điều 51).

Khác với các bản Hiến pháp trước đây, Hiến pháp năm 2013 thể hiện tư duy mới về các thành phần kinh tế, quy định rất khái quát, không đề cập từng thành phần mà đề luật và các văn bản khác quy định cụ thể. Cách thể hiện này phù hợp với tính chất của đạo luật cơ bản, bảo đảm tính ổn định lâu dài của Hiến pháp, đồng thời phù hợp với sự vận động, phát triển của nền kinh tế thị trường.

Tinh thần của Hiến pháp là không đồng nhất kinh tế nhà nước (trong đó có ngân sách nhà nước và các nguồn lực kinh tế - tài chính khác của Nhà nước) với doanh nghiệp nhà nước, kinh tế nhà nước giữ vai trò chủ đạo chứ không phải doanh nghiệp nhà nước là chủ đạo. Các chủ thể thuộc các thành phần kinh tế khác được đối xử bình đẳng với doanh nghiệp nhà nước, các doanh nghiệp nhà nước và doanh nghiệp ngoài nhà nước cùng hoạt động trong một hành lang pháp lý chung và theo cơ chế thị trường, hợp tác và cạnh tranh theo pháp luật.

Cũng lần đầu tiên, vị trí, vai trò của doanh nhân, doanh nghiệp được ghi nhận trong Hiến pháp. Đây là cơ sở để phát huy vai trò của doanh nhân, doanh nghiệp đối với sự nghiệp xây dựng và bảo vệ Tổ quốc mà nhiệm vụ xây dựng kinh tế là trung tâm và doanh nghiệp, doanh nhân là đội quân xung kích.

Theo quy định của Hiến pháp năm 2013, Nhà nước trong nền kinh tế thị trường ở nước ta có vai trò xây dựng và hoàn thiện thể chế kinh tế, điều tiết nền kinh tế trên cơ sở tôn trọng các quy luật của thị trường; thực hiện sự phân công, phân cấp, phân quyền trong quản lý nhà nước, thúc đẩy liên kết kinh tế vùng, bảo đảm tính thống nhất của nền kinh tế quốc dân (Điều 52). Nhà nước

khuyến khích, tạo điều kiện để doanh nhân, doanh nghiệp và cá nhân, tổ chức khác đầu tư, sản xuất, kinh doanh và phát triển bền vững các ngành kinh tế, góp phần xây dựng đất nước (Điều 51). Nhà nước còn có chức năng đại diện chủ sở hữu và thống nhất quản lý đối với các loại tài nguyên thiên nhiên, tài sản thuộc sở hữu toàn dân để các loại tài nguyên, tài sản này được sử dụng vì lợi ích của nhân dân (Điều 53).

Liên quan đến vai trò của Nhà nước trong nền kinh tế, tại các chương về bộ máy nhà nước, Hiến pháp năm 2013 đã có những quy định nhiệm vụ, quyền hạn tương ứng của Quốc hội, Chính phủ, chính quyền địa phương, Kiểm toán Nhà nước, như: Điều 70, Chương V quy định Quốc hội quyết định mục tiêu, chỉ tiêu, chính sách, nhiệm vụ cơ bản phát triển kinh tế - xã hội của đất nước; Điều 96, Chương VII quy định Chính phủ thống nhất quản lý về kinh tế, xã hội,....

Về chế độ sở hữu, Hiến pháp năm 2013 ghi nhận, tôn trọng đa hình thức sở hữu, bảo hộ quyền sở hữu tư nhân và quyền thừa kế về thu nhập hợp pháp, của cải để dành, nhà ở, tư liệu sinh hoạt, tư liệu sản xuất, phần vốn góp trong doanh nghiệp hoặc trong các tổ chức kinh tế khác (Điều 32) và bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ (Điều 62). Tài sản hợp pháp của cá nhân, tổ chức đầu tư, sản xuất, kinh doanh được pháp luật bảo hộ và không bị quốc hữu hóa (Điều 51). Đây là điều kiện tiên quyết để thúc đẩy đầu tư, sản xuất, kinh doanh, phát triển kinh tế ở mỗi quốc gia.

Về tài sản thuộc sở hữu toàn dân, kế thừa quy định về sở hữu toàn dân của Hiến pháp năm 1980 và Hiến pháp năm 1992, trên cơ sở tiếp cận mới, đúng đắn và chính xác hơn về phạm vi, đối tượng các loại tài nguyên, tài sản thuộc sở hữu toàn dân, Hiến pháp năm 2013 quy định đất đai, tài nguyên nước, tài nguyên khoáng sản, nguồn lợi ở vùng biển, vùng trời, tài nguyên thiên nhiên khác và các tài sản do Nhà nước đầu tư, quản lý là tài sản công thuộc sở hữu toàn dân do Nhà nước đại diện chủ sở hữu và thống nhất quản lý.

Đất đai là lãnh thổ thiêng liêng, là tài nguyên đặc biệt của quốc gia, nguồn lực quan trọng phát triển đất nước thuộc sở hữu toàn dân, nhưng Hiến pháp năm 2013 đã quy định Nhà nước bảo đảm cho tổ chức, cá nhân được giao đất, cho thuê đất, công nhận quyền sử dụng đất. Quyền sử dụng đất được pháp luật bảo hộ. Theo đó, Nhà nước chỉ thu hồi đất trong trường hợp thật cần thiết do luật định vì mục đích quốc phòng, an ninh; phát triển kinh tế - xã hội, vì lợi ích quốc gia, công cộng. Việc thu hồi đất phải công khai, minh bạch và được bồi thường theo quy định của pháp luật; Nhà nước trưng dụng đất trong trường hợp thật cần thiết do luật định để thực hiện nhiệm vụ quốc phòng, an ninh hoặc trong tình trạng chiến tranh, tình trạng khẩn cấp, phòng, chống thiên tai (Điều 54).

Về tài chính - tiền tệ, Hiến pháp năm 2013 bổ sung một điều mới quy định về ngân sách nhà nước, dự trữ quốc gia, quỹ tài chính nhà nước và các nguồn tài chính công khác do Nhà nước thống nhất quản lý và phải được sử dụng hiệu quả, công bằng, công khai, minh bạch, đúng pháp luật. Ngân sách nhà nước gồm ngân sách trung ương và ngân sách địa phương, trong đó ngân sách trung ương giữ vai trò chủ đạo, bảo đảm nhiệm vụ chi của quốc gia. Các khoản thu, chi ngân sách nhà nước phải được dự toán và do luật định. Lần đầu tiên, đơn vị tiền tệ quốc gia được hiến định là Đồng Việt Nam, đồng thời quy định trách nhiệm của Nhà nước là bảo đảm ổn định giá trị đồng tiền quốc gia.

Liên quan đến tài chính - tiền tệ, Chương V Hiến pháp năm 2013 quy định Quốc hội quyết định chính sách cơ bản về tài chính, tiền tệ quốc gia; quy định, sửa đổi hoặc bãi bỏ các thứ thuế; quyết định phân chia các khoản thu và nhiệm vụ chi giữa ngân sách trung ương và ngân sách địa phương; quyết định mức giới hạn an toàn nợ quốc gia, nợ công, nợ chính phủ; quyết định dự toán ngân sách nhà nước và phân bổ ngân sách trung ương, phê chuẩn quyết toán ngân sách nhà nước (Điều 55).

2. Về lĩnh vực xã hội (theo nghĩa rộng), Hiến pháp năm 2013 xác định trách nhiệm của Nhà nước cùng với toàn xã hội, bằng các nguồn lực kinh tế - tài chính, đầu tư phát triển các lĩnh vực lao động, việc làm, y tế, phúc lợi và an sinh xã hội, văn hóa, giáo dục, khoa học, công nghệ, cụ thể:

Về lao động, việc làm, Hiến pháp quy định công dân có quyền làm việc, lựa chọn nghề nghiệp, việc làm và nơi làm việc. Người làm công ăn lương được bảo đảm các điều kiện làm việc công bằng, an toàn; được hưởng lương, chế độ nghỉ ngơi. Nghiêm cấm phân biệt đối xử, cưỡng bức lao động, sử dụng nhân công dưới độ tuổi lao động tối thiểu (Điều 35). Nhà nước khuyến khích, tạo điều kiện để tổ chức, cá nhân tạo việc làm cho người lao động và bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của người lao động, người sử dụng lao động, tạo điều kiện xây dựng quan hệ lao động tiên bộ, hài hòa và ổn định (Điều 57).

Về y tế và bảo vệ, chăm sóc sức khỏe nhân dân, Hiến pháp quy định mọi người có quyền được bảo vệ, chăm sóc sức khỏe, bình đẳng trong việc sử dụng các dịch vụ y tế và có nghĩa vụ thực hiện các quy định về phòng bệnh, khám bệnh, chữa bệnh (Điều 38). Nhà nước, xã hội đầu tư phát triển sự nghiệp bảo vệ, chăm sóc sức khỏe của Nhân dân, thực hiện bảo hiểm y tế toàn dân, có chính sách ưu tiên chăm sóc sức khỏe cho đồng bào dân tộc thiểu số, đồng bào ở miền núi, hải đảo và vùng có điều kiện kinh tế - xã hội đặc biệt khó khăn. Nhà nước, xã hội và gia đình có trách nhiệm bảo vệ, chăm sóc sức khỏe người mẹ, trẻ em, thực hiện kế hoạch hóa gia đình (Điều 58).

Về phúc lợi và an sinh xã hội, Hiến pháp quy định công dân có quyền được bảo đảm an sinh xã hội (Điều 34). Nhà nước, xã hội tôn vinh, khen thưởng, thực hiện chính sách ưu đãi đối với người có công với nước; Nhà nước tạo bình đẳng về cơ hội để công dân thụ hưởng phúc lợi xã hội, phát triển hệ thống an sinh xã hội, có chính sách trợ giúp người cao tuổi, người khuyết tật, người nghèo và người có hoàn cảnh khó khăn

khác; có chính sách phát triển nhà ở, tạo điều kiện để mọi người có chỗ ở (Điều 59).

Về văn hóa, Hiến pháp quy định mọi người có quyền hưởng thụ và tiếp cận các giá trị văn hoá, tham gia vào đời sống văn hóa, sử dụng các cơ sở văn hóa (Điều 41); đồng thời, tiếp tục khẳng định Nhà nước và xã hội chăm lo xây dựng và phát triển nền văn hóa Việt Nam tiên tiến, đậm đà bản sắc dân tộc, tiếp thu tinh hoa văn hóa nhân loại; phát triển văn học, nghệ thuật nhằm đáp ứng nhu cầu tinh thần đa dạng và lành mạnh của Nhân dân; phát triển các phương tiện thông tin đại chúng nhằm đáp ứng nhu cầu thông tin của Nhân dân, phục vụ sự nghiệp xây dựng và bảo vệ Tổ quốc; tạo môi trường xây dựng gia đình Việt Nam ấm no, tiến bộ, hạnh phúc; xây dựng con người Việt Nam có sức khỏe, văn hóa, giàu lòng yêu nước, có tinh thần đoàn kết, ý thức làm chủ, trách nhiệm công dân (Điều 60).

Về giáo dục, Hiến pháp quy định công dân có quyền và nghĩa vụ học tập (Điều 39) và tiếp tục khẳng định phát triển giáo dục là quốc sách hàng đầu nhằm nâng cao dân trí, phát triển nguồn nhân lực, bồi dưỡng nhân tài; đồng thời quy định trách nhiệm của Nhà nước trong việc ưu tiên đầu tư và thu hút các nguồn đầu tư khác cho giáo dục; chăm lo giáo dục mầm non; bảo đảm giáo dục tiểu học là bắt buộc, Nhà nước không thu học phí; từng bước phổ cập giáo dục trung học; phát triển giáo dục đại học, giáo dục nghề nghiệp; thực hiện chính sách học bổng, học phí hợp lý; ưu tiên phát triển giáo dục ở miền núi, hải đảo, vùng đồng bào dân tộc thiểu số và vùng có điều kiện kinh tế - xã hội đặc biệt khó khăn; ưu tiên sử dụng, phát triển nhân tài; tạo điều kiện để người khuyết tật và người nghèo được học văn hoá và học nghề (Điều 61).

Về khoa học và công nghệ, Hiến pháp quy định mọi người có quyền nghiên cứu khoa học và công nghệ, sáng tạo văn học, nghệ thuật và thụ hưởng lợi ích từ các hoạt động đó (Điều 40) và cũng tiếp tục khẳng định phát triển khoa học, công nghệ là quốc

sách hàng đầu, giữ vai trò then chốt trong sự nghiệp phát triển kinh tế - xã hội của đất nước; quy định trách nhiệm của Nhà nước ưu tiên đầu tư và khuyến khích tổ chức, cá nhân đầu tư nghiên cứu, phát triển, chuyển giao, ứng dụng có hiệu quả thành tựu khoa học và công nghệ; bảo đảm quyền nghiên cứu khoa học và công nghệ; bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ; tạo điều kiện để mọi người tham gia và được thụ hưởng lợi ích từ các hoạt động khoa học và công nghệ (Điều 62).

3. Về bảo vệ môi trường, Hiến pháp năm 2013 đã thể hiện được những vấn đề mới của thời đại như vấn đề phát triển bền vững, ứng phó với biến đổi khí hậu, an ninh năng lượng... Cụ thể: Hiến pháp ghi nhận quyền được sống trong môi trường trong lành và nghĩa vụ bảo vệ môi trường của mọi người (Điều 42); đồng thời quy định Nhà nước có chính sách bảo vệ môi trường, quản lý và sử dụng hiệu quả, bền vững các nguồn tài nguyên thiên nhiên, bảo tồn thiên nhiên, đa dạng sinh học, chủ động phòng, chống thiên tai, ứng phó với biến đổi khí hậu; khuyến khích mọi hoạt động bảo vệ môi trường, phát triển, sử dụng năng lượng mới, năng lượng tái tạo. Hiến pháp cũng quy định tổ chức, cá nhân gây ô nhiễm môi trường, làm suy kiệt tài nguyên thiên nhiên và suy giảm đa dạng sinh học phải bị xử lý nghiêm và có trách nhiệm khắc phục, bồi thường thiệt hại (Điều 63).

Hiến pháp năm 2013 đã có hiệu lực từ ngày 01/01/2014. Ban Bí thư Trung ương Đảng đã có Chỉ thị, Quốc hội, Ủy ban thường vụ Quốc hội đã ban hành các Nghị quyết để tổ chức triển khai thi hành Hiến pháp. Nhiệm vụ của các cấp, các ngành cùng toàn dân là quán triệt nội dung và tinh thần của Hiến pháp, mục đích, yêu cầu, kế hoạch nêu trong Chỉ thị của Ban Bí thư Trung ương Đảng, các Nghị quyết của Quốc hội, Ủy ban thường vụ Quốc hội và phải có các Chương trình hành động cụ thể để khẩn trương đưa Hiến pháp vào cuộc sống nhằm góp phần làm cho đất nước ta đổi mới toàn diện, hội nhập quốc tế sâu rộng và phát triển bền vững trong thời kỳ đổi mới ■

HIẾN PHÁP

NỀN TẢNG PHÁP LÝ VỮNG CHẮC CHO CÔNG CUỘC ĐỔI MỚI TOÀN DIỆN ĐẤT NƯỚC TRONG THỜI KỲ MỚI

UÔNG CHU LƯU

**ỦY VIÊN BAN CHẤP HÀNH TRUNG ƯƠNG ĐẢNG
PHÓ CHỦ TỊCH QUỐC HỘI**

Ngày 28/11/2013, với đa số phiếu tuyệt đối (486/488, chiếm 97,59% tổng số đại biểu Quốc hội có mặt), Quốc hội khóa XIII đã thông qua Hiến pháp nước Cộng hòa XHCN Việt Nam (sau đây gọi là Hiến pháp). Đây là một sự kiện chính trị - pháp lý đặc biệt quan trọng, đánh dấu một bước tiến mới trong lịch sử lập hiến của nước ta.

Kể từ ngày Quốc hội ra Nghị quyết về sửa đổi Hiến pháp năm 1992 (tháng 8/2011), với tinh thần dân chủ, trách nhiệm, tâm huyết, trí tuệ và cách làm khoa học, toàn Đảng, toàn dân, toàn quân và cả hệ thống chính trị đã tham gia tích cực vào quá trình xây dựng Dự thảo Hiến pháp. Đã có hơn 26 triệu lượt ý kiến nhân dân, 28 nghìn hội nghị, hội thảo, tọa đàm được tổ chức. Quốc hội đã dành ba kỳ họp (kỳ 4, kỳ 5 và kỳ 6), thảo luận, cho ý kiến, sửa trực tiếp vào Dự thảo và thông qua Hiến pháp; bốn lần trình Ban chấp hành Trung ương Đảng khóa XI (Trung ương 2, 5, 7 và 8) và rất nhiều lần

xin ý kiến Bộ Chính trị. Tuy vẫn còn có ý kiến khác, nhưng có thể nói rằng, bản Hiến pháp đã được chất lọc, tiếp thu, kết tinh được trí tuệ, ý chí, nguyện vọng của tuyệt đại đa số nhân dân, thể hiện được ý Đảng, lòng dân và sự đồng thuận cao của cả hệ thống chính trị.

Bản Hiến pháp có nhiều điểm mới quan trọng cả về nội dung và kỹ thuật lập hiến, đáp ứng mục tiêu, yêu cầu đề ra. Đây là bản Hiến pháp của thời kỳ đẩy mạnh toàn diện công cuộc Đổi mới, đồng bộ cả về kinh tế và chính trị, đáp ứng yêu cầu xây dựng, bảo vệ, phát triển và hội nhập quốc tế của nước ta trong thời kỳ mới.

Với bố cục 11 chương, 120 điều, Hiến pháp đã khẳng định mạnh mẽ ý chí, chủ quyền của Nhân dân, sức mạnh đại đoàn kết toàn dân tộc; thể hiện rõ và đầy đủ hơn bản chất dân chủ, tiến bộ của Nhà nước và chế độ ta. Hiến pháp khẳng định nước Cộng hòa XHCN Việt Nam là một nước độc lập, có chủ quyền, thống nhất và toàn vẹn lãnh thổ bao gồm đất liền, hải đảo, vùng biển và vùng

trời (Điều 1). Nước Cộng hòa XHCN Việt Nam do Nhân dân làm chủ, tất cả quyền lực nhà nước thuộc về Nhân dân. Hiến pháp tiếp tục khẳng định Nhà nước ta là Nhà nước pháp quyền XHCN của Nhân dân, do Nhân dân và vì Nhân dân. Quyền lực nhà nước là thống nhất, có sự phân công, phối hợp, kiểm soát quyền lực giữa các cơ quan nhà nước trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp. Lần đầu tiên kiểm soát quyền lực được ghi nhận trong Hiến pháp, đây là nguyên tắc rất quan trọng của Nhà nước pháp quyền. Quy định như vậy để mỗi cơ quan phát huy đầy đủ trách nhiệm và thực hiện có hiệu lực, hiệu quả chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của mình; hạn chế và không để xảy ra tình trạng lạm dụng quyền lực; phòng chống quan liêu, tham nhũng, lãng phí, đồng thời để Nhân dân có cơ sở hiến định giám sát quyền lực nhà nước. Hiến pháp quy định Nhân dân thực hiện quyền lực nhà nước bằng dân chủ trực tiếp, bằng dân chủ đại diện thông qua Quốc hội, Hội đồng nhân dân và thông qua các cơ quan khác của Nhà nước. Trong một chế độ dân chủ, Nhân dân trực tiếp thực hiện quyền bầu cử, ứng cử, quyền bãi nhiệm đại biểu Quốc hội, đại biểu Hội đồng nhân dân nếu đại biểu không còn xứng đáng với sự tín nhiệm của Nhân dân. Nhân dân trực tiếp thực hiện quyền biểu quyết khi Nhà nước tổ chức trưng cầu ý dân về các vấn đề quan trọng của đất nước, kể cả việc trưng cầu ý dân về Hiến pháp (Điều 120). Đây là quyền dân chủ trực tiếp của Nhân dân trong Nhà nước pháp quyền XHCN. Kế thừa Hiến pháp năm 1992, Hiến pháp tiếp tục khẳng định: Nước Cộng hòa XHCN Việt Nam là một quốc gia thống nhất của các dân tộc cùng sinh sống trên đất nước Việt Nam. Các dân tộc bình đẳng, đoàn kết, tôn trọng và giúp nhau cùng phát triển; nghiêm cấm mọi hành vi kỳ thị, chia rẽ dân tộc... Nhà nước thực hiện chính sách phát triển toàn diện và tạo điều kiện để các dân tộc thiểu số phát huy nội lực, cùng phát triển với đất nước. Đây là một điểm mới, một chính sách rất quan trọng trong một quốc gia đa dân tộc. Thực hiện chính

sách bình đẳng, đoàn kết, tôn trọng, giúp nhau cùng phát triển, là chính sách tiên bộ, dân chủ và nhất quán của Đảng và Nhà nước ta đã được ghi nhận trong các bản Hiến pháp trước. Hiến pháp mới xác định Nhà nước thực hiện chính sách phát triển toàn diện và tạo điều kiện để các dân tộc thiểu số phát huy được nội lực của chính mình phấn đấu, vươn lên, phát triển cùng đất nước.

Đại đoàn kết toàn dân tộc là động lực rất quan trọng, nguồn sức mạnh to lớn để xây dựng, bảo vệ và phát triển đất nước. Hiến pháp khẳng định vai trò to lớn của Mặt trận Tổ quốc Việt Nam, Công đoàn Việt Nam và các tổ chức chính trị - xã hội, các thành viên khác của Mặt trận, phát huy sức mạnh đại đoàn kết toàn dân tộc, thực hiện dân chủ, tăng cường đồng thuận xã hội, giám sát, phản biện xã hội, tham gia xây dựng Đảng, Nhà nước, hoạt động đối ngoại nhân dân, góp phần xây dựng và bảo vệ Tổ quốc.

Với một vị trí trang trọng, tại Điều 4, Hiến pháp tiếp tục khẳng định vai trò lãnh đạo Nhà nước và xã hội của Đảng cộng sản Việt Nam; làm rõ và sâu sắc hơn bản chất tiên phong, bản chất nhân dân của Đảng. Khẳng định Đảng ta là đội tiên phong của giai cấp công nhân, đồng thời là đội tiên phong của Nhân dân lao động và của dân tộc Việt Nam, đại biểu trung thành lợi ích của giai cấp công nhân, nhân dân lao động và của cả dân tộc, lấy chủ nghĩa Mác Lê-nin và tư tưởng Hồ Chí Minh làm nền tảng tư tưởng. Chính do bản chất và nền tảng tư tưởng của Đảng như vậy nên Nhân dân ta thừa nhận vai trò lãnh đạo Nhà nước và xã hội của Đảng và ghi nhận vào Hiến pháp - đạo luật cơ bản của Nhà nước. Đồng thời, Hiến pháp bổ sung một điểm mới rất quan trọng đó là Đảng gắn bó mật thiết với Nhân dân, phục vụ Nhân dân, chịu sự giám sát của Nhân dân, chịu trách nhiệm trước Nhân dân về những quyết định của mình. Đây là điều mà Đảng ta ngay từ khi mới thành lập, trong suốt quá trình cách mạng, lãnh đạo đất nước và mãi sau này Đảng ta luôn thực hiện. Đó là quy luật tồn tại, sức sống và sự phát triển tất yếu của Đảng. Đồng thời, Hiến pháp quy

định các tổ chức của Đảng và đảng viên phải hoạt động trong khuôn khổ của Hiến pháp và pháp luật. Trong Nhà nước pháp quyền, các tổ chức của Đảng và đảng viên cũng phải thượng tôn Hiến pháp và pháp luật.

Thế chế hóa cương lĩnh, tổng kết thực tiễn hoạt động đối ngoại của Đảng, Nhà nước, đối ngoại nhân dân, trên cơ sở các nguyên tắc của luật pháp quốc tế hiện đại, Hiến pháp đã xác định rõ ràng đường lối đối ngoại của Đảng và Nhà nước ta. Đó là đường lối đối ngoại độc lập, tự chủ, hòa bình, hữu nghị, hợp tác và phát triển, đa phương hóa, đa dạng hóa quan hệ; chủ động và tích cực hội nhập, hợp tác quốc tế, trên cơ sở tôn trọng độc lập, chủ quyền và toàn vẹn lãnh thổ, không can thiệp vào công việc nội bộ của nhau, bình đẳng, cùng có lợi; tuân thủ Hiến chương Liên hợp quốc và điều ước quốc tế mà nước ta là thành viên; là bạn, là đối tác tin cậy và thành viên có trách nhiệm trong cộng đồng quốc tế vì lợi ích quốc gia, dân tộc, góp phần vào sự nghiệp hòa bình, độc lập dân tộc, dân chủ và tiến bộ trên thế giới.

Phát huy đầy đủ nhân tố con người, Hiến pháp thể hiện sâu sắc và đầy đủ hơn quan điểm tôn trọng, bảo đảm, bảo vệ quyền con người, quyền, nghĩa vụ cơ bản của công dân. Các quyền con người, quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân về dân sự, kinh tế, văn hóa, xã hội phải do Hiến pháp quy định. Mọi sự hạn chế quyền công dân phải do luật định. Quyền của công dân không tách rời nghĩa vụ công dân. Mọi người có nghĩa vụ tôn trọng quyền của người khác. Công dân có trách nhiệm thực hiện nghĩa vụ với Nhà nước và xã hội; việc thực hiện quyền con người, quyền công dân không được xâm phạm lợi ích quốc gia, dân tộc, quyền và lợi ích hợp pháp của người khác; Hiến pháp quy định rõ hơn các quyền, nghĩa vụ cơ bản của công dân; bổ sung một số quyền mới như quyền sống, quyền bất khả xâm phạm về đời sống riêng tư, quyền được bảo đảm về an sinh xã hội, quyền được sống trong môi trường trong lành... Các quy định về quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân của Hiến pháp bảo đảm

tính khả thi, phù hợp với điều kiện phát triển kinh tế - xã hội của đất nước và hội nhập quốc tế, xác định rõ trách nhiệm của Nhà nước trong việc tôn trọng, bảo vệ quyền con người, quyền cơ bản của công dân.

Hiến pháp đã xác định tính chất, mô hình kinh tế tổng thể (Điều 5 và Điều 31), vai trò quản lý của Nhà nước trong nền kinh tế thị trường định hướng XHCN (Điều 52). Kế thừa Hiến pháp năm 1992, Hiến pháp quy định nước Cộng hòa XHCN Việt Nam xây dựng nền kinh tế độc lập, tự chủ, phát huy nội lực, hội nhập, hợp tác quốc tế, gắn kết chặt chẽ với phát triển văn hóa, thực hiện tiến bộ và công bằng xã hội, bảo vệ môi trường, thực hiện công nghiệp hóa, hiện đại hóa đất nước. Quy định như vậy vừa thể hiện được mục đích, bản chất, động lực phát triển bền vững, lâu dài nền kinh tế thị trường định hướng XHCN của nước ta.

Về các thành phần kinh tế, Hiến pháp tiếp tục khẳng định nền kinh tế Việt Nam là nền kinh tế thị trường định hướng XHCN với nhiều hình thức sở hữu, nhiều thành phần kinh tế, kinh tế nhà nước giữ vai trò chủ đạo. Các thành phần kinh tế đều là bộ phận cấu thành quan trọng của nền kinh tế quốc dân. Các chủ thể thuộc các thành phần kinh tế bình đẳng, hợp tác và cạnh tranh theo pháp luật. Lần đầu tiên, vai trò của doanh nhân, doanh nghiệp được ghi nhận trong Hiến pháp là lực lượng nòng cốt làm ra của cải vật chất cho đất nước và xã hội, tham gia tích cực hội nhập kinh tế quốc tế. Trong nền kinh tế thị trường, doanh nghiệp thuộc mọi thành phần kinh tế phải hoạt động theo cơ chế thị trường, xóa bỏ độc quyền doanh nghiệp, xóa bỏ các cơ chế, chính sách tạo ra bất bình đẳng. Kế thừa Hiến pháp năm 1992, Hiến pháp khẳng định đất đai, rừng núi, sông hồ, nguồn nước, khoáng sản và tài nguyên thiên nhiên khác đều thuộc sở hữu toàn dân do Nhà nước đại diện chủ sở hữu và thống nhất quản lý. Việc thu hồi đất là nội dung mới của Hiến pháp, quy định rõ trong trường hợp thật cần thiết phải do luật định vì mục đích quốc phòng, an ninh; phát triển kinh tế - xã hội vì lợi ích quốc gia, công

cộng, phải công khai, minh bạch và phải được bồi thường để tránh việc thu hồi đất tùy tiện, tràn lan. Những trường hợp thật cần thiết Nhà nước có quyền trưng dụng đất để thực hiện nhiệm vụ quốc phòng, an ninh hoặc trong tình trạng chiến tranh, tình trạng khẩn cấp, phòng chống thiên tai.

Với quan điểm phát triển kinh tế phải kết hợp chặt chẽ, hài hòa với phát triển văn hóa, thực hiện tiến bộ và công bằng xã hội, bảo vệ môi trường; quy định về giáo dục, khoa học và công nghệ trong cùng một chương trong Hiến pháp (sửa đổi) với những mục tiêu và chính sách cơ bản ở tầm hiến định, bảo đảm cho sự phát triển nhanh và bền vững của đất nước. Hiến pháp bổ sung một điều mới rất quan trọng về chính sách tài chính công (Điều 55) nhằm khẳng định vai trò của tài chính công, trách nhiệm của các cơ quan, tổ chức sử dụng tài chính công, tạo cơ sở hiến định cho việc quản lý, sử dụng hiệu quả tài chính công, nguồn lực quan trọng để xây dựng, phát triển đất nước. Theo đó, ngân sách nhà nước, dự trữ quốc gia, quỹ tài chính nhà nước và các nguồn tài chính công khác do Nhà nước thống nhất quản lý và phải được sử dụng hiệu quả, công bằng, công khai, minh bạch, đúng pháp luật.

Bảo vệ Tổ quốc Việt Nam XHCN là nhiệm vụ cực kỳ quan trọng, là sự nghiệp của toàn dân. Bảo vệ Tổ quốc là nghĩa vụ thiêng liêng, quyền cao quý của công dân. Nhà nước củng cố và tăng cường nền quốc phòng toàn dân và an ninh nhân dân mà nòng cốt là lực lượng vũ trang nhân dân. Phát huy sức mạnh tổng hợp của đất nước trên tất cả các lĩnh vực chính trị, kinh tế, văn hóa, quốc phòng, an ninh và đối ngoại để bảo vệ vững chắc Tổ quốc, góp phần bảo vệ hòa bình ở khu vực và trên thế giới. Cơ quan, tổ chức, công dân phải thực hiện đầy đủ nhiệm vụ quốc phòng, an ninh.

Về tổ chức và hoạt động của bộ máy nhà nước, Hiến pháp tiếp tục kế thừa bản chất và mô hình tổng thể của bộ máy nhà nước trong Hiến pháp năm 1992, thể chế hóa quan điểm của Đảng về xây dựng Nhà nước pháp quyền XHCN. Hiến pháp định

danh và làm rõ hơn nguyên tắc phân công, phối hợp và kiểm soát giữa các cơ quan trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp; xác định rõ hơn nhiệm vụ, quyền hạn của các cơ quan thực hiện quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp và điều chỉnh một số nhiệm vụ, quyền hạn của các cơ quan này, bổ sung một số thiết chế hiến định độc lập như Hội đồng Bầu cử quốc gia, Kiểm toán Nhà nước. Về Quốc hội, Hiến pháp tiếp tục khẳng định Quốc hội là cơ quan đại biểu cao nhất của nhân dân, cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất của nước Cộng hòa XHCN Việt Nam thực hiện quyền lập hiến, lập pháp, quyết định các vấn đề quan trọng của đất nước và giám sát tối cao. Hiến pháp quy định rõ và hợp lý hơn việc Quốc hội quyết định mục tiêu, chỉ tiêu, nhiệm vụ, giải pháp cơ bản phát triển kinh tế - xã hội của đất nước, chính sách cơ bản về tài chính, tiền tệ, quyết định mức giới hạn an toàn về nợ công, nợ quốc gia, nợ chính phủ; phê chuẩn việc bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao; quy định hợp lý hơn thẩm quyền phê chuẩn, bãi bỏ các điều ước quốc tế... Hiến pháp khẳng định Ủy ban thường vụ Quốc hội là cơ quan thường trực của Quốc hội, có nhiệm vụ, quyền hạn được Hiến pháp quy định; bổ sung thẩm quyền của Ủy ban thường vụ Quốc hội trong việc điều chỉnh đơn vị hành chính dưới cấp tỉnh, thẩm quyền phê chuẩn Phó Chủ tịch Hội đồng Dân tộc, Phó Chủ nhiệm các Ủy ban của Quốc hội, các ủy viên Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban, Ban của Quốc hội; phê chuẩn việc bổ nhiệm, miễn nhiệm Đại sứ đặc mệnh toàn quyền Việt Nam ở nước ngoài...

Hiến pháp tiếp tục giữ các quy định của Hiến pháp năm 1992 về vị trí, vai trò của Chủ tịch nước là người đứng đầu Nhà nước, thay mặt Nhà nước về đối nội, đối ngoại, thống lĩnh các lực lượng vũ trang, Chủ tịch Hội đồng Quốc phòng và An ninh, quy định Chủ tịch nước phong, thăng, giáng, tước quân hàm cấp tướng, chuẩn đô đốc, phó đô đốc, đô đốc hải quân; bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức Tổng Tham mưu trưởng, Chủ nhiệm Tổng Cục chính trị Quân đội

nhân dân Việt Nam; bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao theo nghị quyết của Quốc hội, bổ nhiệm Thẩm phán của các Tòa án khác...

Hiến pháp quy định Chính phủ là cơ quan chấp hành của Quốc hội, cơ quan hành chính nhà nước cao nhất của nước Cộng hòa XHCN Việt Nam, thực hiện quyền hành pháp. Hiến pháp đã sắp xếp, cơ cấu lại nhiệm vụ, quyền hạn của Chính phủ phù hợp với chức năng cơ quan hành pháp để phát huy vai trò chủ động, sáng tạo của Chính phủ trong quản lý, điều hành. Hiến pháp quy định rõ hơn nhiệm vụ, quyền hạn của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ, Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang Bộ.

Toà án nhân dân là cơ quan xét xử của nước Cộng hòa XHCN Việt Nam, thực hiện quyền tư pháp. Viện kiểm sát nhân dân thực hành quyền công tố và kiểm sát hoạt động tư pháp. Sửa đổi, bổ sung một số nguyên tắc hoạt động của Tòa án nhân dân và Viện kiểm sát nhân dân theo định hướng cải cách tư pháp, bảo đảm tính độc lập của các cơ quan tư pháp; nghiêm cấm việc can thiệp vào hoạt động xét xử của Tòa án, thực hiện nguyên tắc tranh tụng trong hoạt động xét xử, chế độ xét xử sơ thẩm, phúc thẩm được bảo đảm.

Hiến pháp lần này xác định và quy định rõ hơn chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của từng cơ quan trong bộ máy nhà nước, bảo đảm sự phân công, phối hợp và kiểm soát quyền lực có hiệu lực và hiệu quả trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp.

Về chính quyền địa phương, Hiến pháp giữ quy định về các đơn vị hành chính như Hiến pháp năm 1992, có bổ sung đơn vị hành chính tương đương cấp quận, huyện, thành phố trực thuộc trung ương; quy định đơn vị hành chính - kinh tế đặc biệt. Cấp chính quyền địa phương gồm có Hội đồng nhân dân và Ủy ban nhân dân được tổ chức phù hợp với đặc điểm nông thôn, đô thị, hải đảo, đơn vị hành chính - kinh tế đặc biệt do luật định, tạo cơ sở hiến định cho việc xây dựng luật chính quyền địa phương. Hiến pháp quy định những vấn đề có tính nguyên tắc về phân công, phân cấp giữa trung ương

và địa phương, giữa các cấp chính quyền địa phương, bảo đảm sự chỉ đạo thống nhất của trung ương, đồng thời phát huy tính năng động, sáng tạo, quyền tự chủ, tự chịu trách nhiệm của chính quyền địa phương.

Lần đầu tiên trong Hiến pháp quy định về Hội đồng Bầu cử quốc gia, Kiểm toán Nhà nước là những thiết chế hiến định độc lập thể hiện rõ tính dân chủ và pháp quyền của Nhà nước ta. Hội đồng Bầu cử quốc gia có nhiệm vụ tổ chức bầu cử đại biểu Quốc hội; chỉ đạo và hướng dẫn bầu cử đại biểu Hội đồng nhân dân các cấp. Kiểm toán Nhà nước do Quốc hội thành lập, hoạt động độc lập và chỉ tuân theo pháp luật, thực hiện kiểm toán việc quản lý, sử dụng tài chính, tài sản công.

Hiến pháp quy định thẩm quyền, thủ tục, trình tự của việc làm Hiến pháp, sửa đổi Hiến pháp; quy định thời hạn công bố và thời điểm có hiệu lực của Hiến pháp; việc trưng cầu ý dân về Hiến pháp do Quốc hội quyết định. Là đạo luật cơ bản, Hiến pháp có hiệu lực pháp lý cao nhất; mọi văn bản pháp luật khác phải phù hợp với Hiến pháp. Mọi hành vi vi phạm Hiến pháp đều phải bị xử lý. Quốc hội, các cơ quan của Quốc hội, Chủ tịch nước, Chính phủ, Tòa án nhân dân, Viện kiểm sát nhân dân, các cơ quan khác của Nhà nước và toàn thể nhân dân có trách nhiệm bảo vệ Hiến pháp.

Với bố cục 11 chương, 120 điều (giảm 1 chương và 27 điều so với Hiến pháp năm 1992) và kỹ thuật lập hiến chặt chẽ, hiện đại, chọn lọc ý tứ, từ ngữ trong toàn bộ các chương, điều, khoản của Hiến pháp, bảo đảm các quy định của Hiến pháp đúng tầm là đạo luật cơ bản, có tính ổn định lâu dài.

Đề sớm đưa Hiến pháp vào cuộc sống, Quốc hội, Ủy ban thường vụ Quốc hội đã thông qua Nghị quyết về việc thi hành Hiến pháp, trong đó xác định rõ các công việc phải làm và trách nhiệm của Quốc hội, Chính phủ, các cấp, các ngành, các cơ quan, tổ chức trong hệ thống chính trị và toàn dân tôn trọng và nghiêm chỉnh thi hành Hiến pháp vì mục tiêu dân giàu, nước mạnh, dân chủ, công bằng, văn minh ■

CƠ SỞ VÀ NHỮNG NỘI DUNG CƠ BẢN CỦA ĐẠO ĐỨC CÔNG VỤ

NGUYỄN TIẾN HIỆP*

Hiện nay, khá nhiều người đã cho rằng cần sớm ban hành Luật Đạo đức công vụ để đặt ra một cách đầy đủ, tập trung những quy định có liên quan về đạo đức công vụ của cán bộ, công chức. Điều đó là cần thiết. Tuy nhiên, để có thể hình thành đầy đủ và bảo đảm tính hợp lý, khả thi của các quy định pháp luật về đạo đức công vụ của cán bộ, công chức nước ta, cần xuất phát từ những cơ sở khoa học mà không thể chủ quan duy ý chí. Đồng thời, cũng cần có xuất phát điểm đúng đắn để quy định đúng và đủ những nội dung cơ bản của đạo đức công vụ, có nghĩa là phải xác định các cơ sở để hình thành những quy định về đạo đức công vụ của cán bộ, công chức nhà nước.

1. Cơ sở để hình thành những nội dung cơ bản của đạo đức công vụ của cán bộ, công chức nhà nước

Xét từ góc độ khoa học, có thể xác định nhiều nội dung khác nhau làm cơ sở để hình thành những nội dung cơ bản của đạo đức công vụ của cán bộ, công chức nhà nước. Tuy nhiên, cần chú trọng các nội dung điển hình sau:

Một là, cơ sở chính trị.

Về chính trị, trước hết cần căn cứ vào tư tưởng Hồ Chí Minh về đạo đức công vụ. Theo Người, đạo đức công vụ bao gồm

những nội dung cơ bản: Nhân, nghĩa, trí, dũng¹; cần, kiệm, liêm, chính, chí công vô tư²; có tinh thần trách nhiệm cao với công việc³; có tinh thần sáng tạo trong thi hành công vụ⁴; khiêm tốn, cầu tiến bộ⁵; chấp hành nghiêm kỷ luật⁶; có tinh thần đoàn kết, hợp tác với đồng nghiệp⁷.

Đồng thời, phải căn cứ vào quan điểm của Đảng, Nhà nước về đạo đức công vụ.

Ngay từ khi mới giành chính quyền từ tay thực dân Pháp, Đảng ta đã khẳng định nhiệm vụ lịch sử của Nhà nước Việt Nam dân chủ cộng hoà là “bảo toàn lãnh thổ,

* **ThS., Học viện Hành chính Quốc gia.**

1 Hồ Chí Minh, Bàn về nhà nước và pháp luật, Nxb Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 2005, tr. 426, 427.

2 Hồ Chí Minh, Toàn tập, tập 4, Nxb Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 2000, tr. 158-159.

3 Hồ Chí Minh, Sđd, tập 6, tr. 346.

4 Hồ Chí Minh, Sđd, tập 4, tr 41.

5 Hồ Chí Minh, Sđd, tập 5, tr. 73-74.

6 Hồ Chí Minh, Bàn về nhà nước và pháp luật, Sđd,, tr 502.

7 Hồ Chí Minh, Sđd, tập 5, tr 54-55

giành độc lập hoàn toàn và kiến thiết quốc gia trên nền tảng dân chủ”, xây dựng “chính quyền mạnh mẽ và sáng suốt của nhân dân”, nhằm đoàn kết toàn dân, không phân biệt giống nòi, gái trai, giai cấp, tôn giáo, đảm bảo các quyền tự do dân chủ, trong đó đội ngũ cán bộ, công chức là công bộc của nhân dân⁸.

Kể từ khi đổi mới đến nay, Đảng ta càng chú trọng đến vấn đề này. Nhiều văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ VI, VII, VIII, IX, X của Đảng đều đã đề cập việc xây dựng một chính quyền không có đặc quyền, đặc lợi, hoạt động vì nhân dân, trong đó cán bộ công chức nhà nước thật sự là công bộc, tận tụy phục vụ nhân dân.

Chỉ sau thành lập được một thời gian ngắn, Chính phủ nước Việt Nam dân chủ cộng hòa đã có rất nhiều văn bản pháp luật thể hiện những quan điểm nói trên. Đặc biệt, Sắc lệnh 76/SL ngày 20/5/1950 ban hành Quy chế công chức Việt Nam đã quy định: “Công chức Việt Nam là những công dân giữ một nhiệm vụ trong bộ máy nhà nước của chính quyền nhân dân... Công chức Việt Nam phải đem tất cả sức lực và tâm trí, theo đúng đường lối của Chính phủ và nhằm lợi ích của nhân dân mà làm việc”⁹; “công chức Việt Nam phải phục vụ nhân dân, trung thành với Chính phủ, tôn trọng kỷ luật, có tinh thần trách nhiệm và tránh làm những việc có hại đến thanh danh công chức hay đến sự hoạt động của bộ máy nhà nước. Công chức Việt Nam phải cần, kiệm, liêm, chính, chí công vô tư”¹⁰.

Từ đó, trong tất cả mọi thời kỳ cách mạng sau này, tư tưởng trên đã được kế thừa, đưa vào trong các Hiến pháp, với những quy định cụ thể: “Tất cả các cơ quan nhà nước đều phải dựa vào nhân dân, liên hệ chặt chẽ với nhân dân, lắng nghe ý kiến và chịu sự kiểm soát của nhân dân. Tất cả các nhân viên cơ quan nhà nước đều phải

trung thành với chế độ dân chủ nhân dân, tuân theo Hiến pháp và pháp luật, hết lòng hết sức phục vụ nhân dân”¹¹; “Tất cả các cơ quan nhà nước và nhân viên nhà nước phải hết lòng hết sức phục vụ nhân dân, liên hệ chặt chẽ với nhân dân, lắng nghe ý kiến và chịu sự giám sát của nhân dân, phát huy dân chủ xã hội chủ nghĩa (XHCHN). Nghiêm cấm mọi biểu hiện quan liêu, hách dịch, cửa quyền”¹²; “Các cơ quan nhà nước, cán bộ, viên chức nhà nước phải tôn trọng nhân dân, tận tụy phục vụ nhân dân, liên hệ chặt chẽ với nhân dân, lắng nghe ý kiến và chịu sự giám sát của nhân dân; kiên quyết đấu tranh chống mọi biểu hiện quan liêu, hách dịch, cửa quyền, tham nhũng”¹³.

Trong mỗi thời kỳ, những quy định trên trong Hiến pháp đều đã được cụ thể hóa trong nhiều văn bản luật và dưới luật, với nhiều quy định chi tiết về đạo đức công vụ của cán bộ, công chức nhà nước. Tuy nhiên, những quy định đó còn tản mát, chưa tập trung trong một văn bản nên còn chưa đầy đủ, thiếu tính hệ thống.

Hai là, cơ sở kinh tế.

Để có thể tạo ra sự phù hợp, thúc đẩy sự phát triển của nền kinh tế nhiều thành phần bình đẳng nhau, theo cơ chế thị trường, pháp luật nói chung, quy định về đạo đức công vụ nói riêng cần có sự phù hợp để góp phần tạo ra đội ngũ cán bộ, công chức nhà nước tận tâm, tận ý với công vụ, là những người đầy tớ phục vụ nhân dân, đoạn tuyệt tư tưởng “ban, cho”, tư tưởng phân biệt đối xử giữa các thành phần kinh tế - những tư tưởng thịnh hành trong thời kỳ bao cấp trước đây.

Bên cạnh đó, cũng cần xuất phát từ việc xác định nền kinh tế có sự quản lý của Nhà nước, định hướng XHCHN để xác lập các nội dung của đạo đức công vụ. Có như vậy, mới có thể tạo ra đội ngũ cán bộ, công chức trung thành với chế độ, có trách nhiệm cao trong

8 Hồ Chí Minh: *Tuyển tập, tập 2, Nxb Sự thật, Hà Nội, 1980, tr. 463.*

9 Lời nói đầu.

10 Điều 2.

11 Điều 6 Hiến pháp 1959.

12 Điều 8 Hiến pháp 1980.

13 Điều 8 Hiến pháp 1992.

việc nâng cao hiệu quả, hiệu lực của quản lý nhà nước.

Ba là, cơ sở văn hóa - xã hội.

Cần dựa trên những nét tốt đẹp của nền văn hóa, những thuần phong, mỹ tục của dân tộc Việt Nam, như: tinh thần đoàn kết, tương thân, tương ái; phương châm sống “mình vì mọi người”, “lá lành đùm lá rách”; đạo lý “giấy rách giữ lấy lề”, dám làm dám chịu... để hình thành nên những quy định cơ bản của đạo đức công vụ, có như vậy mới kế thừa và phát huy được những nét tinh hoa trong bản sắc văn hóa dân tộc, góp phần tạo ra sức mạnh của đội ngũ cán bộ, công chức nhà nước.

Bốn là, cơ sở pháp lý.

Cơ sở pháp lý của Luật Đạo đức công vụ là Hiến pháp 1992, sửa đổi, bổ sung năm 2013. Tại Điều 8 Hiến pháp quy định: “ Các cơ quan nhà nước, cán bộ, công chức, viên chức phải tôn trọng Nhân dân, tận tụy phục vụ Nhân dân, liên hệ chặt chẽ với Nhân dân, lắng nghe ý kiến và chịu sự giám sát của Nhân dân; kiên quyết đấu tranh chống tham nhũng, lãng phí và mọi biểu hiện quan liêu, hách dịch, cửa quyền”.

2. Những nội dung cơ bản của các quy định pháp luật về đạo đức công vụ của cán bộ, công chức

Quy định về đạo đức công vụ của cán bộ, công chức bao gồm nhiều nội dung khác nhau, là những chuẩn mực pháp luật về hành vi ứng xử của người cán bộ, công chức. Trong khi đó, việc đánh giá hành vi ứng xử của cán bộ, công chức chỉ được đặt ra trong mối quan hệ giữa từng cán bộ, công chức cụ thể với những chủ thể khác. Bên cạnh đó, để có thể hình thành và nâng cao đạo đức công vụ của mỗi cán bộ, công chức, Nhà nước cũng cần đòi hỏi cán bộ, công chức tự thân rèn luyện, phấn đấu về mọi mặt. Nếu căn cứ vào tính chất mối quan hệ trong công vụ của cán bộ, công chức, có thể chia các quy định về đạo đức công vụ thành một số nhóm sau đây:

Thứ nhất, những quy định về hành vi ứng xử của cán bộ, công chức trong mối quan hệ với Đảng và Nhà nước.

Trong mối quan hệ này, trước hết cán bộ,

công chức phải trung thành với Tổ quốc Việt Nam XHCN. Ngoài việc xác định nghĩa vụ của cán bộ, công chức là hết lòng phụng sự Tổ quốc, còn phải xuất phát từ vị trí, vai trò của cán bộ, công chức là những người nắm giữ ít nhiều bí mật của Nhà nước để xác định nghĩa vụ gìn giữ, bảo vệ bí mật quốc gia.

Đồng thời, do là người có mối quan hệ đặc biệt, gắn bó mật thiết với Nhà nước nên cán bộ, công chức phải tuyệt đối trung thành với Đảng và Nhà nước; phải chấp hành nghiêm chỉnh đường lối chính sách, của Đảng, pháp luật của Nhà nước.

Bên cạnh đó, để hoạt động của Nhà nước có hiệu quả, hiệu lực thì mỗi cán bộ, công chức phải có tinh thần trách nhiệm cao, tự giác, tận tâm tận lực với công vụ được giao. Nếu thiếu phẩm chất này, thì người cán bộ, công chức sẽ tự biến mình thành “cái máy biết đi” để “sáng cấp ô đi, tối cấp ô về”, thờ ơ với công việc của cơ quan, đơn vị, thậm chí chây lười, trốn tránh việc thực hiện nhiệm vụ được giao.

Mặt khác, do thực tiễn xã hội rất phong phú và luôn biến động nên hoạt động quản lý nhà nước rất đa dạng và phức tạp. Để có thể hoàn thành công vụ của mình, cán bộ, công chức còn phải rèn luyện để có được sự chỉ công, vô tư, tính sáng tạo linh hoạt trong hoạt động quản lý nhà nước. Sự sáng tạo, linh hoạt đó phải xuất phát từ “cái tâm” của người cán bộ, công chức và phải trong khuôn khổ pháp luật.

Đặc biệt, do bộ máy nhà nước là một chỉnh thể, nên để bảo đảm sự thông suốt trong quá trình vận hành thì mỗi cán bộ, công chức - bộ phận nhỏ nhất của bộ máy đó - ngoài việc được bố trí đúng vị trí, còn cần tuân thủ đầy đủ các quy tắc trong vận hành: Kỷ luật nội bộ trong bộ máy nhà nước. Điều đó có nghĩa, cán bộ, công chức cần có tinh thần chấp hành nghiêm kỷ luật nhà nước.

Thêm vào đó, cán bộ, công chức cần có tinh thần tiết kiệm, chống lãng phí, không sử dụng công quỹ, tài sản của cơ quan, của Nhà nước vào những việc mang tính vụ lợi.

Thứ hai, những quy định về hành vi ứng xử của cán bộ, công chức trong mối quan hệ với nhân dân.

Do Nhà nước ta là Nhà nước của nhân dân, do nhân dân và vì nhân dân nên mỗi cán bộ, công chức đều phải tôn trọng nhân dân, tận tụy phục vụ nhân dân, không được có hành vi của quyền, ức hiếp hoặc sách nhiễu, gây phiền hà, khó khăn cho nhân dân. Cần có nhận thức đúng đắn về bổn phận là công bộc của nhân dân để mỗi cán bộ, công chức nhà nước tự gạt bỏ tư tưởng tự cho mình là người “cai trị”, có quyền “ban phát” cho người dân những thứ thuộc về quyền lợi của họ, từ đó loại bỏ cách hành xử thiếu bình đẳng, thiếu tôn trọng đối với người dân.

Để có thể nắm bắt kịp thời, chính xác những tâm tư, nguyện vọng của nhân dân, cán bộ, công chức cần phải liên hệ chặt chẽ với nhân dân, lắng nghe ý kiến của nhân dân. Có như vậy, mới tránh được bệnh quan liêu, hình thức hời hợt trong hoạt động công vụ.

Mặt khác, hoạt động công vụ luôn cần được đặt dưới sự kiểm tra, giám sát thì mới hạn chế được những lệch lạc, sai phạm có thể xảy ra. Trên thực tế, các sai phạm, lệch lạc trong hoạt động công vụ rất đa dạng, xảy ra do nhiều nguyên nhân khách quan và chủ quan khác nhau, như: có sự lạm quyền, vụ lợi; yếu kém về chuyên môn, nghiệp vụ... của người cán bộ, công chức. Vì vậy, việc quy định cán bộ, công chức phải chịu sự giám sát của nhân dân, vừa có vai trò quan trọng trong việc buộc Nhà nước phải xây dựng cơ chế hữu hiệu để nhân dân có thể giám sát hoạt động công vụ; vừa góp phần tạo ra nhận thức của cán bộ, công chức về vai trò giám sát của nhân dân, từ đó có sự tự giác, chủ động trong việc công khai hóa hoạt động công vụ, tạo điều kiện để nhân dân thực hiện quyền giám sát đối với hoạt động công vụ.

Thứ ba, những quy định về hành vi ứng xử của cán bộ, công chức trong mối quan hệ với đồng nghiệp.

Trước hết, cán bộ, công chức cần có tinh thần dân chủ, đoàn kết, hợp tác với đồng nghiệp trong việc thực hiện công vụ vì điều đó sẽ tạo nên sức mạnh tập thể, giúp mọi người có thể khắc phục mọi khó khăn để hoàn thành nhiệm vụ của cơ quan, đơn vị. Đồng thời, để có được sự đoàn kết, nhất trí nội bộ, cũng cần cấm cán bộ, công chức

thực hiện hành vi gây bè phái, cục bộ trong cơ quan, đơn vị.

Trong mỗi công vụ, pháp luật luôn đặt ra những quy định cần thiết về kỷ luật công vụ. Nhờ kỷ luật công vụ, vị trí, vai trò, nhiệm vụ của từng cán bộ, công chức trong công vụ được xác định; cách thức vận hành bộ máy, thủ tục thực hiện công vụ được ấn định nên công vụ được tiến hành theo đúng quy trình đã định, đạt hiệu quả đã đặt ra trong quản lý. Có tuân thủ các kỷ luật đó, công vụ mới có thể được thực thi có hiệu quả. Vì vậy, người cán bộ, công chức cần có tinh thần tự giác trong việc chấp hành kỷ luật công vụ.

Trong quan hệ với đồng nghiệp, cán bộ, công chức cần có đức tính trung thực vì sự thiếu trung thực không chỉ làm cho những thông tin liên quan đến công vụ bị sai lệch, ảnh hưởng đến việc hoàn thành nhiệm vụ, mà còn trực tiếp tạo ra sự thiếu tin tưởng, hoài nghi của đồng nghiệp trong các hoạt động khác, là mầm mống gây mất đoàn kết trong cơ quan, đơn vị. Bên cạnh đó, trong quan hệ với đồng nghiệp, cán bộ, công chức còn cần phải có tính khiêm tốn vì sự kiêu căng vừa triệt tiêu động lực phấn đấu vươn lên, vừa tạo ra sự xa lánh của đồng nghiệp, là mầm mống gây ra sự mất đoàn kết trong cơ quan, đơn vị. Đồng thời, cán bộ, công chức còn cần có tinh thần cầu thị, nhờ đó có thể học hỏi kinh nghiệm hay của đồng nghiệp, dám nhận ra những khuyết điểm của mình nhằm sửa chữa, khắc phục để vươn lên.

Thứ tư, những quy định về sự tự thân phấn đấu, rèn luyện của cán bộ, công chức.

Một mặt, cần buộc cán bộ, công chức thường xuyên tu dưỡng đạo đức, tác phong, không tham gia vào các tệ nạn xã hội. Có như vậy, người cán bộ, công chức mới không bị gục ngã trước những cám dỗ về vật chất, không bị dao động tư tưởng trước những dư luận, thông tin đa chiều, kiên định và giữ vững quan điểm, lập trường cách mạng trong quá trình thực thi công vụ.

Mặt khác, cán bộ, công chức cần tích cực, tự giác trong việc học tập nâng cao trình độ về mọi mặt, đặc biệt là trình độ chuyên môn, để nâng cao năng lực công tác, hoàn thành tốt công vụ được giao ■

KIẾN NGHỊ SỬA ĐỔI MỘT SỐ QUY ĐỊNH TRONG LUẬT BAN HÀNH VĂN BẢN QUY PHẠM PHÁP LUẬT NĂM 2008

CAO VŨ MINH*

Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật (VBQPPL) là một đạo luật rất quan trọng trong hệ thống pháp luật Việt Nam. Nó chính là “cỗ máy cái trong cơ chế xây dựng pháp luật”¹, là nền tảng pháp lý cho việc hoàn thiện quy trình, hệ thống pháp luật Việt Nam. Tuy nhiên, hiện nay Luật Ban hành VBQPPL đang bộc lộ những hạn chế nhất định. Trước đây, chúng tôi đã có dịp nêu lên những bất cập trong Luật Ban hành VBQPPL của Hội đồng nhân dân (HĐND), Ủy ban nhân dân (UBND) năm 2004 (Luật 2004)². Trong bài viết này, chúng tôi chỉ nêu lên những hạn chế, bất cập của Luật Ban hành VBQPPL năm 2008 (Luật 2008), đồng thời đề xuất hướng sửa đổi những hạn chế, bất cập này.

1. Những hạn chế, bất cập trong Luật 2008

Thứ nhất, Luật 2008 chưa quy định rõ ràng hiệu lực pháp lý cao thấp của các VBQPPL

Trước đây, Luật Ban hành VBQPPL năm 1996 (được sửa đổi, bổ sung năm 2002) quy định hệ thống VBQPPL của nước ta bao gồm: Hiến pháp, luật, nghị quyết do Quốc hội ban hành; pháp lệnh, nghị quyết do Ủy ban thường vụ Quốc hội (UBTVQH) ban hành; lệnh, quyết định do Chủ tịch nước (CTN) ban hành; nghị quyết, nghị định do Chính phủ ban hành; quyết định, chỉ thị do Thủ tướng Chính phủ (TTCP) ban hành; quyết định, chỉ thị, thông tư do bộ trưởng, thủ trưởng cơ quan ngang bộ ban hành; nghị quyết do Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao (TANDTC) ban hành; quyết

định, chỉ thị, thông tư do Chánh án TANDTC, Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân tối cao (VKSNDTC) ban hành; nghị quyết, thông tư liên tịch do các cơ quan nhà nước có thẩm quyền ban hành hoặc cùng với tổ chức chính trị - xã hội ban hành; nghị quyết do HĐND cấp tỉnh, cấp huyện, cấp xã ban hành; quyết định, chỉ thị do UBND cấp tỉnh, cấp huyện, cấp xã ban hành. Như vậy, hệ thống VBQPPL ở nước ta có hơn 20 loại. So với hệ thống VBQPPL ở đa số các nước trên thế giới thì chúng ta có quá nhiều hình thức VBQPPL. Luật Ban hành VBQPPL năm 1996 đã thừa nhận tính quy phạm của tất cả các văn bản mà Hiến pháp quy định cho các chủ thể được quyền ban hành trong khuôn khổ thực hiện chức năng của mình. Chính quy định này đã dẫn đến bất cập là hệ thống VBQPPL ở nước ta quá nhiều, chồng

* **ThS, Giảng viên khoa Hành chính - Nhà nước, Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh**

1 Nguyễn Cửu Việt, “Một luật hay hai luật?”, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp (số chủ đề Hiến kế lập pháp) số 24, tháng 7, năm 2007.

2 Cao Vũ Minh, “Hoàn thiện các quy định về việc ban hành các VBQPPL của chính quyền địa phương”, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 11, năm 2013.

chéo, mâu thuẫn nhau và nhiều vấn đề không thể trả lời được dưới góc độ khoa học như: giữa quyết định và chỉ thị của TTCP, văn bản nào có giá trị pháp lý cao hơn? Câu hỏi tương tự cũng được đặt ra cho quyết định, chỉ thị, thông tư của bộ trưởng; quyết định, chỉ thị của UBND... Những bất cập này đã dần dần được khắc phục khi Luật 2008 ra đời và có hiệu lực, vì kể từ ngày 1/1/2009, một số cơ quan nhà nước và một số chức vụ trong cơ quan nhà nước chỉ được quyền ban hành một loại VBQPPL (Chính phủ chỉ được quyền ban hành nghị định; TTCP được ban hành quyết định; bộ, cơ quan ngang bộ chỉ được quyền ban hành thông tư với tư cách là VBQPPL). Đơn giản hóa hệ thống văn bản pháp luật tuy giúp chúng ta dễ dàng hơn trong việc xác định hiệu lực pháp lý của VBQPPL, nhưng vẫn có những văn bản do cùng một cơ quan ban hành không xác định được hiệu lực pháp lý cao hay thấp. Theo Luật 2008 thì Quốc hội vẫn có quyền ban hành Hiến pháp, luật, nghị quyết; UBTVQH có quyền ban hành pháp lệnh, nghị quyết. Như vậy, một câu hỏi đặt ra là so với luật thì nghị quyết của Quốc hội có giá trị pháp lý cao hơn hay thấp hơn? Tương tự, giữa pháp lệnh và nghị quyết của UBTVQH, văn bản nào có giá trị pháp lý cao hơn? Với quy định của pháp luật hiện hành và trong thực tiễn thì câu hỏi này không dễ trả lời. Nếu căn cứ vào vị trí sắp xếp trong Luật 2008 thì có thể cho rằng, trong các VBQPPL do Quốc hội ban hành thì Hiến pháp có giá trị pháp lý cao nhất, tiếp đến là luật và sau cùng là nghị quyết. Câu trả lời cũng tương tự đối với pháp lệnh và nghị quyết của UBTVQH³. Nhưng nếu quan niệm như vậy thì sẽ không giải thích được một thực tế đã từng xảy ra là Nghị quyết số 51/2001/QH của Quốc hội ngày 25/12/2001 sửa đổi, bổ sung một số điều của Hiến pháp

năm 1992. Như đã trình bày, thật khó chấp nhận được việc lấy văn bản có hiệu lực pháp lý thấp hơn để sửa đổi, bổ sung văn bản có hiệu lực pháp lý cao hơn. Với tư duy pháp lý ấy, không thể lấy Nghị quyết mà sửa đổi, bổ sung Hiến pháp - văn bản có hiệu lực pháp lý cao nhất. Bên cạnh đó, cả Luật Ban hành VBQPPL năm 1996 và Luật 2008 quy định rất rõ trong những trường hợp nào thì Quốc hội được ban hành nghị quyết, nhưng không thấy có quy định Quốc hội có quyền lấy nghị quyết để sửa đổi, bổ sung Hiến pháp và luật. Do đó, theo chúng tôi, trong Luật Ban hành VBQPPL cần phải quy định hiệu lực pháp lý cao thấp của các hình thức văn bản thay cho những quy định thông qua vị trí pháp lý của chủ thể ban hành theo công thức “văn bản pháp luật của UBTVQH không được trái với văn bản pháp luật do Quốc hội ban hành” và cứ kéo dài vô tận là “văn bản pháp luật của TTCP không được trái với văn bản pháp luật do Quốc hội, UBTVQH, CTN, Chính phủ ban hành”...

Hiện nay, có quan điểm cho rằng, với quy định tại Điều 2 Luật 2008 về “Hệ thống VBQPPL” thì tính thống nhất và thứ bậc hiệu lực của các văn bản đã được thể hiện rất rõ. Tại sao tên Điều 2 của Luật 2008 không phải là “các VBQPPL” mà là “Hệ thống VBQPPL”? Điều này không đơn thuần chỉ là việc kể tên các VBQPPL do các cơ quan nhà nước ban hành mà còn ngụ ý thể hiện mối quan hệ về hiệu lực pháp lý của các văn bản đó trong một chỉnh thể thống nhất⁴. Quan điểm này không phải không có lý nhưng hiểu theo cách này thì vẫn còn nhiều vấn đề cần phải bàn về vị trí thứ bậc của một số VBQPPL.

Đơn cử, nếu so sánh vị trí thứ bậc giữa nghị quyết của UBTVQH với nghị quyết liên tịch giữa UBTVQH và cơ quan trung ương của tổ chức chính trị - xã hội (khoản

3 Khoản 1 Điều 2 Luật 2008 sắp xếp theo thứ tự: “Hiến pháp, luật, nghị quyết của Quốc hội”; khoản 2 Điều 2 Luật 2008 sắp xếp theo thứ tự: “pháp lệnh, nghị quyết của UBTVQH”.

4 Bùi Thị Đào, “Những vấn đề mang tính nguyên tắc trong Luật Ban hành VBQPPL”, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 8, năm 2011.

10 Điều 2 Luật 2008) thì văn bản nào có giá trị pháp lý cao hơn? Nghị quyết liên tịch này là văn bản quy phạm được ban hành bởi sự phối hợp của một cơ quan nhà nước có thẩm quyền với cơ quan trung ương của một tổ chức chính trị - xã hội. Các tổ chức chính trị - xã hội không phải là một cơ quan nhà nước nên không thể xác định hiệu lực của văn bản thông qua địa vị pháp lý của chủ thể ban hành. Do đó, đối với nghị quyết liên tịch này, việc xác định hiệu lực thông qua vị trí của cơ quan nhà nước ban hành văn bản là UBTVQH. Tuy nhiên, một câu hỏi khác lại đặt ra là đối với nghị quyết liên tịch khi có sự tham gia của tổ chức chính trị - xã hội vào việc ban hành văn bản thì liệu có làm cho hiệu lực của văn bản thấp đi? Nếu nói là có thì cơ sở pháp lý ở đâu? Nếu nói là không thì tại sao trong Điều 2 Luật 2008 lại xếp nghị quyết liên tịch giữa UBTVQH với cơ quan trung ương của tổ chức chính trị - xã hội ở vị trí sau nghị quyết của UBTVQH?

Dưới góc độ pháp lý, văn bản pháp luật là biểu hiện thẩm quyền của một cơ quan nhà nước. Thật có lý khi cho rằng, quan hệ văn bản pháp luật giữa các cơ quan, tổ chức chính là tấm gương phản ánh vị trí, vai trò cơ quan, tổ chức trong thang bậc của bộ máy nhà nước và hệ thống chính trị⁵. Với tư duy ấy thì mỗi quan hệ trên phương diện văn bản pháp luật phản ánh thứ bậc và mỗi quan hệ giữa các cơ quan nhà nước. Tuy nhiên, nếu căn cứ vào thang bậc pháp lý của các văn bản pháp luật được quy định trong Điều 2 Luật 2008 thì khó có thể xác định được hiệu lực pháp lý cao thấp giữa văn bản của Chánh án TANDTC, Viện trưởng VKSNDTC và văn bản của bộ trưởng, thủ trưởng cơ quan ngang bộ.

Theo Hiến pháp năm 1992 (sửa đổi, bổ sung năm 2001) thì Chánh án TANDTC và

Viện trưởng VKSNDTC do Quốc hội bầu trên cơ sở đề nghị của CTN⁶. Trong khi đó, bộ trưởng, thủ trưởng cơ quan ngang bộ do CTN bổ nhiệm sau khi đã được sự phê chuẩn của Quốc hội trên cơ sở đề nghị của TTCP⁷. Do vậy, theo chúng tôi, trong bộ máy nhà nước, Chánh án TANDTC và Viện trưởng VKSNDTC có vị trí pháp lý cao hơn bộ trưởng, thủ trưởng cơ quan ngang bộ. Vì vậy, thông tư liên tịch giữa bộ trưởng, thủ trưởng cơ quan ngang bộ với Chánh án TANDTC, Viện trưởng VKSNDTC cần được xem là có hiệu lực pháp lý thấp hơn hiệu lực của thông tư do Chánh án TANDTC, Viện trưởng VKSNDTC độc lập ban hành, nhưng lại có hiệu lực cao hơn thông tư do bộ trưởng, thủ trưởng cơ quan ngang bộ độc lập ban hành. Đáng tiếc, sự sắp xếp về vị trí VBQPPL trong Điều 2 Luật 2008 đã không tuân theo nguyên tắc này. Và đây cũng là một sự “thất bại” khi cho rằng, chỉ căn cứ vào Điều 2 Luật 2008 là có thể nhận biết được hiệu lực pháp lý cao thấp của các VBQPPL.

Thứ hai, cơ sở pháp lý của những quy định thí điểm chưa được quy định cụ thể

Hiện nay, ở nước ta, bên cạnh các VBQPPL điều chỉnh chính thức các quan hệ xã hội thì còn tồn tại rất nhiều VBQPPL quy định về thí điểm thực hiện một hay một số vấn đề mà thực tế đang diễn ra trong cuộc sống. Bản chất của văn bản quy định về thí điểm nhằm có thêm kinh nghiệm thực tiễn tạo tiền đề cho việc xây dựng, đổi mới tổ chức và hoạt động của các cơ quan nhà nước hay để tạo cơ sở vững chắc cho việc điều chỉnh những quan hệ xã hội, bởi vì thí điểm chính là làm thử trên một phạm vi hẹp sau đó mới đánh giá xem xét kết quả. Thí điểm thì có thể mang lại kết quả tốt hoặc không tốt. Do đó, cần phải đánh giá rất chi tiết, thận

5 Nguyễn Cửu Việt, "Khái niệm VBQPPL (tiếp theo) và hệ thống VBQPPL", Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 51, năm 2005.

6 Khoản 7 Điều 84 và khoản 3 Điều 103 Hiến pháp năm 1992 (sửa đổi, bổ sung năm 2001).

7 Khoản 7 Điều 84 và khoản 4 Điều 103 Hiến pháp năm 1992 (sửa đổi, bổ sung năm 2001).

trọng trước khi quyết định nhân rộng mô hình thí điểm. Và như vậy, dù trong trường hợp nào thì những quy định thí điểm cũng đều là một sự tìm tòi, sáng tạo và mang tính đột phá. Có thể nói, nếu không muốn rơi vào lối mòn, rập khuôn thì đều cần có những văn bản quy định về thí điểm. Tuy nhiên, hiện nay giới nghiên cứu và các nhà luật học vẫn có những quan điểm khác nhau xoay quanh tính hợp pháp của các văn bản pháp luật quy định về thí điểm.

Đơn cử là việc thực hiện mô hình thí điểm “cải cách thủ tục hành chính theo cơ chế một cửa - một dấu” ở thành phố Hồ Chí Minh đã dẫn đến việc làm sai lầm là tất cả các phòng - cơ quan chuyên môn của UBND cấp huyện bị thu hồi toàn bộ con dấu. Cơ sở pháp lý cho phép thành phố Hồ Chí Minh thực hiện thí điểm cơ chế “một dấu” của UBND quận, huyện là một Công văn hành chính của Văn phòng Chính phủ (do Phó Chủ nhiệm Văn phòng Chính phủ ký thay Bộ trưởng, Chủ nhiệm Văn phòng Chính phủ) để thông báo ý kiến của Phó TTCP: “Đồng ý cho mở rộng diện thí điểm cải cách hành chính theo mô hình “Một cửa, một dấu” ở các quận, huyện còn lại... của thành phố Hồ Chí Minh”⁸. Chính vì vậy, cơ sở pháp lý này trái với Luật Tổ chức HĐND và UBND năm 1994 trước đây và Luật Tổ chức HĐND và UBND năm 2003, trái với các văn bản pháp luật chuyên ngành. Do đó, việc quy định thí điểm *phải có cơ sở pháp lý chặt chẽ, có hiệu lực pháp lý cao, phải bằng một nghị quyết của Quốc hội*⁹. Nhưng nếu quan niệm như vậy thì Nghị quyết số 26/2008/QH12 của Quốc hội khóa XII về “Thực hiện thí điểm không tổ chức HĐND huyện, quận, phường” là hoàn toàn hợp

pháp? Theo chúng tôi, cần phải xem xét lại quan điểm này vì những lý do sau đây:

(i) VBQPPL về thí điểm chắc chắn sẽ ít nhiều có mâu thuẫn, thậm chí phủ định các văn bản pháp luật hiện hành đang có giá trị pháp lý. Ví dụ: với quy định “thí điểm không tổ chức HĐND huyện, quận, phường” thì sẽ mâu thuẫn với Điều 123 Hiến pháp năm 1992 (được sửa đổi, bổ sung năm 2001)¹⁰ và mâu thuẫn với cả Luật Tổ chức HĐND và UBND năm 2003 vì ở cấp quận, huyện, phường không có HĐND thì lấy “cơ quan nào” bầu ra UBND. Trên thực tế, UBND đã phải ban hành Nghị quyết số 725/2009/UBND ngày 16/01/2009 về Điều chỉnh nhiệm vụ, quyền hạn của HĐND, UBND tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương và nhiệm vụ, quyền hạn, tổ chức bộ máy của UBND huyện, quận, phường nơi không tổ chức HĐND huyện, quận, phường để “chữa cháy” cho những mâu thuẫn giữa các văn bản. Như vậy, xuất hiện tình trạng trong thời gian thí điểm, những văn bản đang có hiệu lực pháp luật nhưng không phù hợp với văn bản quy định thí điểm sẽ rơi vào “quên lãng” tuy trên thực tế vẫn chưa hết hiệu lực.

(ii) Cơ sở pháp lý cho việc ban hành văn bản quy định về thí điểm không rõ ràng. Điều 84, 91 Hiến pháp năm 1992 (được sửa đổi, bổ sung năm 2001) và Điều 2, 7 Luật Tổ chức Quốc hội năm 2001 không quy định cho Quốc hội, UBND có quyền quy định về thí điểm. Thậm chí, Luật Ban hành VBQPPL năm 1996 (được sửa đổi, bổ sung năm 2002) và sau này được thay thế bởi Luật 2008 cũng không có bất kỳ quy định nào cho phép kết luận rằng nghị quyết của

8 Xem thêm Văn bản số 2331/CCHC của Văn phòng Chính phủ ngày 13/5/1997 gửi Ban Tổ chức - Cán bộ và UBND thành phố Hồ Chí Minh.

9 Trương Đắc Linh, “Một dấu” trong cơ chế “một cửa, một dấu” của chính quyền quận, huyện TP. Hồ Chí Minh: Ý tưởng đột phá nhưng thực hiện nửa vời, trái pháp luật và không khả thi, Tạp chí Khoa học Pháp lý số 6, tháng 12, năm 2007.

10 Điều 123 Hiến pháp năm 1992 (được sửa đổi, bổ sung năm 2001) và Điều 2 Luật Tổ chức HĐND và UBND năm 2003 đều quy định: “UBND do HĐND bầu là cơ quan chấp hành của HĐND, cơ quan hành chính nhà nước ở địa phương, chịu trách nhiệm chấp hành Hiến pháp, luật, các văn bản của các cơ quan nhà nước cấp trên và nghị quyết của HĐND”.

Quốc hội, nghị quyết của UBTVQH có thể ban hành để quy định vấn đề thí điểm. Có thể lý luận rằng, Quốc hội, UBTVQH ban hành nghị quyết trong trường hợp cần quyết định các vấn đề khác thuộc thẩm quyền của Quốc hội, UBTVQH, nhưng “vấn đề khác thuộc thẩm quyền của Quốc hội, UBTVQH”¹¹ là những vấn đề nào? Quy định tùy nghi như vậy vừa thể hiện sự bất lực trong quá trình lập pháp, vừa rất dễ tạo ra sự lạm quyền, tùy tiện. Mà sự lạm quyền, tùy tiện thì rất xa lạ với mục đích tốt đẹp của những nhà lập pháp khi ban hành Luật Ban hành VBQPPL.

(iii) Trên thực tế, không chỉ Quốc hội ban hành văn bản quy định về thí điểm mà những chủ thể khác cũng xem như mình “hiển nhiên” có quyền này. Đơn cử có thể kể đến Quyết định 89/2007/QĐ-TTg ngày 18/6/2007 của TTCP thí điểm thành lập Thanh tra xây dựng quận, huyện và Thanh tra xây dựng xã, phường, thị trấn tại thành phố Hà Nội và thành phố Hồ Chí Minh. Quyết định 18/2010/QĐ-UBND ngày 29/3/2010 của UBND thành phố Hồ Chí Minh thí điểm thành lập lực lượng quản lý đô nhân dân tại các phường trọng điểm thường xuyên bị ảnh hưởng triều cường trên địa bàn Quận 12 và Quận Thủ Đức. Việc làm này không chỉ gây ảnh hưởng đến pháp chế mà còn phá vỡ tính hệ thống của VBQPPL.

Thứ ba, Luật 2008 thiếu vắng các quy định về “điều khoản chuyển tiếp”

Theo khoản 2 Điều 81 Luật 2008 thì văn bản pháp luật sẽ hết hiệu lực khi được sửa đổi, bổ sung hoặc thay thế bằng văn bản mới của chính cơ quan nhà nước đã ban hành văn bản đó. Có những trường hợp văn bản mới sửa đổi, bổ sung thay thế văn bản cũ tuy không cùng cơ quan ban hành nhưng hiệu lực pháp lý của văn bản mới cao hơn văn bản cũ như Luật Luật sư năm 2006 thay thế Pháp lệnh Luật sư năm 2001; Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 thay thế Pháp lệnh Xử lý vi phạm hành chính năm 2002 (được sửa đổi, bổ sung năm 2007, 2008). Đây gọi là pháp điển hóa và tuân thủ theo đúng câu cuối cùng của khoản 1 Điều 9 Luật 2008¹². Như vậy, theo quy định pháp luật thì khi văn bản mới thay thế cho văn bản cũ thì văn bản cũ đương nhiên hết hiệu lực pháp luật. Câu hỏi tương tự đặt ra là khi Luật Cán bộ, công chức năm 2008 có hiệu lực pháp luật và thay thế cho Pháp lệnh Cán bộ, công chức năm 1998 (được sửa đổi, bổ sung năm 2000, 2003) thì Pháp lệnh Cán bộ, công chức năm 1998 có còn hiệu lực pháp luật hay không? Về mặt lý thuyết thì có thể trả lời chắc chắn rằng khi Luật Cán bộ, công chức năm 2008 thay thế Pháp lệnh Cán bộ, công chức năm 1998 (được sửa đổi, bổ sung năm 2000, 2003) thì Pháp lệnh Cán bộ, công chức năm 1998 đã hết hiệu lực. Vấn đề này cũng được khẳng định rõ ràng trong Điều 86 Luật Cán bộ, công chức năm 2008¹³. Tuy

11 Khoản 3 Điều 11 Luật 2008 quy định: “Nghị quyết của Quốc hội được ban hành để quyết định nhiệm vụ phát triển kinh tế - xã hội; dự toán ngân sách nhà nước và phân bổ ngân sách trung ương; điều chỉnh ngân sách nhà nước; phê chuẩn quyết toán ngân sách nhà nước; quy định chế độ làm việc của Quốc hội, UBTVQH, Hội đồng dân tộc, các Ủy ban của Quốc hội, Đoàn đại biểu Quốc hội, đại biểu Quốc hội; phê chuẩn điều ước quốc tế và quyết định các vấn đề khác thuộc thẩm quyền của Quốc hội”;

Khoản 2 Điều 12 Luật 2008 quy định: “Nghị quyết của UBTVQH được ban hành để giải thích Hiến pháp, luật, pháp lệnh; hướng dẫn hoạt động của HĐND; quyết định tuyên bố tình trạng chiến tranh, tổng động viên hoặc động viên cục bộ; ban bố tình trạng khẩn cấp trong cả nước hoặc ở từng địa phương và quyết định những vấn đề khác thuộc thẩm quyền của UBTVQH”.

Tương tự có thể xem khoản 2 Điều 20 và khoản 2 Điều 21 Luật Ban hành VBQPPL năm 1996 (sửa đổi, bổ sung năm 2002).

12 Cao Vũ Minh, “Vai trò giải thích pháp luật của Tòa án Hiến pháp”, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, số 24, tháng 12, năm 2009.

13 Điều 86 Luật Cán bộ, công chức năm 2008 quy định:

1. Luật này có hiệu lực thi hành từ ngày 01/01/2010.

2. Pháp lệnh cán bộ, công chức ngày 26/02/1998; Pháp lệnh sửa đổi, bổ sung một số điều của Pháp lệnh cán bộ, công chức ngày 28/4/2000; Pháp lệnh sửa đổi, bổ sung một số điều của Pháp lệnh cán bộ, công chức ngày 29/4/2003 hết hiệu lực kể từ ngày Luật này có hiệu lực.

nhiên, việc làm luật không hề đơn giản¹⁴. Bởi ngay trước đó, Điều 85 Luật Cán bộ, công chức năm 2008 lại quy định: Pháp lệnh Cán bộ, công chức năm 1998 (được sửa đổi, bổ sung năm 2000, 2003) vẫn còn hiệu lực và được áp dụng đối với đội ngũ viên chức. Sự song hành tồn tại và cùng có hiệu lực của hai văn bản là Luật Cán bộ, công chức năm 2008 và Pháp lệnh Cán bộ, công chức năm 1998 ít nhiều ảnh hưởng đến pháp chế. Vấn đề ở đây là thiếu quy định về nguyên tắc áp dụng VBQPPL trong những trường hợp xảy ra lúc giao thời, chuyển tiếp giữa các VBQPPL mới và cũ. Hiện nay, Luật 2008 thiếu vắng các quy định về “điều khoản chuyển tiếp” nên gây ra những khó khăn đáng kể trong việc áp dụng văn bản pháp luật lúc giao thời. Do đó, thiết nghĩ, các quy định về “điều khoản chuyển tiếp” cần phải được quy định cụ thể, rõ ràng trong “cỗ máy cái” - Luật 2008 - để tạo cơ sở pháp lý vững chắc, rõ ràng cho những “cỗ máy con” - các đạo luật khác - được áp dụng thống nhất, đồng bộ và thực sự có hiệu quả.

Thứ tư, Luật 2008 vẫn tồn tại những vướng mắc về thời điểm có hiệu lực của VBQPPL

Khoản 1 Điều 78 Luật 2008 quy định: “Thời điểm có hiệu lực của VBQPPL được quy định trong văn bản nhưng không sớm hơn bốn mươi lăm ngày, kể từ ngày công bố hoặc ký ban hành.

Trường hợp VBQPPL quy định các biện pháp thi hành trong tình trạng khẩn cấp, văn bản được ban hành để kịp thời đáp ứng yêu cầu phòng, chống thiên tai, dịch bệnh thì có thể có hiệu lực kể từ ngày công bố hoặc ký ban hành, nhưng phải được đăng ngay trên Trang thông tin điện tử của cơ quan ban hành và phải được đưa tin trên phương tiện

thông tin đại chúng; đăng Công báo chậm nhất sau hai ngày làm việc, kể từ ngày công bố hoặc ký ban hành”.

Với điều luật này, có thể hiểu, nếu một cơ quan nhà nước muốn quy định văn bản “có hiệu lực sớm hơn 45 ngày, kể từ ngày công bố hoặc ký ban hành” thì phải rơi vào “tình trạng khẩn cấp” hoặc “thiên tai, dịch bệnh”. Quy định linh hoạt này rất hợp lý và cũng không tiềm ẩn nguy cơ phá vỡ tính thống nhất của hệ thống pháp luật, vì đây thường là văn bản của những thiết chế hoạt động thường xuyên, liên tục (như văn bản của Chính phủ, TTCP, bộ trưởng, UBND...) và việc ban hành văn bản để giải quyết các vấn đề phát sinh đột xuất, khẩn cấp là rất cần thiết nhằm đáp ứng tính đa dạng, phức tạp, nhiều biến động của hoạt động quản lý nhà nước¹⁵.

Ví dụ, giữa năm 2009, tại kỳ họp thứ 5, Quốc hội khoá XII, đã thông qua Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của các luật liên quan đến đầu tư xây dựng cơ bản, Luật này được Quốc hội thông qua ngày 19/6/2009, được CTN ký lệnh công bố ngày 29/6/2009 và có hiệu lực thi hành từ ngày 01/8/2009. Đạo luật được soạn thảo và ban hành trong một thời gian rất gấp để giải quyết các vấn đề vướng mắc, bức xúc trong đầu tư xây dựng. Đây là một trường hợp điển hình về thời điểm có hiệu lực của văn bản “sớm hơn 45 ngày kể từ ngày công bố hoặc ký ban hành” vì từ ngày công bố đến ngày có hiệu lực chỉ có 32 ngày. Đây là một quyết định sáng suốt của Quốc hội vì đạo luật đã đáp ứng kịp thời những đòi hỏi của thực tiễn, giải quyết được những vướng mắc thủ tục hành chính về giải ngân, về đất đai... trong đầu tư, xây dựng ở thời điểm đó¹⁶. Tuy nhiên, cách làm này lại vi phạm các quy định về thời điểm có hiệu lực của VBQPPL.

14 TS Nguyễn Sĩ Dũng cho rằng: “Có hai thứ rối rắm nhất trần đời là làm xúc xích và làm luật” trong cuốn *Thế sự - Một góc nhìn*, Nxb Tri Thức, năm 2007, tr.100.

15 Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh (2010), *Giáo trình Luật Hành chính Việt Nam*, Nxb Đại học quốc gia TP. Hồ Chí Minh, tr.151.

16 Đinh Dũng Sỹ, *VBQPPL của Chính phủ, TTCP: mô hình từ lý thuyết đến thực tiễn*, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 23, tháng 12, năm 2010.

Như đã trình bày, một VBQPPL có thể có hiệu lực sớm hơn 45 ngày kể từ ngày công bố hoặc ký ban hành nhưng phải đáp ứng điều kiện là rơi vào “tình trạng khẩn cấp” hoặc “thiên tai, dịch bệnh”. Việc ban hành luật về đầu tư, xây dựng cơ bản chắc chắn không liên quan đến tình trạng “thiên tai, dịch bệnh”. Vậy văn bản này có được ban hành trong “tình trạng khẩn cấp”?

Theo khoản 12 Điều 84 Hiến pháp năm 1992 (sửa đổi, bổ sung năm 2001) quy định: *Quốc hội là cơ quan quy định về tình trạng khẩn cấp*. Khoản 6 Điều 103 Hiến pháp lại quy định: *CTN là người công bố, ban bố tình trạng khẩn cấp*. Khoản 6 Điều 112 Hiến pháp quy định: *Chính phủ có quyền thi hành lệnh động viên, lệnh ban bố tình trạng khẩn cấp và mọi biện pháp cần thiết khác để bảo vệ đất nước*. Vào thời điểm này, không có cơ quan, tổ chức, cá nhân nào ban bố, công bố tình trạng khẩn cấp. Chính vì vậy, luật về đầu tư, xây dựng cơ bản ra đời cũng không nhằm “quy định các biện pháp thi hành trong tình trạng khẩn cấp”. Như vậy, quy định về thời điểm có hiệu lực của VBQPPL trong Luật 2008 chưa bao quát hết được các tình huống của thực tiễn và vô hình trung, các cơ quan nhà nước đã đã tự trói tay mình, tự mình quy định để rồi tự mình vi phạm.

3. Đề xuất hướng hoàn thiện Luật 2008

Thứ nhất, Luật Ban hành VBQPPL cần phải quy định rõ ràng về hiệu lực pháp lý cao thấp của các hình thức văn bản do cùng một cơ quan ban hành. Cụ thể, cần làm rõ hiệu lực pháp lý cao thấp trong mối quan hệ giữa luật và nghị quyết của Quốc hội; giữa pháp lệnh và nghị quyết của UBTVQH. Nếu thực hiện tốt yêu cầu này sẽ loại trừ được hai bất cập lớn: (i) loại trừ trường hợp các cơ quan nhà nước dùng các hình thức văn bản khác nhau

để sửa đổi, bổ sung cho nhau như dùng nghị quyết sửa luật, dùng nghị quyết sửa Hiến pháp¹⁷; (ii) loại trừ khả năng không biết áp dụng văn bản nào khi hai văn bản mâu thuẫn nhau. Thiết nghĩ, đây là yêu cầu cấp thiết cần làm ngay vì việc xây dựng cơ chế phán quyết về những vi phạm Hiến pháp trong hoạt động lập pháp, hành pháp, tư pháp¹⁸ sẽ không thể thực hiện được nếu không xác định được thang bậc pháp lý của từng loại văn bản do cùng một cơ quan ban hành.

Hiện nay, nghị quyết liên tịch giữa UBTVQH hoặc giữa Chính phủ với cơ quan trung ương của tổ chức chính trị - xã hội chưa được quy định rõ về thang bậc pháp lý trong mối quan hệ với nghị quyết do UBTVQH độc lập ban hành, nghị định do Chính phủ độc lập ban hành... Do đó, cần làm rõ hiệu lực trong thang bậc pháp lý của các nghị quyết liên tịch và có sự sắp xếp vị trí cho phù hợp. Luật 2008 đặt các nghị quyết liên tịch ở vị trí sau nghị định của Chính phủ, quyết định của TTCP, thông tư của bộ trưởng, thủ trưởng cơ quan ngang bộ nên rất dễ tạo ra sự ngộ nhận là các nghị quyết liên tịch có hiệu lực pháp lý thấp hơn các văn bản đó.

Bên cạnh đó, nếu quan niệm rằng việc sắp xếp các VBQPPL theo hệ thống đã “ngụ ý” phân biệt sự cao thấp của các văn bản thì phải có sự điều chỉnh vị trí cho phù hợp. Đơn cử, theo vị trí, tính chất pháp lý thì Chánh án TANDTC và Viện trưởng VKSNDTC có vị trí pháp lý cao hơn bộ trưởng, thủ trưởng cơ quan ngang bộ. Do đó, thông tư liên tịch giữa bộ trưởng, thủ trưởng cơ quan ngang bộ với Chánh án TANDTC và Viện trưởng VKSNDTC phải được xếp trước nhóm thông tư do bộ trưởng, thủ trưởng cơ quan ngang bộ độc lập ban hành.

17 Ông Trần Thế Vượng (Ủy viên UBTVQH khoá XII) phát biểu: “Về mặt hình thức không nên dùng luật để sửa nghị quyết. Còn nếu sau này lại quan niệm luật cũng là VBQPPL, nghị quyết cũng là VBQPPL và đều của Quốc hội cả nghĩa là Quốc hội muốn dùng luật sửa nghị quyết cũng được, nghị quyết sửa luật cũng được thì cũng không được. Nó phải có nguyên tắc của nó”, xem thêm báo Đại biểu nhân dân (điện tử), ngày 17/4/2009.

18 Đảng Cộng sản Việt Nam (2006), Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ X, Nxb Chính trị quốc gia. Hà Nội, tr.127.

Tương tự, theo Luật Kiểm toán nhà nước thì Kiểm toán nhà nước là cơ quan chuyên môn về lĩnh vực kiểm tra tài chính nhà nước do Quốc hội thành lập, hoạt động độc lập và chỉ tuân theo pháp luật. Tổng Kiểm toán nhà nước do Quốc hội bầu theo đề nghị của UBTVQH sau khi trao đổi với TTCP¹⁹. Trong khi đó, bộ, cơ quan ngang bộ là những cơ quan của Chính phủ, được thành lập nhằm thực hiện chức năng quản lý nhà nước đối với ngành, lĩnh vực trong phạm vi cả nước²⁰. Nhiệm kỳ của Tổng Kiểm toán nhà nước là bảy năm, trong khi đó, nhiệm kỳ của bộ trưởng chỉ là năm năm. So sánh về vị trí, tính chất pháp lý thì bộ trưởng không thể cao hơn Tổng Kiểm toán nhà nước. Vì vậy, việc đặt quyết định của Tổng Kiểm toán nhà nước có vị trí thấp hơn thông tư của bộ trưởng, thủ trưởng cơ quan ngang bộ là hoàn toàn không phù hợp về thứ bậc hành chính.

Thứ hai, như đã trình bày, những quy định về thí điểm là cần thiết và hợp lý. Do đó, Luật Ban hành VBQPPL cần có những điều khoản quy định vấn đề thí điểm và nhất thiết phải làm rõ chủ thể nào có quyền quy định về thí điểm, hình thức văn bản quy định về thí điểm, thời hạn thực hiện thí điểm, kết thúc hay nhân rộng mô hình thí điểm. Có như vậy thì, Luật Ban hành VBQPPL mới thực sự là “luật của luật”.

Thứ ba, Luật Ban hành VBQPPL cần quy định cụ thể về nguyên tắc áp dụng VBQPPL trong trường hợp giao thời, chuyển tiếp giữa các VBQPPL mới và cũ. Trên thực tế, “điều khoản chuyển tiếp” là vấn đề có ý nghĩa thực tiễn quan trọng. Nếu không có “điều khoản chuyển tiếp” thì việc xác định hiệu lực còn hay hết của một VBQPPL sẽ rất khó khăn, tạo ra mâu thuẫn

trong việc áp dụng pháp luật. Đó là chưa kể đến tình trạng “luật của quốc gia” để trống, tạo cơ hội cho “luật địa phương”, thậm chí là “lệ” phát huy tác dụng và như thế thì “luật địa phương” sẽ như “trăm hoa đua nở”, gây rối loạn pháp chế. Luật Ban hành VBQPPL được xem là “cỗ máy cái trong cơ chế xây dựng pháp luật” nhưng hiện nay trong Luật 2008 lại không có quy định gì về vấn đề này²¹. Do đó, cần phải bổ sung nội dung này thành một điều khoản riêng, hoặc chí ít là trong các quy định về áp dụng VBQPPL tại Điều 83 Luật 2008.

Thứ tư, nghiên cứu để có những sửa đổi thích hợp vấn đề thời điểm có hiệu lực của VBQPPL. Theo đó, cần mở rộng các điều kiện để các cơ quan nhà nước có thể ban hành VBQPPL có hiệu lực ngay sau khi công bố hoặc ký ban hành nhằm giải quyết những vấn đề cấp bách trong hoạt động quản lý, điều hành, tránh những vướng mắc không đáng có như hiện nay. Phương án tốt nhất là UBTVQH nên giải thích thế nào là “tình trạng khẩn cấp” được quy định tại Điều 78 Luật 2008. Vấn đề cơ bản là hiểu như thế nào về quy định tình trạng khẩn cấp trong mối quan hệ giữa Điều 78 của Luật 2008 với Pháp lệnh Tình trạng khẩn cấp năm 2000? Tình trạng khẩn cấp khi ban hành VBQPPL có thể không hoàn toàn giống như quy định về tình trạng khẩn cấp theo quy định của Pháp lệnh Tình trạng khẩn cấp. Điều đó có nghĩa tình trạng khẩn cấp theo Luật 2008 cần phải được hiểu rộng hơn và ở một cấp độ nhẹ hơn so với quy định của Pháp lệnh Tình trạng khẩn cấp. Ví dụ: việc ban hành văn bản để triển khai một quy định mới nhằm kiểm chế lạm phát hay ổn định

(Xem tiếp trang 56)

19 Điều 17 Luật Kiểm toán nhà nước năm 2005.

20 Điều 2 Nghị định số 36/2012/NĐ-CP ngày 18/4/2012 của Chính phủ quy định chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của bộ, cơ quan ngang bộ.

21 Điều 83 Áp dụng VBQPPL của Luật 2008 không có điều khoản nào quy định về “điều khoản chuyển tiếp”.

QUYỀN KẾT HÔN CỦA NGƯỜI ĐỒNG TÍNH

TRƯƠNG HỒNG QUANG*

Theo Nghị quyết số 23/2012/QH13 của Quốc hội ngày 12/6/2012 về Chương trình xây dựng Luật, Pháp lệnh năm 2013, điều chỉnh Chương trình xây dựng Luật, Pháp lệnh năm 2012 và nhiệm kỳ Quốc hội khóa XIII, Dự án Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Hôn nhân và Gia đình (Luật HNVGD) năm 2000 dự kiến trình Quốc hội vào kỳ họp thứ 6. Trong quá trình soạn thảo Dự án Luật này, nhiều vấn đề đã được đưa ra thảo luận như: độ tuổi kết hôn, chế định ly thân, hôn nhân thực tế... Trong đó, chủ đề về quan hệ sống chung của người đồng tính - NĐT (trong đó có quyền kết hôn - QKH) nhận được sự quan tâm khá nhiều từ dư luận. Liệu kết hôn giữa những người cùng giới tính - NCGT (kết hôn cùng giới) có làm suy thoái đạo đức xã hội, đi ngược lại truyền thống? Đây là những rào cản của việc ghi nhận QKH của NĐT? Ảnh hưởng của nhận thức xã hội về đồng tính đến việc ghi nhận quyền này ở Việt Nam như thế nào? Bài viết dưới đây sẽ phân tích một số khía cạnh trong chủ đề kết hôn cùng giới tại Việt Nam hiện nay.

1. Bối cảnh

Trên thế giới, tính đến hết tháng 12/2013 đã có 16 nước hợp pháp hóa hôn nhân cùng giới (HNCG)¹. Nếu tính những vùng lãnh thổ ở những quốc gia có hình thức cấu trúc nhà nước liên bang (Hoa Kỳ, Mexico, Brazil) thì số lượng quốc gia và vùng lãnh thổ hợp pháp hóa HNCG hiện tại là 19². Bên cạnh đó, có 17 quốc gia và 13

vùng lãnh thổ thừa nhận hình thức “kết đôi có đăng ký” cho các cặp đôi cùng giới³. Đặc biệt có 03 quốc gia thừa nhận hình thức sống chung không đăng ký cho các cặp đôi cùng giới⁴. Bên cạnh đó, nhiều quốc gia khác đang trong quá trình xem xét hợp thức hóa quan hệ cùng giới hoặc “nâng cấp” từ “kết hợp dân sự” (sống chung có đăng ký) lên “kết hôn” với đầy đủ quyền lợi và trách

* **Viện Khoa học Pháp lý - Bộ Tư pháp. Bài viết chỉ phản ánh quan điểm cá nhân của tác giả.**

- 1 Bao gồm: Vương quốc Hà Lan, Vương quốc Bỉ, Vương quốc Tây Ban Nha, Liên bang Canada, Cộng hòa Nam Phi, Vương quốc Na Uy, Vương quốc Thụy Điển, Cộng hòa Bồ Đào Nha, Cộng hòa Iceland, Cộng hòa Argentina, Vương quốc Đan Mạch, Cộng hòa Uruguay, New Zealand, Cộng hòa Pháp, Anh và xứ Wales. Thông kê do tác giả tổng hợp từ: Christine Vestal, Stateline.org Staff Writer, June 4, 2009, *Gay marriage legal in six states*, <http://www.stateline.org/live/details/story?contentId=347390> và một số thông tin cập nhật trong các năm gần đây tại <http://ilga.org/> (Cổng thông tin của Hiệp hội Người đồng tính, song tính, chuyển giới và liên giới tính quốc tế).
- 2 Xem: Trương Hồng Quang, “Pháp luật một số quốc gia trên thế giới về quyền của người đồng tính”, *Tạp chí Nhà nước và Pháp luật* (Viện Nhà nước và Pháp luật), số tháng 7/2012, tr.32-41; Trương Hồng Quang, *Thực tiễn ghi nhận quyền kết hôn bình đẳng của người đồng tính trên thế giới*, <http://moj.gov.vn/ct/tintuc/Pages/nguyen-cuu-trao-doi.aspx?ItemID=6007>, Cổng Thông tin điện tử Bộ Tư pháp, ngày 10/02/2014.
- 3 Bao gồm: 17 quốc gia (Andorra, Áo, Brazil, Colombia, Séc, Ecuador, Phần Lan, Đức, Greenland, Hungary, Ireland, Isle of Man, Jersey, Liechtenstein, Luxembourg, Slovenia, Thụy Sĩ) và 13 vùng lãnh thổ công nhận (một số vùng của Úc, Hoa Kỳ, Venezuela, Mexico).
- 4 Một số vùng của Úc, Croatia, Israel.

nhệm. Có thể nhận thấy, thời gian gần đây nhất là trong năm 2012-2013 có khá nhiều quốc gia thừa nhận hoặc đang xem xét HNCG. Một số quốc gia khá bảo thủ (ví dụ như Cộng hòa Pháp) cũng đã chấp nhận vấn đề này. Quan điểm của các chính trị gia về vấn đề này được thể hiện mạnh mẽ hơn. Ngày 26/06/2013, Tòa án Tối cao Hoa Kỳ có quyết định gỡ bỏ lệnh cấm kết hôn đồng giới tại bang California - bang có đông dân nhất⁵. Bên cạnh đó, Tòa cũng bãi bỏ một phần quan trọng của Đạo luật Bảo vệ hôn nhân (DOMA), nhằm đảm bảo các cặp đôi đồng tính đã kết hôn được hưởng các quyền lợi an sinh xã hội như những cặp đôi bình thường khác. Như vậy, với việc thừa nhận QKH đồng tính tại bang California, đã có hơn 1/3 dân số Hoa Kỳ được thừa nhận quyền này. Đây có thể được xem là một thắng lợi lớn của cuộc vận động quyền LGBT (đồng tính, song tính và chuyển giới). Tổng thống Barack Obama đã phát biểu trên đường đến châu Phi như sau: “Phán quyết này là một thắng lợi cho những cặp đã đấu tranh cho việc được đối xử công bằng trước pháp luật; cho những đứa trẻ mà việc kết hôn của cha mẹ chúng từ giờ sẽ được pháp luật thừa nhận; cho những gia đình mà giờ đây cuối cùng họ cũng đã nhận được sự bảo vệ và tôn trọng mà họ đáng được hưởng; và cho những người bạn, người vận động chỉ muốn được thấy những người thân của họ được đối xử bình đẳng và đã cố gắng hết sức để có thể làm quốc gia mình thay đổi theo chiều hướng tốt lên”.

Bên cạnh đó, tháng 6/2011, Hội đồng

nhân quyền của Liên hiệp quốc (LHQ) đã thông qua Nghị quyết khẳng định: “mọi người đều có quyền bình đẳng, bất kể thiên hướng tình dục như thế nào”⁶. Đến ngày 7/3/2012, Tổng thư ký LHQ Ban Ki-Moon đã có bài phát biểu lịch sử kêu gọi các quốc gia trên toàn thế giới phi hình sự hóa đồng tính, chấm dứt kỳ thị với những người LGBT⁷. Như vậy, lần đầu tiên, người đứng đầu tổ chức quốc tế lớn nhất hành tinh đã đưa ra một thông điệp rõ ràng và đầy tính ủng hộ đối với vấn đề LGBT, và đây cũng là quan điểm của cả LHQ khi gần đây liên tiếp có những động thái để giải quyết vấn đề kỳ thị phân biệt dựa trên xu hướng tính dục và bản dạng giới.

Tại Việt Nam, hiện nay chưa có cuộc điều tra nào ước lượng số người là đồng tính. Trên thế giới có nhiều nghiên cứu khác nhau nhưng cho các tỉ lệ khác nhau, biến động từ 1% đến 9% người ở độ tuổi sinh hoạt tình dục tự nhận họ là NĐT và song tính⁸. Điều tra quốc gia về phát triển gia đình ở Hoa Kỳ năm 2002 cho kết quả 4,1% nam giới và 4,1% nữ giới tự nhận mình là NĐT và song tính. Ở Canada, theo kết quả điều tra tháng 6 năm 2012 thì có 5% dân số tự nhận mình là NĐT, song tính và chuyển giới⁹. Điều tra quốc gia ở Pháp năm 1991 cho kết quả có 10,7% nam giới và 3,3% phụ nữ có hành vi tình dục đồng giới và 8,5% nam giới và 11,7% phụ nữ thừa nhận có hấp dẫn tình dục đồng giới nhưng không có hành vi quan hệ tình dục đồng giới. Như vậy, nếu lấy tỉ lệ trung bình, “an toàn” mà nhiều nhà khoa học thừa nhận là 3% thì số NĐT tạm

5 <http://thuvienphapluat.vn/tintuc/vn/thoi-su-phap-luat/quoc-te/4928/hoa-ky-bang-thu-13-cho-phep-ket-hon-dong-gioi>

6 Phiếu thuận bỏ cho việc thông qua nghị quyết này bao gồm các quốc gia: Argentina, Belgium, Brazil, Chile, Cuba, Ecuador, France, Guatemala, Hungary, Japan, Mauritius, Mexico, Norway, Poland, Republic of Korea, Slovakia, Spain, Switzerland, Ukraine, Thailand, UK, USA, Uruguay; Phiếu chống bỏ cho việc thông qua nghị quyết này bao gồm các quốc gia: Angola, Bahrain, Bangladesh, Cameroon, Djibouti, Gabon, Ghana, Jordan, Malaysia, Maldives, Mauritania, Nigeria, Pakistan, Qatar, Moldova, Russian Federation, Saudi Arabia, Senegal, Uganda; Phiếu trắng gồm: Burkina Faso, China, Zambia.

7 Sau bài phát biểu, nhiều quốc gia Hồi giáo và châu Phi đã giận dữ rời khỏi phòng họp để phản đối. Bên cạnh đó, nhiều quốc gia khác đã nhiệt liệt hưởng ứng lời kêu gọi của ông Ban Ki-moon.

8 Người song tính có cả hai xu hướng tính dục: có cảm xúc với cả nam giới lẫn nữ giới. Do đó, người song tính không mang hai giới tính như quan niệm của nhiều người.

9 Người chuyển giới là người tự nhận mình có giới tính ngược lại với giới tính sinh học được sinh ra (ví dụ giới tính sinh học khi sinh ra là nam nhưng luôn cho rằng mình là nữ giới). Trong khi đó, người đồng tính vẫn cho rằng mình có giới tính giống với giới tính sinh học khi được sinh ra nhưng lại chỉ có cảm xúc với những người cùng giới tính với mình. Một điều quan trọng là không bắt buộc phải phẫu thuật chuyển đổi giới tính mới được xem là người chuyển giới.

tính ở Việt Nam vào khoảng 2,66 triệu người (tính theo dân số Việt Nam năm 2012 có 88,78 triệu người)¹⁰.

Dự án Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật HNVGD được thực hiện trong bối cảnh có nhiều diễn biến mới về vấn đề đồng tính tại Việt Nam thời gian qua. Cộng đồng NĐT đã hiện diện một cách công khai hơn, rõ ràng hơn trong xã hội Việt Nam với sự phát triển của các diễn đàn, phương tiện thông tin đại chúng, văn học nghệ thuật hay phim ảnh... Sự ra đời và phát triển của một số tổ chức vận động quyền cho nhóm LGBT như Viện Nghiên cứu xã hội, kinh tế và môi trường (iSEE, Hà Nội), Trung tâm ICS (Trung tâm bảo vệ quyền của người LGBT, Thành phố Hồ Chí Minh) đã góp phần thúc đẩy phong trào bảo vệ quyền của NĐT tại Việt Nam. Đặc biệt trong ba năm 2011-2013 đã chứng kiến sự thay đổi mạnh mẽ trên phương diện truyền thông, báo chí về vấn đề đồng tính (nhận thức đúng hơn, chuyển tải những hình ảnh toàn diện hơn về cộng đồng NĐT). Đến thời điểm hiện tại, các khái niệm như xu hướng tính dục, bản dạng giới, HNCG đã không còn quá xa lạ và một số khái niệm chưa đúng như thế giới thứ ba, giới tính thứ ba, bệnh hoạn đã phần nào được hạn chế... Tuy nhiên, nhìn chung, quan niệm của xã hội về đồng tính cũng như HNCG vẫn chưa được thay đổi một cách đáng kể¹¹. Ví dụ như theo một nghiên cứu gần đây, có 77% người dân Việt Nam được hỏi đồng ý phải bảo vệ quyền của NĐT nhưng chỉ có 36.6% đồng ý cho NĐT có QKH¹².

Liên quan đến QKH, xét về kỹ thuật lập pháp, pháp luật hiện hành sử dụng quy phạm “cấm” việc kết hôn giữa những NCGT (khoản 5 Điều 10 Luật HNVGD năm 2000) để tạo ra hiệu ứng định kiến xã hội đối với NĐT. Mặt khác, chung sống giữa những NCGT là một hiện tượng xã hội có thật, từ đó phát sinh các quan hệ về nhân thân, tài sản hoặc về con (ví dụ nhận con nuôi), pháp luật không thừa nhận hôn nhân của họ, nhưng cũng phải có cơ chế pháp lý để điều chỉnh các hậu quả về nhân thân, tài sản và con từ việc chung sống giữa những NCGT. Thực tiễn xét xử của Tòa án trong thời gian qua, đã có một số vụ việc tranh chấp về tài sản giữa những NĐT có quan hệ sống chung, nhưng chưa có cơ sở pháp lý cụ thể để giải quyết tranh chấp¹³. Thời gian gần đây đã xuất hiện một số đám cưới giữa những NCGT (tự phát, không được đăng ký kết hôn)¹⁴. Những thực tế này đã cho thấy kết hôn là nhu cầu rất chính đáng của tất cả mọi người, trong đó có cả NĐT¹⁵.

Bên cạnh đó, khoản 2 Điều 4 của Luật HNVGD năm 2000 (về các nguyên tắc bảo vệ chế độ hôn nhân và gia đình) quy định cấm cưỡng ép kết hôn, cản trở hôn nhân tự nguyện, tiến bộ; cấm kết hôn giả tạo, lừa dối để kết hôn, ly hôn. Vấn đề đặt ra là nếu NĐT vì lý do áp lực gia đình, xã hội nên chấp nhận kết hôn với một người khác giới thì liệu có vi phạm nguyên tắc hôn nhân tự nguyện, tiến bộ hay không? Đây là một nguyên tắc rất cơ bản của chế độ hôn nhân và gia đình ở nước ta đồng thời cũng là một điều kiện thiết yếu để đảm bảo hạnh phúc, sự bền vững gia đình¹⁶. Tuy nhiên việc xác

10 Tổng cục Thống kê Việt Nam (GSO), "Báo cáo tình hình kinh tế xã hội Việt Nam năm 2012", nguồn: <http://gso.gov.vn/Default.aspx?tabid=217>, ngày 24/12/2012.

11 Xem thêm: Trương Hồng Quang, "Nhận thức về người đồng tính và quyền của người đồng tính", Tạp chí Nhà nước và Pháp luật (Viện Nhà nước và Pháp luật), số tháng 3/2012, tr.25-34, 44.

12 TS. Nguyễn Thị Thu Nam, "Quan điểm xã hội về đồng tính và hôn nhân đồng giới", Báo cáo được trình bày tại Hội thảo do Viện ISEE tổ chức ngày 13/12/2012.

13 Bộ Tư pháp, "Báo cáo về quan điểm và định hướng lớn trong xây dựng Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật HNVGD", 2012, tr. 9.

14 Các đám cưới đồng tính như: Đồng tính nữ (tháng 12/2010, Hà Nội); đồng tính nam (6/2011, TP. Hồ Chí Minh); đồng tính nữ (2012, Cà Mau); đồng tính nam (tháng 5/2012, Kiên Giang); đồng tính nữ (tháng 7/2012, Bình Dương).

15 Xem thêm: Trương Hồng Quang, "Nhu cầu kết hôn của người đồng tính là chính đáng", Báo Vietnamnet, ngày 4/6/2012.

16 Văn phòng Chính phủ, "Báo cáo số 9734/PL ngày 28/11/2012 về Kết quả khảo sát của đoàn công tác liên ngành về dự án Bộ luật Dân sự và dự án Luật HNVGD", tr. 11-12.

định như thế nào là tự nguyện kết hôn là điều không đơn giản trong thực tế. Tình cảm là yếu tố thiêng liêng nhưng lại vô hình, không thể định lượng được trong quy phạm pháp luật hay thực tế áp dụng. Nếu NĐT kết hôn với người khác giới do quan niệm thường thấy của xã hội hiện nay thì chắc chắn việc kết hôn đó bị cưỡng ép bởi gia đình, xã hội xung quanh hoặc vì yếu tố khác nên hôn nhân không đáp ứng nguyên tắc tự nguyện. Hơn nữa, nếu người bạn đời kết hôn với NĐT không biết sự thật về xu hướng tính dục của chồng/vợ mình thì điều kiện cấm kết hôn giả tạo sẽ bị vi phạm. Với những hạn chế này đã đặt ra đòi hỏi pháp luật phải có những thay đổi nhất định để đảm bảo thực thi tốt trong xã hội.

2. Nhu cầu công nhận mối quan hệ đồng giới tại Việt Nam hiện nay

Tại Việt Nam thời gian qua, nhu cầu công nhận mối quan hệ đồng giới là có thật, được thể hiện qua một số điểm sau đây:

- Khá nhiều ý kiến mong muốn thừa nhận quan hệ đồng giới. Theo khảo sát của Vnexpress trong tháng 8/2013, có 1.388/1.732 người (chiếm 80.14%) đề nghị thừa nhận và có 344/1.732 người (chiếm 19.86%) không đồng ý thừa nhận¹⁷.

- Một số cặp đôi đã tổ chức lễ cưới đồng tính như: Đồng tính nữ (tháng 12/2010, Hà Nội); đồng tính nam (6/2011, TP. Hồ Chí Minh); đồng tính nữ (2012, Cà Mau); đồng tính nam (tháng 5/2012, Kiên Giang); đồng tính nữ (tháng 7/2012, Bình Dương). Dĩ nhiên, việc tổ chức này chỉ có ý nghĩa tinh thần, như một thông báo về sự công khai xu hướng tính dục và lựa chọn bạn đời và không có ý nghĩa về mặt pháp lý. Trong đó, đám cưới đồng tính tại Kiên Giang đã bị Ủy ban nhân dân Phường xử phạt hành chính¹⁸. Thực tế, hành vi xử phạt này là không đúng vì bản thân cặp đôi này không đăng ký kết hôn nên không vi phạm quy định của pháp

luật HNVGD. Điều này cho thấy có sự tùy tiện trong hoạt động thi hành pháp luật tại Việt Nam hiện nay.

- Trong cuộc điều tra về đồng tính nữ năm 2012 có 92% người được hỏi (mẫu nghiên cứu trên 2.401 người) muốn pháp luật cho phép kết hôn cùng giới¹⁹. Trong điều tra tương tự năm 2012 do Trung tâm ICS thực hiện với hơn hai nghìn NĐT nam và đồng tính nữ tham gia thì 71% mong muốn được pháp luật cho phép kết hôn cùng giới, 25% muốn được sống chung có đăng ký và 4% muốn được sống chung không đăng ký. Trong nghiên cứu đồng tính nữ, nếu pháp luật cho phép, 77% cho rằng họ muốn kết hôn, 3% không muốn, 16% cho rằng kết hôn hay không không quan trọng và số còn lại không rõ mong muốn của mình. Về nhu cầu sinh con, 70% NĐT nữ muốn có con, 13% không muốn và 17% không rõ.

- Theo khảo sát vào tháng 6 năm 2012 của Vnexpress, với câu hỏi “Là NĐT, nếu được Luật cho kết hôn thì bạn sẽ làm gì?”, trong số 1.299 NĐT có 856 người chiếm 65.9% sẽ công khai cưới người tôi yêu, 296 người chiếm 22.8% sẽ chỉ đăng ký, không tổ chức cưới, 91 người chiếm 7% sẽ không cưới, không đăng ký mà về sống chung với nhau, có 28 người chiếm 2.2% sẽ không dám sống chung vì sợ lộ thân phận, còn lại 28 người chiếm 2.2% có ý kiến khác.

3. Một số quan điểm đối với vấn đề kết hôn cùng giới tại Việt Nam hiện nay

Có thể nhận thấy, yếu tố văn hóa, truyền thống, tư tưởng châu Á ảnh hưởng khá nhiều đến các quan niệm về đồng tính và HNCG tại Việt Nam hiện nay. Từ cơ sở này, nhiều quan ngại về tính truyền thống hay mô hình gia đình sẽ bị phá vỡ thường được đề cập ở Việt Nam. Dưới đây, chúng tôi xin đề cập đến một số vấn đề then chốt trong chủ đề HNCG.

17 Xem: “Người đồng tính tin hôn nhân sẽ được thừa nhận”, nguồn: <http://giadinh.vnexpress.net/tin-tuc/gioi-tinh/nguoi-dong-tinh-tin-hon-nhan-cung-gioi-se-duoc-thua-nhan-2864999.html>, ngày 16/8/2013.

18 <http://m.tuoiitre.vn/news/detail?id=130159>, ngày 29/5/2012.

19 Viện nghiên cứu xã hội, kinh tế và môi trường, “Nghiên cứu quan hệ đồng tính nữ”, Hà Nội, 2012.

3.1. Thay đổi chuẩn mực truyền thống hay thay đổi định kiến xã hội?

Một câu hỏi luôn được đặt ra khi xem xét chủ đề HNCG, đó là liệu HNCG có làm suy thoái đạo đức, thay đổi chuẩn mực truyền thống hay không? HNCG liệu sẽ làm suy thoái nòi giống, đi ngược lại giá trị của cuộc sống hay không? Cho đến thời điểm hiện tại những câu hỏi này vẫn xuất hiện đều đặn tại các diễn đàn, hội thảo khoa học. Chúng tôi cho rằng những tác giả đưa ra các câu hỏi này không sai. Nhưng chính định kiến, sự kỳ thị đã khiến hầu hết mọi người luôn đặt ra những câu hỏi đó. Vì vậy, thực chất, việc chấp nhận người đồng tính hay HNCG là sự thay đổi định kiến, sự kỳ thị chứ không phải là thay đổi chuẩn mực sống hay giá trị truyền thống. Việc thay đổi quan niệm, quan điểm hay một hình thái khác là điều tất yếu của xã hội trên thế giới và Việt Nam cũng không phải là ngoại lệ. Điều cơ bản là ở vấn đề thời gian và các tác nhân tác động đến sự thay đổi đó.

Trong các quan điểm phản đối hiện nay, có thể thấy rõ nét nhất là quan điểm về khái niệm gia đình. Hầu hết các quan điểm ở Việt Nam hiện nay đều lo ngại thừa nhận HNCG sẽ làm phá vỡ “gia đình”, đi ngược lại một chức năng cơ bản của gia đình là duy trì nòi giống²⁰. Theo chúng tôi, gia đình có vị trí đặc biệt quan trọng và là đối tượng nghiên cứu của nhiều ngành khoa học. Những chủ đề nghiên cứu về gia đình luôn thu hút được sự quan tâm của các nhà khoa học không chỉ ở Việt Nam mà trên cả thế giới. Trong thực tiễn, khái niệm về gia đình vẫn chưa được xác định một cách thống nhất và rõ ràng. Tùy thuộc vào quan điểm và các phương pháp tiếp cận, người ta có thể đưa ra những khái niệm khác nhau về gia đình. Tuy nhiên, nhiều quốc gia đồng thuận một cách hiểu chung nhất: “Gia đình là đơn vị cơ bản của tổ chức xã hội và là môi trường tự nhiên cho

sự phát triển và hạnh phúc của mỗi thành viên, nhất là trẻ em” (Tuyên bố của LHQ về tiến bộ xã hội trong phát triển). Hiện nay có nhiều quan điểm khác nhau về gia đình. Một số ý kiến cho rằng trên thế giới hiện nay xuất hiện nhiều dạng gia đình biến thái khiến cho mọi định nghĩa về gia đình đều trở nên bất cập. Chẳng hạn, một học giả phương Tây - James W. Vander Zanden - cho biết: “Một cuộc thăm dò mới đây đã cho thấy 45% người Mỹ ngày nay cho rằng một đôi không cần kết hôn mà cùng chung sống với nhau thì được coi là một gia đình đích thực, 33% coi các đôi cùng giới tính có nuôi nấng con cái là gia đình, còn 20% thì coi các cặp đồng giới tính chung sống với nhau là một gia đình”²¹. Những ý kiến này đều cho rằng đây có thể là sự mở rộng thái quá trong quan niệm về gia đình mà người Việt Nam ta khó lòng chấp nhận. Đối với người Á Đông nói chung và người Việt Nam nói riêng, gia đình là một giá trị xã hội quan trọng vào bậc nhất. Nếu ở châu Âu gia đình nhiều khi đơn giản chỉ được coi là một nhóm xã hội thì ở ta, gia đình được coi là một tế bào xã hội có tính sản sinh với đầy đủ các yếu tố cấu thành của nó như vợ - chồng - con cái. Đường như, những quan điểm gay gắt này vẫn còn tồn tại rất nhiều ở nhiều nơi trên thế giới. Tuy nhiên tất cả những điều này cũng cho thấy, khái niệm gia đình vẫn hoàn toàn có thể được thay đổi để có sự điều chỉnh phù hợp hơn với những trạng thái khác nhau trong xã hội.

Tại Việt Nam từ trước đến nay, khái niệm kết hôn vẫn được hiểu là sự kết hợp giữa nam và nữ, để duy trì nòi giống còn gia đình là tập hợp những người gắn bó với nhau do hôn nhân, quan hệ huyết thống hoặc do quan hệ nuôi dưỡng, làm phát sinh các nghĩa vụ và quyền giữa họ với nhau²². Từ đó, khái niệm gia đình cũng được hiểu là của một cặp đôi dị tính²³. Tuy nhiên, gia đình hiện nay lại là loại hình gia đình đang ở

20 Ý kiến nêu ra tại Hội thảo do Bộ Tư pháp tổ chức: “Nhận diện những bất cập trong Luật HNVD năm 2000 từ góc nhìn thực tế”, Hà Nội, tháng 7/2012.

21 James W. Vander Zanden: *Sociology the Core*, Mc. Graw Publishing Company, 1990, p. 225.

22 Khoản 10, Điều 8, Luật HNVD năm 2000.

23 Định nghĩa gia đình, <http://phunudanang.org.vn/vn/giadinh.aspx?act=detail&id=11&idpa=7>.

trong thời kỳ quá độ từ xã hội nông nghiệp sang xã hội công nghiệp hiện đại với nền kinh tế thị trường quốc gia và quốc tế²⁴. Gia đình mang ý nghĩa một đơn vị tiêu dùng hơn là đơn vị sản xuất. Gia đình không còn là đơn vị tự thỏa mãn các nhu cầu, mà đã được sự trợ giúp của rất nhiều thiết chế xã hội khác (nhà trẻ, trường học, bệnh viện, nhà dưỡng lão). Ngay ở những gia đình dị tính, sinh sản không còn là mục đích tối cao của hôn nhân. Gia đình vẫn hạnh phúc dù không có con, hoặc xin con nuôi. Nếu vô sinh mà muốn có con họ vẫn có thể sử dụng sự trợ giúp của y tế hiện đại. Từ một đơn vị đa chức năng trong xã hội truyền thống, ở gia đình hiện nay, các chức năng đã được tái bố trí ngoài gia đình. Chỉ có một chức năng mà khó một thiết chế xã hội nào có thể gánh vác được, đó là chức năng thỏa mãn tình cảm đôi lứa. Chức năng này vốn bị coi nhẹ trong gia đình truyền thống, nay đã được đẩy lên hàng đầu. Như vậy, sự thay đổi hệ giá trị chức năng của gia đình đã và đang diễn ra ngay ở bản thân các gia đình dị tính. Nguyên nhân cơ bản của sự thay đổi giá trị gia đình lại nằm ở những biến động của đời sống kinh tế - xã hội - văn hóa, và không liên quan gì đến liên kết hôn nhân dị tính hay đồng tính. Nếu sự phá vỡ những tiêu chí giá trị truyền thống có thể xảy ra ở cả các gia đình dị tính, thì việc dự báo rằng hôn nhân đồng tính làm xói mòn giá trị truyền thống gia đình, phải chăng là sự kết án khiên cưỡng?

Trong xã hội hiện đại, do áp lực của cuộc sống, mục tiêu được con người kỳ vọng nhất trước ngưỡng cửa hôn nhân là gia đình trở thành một “mái ấm”, là nơi an toàn, yên ổn, là nơi con người được thỏa mãn nhất những nhu cầu tâm lý tình cảm. “Quyền được mưu cầu hạnh phúc” là một trong những quyền quan trọng nhất của con người mà Chủ tịch Hồ Chí Minh đã nêu ra trong Bản Tuyên ngôn độc lập đầu tiên. Mỗi con

người, dù với những bản dạng tình dục khác nhau, đều có quyền kiếm tìm hạnh phúc. Nếu thừa nhận nhu cầu tình dục đồng giới không phải là bệnh (như Tổ chức Y tế thế giới đã nhấn mạnh từ năm 1990), mà là một xu hướng có tính tự nhiên, không thể khuyến khích hay ngăn cản, thì việc hợp pháp hóa nhu cầu cam kết tự nguyện của NĐT là việc nên làm. Trong xu thế phát triển của xã hội hiện đại, đến giai đoạn hiện nay, chúng ta đã và nên chấp nhận sự đa dạng của các kiểu loại gia đình thay cho hình ảnh nhất thể hóa về kiểu loại, về cấu trúc như gia đình truyền thống.

Thời gian qua, LHQ cũng đã ghi nhận quan niệm về một phạm vi rộng rãi trong việc xác thực những tiến triển (thay vì cố định) của định nghĩa về gia đình. Ủy ban Nhân quyền LHQ đã lưu ý rằng “khái niệm gia đình có thể khác biệt trong vài khía cạnh, giữa các quốc gia, và ngay cả giữa các tôn giáo, và vì thế không thể đưa ra một định nghĩa chuẩn mực chung”²⁵. Ủy ban Quyền trẻ em LHQ đã tuyên bố điều này trong “Nhận định về môi trường gia đình”, rằng cần phản ánh “những cấu trúc gia đình khác nhau, phát sinh từ các mẫu hình văn hóa và các quan hệ tình cảm gia đình đa dạng đang nổi lên”²⁶. Một trong các quan hệ tình cảm gia đình đa dạng ở đây có thể được hiểu là sự đa dạng về xu hướng tính dục, là một cơ sở quan trọng cho một gia đình của các cặp đôi đồng tính. Việc thừa nhận HNCG cũng không thể làm suy thoái nòi giống như ý kiến của nhiều người bởi thực ra người đồng tính chỉ chiếm khoảng 3% trong tổng dân số của xã hội. Hơn nữa, người đồng tính hoàn toàn có thể nhờ mang thai hộ hoặc xin con nuôi. Đây cũng là điều mà các nhà làm luật Việt Nam cần cân nhắc xem xét để bổ sung cho khái niệm về gia đình nhằm tạo sự công bằng cũng như thay đổi nhận thức về gia đình tại Việt Nam thời gian tới.

24 Xem: TS. Phạm Quỳnh Phương, *Kết hôn đồng tính có đe dọa văn hóa truyền thống*, nguồn: <http://vietnamnet.vn/vn/doi-song/76857/ket-hon-dong-tinh-co-de-doa-van-hoa-truyen-thong-.html>, ngày 30/7/2012.

25 *Nhận định chung thứ 19: Bảo vệ gia đình, quyền hôn nhân và bình đẳng của các phối ngẫu*, Ủy ban Nhân quyền, Văn kiện LHQ, HRI/GEN/1/Rev.2 (1990), tại 2.

26 *Báo cáo về Kỳ họp thứ năm*, Ủy ban Quyền trẻ em, Văn kiện LHQ, CREC/C/24, Phụ lục V.

Một số ý kiến phản biện nêu rằng tại sao không cấm những người vô sinh, người già không còn khả năng sinh sản kết hôn với nhau mà lại cấm NĐT kết hôn với nhau?²⁷ Chúng tôi cho rằng đây là những lập luận khá khiên cưỡng. Thực chất NĐT không thể có con chung nhưng có thể xin con nuôi, người già thì có thể trước đó họ đã có con nhưng vẫn đến với nhau dù hiện tại không thể sinh sản, người vô sinh có thể xin con nuôi. Vấn đề quan trọng là phải hướng đến quyền con người, nhu cầu kết hôn nội tại của NĐT, thay đổi quan điểm cũ, không nên sử dụng các nguyên nhân như trên để lập luận vì thực sự chúng thiếu tính bền vững và hợp lý.

Bên cạnh đó, hiện nay Luật HN VGĐ năm 2000 quy định trong gia đình, người con có bổn phận yêu quý, kính trọng, biết ơn, hiếu thảo với cha mẹ, lắng nghe những lời khuyên bảo đúng đắn của cha mẹ, giữ gìn danh dự, truyền thống tốt đẹp của gia đình. Có ý kiến cho rằng nếu một đứa trẻ sống trong một gia đình đồng tính liệu sẽ bị ảnh hưởng bởi người nuôi nấng chúng, cũng sẽ bị đồng tính hay không?²⁸ Thực ra, đồng tính là một xu hướng tính dục, không phải là giới tính thứ ba và không phải là bệnh có thể lây lan hay truyền nhiễm. Vì vậy, đồng tính là điều tự nhiên của một người, không thể vì nghe lời người lớn mà trở thành đồng tính được.

Cuối cùng, bản chất của cái gọi là “truyền thống” mang tính bối cảnh, mang tính chính trị và vì vậy luôn biến đổi không ngừng. Chúng ta có thể tạo truyền thống mới và điều này diễn ra ở mọi lúc, mọi nơi²⁹.

3.2. Quyền kết hôn đầy đủ và hình thức kết hợp dân sự

Hiện nay, trên thế giới có các hình thức thừa nhận việc chung sống hợp pháp của

NĐT như: cho phép kết hôn giống những cặp dị tính, công nhận dưới hình thức kết hợp dân sự (civil union) như kết hợp dân sự, đôi tác chung nhà (domestic partnership), hình thức hợp danh (partnership)... Đối với hình thức kết hợp dân sự, về mặt pháp lý, họ được xem giống như một cặp vợ chồng nhưng thực tế lại bị hạn chế hơn những cặp vợ chồng dị tính khác ở sự thụ hưởng các chính sách về miễn giảm thuế chung cho vợ chồng, các chế độ an sinh xã hội, bảo hiểm, trợ cấp, quyền nhận nuôi con nuôi, thừa kế... Mặt khác, giá trị pháp lý của giấy chứng nhận kết hợp dân sự nêu trên rất hạn chế, không đương nhiên có hiệu lực trên phạm vi toàn quốc hoặc toàn thế giới. Đa phần các kiểu kết hợp dân sự trên chỉ có giá trị trong phạm vi bang, khu vực cho phép đăng ký kết hôn đồng tính, điều này đã gây không ít trở ngại cho các cặp đôi trên khi di chuyển hoặc thay đổi chỗ ở³⁰. Một số ý kiến cho rằng hành vi công nhận QKH của NĐT dưới các hình thức kết hợp dân sự như trên được coi như là “ban phát” quyền cho NĐT³¹. Điều dễ dàng nhận thấy ở đây là NĐT không tự nguyện từ bỏ quyền được kết hôn của mình và nhà nước khi tự ý không thừa nhận quyền tự do kết hôn đó đã không có khoản đền bù ngang giá nào cho những NĐT. Như vậy, mặc dù hình thức kết hợp dân sự có thể giải quyết được một phần nhu cầu của NĐT nhưng vẫn chưa tạo được sự công bằng trong quan hệ dân sự của NĐT và dị tính. Tuy nhiên, trong bối cảnh đồng tính là vấn đề rất nhạy cảm, khó được chấp nhận trong một thời gian ngắn thì hình thức kết hợp dân sự là một giải pháp mang tính ôn hòa và cũng là cơ sở để sau đó xem xét QKH đầy đủ của NĐT.

27 Ý kiến tại một số diễn đàn gần đây: Hội thảo tập huấn: “Những vấn đề chính của nhóm LGBT nhìn từ góc độ của Công ước CEDAW và các Công ước quốc tế khác”, tháng 11/2012; Hội thảo: “Quan điểm xã hội về đồng tính và hôn nhân đồng giới”, Viện Nghiên cứu Xã hội, Kinh tế và Môi trường tổ chức ngày 13/12/2012, Hà Nội.

28 Ý kiến nêu tại Hội thảo tập huấn: “Những vấn đề chính của nhóm LGBT nhìn từ góc độ của Công ước CEDAW và các Công ước quốc tế khác”, tháng 11/2012.

29 Xem: Eric Hobsbawm (Birkbeck College), Terence Ranger (University of Oxford), *The Invention of Tradition*, Cambridge University Press, 1992.

30 Xem thêm: Trương Hồng Quang, “Cơ sở lý luận về quyền của người đồng tính”, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp (Văn phòng Quốc hội), số 24, tháng 12/2012, tr.22-28, 36.

31 Xem: Thomas Paine (1731 – 1809), *Rights of Man*, 1791.

3.3. Giá trị xã hội của pháp luật và quyền kết hôn cùng giới

QKH được xem là một quyền thiêng liêng trong đời sống của mỗi cá nhân. Gắn với quyền này, một gia đình sẽ được hình thành, gắn kết với nhau bằng tình cảm, san sẻ giữa những thành viên trong gia đình. Do vậy, bảo vệ quyền của NĐT sẽ đảm bảo được giá trị xã hội của pháp luật, hướng đến tính công bằng - mục tiêu cao cả của pháp luật.

Một số quan điểm cũng lo ngại HNCG sẽ ảnh hưởng đến gia đình và xã hội. Tuy nhiên, quan ngại này thực sự không hoàn toàn đúng đắn, ngược lại, HNCG tốt cho gia đình và xã hội³². Thực tế ở các nước thừa nhận quan hệ đồng giới như Đan Mạch, Hà Lan, Na Uy... đã chứng minh điều này. Hôn nhân đồng giới không ảnh hưởng đến quan niệm xã hội về tầm quan trọng của hôn nhân truyền thống. Hôn nhân đồng giới có tính bình đẳng tương đối cao vì hai người ít có sự phân công lao động hay trách nhiệm theo giới. Nghiên cứu tiến hành trong ba năm ở Vermont, Mỹ về chất lượng cuộc sống lứa đôi của các cặp đồng tính sống chung có đăng ký và các cặp kết hôn truyền thống cho thấy, các cặp đồng tính sống chung có đăng ký có mối quan hệ hài hòa hơn, gần gũi nhau và ít xảy ra xung đột hơn so với các cặp kết hôn giữa nam và nữ. Quan sát ở các nước Bắc Âu cho thấy, sau khi thông qua luật cho phép những người đồng giới đăng ký chung sống, sự gắn bó của các cá nhân có tính lâu dài bởi đăng ký sống chung đồng nghĩa với cam kết hành vi chung thủy và do đó giảm lây truyền các bệnh qua đường tình dục. Sau 5 năm kể từ khi Luật Kết hôn đồng giới được thông qua tại Canada, nghiên cứu trên một nhóm quần thể đăng ký kết hôn đầu tiên cũng chỉ ra, các cặp đôi này có chỉ số thỏa mãn với cuộc sống chung tăng lên, lòng tự tin tăng lên và sự kỳ thị giảm đáng kể. Điều quan trọng là sự thay đổi này không chỉ diễn ra ở các cặp đăng ký sống chung mà còn cho

cả cộng đồng những người đồng giới nói chung. Như vậy, các quy định luật pháp cho kết hôn đồng giới có ảnh hưởng rất tích cực đến sức khỏe cộng đồng và chi phí hiệu quả đối với các vấn đề liên quan phúc lợi xã hội.

Cũng có ý kiến đề xuất không nên cho phép các cặp đôi cùng giới sinh và nuôi con vì có thể đứa trẻ sẽ không phát triển bình thường. Điều này là không đúng vì trước khi thừa nhận hôn nhân đồng giới, nhiều nước đã tiến hành các nghiên cứu so sánh kết quả phát triển của trẻ em trong các gia đình hôn nhân truyền thống và các kiểu hình gia đình khác. Hội Nhi khoa Hoa Kỳ (The American Academy of Pediatrics - 2002), Hội Y học sinh sản Hoa Kỳ (The American Society for Reproductive Medicine - 2006) đã kết luận không có bằng chứng nào chỉ ra bất kỳ nguy cơ cho sự phát triển của trẻ khi trẻ được nuôi dưỡng trong các gia đình có hai ông bố hoặc hai bà mẹ. Một số nghiên cứu còn chỉ ra những đứa con do đồng tính nữ sinh ra (nhờ xin tinh trùng), được nuôi dưỡng trong gia đình đồng tính nữ thậm chí còn có một số khả năng vượt trội hơn trẻ em trong các gia đình hôn nhân truyền thống. Trong khi nghiên cứu về khả năng nuôi dạy con của các cặp đồng tính nam cho thấy sự vượt trội hơn các ông bố dị tính khi họ có cả các khả năng chăm sóc trẻ giống như người mẹ.

Như vậy về bản chất, việc được chăm sóc, giáo dục bởi một cặp đôi đồng tính không ảnh hưởng xấu đến quan niệm về thể chế gia đình truyền thống và sự phát triển của trẻ. Ngược lại, việc hợp pháp hóa HNCG ở các nước còn mang lại lợi ích về sức khỏe cộng đồng, bình đẳng giới và hòa hợp xã hội.

3.4. Quan điểm ủng hộ của xã hội Việt Nam về quan hệ cùng giới chưa thực sự nhất quán

Hiện nay, quan điểm về kết hôn cùng giới tại Việt Nam khá đa dạng với nhiều mức độ khác nhau. Thời gian qua các khảo

32 TS. Nguyễn Thu Nam, "Hôn nhân cùng giới tốt cho gia đình và xã hội", nguồn: <http://phunuonline.com.vn/xa-hoi/phap-luat/hon-nhan-dong-gioi-tot-cho-gia-dinh-va-xa-hoi/a78291.html>, ngày 31/10/2012.

sát xã hội học về quan điểm liên quan đến QKH của NĐT đã được thực hiện khá nhiều với nhiều hình thức khác nhau.

Hình thức khảo sát qua mạng về HNCG gần đây cho kết quả ủng hộ khá cao. Khảo sát do Báo Vnexpress vào tháng 6 năm 2012 trong số 3.417 người được hỏi, có 2.756 người chiếm 80.7% cho rằng nên ủng hộ QKH của NĐT, 328 người chiếm 9,6% phản đối kịch liệt, 280 người chiếm 8.2% không quan tâm và chỉ có 53 người chiếm 1.6% có ý kiến khác. Đến tháng 7 năm 2012, khi tiếp tục khảo sát ý kiến về vấn đề này, Vnexpress thu được kết quả: 13.702/22.430 người chiếm 61.1% cho rằng nên công nhận hôn nhân đồng tính, còn lại 8.728/22.430 người chiếm 38.9% cho rằng không nên công nhận.

Tương tự như vậy, một khảo sát khác của Báo Người lao động điện tử trong tháng 7/2012 cũng thu được kết quả cho thấy có 3.921 người chiếm 86% đồng ý nên cho phép hôn nhân đồng tính, 305 người chiếm 6.69% cho rằng không nên vì trái văn hóa, truyền thống người Việt, còn lại 335 người chiếm 7.31% cho rằng cần thận trọng vì trình độ nhận thức của người dân về đồng tính còn hạn chế. Theo khảo sát gần đây của trang Dự thảo Online của Quốc hội³³ đến ngày 21/6/2013 thì có đến 17.383 người chiếm 90.4% người hoàn toàn đồng ý việc quy định công dân có QKH với NCGT, có 533 người chiếm 2.8% không đồng ý vì việc quy định như vậy chưa phù hợp với điều kiện ở Việt Nam hiện nay, có 1.304 người chiếm 6.8% đồng ý nhưng cần có những điều kiện đặc biệt kèm theo.

Tuy nhiên, một số kết quả nghiên cứu thực định (khảo sát trực tiếp) thì lại cho thấy nhìn chung, quan niệm của xã hội về đồng tính cũng như HNCG vẫn chưa được thay đổi một cách đáng kể³⁴. Ví dụ như theo một nghiên cứu gần đây, có 77% người dân Việt Nam (ở 04 tỉnh/thành phố) được hỏi đồng ý

phải bảo vệ quyền của NĐT nhưng trong số đó chỉ có 36.6% đồng ý cho NĐT có QKH³⁵. Việt Nam chưa thực sự có cuộc điều tra quy mô toàn quốc để tìm hiểu quan điểm của người dân về vấn đề này.

Đây cũng là một điểm đáng quan tâm bởi những kết quả khảo sát dưới những hình thức khác nhau hiện nay chưa thực sự nhất quán. Điều này cũng dễ hiểu bởi hình thức khảo sát qua các trang mạng không hoàn toàn thực chất (vì một người có thể bình chọn nhiều lần, trong đó có nhiều NĐT có thể bình chọn liên tục...). Trong khi đó, khảo sát qua phiếu hỏi trực tiếp người dân sẽ cho kết quả chính xác hơn. Bên cạnh đó, khá nhiều ý kiến cho rằng nên công nhận hình thức sống chung có đăng ký trước để qua đó có thể xem xét, nghiên cứu, đánh giá thêm việc tiến đến công nhận hôn nhân bình đẳng. Đây cũng chính là phương thức mà một số quốc gia công nhận hôn nhân bình đẳng đã từng áp dụng trước đây. Hơn nữa, quan điểm e ngại về sự gắn kết của cặp đôi đồng tính, mối quan hệ đồng giới vẫn chưa thực sự được hiểu, cảm nhận một cách phổ biến tại Việt Nam dường như cũng làm ảnh hưởng đến việc luật hóa QKH bình đẳng của NĐT. Điều này cũng được thể hiện qua kết quả khảo sát của Báo Người lao động điện tử ở trên khi có 335 người cho rằng cần thận trọng vì trình độ nhận thức của người dân về đồng tính còn hạn chế. Ngay cả khảo sát của Vnexpress cũng có sự sụt giảm tỉ lệ ủng hộ từ 80.7% (tháng 6/2012) xuống còn 61.1% (tháng 7/2012).

4. Một số kết luận và khuyến nghị

Qua nghiên cứu có thể nhận thấy quan hệ cùng giới và HNCG là những vấn đề đang nhận được nhiều sự quan tâm ở Việt Nam hiện nay. Thực tế cho thấy, hệ các quan điểm truyền thống cũ đã và đang chi phối rất lớn đến việc thừa nhận quan hệ đồng giới

33 <http://duthaonline.quochoi.vn/UserControls/DuThao/pVoteResults.aspx?VoteID=105>

34 Xem thêm: Trương Hồng Quang, "Nhận thức về người đồng tính và quyền của người đồng tính", Tạp chí Nhà nước và Pháp luật (Viện Nhà nước và Pháp luật), số tháng 3/2012, tr.25-34, 44.

35 TS. Nguyễn Thị Thu Nam, "Quan điểm xã hội về đồng tính và hôn nhân đồng giới", Báo cáo được trình bày tại Hội thảo do Viện ISEE tổ chức ngày 13/12/2012.

hay HNCG. Các nghiên cứu cũng cho thấy, phần lớn người dân Việt Nam hiện nay chưa ủng hộ HNCG.

Để tạo cơ sở cho việc ghi nhận quan hệ cùng giới, thời gian tới nên tiếp tục có những hình thức phổ biến, định hướng nhận thức đúng đắn hơn về cộng đồng LGBT nói chung, cộng đồng đồng tính nói riêng tại Việt Nam. Việc ban hành các quy định mới trong luật pháp ở Việt Nam để hợp pháp hóa quan hệ đồng giới là cần thiết và cần được tiến hành song song với các hoạt động đánh giá tác động, nâng cao nhận thức để xã hội hiểu và đón nhận. Bên cạnh đó, cần tổ chức nghiên cứu sâu hơn về thực trạng quan điểm của tầng lớp xã hội về đồng tính, HNCG, đánh giá trên những cơ sở đầy đủ và rõ ràng hơn để có những kiến nghị xác đáng hơn.

Đối với Dự thảo Luật sửa đổi, bổ sung Luật HNVGD năm 2000, chúng tôi cho rằng hình thức kết hợp dân sự vẫn là việc nên làm, nên thừa nhận, là một bước đệm của HNCG. Đây cũng là đề xuất thông qua một số kết quả nghiên cứu, khảo sát tại Việt Nam thời gian gần đây³⁶. Thực tiễn một số nước trên thế giới đã đi theo cách này để có cơ sở xem xét, đề xuất công nhận hôn nhân bình đẳng. Thật khó để bắt cứ một xã hội nào, nhất là một quốc gia còn nặng truyền thống như Việt Nam ngay lập tức công nhận HNCG, thay đổi quan điểm về khái niệm gia đình, thay đổi chuẩn mực xã hội... trong một thời gian ngắn. Cùng bởi vì kết hợp dân sự có những hạn chế như đã nêu, cho nên việc thừa nhận HNCG sau đó là điều cần thiết để đảm bảo giá trị xã hội của pháp luật. Vì vậy, Dự thảo Luật nên sửa lại theo hướng có một điều riêng quy định về quyền kết hợp dân sự của cặp đôi đồng tính với những điều kiện nhất định (độ tuổi, có đầy đủ năng lực dân sự...). Cặp đôi đồng tính kết hợp dân sự sẽ bị hạn chế một số quyền nhất định, ví dụ như không được nhận con nuôi chung. Việc cho phép sống chung có đăng ký sẽ tạo điều kiện thuận lợi cho Nhà nước xem xét, đánh giá quan hệ đồng giới một cách chính xác,

có cơ sở hơn so với việc chỉ đưa ra quy định giải quyết hậu quả do việc sống chung không có đăng ký. Với tình hình hiện tại, nhất thiết phải có quy định điều chỉnh mối quan hệ sống chung có đăng ký của NĐT. Nếu không tạo cơ hội cho NĐT chứng minh sự bền vững trong việc sống chung thì xã hội khó đạt được tính căn bản bền vững, giá trị xã hội của pháp luật cũng khó được đảm bảo và phát huy. Bên cạnh đó, Dự thảo Luật Hộ tịch (đang được Bộ Tư pháp soạn thảo) nên đồng thời bổ sung quy định về đăng ký sống chung có đăng ký cho cặp đôi đồng tính. Việc đăng ký này sẽ được ghi vào một sổ riêng với mẫu Đăng ký khác so với mẫu của cặp đôi nam nữ (thay thuật ngữ vợ/chồng bằng thuật ngữ: bên thứ nhất, bên thứ hai...).

Các câu chuyện về NĐT cũng xuất hiện khá nhiều trên báo chí, phim ảnh và truyền hình. Tưởng như đồng tính đã không còn là “chuyện xa lạ” như nhiều năm về trước, khi đất nước mới mở cửa, nhưng thực tế, những NĐT thật sự vẫn còn nỗi niềm suy tư khi xã hội Việt Nam hiện nay vẫn không cho họ cái quyền gọi là bình đẳng. Lẽ ra mọi người nên cảm thông và san sẻ với họ nhiều hơn thay vì ném cho họ những cái nhìn kỳ thị, vì họ là những con người bất hạnh, họ yêu mà không bao giờ được đáp lại, hy sinh mà không bao giờ được bù đắp, cũng như khao khát mà không bao giờ được thỏa mãn. Đồng tính không phải là một tệ nạn như ma túy, thuốc lắc, ... không nên đồng hóa họ như những tệ nạn bởi đồng tính là bẩm sinh, họ không có quyền lựa chọn xu hướng tính dục cho bản thân. Đã đến lúc, xã hội có cái nhìn thoáng hơn cho những thành viên mang xu hướng tính dục khác, và cho họ được quyền sống bình thường như bao nhiêu cá thể khác của cộng đồng loài người. Thực chất, khi chúng ta tìm hiểu, đánh giá về quyền của NĐT sẽ không hề có ý nghĩa muốn cò vũ cho một trào lưu mới mà nên được hiểu đây chính là thay tiếng nói cho những NĐT ■

³⁶ Quan điểm của Viện Nghiên cứu Xã hội, Kinh tế và Môi trường (iSEE); Trương Hồng Quang, “Một số góc nhìn về quyền kết hôn giữa những người cùng giới tính”, nguồn: diemgon.vn ngày 13/12/2012; Văn phòng Chính phủ, “Báo cáo số 9734/PL ngày 28/11/2012 về Kết quả khảo sát của đoàn công tác liên ngành về dự án Bộ luật Dân sự và Dự án Luật HNVGD”, tr. 18.

TRIẾT LÝ ĐÁNH THUẾ ĐỐI VỚI THU NHẬP TỪ SỞ HỮU, CHUYỂN NHƯỢNG CHỨNG KHOÁN VÀ KIẾN NGHỊ HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT

NGUYỄN THỊ LAN HƯƠNG*

Chứng khoán là một loại hàng hóa có thể mua đi bán lại để kiếm lời hoặc sở hữu dài hạn để hưởng cổ tức, lợi tức hoặc lãi suất. Thông qua phát hành cổ phiếu và trái phiếu, công ty cổ phần (CTCP) và công ty trách nhiệm hữu hạn (TNHH) có thể tạo lập nguồn vốn để kinh doanh. Đối với CTCP, việc mua bán liên tục cổ phiếu trên thị trường không chỉ giúp cho các nhà đầu tư hưởng lợi từ giao dịch cổ phiếu mà còn có thể hỗ trợ cho cổ đông rút lui khỏi CTCP mà không ảnh hưởng đến cơ cấu vốn chủ sở hữu. Thông thường, cổ tức, lợi tức hoặc lãi suất nhận được từ sở hữu và thu nhập từ chuyển nhượng chứng khoán (CNCK) là đối tượng đánh thuế thu nhập. Nhìn chung, các quốc gia trên thế giới căn cứ vào chính sách khuyến khích hay hạn chế đầu tư một số loại chứng khoán để quy định thu nhập chịu thuế, thuế suất và cách thức thu thuế đối với thu nhập từ sở hữu và CNCK.

Hiện nay, trong bối cảnh thị trường chứng khoán (TTCK) suy giảm, pháp luật thuế thu nhập doanh nghiệp (TNDN) và pháp luật thuế thu nhập cá nhân (TNCN) chưa thực sự phát huy vai trò là công cụ

khuyến khích hoạt động đầu tư chứng khoán thông qua chế độ ưu đãi thuế dài hạn, ngoài ra, những bất cập trong việc xác định thu nhập chịu thuế, phương pháp tính thuế và cơ chế hành thu khiến cho không ít nhà đầu tư rời bỏ thị trường do không đạt được lợi ích mình kỳ vọng¹. Bài viết đề cập về triết lý đánh thuế đối với thu nhập từ sở hữu và CNCK và kiến nghị hoàn thiện pháp luật thuế thu nhập ở nước ta hiện nay.

1. Triết lý đánh thuế đối với thu nhập từ sở hữu và chuyển nhượng chứng khoán

Về nguyên tắc, nghĩa vụ nộp thuế thu nhập từ sở hữu và CNCK được quy định trong Luật thuế TNDN và Luật thuế TNCN. Việc đánh thuế đối với thu nhập từ sở hữu và CNCK dựa trên những tiêu chí nhất định. Những tiêu chí này được xây dựng gắn với bối cảnh kinh tế - xã hội, khuyến khích hay hạn chế đầu tư chứng khoán trong từng thời kỳ do cơ quan có thẩm quyền quyết định. Bên cạnh đó, kinh nghiệm đánh thuế ở các quốc gia có TTCK phát triển cũng được tham khảo để xây dựng và hoàn thiện các quy định pháp luật về thuế đối với chứng khoán.

* **TS, Giảng viên Bộ môn Luật Kinh doanh, Khoa Luật ĐHQG Hà Nội.**

1 Tham khảo nội dung phỏng vấn Tổng thư ký Hiệp hội các nhà đầu tư tài chính Việt Nam trong bài "Chứng khoán cần được ưu đãi thuế", Hữu Hòe. Đầu tư chứng khoán ngày 12/9/2013.

Chủ thể có nghĩa vụ nộp thuế thu nhập từ sở hữu và CNCK bao gồm các tổ chức và cá nhân. Các tổ chức sở hữu chứng khoán ở nước ta bao gồm các doanh nghiệp thành lập và hoạt động theo pháp luật Việt Nam, trong đó phải kể đến ngân hàng, công ty bảo hiểm, công ty đầu tư và quỹ đầu tư, ngoài ra, còn có các doanh nghiệp nước ngoài hoặc quỹ đầu tư nước ngoài. Các tổ chức này có thể sở hữu chứng khoán dài hạn để duy trì sự liên kết công ty, hưởng thu nhập từ sở hữu chứng khoán hoặc sở hữu ngắn hạn nhằm chuyên nhượng thu chênh lệch giữa giá bán và giá mua. Còn cá nhân sở hữu chứng khoán bao gồm người lao động, nhà đầu tư khác là cá nhân trong và ngoài nước cũng với mục đích hưởng cổ tức, lợi tức, lãi suất dài hạn hoặc chênh lệch từ mua bán chứng khoán².

Ở nước ta, Luật Chứng khoán năm 2006 được sửa đổi, bổ sung năm 2010, là cơ sở pháp lý để phát hành và quản lý đối với chứng khoán lưu thông. Theo Khoản 1 Điều 6 Luật Chứng khoán, chứng khoán là bằng chứng xác nhận quyền và lợi ích hợp pháp của người sở hữu đối với tài sản hoặc phần vốn của tổ chức phát hành. Chứng khoán được thể hiện dưới hình thức chứng chỉ, bút toán ghi sổ hoặc dữ liệu điện tử bao gồm: (i) cổ phiếu, trái phiếu, chứng chỉ quỹ; (ii) quyền mua cổ phần, chứng quyền, quyền chọn mua, quyền chọn bán, hợp đồng tương lai, nhóm chứng khoán hoặc chỉ số chứng khoán; (iii) hợp đồng góp vốn đầu tư và (iv) các loại chứng khoán khác do Bộ Tài chính quy định (Điều 6 Khoản 1).

Theo kinh nghiệm đánh thuế chứng khoán ở nhiều nước, đối tượng chứng khoán được sở hữu hoặc giao dịch bị đánh thuế được phân loại thành bốn nhóm: (i) chứng khoán hiện vật (cổ phiếu, trái phiếu, chứng chỉ quỹ) và chứng khoán phi hiện vật (hợp

đồng tương lai, chỉ số chứng khoán), (ii) chứng khoán niêm yết và chưa niêm yết, (iii) chứng khoán được đầu tư trực tiếp và đầu tư thông qua ủy thác, (iv) chứng khoán do tổ chức trong nước phát hành và chứng khoán do tổ chức nước ngoài phát hành. Theo đó, pháp luật quy định cách xác định thu nhập chịu thuế, thuế suất và phương thức thu nộp thuế khác nhau.

Ở các nước có TTCK phát triển, ngoài giao dịch chứng khoán bằng hiện vật là cổ phiếu, chứng chỉ quỹ và trái phiếu, các giao dịch chứng khoán phi hiện vật là hợp đồng tương lai, nhóm chỉ số giá chứng khoán cũng mang lại lợi ích nhất định cho nhà đầu tư từ việc mua đi, bán lại và khoản chênh lệch này cũng là đối tượng đánh thuế. Ở nước ta, một số công cụ phái sinh đơn giản cũng bước đầu được sử dụng không chính thống như quyền mua chứng khoán, hợp đồng quyền chọn, hợp đồng kỳ hạn... Các công cụ này đáp ứng nhu cầu đầu tư sinh lợi là chủ yếu trong giai đoạn TTCK tăng trưởng nhanh năm 2006-2008. Hiện nay, do khung pháp lý hiện hành (Luật Chứng khoán và văn bản dưới luật) chưa có quy định cụ thể nên việc giao dịch các chứng khoán phái sinh bị coi là trái các quy định của pháp luật³.

Thông thường, Luật thuế TNDN hay Luật thuế Thu nhập pháp nhân (TNP) và Luật thuế TNCN quy định tách bạch quyền đánh thuế của Nhà nước đối với thu nhập từ sở hữu và thu nhập từ CNCK của tổ chức và cá nhân, các quy định liên quan đến xác định thu nhập chịu thuế, thuế suất, ưu đãi thuế và phương thức tính thuế.

Về nguyên tắc, chứng khoán là giấy tờ có giá được lưu thông trên TTCK được coi là loại hàng hóa đặc biệt không chịu thuế giá trị gia tăng (GTGT)⁴. Cụ thể, Điều 3 Luật thuế GTGT quy định chuyển nhượng vốn,

2 Hiện nay nhà đầu tư cá nhân vẫn là đối tượng giao dịch chính, chiếm hơn 85% giao dịch của toàn thị trường. Tham khảo bài "Sử dụng VN 30 để thành lập sản phẩm đầu tư mới", Hữu Hòe- Phan Hằng, Đầu tư chứng khoán ngày 14/10/2013.

3 Tham khảo: "Việt Nam đang rất cần thị trường chứng khoán phái sinh" Duy Cường - Nhật Bình, Vneconomy điện tử ngày 20/6/2013 tải từ <http://vneconomy.vn>.

4 Về điểm này, pháp luật Việt Nam cũng quy định giống như pháp luật của nhiều nước. Cụ thể, Luật thuế tiêu dùng Nhật Bản loại trừ đối với đánh thuế CNCK là công trái, cổ phiếu, phần vốn góp của thành viên công ty hợp danh, chứng khoán cầm cố, trái quyền tiền mặt.

chứng khoán thuộc diện không chịu thuế GTGT. Ngoài ra, đánh thuế đối với thu nhập từ sở hữu và CNCK có phân biệt chủ thể tham gia là tổ chức và cá nhân. Thu nhập của doanh nghiệp là đối tượng chịu thuế TNDN, sau khi nộp thuế TNDN, doanh nghiệp có thể trích lập các quỹ thuộc sở hữu của doanh nghiệp và phân chia cho người góp vốn. Trong trường hợp người góp vốn là doanh nghiệp, về nguyên tắc khi nhận cổ tức hoặc lợi tức từ chứng chỉ quỹ⁵, doanh nghiệp không bị đánh thuế. Trong khi đó, cổ đông là cá nhân, nhà đầu tư sở hữu chứng chỉ quỹ phải đóng thuế TNCN khi nhận cổ tức và lợi tức chi trả là 5%. Ở đây, có việc đánh thuế trùng một dòng tiền lợi nhuận từ doanh nghiệp đối với cá nhân sở hữu cổ phiếu và chứng chỉ quỹ.

Về cách thức đánh thuế đối với thu nhập từ đầu tư vốn của cá nhân, có hai mô hình đánh thuế bao gồm: mô hình đánh thuế đối với thu nhập của cá nhân nhận được không tính đến thuế TNDN do doanh nghiệp chi trả đã nộp⁶. Trường hợp này còn gọi là đánh thuế trùng. Hiện nay, theo Vụ Chính sách thuế, Bộ Tài chính thì cách đánh thuế này là hợp lý vì nếu xét về dòng tiền, đánh thuế cổ tức là đánh thuế 2 lần đối với cùng một món tiền, nhưng nếu xét về chủ sở hữu của món tiền đó lại khác nhau nên pháp nhân phải nộp thuế TNDN còn cá nhân có thu nhập phải nộp thuế TNCN⁷. Hai là mô hình đánh thuế kiểu châu Âu, có sự thống nhất và điều chỉnh pháp luật thuế TNDN và thuế TNCN bằng gắn kết nghĩa vụ của cổ đông trong Luật thuế TNPV và phân hóa chúng (Imputation System)⁸. Triệt lý đánh thuế này bắt

nguồn từ học thuyết cho rằng lợi nhuận phát sinh từ công ty thuộc về người góp vốn, đánh thuế pháp nhân là việc lấy trước thuế thu nhập của cá nhân⁹. Các nước châu Âu theo mô hình nhằm loại trừ đánh thuế trùng thuế TNPV và thuế TNCN từ nguồn lợi nhuận của công ty, theo đó, Luật thuế TNCN quy định khấu trừ một khoản thuế hoặc một khoản thu nhập chịu thuế khi xác định nghĩa vụ nộp thuế của cá nhân.

Đối với hoạt động đầu tư chứng chỉ quỹ, thực chất nhà đầu tư góp vốn nhằm hưởng lợi tức từ quỹ đầu tư được vận hành bởi công ty quản lý quỹ. Thông thường, các nước trên thế giới coi quỹ đầu tư là hình thức góp vốn tập thể theo hợp đồng, trong trường hợp không hình thành pháp nhân thì chỉ đánh thuế đối với người góp vốn với tư cách thành viên đối với khoản lợi tức được chi trả theo giá trị và số lượng chứng chỉ quỹ sở hữu. Có nghĩa là áp dụng nguyên tắc bỏ qua đánh thuế đối với quỹ đầu tư (The Pass-Through Principle) mà đánh thuế đối với người được hưởng lợi là người sở hữu chứng chỉ quỹ.

2. Những bất cập

2.1 Về quy định đánh thuế đối với cổ tức và lợi nhuận chứng chỉ quỹ

Hiện nay, theo Luật thuế TNCN, nhà đầu tư cá nhân bị đánh thuế 5% đối với cổ tức do CTCP chi trả hoặc lợi tức chi trả từ quỹ đầu tư. Trước đó, CTCP đã nộp thuế TNDN, còn lợi tức chứng chỉ quỹ được xác định trong tổng lợi nhuận thu được từ các hạng mục đầu tư sau khi trừ đi phí ủy thác quản lý trả cho công ty quản lý quỹ và các chi phí khác liên

5 Ở nước ta, Nghị định 24/2008/NĐ-CP quy định chi tiết Luật thuế TNDN 2008 được sửa đổi bằng Nghị định 122/2011/NĐ-CP ngày 27/12/2011 và Nghị định 92/2013/NĐ-CP ngày 13/8/2013 quy định chi tiết Luật sửa đổi bổ sung một số điều Luật thuế TNDN và Luật thuế GTGT năm 2013 quy định chế độ miễn thuế đối với thu nhập được chia từ hoạt động góp vốn, mua cổ phần, liên doanh, liên kết kinh tế với doanh nghiệp trong nước, sau khi bên nhận góp vốn, phát hành cổ phiếu, liên doanh, liên kết đã nộp thuế theo quy định của Luật Thuế TNDN (Khoản 5 Điều 4 NĐ 124/2008/NĐ-CP).

6 Mô hình đánh thuế kiểu Hoa Kỳ. Tham khảo bài: "Chế độ thuế tín thác đầu tư" Tạp chí Tài chính, Viện Nghiên cứu tài chính- Bộ Tài chính Nhật Bản (投資信託の大蔵省財政金融研究所フィナンシャル・レビュー Nov 1995) trang 27.

7 Tham khảo bài "Đầu tư chứng khoán: Đánh thuế hai lần" Duy Chung, Báo Đại Đoàn kết, ngày 6/11/2011.

8 Mô hình đánh thuế kiểu châu Âu theo phương thức hợp nhất, điều chỉnh hai sắc thuế TNDN và thuế TNCN (Tham khảo Chế độ thuế tín thác đầu tư, trang 27, sđd Chú thích 6)

9 Tham khảo bài "Phân chia lợi nhuận công ty và thuế thu nhập", Sakai Katsuhiko, Tạp chí Zeidai, Số 8 (2008) trang 57 (会社の利益処分と所得税、税大ジャーナル No 8 (2008) (Bản tiếng Nhật) .

quan đến vận hành quỹ. Có thể thấy, ở nước ta, dòng tiền từ CTCP được đánh thuế hai lần ở khâu xác định thu nhập chịu thuế của CTCP và chi trả cổ tức cho cổ đông.

Trong bối cảnh TTCK âm ảm như hiện nay, để thu hút các nhà đầu tư chứng khoán quay trở lại thị trường, biện pháp tránh đánh thuế trùng cần được đặt ra. Nếu so sánh mức chi trả cổ tức của cổ phiếu và lợi tức chứng chỉ quỹ hiện nay với lãi tiền gửi có kỳ hạn tại các tổ chức tín dụng (TCTD) là 7%, thì mức cổ tức dao động từ 5% đến 15%/mệnh giá trong điều kiện thị giá cổ phiếu gấp khoảng từ 2 đến 5 lần mệnh giá thì có thể thấy lợi ích từ sở hữu chứng khoán ít hơn nhiều so với lãi suất tiền gửi có kỳ hạn tại TCTD, trong khi lãi suất này không bị đánh thuế thu nhập.

Còn doanh nghiệp đầu tư chứng khoán, khi nhận cổ tức hoặc lợi tức chứng chỉ quỹ đầu tư chứng khoán chỉ bị đánh thuế một lần tại khâu doanh nghiệp chi trả. Trong bối cảnh hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp gặp nhiều rủi ro và chi phí vay vốn cao thì khuyến khích cá nhân đầu tư chứng khoán có thể hỗ trợ tính thanh khoản của chứng khoán trên thị trường, hỗ trợ cho CTCP và công ty TNHH huy động vốn trên TTCK để mở rộng quy mô đầu tư, kinh doanh. Để hỗ trợ các doanh nghiệp huy động vốn và bảo đảm tính thanh khoản của chứng khoán trên thị trường, Nhà nước cần xem xét miễn thuế cổ tức, lợi tức chứng chỉ quỹ dài hạn cho các nhà đầu tư cá nhân.

Ở các quốc gia có TTCK phát triển, tùy thuộc vào chính sách phát triển TTCK mà pháp luật quy định biện pháp loại trừ đánh thuế trùng giữa thuế TNP và TNCN.

Chẳng hạn ở Anh, từ năm 1973, với việc du nhập phương thức thống nhất và điều chỉnh thu nhập của pháp nhân và cá nhân, nước này đã loại trừ việc đánh thuế hai lần đối với thu nhập của pháp nhân và thu nhập của cá nhân từ nguồn lợi nhuận chi trả từ công ty bằng cách tính thuế ở khâu chi trả thu nhập của pháp nhân, còn ở khâu chi trả thu nhập, cá nhân được khấu trừ thuế. Còn ở Pháp, vào cuối thập kỷ 80 của thế kỷ 20, do bị ảnh hưởng bởi chính sách giảm thuế suất thuế TNDN tại Hoa Kỳ, nước này đã xóa bỏ tình trạng đánh thuế hai lần trên cùng nguồn thu nhập từ công ty, theo đó cá nhân được khấu trừ một khoản thuế do công ty đã nộp ở khâu trước¹⁰.

Hiện nay, ở nước ta, ngoài sự hiện diện của quỹ đầu tư chứng khoán còn có quỹ đầu tư bất động sản¹¹. Do dòng tiền lợi nhuận thu được từ các hạng mục đầu tư của các quỹ không giống nhau nên khi đánh thuế cần phân biệt tiêu chí đánh thuế, loại trừ đánh thuế đối với thu nhập phát sinh từ chứng khoán đã bị đánh thuế. Đối với quỹ đầu tư bất động sản¹², quỹ được tổ chức và hoạt động dưới hình thức quỹ đầu tư đại chúng (quỹ đầu tư bất động sản) hoặc công ty đầu tư chứng khoán đại chúng (gọi là công ty đầu tư chứng khoán bất động sản). Quỹ đầu tư bất động sản là một loại hình quỹ đóng, theo đó, sau khi chào bán chứng chỉ quỹ ra công chúng, quỹ không mua lại theo yêu cầu của nhà đầu tư và hoạt động với mục đích chủ yếu đầu tư vào bất động sản cho thuê nhằm tạo lợi nhuận ổn định. Với đặc thù khác biệt về hình thức tổ chức kinh doanh và hạng mục đầu tư của quỹ đầu tư bất động sản¹³ và công ty đầu tư chứng khoán bất

10 Tham khảo bài: Nghiên cứu đánh thuế lợi tức ở Nhật bản, so sánh đánh thuế ở các nước Âu, Mỹ và Châu Á, Yamauchi Susumu, Tạp chí Ronsou Shogaku No 171/2003, trang 9,13 「わが国税法における配当金課税に関する一考察 —アジア並びに欧米諸国の税法の比較検討」 山内進、商学論叢48 (1,171) 2003.

11 Nghị định 58/2012/NĐ-CP ngày 20/7/2012 hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Chứng khoán và Thông tư 228/2012/TT-BTC ngày 27/12/2012 của Bộ Tài chính là cơ sở pháp lý cho thành lập và quản lý quỹ đầu tư bất động sản, Thông tư này có hiệu lực từ ngày 1/7/2013.

12 Vị trí của quỹ này được ghi nhận cụ thể trong Luật sửa đổi bổ sung Luật Chứng khoán 2010 (Khoản 27a Điều 6), sau khi Chính phủ ban hành Nghị định 58/2012/NĐ-CP ngày 20/7/2012, Bộ Tài chính ban hành Thông tư 228/2012/TT-BTC hướng dẫn về thành lập và quản lý quỹ đầu tư bất động sản và có hiệu lực từ ngày 1/7/2013.

13 Thông tư 228/2012/TT-BTC qui định quỹ phải đầu tư tối thiểu 65% giá trị tài sản ròng của quỹ vào các BĐS, quỹ phải dành tối thiểu 90% lợi nhuận thực hiện trong năm để chi trả lợi tức cho nhà đầu tư (Điều 11).

động sản, có thể thấy pháp luật thuế thu nhập phải điều chỉnh dựa trên sự khác biệt trong xác định thu nhập chịu thuế và thuế suất của các chủ thể góp vốn và tổ chức kinh doanh trong loại hình kinh doanh tín thác này. Việc pháp luật quy định chi tiết, cụ thể có ý nghĩa quan trọng giúp cho nhà đầu tư có thể lựa chọn cách thức đầu tư, góp vốn phù hợp. Khi Nhà nước khuyến khích hình thức đầu tư tín thác thì cần thực hiện chính sách ưu đãi thuế để vừa nhằm khai thác tính chuyên nghiệp của công ty quản lý quỹ trong duy trì sự hiện diện của các quỹ đầu tư với tư cách là nhà tạo lập thị trường cũng như thu hút các chủ thể đầu tư vào chứng chỉ quỹ.

2.2. Quy định đánh thuế đối với thu nhập từ CNCK

CNCK là cách thức để tổ chức và cá nhân có thể thu hồi được vốn đầu tư. Về nguyên tắc, Luật thuế TNCN chỉ đánh thuế khi người chuyển nhượng có thu nhập - khoản chênh lệch giữa giá bán và giá mua sau khi trừ các chi phí liên quan đến việc tạo ra thu nhập. Đối với doanh nghiệp thành lập và hoạt động theo pháp luật Việt Nam, các chi phí liên quan đến đầu tư chứng khoán được tính chung vào chi phí kinh doanh của doanh nghiệp.

Hiện nay, khi doanh nghiệp có thu nhập từ CNCK phải chịu thuế thu nhập từ chuyển nhượng được xác định chung trong tổng thu nhập chịu thuế là 25% theo Luật thuế TNDN 2008 và 22% từ 1/1/2014 theo Luật sửa đổi một số điều Luật thuế TNDN được Quốc hội thông qua ngày 19/6/2013. Những đối tượng chịu thuế suất 22% sẽ được áp dụng mức 20% kể từ 1/1/2006. Tuy nhiên, việc đánh thuế đối với thu nhập từ CNCK của tổ chức nước ngoài không thường trú còn tồn tại bất cập. Hiện nay, Thông tư 60/2012/TT-BTC ngày 12/4/2012 của Bộ Tài chính hướng dẫn thực hiện nghĩa vụ thuế áp dụng đối với tổ chức, cá nhân nước ngoài kinh doanh tại Việt Nam hoặc có thu nhập tại Việt Nam (thuế nhà thầu) là cơ sở đánh thuế đối với

thu nhập từ CNCK của tổ chức kinh doanh nước ngoài không thường trú là các quỹ đầu tư nước ngoài tại Việt Nam. Đối với thu nhập từ CNCK của các tổ chức này, cơ quan thuế hiện nay không áp dụng mức thuế suất 0,1%/giá chuyển nhượng theo Điều 13 của Thông tư mà áp dụng mức thuế suất là 25%/thu nhập từ chuyển nhượng giống như các doanh nghiệp được thành lập và hoạt động theo pháp luật Việt Nam, trong khi đó lại không công nhận chi phí thực tế của các quỹ đầu tư nước ngoài đã bỏ ra trong quá trình đầu tư như chi phí nhân sự, chi phí luật sư, chi phí đi lại... khiến cho mức thuế thực tế phát sinh trong quá trình đầu tư mà họ phải đóng lên đến 50-60%¹⁴. Việc áp dụng mức thuế suất như trên đối với quỹ đầu tư chứng khoán nước ngoài chưa gắn với nguyên tắc trung lập trong đánh thuế cũng như chưa tính đến đặc thù của loại hình quỹ đầu tư dưới hình thức hợp đồng.

Nếu áp dụng tương tự Nghị định 122/2011/NĐ-CP ngày 27/12/2011 sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định 124/2008/NĐ-CP về cách xác định thu nhập từ CNCK đối với pháp nhân thì “các chi phí liên quan trực tiếp đến việc CNCK” phải được khấu trừ (Khoản 3 (b) Điều 6 Nghị định 122). Sự không rõ ràng về áp dụng quy định về khấu trừ chi phí đối với quỹ đầu tư nước ngoài cho thấy sự thiếu nhất quán trong áp dụng pháp luật do thiếu quy định pháp luật về cho phép áp dụng tương tự pháp luật trong đánh thuế và bảo đảm quyền lựa chọn phương pháp tính thuế.

Trong trường hợp áp dụng chế độ thuế khoán đối với thu nhập từ CNCK là 0,1%/doanh thu (giá chuyển nhượng) theo Thông tư 60/2012/TT-BTC, thực chất vẫn đề khấu trừ chi phí không đặt ra nhưng cũng cần ghi nhận trong Luật thuế TNDN hoặc Luật thuế TNCN để làm cơ sở cụ thể hóa trong các văn bản dưới luật, tránh tình trạng lựa chọn áp dụng phương pháp tính thuế của cơ quan thuế chưa có cơ sở pháp lý thuyết phục.

14 Tham khảo bài “Thuế chứng khoán: Cần trực diện gỡ khó từ thực tế” Tường Vi, Đầu tư chứng khoán ngày 6/9/2013 tr. 8.

Còn nhà đầu tư cá nhân có thu nhập từ CNCK có thể lựa chọn phương pháp kê khai nộp thuế: (i) với thuế suất là 20% đối với thu nhập từ CNCK hoặc (ii) thuế suất 0,1% trên giá chuyển nhượng (Điều 23 Luật thuế TNCN). Mặc dù có nhiều ý kiến về sự bất hợp lý của việc áp dụng phương thức đánh thuế 0,1%/giá chuyển nhượng theo Luật thuế TNCN 2007 nhưng Luật thuế TNCN sửa đổi năm 2012 không có quy định sửa đổi về vấn đề này. Phương thức đánh thuế 0,1%/giá bán chứng khoán hiện nay đang được các nhà đầu tư lựa chọn do không xác định được chính xác chi phí phát sinh trong quá trình đầu tư để áp dụng phương thức đánh thuế 20%/tổng thu nhập. Về bản chất, khoản thuế từ CNCK xác định trên giá bán được đặt ra chưa phù hợp với nguyên tắc đánh thuế thu nhập đó là chỉ đánh thuế khi cá nhân có thu nhập đạt tới ngưỡng nhất định. Sự lựa chọn phương thức khoán thuế chỉ nên coi là giải pháp tình thế để chống thất thu ngân sách nhà nước.

Với bất cập như trên, có thể nói, đánh thuế đối với CNCK chưa gắn với bản chất thuế thu nhập, công cụ thuế này chưa trở thành công cụ khuyến khích hoạt động đầu tư và kinh doanh chứng khoán. Trong bối cảnh suy thoái kinh tế và giao dịch chứng khoán trầm lắng như hiện nay, chỉ sử dụng phương pháp đánh thuế dựa trên thu nhập thực có và thực hiện miễn loại thuế này trong một thời hạn dài cũng cần được xem xét nhằm tác động vào tính thanh khoản của chứng khoán trên thị trường, khuyến khích các giao dịch mua bán của các tổ chức đầu tư chuyên nghiệp cũng như hỗ trợ quá trình tái cơ cấu doanh nghiệp. Việc quy định bổ sung về thuế đối với chứng khoán trong Luật thuế TNDN và Luật thuế TNCN cần được tiến hành cùng với minh bạch hóa bảo đảm quyền lợi của người nộp thuế thực hiện kê khai bù trừ thuế thu nhập từ sở hữu và CNCK trong thu nhập tổng, hoàn thuế thu nhập từ đầu tư và CNCK trong Luật Quản lý thuế.

Có thể tham khảo kinh nghiệm ở một số nước về chế độ kê khai tính thu nhập của cá nhân như sau: ở Pháp áp dụng chế độ đánh thuế chuyên nhượng cổ phần theo phương thức kê khai tổng thu nhập với mức thuế từ 21% đến 60,5% (trong đó thuế thu nhập là từ 5,5% đến 45%, còn thuế liên quan đến bảo hiểm xã hội là 15,5%). Hoa Kỳ đánh thuế Liên bang theo phương thức kê khai tổng thu nhập với 3 mức 0%, 15% và 20%, ở các bang, chẳng hạn bang New York mức thuế suất từ 4% đến 8,82%, còn thành phố mức thuế suất từ 2,55% đến 3,4% và khoản thu bổ sung bằng 14% khoản thu thuế¹⁵.

Từ bất cập nêu trên, có thể thấy pháp luật thuế TNCN và TNDN cần được bổ sung quy định về các loại chi phí được khấu trừ trong đầu tư chứng khoán. Có thể đặt ra mức khấu trừ cố định hoặc liệt kê các chi phí được trừ và giới hạn được trừ để bảo đảm quyền được khấu trừ các chi phí của người nộp thuế và minh bạch hóa quyền thu thuế của Nhà nước.

Ngoài ra, như đã đề cập, Luật Chứng khoán hiện hành bên cạnh quy định chứng khoán bằng hiện vật dưới dạng chứng chỉ, còn quy định chứng khoán phi hiện vật là hợp đồng tương lai và chỉ số giá chứng khoán. Theo xu hướng phát triển của TTCK, khi có thêm giao dịch các loại chứng khoán này sẽ thúc đẩy nhiều nhà đầu tư tham gia thị trường và làm tăng tính thanh khoản của chứng khoán trên thị trường. Hiện nay, ở nước ta, với sự nỗ lực của các Sở giao dịch chứng khoán, chỉ số VN30 bao gồm các cổ phiếu có chất lượng nhất trên Sở giao dịch chứng khoán thành phố Hồ Chí Minh (HOSE) đã được xây dựng, cùng với Bộ chỉ số HOSE – Index là những cơ sở để phát triển thị trường giao dịch nhóm chứng khoán và chỉ số giá chứng khoán. Trong điều kiện khuyến khích TTCK phát triển thì quy định về thuế thu nhập từ chuyển nhượng đối với loại chứng khoán này cũng cần phải được điều chỉnh kịp thời.

15 Nguồn: "Bảng thuế chuyển nhượng cổ phần ở một số nước phát triển", Bộ Tài chính Nhật bản, tháng 1/2010, tài từ <http://www.mof.go.jp> (主要国の株式譲渡益課税の概要2013年1月、日本財務省).

3. Kiến nghị

3.1. Pháp luật thuế thu nhập cần quy định chi tiết về đánh thuế đối với các loại chứng khoán

Có thể thấy rằng, do sự đa dạng của các loại chứng khoán và sự đa dạng của loại hình tổ chức đầu tư nên chỉ với những quy định về thuế suất, chi phí được trừ trong Luật thuế TNDN đối với thu nhập từ CNCK và quy định về thuế suất trong Luật thuế TNCN là chưa đủ cơ sở pháp lý để triển khai thực hiện. Đây là lý do cơ bản khiến cho việc xây dựng Thông tư hướng dẫn của Bộ Tài chính về chính sách thuế đối với lĩnh vực chứng khoán gặp phải vướng mắc chưa thể thông qua.

Trong bối cảnh này, Luật thuế TNDN và Luật thuế TNCN cần quy định chi tiết hơn về nguyên tắc đánh thuế đặc thù đối với các tổ chức, cá nhân kinh doanh chứng khoán, cần nhất quán trong quy định về phương thức đánh thuế thu nhập, không nên đưa ra phương thức đánh thuế khoán mà cần xây dựng các quy định về khấu trừ để bảo vệ quyền lợi của người nộp thuế. Đặc biệt, để bao quát các nguồn thu và bảo đảm công bằng trong xác định thu nhập từ sở hữu và CNCK, ngoài hoàn thiện các đạo luật, cần có hướng dẫn chi tiết về xác định thu nhập chịu thuế đối với từng loại chứng khoán, phương pháp tính thuế và quyền lợi của người nộp thuế gắn với hình thức tổ chức kinh doanh để giúp cho cơ quan thuế dễ dàng quản lý thuế còn người nộp thuế có thể giám sát hành vi thu thuế để bảo vệ quyền lợi của mình.

3.2. Xác định chủ thể và nghĩa vụ nộp thuế đối với đầu tư tín thác

Thông thường, nhà đầu tư mua chứng chỉ quỹ đầu tư do đặt niềm tin vào tính chuyên nghiệp của công ty quản lý quỹ trong quản lý và vận hành quỹ. Khuyến khích đầu tư chứng chỉ quỹ cũng chính là

tạo ra nguồn tài chính để đầu tư vào nền kinh tế một cách gián tiếp. Do lợi ích của nhà đầu tư chỉ đạt được thông qua hoạt động vận hành quỹ và quỹ chỉ xem như là một phương tiện để công ty quản lý quỹ nhận ủy thác đầu tư nên cần xác định nguyên tắc đánh thuế đối với các quỹ đầu tư theo hạng mục đầu tư. Ngoài ra, pháp luật cần quy định rõ nghĩa vụ nộp thuế của các chủ thể góp vốn và kinh doanh theo loại hình tổ chức công ty đầu tư chứng khoán hoặc theo hình thức hợp đồng với các quỹ đầu tư để tránh bất cập không đáng có. Hơn thế nữa, việc cụ thể hóa phương thức đánh thuế, điều chỉnh hợp lý mức thuế đối với hoạt động đầu tư tín thác gắn với đặc thù của quỹ đầu tư và công ty đầu tư chứng khoán có ý nghĩa quan trọng tác động vào sự phát triển ngành quản lý quỹ và hỗ trợ quá trình minh bạch hóa thông tin của các doanh nghiệp phát hành chứng khoán.

3.3. Quy định về khấu trừ chi phí

Như đã đề cập, Luật thuế TNDN và Luật thuế TNCN đều chưa quy định đầy đủ về các loại chi phí được khấu trừ trong đầu tư chứng khoán đối với cá nhân và nhất quán trong quy định phương thức đánh thuế đối với hình thức đầu tư tín thác, do vậy dẫn tới tình trạng quỹ đầu tư nước ngoài bị đánh thuế thu nhập từ CNCK theo thuế suất áp dụng đối doanh nghiệp được thành lập và hoạt động theo pháp luật Việt Nam. Ngoài ra, sự lựa chọn phương pháp áp dụng thuế suất 20% thu nhập từ chuyển nhượng đối với cá nhân nhà đầu tư không khả thi do khó xác định các chi phí phát sinh trong quá trình đầu tư. Có thể thấy những sự bất cập này đều xuất phát từ việc pháp luật chưa quy định cụ thể về các loại chi phí được khấu trừ khi xác định thu nhập chịu thuế của nhà đầu tư chứng khoán là tổ chức nước ngoài và cá nhân đầu tư nói chung.

Về nguyên tắc, có hai cách bảo đảm

quyền được khấu trừ chi phí của nhà đầu tư chứng khoán bao gồm khấu trừ cố định hoặc khấu trừ theo chi phí thực tế. Dưới góc độ quản lý thuế, nếu cơ quan thuế công nhận chi phí thực tế do người nộp thuế tự kê khai sẽ khó có thể bảo vệ quyền thu thuế của Nhà nước bởi động cơ khai tăng chi phí để tối đa hóa lợi nhuận của nhà đầu tư. Bởi vậy, Luật thuế TNCN có thể quy định về khấu trừ cố định chi phí nhằm bảo đảm sự tiện lợi trong đánh thuế cũng như buộc nhà đầu tư phải tự cân đối chi phí trong hoạt động đầu tư. Nếu Luật thuế TNCN và các văn bản hướng dẫn thi hành xác định rõ ràng loại chi phí được trừ và mức được trừ cụ thể sẽ có thể xóa bỏ phương pháp đánh thuế khoán là 0,1%/giá trị chuyển nhượng. Còn đối với quỹ đầu tư nước ngoài khi bị áp dụng thuế suất 25% như trước (hoặc 22% áp dụng từ 1/1/2014) với khoản khấu trừ cố định cũng có thể chấp nhận đầu tư khi cân đối được thu chi thay vì bị cơ quan thuế áp đặt tính thuế như hiện nay.

3.4. Về miễn giảm thuế thu nhập từ sở hữu và CNCK

Ở nước ta, việc miễn thuế có thời hạn đối với thu nhập từ sở hữu chứng khoán đã được thực hiện từ ngày 01/8/2011 đến ngày 31/12/2012 theo Nghị quyết số 08/2011/QH13 ngày 6/8/2011 của Quốc hội về ban hành bổ sung một số giải pháp về thuế nhằm tháo gỡ khó khăn cho doanh nghiệp và cá nhân. Tuy nhiên, chính sách ưu đãi ngắn hạn này chưa có tác động tích cực đến sự phục hồi của TTCK. Trong bối cảnh nhiều công ty niêm yết kinh doanh không có lãi, thậm chí còn thua lỗ dẫn đến hủy niêm yết và giải thể, chính sách ưu đãi thuế “dài hơi” cần được áp dụng để khuyến khích các nhà đầu tư tham gia thị trường, hỗ trợ cho quá trình tái cơ cấu của doanh nghiệp.

Với nguyện vọng phát triển ngành quản lý quỹ tạo ra kênh huy động vốn và đầu tư vào nền kinh tế, các công ty quản lý quỹ kiến nghị cần sớm miễn thuế đối với lợi tức được chia từ quỹ đầu tư, hoặc áp dụng thuế suất từng phần cho từng khoản thu nhập, giảm 50% thuế chuyển nhượng chứng chỉ quỹ (0,05%) cho tổ chức đầu tư nước ngoài và cá nhân; miễn thuế đối với lợi tức được chi từ quỹ trái phiếu hoặc áp dụng thuế suất 5% giống như trước hợp nhà đầu tư trực tiếp đầu tư vào trái phiếu¹⁶.

Do đặc thù của hoạt động đầu tư chứng khoán, cơ quan có thẩm quyền cần nhất quán quy định biện pháp ưu đãi miễn thuế dài hạn hoặc có thời hạn đối với thu nhập từ sở hữu và CNCK trong các luật thuế thu nhập, đây là giải pháp hỗ trợ đầu tư trực tiếp hoặc gián tiếp trong và ngoài nước vào TTCK Việt Nam.

Bản chất của thuế là khoản nộp bắt buộc của tổ chức và cá nhân và không được hoàn trả trực tiếp. Khi các quy định pháp luật thuế đối với thu nhập từ sở hữu và CNCK hợp lý sẽ khuyến khích được sự tự nguyện kê khai nộp thuế và tuân thủ nghĩa vụ nộp thuế. Nếu pháp luật thuế không ưu tiên bảo vệ quyền của người nộp thuế và điều chỉnh phù hợp với biến động của thị trường và nền kinh tế nói chung thì công cụ thuế khó có thể sử dụng để khuyến khích hoạt động đầu tư chứng khoán. Bởi vậy, cần xem chính sách thuế và pháp luật thuế đối với chứng khoán không chỉ nhằm tạo khoản thu cho ngân sách nhà nước mà phải trở thành công cụ hữu hiệu để khuyến khích nhà đầu tư chứng khoán và duy trì thị trường chứng khoán nhằm hỗ trợ cho sự tồn tại của nền kinh tế thị trường ■

16 Tham khảo bài “Không ưu đãi thuế, quỹ mở phải...khép”, Hữu Đạo, Đầu tư Chứng khoán ngày 20/5/2013, trang 14.

Một số bất cập trong quy định về công ty cổ phần TRONG LUẬT DOANH NGHIỆP 2005

HỒ XUÂN THẮNG*

Doanh nghiệp chiếm ưu thế lớn nhất về nguồn vốn và năng lực kinh doanh chính là loại hình công ty cổ phần (CTCP), nó được thừa nhận là một phát minh của nền kinh tế thị trường, là nền tảng hình thành nên những công ty siêu quốc gia, những tập đoàn kinh tế lớn và thị trường chứng khoán. Trong pháp luật Việt Nam, loại hình CTCP xuất hiện lần đầu tiên trong Luật Công ty năm 1990, và từ đó, địa vị pháp lý loại hình này được thay đổi nhiều lần do yêu cầu của tiến trình phát triển thông qua việc ban hành văn bản luật của Quốc hội, để điều chỉnh hành vi kinh doanh của các chủ thể kinh doanh. Trong điều kiện hoàn thiện hệ thống pháp luật kinh tế theo yêu cầu hội nhập kinh tế thế giới, vấn đề đặt ra là chúng ta phải có một văn bản luật thống nhất bảo đảm quyền tự do lựa chọn loại hình, ngành nghề kinh doanh của các nhà đầu tư và doanh nhân mà không trái với quy luật phát triển kinh tế thị trường. Luật Doanh nghiệp 2005 ra đời kịp thời khẳng định vị thế pháp lý minh bạch trong quá trình quản lý doanh nghiệp của các cơ quan nhà nước cũng như đảm bảo quyền tự do kinh doanh của mọi công dân. Ngoài ra, nó còn đảm bảo tính nhất quán trong việc thể

chế hóa đường lối, chính sách của Đảng ta về địa vị pháp lý của các loại hình doanh nghiệp trong luật pháp, trong đó có loại hình CTCP. Nhưng, nhìn dưới góc độ chế định pháp lý hiện hành, loại hình CTCP - ngoài những mặt tích cực không thể phủ nhận trong nền kinh tế thị trường - vẫn có một số quy định bất cập, chồng chéo, cho nên, trong quá trình triển khai thực hiện thiếu tính thống nhất, cần thiết phải điều chỉnh kịp thời. Xin nêu một số vấn đề sau đây để minh chứng và cùng trao đổi.

Một là, đối với cổ đông phổ thông, quy định tại Điều 80 có hai vấn đề cần phải xem xét, sửa đổi:

- Khoản 1 Điều 80: “Thanh toán đủ số cổ phần đã cam kết mua trong thời hạn 90 ngày kể từ ngày công ty được cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh”. Ở đây có sự nhầm lẫn, bởi lẽ chỉ riêng các cổ đông sáng lập là phải thanh toán đủ số cổ phần phổ thông đăng ký mua trong thời hạn nói trên mà thôi. Đối với các cổ đông khác, trên nguyên tắc họ phải thanh toán đủ một lần khi đăng ký mua, nhưng không nhất thiết phải trong thời hạn 90 ngày như nói trên. Mặt khác, Khoản 4 Điều 84 cho phép công

* TS. Trường khoa Luật, Trường Đại học Sài Gòn

ty có quyền rao bán cổ phần trong thời hạn ba năm sau khi được cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh nếu các cổ đông sáng lập không đăng ký mua hết số cổ phần được quyền chào bán.

- Điểm c Khoản 5 Điều 80: “Cổ đông phổ thông phải chịu trách nhiệm cá nhân khi nhân danh công ty... thanh toán các khoản nợ chưa đến hạn trước nguy cơ tài chính có thể xảy ra đối với công ty”. Quy định này vô nghĩa và cần phải xem lại để nội dung quy định không xa lạ với thực tiễn tổ chức, hoạt động sản xuất kinh doanh của các doanh nhân và các nhà đầu tư. Bởi vì, trong thực tiễn, làm thế nào để một cổ đông phổ thông lại có thể nhân danh công ty thanh toán các khoản nợ chưa đến hạn của công ty nếu họ không phải là người có thẩm quyền trong cơ cấu quản lý CTCP đó? Thêm nữa, cổ đông phổ thông trong CTCP có thể là tổ chức kinh tế khác tham gia làm cổ đông sáng lập, chứ không hoàn toàn là chỉ có cá nhân tham gia. Nếu là một công ty thì trách nhiệm của nó không phải là trách nhiệm cá nhân được, mà thuộc về tổ chức kinh tế. Rõ ràng, khi đưa ra quy định như trên, các nhà làm luật chưa tiên lượng hết khả năng tham gia làm cổ đông sáng lập đối với CTCP, và quy định như trên thực sự trái với quy định “Cổ đông có thể là tổ chức, cá nhân; số lượng cổ đông tối thiểu là ba và không hạn chế số lượng tối đa”¹.

Hai là, vấn đề chuyển nhượng cổ phần phổ thông.

Điều 84, khoản 5 quy định: “Trong thời hạn ba năm kể từ ngày công ty được cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh, cổ đông sáng lập có quyền tự do chuyển nhượng cổ phần phổ thông của mình cho cổ đông sáng lập khác, nhưng chỉ được chuyển nhượng cổ phần phổ thông của mình cho người không phải là cổ đông sáng lập nếu

được sự chấp thuận của đại hội đồng cổ đông”.

Quy định này không rõ ràng, chồng chéo, có thể dẫn đến các giải thích sai lệch và gây khó khăn cho doanh nghiệp trong việc thực hiện các hoạt động kinh doanh. Trên thực tế, quy định này chỉ liên quan đến số cổ phần phổ thông tối thiểu 20% trong tổng số cổ phần được quyền chào bán mà các cổ đông sáng lập phải cùng nhau đăng ký mua khi đăng ký kinh doanh (quy định tại khoản 1 điều 84). Vì thế, chúng tôi kiến nghị sửa đổi *vấn đề chuyển nhượng cổ phần phổ thông* theo hướng nhất quán số cổ phần này không được tự do chuyển nhượng trong thời hạn ba năm kể từ ngày công ty được cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh. Ngoài số cổ phần tối thiểu này, cổ phần phổ thông khác của cổ đông sáng lập được tự do chuyển nhượng như đối với các cổ đông khác.

Ba là, quyền sở hữu tổng số cổ phần.

Điều 86 khoản 4 quy định: “Cổ đông sở hữu từ 5% tổng số cổ phần trở lên phải đăng ký với cơ quan đăng ký kinh doanh có thẩm quyền trong thời hạn bảy ngày kể từ ngày được tỷ lệ sở hữu đó”.

Vấn đề đặt ra là, mục đích của việc đăng ký này là gì? Phải chăng để Nhà nước kiểm soát công ty? Nếu thực sự như thế là quy định này đã vô hình trung vi phạm quyền tự chủ của doanh nghiệp được xác nhận tại khoản 1 của điều 8.

Từ việc luật quy định mỗi doanh nghiệp phải tự chịu trách nhiệm về tài sản và mọi hoạt động của doanh nghiệp mình, theo chúng tôi, nên bỏ khoản 4 quy định tại Điều 84 là phù hợp và góp phần tạo sự thông thoáng của luật, khi chính nó đã loại bỏ sự e ngại của các doanh nghiệp cũng như các nhà đầu tư.

1 Điểm b khoản 1 Điều 77 Luật Doanh nghiệp 2005.

Bốn là, mua, bán cổ phần, trái phiếu của CTCP và vấn đề thanh toán.

Điều 89 quy định: “Cổ phần, trái phiếu của CTCP có thể được mua bằng tiền Việt Nam, ngoại tệ tự do chuyển đổi, vàng, giá trị quyền sử dụng đất, giá trị quyền sở hữu trí tuệ, công nghệ, bí quyết kỹ thuật, các tài sản khác quy định tại Điều lệ công ty và phải được thanh toán đủ một lần”.

Thực tiễn cho thấy, các cổ đông sáng lập không góp đủ vốn điều lệ và phải rao bán cổ phần sau khi đăng ký kinh doanh là khá phổ biến và đây là một khó khăn trong việc bán các cổ phần, trái phiếu của công ty. Đại hội đồng thành lập chỉ có thể được triệu tập để thiết lập cơ cấu quản lý đầu tiên của công ty khi toàn bộ cổ phần của công ty đã được đăng ký mua. Đối với công ty có vốn điều lệ lớn, nếu buộc người mua cổ phần phải thanh toán đủ một lần khi đăng ký mua thì thời gian rao bán có thể kéo dài và việc triệu tập đại hội đồng thành lập sẽ bị đình trệ, gây thiệt hại cho cổ đông và công ty.

Tham chiếu Luật Kinh doanh của Liên bang Nga² và luật của các quốc gia khác, người mua cổ phần không bắt buộc phải thanh toán giá tiền ngay một lần, mà có thể trả trước 50%, số tiền còn lại sẽ thanh toán trong thời hạn quy định tại phiếu đăng ký mua; mọi việc thanh toán chậm trễ sẽ phải chịu lãi và người nào thanh toán không đúng hạn sẽ bắt buộc phải bồi thường thiệt hại cho công ty (nếu có). Như vậy, đại hội đồng sáng lập vẫn có thể được triệu tập ngay sau khi toàn bộ cổ phần của công ty đã được đăng ký mua, mặc dù chưa thanh toán đủ.

Từ kinh nghiệm đó, theo chúng tôi, không nên quy định “phải được thanh toán đủ một lần” như đã quy định trong Điều 86, mà nên chia việc thanh toán làm nhiều giai đoạn khác nhau, nếu việc thanh toán bị

chậm trễ thì bắt buộc phải chịu lãi và người nào thanh toán không đúng hạn sẽ phải bồi thường thiệt hại cho công ty (nếu có). Làm như vậy “quyền phát hành chứng khoán các loại để huy động vốn”³, cũng như mọi hoạt động liên quan đến chế độ vốn và quản lý tài chính đối với loại hình CTCP sẽ thông thoáng để đạt hiệu quả cao.

Năm là, Luật Doanh nghiệp 2005 xác định vốn điều lệ trong CTCP còn khá sơ sài, thiếu chính xác, thiếu thực tế, gây khó khăn trong việc tổ chức quản lý doanh nghiệp.

Về mặt lý luận, người ta thừa nhận CTCP là loại hình công ty “mở”. Bởi vậy, vốn điều lệ của công ty cũng phải được xác định từ đầu và rõ ràng phải được ghi vào trong điều lệ của công ty. Nhưng có sự khác biệt giữa vốn điều lệ của CTCP và vốn điều lệ của công ty TNHH, nếu như vốn điều lệ của công ty TNHH là một con số “thực” thì vốn điều lệ trong CTCP khi mới thành lập công ty có phần nào đó mang tính “ảo”. Cụ thể, Điều 84 Luật Doanh nghiệp quy định: “Các cổ đông sáng lập phải cùng nhau đăng ký mua ít nhất 20% tổng số cổ phần phổ thông được quyền chào bán và phải thanh toán đủ số cổ phần đã đăng ký mua trong thời hạn chín mươi ngày, kể từ ngày công ty được cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh”. Điều này có nghĩa là, nếu như vốn điều lệ của công ty là một tỷ đồng thì theo yêu cầu của Điều 84 Luật Doanh nghiệp, các cổ đông sáng lập chỉ cần góp hoặc cam kết góp 200 triệu đồng (giả định rằng, công ty chỉ phát hành cổ phần phổ thông) mà không phải là toàn bộ số vốn điều lệ. Như vậy, ta thấy có một khoảng cách giữa số vốn điều lệ của công ty và phần vốn mà các cổ đông sáng lập đăng ký mua. Phần vốn còn thiếu không phải là kết quả của một toan tính gian dối trong quá trình vi phạm pháp luật về đăng ký kinh doanh, mà nó trở thành một

2 A.P.Cô-chét-cốp, *Nước Nga trước thềm thế kỷ 21*, NXB Chính trị Quốc gia, H., 2004.

3 Quy định tại khoản 3 Điều 77 Luật Doanh nghiệp 2005.



quyền đặc trưng của CTCP trong việc huy động vốn bằng hình thức *bán cổ phần có quyền chào bán*. Nói cách khác, các cổ đông sáng lập “kê khai” vốn của công ty là một tỷ đồng và đã được Nhà nước (cơ quan đăng ký kinh doanh) ghi nhận vào giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh, nhưng các cổ đông không thực hiện hết thì phần vốn còn thiếu cũng đã được nhìn nhận là một phần không tách rời của số vốn kê khai ở trên. Và việc huy động phần vốn còn “thiếu” kia là có thời hạn. Giới hạn luật định trong trường hợp này là ba năm kể từ ngày công ty được cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh. Sau ba năm mà công ty không huy động đủ số vốn đã đăng ký thì công ty phải giảm vốn điều lệ tương ứng với phần vốn mà công ty thực tế huy động được.

Nhưng trong trường hợp, nếu chưa góp đủ số vốn cam kết mà công ty đã quyết định chuyển đổi sang các loại hình doanh nghiệp khác, thì có được chuyển đổi không? Nếu cho phép chuyển đổi thì vốn điều lệ của công ty chuyển đổi được xác định trên cơ sở nào và quyền của người thứ ba được pháp luật bảo vệ như thế nào? Câu trả lời này vẫn chưa được giải đáp cụ thể. Trong khi đó, khoản 6 Điều 4 Luật Doanh nghiệp 2005 lại đưa ra khái niệm về vốn điều lệ khá sơ sài như sau: “Vốn điều lệ là số vốn do các thành viên, cổ đông góp hoặc cam kết góp trong

một thời hạn nhất định và được ghi vào Điều lệ công ty”. Có thể nói, khái niệm này làm cho việc xác định vốn điều lệ rất mơ hồ, khó có thể xác định được một cách chính xác. Mặt khác, trước khi Nghị định 43/2010/NĐ-CP ngày 15/04/2010 của Chính phủ về đăng ký doanh nghiệp có hiệu lực và khoản 4 Điều 40 Nghị định này quy định: “Vốn điều lệ CTCP không bao gồm giá trị của số cổ phần được quyền chào bán”, cơ quan có thẩm quyền cấp giấy chứng

nhận đăng ký kinh doanh cho CTCP vẫn xác định vốn điều lệ bằng 100% số cổ phần chào bán chứ không xem xét tỷ lệ số vốn thực tế các cổ đông mua là bao nhiêu. Thêm nữa, khi giải quyết tranh chấp về quyền biểu quyết, tòa án cũng chỉ quan tâm đến số cổ phần mà cổ đông sáng lập cam kết mua hoặc số cổ phần mà cổ đông đang sở hữu mà thôi. Điều này cho ta thấy ranh giới giữa phần vốn góp (đăng ký ban đầu) và số cổ phần đang sở hữu của các cổ đông sáng lập trong loại hình này không được quy định rõ ràng và chặt chẽ, từ đó dễ phát sinh mâu thuẫn trong nội bộ doanh nghiệp, gây nhiều cản trở khó khăn cho doanh nghiệp trong quá trình hoạt động kinh doanh nhằm mục đích sinh lời. Và trên thực tế, các mâu thuẫn này đã phát sinh khá nhiều.

Tóm lại, những thành tựu trong việc thực thi các quy định về loại hình CTCP trong Luật Doanh nghiệp 2005 đến nay đã chứng minh sự mạng của CTCP. Và Luật Doanh nghiệp 2005 đã có các quy định rất khoa học, phù hợp với khả năng thích ứng và hội nhập nền kinh tế thị trường theo định hướng xã hội chủ nghĩa của nước ta. Nhưng còn những quy định chưa phù hợp, đã được khẳng định nhiều lần trong thực tiễn, cần thiết phải được sửa đổi, bổ sung, nhằm hoàn thiện khung pháp lý đối với loại hình doanh nghiệp này ở nước ta trong giai đoạn tới ■

Trách nhiệm “người quản lý” theo luật công ty Việt Nam

LÊ ĐỨC NGHĨA*

Trong nội bộ công ty luôn tồn tại nguy cơ xung đột về lợi ích giữa một bên là cổ đông với tư cách người sở hữu vốn và một bên là người quản lý điều hành công ty với tư cách người trực tiếp quản lý sử dụng vốn, tài sản của công ty¹. Các cổ đông, bất kể là cổ đông lớn hay nhỏ, đều phải đối mặt vấn đề rủi ro về quản trị công ty² (QTCT), có thể họ bị “bóc lột” bởi những người quản lý điều hành công ty³. Nhiều công trình nghiên cứu đã thừa nhận, quan hệ giữa cổ đông và người quản lý công ty là mối quan hệ đại diện⁴. Các chủ sở hữu công ty đều phải lựa chọn, bổ nhiệm người quản lý, khai thác tài sản của mình để sinh lợi, nếu

họ đặt niềm tin không đúng chỗ, kẻ được tin cậy, được giao quản lý tài sản lại thiếu sự trung thành và mẫn cán thì việc thua lỗ, mất tài sản đầu tư là điều khó tránh khỏi.

Theo quan điểm một số học giả, mâu thuẫn này xuất phát từ bản chất tự nhiên, người quản lý công ty, cho dù họ là cổ đông, thành viên của công ty hay không, thì đều có rất nhiều cơ hội để tư lợi cho riêng mình hay cho người mà mình mong muốn. Có rất nhiều cách thức mà người quản lý công ty có thể kiếm chác, tư lợi từ doanh nghiệp mình quản lý, thậm chí có thể bằng cách thức hợp pháp (công khai), chẳng hạn thông

* **Chuyên viên pháp lý (Associate) tại Công ty Luật TNP.**

1 Thuật ngữ “Người quản lý” trong Bài viết này tập trung vào các thành viên Hội đồng quản trị Công ty cổ phần (Khoản 13 Điều 4 Luật Doanh Nghiệp 2005)

2 Theo tổ chức Hợp tác và Phát triển kinh tế (OECD): Quản trị công ty là những biện pháp nội bộ để điều hành và kiểm soát công ty... liên quan đến tới các mối quan hệ giữa Ban giám đốc, Hội đồng quản trị và các cổ đông của một công ty với các bên có quyền lợi liên quan. Theo đó quản trị công ty chỉ được xem là hiệu quả khi khích lệ được Ban giám đốc và Hội đồng quản trị theo đuổi các mục tiêu vì lợi ích của công ty và các cổ đông.

Tóm lại, quản trị công ty là hệ thống các quy tắc nhằm đảm bảo cho công ty được định hướng điều hành và kiểm soát một cách hiệu quả nhất vì quyền lợi cổ đông và những người liên quan.

OECD Principles of Corporate Governance (2004)

http://www.oecd.org/topic/0,3699,en_2649_34813_1_1_1_1_37439,00.html

3 Phạm Duy Nghĩa; Chuyên khảo Luật kinh tế; NXB Đại học Quốc gia Hà Nội, tr 334-335.

4 Bùi Xuân Hải, Học thuyết về đại diện máy vấn đề của pháp luật công ty Việt Nam, Tạp chí Khoa học pháp lý, số 04/2007.

qua các giao dịch, hợp đồng với những người không có liên quan, hay tiết lộ thông tin cần bảo mật của công ty cho người khác; hoặc thông qua mối quan hệ mang tính chất đổi chác (có đi có lại) mà người quản lý công ty sử dụng để tư lợi, có thể là vật chất hay phi vật chất, mặc dù họ không hề có mối quan hệ chính thức về nhân thân hay góp vốn⁵. Bởi thế, pháp luật công ty của các nước đều có những quy định chặt chẽ về trách nhiệm, bổn phận của người quản lý công ty, mà ở đó **nghĩa vụ cẩn trọng, trung thành** luôn đặt lên hàng đầu.

Vấn đề đặt ra, bằng cách nào để ngăn chặn, hạn chế hành vi tư lợi của họ hoặc dung hòa mẫu thuẫn này. Trong phạm vi bài viết, chúng ta cùng so sánh trách nhiệm người quản lý – các thành viên trong Hội đồng quản trị (HĐQT) công ty cổ phần theo pháp luật Việt Nam (Luật Doanh nghiệp - LDN - năm 2005), với Luật mẫu hiệu chỉnh công ty của Mỹ (Revised Model Business Corporation Act – “RMBCA”) lồng ghép bản án thực tế...

1 . Trách nhiệm người quản lý công ty theo pháp luật Mỹ (RMBCA)

RMBCA đòi hỏi người quản lý công ty (thành viên Hội đồng giám đốc)⁶ khi làm việc phải chu toàn hai nghĩa vụ cơ bản: cẩn thận và trung thành - gọi chung là “fiduciary duty”, tức là phải có một lòng thành, tin tưởng, giữ bí mật và trung thực của một người có nghĩa vụ (như luật sư, nhân viên

của công ty) đối với với người hưởng lợi (như thân chủ của luật sư, công ty), phải hành động với sự trung thành và liêm khiết cao độ nhất. Người quản lý khi vi phạm “fiduciary duty” nói chung phải bồi thường thiệt hại⁷. Người được hưởng lợi thường không phải là cổ đông hay nhóm cổ đông đi kiện mà là Công ty.

1.1. Nghĩa vụ cẩn thận.

Nội dung của nghĩa vụ này của người quản lý (thành viên Hội đồng giám đốc) phải tìm hiểu mọi thông tin có liên quan và chứng tỏ rằng họ đã cân nhắc mọi khả năng lựa chọn trước khi ra quyết định, cụ thể theo Điều 8.30(a) RMBCA đưa ra điều kiện để người quản lý hoàn thành nghĩa vụ cẩn thận:

(1) Có lòng thành, sự cẩn thận mà một người bình thường cũng sẽ làm khi ở vị trí đó trong các tình huống tương tự;

(2) Theo cách thức mà người đó tin tưởng một cách hợp lý rằng hành động đó là vì lợi ích tốt nhất cho công ty.

Tất cả các điều kiện trên không có một chuẩn mực hay thước đo chung nào mà tùy thuộc vào lương tri của người đánh giá⁸. Để hỗ trợ cho nghĩa vụ này, án lệ trong pháp luật Mỹ đã đưa ra quy tắc “**phán đoán trong kinh doanh**” (business judgement rule)⁹. Quy tắc này phản ánh những nguyên tắc rất căn bản trong kinh doanh, xoay quanh vấn đề khi đưa ra quyết định của người quản lý phải:

5 Theo Ts Bùi Xuân Hải: "... các lợi ích này có thể là việc nhận tiền hoa hồng từ các hợp đồng, hay việc cùng đi ăn nhậu, đi du lịch, thậm chí quan hệ tình cảm, trao đổi việc làm cho người thân, cấp học bổng du học cho người thân..." - Luật Doanh Nghiệp – Bảo vệ cổ đông pháp luật và thực tiễn 2011, NXB Chính trị Quốc gia, tr.149.

6 Hội đồng giám đốc trong pháp luật Mỹ tương đương cơ quan Hội đồng quản trong Công ty cổ phần tại Việt Nam.

7 Nguyễn Ngọc Bích, Nguyễn Đình Cung (2009); Công Ty Vốn, Quản Lý Và Tranh Chấp Theo luật Doanh Nghiệp 2005, tr. 404 "... thành viên Hội đồng giám đốc có thể chịu trách nhiệm cá nhân khi vi phạm vào nghĩa vụ cẩn thận và trung thành, không đáp ứng các yêu cầu nào đó của luật pháp (thường là luật của liên bang về chứng khoán)..."

Thomas White & James Greig Sarbanes-Oxley Act of 2002, International Business Lawyer, November, 2002, tr.416 "... thành viên Hội đồng giám đốc có thể truy cứu trách nhiệm hình sự với những hành vi như: Chứng nhận báo cáo sai, lừa đảo chứng khoán, lừa đảo cơ quan tư pháp..."

8 Nguyễn Ngọc Bích, Nguyễn Đình Cung (2009); tđđ note 7, tr. 381.

9 <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Business+Judgment+Rule>
<http://scholar.valpo.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1312&context=vulr>

(i) Có sự thành tâm, cẩn thận mà một người bình thường cũng làm trong hoàn cảnh tương tự và;

(ii) Có sự tin tưởng, hay một cơ sở căn cứ trên sự hợp lý rằng quyết định đưa ra phải vì lợi ích tốt nhất cho công ty.

Điều này diễn giải trong vụ kiện *Russell P. Miller v. American Telephone & Telegraph Company* (sau đây gọi là AT&T)¹ được tóm tắt và phân tích dưới đây:

Thành viên Hội đồng giám đốc (công ty AT&T) đã không thu hồi số nợ sau khi cung cấp dịch vụ viễn thông cho Đảng Dân chủ, khoảng 1,5 triệu USD trong thời kỳ Đại hội Đảng Dân chủ. Trong vụ kiện này, bị đơn là các thành viên Hội đồng giám đốc với đại diện là ông Miller. Nguyên đơn là cổ đông (của AT&T) đã phát đơn khởi kiện nhân danh công ty. Nguyên đơn cho rằng: Không ai trong số nhân viên công ty hay thành viên Hội đồng giám đốc đã có hành động nào đó để thu hồi số nợ từ ngày 20/08/1968 là ngày phát sinh số nợ cho đến ngày 31/03/1972, do đó vi phạm nghĩa vụ của thành viên Hội đồng giám đốc vì đã không kiên trì, cẩn mẫn trong quản lý, điều hành công ty. Ngược lại, bị đơn viện dẫn quy tắc “phán đoán trong kinh doanh” cho rằng: Hành vi chậm trễ thu tiền của họ là có cơ sở và phù hợp lợi ích chung của công ty. Câu hỏi đặt ra cho Tòa là trì hoãn thu hồi nợ khi đã cung cấp dịch vụ viễn thông cho Đảng Dân chủ có phải là vi phạm nghĩa vụ cẩn thận? Cuối cùng, Tòa án phán quyết rằng việc không thu hồi nợ 1,5 triệu USD đã vi phạm nghĩa vụ này đối với cổ đông và vì vậy lý do để khởi kiện hoàn toàn chính xác.

1.2. Nghĩa vụ trung thành.

Nghĩa vụ trung thành đặt ra khi người quản lý (thành viên Hội đồng giám đốc) phải đối mặt với trường hợp xung đột lợi ích

trong giao dịch giữa công ty và thành viên đó, hoặc trường hợp có cơ hội kinh doanh mà cả công ty lẫn thành viên đó đều quan tâm. Ví dụ, ông A là thành viên một công ty đầu tư tài chính C, công ty C đăng ký mua 25% cổ phần của công ty B, và ông A được đề cử làm Chủ tịch Hội đồng giám đốc kiêm CEO của công ty B. Khi công ty B gặp khó khăn về vốn, với vai trò của mình tại công ty B, ông A suy nghĩ, định hướng hoạt động công ty cần phải có chính sách gia tăng đầu tư vốn, hoặc huy động vốn từ các cổ đông. Nhưng ông B không thể đề nghị cơ quan chủ quản (công ty C) chấp thuận, vì công ty B đang gặp khó khăn nhất định và rất rủi ro. Điều này nảy sinh xung đột lợi ích trong suy nghĩ của ông A.

Như vậy, công ty có thể gặp bất lợi do thành viên trong Hội đồng giám đốc mang tiếng nói quyết định trong công ty. Tuy nhiên, không phải lúc nào công ty cũng chịu thiệt thòi, vì trong nhiều trường hợp, giao dịch có thể diễn ra công bằng và công ty hưởng lợi nhiều hơn là khi giao kết với người ngoài. Trong thực tế, người quản lý đó có thể dành cho công ty những điều khoản thuận lợi trong hợp đồng hơn, hoặc cho công ty vay vốn trong lúc công ty không thể mượn ở bất cứ đâu. Do đó, xung đột lợi ích không là yếu tố đương nhiên làm vô hiệu giao dịch. Theo RMBCA quy định, giao dịch sẽ không bị vô hiệu nếu đáp ứng một trong những điều kiện sau đây:

(1) Được thông qua hoặc được phê chuẩn bởi thành viên Hội đồng giám đốc, sau khi đã được giải trình đầy đủ và biểu quyết không có sự tham gia của thành viên liên quan lợi ích từ giao dịch đó;

(2) Được thông qua hoặc phê chuẩn bởi các cổ đông (không có sự tham gia số cổ đông thuộc quyền sở hữu hay được được

10 <http://openjurist.org/507/f2d/759/miller-v-american-telephone-and-telegraph-company>

biểu quyết dưới sự kiểm soát của người quản lý đó);

(3) Giao dịch là “công bằng”.

Ở đây, chúng ta hiểu rằng các điều kiện (1) và (2) đã bao gồm yếu tố công bằng, loại trừ yếu tố lãng phí, lừa dối hay lạm quyền. Những điều kiện đó cũng áp dụng cho các giao dịch giữa hai công ty mà thành viên Hội đồng giám đốc của công ty này cũng là thành viên Hội đồng giám đốc của công ty kia¹¹.

Mặt khác, theo các án lệ Tòa án Mỹ, các Thẩm phán dựa vào quy tắc “**cơ hội kinh doanh**” thuộc về công ty (corporate opportunity rule)¹² phán xét nghĩa vụ trung thành. Thuyết này đặc biệt quan trọng vì trong thực tế, người quản lý hoàn toàn có khả năng lợi dụng danh nghĩa, nguồn lực của công ty để tiếp cận với các đối tác nhằm trục lợi cho riêng mình. Thuyết cơ hội kinh doanh nhấn mạnh vì người quản lý có nghĩa vụ trung thành đối cổ đông nên công ty là ưu tiên hàng đầu đối với mọi cơ hội kinh doanh và lợi nhuận gắn liền với thương vụ kinh doanh đó. Vụ kiện *Guth v. Loft, Incorporated* (1939) là một ví dụ điển hình cho thuyết cơ hội kinh doanh thuộc về công ty¹³, cụ thể:

Công ty Loft kiện ông Guth (CEO của Loft) đã ký hợp đồng mua 91% cổ phần công ty Pepsi-Cola (trên tư cách cá nhân) và ông Guth còn mượn các tiện ích công nghệ, nhân viên, vốn của công ty Loft để phục vụ thực hiện giao dịch này. Công ty Loft cho rằng, ông Guth đã vi phạm nghĩa vụ trung thành vì đáng lẽ ra ông Guth phải ký hợp đồng với đối tác Pepsi-Cola nhân danh công ty. Ngược lại, Guth phản bác rằng mình đã đề nghị cơ hội ký kết với Pepsi-Cola cho

Hội đồng giám đốc của Loft nhưng họ đã bỏ qua. Ông nói rằng họ đã đồng ý cho mình sử dụng các tiện ích và nguồn lực của Loft, nhưng không có văn bản nào ghi lại hành động này trong cuộc họp Hội đồng giám đốc hay bất cứ tài liệu chứng minh nào khác. Câu hỏi đặt ra cho Tòa là liệu Guth có vi phạm nghĩa vụ trung thành với Công ty hay không, khi không đề nghị cơ hội mua lại Pepsi-Cola trước khi tự mình đứng ra mua nó? Và Tòa án phán quyết rằng, ông ta đã vi phạm nghĩa vụ trung thành vì cơ hội mua Pepsi-Cola thuộc về Loft trước. Tòa cũng giải thích rằng các nhân viên, thành viên Hội đồng giám đốc của công ty không được phép sử dụng vị trí được tin cậy của mình để thu lợi riêng. Vụ việc cho thấy hành vi Guth dành cơ hội mua Pepsi-Cola cho mình đã đặt ông vào tình trạng cạnh tranh, từ đó dẫn đến xung đột lợi ích với Công ty.

Có thể thấy, nghĩa vụ cẩn thận, trung thành đều quy định cụ thể và giải thích chi tiết trong pháp luật công ty Mỹ. Điều đặc biệt là tất cả quy định đều chỉ mang tính ước lệ, không có một thước đo rõ ràng như thế nào là vi phạm và không vi phạm... Tuy nhiên, thẩm phán của Mỹ đã kết hợp những nguyên tắc như phán đoán trong kinh doanh, cơ hội kinh doanh để phán xét. Từ đó tạo ra những án lệ được coi là khuôn mẫu trong thực tiễn giải quyết tranh chấp liên quan đến trách nhiệm của người quản lý.

2. Trách nhiệm của người quản lý công ty theo quy định pháp luật Việt Nam

Người quản lý công ty mà cụ thể ở đây là thành viên HĐQT do các cổ đông bầu, thuê và miễn nhiệm. Do vậy, HĐQT và thành viên HĐQT có trách nhiệm, nghĩa vụ đối với toàn thể cổ đông và hoạt động vì lợi

11 Robert A.G Monks & Nell Minow (1995), *Corporate Governance*, Blackwell, Cambridge, tr.321-322.

12 <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/corporate+opportunity>

13 *Guth v. Loft, Incorporated* (1939), (nguồn: <http://www.sba.pdx.edu/faculty/maggief/GuthLoft.pdf>).

ích của công ty. Trước tiên chúng ta phải xem xét trách nhiệm của HĐQT, sau đó đi sâu hơn vào phân tích về trách nhiệm của thành viên HĐQT, cụ thể Điều 108.4 LDN 2005 quy định: “*HĐQT khi thực hiện chức năng và nhiệm vụ của mình, phải tuân thủ đúng quy định của pháp luật, Điều lệ công ty và Quyết định của Đại hội đồng cổ đông. Trong trường hợp Quyết định do HĐQT thông qua trái với quy định của pháp luật hoặc Điều lệ công ty, gây thiệt hại cho công ty thì các thành viên chấp thuận thông qua quyết định đó phải cùng liên đới chịu trách nhiệm cá nhân về quyết định đó và phải đền bù thiệt hại cho công ty; thành viên phản đối thông qua quyết định nói trên được miễn trừ trách nhiệm. Trong trường hợp này, cổ đông sở hữu cổ phần của công ty liên tục trong thời hạn ít nhất một năm có quyền yêu cầu HĐQT đình chỉ thực hiện quyết định nói trên*”. Bên cạnh đó, trách nhiệm của HĐQT trong các công ty đại chúng được quy định chi tiết thêm như¹⁴: Công ty đại chúng xây dựng cơ cấu QTCT đảm bảo HĐQT có thể thực thi nhiệm vụ và chịu trách nhiệm đảm bảo hoạt động của công ty tuân thủ các quy định của pháp luật và Điều lệ công ty, đối xử bình đẳng đối với tất cả cổ đông và quan tâm tới lợi ích của người có quyền lợi liên quan đến công ty.

Các nhà lập pháp Việt Nam đã đưa chuẩn mực chung về trách nhiệm của HĐQT gắn vào trách nhiệm riêng biệt của từng thành viên HĐQT, cụ thể tại Điều 199 LDN 2005:

(i) Thực hiện các quyền và nhiệm vụ được giao một cách trung thực, cẩn trọng, tốt nhất nhằm bảo đảm lợi ích hợp pháp tối đa của công ty và cổ đông của công ty (*sau đây gọi là nghĩa vụ trung thực cẩn trọng*);

(ii) Trung thành với lợi ích của công ty và cổ đông của công ty, không sử dụng thông tin, bí quyết, cơ hội kinh doanh của công ty, lạm dụng địa vị, chức vụ và tài sản của công ty để tư lợi hoặc phục vụ lợi ích của tổ chức, cá nhân khác (*sau đây gọi là nghĩa vụ trung thành*).

2.1. Nghĩa vụ trung thực, cẩn trọng

Nghĩa vụ trung thực, cẩn trọng của người quản lý xuất hiện đầu tiên trong LDN năm 1999¹⁵. Tại thời điểm đó, các nhà lập pháp Việt Nam đã “vay mượn” các nghĩa vụ (duties) của các thành viên Hội đồng giám đốc trong luật Anh - Mỹ, được xem là một quy định tiến bộ¹⁶. LDN 2005 được ban hành, cùng với Quy chế QTCT đã kế thừa nghĩa vụ này.

Về lý luận, nghĩa vụ “trung thực cẩn trọng” của người quản lý, từ khi được ghi nhận trong văn bản pháp luật (LDN1999 và LDN 2005) đều không được định nghĩa hay giới hạn một cách rõ ràng. Mặc dù theo một số học giả Việt Nam, nội hàm nghĩa vụ này cũng đã tiệm cận pháp luật phương Tây, như “...để hiểu nội hàm này thì người ta phải so sánh với mức độ cẩn trọng trung thực mà một người quản lý thực hiện một nghĩa vụ bình thường của mình trong một tình huống tương tự”¹⁷. Một quy định pháp luật tồn tại hơn năm (05) năm trong lĩnh vực thương

14 Thông tư 121/2012/TT-BTC quy định về Quản trị Công ty áp dụng cho các Công ty Đại chúng.

15 Khoản 1 điều 86, LDN 1999: Thành viên Hội đồng quản trị phải “Thực hiện các quyền và nhiệm vụ được giao một cách trung thực, cẩn trọng vì lợi ích của công ty và cổ đông của công ty”.

16 Bùi Xuân Hải, Người quản lý công ty theo luật doanh nghiệp 1999 nhìn từ góc độ so sánh (nguồn: http://luatvadoanhnh.com/law_club.php?id=48).

17 Nguyễn Ngọc Bích, Nguyễn Đình Cung (2009); *tlđđ note 6*, tr. 332.

Phạm Trí Hùng – Nguyễn Trung Thăng, CEO & Hội đồng quản trị; NXB Tổng hợp Tp.HCM, (2009); tr.126.

Bùi Xuân Hải; Học thuyết về đại diện và mấy vấn đề của pháp luật công ty Việt Nam; Tạp chí KHPL; số 4/2007 (nguồn: <http://luathoc.cafeluat.com/showthread.php/26646-Hoc-thuyet-ve-dai-dien-va-may-van-de-cua-PLCTVN>)

mại kinh doanh, có ảnh hưởng quan trọng thúc đẩy xã hội dân doanh nhưng lại không được hướng dẫn và áp dụng. Có thể nói, đồng thời với sự xuất hiện những ý niệm ban đầu về QTCT - du nhập vào Việt Nam vào khoảng năm 2004 - thì nghĩa vụ “trung thành cẩn trọng” bắt đầu được quan tâm một cách thích đáng hơn¹⁸. Tuy nhiên, đến thời điểm hiện nay, nghĩa vụ này vẫn còn chưa được giải thích hướng dẫn cụ thể.

Về góc độ thực tiễn, vì không có định nghĩa và hướng dẫn cụ thể nên việc áp dụng nghĩa vụ “trung thực cẩn trọng” tại các tòa án Việt Nam hầu như không xảy ra hoặc nếu có thì các thẩm phán rất “ngại”. Điển hình trong vụ tranh chấp hiểm hoi có đề cập đến nghĩa vụ trung thực cẩn trọng được phân tích dưới đây, vụ tranh chấp giữa các thành viên Công ty TNHH Thủy Tiên O.K.Y¹⁹.

Trong vụ kiện này, ông Lê Phước (nguyên đơn là thành viên công ty) khởi kiện yêu cầu buộc ông Nguyễn Ngọc Cường (bị đơn là Chủ tịch Hội đồng thành viên công ty) phải công khai sổ sách kế toán và chia lợi nhuận cho mình năm (05) tỷ, vì theo ông Phước, trong vòng hai năm, ông Cường đã không phân chia lợi nhuận, tự ý ngưng hoạt động công ty, sử dụng trái phép vốn. Tòa sơ thẩm thụ lý, tuyên bác yêu cầu của ông Phước, vì tòa cho rằng trong quá trình nắm giữ chức vụ Chủ tịch Hội đồng thành viên của ông Cường, công ty kinh doanh không hiệu quả, có sự xác nhận các thành viên còn lại khác trong công ty, thể hiện qua biên bản họp Hội đồng thành viên, báo cáo quyết toán thuế đều phù hợp. Ngoài ra, tòa xác định lại tư cách bị đơn là công ty TNHH Thủy Tiên O.K.Y, vì tài sản nguyên đơn yêu

cầu chia là tài sản của công ty. Có thể nói, trong chừng mực nào đó, thẩm phán đã áp dụng nội hàm “nghĩa vụ trung thực cẩn trọng” của ông Cường khi cho rằng trong quá trình điều hành chung công ty, ông Cường đã làm việc cẩn thận, minh bạch, có sự xác nhận bằng biên bản họp với các thành viên còn lại trong công ty.

Một ví dụ khác, vụ tranh chấp về hoạt động của Công ty cổ phần súc sản xuất khẩu Thanh Hóa (2006)²⁰. Nguyên đơn là ông Phạm Xuân Dinh, là cổ đông, thành viên HĐQT kiêm Phó Tổng giám đốc công ty, bị đơn là ông Lê Quang Dinh (Chủ tịch HĐQT). Tại phiên tòa sơ thẩm, ông Phạm Xuân Dinh khởi kiện ông Lê Quang Dinh đã cùng một số thành viên HĐQT khác đã tự ý ra quyết định trái pháp luật, miễn nhiệm chức danh Phó Tổng giám đốc của mình. Tòa sơ thẩm thụ lý và đã chấp nhận yêu cầu của nguyên đơn, tuyên quyết định miễn nhiệm ông Phạm Xuân Dinh là trái pháp luật. Tuy nhiên, đến phiên tòa phúc thẩm đã sửa lại tư cách bị đơn không phải là ông Lê Quang Dinh mà đổi lại là Công ty cổ phần súc sản xuất khẩu Thanh Hóa và xử y án sơ thẩm.

Giả sử trong hai vụ tranh chấp trên, nguyên đơn khởi kiện về vi phạm nghĩa vụ trung thực cẩn trọng của Chủ tịch HĐQT thì Tòa án có thụ lý hay không? Thực tế, ngay cả bản thân các thẩm phán dường như vẫn còn ngần ngại hoặc chưa thống nhất cách hiểu “trách nhiệm cá biệt từng thành viên HĐQT - người quản lý”, bằng chứng là trong buổi tọa đàm “**Một số vướng mắc trong quá trình giải quyết tranh chấp có liên quan đến LDN năm 2005 và hướng**

18 Hội nghị Quốc tế về Quản trị Doanh nghiệp của IFC/OECD tại Việt Nam năm 2004 (nguồn: www.oecd.org/dataoecd/27/19/34646858.pdf)

19 Bản án số: 1228/2010/KDTM-ST, 18/08/2010.

20 Bản án số: 233/2006/KDTM-PT, ngày 15/11/2006.

dẫn giải quyết²¹, theo một Chánh tòa kinh tế Tòa án nhân dân tối cao (TKT TANDTC) và một Thẩm phán TKT TANDTC thì “trường hợp thành viên trong công ty khởi kiện Chủ tịch HĐQT công ty trong việc quản lý và điều hành dẫn đến vi phạm nghĩa vụ thì việc xác định tư cách bị đơn như sau: (i) nếu Chủ tịch HĐQT là đại diện pháp luật công ty thì bị đơn trong vụ kiện là công ty, (ii) nếu Chủ tịch HĐQT không phải đại diện pháp luật thì bị đơn với tư cách thành viên HĐQT”. Rõ ràng đã có sự rối rắm trong cách áp dụng giải quyết tranh chấp liên quan đến trách nhiệm của thành viên HĐQT, vì chính hành vi khởi kiện (nguyên đơn thông thường là những cổ đông, người quản lý trong công ty) trước hết nhằm bảo vệ lợi ích chính mình, xa hơn là bảo vệ lợi ích cho công ty, hành vi khởi kiện của họ hướng đến chủ thể là Chủ tịch HĐQT và pháp luật cũng đã quy định trách nhiệm của chủ thể này. Nếu theo hướng dẫn như trên thì thật mâu thuẫn khi nguyên đơn khởi kiện vì bảo vệ lợi ích chung của công ty, thì bị đơn lại chính là công ty đó.

2.2. Nghĩa vụ trung thành

Tương tự như nghĩa vụ trung thực cần trọng, các nhà lập pháp dường như “bỏ quên” cách định nghĩa và hướng dẫn áp dụng nghĩa vụ trung thành của người quản lý. Điều thú vị chúng ta có thể bắt gặp những quy định nằm rải rác trong văn bản pháp luật, mang dấu hiệu vi phạm nghĩa vụ trung thành như: “Khi xuất hiện mâu thuẫn về lợi ích phát sinh giữa thành viên và công ty, thì người quản lý nào đó có một lợi ích dưới bất

kỳ hình thức nào và từ bất kỳ nguồn nào, buộc phải đưa ra thảo luận trong HĐQT hoặc người quản lý không được sử dụng những tài sản hoặc thông tin có được từ vị trí của mình thực hiện các mục đích gián tiếp, trực tiếp đem lại lợi ích cho chính bản thân, cho người khác mà gây thiệt hại cho công ty”²². Trên thực tế, vi phạm về nghĩa vụ trung thành của thành viên HĐQT thường xuyên xảy ra, điển hình như vi phạm của các thành viên HĐQT Công ty cổ phần gốm sứ Thái Bình²³.

Trong vụ kiện của Công ty cổ phần gốm sứ Thái Bình, các thành viên đã thỏa thuận ngầm rằng: “Tháng 4/2008, tổ chức Đại hội đồng cổ đông công ty nhất trí thông qua kế hoạch tăng vốn điều lệ từ 2,5 tỷ đồng lên 5 tỷ (chia thành 500.000 cổ phần) theo phương thức phát hành cổ phiếu phổ thông để huy động vốn. Tuy nhiên, danh sách cổ đông được hưởng quyền mua cổ phần đưa ra quá nửa số người lao động chưa từng có cổ phần tại công ty, trong khi lại có ý bỏ qua nhiều cổ đông hiện hữu đang nắm tỷ lệ gần nửa số cổ phần công ty. Ngoài ra, riêng Chủ tịch HĐQT và Giám đốc được ưu ái thêm 10.000 cổ phần, kế toán trưởng được thêm 5.000 cổ phần...”. Hành vi của các thành viên HĐQT được xem vi phạm nghiêm trọng quyền lợi cổ đông hiện hữu (quyền ưu tiên mua cổ phần chào bán - khoản 1 Điều 79 LDN2005) và TAND tỉnh Thái Bình tuyên hủy nghị quyết HĐQT vì trái quy định pháp luật.

* *

*

21 Tòa án nhân dân thành phố Hồ Chí Minh, tài liệu tập huấn giải quyết tranh chấp vụ án kinh doanh thương mại (2010).

22 Điểm c, khoản 1, Điều 119 LDN 2005.

Điểm b và c, khoản 1, điều 25. Nghị định 102/2010 thay thế ND 139/2006 hdth LDN 2005.

Điều 13 Thông tư 121/2012/TT-BTC quy định về Quản trị Công ty áp dụng cho các Công ty Đại chúng.

23 Nguyễn Trung Nam, Tranh chấp giữa lợi ích của công ty và cổ đông: Tranh chấp quyền mua cổ phần (nguồn: <http://www.quantri.com.vn/index.php/lut-kinh-doanh/lut-trong-nc/961152-tranh-chp-gia-li-ich-ca-cong-ty-va-c-ong-tranh-chp-quyn-mua-c-phn>).

Tóm lại, xuất phát từ bản chất tự nhiên của mối quan hệ giữa người quản lý công ty và cổ đông trong công ty, đặc biệt là trong các công ty đại chúng có nhiều cổ đông, tất cả các cổ đông, thành viên đều phải đối mặt với các rủi ro, thiệt hại do chính những người quản lý điều hành công ty có thể gây ra. Những quy định về nghĩa vụ trung thực cần trọng và trung thành của người quản lý theo pháp luật nước ta, bắt nguồn từ sự vay mượn chế định nghĩa vụ người quản lý công ty trong pháp luật Anh - Mỹ. Tuy nhiên, đây là sự sao chép bất cập, bởi vì hai lí do: (i) những chế định về nghĩa vụ thành viên Hội đồng giám đốc được các nhà lập pháp Mỹ định nghĩa một cách cụ thể, giới hạn về

phạm vi áp dụng, trường hợp loại trừ nghĩa vụ thành viên; (ii) khi áp dụng giải quyết tranh chấp, các thẩm phán Mỹ còn kết hợp với các nguyên tắc như phán đoán trong kinh doanh, cơ hội kinh doanh, từ đó giải thích chi tiết hơn nữa cho nghĩa vụ của thành viên. Có thể thấy, lý do đầu tiên các nhà lập pháp Việt Nam dường như bỏ quên, lý do thứ hai, khi mà án lệ vẫn còn chưa có chỗ đứng trong hệ thống pháp luật Việt Nam thì việc áp dụng trách nhiệm của người quản lý thật sự không đơn giản, hệ quả là ảnh hưởng đến thực thi trách nhiệm của thành viên HĐQT (người quản lý), gián tiếp tác động hiệu quả QTCT, ảnh hưởng cuối cùng đến cổ đông ■

Kiến nghị sửa đổi ...

(Tiếp theo trang 26)

kinh tế vĩ mô, bảo đảm an sinh xã hội, ngăn chặn suy giảm kinh tế... thì cần phải có hiệu lực ngay mới đáp ứng được yêu cầu của thực tiễn. Tuy nhiên, việc sử dụng một thuật ngữ để biểu thị nhiều nghĩa, có nội hàm pháp lý khác nhau là hoàn toàn không phù hợp với nguyên tắc kỹ thuật lập pháp. Do đó, nên chăng trong Luật 2008 cần thay thế thuật ngữ “tình trạng khẩn cấp” thành “tình trạng cấp thiết” nhằm tạo ra cách hiểu thống nhất và phù hợp với nội hàm pháp lý mà thuật ngữ chuyên tải.

Cuối cùng, cần sớm ban hành một luật về ban hành VBQPPL trên cơ sở thống nhất hai Luật 2008 và Luật 2004. Hiện nay, sự tồn tại song song của hai đạo luật về ban hành VBQPPL khác nhau vừa tạo sự phân tán, vừa trùng lặp giữa các quy định về xây dựng pháp luật. Theo chúng tôi, việc hợp nhất Luật 2008 và Luật 2004 không phải quá khó khăn vì về cơ bản, phạm vi và đối tượng điều chỉnh của hai đạo luật này gần

giống nhau. Quy định về trình tự thủ tục xây dựng và ban hành VBQPPL, từ giai đoạn soạn thảo, lấy ý kiến tham gia, thẩm định và ban hành đến các giai đoạn sau khi ban hành như kiểm tra, rà soát hệ thống hóa văn bản giữa hai luật này tương đối đồng nhất. Do đó, nên xây dựng Luật Ban hành VBQPPL chung cho cả cấp trung ương và chính quyền địa phương; theo đó việc xây dựng, ban hành VBQPPL của địa phương được xây dựng thành một chương riêng, trong đó cần phân định rõ những đặc thù của chính quyền đô thị và chính quyền nông thôn để đảm bảo việc ban hành VBQPPL phù hợp với cơ chế quản lý đặc thù của từng địa phương.

Mặc dù không phải là một luật đứng trên các luật khác, nhưng với vai trò đặc biệt của mình, Luật Ban hành VBQPPL là cơ sở pháp lý quan trọng cho hoạt động xây dựng và áp dụng pháp luật. Chính vì vậy, các điều khoản trong Luật này cần được quy định một cách khái quát, chính xác nhằm đảm bảo quá trình thực hiện và áp dụng pháp luật được thống nhất ■

Giải thích pháp luật ở Úc và nhu cầu luật hóa hoạt động giải thích pháp luật ở Việt Nam

HUỶNH THỊ SINH HIỀN*

Giải thích pháp luật (GTPL) là hoạt động làm sáng tỏ tư tưởng, nội dung và ý nghĩa của các quy phạm pháp luật¹. Hoạt động GTPL, đặc biệt là giải thích luật thành văn², là một đòi hỏi tất yếu trong thực tiễn pháp lý. Là một quốc gia có truyền thống sử dụng án lệ nhưng giải thích luật thành văn ở Úc rất được chú trọng. GTPL ở Úc không những được coi là một kỹ năng pháp lý quan trọng mà ở mức độ nhất định nó còn liên quan hoạt động sáng tạo pháp luật của thẩm phán³. Kinh nghiệm về GTPL của Úc nên được chúng ta tham khảo để tiến tới xây dựng Luật GTPL nhằm phát huy hiệu quả thiết thực của hoạt động này.

1. Pháp luật Úc về giải thích luật thành văn

Hoạt động GTPL ở Úc vừa được điều chỉnh bởi các nguyên tắc của án lệ vừa được điều chỉnh bởi các đạo luật về giải thích, kể cả các nguyên tắc mang tính kỹ thuật khác như nguyên tắc suy luận (presumption) và hướng dẫn (latin maxims). Trong việc điều chỉnh hoạt động giải thích luật thành văn, các nguồn pháp luật này không loại trừ mà bổ sung cho nhau. Cụ thể, khi xây dựng các luật về giải thích, Nghị viện thường ghi nhận lại các nguyên tắc của án lệ. Tuy nhiên, khi

thẩm phán áp dụng các luật này để giải thích các quy định trong quá trình giải quyết một vụ việc cụ thể lại tạo nên án lệ mới⁴.

1.1. Giải thích dựa trên thông luật

GTPL bằng án lệ là GTPL dựa trên những nguyên tắc được xây dựng từ lập luận của các thẩm phán khi áp dụng quy định thành văn để giải quyết các vụ việc cụ thể trên thực tế. Sau đây là một số nguyên tắc của thông luật được các thẩm phán ở Úc vận dụng để giải thích các điều khoản của luật thành văn.

* **ThS. Giảng viên Đại học Cần Thơ**

1 Trường Đại học Luật Hà Nội, Giáo trình Lý luận nhà nước và pháp luật, Nxb. Công an nhân dân, năm 2009, tr 486.

2 Luật thành văn bên cạnh ưu điểm chính là rõ ràng thì nó cũng có nhược điểm là mang tính khái quát cao và ý chí của nhà làm luật thường bị giới hạn trong ngôn từ được sử dụng.

3 Michelle Sanson, David Worswick and Thalia Anthony "Connecting with law" Oxford, 2009, page 228.

4 Michelle Sanson, David Worswick and Thalia Anthony "Connecting with law" Oxford, 2009, page 231.

Nguyên tắc tiếp cận câu chữ (literal approach)

Đây được coi là nguyên tắc cơ bản của thông luật đối với hoạt động GTPL. Công việc đầu tiên của thẩm phán khi bắt đầu giải thích luật thành văn là phải dựa trên ngữ nghĩa của từ và cấu trúc câu để giải thích. Nếu nghĩa của từ cần giải thích đã rõ thì thẩm phán phải áp dụng theo nghĩa đó bất kể kết quả ra sao. Trong trường hợp kết quả giải thích có phần không hợp lý thì Nghị viện mới có quyền sửa đổi. Trong vụ *Amalgamated society of Engineers v Adelaide Steamship Co Ltd* (1920) 28 CLR 129, thẩm phán Higgins cho rằng giải thích luật là đi tìm ý định của Nghị viện trên cơ sở xem xét ngôn từ được sử dụng. Với quan điểm từ ngữ được sử dụng trong các điều khoản là bằng chứng rõ ràng, khách quan cho việc chứng minh ý chí của nhà làm luật, trong bản án có tên *The Estate of Bravda* [1968] 1 WLR 479, người cha lập di chúc chia phần lớn tài sản của mình cho hai cô con gái đang sống chung, di chúc có hai người làm chứng hợp pháp. Tuy nhiên, để cho di chúc “mạnh hơn”, người cha yêu cầu hai cô con gái ký tên mình dưới mục người làm chứng. Theo Điều 15 Luật Di chúc năm 1937 thì bất kỳ người nào xác nhận cho việc lập di chúc như người làm chứng thì lợi ích của người đó trong di chúc sẽ bị bỏ qua, phần tài sản được hưởng của họ bị coi là vô hiệu. Như vậy, tòa án tuyên hai cô con gái không được hưởng tài sản từ di chúc đó và hầu hết tài sản thuộc về người vợ đã sống cách biệt với người lập di chúc trong hơn 20 năm. Từ vụ án này cho thấy, Nghị viện có lẽ không dự định áp dụng Điều 15 Luật Di chúc khi mà đã có hai người làm chứng hợp pháp nhưng từ ngữ của điều luật thì quá rõ ràng.

Để xác định nghĩa thông thường của một từ nào đó, thẩm phán thường dựa trên định nghĩa của từ điển. Khi sử dụng phương pháp này, thẩm phán cũng gặp một số khó khăn nhất định như các từ điển khác nhau lại định nghĩa khác nhau. Ở Úc, từ điển Macquaire được sử dụng khá phổ biến⁵. Hơn nữa, trong một từ điển, một từ có nhiều ngữ nghĩa có thể là nghĩa thông thường hoặc nghĩa pháp lý. Thẩm phán Kirby trong vụ *Palgo Holdings Pty Ltd kiện Gowans* (2009) 221 CLR 249 tại đoạn 266 đã chỉ ra rằng: Không phải nghĩa thông thường hay nghĩa pháp lý được ưu tiên mà phải được xem xét kết hợp với mục đích của đạo luật khi được ban hành. Mặt khác, nghĩa của từ cũng thay đổi theo thời gian, khi thẩm phán giải thích luật thành văn, thẩm phán dựa trên ngữ nghĩa lúc xây dựng văn bản hay lúc giải thích. Trong vụ án *Lake Macquarie Shire Council v Aberdare County Council* (1970) 123 CLR 327, Tòa án tối cao đã giải thích từ phương tiện giao thông trong luật năm 1898 bao gồm máy bay dù Nghị viện không thể nghĩ đến máy bay khi làm luật vì nó được phát minh sau khi luật được ban hành. Lý do thẩm phán đưa ra là: Nếu Nghị viện chưa sửa đổi luật thì từ ngữ đó được hiểu theo nghĩa mới khi có vụ việc đem đến Tòa án dưới sự giải thích của thẩm phán⁶. Tương tự như vậy, Hiến pháp năm 1990 của Úc quy định “Liên bang Úc được trao quyền về bưu chính, điện tín, điện thoại và những dịch vụ khác”. Khi Tòa án tối cao Liên bang Úc giải thích Hiến pháp đã cập nhật nó bằng cách giải thích từ *dịch vụ khác* bao gồm cả phát thanh, truyền hình và thậm chí Internet để đảm bảo tính phù hợp của Hiến pháp với trình độ phát triển kinh tế - xã hội mà không cần đến Nghị viện sửa đổi Hiến pháp⁷.

5 Trong vụ án *State Chamber of Commerce and Industry v Commonwealth* (1987) 163 CLR Tòa án tối cao dựa trên từ điển Macquaire để giải thích từ “Fringe Benefit”.

6 Michelle Sanson, David Worswick and Thalia Anthony “Connecting with law” Oxford, 2009, page 243.

7 Nguyễn Lâm, Hiến pháp được cập nhật qua Tòa án tối cao, Báo điện tử Đại biểu nhân dân <http://daibieunhandan.vn/default.aspx?tabid=132&ItemId=229210&GroupId=1005> cập nhật ngày 18/11/2013.

Nguyên tắc vàng (The Golden rule)

Đây là nguyên tắc ngoại lệ của nguyên tắc giải thích dựa trên ngữ nghĩa. Nguyên tắc này cho phép tòa án sửa ngữ nghĩa thông thường của từ khi giải thích theo ngữ nghĩa tạo ra kết quả không hợp lý. Nguyên tắc này được xây dựng với mục đích nhằm hạn chế việc làm sai lệch ý chí của nhà làm luật qua cách thức sử dụng từ ngữ. Điều 84 Luật Cảnh sát của bang Tây Úc (*Police Act 1892 WA*) quy định phạt bất kỳ người nào cho phép một người dưới 16 tuổi vào ở trong nhà, cửa hàng, phòng hoặc bất kỳ nơi công cộng nào khác mà họ sở hữu. Quy định này tạo ra một cách hiểu vô lý. Vì vậy, trong vụ *Higgon v O’dea* [1962] *WAR* 140, Tòa án tối cao của bang Tây Úc đã xem xét mục đích của luật và áp dụng nguyên tắc này để giải thích rằng: Một người sẽ bị phạt khi cho phép và giữ một người dưới 16 tuổi trong nhà hoặc cửa hàng để tham gia các hoạt động đánh bạc.

Nguyên tắc sửa lỗi (The mischief rule)

Tương tự như nguyên tắc vàng, nguyên tắc sửa lỗi chỉ áp dụng để giải thích luật thành văn khi mà giải thích theo câu chữ tạo ra sự mâu thuẫn. Nguyên tắc sửa lỗi sẽ được áp dụng trong trường hợp quy định được giải thích trong luật thành văn ra đời với mục đích khắc phục hiện trạng pháp lý nào đó đang tồn tại. Tuy nhiên, theo cách diễn đạt trong luật thành văn thì hiện trạng đó sẽ không được khắc phục. Vì vậy, khi giải thích, tòa án có quyền áp dụng nguyên tắc này để sửa lỗi cho luật thành văn. Nguyên tắc này xuất phát từ bản án *Heydons Case* (1584) 76 *ER* 637 và khi áp dụng nguyên tắc này, thẩm phán cần làm rõ 4 vấn đề: (i) pháp luật như thế nào trước khi có luật này; (ii) thiếu sót nào mà luật không điều chỉnh; (iii) giải pháp nào Nghị viện đã làm khi xây

dựng luật thành văn để sửa lỗi đó; (iv) làm thế nào tòa án giải thích luật thành văn để sửa lỗi theo dự định chính xác của Nghị viện⁸.

Ví dụ: trong vụ *Smith v Hughs* [1960] 2 *All ER* 859 thì theo *Luật Vi phạm trên đường phố năm 1959 của Anh Quốc (The Street Offences Act 1959 - UK)*) hành vi lang vãng, chèo kéo trên đường cho mục đích mại dâm là tội phạm. Bị cáo cho rằng mình không phạm tội trên vì bị cáo chèo kéo đàn ông trên ban công nhà của mình, không phải trên đường. Tòa án áp dụng nguyên tắc trên và cho rằng dự định đúng của Nghị viện là để khắc phục tình trạng quấy rối từ hoạt động mại dâm và tuyên án bị cáo có tội.

1.2. GTPL dựa trên các nguyên tắc suy luận và hỗ trợ

Các nguyên tắc này được coi là một phần của thông luật do thẩm phán xây dựng và phát triển. Có 11 nguyên tắc suy luận mà ngày nay tòa án vẫn sử dụng bao gồm: (i) Nghị viện không gây trở ngại đối với các quyền cơ bản; (ii) luật thành văn không có hiệu lực hồi tố; (iii) cách giải thích trước đó bởi tòa án sẽ có giá trị nếu Nghị viện sử dụng đúng từ đó trong luật thành văn trừ khi Nghị viện đưa ra định nghĩa khác về nó; (iv) luật thành văn không ràng buộc Hoàng gia; (v) quy định về trách nhiệm pháp lý được giải thích theo hướng có lợi cho người bị xử lý; (vi) luật thành văn không được tước bỏ quyền giải thích và áp dụng pháp luật của tòa án; (vii) quyền đối với bất động sản không bị tước bỏ mà không có sự bồi thường thỏa đáng; (viii) luật thành văn của các bang không thể có hiệu lực ra ngoài vùng lãnh thổ của bang đó; (ix) Nghị viện không có dự định làm ảnh hưởng đến công bằng tôn giáo; (x) Nghị viện ban hành luật trên tinh thần phù hợp với luật quốc tế; (xi)

8 Michelle Sanson, David Worswick and Thalia Anthony "Connecting with law" Oxford, 2009, page 242.

từ ngữ được sử dụng với nghĩa thống nhất trong toàn văn bản luật trừ khi có định nghĩa riêng biệt trước mỗi phần cụ thể trong luật⁹.

Bên cạnh đó, các tòa án ở Úc cũng kế thừa từ nước Anh một số nguyên tắc mang tính hướng dẫn đối với hoạt động GTPL gọi là Latin Maxims. Khác với các nguyên tắc mang tính suy luận trên, các nguyên tắc mang tính hướng dẫn có xu hướng giúp đỡ thẩm phán giải quyết những vướng mắc về ngữ nghĩa của quy định dựa trên ngôn từ được diễn đạt trong chính các điều luật.

Noscitur a sociis có nghĩa là nghĩa của một từ, cụm từ được nhận biết từ những từ đi cùng với nó, hoặc ở xung quanh nó. *Ejusdem generis* có nghĩa là khi những từ chung theo sau những từ cụ thể, nghĩa của từ chung bị giới hạn trong cùng loại của những từ cụ thể đi trước đó. Ví dụ: trong *R v Ann Harris (1936) 173 ER 198*, hai nữ tù đánh nhau và một người cắn vào mũi của người còn lại. Với quy định rằng nếu một người cố ý, một cách trái pháp luật đâm, chém hoặc làm bị thương người khác với mục đích gây thương tật hoặc xấu xí cho người khác thì họ phạm vào tội nghiêm trọng. Tòa án giải thích cả đâm, chém đều được thực hiện bằng công cụ sắc bén, để áp dụng điều này hành vi “làm bị thương người khác” được thực hiện phải với công cụ sắc bén và kết luận rằng răng không phải là công cụ sắc bén như dao. Vì vậy không áp dụng điều khoản trên để cho là bị cáo phạm vào tội nghiêm trọng.

Expressio unius est exclusion alterius có nghĩa là khi liệt kê đối tượng này thì loại trừ đối tượng khác. Ví dụ nếu luật thành văn quy định rằng chỉ có nam giới mới được thuê để làm việc trong môi trường nguy hiểm có nghĩa là phụ nữ thì không được.

Generalia specialibus non derogant nghĩa là trong luật thành văn, những quy định cụ thể được ưu tiên áp dụng so với những quy định chung¹⁰.

1.3. Giải thích dựa trên luật thành văn

Nghị viện tất cả các bang, vùng lãnh thổ và Nghị viện Liên bang Úc đều đã ban hành các luật điều chỉnh hoạt động giải thích luật của tòa án từ rất sớm. Cụ thể, *Luật Giải thích luật (Acts Interpretation Act)* của Liên bang Úc có từ năm 1901, ở bang Nam Úc có từ năm 1915, bang Queensland năm 1965, và của Tasmania năm 1931, *Luật Giải thích (Interpretation Act)* của bang New South Wales có năm 1987, của bang Tây Úc là năm 1984, của Vùng lãnh thổ Bắc Úc là năm 1978, *Luật Giải thích luật thành văn (Interpretation of Legislation Act)* có từ năm 1984 của bang Victoria, *Luật về Luật thành văn (Legislation Act)* có vào năm 2001 ở vùng tự trị thủ đô nước Úc. Về nguyên tắc, khi giải thích luật của bang nào, thì vận dụng luật giải thích của bang đó, còn khi giải thích luật của Liên bang thì dùng luật giải thích của Liên bang.

Nhìn chung, nội dung quy định trong các luật về GTPL ở Úc là sự kế thừa nguyên tắc giải thích của thông luật. Xem xét ngữ nghĩa của quy định là công việc phải làm trước tiên khi thẩm phán tiến hành GTPL thành văn¹¹. Tuy nhiên, nguyên tắc cơ bản nhất được xây dựng trong hầu hết các luật này là phải xem xét đến mục đích của luật thành văn. Các luật này quy định dựa trên mục đích của văn bản, thẩm phán có thể giải thích vượt xa hơn những gì được trình bày. Cụ thể, theo khoản 1 Điều 15AA *Luật Giải thích luật* 1901 của Liên bang Úc: “Trong khi giải thích quy định của luật, cách giải

9 Michelle Sanson, David Worswick and Thalia Anthony “Connecting with law” Oxford năm 2009, page 245 - 250.

10 Vấn đề mâu thuẫn giữa các điều luật trong một văn bản cũng khá phổ biến ở nước ta, trong khi Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2008 chỉ giải quyết sự mâu thuẫn giữa các điều luật trong các văn bản khác nhau.

11 Associate Professor RS Geddes, “Purpose and Context in Statutory Interpretation” page 11, the paper was presented at a conference on statutory interpretation hosted by the New South Wales Bar Association, in conjunction with the Australian Bar Association, on 17–19 March 2005.

thích phù hợp với mục đích của luật sẽ được ưu tiên hơn cách giải thích không phù hợp với nó cho dù mục đích của luật có được diễn đạt trực tiếp trong luật hay không”. Trên cơ sở Điều 15AA này, *Luật Giải thích luật năm 1915* của bang Nam Úc tại Điều 22 quy định: Khi một quy định của luật có hơn một cách giải thích hợp lý, cách giải thích nào phù hợp với mục đích hơn sẽ được ưu tiên dù mục đích có được trình bày trực tiếp trong luật hay không. Thêm vào đó, khoản 1 Điều 139 *Luật về Luật thành văn* của vùng tự trị thủ đô nước Úc và khoản 1 Điều 14A *Luật Giải thích luật* năm 1965 của bang Queensland đều cho rằng phương pháp giải thích thỏa mãn mục đích của luật một cách tốt nhất được ưu tiên.

Dự liệu được những khó khăn của thẩm phán trong việc tìm kiếm mục đích của văn bản được giải thích, các luật giải thích ở Úc đều đưa ra quy định về việc cho phép sử dụng những dữ liệu làm cơ sở cho việc giải thích. Những dữ liệu đó có thể nằm trong chính văn bản được giải thích và cả những tài liệu bên ngoài có liên quan đến quy định cần giải thích đó.

Đối với những căn cứ bên trong, xuất phát từ quan niệm cho rằng bất kỳ đạo luật nào cũng phải được hiểu trong một chỉnh thể thống nhất, trong ngữ cảnh của toàn vẹn văn bản¹². Hầu hết tất cả các luật về GTPL ở Úc đều thống nhất cho phép sử dụng những phần khác nhau trong một đạo luật để giải thích một từ, một ngữ hoặc một điều luật trong chính đạo luật đó¹³. Những phần khác nhau này có thể là tựa ngắn gọn, tựa đầy đủ, mệnh đề nêu lên mục đích, phần giải thích

từ ngữ, tiêu đề của các chương, các phần khác nhau được phân chia trong đạo luật...

Sau khi xem xét tổng thể văn bản, để tìm hiểu mục đích của văn bản đó, người giải thích có thể tìm đến những tài liệu khác ngoài văn bản đang giải thích. Hầu hết các luật giải thích ở Úc đều liệt kê một danh sách đầy đủ các tài liệu có thể dẫn chiếu để xác định mục đích của văn bản cần giải thích bao gồm¹⁴: bảng ghi nhớ có tính giải thích (explanatory memoranda) của dự luật chứa đựng quy định cần giải thích; bài diễn văn đọc lần thứ hai tại Nghị viện bởi một bộ trưởng trong quá trình làm luật (second reading speeches); biên bản ghi lại sự tranh luận tại Nghị viện (Hansard); các bài báo cáo của Ủy ban Nghị viện, Ủy ban cải cách pháp luật, Ủy ban Hoàng gia; bất kỳ tài liệu nào được nhắc đến trong chính văn bản được giải thích rằng nó có liên quan đến mục đích của văn bản như các hiệp định, công ước quốc tế...

Ngoài ra, các luật về giải thích cũng dự liệu một số giả định cơ bản liên quan đến giới tính, danh từ số nhiều, số ít, khoảng cách, thời gian... Ví dụ luật dùng giới tính nam bao gồm giới nữ (chairman), số ít bao gồm số nhiều (bất kỳ người nào hoặc mọi người), nếu luật quy định có hiệu lực vào một ngày cụ thể thì thời gian được tính từ 00.01 phút ngày đó, nếu luật quy định có hiệu lực từ một ngày cụ thể thì ngày đó sẽ không được tính, khoảng cách quy định trong luật được tính theo đường chim bay...¹⁵

Như vậy, GTPL ở Úc là hoạt động do thẩm phán tiến hành nhằm làm rõ nghĩa một từ, một ngữ hoặc một quy định trong luật

12 Quan niệm này được ghi nhận bởi Tòa án tối cao Úc qua vụ án *Metropolitan Gas Co v Federated Gas Employees Industrial Union* (1924) 35 CLR 449.

13 Xem khoản 1 và 2 Điều 35 *Luật Giải thích năm 1987* của bang New South Wales, khoản 1 Điều 19 *Luật Giải thích luật bang Nam Úc*, khoản 1 và 2 Điều 13 *Luật Giải thích luật của Liên bang Úc năm 1901*, khoản 1 và khoản 3 Điều 36 *Luật Giải thích luật thành văn năm 1984* của bang Victoria...

14 Xem khoản 2 Điều 15AB *Luật Giải thích luật liên bang năm 1901*, Điều 142 *Luật về Luật thành văn của vùng tự trị thủ đô nước Úc (ACT)*, Điều 34 *Luật Giải thích bang New South Wales* và Điều 35(b) *Luật Giải thích luật thành văn của bang Victoria*.

thành văn khi thẩm phán tiến hành giải quyết một vụ việc cụ thể. Nhìn chung, pháp luật Úc dự liệu được nhiều giả định sát thực tế và đưa ra nhiều phương pháp giúp giải quyết những khó khăn chung trong việc hiểu các quy định của luật thành văn mà các nhà lập pháp nước ta có thể tham khảo.

2. Nhu cầu luật hóa hoạt động giải thích pháp luật ở Việt Nam

Việt Nam đang thiếu cơ sở pháp lý cần thiết đảm bảo cho hoạt động GTPL phát huy hiệu quả thiết thực. Ngoài một vài quy định trong Hiến pháp và Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2008 về chủ thể có thẩm quyền giải thích, chủ thể đề nghị giải thích, hình thức văn bản dùng để giải thích... hầu như không có quy định nào về phương pháp, nguyên tắc giải thích. Trong khi chủ thể được giao quyền giải thích (Ủy ban thường vụ Quốc hội) rất hiếm khi giải thích thì dù muốn hay không, các chủ thể có thẩm quyền áp dụng pháp luật, đặc biệt là tòa án phải tiến hành công việc này một cách thường xuyên và liên tục để giải quyết đúng đắn những vụ việc thực tế. Tuy nhiên, điều đáng lo ngại là không có bất kỳ công cụ pháp lý nào điều chỉnh hoạt động này của thẩm phán. GTPL luôn được tiến hành theo cách chủ quan của thẩm phán, không bị ràng buộc bởi phương pháp và nguyên tắc nào. Hậu quả là mỗi thẩm phán giải thích khác nhau và trên cơ sở giải thích của mình sẽ áp dụng các điều luật một cách khác nhau để ra phán quyết. Quan trọng hơn, trong điều kiện pháp luật Việt Nam chưa chính thức thừa nhận án lệ, và chưa công khai tất cả các bản án, nên không có cơ chế kiểm chứng cách giải thích của các thẩm phán có thống nhất hoặc có đúng ý chí của nhà làm luật hay không? GTPL trong điều kiện như vậy là tùy

tiện và sẽ tạo ra sự bất bình đẳng trong công tác bảo vệ pháp luật.

GTPL của thẩm phán càng đóng vai trò quan trọng hơn khi trình độ kỹ thuật lập pháp ở nước ta chưa cao, nhiều quy định còn khó hiểu hoặc tạo ra nhiều cách hiểu khác nhau, các thuật ngữ Hán Việt và các thuật ngữ vay mượn còn nhiều¹⁶... Vì vậy, chúng ta có thể tham khảo kinh nghiệm của Úc khi giải thích một số quy định pháp luật nước ta. Ví dụ:

Khoản 2 Điều 30 Luật Giao thông đường bộ năm 2008 quy định: “Người điều khiển, người ngồi trên xe mô tô hai bánh, xe gắn máy phải đội mũ bảo hiểm có cài quai đúng quy cách”. Giả sử, một người khởi kiện quyết định xử phạt hành chính của cảnh sát giao thông về hành vi không đội mũ bảo hiểm trong khi đứng trên xe hai bánh với lập luận rằng anh ta không điều khiển và cũng không ngồi trên xe. Thẩm phán sẽ giải thích, phán quyết thế nào và căn cứ vào đâu? Theo luật Úc, nếu giải thích theo ngữ nghĩa tạo ra kết quả không hợp lý thì phải tìm đến mục đích của điều luật hoặc của văn bản đó. Vì vậy, thẩm phán có thể xem xét đến nguyên tắc sửa lỗi (mischief rule) xem điều luật này ra đời để khắc phục thực trạng nào đang tồn tại trước đó hoặc mục đích của Quốc hội khi ban hành điều luật này qua các tài liệu liên quan. Quy định đội mũ bảo hiểm có mục đích là tránh chấn thương não bộ, giảm nguy cơ tạo gánh nặng cho xã hội từ tai nạn giao thông. Vì vậy, hành vi đứng trên xe mô tô mà không đội mũ bảo hiểm nguy hiểm hơn rất nhiều so với ngồi và vì vậy, hành vi xử phạt của cảnh sát giao thông là đúng.

Một quy định khác tại khoản 3 Điều 38 Luật Giao thông đường bộ: “Người điều khiển phương tiện khác khi đi qua nơi xảy

15 Điều 23(a), Điều 35 và 36 Luật Giải thích luật liên bang năm 1901; Điều 8, 36 và 38 Luật Giải thích bang New South Wales; Điều 26, 27 và 28 Luật Giải thích luật bang Nam Úc; Điều 37, 43 và 44 Luật Giải thích luật thành văn của bang Victoria ...

16 TS Nguyễn Minh Đoàn, GTPL - một số vấn đề lý luận và thực tiễn, Kỳ yếu hội thảo về GTPL vào tháng 02 năm 2008, Nxb. Hồng Đức, năm 2009, trang 62.

ra vụ tai nạn có trách nhiệm chở người bị nạn đi cấp cứu”. Ở đây, “phương tiện khác” và “khi đi qua” được hiểu như thế nào? Trách nhiệm chở người bị nạn đi cấp cứu trong quy định này có đặt ra đối với người điều khiển phương tiện xuống máy trên sông nhìn thấy tai nạn giao thông trên đường bộ không? Trường hợp này, theo quy định của các luật về GTPL



Úc, thậm chí có thể sử dụng tựa đề của luật (Luật Giao thông đường bộ), phân giải thích từ ngữ trong luật, mục đích của quy định, các tranh luận của đại biểu Quốc hội... để xác định ý chí đích thực của nhà làm luật.

Giải quyết bài toán về vấn đề GTPL ở Việt Nam không gì khác hơn là phải ban hành luật riêng về GTPL. Cho dù án lệ có được chính thức thừa nhận ở nước ta hay không, thẩm quyền GTPL được trao cho chủ thể nào, giải thích được diễn ra dưới dạng nào¹⁷ thì để giải thích một từ, một ngữ, một quy định của luật thành văn cần phải được tiến hành theo những nguyên tắc nhất định. Luật GTPL phải xây dựng được các nguyên tắc và phương pháp giải thích cụ thể cũng như xác định thứ tự ưu tiên của các phương pháp, các tài liệu làm cơ sở cho việc giải thích. Khi đó, kết quả giải thích một quy định có thể giống nhau dù được tiến hành bởi các chủ thể khác nhau, vì các chủ thể

này đều phải tuân theo sự hướng dẫn của Luật trong quá trình giải thích.

Pháp luật Úc với các phương pháp giải thích nhằm giúp luật thành văn được hiểu một cách nhất quán, đặc biệt với phương pháp đi tìm ý định xác thực của nhà làm luật hoàn toàn có thể vận dụng cho việc giải thích luật thành văn ở nước ta. Tuy nhiên, để làm được điều này, chúng ta cần hệ thống hóa toàn bộ lịch sử quá trình hình thành của một văn bản quy phạm pháp luật từ khi được đề xuất xây dựng cho đến khi công bố. Các tài liệu liên quan trong quá trình xây dựng văn bản như ý kiến đề xuất xây dựng, ý kiến đóng góp của nhân dân và đặc biệt là thảo luận của các đại biểu Quốc hội đối với các dự luật... nên được sắp xếp sao cho dễ tra cứu và đối chiếu. Một khi hoạt động GTPL có cơ chế điều chỉnh rõ ràng thì pháp luật sẽ phát huy tốt nhất tác dụng điều chỉnh, đảm bảo pháp chế xã hội chủ nghĩa ■

17 Giải thích bằng văn bản quy phạm pháp luật hay giải thích theo từng vụ việc áp dụng pháp luật cụ thể.

ỦY BAN THƯỜNG VỤ QUỐC HỘI
VIỆN NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP
TẠP CHÍ NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

Số 27A - Phố: Võng Thị - Quận: Tây Hồ - Thành phố Hà Nội
ĐT: 080.43364; Fax: 080.48486; Email: nclp@qh.gov.vn

PHIẾU MUA TẠP CHÍ

Năm : 2014

Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp xuất bản mỗi tháng 02 kỳ 64 trang vào các ngày 05 và 20 hàng tháng. Đề đăng ký mua ấn phẩm của Tạp chí trong năm 2014 xin đề nghị Độc giả điền vào mẫu dưới đây và gửi tới Tạp chí (qua bưu điện, fax)

Cơ quan/cá nhân đặt mua:

Tên và địa chỉ người nhận tạp chí :

Người liên hệ đặt và thanh toán:

Điện thoại:..... Fax:..... Email:.....

TÊN ẤN PHẨM	ĐƠN GIÁ 1 ẤN PHẨM	MỖI THÁNG 2 ẤN PHẨM	CẢ NĂM 24 ẤN PHẨM	SỐ LƯỢNG ĐẶT ẤN PHẨM	THÀNH TIỀN
NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP	19.500đ	39.000đ	468.000đ		

• Tổng giá trị (viết bằng chữ).....
.....

• Phương thức thanh toán:

tiền mặt chuyển khoản chuyển qua bưu điện séc

• TÀI KHOẢN: Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, 27A Võng Thị, Tây Hồ, Hà Nội. số 0011.000.467.735 tại sở giao dịch Ngân hàng thương mại cổ phần ngoại thương Việt Nam: 31-33 Ngô Quyền - Hoàn Kiếm - Hà Nội.

Chú ý: Khi chuyển tiền thanh toán, xin thông báo qua điện thoại, fax hoặc gửi qua bưu điện bản sao phiếu chuyển tiền. Trường hợp cần trao đổi thêm, xin liên hệ với đồng chí Phùng Khánh Toàn ĐTCQ: 08043364; DD: 0913519875.

, ngày tháng năm 20

Đơn vị đặt mua