

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

ISSN 1859 - 2953

www.nclp.org.vn

VĂN PHÒNG QUỐC HỘI

Số 12 (244)/Tháng 6/2013



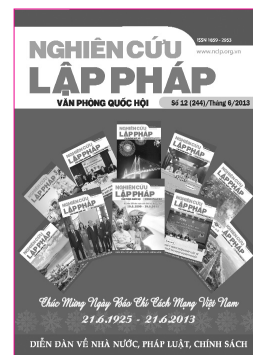
Chúc Mừng Ngày Báo Chí Cách Mạng Việt Nam

21.6.1925 - 21.6.2013

DIỄN ĐÀN VỀ NHÀ NƯỚC, PHÁP LUẬT, CHÍNH SÁCH

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn



Mục lục 6/2013

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

BÀN VỀ LẬP HIẾN

- 3** Hiệu lực trực tiếp của Hiến pháp và sự cần thiết ghi nhận trong Dự thảo sửa đổi Hiến pháp năm 1992

GS, TS. Hoàng Thị Kim Quế

- 7** Xây dựng thể chế kinh tế thị trường bình đẳng trong sự thống nhất với vai trò chủ đạo của kinh tế nhà nước

ThS. Đỗ Kim Tiên

- 13** Những đảm bảo cho đại biểu Quốc hội và các kiến nghị bổ sung

ThS. Đinh Thanh Phương

- 18** Đảm bảo sự vô tư trong hoạt động của các thiết chế tài phán quốc tế

ThS. Nguyễn Tiến Vinh

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 30** Giao dịch về quyền sử dụng đất: những bất cập và hướng sửa đổi Luật Đất đai

PGS, TS. Đỗ Văn Đại

- 38** Hoàn thiện các quy định về miễn trách nhiệm hình sự, miễn hình phạt, miễn chấp hành hình phạt và án treo (Kỳ 2)

TS. Trịnh Tiến Việt

CHÍNH SÁCH

- 44** Tiến trình chính sách phát triển kinh tế - xã hội vùng dân tộc thiểu số nước ta

ThS. Nguyễn Lâm Thành

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 50** Hoàn thiện quy định pháp luật trong phân công quản lý nhà nước về bảo vệ môi trường

ThS. Nguyễn Thị Tố Uyên

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 56** Quyền biểu tình ở Cộng hòa Liên bang Đức và hướng hoàn thiện chế định này trong Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992

TS. Nguyễn Minh Tuấn

HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

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

TỔNG BIÊN TẬP

TS. PHẠM VĂN HÙNG

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 117/GP-NGÀY 30-3-2001
CỦA BỘ VH TT

PHÁT HÀNH:

HÀ NỘI: 080-43364

TÀI KHOẢN:

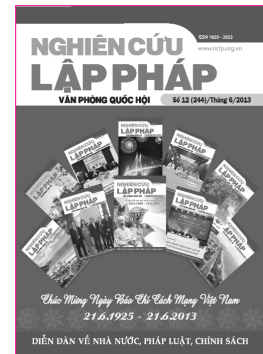
0011000467735
TẠP CHÍ NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP
NGÂN HÀNG TM CỔ PHẦN
NGOẠI THƯƠNG VIỆT NAM

IN TẠI CÔNG TY CỔ PHẦN IN TÂY HỒ

GIÁ: 19.500 ĐỒNG

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn



Legis 6/2013

STATE AND LAW

Discussion on Constitution

- 3** Direct effect of the Constitution and the need to recognize it in the Proposed Amendment to the 1992 Constitution

Prof, Dr. Hoang Thi Kim Que

- 7** Building the institution of market economy equality in unity with the leading role of the state economy

LLM. Do Kim Tien

- 13** Guarantees for the Deputy of the National Assembly and some additional recommendations

LLM. Dinh Thanh Phuong

- 18** To ensure impartiality in the operation of the international judiciary institutions

LLM. Nguyen Tien Vinh

DISCUSSION OF BILLS

- 30** Transactions in land use right: the shortcomings and ways to amend the Land Law

Prof, Dr. Do Van Dai

- 38** To perfect the provisions of penal liability exemption, penalty exemption, exemption from penalty execution, probation (Part 2)

Dr. Trinh Tien Viet

POLICIES

- 44** The implementation process of the policies for socio-economic development of the ethnic minority areas in our country

LLM. Nguyen Lam Thanh

LEGAL PRACTICE

- 50** To perfect the legal provisions for assignment of State management on environmental protection

LLM. Nguyen Thi To Uyen

FOREIGN EXPERIENCE

- 56** The right to protest in the Federal Republic of Germany and the direction for its improvement in the Proposed Amendment to the 1992 Constitution

Dr. Nguyen Minh Tuan

EDITORIAL:

Dr. NGUYEN SI DUNG (Chairman)
Prof, Dr. DAO TRONG THI
Prof, Dr. PHAN TRUNG LY
Prof, Dr. TRAN NGOC DUONG
Prof, Dr. DINH VAN NHA
Prof, Dr. TRAN DINH NHA
Dr. DUONG NGOC NGUU
Dr. NGO DUC MANH
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 117/GP-DATE 30-3-2001
MINISTRY OF CULTURE AND
INFORMATION

DISTRIBUTION:

HA NOI: 080-43364

ACCOUNT NUMBER:

0011000467735
LEGISLATIVE STUDY MAGAZINE
VIETCOMBANK

PRINTED BY: TAYHO PRINTING
JOINT STOCK COMPANY

Price: 19,500 VND

BÀN VỀ LẬP HIẾN

Hiệu lực trực tiếp của Hiến pháp và sự cần thiết ghi nhận trong DỰ THẢO SỬA ĐỔI HIẾN PHÁP NĂM 1992

HOÀNG THỊ KIM QUẾ*

Không thể có nhà nước pháp quyền mà không có một bản hiến pháp tốt về phương diện bảo vệ, bảo đảm quyền con người, quyền công dân, được tôn trọng và tuân thủ, trước hết là đối với các cơ quan và cá nhân công quyền. Một trong những điều kiện cơ bản đảm bảo cho hiến pháp được tôn trọng, tuân thủ, được áp dụng trong cuộc sống hàng ngày chính là hiệu lực của hiến pháp: hiệu lực pháp lý cao nhất và hiệu lực áp dụng trực tiếp. Cả hai cấp độ hiệu lực này của hiến pháp cần phải được xác định trong hiến pháp.

Hiệu lực pháp lý cao nhất của hiến pháp về cơ bản lâu nay đã được nhận thức đầy đủ, nhưng “hiệu lực trực tiếp, áp dụng trực tiếp” thì vẫn còn là vấn đề mới ở nước ta. Thời gian gần đây, trong nghiên cứu, bổ sung, sửa đổi Hiến pháp năm 1992, vấn đề này đã và đang được quan tâm đề cập.

Nhà nước pháp quyền là nhà nước hợp hiến, hợp pháp, hợp đạo đức, hợp lý và hiệu quả. Xây dựng nhà nước pháp quyền do vậy

đòi hỏi phải có một bản hiến pháp mang nội dung pháp quyền, dân chủ, ngắn gọn nhưng bao quát về nguyên tắc hầu hết các lĩnh vực của đời sống xã hội dựa trên hai trụ cột chính là quyền, tự do con người, cơ chế bảo đảm thực thi và tổ chức, phân công, kiểm soát quyền lực nhà nước. Hiến pháp cần xác định rõ ràng về trách nhiệm nhà nước đối với quyền con người, cơ chế bảo vệ hiến pháp, hiệu lực áp dụng trực tiếp của các nguyên tắc, tinh thần, quy tắc của hiến pháp, làm sao cho chúng được viện dẫn, dẫn dắt ý thức, hành vi của con người trong thực tế. Đây cũng là một trong những nhiệm vụ cơ bản của việc tạo lập một nền văn hóa pháp quyền, nhân quyền ở nước ta hiện nay.

Một trong những thuộc tính cơ bản của hiến pháp pháp quyền, dân chủ là hiệu lực trực tiếp của hiến pháp, hiến pháp phải là một văn bản pháp luật có hiệu lực, tác động trực tiếp trong đời sống. Ngày nay trên quan điểm nhà nước pháp quyền, dân chủ, quyền, tự do của con người, hiến pháp phải có hiệu lực trực tiếp chứ không chỉ dừng lại ở hiệu lực pháp lý cao nhất. Chỉ trong điều kiện nhà nước

* GS.TS. Khoa Luật – Đại học Quốc gia Hà Nội

pháp quyền, nơi nhà nước có trách nhiệm thừa nhận, tôn trọng, bảo vệ và bảo đảm các quyền, tự do của con người, hiến pháp mới có thể có và phải có hiệu lực trực tiếp.

Hiệu lực trực tiếp của hiến pháp thể hiện ở quyền của người dân được viện dẫn các quy định hiến pháp, khởi kiện ra tòa án để bảo vệ các quyền hiến định, lợi ích chính đáng của mình. Các quy định của hiến pháp không còn nằm yên trang trọng trong văn bản nữa mà đã đi vào cuộc sống, được hiện thực hóa trở thành những hành vi thực tế, hợp pháp của các cá nhân, tổ chức. Và chính sự viện dẫn này là bằng chứng, là thước đo tính hiện thực của hiến pháp. Hiệu lực trực tiếp của hiến pháp là một trong những tiêu chí nhận diện nhà nước pháp quyền và trình độ bảo vệ, bảo đảm các quyền, tự do của con người.

Hiệu lực trực tiếp của hiến pháp được thể hiện tập trung ở nguyên tắc: các quy định của hiến pháp có tác động trực tiếp đến các quan hệ xã hội, hành vi xã hội, việc thực hiện chúng về nguyên tắc không cần đến các quy định bổ sung, cụ thể hóa bởi các văn bản pháp luật chuyên ngành. Đồng thời, do tính chất của nhiều quy định hiến pháp điều chỉnh các quan hệ xã hội căn bản, khái quát nên cũng cần phải cụ thể hóa theo đúng trình tự, quy trình, thủ tục luật định.

Hiến pháp được sử dụng, áp dụng để giải quyết các tranh chấp hiến pháp, các khiếu kiện của người dân nhằm đảm bảo trật tự hiến pháp, các quyền, tự do, nghĩa vụ của con người. Hiệu lực trực tiếp của hiến pháp được thể hiện ở vai trò, thẩm quyền của tòa án, hay cơ quan bảo hiến thích hợp khác trong việc áp dụng các quy định hiến pháp, tuyên bố các hành vi, quyết định vi hiến, khôi phục, bảo vệ các quyền hiến định của người dân bị vi phạm, giải quyết các tranh chấp hiến pháp.

Với quyền được viện dẫn các quy định hiến pháp để bảo vệ các quyền hiến định của

người dân, các tòa án - nơi người dân gửi đơn khởi kiện - không thể từ chối việc xem xét với lý do chưa có quy định cụ thể hóa các quy định tương ứng của hiến pháp. Đó chính là ý nghĩa, giá trị, công năng của hiến pháp trong đời sống của con người.

Do điều chỉnh các quan hệ xã hội căn bản, đặc biệt quan trọng nên các quy phạm hiến pháp vừa có tính chất cụ thể, tường minh, phải được viện dẫn trong thực tiễn áp dụng pháp luật, vừa có vai trò định hướng đối với toàn bộ hệ thống pháp luật quốc gia; là những nguyên tắc pháp luật căn bản mà tất cả các chủ thể pháp luật, trước hết, chủ yếu là các cơ quan lập pháp, hành pháp, tư pháp phải tuân thủ trong hoạt động của mình.

Như vậy, hiến pháp với tư cách là luật căn bản, nền tảng của quốc gia đã có hiệu lực kép: hiệu lực pháp lý cao nhất và hiệu lực áp dụng trực tiếp. Nhưng hiệu lực áp dụng trực tiếp hoàn toàn không thể loại trừ, phủ nhận nhu cầu cụ thể hóa bằng các văn bản pháp luật khác các quy định, nguyên tắc của hiến pháp. Hiến pháp vừa cần được cụ thể hóa để thực hiện trong cuộc sống, vừa phải có hiệu lực áp dụng trực tiếp. Vấn đề đặt ra là, không được lạm dụng nguyên tắc cụ thể hóa các quy định hiến pháp cũng như làm sai lệch bản chất của các quy định hiến pháp. Nguyên tắc cơ bản trong việc cụ thể hóa hiến pháp là không được trái với lời văn, tinh thần của hiến pháp, muốn vậy cần phải có cơ chế, thiết chế bảo vệ hiến pháp, cơ chế kiểm soát, phòng ngừa, xử lý những hành vi, quyết định vi hiến.

Chính vì vậy, cùng với việc hiến định hiệu lực áp dụng trực tiếp, trong hiến pháp còn phải xác định rõ ràng về thiết chế, cơ chế bảo vệ hiến pháp, bảo đảm tính hiện thực của hiến pháp trong đời sống xã hội. Đây là cách thức thiết thực nhất để đảm bảo nguyên tắc thượng tôn hiến pháp và pháp luật, xây dựng, củng cố, thúc đẩy niềm tin,

tình yêu hiến pháp, hiến pháp khi đó thực sự là một phần thiết yếu của cuộc sống con người. Chính vì vậy mà, tại nhiều quốc gia, Ngày Hiến pháp được coi là một trong những ngày lễ trang trọng, thiêng liêng của quốc gia. Trong môi trường có hiệu lực áp dụng trực tiếp của hiến pháp, các quy định hiến pháp được viện dẫn đối với người dân và các cơ quan nhà nước, hiến pháp sẽ có giá trị hữu ích, hiến pháp sẽ như là tấm hộ chiếu, giấy thông hành cho các cá nhân được làm việc, sáng tạo trong tự do và trật tự.

Thuộc tính áp dụng trực tiếp của hiến pháp trong nhà nước pháp quyền được thể hiện ở nguyên tắc: tất cả các quy định hiến pháp cần phải được xem xét đến như là quy phạm có hiệu lực áp dụng trực tiếp. Hiệu lực trực tiếp của hiến pháp cũng không có nghĩa là không cần đến sự cụ thể hóa các quy định hiến pháp bằng các văn bản pháp luật khác để thực hiện. Mà ngược lại, chính bản chất là luật cơ bản của hiến pháp đòi hỏi phải khẳng định nguyên tắc là: sự thiếu vắng văn bản pháp luật cụ thể hóa thì cũng không được coi là lý do để không áp dụng các quy phạm hiến pháp trong thực tiễn.

Có ba hình thức áp dụng hiệu lực trực tiếp đối với các cơ quan nhà nước, tùy theo đó mà lựa chọn. Thứ nhất là viện dẫn quy định nguyên tắc của hiến pháp trong việc áp dụng quy định của các văn bản pháp luật khác. Thứ hai, kết hợp với các quy định pháp luật khác; thứ ba, các quy định hiến pháp có vai trò là cơ sở pháp lý cho việc giải thích, giải quyết các vụ việc pháp lý cụ thể của các cơ quan nhà nước trong hoạt động áp dụng pháp luật.

Đặc trưng cơ bản của thực hiện hiến pháp chính là quyền hiến định của người dân được viện dẫn quy định hiến pháp để bảo vệ các quyền, lợi ích chính đáng của mình và ở phía bên kia của mối quan hệ giữa cá nhân và nhà nước là trách nhiệm của nhà nước phải thừa nhận, tôn trọng, bảo vệ, bảo

đảm sự thực hiện. Điều này sẽ làm thay đổi việc nhận thức, cách hành xử theo cơ chế xin - cho, hành dân lâu nay đang còn hiện hữu trong một bộ phận không nhỏ các cá nhân công quyền. Nguyên tắc hiến pháp có hiệu lực trực tiếp khác căn bản với cách quan niệm truyền thống trước đây khi mà sự thực hiện hiến pháp chỉ được nhìn nhận nó hòa tan, ẩn dật trong sự thực hiện các văn bản, quy định pháp luật của các ngành luật khác. Hiến pháp muốn được thực hiện phải nhờ đến sự trợ giúp, phải mang ơn các “ngành luật khác”, bởi quan niệm: muốn thực hiện các quy phạm hiến pháp thì phải “cụ thể hóa “bằng các văn bản luật; mà muốn thực hiện các văn bản luật thì phải cần đến các văn bản dưới luật “hướng dẫn thi hành”. Hiến pháp chờ luật, luật chờ nghị định, nghị định chờ thông tư, thông tư chờ thông tư liên tịch; thông tư liên tịch chờ quyết định của cơ quan địa phương... Khoảng cách từ pháp luật nói chung đến cuộc sống được đo bằng cấp số cộng các khoảng cách nêu trên, xét từ góc độ hiến pháp: từ hiến pháp đến luật và từ luật đến cuộc sống.

Một trong những sự đổi mới tư duy về hiến pháp thời bao cấp sang hiến pháp của nhà nước pháp quyền chính là sự nhận thức, sự ghi nhận và thực hành nguyên tắc này - hiệu lực trực tiếp của hiến pháp nói chung, các quy định hiến pháp về quyền, tự do của cá nhân và công dân. Từ quan niệm hiệu lực gián tiếp, phải qua các khâu trung gian của hiến pháp chuyển sang tư duy hiến pháp phải có hiệu lực trực tiếp là một cuộc cách mạng và đặt ra nhiều vấn đề cần được lý giải, nhận thức đầy đủ, thống nhất. Nhận thức và áp dụng nguyên tắc này chắc chắn sẽ tác động mạnh mẽ đến quan niệm về hệ thống pháp luật của chúng ta, đến cách làm luật, cách sử dụng, áp dụng pháp luật của các chủ thể pháp luật.

Hiến pháp có thuộc tính dân chủ, pháp quyền; tính tối cao, tính ổn định, tính hiện

thực, nghĩa là hiến pháp phải được nhận thức đúng đắn và được tuân thủ, trước hết là đối với các cơ quan, cá nhân công quyền. Thực hiện hiến pháp trên cơ sở nguyên tắc hiệu lực trực tiếp, trong đó các cơ quan nhà nước có trách nhiệm xem xét quy phạm hiến pháp với tư cách là căn cứ pháp luật trực tiếp được áp dụng trong việc giải quyết các vấn đề cụ thể. Quy định hiến pháp có hiệu lực trực tiếp cũng có nghĩa là cần nhận thức đầy đủ về bản chất, vị thế của hiến pháp, hiến pháp không phải là một tuyên ngôn chính trị thuần túy mà là một văn bản pháp luật đầy đủ, được sử dụng để giải quyết các tranh chấp, các khiếu kiện của cá nhân. Hiến pháp là “nền tảng pháp lý, căn cứ chủ đạo đối với việc ban hành toàn bộ các văn bản pháp lý khác của Nhà nước, là cơ sở định hướng hoạt động của tất cả các cơ quan nhà nước, các tổ chức chính trị - xã hội cũng như hành vi và ý thức pháp luật của công dân...”.

Hiệu lực trực tiếp của hiến pháp có nghĩa là, không phụ thuộc vào việc có hay không có văn bản pháp luật cụ thể hóa, tất cả các chủ thể áp dụng pháp luật phải có nghĩa vụ thực hiện quy định hiến pháp. Trong trường hợp không có hay chưa có sự cụ thể hóa các quy định hiến pháp bằng văn bản khác, tòa án vẫn phải ban hành quyết định cá biệt dựa trên nguyên tắc cơ bản của hiến pháp để giải quyết các khiếu kiện liên quan đến quyền, lợi ích của cá nhân. Nguyên tắc này cho chúng ta thấy một triết lý về nguồn pháp luật, hiến pháp phải được nhận thức và sử dụng như một loại nguồn căn bản của pháp luật quốc gia. Vấn đề này trong thực tiễn còn ít được nhận thức và áp dụng. Không chỉ là áp dụng các điều luật cụ thể của hiến pháp mà áp dụng cả nguyên tắc và tinh thần hiến pháp - một thành tố cốt yếu của tinh thần pháp luật.

Nguyên tắc hiệu lực áp dụng trực tiếp của hiến pháp không loại trừ sự phát triển của các văn bản pháp luật và sự phát triển toàn diện của hệ thống pháp luật quốc gia.

Hiệu lực trực tiếp của hiến pháp có nghĩa là nội dung của hiến pháp cần phải được hiện thực hóa trong đời sống mà không đòi hỏi phải có điều kiện và sự bổ sung nào từ các văn bản pháp luật, loại trừ một số trường hợp chỉ rõ trong hiến pháp là cần luật quy định. Hiệu lực trực tiếp của hiến pháp có được xác nhận và đảm bảo thực hiện thì hiến pháp mới thực sự là luật căn bản của quốc gia. Hiệu lực trực tiếp của hiến pháp có nghĩa là, nếu như trong các quy phạm hiến pháp không có quy định riêng thì nó phải được áp dụng đối với tất cả các chủ thể pháp luật, không phụ thuộc vào việc có hay không có văn bản pháp luật cụ thể hóa. Tòa án có thể viện dẫn quy phạm hiến pháp để làm căn cứ cho các phán quyết của mình, và nguyên tắc quan trọng này cần phải được hiến định.

Dự thảo sửa đổi Hiến pháp năm 1992 đã thể hiện các nguyên tắc của nhà nước pháp quyền, giá trị con người và các quyền cơ bản của con người. Để đảm bảo tính hiện thực của hiến pháp, của quyền con người, quyền công dân, cần bổ sung nguyên tắc hiệu lực trực tiếp của hiến pháp, làm rõ hơn nội hàm của nguyên tắc “hiến pháp có hiệu lực pháp lý cao nhất”. Đồng thời, cần hiến định rõ ràng, đầy đủ hơn về thiết chế độc lập bảo vệ hiến pháp. Vì rằng, cả ba nguyên tắc cốt lõi trên: hiệu lực pháp lý cao nhất, hiệu lực áp dụng trực tiếp, thiết chế bảo vệ hiến pháp có mối quan hệ chặt chẽ, quy định, tác động, là tiền đề và điều kiện của nhau. Xuất phát từ trật tự pháp luật của nhà nước pháp quyền, trong Hiến pháp sửa đổi, bổ sung cần quy định hiệu lực trực tiếp của các quyền, nghĩa vụ hiến định, các cơ quan nhà nước không được viện dẫn lý do chưa có luật “hướng dẫn thi hành” để ngăn cản thực hiện các quyền hiến định. Đồng thời cần có quy định về quyền tự bảo vệ của các cá nhân khi bị xâm phạm các quyền hiến định, quyền vận dụng các cơ chế bảo vệ hiến pháp, bảo vệ pháp luật, quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại theo quy định của Hiến pháp và luật ■

XÂY DỰNG THỂ CHẾ KINH TẾ THỊ TRƯỜNG BÌNH ĐẲNG TRONG SỰ THỐNG NHẤT VỚI VAI TRÒ CHỦ ĐẠO CỦA KINH TẾ NHÀ NƯỚC

ĐỖ THỊ KIM TIÊN*

Cùng với việc gia nhập Tổ chức Thương mại thế giới (WTO), ngày 7/11/2006 Việt Nam đã đồng thời ký vào bản cam kết chấp nhận bị coi là nền kinh tế phi thị trường (non - market economy, hay NME) trong 12 năm. Thực tế, trong các quy định của GATT và WTO không có quy định về tiêu chí NME hay kinh tế thị trường (KTTT). Tuy nhiên, các nguyên tắc và Hiệp định của WTO được xây dựng trên nguyên tắc thị trường. Các nguyên tắc này đòi hỏi các nước gia nhập WTO phải cam kết cải cách kinh tế theo hướng thị trường, tuân thủ yêu cầu về thương mại không phân biệt đối xử, đảm bảo cạnh tranh lành mạnh.

Để trở thành nền KTTT không muộn hơn năm 2019 như đã cam kết, Việt Nam cần xây dựng cơ sở hạ tầng kinh tế đủ mạnh và sở hữu một thể chế kinh tế tuân thủ các quy luật của thị trường, đảm bảo môi trường đầu tư bình đẳng cho các doanh nghiệp thuộc mọi thành phần kinh tế. Trong đợt xin ý kiến nhân dân về Dự thảo sửa đổi Hiến pháp năm 1992, đã có khoảng 28 triệu lượt

ý kiến đóng góp¹, trong đó có những quan điểm rất khác nhau về vai trò của thành phần kinh tế nhà nước (KTNN). Có ý kiến cho rằng, quan niệm KTNN nắm vai trò chủ đạo là đi ngược với KTTT, không phù hợp với thông lệ và luật pháp quốc tế. Phổ biến hơn cả vẫn là những quan điểm đồng nhất KTNN với doanh nghiệp nhà nước (DNNN), coi việc Nhà nước đặt vai trò chủ đạo vào KTNN là nguyên nhân đề cao DNNN, tạo sự bất bình đẳng giữa các loại hình doanh nghiệp. Có quan điểm lại cho rằng, sự yếu kém, thua lỗ của DNNN đã khẳng định KTNN không thể đóng vai trò chủ đạo trong nền kinh tế. Thực tế, không có cơ sở khoa học nào khẳng định có mối liên hệ giữa vai trò chủ đạo của KTNN với những ưu tiên hay đặc quyền dành cho DNNN, cũng như những yếu kém của loại hình doanh nghiệp này. Trong Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992, Nhà nước không quy định cụ thể về từng thành phần kinh tế và vai trò của nó. Điều này không có nghĩa xóa đi vai trò của các thành phần kinh tế, trong đó có vai trò chủ đạo của KTNN mà sẽ tạo

* ThS. Đỗ Thị Kim Tiên, Giảng viên chính, Khoa QLNN về kinh tế, Học viện Hành chính, Học viện Chính trị - Hành chính quốc gia Hồ Chí Minh.

1 Chu Thượng Văn, Chu Cẩm Úy, Trần Tích Hỷ (1999), Chủ nghĩa xã hội là gì và xây dựng chủ nghĩa xã hội như thế nào?, Nxb. Chính trị Quốc gia, Hà Nội.

đưa địa cho các quy định ở tầm luật và chính sách. Mặt khác, chỉ với các quy định trong Dự thảo Hiến pháp sửa đổi cũng không đủ tạo ra mặt bằng pháp lý bình đẳng cho các thành phần kinh tế như sự kỳ vọng của nhiều nhà nghiên cứu. Thực tế cho thấy, ở hầu hết các nước có nền KTTT phát triển thì vị thế bình đẳng cho doanh nghiệp đều được tạo ra bằng nhiều đạo luật và văn bản quy phạm pháp luật khác nhau chứ không thể giải quyết được trong một đạo luật.

Từ vấn đề thực tiễn đang đặt ra, chúng tôi xin được trao đổi về bản chất, vai trò của KTNN và những tác động tích cực từ môi trường đầu tư bình đẳng đến sức mạnh của KTNN. Đồng thời, làm rõ mối quan hệ giữa xây dựng thể chế KTTT bình đẳng với việc xác định vai trò chủ đạo của KTNN.

1. Bản chất, vai trò của kinh tế nhà nước trong nền kinh tế thị trường tư bản chủ nghĩa và kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa ở Việt Nam

KTNN là thành phần kinh tế dựa trên chế độ sở hữu công cộng (công hữu) về tư liệu sản xuất (TLSX), có nội dung rộng, được xác định theo những góc độ nghiên cứu khác nhau. Ở Việt Nam, từ sau Đại hội Đảng toàn quốc lần thứ VII, thuật ngữ KTNN được thay thế cho thuật ngữ kinh tế quốc doanh. KTNN bao gồm nhiều yếu tố. Về bản chất, thành phần KTNN không chỉ có DNNN mà còn bao hàm sức mạnh kinh tế đứng đằng sau những chính sách và hoạt động quản lý kinh tế của Nhà nước². Vai trò của KTNN chỉ phát huy tác dụng khi nó trở thành lực lượng vật chất đủ mạnh và được Nhà nước sử dụng vào việc điều tiết nền kinh tế. Lịch sử phát triển kinh tế thế giới cho thấy, dù đi theo con đường tư bản chủ nghĩa (TBCN) hay xã hội chủ nghĩa (XHCN), các quốc gia cũng đều phải duy trì cả hình thức sở hữu tư nhân (SHTN) và sở hữu nhà nước về TLSX.

Quá trình vận động và phát triển của KTTT đã làm thay đổi cơ cấu sở hữu trong nền kinh tế. Trong thực tế, KTNN đã từng xuất hiện và phát huy vai trò trong chính nền KTTT TBCN. Vào giai đoạn CNTB tự do cạnh tranh, SHTN giữ vai trò thống trị và là động lực cho sự phát triển của nền sản xuất. Khi tích tụ và tập trung sản xuất đạt đến trình độ cao, chỉ riêng SHTN không đủ để đáp ứng được yêu cầu của lực lượng sản xuất (LLSX). Điều đó đã tạo ra những biến đổi về sở hữu trong nền KTTT ở chính các nước tư bản. Một bộ phận SHTN đã chuyển thành tư bản tập thể, các tổ chức độc quyền hình thành và phát triển với trình độ ngày càng cao. Khi LLSX phát triển cao hơn, sở hữu cá thể, tiểu chủ, tư bản tư nhân hay tư bản tập thể không đủ đáp ứng được yêu cầu của nền kinh tế, làm xuất hiện nhà sản xuất đặc biệt trong xã hội, đó là sở hữu nhà nước. Vào cuối thập kỷ ba mươi của thế kỷ XX, sở hữu nhà nước ở các nước TBCN đã phát triển khá nhanh và trở thành công cụ quan trọng để nhà nước điều tiết KTTT.

Trong sự phát triển của nền sản xuất xã hội, với mỗi một phương thức sản xuất chỉ có một hình thức sở hữu TLSX đặc trưng. Chủ nghĩa Mác - Lênin chỉ ra rằng, về nguyên lý, CNTB dựa trên chế độ SHTN về TLSX và CNXH dựa trên chế độ công hữu XHCN về TLSX, với hai hình thức là sở hữu toàn dân và sở hữu tập thể³. Đối với C.Mác, Ph. Ăngghen và V.I. Lênin, thì không có một thứ chủ nghĩa xã hội (CNXH) đích thực nào mà trong đó lại tồn tại SHTN, đặc biệt là SHTN TBCN về TLSX⁴. Tuy nhiên, trong tác phẩm “Chủ nghĩa Mác về vấn đề nhà nước”, Lênin chia hình thái kinh tế - xã hội thành ba thời kỳ: (i) thời kỳ quá độ; (ii) giai đoạn đầu của xã hội cộng sản chủ nghĩa (XHCN) và (iii) giai đoạn cao của xã hội cộng sản chủ nghĩa (CSCN). Trong đó, thời

2 GS., TS Lê Hữu Nghĩa, TS. Đinh Văn Ân (2004), *Phát triển kinh tế nhiều thành phần ở Việt Nam, lý luận và thực tiễn*, Nxb. Chính trị Quốc gia, Hà Nội.

3 V.I. Lênin (1976) *Toàn tập, Tập 33, Nxb Tiến bộ, Matxcova.*

4 *Đảng Cộng sản Việt Nam (2009), Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ X, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội.*

kỳ quá độ xây dựng CNXH, lĩnh vực kinh tế sẽ tồn tại nhiều loại hình sở hữu về TLSX, bao gồm cả sở hữu nhà nước, sở hữu tập thể, SHTN và sở hữu hỗn hợp.

CNXH được hình thành dựa trên cơ sở từng bước thiết lập chế độ sở hữu XHCN về TLSX. Mục đích của nền sản xuất XHCN là nhằm thỏa mãn phúc lợi vật chất đầy đủ cho toàn xã hội và sự phát triển tự do, toàn diện của mỗi thành viên trong xã hội. Muốn vậy phải phát triển LLSX, nâng cao năng suất lao động, tạo sức mạnh cho KTNN phát huy vai trò là công cụ để nhà nước điều tiết, quản lý kinh tế, xã hội. Hơn nữa, hoạt động quản trị, phát triển, các doanh nghiệp phải xây dựng các mục tiêu và kế hoạch cho mình. Với KTNN, các DNN cũng không thể là thành phần kinh tế vô chủ. KTNN là khối tài sản thuộc sở hữu toàn dân do nhà nước đại diện quản lý, cần được xác định trách nhiệm, vai trò và kế hoạch phát triển, phục vụ mục tiêu của cơ bản và lâu dài của đất nước. Do đó, bất cứ khi nào và ở đâu nhà nước còn có mục tiêu xây dựng CNXH thì KTNN và kinh tế tập thể còn cần được định hướng để phát triển, nhằm đảm nhận sứ mệnh chủ đạo cho tương lai của một nền kinh tế. Tuy nhiên, nền KTTT đòi hỏi nhà nước phải đảm bảo môi trường cạnh tranh bình đẳng. Vì thế, xác định KTNN nắm vai trò chủ đạo không có nghĩa tạo ra cho DNN những ưu tiên hay đặc quyền trong sự so sánh với các doanh nghiệp khác. Trong nền KTTT, sự phân biệt đối xử giữa các thành phần kinh tế, các doanh nghiệp là vi phạm quy luật cạnh tranh và mâu thuẫn với chính mục tiêu tăng thu ngân sách nhà nước (NSNN) và thúc đẩy tăng trưởng kinh tế.

Khi một nhà nước thừa nhận phát triển KTTT, điều đó không có nghĩa nhà nước có ngay nền KTTT. Cũng như, việc thừa nhận phát triển KTTT định hướng XHCN ở Việt Nam không có nghĩa nhà nước đã đạt được cơ sở kinh tế của CNXH. Tính định hướng XHCN là những biểu hiện về một chủ trương phát triển kinh tế chứ không phải thừa nhận thành tựu của một nền kinh tế. Theo V.I.Lênin, phương thức sản xuất

CSCN chỉ ra đời sau khi cách mạng vô sản thành công, giai cấp vô sản giành được chính quyền và bắt tay vào công cuộc xây dựng CNXH - giai đoạn đầu của phương thức sản xuất CSCN. Hơn nữa, phương thức sản xuất CSCN là một thời kỳ lâu dài. Để phát triển LLSX, tăng năng suất lao động, xây dựng chế độ công hữu XHCN về TLSX, xây dựng kiểu xã hội mới, cần phải có thời gian.

Phát triển nền KTTT có sự quản lý của nhà nước theo định hướng XHCN ở Việt Nam là sự thể hiện quan điểm và mục tiêu phát triển trong tương lai. Những yếu tố nền tảng của CNXH mới chỉ tồn tại dưới dạng các phương hướng, kế hoạch. Nhà nước cần có thời gian để tận dụng các thế mạnh của KTTT, phát triển kinh tế, tạo dựng cơ sở kinh tế cho sự ra đời CNXH. Quan điểm về vai trò chủ đạo của KTNN là tất yếu khách quan khi nhà nước có mục tiêu xây dựng XHCN. Tuy nhiên, nhà nước không mặc định vai trò chủ đạo của KTNN như một sự có sẵn mà là định hướng cho nó phát triển để trở nên chủ đạo. Chỉ khi KTNN phát triển đủ mạnh, trở thành công cụ hữu hiệu trong tay nhà nước để điều tiết kinh tế, xã hội, lúc đó KTNN mới trở thành lực lượng chủ đạo trong thực tế.

2. Sự cần thiết phải có môi trường đầu tư kinh doanh bình đẳng trong nền kinh tế thị trường

Nền kinh tế Việt Nam hiện nay là nền KTTT có sự quản lý của nhà nước, theo định hướng XHCN. Hoạt động quản lý của nhà nước trong nền kinh tế này vừa phải tuân theo sự dẫn dắt, chi phối bởi những nguyên tắc và bản chất của CNXH vừa phải thỏa mãn các yêu cầu của KTTT. Một trong những yếu tố cơ bản quy định kinh tế thị trường là cơ chế vận hành của nó. Đặc trưng của cơ chế này là cạnh tranh tự do. Cơ chế cạnh tranh thị trường là cơ chế tự điều chỉnh, giúp nền kinh tế tạo lập sự cân bằng mỗi khi bị trục trặc. Cạnh tranh cũng chính là cơ chế chủ yếu để phân bổ các nguồn lực trong nền kinh tế thị trường. Thông qua cạnh tranh, các nguồn lực được rút ra khỏi những

ngành, những lĩnh vực hoạt động kém hiệu quả, di chuyển đến những nơi có lợi thế phát triển và thu được lợi nhuận cao hơn. Tuy nhiên, nghiên cứu của Keynes và P.A. Samuelson cho thấy, có hai yếu tố nguy cơ phá vỡ cạnh tranh hoàn hảo là tình trạng độc quyền và sự can thiệp của nhà nước. Bên cạnh những ưu điểm là năng động và thích ứng cao, “bàn tay vô hình” cũng có thể đưa nền kinh tế đến những sai lầm. Những tác động của nhà nước nhằm khắc phục các khuyết tật của thị trường có thể tạo ra sự can thiệp quá khả năng điều tiết cần thiết, làm cho nguyên tắc tự do cạnh tranh bị vi phạm, tạo ra bất bình đẳng trong kinh doanh.

Trong những nhà nước sở hữu môi trường kinh doanh không bình đẳng, sẽ có những doanh nghiệp được lợi và có những doanh nghiệp bị thiệt hại. Hệ quả có thể là, những doanh nghiệp hoạt động quản trị yếu kém lại không bị sa thải khỏi thị trường và những doanh nghiệp quản trị kinh doanh tốt cũng chưa hẳn đã trở thành người chiến thắng trên thương trường. Điều đó sẽ làm giảm động lực cho các nhà đầu tư. Cơ chế bất bình đẳng mặc dù vẫn đem lại lợi ích cho một số doanh nghiệp, nhưng điều đó chỉ có thể tạo ra những lợi ích cho một số doanh nghiệp trong ngắn hạn và sẽ tiềm ẩn nhiều rủi ro ở tương lai. Những khó khăn, bất lợi không báo trước sẽ tác động đến khả năng phát triển bền vững của chính các doanh nghiệp và toàn bộ nền kinh tế. Đó là lý do mà hầu hết các nhà đầu tư đều cần đến một môi trường kinh doanh bình đẳng và minh bạch, lợi nhuận phản ánh được giá trị hoạt động đích thực của doanh nghiệp. Bất lợi của những nền kinh tế có môi trường kinh doanh bất bình đẳng là khó khăn trong thu hút vốn đầu tư. Các nguồn vốn đang được đầu tư có thể bị rút lại, chuyển hướng, tìm đến môi trường đầu tư bình đẳng, hấp dẫn hơn. Hậu quả để lại cho nền kinh tế đó thường là sự sụt giảm vốn đầu tư, không bình ổn được mức sản xuất, tác động trực tiếp vào tăng trưởng kinh tế, thậm chí gây bất ổn kinh tế vĩ mô.

Ở Việt Nam, ngay từ Văn kiện Đại hội Đảng toàn quốc lần thứ X đã chỉ rõ: “Đặt các doanh nghiệp có vốn nhà nước vào môi trường hợp tác và cạnh tranh bình đẳng với các doanh nghiệp khác để nâng cao hiệu quả và sức cạnh tranh. Thu hẹp tối đa diện nhà nước độc quyền kinh doanh, xóa bỏ đặc quyền kinh doanh của doanh nghiệp”. Cùng với việc xác định vai trò chủ đạo của KTNN, trong Chiến lược phát triển kinh tế - xã hội (2011-2020) cũng nhấn mạnh: “Tạo môi trường cạnh tranh bình đẳng giữa các thành phần kinh tế, khuyến khích phát triển các hình thức tổ chức sản xuất kinh doanh với sở hữu hỗn hợp mà chủ yếu là các doanh nghiệp cổ phần để loại hình kinh tế này trở thành phổ biến trong nền kinh tế thúc đẩy xã hội hóa sản xuất kinh doanh và sở hữu. Hoàn thiện cơ chế chính sách để phát triển kinh tế tư nhân trở thành một trong những động lực của nền kinh tế”.

Tại kỳ họp thứ 5, Quốc hội khóa XIII đang diễn ra tại Hà Nội, các đại biểu Quốc hội đã cho nhiều ý kiến về Điều 54 (sửa đổi, bổ sung các điều 15, 16 19, 20 và 21) trong Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992 lần này. Tựu trung lại, về thành phần kinh tế:

- Nhất trí với Phương án 1 (23 ý kiến ở 15 tổ) nhưng đề nghị bỏ đoạn cuối Điều này “KTNN cùng với kinh tế tập thể...” (1 ý kiến ở 1 tổ); đề nghị quy định vai trò của KTNN và kinh tế tập thể cho phù hợp với Cương lĩnh, đường lối của Đảng (1 ý kiến ở 1 tổ).

- Nhất trí với Phương án 2 (52 ý kiến ở 13 tổ) nhưng đề nghị: bổ sung cụm từ “có sự quản lý của nhà nước” vào sau cụm từ “nền KTTT định hướng XHCN” (2 ý kiến ở 1 tổ), làm rõ “KTNN” là kinh tế của Nhà nước nói chung hay kinh tế của doanh nghiệp nhà nước (1 ý kiến ở 1 tổ); đề nghị khẳng định “thành phần kinh tế nhà nước giữ vai trò chủ đạo” (1 ý kiến ở 1 tổ).

- Nhất trí với Phương án 3 (30 ý kiến ở 14 tổ).

Về tính chất của nền kinh tế, các đại biểu đề nghị cần nhắc tính chất “định hướng

XHCN” của nền kinh tế; nếu quy định trong Hiến pháp thì cần làm rõ “hàm lượng” của KTTT định hướng XHCN là như thế nào; nếu không làm rõ, đề nghị chỉ quy định tính chất của nền kinh tế là KTTT “có định hướng của Nhà nước” (2 ý kiến ở 1 tổ). Ý kiến khác đề nghị bỏ cụm từ “định hướng XHCN” vì không phù hợp với kiến trúc thượng tầng (1 ý kiến ở 1 tổ).

3. Xây dựng thể chế kinh tế bình đẳng là tạo điều kiện thúc đẩy kinh tế nhà nước phát triển

KTNN là lực lượng vật chất quan trọng cho những bảo đảm về chi tiêu công của bộ máy nhà nước và là công cụ để nhà nước điều tiết nền kinh tế. Khi đánh giá về vai trò của KTNN, nhiều quan điểm đã đề cao vị trí của DNNN, thậm chí đồng nhất KTNN vào DNNN. Thực chất, thành phần KTNN có phạm vi rộng hơn DNNN, với các cấu thành cơ bản như: hệ thống bảo hiểm nhà nước, dự trữ quốc gia, DNNN, tài nguyên quốc gia, NSNN và phần vốn của nhà nước trong các doanh nghiệp phi nhà nước. Do tính chất tổ chức và hoạt động khác nhau, sự phát triển hay yếu kém của mỗi yếu tố cấu thành đều chịu sự tác động từ môi trường kinh tế, xã hội, chi phối đến sức mạnh và vai trò của thành phần KTNN. Với môi trường cạnh tranh bình đẳng, những tác động đem lại cho NSNN, DNNN, dự trữ quốc gia và tài nguyên quốc gia đều mang nghĩa tích cực, có giá trị thúc đẩy KTNN phát triển.

- Đối với NSNN: Thu NSNN có thể đến từ thuế, phí, thu từ đất đai, bán tài sản công... Tuy nhiên, nguồn thu chủ yếu của nhà nước lại là thu từ thuế của các doanh nghiệp. Tiêu chí thu NSNN bền vững đòi hỏi một tỷ lệ áp đảo thu thuế từ các hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp và các khoản thu chịu nhiều tác động của yếu tố ngoại sinh (xuất khẩu tài nguyên, các khoản thu từ bán tài sản công) phải chiếm tỷ trọng thấp trong tổng thu NSNN. Như thế, thu NSNN có mối quan hệ trực tiếp với môi trường đầu tư của nhà nước. Trong những môi trường đầu tư có phân biệt đối xử, chứa đựng nhiều rủi ro sẽ

làm giảm động lực đầu tư. Khi các nhà đầu tư tư nhân đối mặt với việc thu lại đất của DNNN để kinh doanh, tiếp cận dịch vụ công và các nguồn vốn khó khăn hơn DNNN sẽ tạo ra những hàng hóa, dịch vụ chênh lệch về giá sản xuất và giảm tính cạnh tranh. Điều đó thường làm suy giảm nguồn vốn đầu tư và giảm thu NSNN. Ngược lại, nếu nhà nước thiết lập được thể chế KTTT bình đẳng sẽ tạo tâm lý tốt cho các nhà đầu tư mở rộng sản xuất kinh doanh, thu hút các nguồn vốn đầu tư tư nhân trong nước và vốn đầu tư nước ngoài. Nguồn thu của NSNN từ thuế của các doanh nghiệp vì thế cũng sẽ gia tăng.

- Đối với DNNN: Các DNNN vốn quen với sự ưu tiên thường hoạt động trong điều kiện độc quyền và kém hiệu quả. Với cơ chế bảo lãnh từ vốn vay đến trả nợ, DNNN nhiều năm không có cạnh tranh, giảm động lực kinh doanh. Nhiều DNNN ỷ lại vào nhà nước, làm ăn thua lỗ kéo dài trong cơ chế kiểm soát lỏng lẻo. Sản phẩm của sự bảo lãnh, trợ cấp từ phía nhà nước là những tập đoàn kinh tế hoạt động kém hiệu quả, thậm chí làm thất thoát tài sản lớn. Một số DNNN làm ăn thua lỗ lại được núp dưới bóng các tổng công ty, sáp nhập vào công ty khác. Trong thể chế thị trường bình đẳng, các ưu tiên sẽ được xóa bỏ, DNNN tổ chức hoạt động theo nguyên tắc chung. Cơ chế kiểm soát của nhà nước và cơ chế kiểm soát nội bộ của doanh nghiệp chặt chẽ, theo chuẩn mực của KTTT. Các DNNN hoạt động kinh doanh thua lỗ, tùy theo mức độ có thể bị giải thể hoặc phá sản. Trong điều kiện không còn sự ưu tiên, các DNNN buộc phải cạnh tranh, vươn lên, hoạt động có hiệu quả để tồn tại và phát triển. Khi vốn đầu tư của nhà nước được bảo toàn và phát triển, DNNN sẽ đóng góp nhiều hơn cho NSNN và tăng trưởng GDP.

- Đối với tài nguyên quốc gia: Thông qua cơ chế, chính sách bình đẳng, các nguồn lực kinh tế, tài nguyên quốc gia sẽ được phân bổ có hiệu quả hơn. Nếu như trước đây việc mua, bán tài nguyên chỉ tập trung vào DNNN thì các chính sách cho thuê đất đai, khai thác tài nguyên quốc gia sẽ tiết kiệm,

hiệu quả hơn khi có sự tham gia đấu thầu của mọi thành phần kinh tế. Phương pháp đấu thầu công khai, bình đẳng giúp cho nhà nước mua được sản phẩm với giá thành rẻ, chất lượng cao khi các nhà thầu có cạnh tranh bán. Khi nhà nước cho khai thác tài nguyên, việc đấu thầu công khai, bình đẳng cũng cho phép nhà nước bán được hàng hóa, tài nguyên với giá cao đi kèm những điều kiện bảo vệ tài nguyên, môi trường tốt nhất.

- Đối với dự trữ quốc gia: Trong điều kiện kinh doanh bình đẳng, vốn đầu tư toàn xã hội và nguồn thu ngân sách tăng là cơ sở để tăng tích lũy, tăng nguồn dự trữ quốc gia.

Mặc dù đều là yếu tố cấu thành của thành phần KTNN nhưng NSNN được đánh giá là yếu tố có khả năng chi phối nhiều nhất đến KTNN. Trên danh nghĩa, DNNN có đóng góp khoảng trên 70% tổng thu NSNN, nhưng thực tế, hầu hết các DNNN hoạt động cạnh tranh kém hiệu quả. Theo báo cáo của Ủy ban Thường vụ Quốc hội thì doanh thu và tỷ suất lợi nhuận trên vốn tại các DNNN lại rất thấp. Chỉ tính riêng năm 2008 có đến 56/91 tập đoàn, tổng công ty nhà nước có tỷ suất lợi nhuận trên vốn chủ sở hữu đạt mức dưới 15%, tức là thấp hơn mặt bằng lãi suất trong năm 2008 (là năm có chỉ số CPI trung bình lên tới 20%). Gần đây, nhiều tập đoàn kinh tế lớn thua lỗ, thất thoát hàng chục, hàng trăm ngàn tỷ đồng như Vinashin, Sông Đà, EVN, PVN. Còn những đóng góp thực tế cho NSNN chủ yếu lại do các doanh nghiệp trong các ngành khai khoáng thực hiện. Vì thế đóng góp này không thuộc về DNNN mà thực chất là những đóng góp của tài nguyên quốc gia. Hơn nữa, trong các nền KTTT, chức năng cơ bản của nhà nước là tạo lập môi trường kinh doanh bình đẳng cho các chủ thể thị trường hoạt động, nhà nước không đầu tư vốn để kinh doanh, cạnh tranh với tư nhân. Với chủ trương xây dựng và hoàn thiện thể chế KTTT bình đẳng, DNNN ở Việt Nam đã và đang giảm mạnh. Trong khoảng trên 500.000 doanh nghiệp

đang tồn tại chỉ còn khoảng hơn 1000 doanh nghiệp nhà nước nắm 100% vốn. Điều đó cho thấy, nguồn thu NSNN sẽ phụ thuộc chủ yếu vào hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp dân doanh, doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài hơn là DNNN. Do đó, tạo môi trường kinh doanh bình đẳng là một trong những yếu tố tạo ra khả năng thu hút vốn đầu tư, tăng thu cho NSNN và thành phần KTNN.

Xác định vai trò chủ đạo của KTNN, điều đó đòi hỏi KTNN phải: “.. là lực lượng vật chất quan trọng để nhà nước định hướng và điều tiết nền kinh tế, tạo môi trường và điều kiện thúc đẩy các thành phần kinh tế cùng phát triển”⁵. Tiêu chí đánh giá sự chủ đạo có thể là: tỷ trọng một thành phần kinh tế trong nền kinh tế nhiều thành phần; hàm lượng và chất lượng khoa học công nghệ được ứng dụng và sản xuất; khả năng chi phối thị trường, cung ứng hàng hóa, dịch vụ cho xã hội; khả năng tạo việc làm cho xã hội; dẫn dắt các thành phần kinh tế khác phát triển phù hợp định hướng nhà nước.

Về bản chất, các thành phần kinh tế được biểu hiện dưới dạng tài sản. Lực lượng vật chất này không tự phát huy tác dụng, vai trò mà do các chủ sở hữu của nó quyết định. Khi chủ sở hữu tài sản được nhà nước trao quyền, họ sẽ điều tiết thị trường theo cách có lợi nhất cho họ. Chính vì lẽ đó, không thể trao vai trò điều tiết nền kinh tế cho DNNN hay doanh nghiệp tư nhân. Chỉ có nhà nước, với tư cách là người đại diện cho lợi ích chung mới có thể điều tiết nền kinh tế, hướng các chủ thể hoạt động vì lợi ích cục bộ phù hợp với lợi ích chung. Nhà nước sử dụng các lực lượng vật chất như nguồn dự trữ quốc gia, tài nguyên quốc gia và hệ thống các doanh nghiệp khi cần thiết để điều tiết, phủ trống nhu cầu xã hội nếu hàng hóa thiếu. Nhà nước cũng quyết định thu mua vào dự trữ quốc gia những hàng hóa, góp

(Xem tiếp trang 29)

5 Đảng Cộng sản Việt Nam (2011), Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XI, Nxb. Chính trị quốc gia - Sự thật, Hà Nội.

Những đảm bảo cho đại biểu Quốc hội và các kiến nghị bổ sung

ĐINH THANH PHƯƠNG*

1. Tổng quan về đại biểu Quốc hội và các đảm bảo cho hoạt động của đại biểu Quốc hội

1.1 Đại biểu Quốc hội

Theo quy định của Hiến pháp 1992 (sửa đổi, bổ sung 2001) thì Quốc hội là cơ quan quyền lực cao nhất của nước ta và là cơ quan đại biểu cao nhất của nhân dân¹. Thành viên của Quốc hội là các đại biểu Quốc hội (ĐBQH), “những công dân ưu tú trong các lĩnh vực hoạt động của Nhà nước và xã hội”², những người được nhân dân trực tiếp bầu ra trên cơ sở tổng tuyển cử tự do trên phạm vi cả nước³. “ĐBQH là người đại diện cho ý chí, nguyện vọng của nhân dân, không chỉ đại diện cho nhân dân ở đơn vị bầu cử ra mình mà còn đại diện cho nhân dân cả nước”⁴.

Quyền lực nhà nước của nước ta được tổ chức theo nguyên tắc tập quyền xã hội

chủ nghĩa⁵, nghĩa là tất cả quyền lực là thuộc về nhân dân⁶. Và do đó, tất cả các cơ quan nhà nước một cách trực tiếp (đối với những cơ quan do nhân dân trực tiếp bầu ra như Quốc hội và Hội đồng nhân dân - HĐND) hay gián tiếp (đối với những cơ quan phái sinh từ Quốc hội hoặc HĐND) đều nhận quyền lực từ nhân dân⁷. ĐBQH do nhân dân trực tiếp bầu, nên ĐBQH cũng mang quyền lực nhà nước. Do đó, hoạt động của ĐBQH có tác động to lớn đến xã hội và kết quả hoạt động của ĐBQH ảnh hưởng trực tiếp đến quyền và lợi ích của nhân dân. Bên cạnh đó, ĐBQH có vai trò quyết định trong việc thực hiện ba chức năng lớn của Quốc hội là lập hiến và lập pháp, quyết định những vấn đề quan trọng của đất nước và giám sát tối cao⁸ bởi vì hiệu quả hoạt động của Quốc hội được đảm bảo bằng chính hiệu quả hoạt động của ĐBQH⁹.

* **ThS. Khoa Luật, Đại học Cần Thơ**

1 Hiến pháp 1992, Điều 83.

2 Trường đại học Luật Hà Nội, Giáo trình luật Hiến pháp Việt Nam, 2004, Hà Nội, Nxb. Công an nhân dân, tr.381.

3 Luật bầu cử ĐBQH 1997 được sửa đổi, bổ sung năm 2001 và 2010, Điều 1.

4 Hiến pháp 1992, Điều 97.

5 Khoa Luật, Đại học quốc gia Hà Nội, Giáo trình luật Hiến pháp Việt Nam, 2006, Hà Nội, Nxb. Đại học quốc gia Hà Nội, tr.85.

6 Hiến pháp 1992, Điều 2.

7 Khoa Luật, Đại học quốc gia Hà Nội, Giáo trình luật Hiến pháp Việt Nam, 2006, Hà Nội, Nxb. Đại học quốc gia Hà Nội, tr.86.

8 Hiến pháp 1992, Điều 83.

9 Luật tổ chức Quốc hội 2001 được sửa đổi, bổ sung năm 2007 (gọi tắt là Luật tổ chức Quốc hội 2001), Điều 4.

1.2 Những đảm bảo cho hoạt động của ĐBQH

Hoạt động của ĐBQH có vai trò rất quan trọng trong bộ máy nhà nước. Vì thế, để giúp cho các hoạt động của ĐBQH đạt được hiệu quả cao nhất, Luật tổ chức Quốc hội và Quy chế hoạt động của ĐBQH và Đoàn ĐBQH đã có những đảm bảo hết sức thiết thực dành cho ĐBQH. Cụ thể:

1.2.1 Đảm bảo về mặt tư pháp

Đảm bảo về mặt tư pháp hay là quyền miễn trừ của ĐBQH được quy định như sau: “Không có sự đồng ý của Quốc hội và trong thời gian Quốc hội không họp, không có sự đồng ý của Ủy ban thường vụ Quốc hội (UBTVQH) thì không được bắt giam, truy tố ĐBQH và không được khám xét nơi ở và nơi làm việc của ĐBQH. Việc đề nghị bắt giam, truy tố, khám xét nơi ở và nơi làm việc của ĐBQH thuộc thẩm quyền của Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân tối cao.

Nếu vì phạm tội quả tang mà ĐBQH bị tạm giữ, thì cơ quan tạm giữ phải lập tức báo cáo để Quốc hội hoặc UBTVQH xét và quyết định”¹⁰.

Như vậy do tính chất quan trọng của những hoạt động do ĐBQH thực hiện và có lẽ cũng chính vì ĐBQH là người mang quyền lực do chính nhân dân trao cho, nên những tác động của các cơ quan nhà nước khác đến cá nhân đại biểu cần phải được tiến hành theo trình tự đặc biệt, phải được sự đồng ý Quốc hội hoặc UBTVQH.

1.2.2 Đảm bảo về việc làm

Tương tự như quyền bất khả xâm phạm thì về mặt việc làm, ĐBQH cũng được đảm bảo bằng quy định của Luật tổ chức Quốc

hội. Có hai đảm bảo khác nhau được áp dụng cho hai nhóm đại biểu khác nhau là đại biểu chuyên trách và đại biểu không chuyên trách.

Đại biểu chuyên trách là những người thoát ly hoàn toàn với công việc nghề nghiệp trước khi được bầu làm ĐBQH và “phải được dành toàn bộ thời gian làm việc cho hoạt động của Quốc hội”¹¹. Theo quy định hiện hành thì số lượng đại biểu chuyên trách chiếm tối thiểu hai mươi lăm phần trăm tổng số ĐBQH¹². Chính vì đặc điểm trên mà vấn đề đặt ra là trong trường hợp kết thúc nhiệm kỳ thì việc làm của đại biểu được giải quyết như thế nào. Để tạo sự an tâm cho đại biểu có thể tập trung vào các hoạt động của Quốc hội, Nhà nước đã đảm bảo rằng “khi ĐBQH hoạt động chuyên trách thôi làm nhiệm vụ đại biểu thì cơ quan, tổ chức có thẩm quyền có trách nhiệm bố trí công tác cho ĐBQH” và “thời gian ĐBQH hoạt động chuyên trách được tính vào thời gian công tác liên tục”¹³.

Thứ hai là đảm bảo dành cho ĐBQH không chuyên trách. Theo quy định, đại biểu không chuyên trách là những đại biểu chỉ phải “dành ít nhất một phần ba thời gian làm việc để thực hiện nhiệm vụ đại biểu”¹⁴. Điều này đồng nghĩa với việc là đại biểu không chuyên trách phải làm hai công việc cùng lúc: công việc của ĐBQH (ít nhất một phần ba thời gian làm việc) và công việc nghề nghiệp của họ (nhiều nhất hai phần ba thời gian). Như vậy, khi một người trở thành ĐBQH thì chắc chắn là hiệu quả công việc gắn với nghề nghiệp của họ ít nhiều bị ảnh hưởng. Mặc dù luật đã quy định là “cơ quan, tổ chức, đơn vị nơi đại biểu làm việc có trách nhiệm tạo Điều kiện để đại biểu thực hiện nhiệm vụ”¹⁵ nhưng khó có thể nói rằng,

10 Luật tổ chức Quốc hội 2001, Điều 58, đoạn 1, 2.

11 Trường đại học Luật Hà Nội, Giáo trình luật Hiến pháp Việt Nam, 2004, Hà Nội, Nxb. Công an nhân dân, tr. 389.

12 Luật tổ chức Quốc hội 2001, Điều 45.

13 Luật tổ chức Quốc hội 2001, Điều 59.

14 Luật tổ chức Quốc hội 2001, Điều 47, đoạn 3.

15 Luật tổ chức Quốc hội 2001, Điều 47, đoạn 3.

họ không thể bị mất việc từ sự ảnh hưởng trên. Điều này sẽ là một mối bận tâm rất lớn đối với những ai trở thành đại biểu không chuyên trách. Vì sợ mất việc làm, họ sẽ chỉ tập trung cho công việc nghề nghiệp và sẽ xao nhãng nhiệm vụ đại biểu. Chính vì lý do đó, ĐBQH không chuyên trách được đảm bảo rằng sẽ “không thể bị cơ quan, đơn vị nơi đại biểu làm việc cách chức, buộc thôi việc, nếu không được UBTVQH đồng ý”¹⁶.

1.2.3 Những đảm bảo khác

Bên cạnh đảm bảo về mặt tư pháp và việc làm thì ĐBQH còn được đảm bảo trong việc tiếp cận thông tin và tài liệu có liên quan đến Quốc hội, cơ quan của Quốc hội, nghị quyết của HĐND cấp tỉnh; được cung cấp Công báo, báo và tạp chí có liên quan đến hoạt động của đại biểu¹⁷.

ĐBQH được cung cấp các dịch vụ chăm sóc sức khỏe¹⁸, ưu tiên trong việc đi lại¹⁹, được đài thọ lương, phụ cấp và hoạt động phí²⁰.

2. Bất cập và kiến nghị bổ sung

2.1. Bất cập

Như đã phân tích ở trên, những đảm bảo được đặt ra là nhằm giúp cho các ĐBQH có đầy đủ các điều kiện cần thiết cũng như sự an tâm về công việc để có thể tập trung thực hiện nhiệm vụ đại biểu. Trong những đảm bảo trên thì đảm bảo về công việc là một đảm bảo hết sức thiết thực, đặc biệt là đảm bảo dành cho ĐBQH không chuyên trách. Bởi vì hiện nay, số lượng ĐBQH không chuyên trách chiếm một tỷ lệ rất lớn trên tổng số ĐBQH. Quốc hội khóa XIII có 346 ĐBQH không chuyên trách trên tổng số 500

đại biểu, chiếm 69,2%²¹. Vì vậy, trong trường hợp các ĐBQH không chuyên trách hoạt động không hiệu quả chỉ vì sự bất an liên quan đến công việc của họ thì rõ ràng hiệu quả hoạt động chung của cả Quốc hội sẽ bị ảnh hưởng rất lớn. Tuy nhiên, nhìn vào quy định của Luật tổ chức Quốc hội và Quy chế hoạt động của ĐBQH và Đoàn ĐBQH về đảm bảo này cùng với những quy định pháp luật có liên quan, chúng ta sẽ thấy một bất cập rất lớn cần phải được bổ sung. Theo quy định tại đoạn 5 Điều 58 Luật tổ chức Quốc hội 2001 thì “ĐBQH không thể bị cơ quan, đơn vị nơi đại biểu làm việc cách chức, buộc thôi việc, nếu không được UBTVQH đồng ý”. Như vậy đối tượng được hưởng sự đảm bảo này là các ĐBQH, cụ thể là ĐBQH không chuyên trách; cơ quan thực hiện sự đảm bảo là UBTVQH; trường hợp được đảm bảo là khi ĐBQH bị cơ quan, đơn vị nơi đại biểu làm việc áp dụng một trong hai hình thức kỷ luật là cách chức hoặc buộc thôi việc.

Đối với trường hợp bị cách chức thì không có vấn đề gì, tuy nhiên trường hợp bị áp dụng hình thức kỷ luật dẫn đến bị mất việc thì luật lại giới hạn đối tượng áp dụng. Bởi nếu dựa vào Điều 58 Luật tổ chức Quốc hội 2001 và đối chiếu với các quy định có liên quan của Luật Cán bộ công chức 2008, Luật Viên chức 2010 và Bộ luật Lao động 1994²² thì đối tượng được hưởng sự đảm bảo về việc làm trong trường hợp bị mất việc không phải bao gồm tất cả các ĐBQH không chuyên trách, mà chỉ bao gồm các đại biểu là công chức và viên chức và loại trừ những ĐBQH là cán bộ và người lao động “làm việc trong các doanh nghiệp có vốn

16 Luật tổ chức Quốc hội 2001, Điều 58, đoạn 5.

17 Quy chế hoạt động của ĐBQH và Đoàn ĐBQH 2002, Điều 37.

18 Quy chế hoạt động của ĐBQH và Đoàn ĐBQH 2002, Điều 44.

19 Quy chế hoạt động của ĐBQH và Đoàn ĐBQH 2002, Điều 43.

20 Quy chế hoạt động của ĐBQH và Đoàn ĐBQH 2002, Điều 40.

21 Quốc hội Việt Nam, Thông tin bầu cử, <http://dbqh.na.gov.vn/thong-tin-bau-cu/XIII.aspx>, truy cập ngày 25/7/2012.

22 Bộ luật Lao động 1994 đã được sửa đổi vào các năm 2002, 2006, 2007 và mới đây nhất là 2012 (gọi tắt là Bộ luật Lao động 1994).

đầu tư nước ngoài tại Việt Nam, tại các cơ quan, tổ chức nước ngoài hoặc quốc tế đóng trên lãnh thổ Việt Nam và người nước ngoài làm việc trong các doanh nghiệp, tổ chức và cho cá nhân Việt Nam trên lãnh thổ Việt Nam²³. Bởi vì theo quy định thì ĐBQH chỉ được đảm bảo về việc làm khi và chỉ khi bị buộc thôi việc và hình thức kỷ luật này chỉ áp dụng đối với công chức và viên chức. Cụ thể như sau:

Khoản 1 Điều 79 Luật Cán bộ công chức 2008:

Công chức vi phạm quy định của Luật này và các quy định khác của pháp luật có liên quan thì tùy theo tính chất, mức độ vi phạm phải chịu một trong những hình thức kỷ luật sau đây:

- a) Khiển trách;
- b) Cảnh cáo;
- c) Hạ bậc lương;
- d) Giáng chức;
- đ) Cách chức;
- e) Buộc thôi việc.

Khoản 1 Điều 52 Luật Viên chức 2010

Viên chức vi phạm các quy định của pháp luật trong quá trình thực hiện công việc hoặc nhiệm vụ thì tùy theo tính chất, mức độ vi phạm, phải chịu một trong các hình thức kỷ luật sau:

- a) Khiển trách;
- b) Cảnh cáo;
- c) Cách chức;
- d) Buộc thôi việc.

Còn đối với các ĐBQH là cán bộ thuộc sự điều chỉnh của Luật Cán bộ công chức và những người lao động thuộc đối tượng điều chỉnh của Bộ luật Lao động thì hình thức kỷ luật nặng nhất của cơ quan, đơn vị nơi họ làm việc dành cho họ không phải là buộc thôi việc mà là *bãi nhiệm* và *sa thải*:

Khoản 1 Điều 78 Luật Cán bộ công chức 2008:

Cán bộ vi phạm quy định của Luật này và các quy định khác của pháp luật có liên quan thì tùy theo tính chất, mức độ vi phạm phải chịu một trong những hình thức kỷ luật sau đây:

- a) Khiển trách;
- b) Cảnh cáo;
- c) Cách chức;
- d) Bãi nhiệm.

Khoản 1 Điều 84 Bộ luật Lao động 2004:

Người vi phạm kỷ luật lao động, tùy theo mức độ phạm lỗi, bị xử lý theo một trong những hình thức sau đây:

- a) Khiển trách;
- b) Kéo dài thời hạn nâng lương không quá sáu tháng hoặc chuyển làm công việc khác có mức lương thấp hơn trong thời hạn tối đa là sáu tháng hoặc cách chức;
- c) Sa thải.

Trong cả ba trường hợp cách chức, bãi nhiệm và sa thải, nếu xét về mặt chủ thể thì chỉ có một chủ thể là ĐBQH không chuyên trách, và về mặt tính chất thì các hình thức kỷ luật đều tương tự nhau, đó là hình thức kỷ luật nặng nhất và dẫn đến tình trạng là ĐBQH sẽ mất đi công việc nghề nghiệp của họ. Trên cơ sở này, chúng ta có thể dễ dàng vận dụng phương pháp áp dụng tương tự pháp luật²⁴ để kết luận rằng, cơ quan hay đơn vị nơi ĐBQH làm việc muốn bãi nhiệm hay sa thải đại biểu phải được sự đồng ý của UBND. Tuy nhiên dù sao đây cũng chỉ là kết luận mang tính chất học thuật, còn dựa trên câu chữ của luật thì ĐBQH nếu bị cơ quan, đơn vị nơi họ làm việc bãi nhiệm hay sa thải sẽ không nhận được bất kỳ sự đảm bảo nào cả. Điều này sẽ dẫn đến một số hệ lụy tiêu cực sau:

²³ Bộ luật Lao động 1994, Điều 3.

²⁴ Về phương pháp phân tích luật viết dựa trên nguyên tắc áp dụng tương tự pháp luật, xem Nguyễn Ngọc Điện, Một số vấn đề lý luận về các phương pháp phân tích luật viết, 2006, Hà Nội, Nxb. Tư pháp, tr.94.

- Thứ nhất, các ĐBQH không chuyên trách là cán bộ và người lao động sẽ không yên tâm và tập trung cho các nhiệm vụ đại biểu. Trong trường hợp này, một phần ba thời gian làm việc mà họ dành ra để tham gia các hoạt động của Quốc hội chỉ là hình thức, làm cho có. Quốc hội sẽ có những “nghị gật” đúng nghĩa nếu tình trạng này diễn ra. Bên cạnh đó, ý nghĩa tích cực của những đảm bảo dành cho ĐBQH như đã phân tích ở trên cũng sẽ không đạt được.



- Thứ hai, sự hạn chế này sẽ dẫn đến tình trạng bất bình đẳng không hề nhỏ giữa các ĐBQH không chuyên trách. Cùng thuộc một nhóm ĐBQH có địa vị pháp lý, nhiệm vụ, quyền hạn giống nhau và trong trường hợp cùng chịu hình thức kỷ luật nặng nhất của cơ quan, đơn vị nơi làm việc dẫn đến mất việc thì một số người được sự đảm bảo từ UBTVQH, còn một số khác thì không được. Điều này rõ ràng là vô lý và không công bằng.

- Thứ ba, quy định hiện nay của Luật tổ chức Quốc hội sẽ không khuyến khích những người là cán bộ và người lao động trong các doanh nghiệp hăng hái tham gia ứng cử vào Quốc hội. Từ đây có thể dễ dàng suy ra một hệ lụy tiếp theo là Quốc hội, cơ quan quyền lực cao nhất và đại diện cho toàn thể nhân dân Việt Nam không bao gồm hết được “những công dân ưu tú trong các lĩnh vực hoạt động của Nhà nước và xã hội”²⁵.

2.2. Kiến nghị bổ sung

Từ những phân tích trên, chúng tôi kiến nghị, trong lần xem xét sửa đổi Luật tổ chức Quốc hội sắp tới, Quốc hội nên bổ sung nhằm hoàn thiện các quy định về đảm bảo

có liên quan đến việc làm cho các ĐBQH không chuyên trách. Quốc hội nên sửa đổi đoạn 5 Điều 58 theo một trong hai hướng như sau:

- Hướng thứ nhất: nên bổ sung thêm vào hai hình thức kỷ luật bãi nhiệm và sa thải: “ĐBQH không thể bị cơ quan, đơn vị nơi đại biểu làm việc cách chức, buộc thôi việc, bãi nhiệm hoặc sa thải nếu không được UBTVQH đồng ý.”

- Hướng thứ hai: nên bổ sung thêm một cụm từ mang tính chất mở vào để có thể áp dụng cho các trường hợp bị áp dụng các hình thức kỷ luật tương đương: “ĐBQH không thể bị cơ quan, đơn vị nơi đại biểu làm việc áp dụng hình thức kỷ luật cách chức, buộc thôi việc hay một hình thức kỷ luật tương đương nếu không được UBTVQH đồng ý”. Quy định này sẽ tạo điều kiện thuận lợi trong trường hợp các văn bản luật có liên quan bổ sung thêm một hình thức kỷ luật nào mới tương tự thì cũng không cần phải sửa đổi Luật tổ chức Quốc hội. Nhưng nếu chọn cách sửa đổi này thì cần phải có một văn bản dưới luật để giải thích *hình thức kỷ luật tương đương* là những hình thức nào ■

25 Trường đại học Luật Hà Nội, Giáo trình luật Hiến pháp Việt Nam, 2004, Hà Nội, Nxb. Công an nhân dân, tr.381.

ĐẢM BẢO SỰ VÔ TƯ TRONG HOẠT ĐỘNG CỦA CÁC THIẾT CHẾ TÀI PHÁN QUỐC TẾ

NGUYỄN TIỀN VINH*

Sự hình thành và phát triển nhanh chóng về số lượng, đa dạng về lĩnh vực thẩm quyền của các thiết chế tài phán quốc tế (TPQT) cho thấy quá trình pháp lý hóa mạnh mẽ của các quan hệ quốc tế. Đặc biệt, sự ra đời của các thiết chế xét xử hình sự quốc tế, cũng như sự can dự ngày càng lớn của các cá nhân, thể chế phi nhà nước vào hoạt động của các cơ quan TPQT trong lĩnh vực thương mại, kinh tế quốc tế đánh dấu quá trình chuyển biến mạnh mẽ khác của quan hệ quốc tế và Luật quốc tế: từ chỗ chỉ thể hiện vai trò độc tôn của các quốc gia, quan hệ quốc tế, Luật quốc tế đã dành một phần quan trọng đề cập đến vai trò, vị trí của các cá nhân. Các lĩnh vực như Luật nhân quyền, Luật nhân đạo, Luật hình sự quốc tế, Luật thương mại quốc tế đã chiếm một phần quan trọng trong Luật quốc tế nói chung. Từ những thay đổi này, xuất hiện ngày càng nhiều những nguyên tắc, quy định mang tính giao thoa giữa Luật quốc tế và pháp luật quốc gia. Nguyên tắc đảm bảo sự vô tư trong hoạt động tư pháp tại các cơ quan TPQT là một trong những ví dụ điển hình về sự giao thoa này.

Nguyên tắc đảm bảo sự vô tư của hoạt động tư pháp là một nguyên tắc cơ bản được thừa nhận chung trong pháp luật của mọi

quốc gia. Xuất phát từ pháp luật quốc gia, nguyên tắc này hiện được ghi nhận và đảm bảo thực hiện tại tất cả các thiết chế TPQT, với những cách thức, cấp độ khác nhau, phụ thuộc vào chức năng, thẩm quyền của mỗi thiết chế. Đến lượt mình, việc ghi nhận và thực hiện nguyên tắc tại các thiết chế TPQT sẽ quay lại tác động, ảnh hưởng tích cực đến việc làm sáng tỏ, phát triển nguyên tắc trong pháp luật và thực tiễn hoạt động của các cơ quan tư pháp quốc gia.

1. Đảm bảo sự vô tư trong hoạt động tư pháp: nguyên tắc nền tảng của mọi thiết chế tài phán quốc tế

1.1. Sự phát triển về số lượng và đa dạng về lĩnh vực của các thiết chế TPQT

So với lịch sử lâu đời của quan hệ quốc tế và Luật quốc tế, các thiết chế TPQT là một hiện tượng tương đối mới mẻ. Được hiểu là những cơ quan quốc tế được thành lập trên cơ sở sự thỏa thuận giữa quốc gia, nhằm thực hiện chức năng xét xử thông qua việc áp dụng các quy định của pháp luật quốc tế, các thiết chế TPQT chỉ xuất hiện vào những năm đầu của thế kỷ XX.

Thiết chế tư pháp quốc tế mang tính thường trực đầu tiên là Tòa án công lý Trung Mỹ, được thành lập vào năm 1907, chỉ tồn

* *ThS. Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội.*

tại trong khoảng thời gian tương đối ngắn ngủi¹. Vào năm 1922, Tòa án công lý quốc tế thường trực của Hội Quốc Liên - tiền thân của Tòa án công lý quốc tế (Tòa án ICJ) của Liên hiệp quốc (LHQ) - được thành lập. Tòa án ICJ được thành lập năm 1946 với tư cách “là cơ quan xét xử chính của LHQ”, là cơ quan xét xử các tranh chấp quốc tế giữa các quốc gia quan trọng nhất hiện nay^{2,3}. Sau sự ra đời của LHQ và Tòa án ICJ, trong vài thập kỷ gần đây, nhân loại chứng kiến sự ra đời của hàng loạt các thiết chế TPQT mới.

Nhằm xét xử các tranh chấp quốc tế giữa các quốc gia hoặc với sự tham gia của các quốc gia, có sự hình thành của Tòa án Luật biển quốc tế (Tòa án ITLOS), Tòa án công lý châu Âu, Tòa án công lý châu Mỹ, Tòa án công lý châu Phi, Tòa án nhân quyền châu Âu (ECHR), Tòa án nhân quyền châu Mỹ, Tòa án nhân quyền châu Phi. Gần đây, cùng với sự ra đời của Tổ chức Thương mại thế giới (WTO), đã hình thành Cơ quan giải quyết tranh chấp (DSB) và Cơ quan phúc thẩm thường trực trong cơ chế giải quyết tranh chấp của tổ chức này. Với vai trò, sự ảnh hưởng ngày càng tăng của mình, Cơ quan phúc thẩm của WTO được đánh giá là một Tòa án của thế giới (World Court) trong lĩnh vực kinh tế, thương mại giữa các quốc gia.

Trong lĩnh vực hình sự cũng chứng kiến sự ra đời và phát triển nhanh chóng của các thiết chế xét xử quốc tế. Ngay sau đại chiến thế giới thứ II, nhân loại chứng kiến sự thành lập hai Tòa án quân sự quốc tế đặc biệt tại Nuremberg và Tokyo nhằm xét xử các tội phạm chiến tranh thuộc khối trục phát xít Đức, Nhật. Vào năm 1994, 1995 trên cơ sở

các nghị quyết của Hội đồng Bảo an (HĐBA) của LHQ, ra đời Tòa án hình sự quốc tế đặc biệt dành cho Nam Tư cũ (Tòa án ICTY) và Tòa án hình sự quốc tế đặc biệt dành cho Rwanda (Tòa án ICTR), nhằm xét xử các tội ác quốc tế diễn ra trong bối cảnh các xung đột sắc tộc và nội chiến tại các quốc gia này. Vào năm 1998, các nước đã ký kết Công ước Roma thành lập Tòa án hình sự quốc tế (Tòa án ICC). Tòa án này chính thức đi vào vận hành năm 2002 và trở thành thiết chế tư pháp hình sự quốc tế mang tính thường trực duy nhất, quan trọng nhất hiện nay. Gần đây, song song và tiếp sau sự ra đời của Tòa án ICC, xuất hiện mô hình xét xử hình sự đặc biệt, “hỗn hợp” giữa tính quốc gia và quốc tế. Đó là các thiết chế xét xử hình sự được thành lập tại Campuchia, Sierra Leone...⁴

Cho đến thời điểm hiện tại, một thống kê tương đối cho thấy có khoảng hơn 20 cơ quan TPQT đã được thành lập bởi các quốc gia. Các cơ quan này có tên gọi, mô hình tổ chức và thẩm quyền xét xử hết sức đa dạng. Nếu căn cứ vào đối tượng chịu sự xét xử của chúng, có thể phân chúng thành ba nhóm chính. Nhóm thứ nhất bao gồm các cơ quan xét xử có thẩm quyền giải quyết các tranh chấp quốc tế giữa các quốc gia. Trường hợp của Tòa án ICJ, Tòa án ITLOS, các Tòa án công lý khu vực và Cơ quan phúc thẩm thường trực của WTO là những ví dụ điển hình cho các cơ quan thuộc nhóm này. Nhóm thứ hai bao gồm các cơ quan xét xử quốc tế nhằm giải quyết các tranh chấp giữa các cá nhân với các quốc gia. Các Tòa án nhân quyền ở châu Âu, châu Phi, châu Mỹ, hay thậm chí là Trung tâm giải quyết tranh

1 Xem Ruth Mackenzie, Philippe Sands, *International Courts and Tribunals and the Independence of the International Judge*, *Harvard International Law Journal*, Vol. 44, 2003, p. 272-273.

2 Kể từ 1947, khi vụ việc đầu tiên được giải quyết tại ICJ, đến ngày 25/1/2012, đã có 152 vụ việc được đưa ra toà án. Xem thông tin tại: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3>

3 Điều 92, Hiến chương LHQ; Điều 1 của Quy chế của Tòa án ICJ.

4 Xem Thỏa thuận giữa LHQ và Chính phủ Sierra Leone về Tòa án đặc biệt dành cho Sierra Leone, ký tại Freetown ngày 16/1/2002.

chấp giữa nhà đầu tư nước ngoài với chính phủ nước tiếp nhận đầu tư là những ví dụ trong trường hợp này. Cuối cùng, nhóm thứ ba bao gồm các cơ quan xét xử hình sự quốc tế, nhằm xét xử các tội phạm được coi là “tội ác quốc tế” như trường hợp của Tòa án ICC, các Tòa án hình sự quốc tế *Ad-hoc* ICTY và ICTR được thành lập trên cơ sở các quyết định của HĐBA của LHQ, hay các Tòa án hình sự đặc biệt được thành lập trên cơ sở hợp tác giữa LHQ với một nước có liên quan.

1.2. Sự ghi nhận nguyên tắc đảm bảo sự vô tư trong hoạt động tư pháp tại các thiết chế TPQT

Nguyên tắc đảm bảo sự vô tư là một trong những nguyên tắc cơ bản được ghi nhận trong quy chế, hay quy tắc tổ tụng của tất cả các cơ quan xét xử quốc tế, cho dù đó là cơ quan có thẩm quyền xét xử các tranh chấp giữa các quốc gia, là cơ quan có thẩm quyền giải quyết các khiếu kiện của cá nhân đối với các quốc gia, hay là cơ quan xét xử quốc tế các hành vi phạm tội hình sự của các cá nhân. Điều 20 Quy chế của Tòa án ICJ quy định: “Mỗi thành viên của Tòa án, trước khi nhận nhiệm vụ, phải trình trọng tuyên thệ trong phiên họp công khai của Tòa án là sẽ thực thi nhiệm vụ một cách hoàn toàn vô tư và tận tâm”⁵.

Khoản 1 Điều 3 bản Quy tắc của Tòa án ECHR quy định: “Trước khi nhận nhiệm vụ, mỗi thẩm phán được bầu chọn phải trình trọng tuyên thệ hoặc tuyên bố tại phiên họp toàn thể đầu tiên của Tòa án mà thẩm phán tham dự, hoặc nếu cần, trước Chánh án của Tòa án như sau: “Tôi xin thề” hoặc “Tôi trình trọng tuyên bố” - “rằng tôi sẽ thực thi nhiệm vụ của mình với danh dự, với sự độc lập và vô tư, và rằng tôi sẽ tôn trọng bí mật các phiên thảo luận án của tòa”.

Điều 45 Quy chế của Tòa án ICC quy định: “Trước khi nhận nhiệm vụ theo Quy chế này, các Thẩm phán, Trưởng Công tố, các Phó Công tố, Chánh Lục sự, và Phó Lục sự phải tuyên thệ từng người một trước Tòa là sẽ thực hiện chức năng của mình một cách vô tư và tận tâm”.

Điều 13 Quy chế Tòa án ICTY, tương tự như điều 12 Quy chế Tòa án ICTR cũng đòi hỏi các thẩm phán của Tòa án phải là những người có phẩm chất đạo đức nổi trội, có năng lực và hoàn toàn vô tư. Điều 76 Quy tắc thủ tục và chứng cứ của Tòa án ICTY còn quy định nghĩa vụ vô tư của phiên dịch viên với tư cách là người tham gia tố tụng: “Trước khi nhận nhiệm vụ, mọi phiên dịch viên phải đưa ra một lời tuyên bố trình trọng, theo đó phiên dịch viên cam kết thực thi nhiệm vụ của mình với sự trung thực, độc lập và vô tư trong sự tôn trọng một cách đầy đủ nghĩa vụ giữ bí mật”⁶.

Đặc biệt, đối với các cơ quan xét xử quốc tế về nhân quyền và hình sự, các điều ước quốc tế về nhân quyền, nhân đạo quốc tế chính là những nguồn pháp luật cơ bản được áp dụng. Tại những văn kiện này, một trong những nguyên tắc cơ bản được thừa nhận chung là nguyên tắc vô tư của các cơ quan tư pháp. Hàng loạt các văn kiện pháp lý quốc tế ghi nhận quyền có một phiên tòa xét xử công bằng, độc lập, vô tư được thành lập trên cơ sở pháp luật là một trong những quyền cơ bản của các cá nhân. Quyền này phải được các cơ quan xét xử quốc tế tôn trọng. Điều 10 của Tuyên ngôn quốc tế về nhân quyền năm 1948 nêu rõ: “Mọi người đều bình đẳng về quyền được xét xử công bằng và công khai bởi một Tòa án độc lập và vô tư để xác định những quyền và nghĩa vụ của họ, cũng như về bất cứ sự buộc tội nào đối với họ”.

5 Xem quy định tương tự tại điều 4 bản Quy tắc của Tòa án ICJ.

6 Xem quy định tương tự tại điều 76 Quy tắc thủ tục và chứng cứ của Tòa án ICTR, phiên bản sửa đổi ngày 14/3/2008.

Điều 14.1 của Công ước quốc tế về các quyền dân sự và chính trị quy định: “Mọi người đều có quyền được xét xử công bằng và công khai bởi một Tòa án có thẩm quyền, độc lập, vô tư và được lập ra trên cơ sở pháp luật để quyết định về lời buộc tội đối với người đó trong các vụ án hình sự, hoặc để xác định quyền và nghĩa vụ của người đó trong các vụ kiện dân sự”.

Các điều khoản tương tự cũng được tìm thấy tại Điều 6.1 của Công ước châu Âu về nhân quyền, Điều 7.1 của Hiến chương châu Phi về các quyền của con người và của các dân tộc, Điều 8.1 Hiến chương nhân quyền của châu Mỹ.

Các cơ quan xét xử quốc tế, đặc biệt là các cơ quan xét xử về hình sự và nhân quyền không những phải tôn trọng, áp dụng các quy định trên, mà trong quá trình hoạt động của mình, còn không ngừng giải thích, làm sáng tỏ nội dung, giá trị và cách thức áp dụng của chúng. Nói cách khác, các cơ quan xét xử quốc tế vừa là những chủ thể có trách nhiệm thực thi nguyên tắc đảm bảo sự vô tư của tư pháp, nhưng đồng thời cũng là những chủ thể góp phần quan trọng vào việc làm sáng tỏ, thậm chí vào sự phát triển của nguyên tắc này.

2. Yêu cầu và những thách thức của nguyên tắc đảm bảo sự vô tư trong hoạt động tư pháp của các thiết chế tư pháp quốc tế

2.1. Việc bầu chọn nhân sự của các Tòa án

Các điều kiện bầu chọn, phương thức và thủ tục bầu chọn không những ảnh hưởng đến chất lượng, mà còn ảnh hưởng đến sự

độc lập, vô tư của các nhân sự các thiết chế tư pháp quốc tế. Một số những nhân tố sau đây của quá trình bầu chọn có thể trực tiếp ảnh hưởng đến sự vô tư này.

Thứ nhất, hoạt động bầu chọn các nhân sự của các thiết chế tư pháp quốc tế chủ yếu do chính các quốc gia thành viên của thiết chế tư pháp quyết định⁷. Trong tuyệt đại đa số các trường hợp, các nhân sự của các thiết chế tư pháp quốc tế trước hết được giới thiệu bởi chính quốc gia mà họ mang quốc tịch. Các nhân sự này, trong nhiều trường hợp đã từng là nhân viên ngoại giao, tư pháp cấp cao của quốc gia, hay đã từng là chuyên gia, tư vấn cho quốc gia. Điều này dẫn đến nguy cơ là các nhân sự đó, một khi được bầu chọn, có thể có sự thiên vị đối với bên tranh chấp là quốc gia mà họ mang quốc tịch. Thậm chí, sự không vô tư của nhân sự của Tòa án còn có thể xảy ra ngay cả khi vụ án có liên quan đến những cá nhân mà họ có cùng quốc tịch, hoặc liên quan đến quốc gia hay công dân của quốc gia có quan hệ gần gũi hay đồng minh với quốc gia mà nhân sự mang quốc tịch. Một nghiên cứu thống kê được thực hiện đối với trường hợp Tòa án ICJ của LHQ cho thấy, đối với một vụ việc thông thường, khả năng thẩm phán biểu quyết cho nguyên đơn hoặc bị đơn là 50 - 50. Tuy nhiên, nếu một bên trong vụ tranh chấp là quốc gia mà thẩm phán mang quốc tịch, xác suất thẩm phán bỏ phiếu cho quốc gia mình mang quốc tịch chiếm đến 80 đến 90%⁸.

Thứ hai, sự vô tư của các nhân sự của các thiết chế tư pháp quốc tế, đặc biệt là các thẩm phán cũng có thể bị ảnh hưởng bởi yếu tố địa lý, văn hóa khu vực hay truyền thống

⁷ Chẳng hạn, theo điều 8 Quy chế Tòa án ICJ, Đại hội đồng và HĐBA của LHQ cùng đồng thời bầu chọn các thẩm phán của Tòa; Thẩm phán của Tòa án ITLOS được bầu chọn bởi Hội nghị toàn thể của các nước thành viên (điều 4 Quy chế); Các thẩm phán của Tòa án ICTY Đại hội đồng LHQ bầu trên cơ sở danh sách ứng viên được giới thiệu bởi HĐBA (điều 13 Quy chế); Thẩm phán của Tòa án công lý châu Âu được bầu chọn tại Hội đồng châu Âu (Hội đồng bộ trưởng).

⁸ Eric A. Posner and Miguel F. P. de Figueiredo, *Is the International Court of Justice Biased?*, *The Journal of Legal Studies*, University of Chicago, Vol.34, 2005, p. 599-626.

pháp lý⁹. Chẳng hạn, trong giải quyết các vụ việc, các thẩm phán có thể có tâm lý thiên vị đối với bên có cùng nguồn gốc khu vực địa lý, văn hóa đối với thẩm phán. Thẩm phán cũng có thể dễ dàng hơn trong việc chấp nhận những lập luận, quan điểm phản ánh truyền thống pháp lý mà thẩm phán bị ảnh hưởng.

Thứ ba, quá trình giới thiệu, bầu chọn các nhân sự, đặc biệt là các thẩm phán tại các cơ quan tư pháp quốc tế trên thực tế mang nhiều yếu tố chính trị. Trong nhiều trường hợp, quá trình giới thiệu, bầu chọn này thiếu tính minh bạch, không hoàn toàn dựa trên những tiêu chí khách quan, cả ở cấp độ quốc gia và cấp độ quốc tế¹⁰. Những yếu tố này cũng có thể ảnh hưởng đến sự độc lập, vô tư của các nhân sự một khi đã được bầu chọn.

Để tránh và hạn chế tối đa những nguy cơ ảnh hưởng đến sự vô tư như trên, có nhiều quy định, biện pháp được áp dụng tại các cơ quan tư pháp quốc tế.

Trước hết, tại hầu hết các thiết chế tư pháp quốc tế, đặc biệt là các thiết chế tư pháp hình sự, sự vô tư luôn được quy định là một trong những phẩm chất bắt buộc cho các ứng cử viên. Điều 2 Quy chế của Tòa án ITLOS quy định các thành viên của Tòa án “được bầu chọn trong số những người có uy tín cao về sự vô tư và chính trực”. Điểm a) khoản 3 điều 36 Quy chế Tòa án ICC quy định “các thẩm phán được chọn trong số những người có phẩm chất đạo đức cao, vô tư và chính trực...”. Điều 13.1 của Quy chế của Tòa án ICTY quy định các thẩm phán phải “là những người có phẩm chất cao về đạo đức, sự vô tư và chính trực”. Điều 12 Quy chế Tòa án ICTR quy định “Các thẩm phán thường trực và thẩm phán Ad litem

phải là những cá nhân có phẩm chất cao về đạo đức, về sự vô tư và chính trực...”

Tiếp đó, quy chế hay quy tắc của các thiết chế tư pháp quốc tế cũng đặc biệt quan tâm đến tính đại diện khu vực địa lý, của các nền văn minh hay các hệ thống pháp luật khác nhau trên thế giới trong thành phần mỗi cơ quan. Điều 9 Quy chế của Tòa án ICJ quy định: “Trong mọi cuộc bầu chọn, các bên bỏ phiếu phải cân nhắc việc các ứng viên cho các chức vụ của Tòa án phải đáp ứng mọi điều kiện đã được quy định mà còn phải đảm bảo rằng, về tổng thể họ phải đại diện cho các hình thái văn minh chủ yếu nhất và các hệ thống văn hóa pháp lý cơ bản trên thế giới”¹¹.

Theo một thông lệ tại LHQ, tỷ lệ phân bổ các thẩm phán theo tiêu chí địa lý tại Tòa án ICJ được tính như sau: 4 thẩm phán cho các nước Tây Âu; 2 cho Đông Âu; 3 cho châu Mỹ; 3 cho châu Á; và 3 cho châu Phi¹². Một nguyên tắc luôn được thực hiện là mỗi nước thành viên thường trực của HĐBA của LHQ (bao gồm Anh, Hoa Kỳ, Nga, Pháp, Trung Quốc) luôn có một thẩm phán mang quốc tịch tại Tòa án ICJ.

Điều 2.1 của Tòa án ITLOS quy định: “Sự đại diện của các hệ thống pháp lý cơ bản trên thế giới và sự phân bổ theo khu vực địa lý được đảm bảo trong thành phần của Tòa án” và “Mỗi khu vực địa lý theo sự phân chia của LHQ không thể có ít hơn ba đại diện”. Tại lần bầu chọn đầu tiên của Tòa án, các nước thành viên quyết định là trên tổng số 21 thành viên, nhóm các nước châu Phi, châu Á mỗi khu vực có 5 đại diện; Mỹ Latinh, Ca-ri-bê và khu vực Tây Âu mỗi khu vực có 4 đại diện, khu vực Đông Âu có 3 đại diện. Sự phân chia này được áp dụng đến năm 2009, khi các nước thành viên quyết

9 Erik Voeten, *The impartiality of international judges: Evidence from the European Court of Human Rights*, *American Political Science Review*, Vol. 102, No 4, 2008.

10 Ruth Mackenzie, *Phillippe Sands, Sđd*, tr. 278-279.

định giảm số đại diện của các nước thuộc nhóm Tây Âu từ 4 xuống còn 3 đại diện. 01 đại diện còn dư theo cách tính mới sẽ được bầu bổ sung, theo thứ tự quay vòng, cho từng nhóm nước¹³.

Tại Tòa án ICC, ngoài yêu cầu đảm bảo tính đại diện về truyền thống pháp luật, khu vực địa lý, Quy chế của Tòa án còn đề cập đến cả sự cân bằng về giới tính trong thành phần của Tòa án:

“a) Trong việc bầu chọn Thẩm phán, các quốc gia thành viên phải tính đến nhu cầu, trong giới hạn thành viên, về:

Sự đại diện của các hệ thống pháp luật chính trên thế giới;

Sự đại diện công bằng về khu vực địa lý;

Sự đại diện công bằng giữa Thẩm phán nam và Thẩm phán nữ”¹⁴.

Theo một nghị quyết được thông qua bởi Đại hội đồng các nước thành viên năm 2004, mỗi khu vực địa lý được bầu chọn 2 thẩm phán tại Tòa án¹⁵.

Cuối cùng, để đảm bảo tối đa sự khách quan, chặt chẽ trong việc giới thiệu và bầu chọn nhân sự, quy chế và quy tắc của các thiết chế tư pháp quốc tế cũng đưa ra những nguyên tắc, biện pháp đặc thù. Chẳng hạn, tại Tòa án ICJ của LHQ, các ứng viên cho chức vụ 15 thẩm phán của Tòa án được bầu đồng thời bởi Đại hội đồng và HĐBA. Tại Tòa án ECHR, quá trình bầu chọn các thẩm phán được quy định với sự tham gia tích cực của các nghị viện của các nước thành viên. Điều 22 Nghị định thư số 11 của Công ước

châu Âu về quyền con người quy định: “các thẩm phán được bầu chọn bởi nghị viện của từng nước thành viên, theo nguyên tắc đa số, trên cơ sở một danh sách bao gồm ba ứng viên được giới thiệu bởi từng nước thành viên”. Đặc biệt, tại Tòa án ICC, Quy chế Roma dự kiến khả năng thành lập một Ủy ban tư vấn (*Advisory Committee*) nhằm xem xét lại tư cách của các ứng viên là một đảm bảo bổ sung đối với tính độc lập và vô tư của các thẩm phán¹⁶. Tuy nhiên, việc thành lập một hội đồng như vậy chưa bao giờ được thực hiện trên thực tế.

2.2. Vấn đề nhiệm kỳ và khả năng bãi nhiệm các nhân sự của Tòa án

Độ dài của nhiệm kỳ và khả năng bãi nhiệm của các nhân sự của Tòa án cũng là những vấn đề có thể ảnh hưởng đến sự độc lập và vô tư của hoạt động tư pháp. Thông thường, một nhiệm kỳ dài, ổn định, với những đảm bảo chặt chẽ về các trường hợp bị bãi nhiệm là những điều kiện cần thiết để đảm bảo sự độc lập và vô tư của các nhân sự của Tòa án. Các thiết chế tư pháp quốc tế có các quy định khá khác nhau về vấn đề nhiệm kỳ của thẩm phán.

Theo Điều 13 Quy chế, nhiệm kỳ của Thẩm phán Tòa án ICJ là 9 năm và có thể tái nhiệm. Thực tế có khá nhiều thẩm phán được tái bầu ở nhiệm kỳ hai, thậm chí có thẩm phán được bầu ba nhiệm kỳ liên tục. Điều 5.1 của Quy chế Tòa án ITLOS có quy định tương tự. Số lượng thẩm phán được bầu tái nhiệm ở Tòa án này còn phổ biến hơn¹⁷. Tại Tòa án ICC, các thẩm phán cũng

11 Điều 9 Quy chế Tòa án ICJ.

12 Gilbert Guillaume, *La situation du juge international, Yearbook of Institute of International Law – Session of Rhodes, Vol. 74, 2011, p.9.*

13 Gilbert Guillaume, *Sđd*, tr.9.

14 Điều 36.8 a) của Quy chế Tòa án hình sự quốc tế Roma.

15 Nghị quyết của Tòa án ICC, Tài liệu ICC-ASP/3/Rev.6 ngày 10/9/2004.

16 Điều 36.4 c) Quy chế Tòa án ICC.

17 Gilbert Guillaume, *Sđd*, tr.17.

có nhiệm kỳ 9 năm, nhưng không thể được bầu quá một nhiệm kỳ¹⁸. Quy định cho các thẩm phán của Tòa án ECHR cũng tương tự¹⁹. Trong khi đó, thẩm phán của Tòa án ICTY có nhiệm kỳ 4 năm, có thể tái nhiệm²⁰.

Đã có nhiều quan điểm ủng hộ việc các thẩm phán có nhiệm kỳ dài, thậm chí có thể lên đến 15 năm, nhưng không áp dụng chế độ tái nhiệm²¹. Một nhiệm kỳ dài có thể góp phần đảm bảo tính độc lập, vô tư của thẩm phán, đảm bảo một sự liên tục trong án lệ của Tòa án. Tuy nhiên, nếu quy định cho các thẩm phán và các nhân sự khác của Tòa án một nhiệm kỳ dài có thể tạo ra sức ỳ cho hoạt động của Tòa án, đồng thời khó đảm bảo được tính đại diện đầy đủ của các quốc gia.

Trái ngược với sự không thống nhất trong quan điểm và quy định về độ dài của nhiệm kỳ của thẩm phán, liên quan đến các trường hợp bãi nhiệm, luôn có sự đồng thuận cao tại các thiết chế tư pháp quốc tế. Nguyên tắc chung được thừa nhận là việc bãi nhiệm các thẩm phán, cũng như các nhân sự khác chỉ được thực hiện bởi chính Tòa án và với những căn cứ, thủ tục chặt chẽ. Điều 18 Quy chế Tòa án ICJ quy định “thành viên của Tòa án không thể bị bãi miễn, trừ khi theo ý kiến nhất trí của các thành viên khác, thành viên đó không còn thỏa mãn đủ các điều kiện đã đặt ra”. Điều 11 Quy chế Tòa án ITLOS quy định tương tự đối với thẩm phán của Tòa án. Theo điều 46 Quy chế Tòa án ICC, Thẩm phán, Trưởng Công tố, Phó Công tố, Chánh Lục sự chỉ bị bãi nhiệm khi có “lỗi nghiêm trọng” hoặc có hành vi “vi phạm nghiêm trọng nghĩa vụ của mình” hoặc “trong tình trạng không thể thực hiện được các chức

năng của họ”. Việc bãi miễn chỉ được thực hiện thông qua bỏ phiếu kín, khi có 2/3 số quốc gia thành viên của Tòa án đồng ý trên cơ sở yêu cầu của 2/3 số thành viên Thẩm phán đối với Thẩm phán; đối với Trưởng Công tố, đòi hỏi phải có số phiếu của đa số tuyệt đối các nước thành viên; đối với Phó Công tố, khi có đa số tuyệt đối số phiếu của các nước thành viên trên cơ sở yêu cầu của Trưởng Công tố; quyết định bãi nhiệm Chánh Lục sự và Phó chánh Lục sự cũng phải được đa số tuyệt đối các Thẩm phán thông qua.

2.3. Hoạt động kiêm nhiệm và tư cách tham gia vụ việc

Các thiết chế tư pháp quốc tế có những quy định khác nhau về khả năng nắm giữ chức vụ và hoạt động kiêm nhiệm của nhân sự của mình. Đối với các thiết chế đòi hỏi chế độ làm việc toàn thời gian, hoạt động kiêm nhiệm thường bị nghiêm cấm. Trái lại, ở những thiết chế áp dụng chế độ làm việc bán thời gian, hoạt động kiêm nhiệm của các nhân sự, bao gồm cả các thẩm phán có thể được quy định mềm dẻo hơn. Điều 16 Quy chế Tòa án ICJ quy định: “Các thành viên của Tòa án không được thực hiện một chức vụ hành chính hay chính trị, hoặc thực hiện bất kỳ một công việc mang tính nghề nghiệp nào khác”. Khoản 1 Điều 17 của cùng Quy chế quy định: “Không một thành viên nào của Tòa án được quyền làm nhiệm vụ đại diện, tư vấn hoặc luật sư trong bất kỳ một vụ việc nào”.

Khoản 2 và 3 Điều 40 Quy chế của Tòa án ICC quy định: “2. Các thẩm phán không được tham gia bất kỳ hoạt động nào mà chắc chắn có thể gây ảnh hưởng đến chức năng tư pháp hoặc sự độc lập của mình; 3. Các

18 Điều 36.9 Quy chế Tòa án ICC.

19 Nghị định thư số 14 của Công ước châu Âu về nhân quyền.

20 Điều 13.2 Quy chế của Tòa án ICTY, được sửa đổi năm 2006.

21 Gilbert Guillaume, *Sđd*, tr.18.

thẩm phán phải làm việc toàn thời gian tại trụ sở của Tòa án, không được tham gia vào bất kỳ công việc nào khác mang tính nghề nghiệp”.

Quy chế của Tòa án ITLOS quy định: “Không một thành viên nào của Tòa án được đảm nhiệm những chức vụ chính trị hoặc hành chính, hoặc có những hoạt động thương mại hoặc vì lợi ích thương mại trong bất kỳ một doanh nghiệp nào có liên quan đến hoạt động khai thác các nguồn tài nguyên biển hoặc đáy biển hay bất kỳ một hoạt động sử dụng thương mại nào khác đối với biển và đáy biển”²².

Tuy nhiên tại Tòa án ITLOS, các thẩm phán vẫn được quyền thực hiện một số hoạt động nhất định ngoài Tòa án, như các công việc giảng dạy, hoặc thực hiện các hoạt động tư vấn cho các tranh chấp không liên quan đến lĩnh vực luật biển. Hoặc trong thực tiễn, một số thẩm phán của Tòa án ICC đồng thời làm trọng tài trong một số vụ tranh chấp quốc tế trong thời gian nhiệm kỳ của họ tại ICC²³.

Ngoài việc quy định về các hoạt động mang tính kiêm nhiệm, nhằm đảm bảo sự độc lập, vô tư của thẩm phán và các nhân sự khác, quy chế hay quy tắc của tất cả các thiết chế tư pháp quốc tế còn đặc biệt quan tâm đến tư cách của họ khi tham gia vào một vụ việc cụ thể. Các quy định này đặc biệt chặt chẽ đối với các cơ quan TPQT về hình sự. Nhìn chung, sự vô tư của nhân sự Tòa án nói chung và thẩm phán Tòa án nói riêng được quy chế, quy tắc của các thiết chế tư pháp quốc tế quy định ở ba dạng yêu cầu cơ bản:

Thứ nhất, yêu cầu mang tính khái quát: một nhân sự chỉ được tham gia giải quyết vụ việc khi không có bất kỳ một biểu hiện hay

dấu hiệu nào dẫn đến một sự nghi ngờ “hợp lý” về sự vô tư của người đó. Về nguyên tắc, các thẩm phán, cũng như các nhân sự khác của Tòa án mặc nhiên được coi là đảm bảo yêu cầu này. Nếu có khiếu nại, chính Tòa án là cơ quan quyết định cuối cùng.

Thứ hai, yêu cầu không được tham gia giải quyết vụ việc với những tư cách khác nhau. Trong trường hợp thẩm phán, công tố viên đã từng tham gia giải quyết vụ việc, dù ở cấp độ quốc gia hay quốc tế, với cùng tư cách thẩm phán, công tố viên hoặc với tư cách khác, yêu cầu về sự vô tư mặc nhiên bị coi là không được đảm bảo. Trong trường hợp này, chính nhân sự có liên quan phải tự xin rút lui khỏi vụ việc, hoặc Tòa án sẽ tuyên bố nhân sự đó không đủ tư cách để tham gia vụ việc²⁴.

Thứ ba, yêu cầu không được có những mối liên hệ cá nhân hay lợi ích đối với vụ việc. Cơ chế áp dụng yêu cầu này tương tự như đối với yêu cầu không được tham gia vào giải quyết vụ việc với những tư cách khác nhau.

Khoản 2 Điều 17 Quy chế Tòa án ICJ quy định: “Không một thành viên nào của Tòa án được tham gia vào giải quyết một vụ việc mà trước đó trong vụ việc này người đó đã từng tham gia với tư cách là người đại diện, tư vấn hoặc luật sư cho một trong các bên, hoặc là thành viên của Tòa án quốc gia hay quốc tế, là nhân viên của ủy ban điều tra hoặc với tư cách nào khác”.

Liên quan đến tư cách của thẩm phán, điểm a khoản 2 Điều 41 của Quy chế của Tòa án ICC quy định: “Một thẩm phán không được tham gia xét xử vụ việc nếu có căn cứ hợp lý để nghi ngờ sự vô tư của thẩm phán đó. Một thẩm phán sẽ bị tuyên bố

22 Công ước của LHQ về Luật biển (UNCLOS), Điều 7.

23 Xem Ruth Mackenzie, Philippe Sands, Sđd, tr. 282-284.

24 Chẳng hạn, xem quy định tại điều 24 Quy chế Tòa án ICJ.

không đủ tư cách xét xử một vụ việc theo điều khoản này, không tính đến những yếu tố khác, nếu thẩm phán đó trước đây đã tham gia vào vụ việc này trước Tòa án với bất kỳ tư cách nào hoặc có liên quan đến người đang bị điều tra hay bị truy tố trong một vụ án hình sự quốc gia liên quan đến vụ việc này. Một thẩm phán cũng sẽ bị tuyên bố không đủ tư cách theo các căn cứ quy định trong Quy tắc về thủ tục và chứng cứ”.

Ngoài ra, theo quy định của khoản 4 Điều 39 của cùng Quy chế, các thẩm phán đã được phân công vào bộ phận phúc thẩm của Tòa sẽ chỉ được làm việc trong bộ phận đó. Các thẩm phán của bộ phận sơ thẩm sang bộ phận dự thẩm và ngược lại theo yêu cầu công việc. Tuy nhiên, trong bất kỳ trường hợp nào, một thẩm phán đã tham gia vào vụ việc trong giai đoạn dự thẩm sẽ không được xét xử vụ việc đó ở Hội đồng xét xử sơ thẩm.

Đối với tư cách của công tố viên, khoản 7 Điều 42 của cùng Quy chế quy định: “Trưởng Công tố cũng như Phó Công tố không được tham gia vào bất kỳ công việc nào khi có căn cứ hợp lý để nghi ngờ về sự vô tư của họ. Trưởng Công tố cũng như Phó Công tố sẽ bị tuyên bố không đủ tư cách tham gia giải quyết vụ việc theo quy định tại khoản này nếu, không kể những yếu tố khác, trước đây họ đã tham gia vụ việc này trước Tòa án với bất kỳ tư cách nào hoặc có liên quan đến người đang bị điều tra hoặc truy tố trong một vụ án hình sự quốc gia liên quan đến vụ việc này”.

Điều 15 Quy tắc thủ tục và chứng cứ của Tòa án ICTY quy định: “A. Một thẩm phán không xét xử cấp sơ thẩm hay phúc thẩm một vụ việc mà trong đó thẩm phán có lợi ích cá nhân, hoặc có bất kỳ một mối liên

hệ nào gây ảnh hưởng đến sự vô tư của thẩm phán. Trong trường hợp như vậy, thẩm phán phải từ chối tham gia vụ việc và Chánh án sẽ chỉ định một thẩm phán khác giải quyết vụ việc. [...] D. i) Không thẩm phán nào được xét xử phúc thẩm một vụ việc khi đã xét xử ở cấp sơ thẩm cùng vụ việc đó”²⁵.

2.4. Mối quan hệ của thiết chế tư pháp với các cơ quan hành chính, chính trị, lập pháp quốc gia hoặc quốc tế

Mối quan hệ giữa các cơ quan xét xử quốc tế với các cơ quan mang tính chính trị, có quyền quyết định quốc tế luôn được đặt ra khi đề cập đến nguyên tắc vô tư của các cơ quan xét xử quốc tế. Trong lĩnh vực xét xử hình sự quốc tế, vấn đề đảm bảo sự vô tư, độc lập đã từng được đặt ra ngay từ khi xuất hiện những thiết chế tư pháp hình sự quốc tế đầu tiên, cụ thể là Tòa án Newremberg và Tòa án Tokyo. Khi hai Tòa án này được thành lập và đi vào hoạt động sau Đại chiến thế giới thứ II, tính độc lập và vô tư của chúng đã bị đặt vấn đề khi chúng bị coi là Tòa án của những nước thắng trận được lập ra để xét xử đối với những nước phát-xít thua trận.

Sự độc lập và vô tư của các thiết chế tài phán hình sự quốc tế đặc biệt được đề cập và tranh cãi trong trường hợp của các Tòa án ICTY và ICTR. Cụ thể, chẳng hạn trong vụ xét xử Tadic tại Tòa án ICTY²⁶, và vụ xét xử Kanyabashi tại Tòa án ICTR²⁷, các bị cáo đều cáo buộc về tính độc lập và vô tư của các Tòa án. *Thứ nhất*, các bị cáo đều cho rằng tính độc lập của Tòa án không được đảm bảo với lý do Tòa án được thành lập bởi một cơ quan quyền lực chính trị là HĐBA của LHQ. *Thứ hai*, các bị cáo cũng cho rằng tính độc lập, vô tư không được đảm bảo vì theo Điều 35 trong Quy chế của mỗi Tòa án,

25 Quy tắc thủ tục và chứng cứ của Tòa án ICTY, phiên bản sửa đổi lần thứ 46, ngày 20/10/2011, tài liệu IT/32/Rev.46. Xem quy định tương tự tại điều 15 Quy tắc thủ tục và chứng cứ của Tòa án ICTR, phiên bản sửa đổi ngày 14/3/2008.

26 Vụ việc số IT-94-1-AR 72 (Phúc thẩm), ngày 2/10/1995.

27 Vụ việc ICTR 96-15-T, ngày 18/6/1994.

các Tòa án đều phải báo cáo cho HĐBA. Ngoài ra, riêng đối với Tòa án ICTR, yêu cầu vô tư cũng không được đảm bảo bởi Tòa án chỉ thực hiện truy tố, xét xử các cá nhân thuộc một bên trong cuộc nội chiến sắc tộc ở Rwanda là bên thuộc sắc tộc Hutus. Sự không vô tư của Tòa án bị cáo buộc trong lập luận này là việc Tòa án chỉ thực hiện một “công lý mang tính lựa chọn” (*selective justice*).

Trong quá trình xét xử, cả Tòa án ICTY và Tòa án ICTR đều bác bỏ các cáo buộc trên. Liên quan đến cáo buộc các Tòa án được thành lập bởi một cơ quan chính trị, các Tòa án cho rằng điều này là phổ biến đối với tất cả các cơ quan TPQT và không hề ảnh hưởng đến tính độc lập, vô tư của Tòa án. Cho dù các công tố viên, thẩm phán của Tòa án được bầu chọn bởi HĐBA và Đại hội đồng LHQ, tuy nhiên họ được đảm bảo hoạt động hoàn toàn độc lập. Chẳng hạn, Điều 15 của Quy chế của Tòa án ICTR quy định: “Công tố viên, là một cơ quan độc lập của Tòa án hình sự quốc tế dành cho Rwanda, hành động một cách hoàn toàn độc lập. Công tố viên không tìm kiếm hay nhận chỉ thị từ bất kỳ một chính phủ hay một nguồn nào khác”.

Liên quan đến cáo buộc rằng việc các Tòa án hàng năm phải báo cáo hoạt động lên HĐBA, cả hai Tòa án đều khẳng định rằng hoạt động này “thuần túy mang tính chất hành chính mà không phải là một hoạt động mang tính tư pháp và do vậy, không hề ảnh hưởng đến tính độc lập và vô tư của các quyết định của Tòa án”²⁸. Liên quan đến cáo buộc về việc thực thi “công lý lựa chọn” bởi các Tòa án, thực tế quy chế của các Tòa án này không có sự giới hạn thẩm quyền xét xử đối với một hoặc một số đối tượng nhất định

thuộc các lực lượng xung đột. Chẳng hạn, theo Điều 1 của Quy chế của Tòa án ICTR, thẩm quyền của Tòa án được áp dụng cho mọi cá nhân có hành vi bị cáo buộc là phạm tội thực hiện trên lãnh thổ Rwanda và đối với mọi công dân Rwanda có hành vi bị cáo buộc là tội phạm thuộc thẩm quyền của Tòa án được thực hiện trên lãnh thổ các nước láng giềng từ 1/1 đến 31/12/1994. Như vậy, về nguyên tắc, không hề có sự phân biệt đối xử giữa những người tình nghi phạm tội thuộc sắc tộc Hutus hay thuộc sắc tộc Tussi (là sắc tộc đang nắm giữ chính quyền).

Vấn đề về tính độc lập cũng như vô tư của cơ quan tư pháp trong mối liên hệ với các cơ quan, tổ chức quyền lực chính trị cũng được đặt ra với Tòa án ICC. Khác với các Tòa án ICTY và ICTR, Tòa án ICC được thành lập trên cơ sở một điều ước quốc tế ký kết giữa các quốc gia. Tuy nhiên, thẩm quyền và việc thực hiện thẩm quyền của Tòa án cũng chịu sự chi phối nhất định của HĐBA của LHQ. Theo Điều 13 Quy chế Roma, Tòa án ICC có thể thực hiện quyền tài phán trong ba trường hợp: quốc gia thành viên yêu cầu; do HĐBA yêu cầu hoặc do bản thân Trưởng Công tố tự mình mở cuộc điều tra. Đối với trường hợp do HĐBA yêu cầu, điểm b Điều 13 quy định: “Tòa án có thể thực hiện quyền tài phán đối với các tội phạm nêu tại Điều 5 theo các quy định của Quy chế này nếu: ...b. Một vụ việc trong đó một hay nhiều tội phạm nêu trên đã xảy ra được HĐBA thông báo cho Trưởng Công tố theo thẩm quyền quy định tại Chương VII Hiến chương LHQ”²⁹.

Theo Điều 16 của Quy chế Roma, HĐBA có thể thông qua một nghị quyết theo Chương VII của Hiến chương LHQ yêu cầu Tòa án hoãn việc điều tra hoặc truy tố. Thời

²⁸ Vụ việc ICTR 96-15-A. Tòa phúc thẩm ngày 3/6/1999.

²⁹ Trường hợp đầu tiên mà HĐBA viện dẫn Điều 13 điểm b là trường hợp của Darfur. Bằng Nghị quyết số 1593(2005) ngày 31/3/2003, HĐBA “Quyết định thông báo cho Công tố trưởng của Tòa án hình sự quốc tế tình huống diễn ra ở Darfur từ ngày 1/7/2000”. Xem điểm 1 Nghị quyết 1593 (2005), tài liệu S/RES/1593 (2005).

hạn hoãn này được quy định là 12 tháng và có thể gia hạn. Quy định tại điều 16 Quy chế Roma đã gây ra rất nhiều những tranh luận. Trước hết, liệu quy định này có tạo cho HĐBA quyền can thiệp quá lớn đối với Tòa án, trái với tinh thần xây dựng một thiết chế xét xử quốc tế độc lập và vô tư. Hơn nữa, liệu sự can thiệp của HĐBA có vi phạm đến một nguyên tắc pháp lý cơ bản là sự độc lập của cơ quan tư pháp, nguyên tắc được thừa nhận trong tất cả các hệ thống pháp luật quốc gia?

Để làm sáng tỏ vấn đề này, cần nhìn nhận bối cảnh, điều kiện của khả năng hành động của HĐBA theo quy định của Điều 16 Quy chế Roma. Theo điều khoản này, HĐBA chỉ được hành động trên cơ sở quy định của Chương VII, Hiến chương LHQ. Nói cách khác, hành động của HĐBA chỉ được thực hiện trong bối cảnh hoà bình bị đe dọa, bị phá hoại hoặc có hành vi xâm lược. Mặt khác, cũng cần nhắc lại vai trò quyết định của HĐBA trong nhiệm vụ giữ gìn hoà bình và an ninh quốc tế. Xét về mặt pháp lý, Điều 16 không tạo ra một thẩm quyền mới cho HĐBA, mà chỉ tái khẳng định một thẩm quyền đã được thừa nhận bởi Luật quốc tế hiện hành³⁰.

3. Ảnh hưởng, tác động qua lại của nguyên tắc đảm bảo sự vô tư trong hoạt động tư pháp của các thiết chế tư pháp quốc tế đối với pháp luật quốc gia

Tư tưởng tư pháp độc lập và vô tư bắt

nguồn từ học thuyết và pháp luật quốc gia. Sau đó, chúng được quốc tế hóa, được thừa nhận, ghi nhận trong nhiều văn kiện pháp lý quốc tế. Thậm chí chúng có được giá trị có tính chất tập quán, được thừa nhận và áp dụng bởi các cơ quan xét xử quốc tế. Hiện nay, chính những nguyên tắc này, với tư cách là những quy định được thừa nhận ở tầm quốc tế, lại quay lại ảnh hưởng đến pháp luật quốc gia³¹. Sự độc lập, vô tư của các Tòa án hiện nay được coi như những chuẩn mực bắt buộc đối với mỗi quốc gia, nhằm thỏa mãn yêu cầu của một nhà nước pháp quyền, cũng như nhằm bảo đảm quyền của mỗi cá nhân có được những phiên tòa công bằng³².

Sự ảnh hưởng của nguyên tắc đảm bảo sự vô tư của tư pháp được thể hiện trong các thiết chế tư pháp quốc tế đến pháp luật và hoạt động tư pháp của các quốc gia có thể được diễn ra thông qua những cơ chế cụ thể sau đây:

Thứ nhất, nguyên tắc này được ghi nhận trong các điều ước quốc tế có giá trị ràng buộc đối với các quốc gia trong lĩnh vực luật nhân quyền, luật nhân đạo quốc tế hoặc trong các quy chế, quy tắc của các Tòa án về hình sự, nhân quyền quốc tế mà các quốc gia là thành viên. Đặc biệt, đối với các Tòa án hình sự *Ad-hoc* ICTY và ICTR do HĐBA của LHQ thành lập, hoạt động và phán quyết của chúng là ràng buộc đối với tất cả các quốc gia, dựa trên việc thực thi thẩm quyền

30 Về thực tiễn thực hiện điều 16 Quy chế Roma, xem Nguyễn Tiến Vinh, *Vai trò của Luật quốc tế và LHQ trong lĩnh vực Luật hình sự quốc tế*, trong *Những vấn đề lý luận và thực tiễn về Luật hình sự quốc tế*, Nguyễn Ngọc Chí (Chủ biên), Nxb. Chính trị quốc gia, H., 2012, tr. 109-127.

31 Xem Shimon Shetreet, *The Normative Cycle of Shaping Judicial Independence in Domestic and International Law: The Mutual Impact of National and International Jurisprudence and Contemporary Practical and Conceptual Challenges*, *Chicago Journal of International Law*, Vol. 10, 2009.

32 Ủy ban Nhân quyền của LHQ, Báo cáo của Báo cáo viên đặc trách Param Cumaraswamy trình Ủy ban nhân quyền theo Nghị quyết 1994/41: *Sự độc lập và vô tư của thẩm phán, hội thẩm và các nhân viên tư pháp*, và *sự độc lập của luật sư*, tài liệu: E/CN.4/1995/39 ngày 6/3/1995.

33 Chẳng hạn, xem: Lê Văn Cẩm, *Hệ thống tư pháp hình sự trong giai đoạn xây dựng nhà nước pháp quyền*, Nxb. ĐHQGHN, H., 2009, tr. 769; Nguyễn Đăng Dung, Vũ Công Giao, Lê Khánh Tùng (Đồng chủ biên), *Giáo trình lý luận và pháp luật về quyền con người*, Nxb. ĐHQGHN, H., 2011, tr. 168-173; Nguyễn Ngọc Chí, *Bảo vệ quyền con người bằng pháp luật tố tụng hình sự*, Tạp chí Khoa học ĐHQGHN, Kinh tế – Luật học, số 23 (2007), tr. 64-80.

của HĐBA theo quy định tại Chương VII của Hiến chương LHQ. Do vậy, nguyên tắc này có giá trị ràng buộc đối với các quốc gia. Trong nhiều trường hợp, các quốc gia có nghĩa vụ phải ghi nhận, cụ thể hóa nguyên tắc này trong các quy định pháp luật, cũng như nghĩa vụ đảm bảo thực hiện nguyên tắc này trong tổ chức và hoạt động của bộ máy tư pháp.

Thứ hai, thông qua hoạt động áp dụng, giải thích của các cơ quan TPQT hay khu vực về nhân quyền, tư pháp hình sự quốc tế, nguyên tắc đảm bảo sự vô tư của tư pháp được làm sáng tỏ, thậm chí phát triển về nội dung và yêu cầu. Ngoài việc các phán quyết này có thể có giá trị ràng buộc đối với một số các quốc gia, chúng cũng tạo ra những phát triển về nhận thức mới thông qua hoạt động nghiên cứu, phát triển học thuyết của các học giả. Từ đó, có thể ảnh hưởng tích cực đến sự phát triển trong quy định pháp luật và thực tiễn của hoạt động tư

pháp của các quốc gia.

Cuối cùng, dù với tư cách là một quy định điều ước, hay tập quán, hay là một nguyên tắc pháp luật chung thì nguyên tắc đảm bảo sự vô tư của hoạt động tư pháp cũng là một yêu cầu mang tính nền tảng, được thừa nhận chung như là một giá trị tất yếu của văn minh nhân loại. Các quốc gia, trong việc hướng tới cam kết bảo vệ nhân quyền, xây dựng và bảo vệ các giá trị của nhà nước pháp quyền đều đương nhiên chấp nhận và có trách nhiệm đảm bảo thực thi nguyên tắc này³. Việc các thiết chế tư pháp quốc tế được thành lập và đi vào hoạt động cũng chính là những biểu hiện cụ thể trong việc thừa nhận, đề cao nguyên tắc này. Đến lượt chúng, các thiết chế tư pháp quốc tế cũng có những ảnh hưởng, tác động tích cực đến sự phát triển, hài hòa hóa pháp luật các quốc gia về những chuẩn mực được thừa nhận chung, trong đó có yêu cầu đảm bảo sự độc lập, vô tư của tư pháp ■

Xây dựng thể chế...

(Tiếp theo trang 12)

phần khai thông sản xuất kinh doanh. Nhà nước chỉ sử dụng DNNN để cung ứng hàng hóa, dịch vụ cho nhu cầu xã hội nếu các thành phần kinh tế tư nhân không muốn làm. Điều đó đòi hỏi việc cung cấp hàng hóa công cần phải đấu thầu công khai. Thông qua đấu thầu, việc cung cấp các hàng hóa công không còn là độc quyền bán của DNNN như trước đây nữa. Chỉ khi các doanh nghiệp tư nhân không muốn làm hoặc đưa ra mức giá cao hơn DNNN thì lúc đó DNNN trúng thầu mới làm vai trò nhà cung cấp hàng hóa để điều tiết.

Như vậy, xây dựng thể chế KTTT bình đẳng có thể làm cho một số DNNN vốn quen với những ưu tiên, bảo trợ, phải cạnh

tranh hoạt động khó khăn hơn. Điều này không làm cho KTNN yếu đi mà còn tạo điều kiện cho các yếu tố cấu thành KTNN phát triển, vươn lên trở thành chủ đạo. Do đó, xây dựng thể chế KTTT bình đẳng không mâu thuẫn mà thống nhất với vai trò chủ đạo của KTNN. Để xây dựng được thể chế KTTT bình đẳng, phải xóa tư duy đồng nhất KTNN với DNNN và những ưu tiên cho DNNN. Xây dựng chính sách, pháp luật bảo đảm sự tương thích về quyền lợi và nghĩa vụ cho doanh nghiệp thuộc mọi thành phần kinh tế. Song song với việc ban hành thể chế là cơ chế thực hiện pháp luật phải được tuân thủ. Trong quá trình thực hiện pháp luật bảo đảm sự bình đẳng cần đề cao trách nhiệm giải trình, chống và xử lý nghiêm minh hành vi tham nhũng trong quản lý kinh tế ■

Giao dịch về quyền sử dụng đất: NHỮNG BẤT CẬP VÀ HƯỚNG SỬA ĐỔI LUẬT ĐẤT ĐAI

ĐỖ VĂN ĐAI*

Dẫn nhập

Năm 1980, Việt Nam ban hành Hiến pháp và xác lập một chế độ sở hữu duy nhất đối với đất đai là đất đai thuộc sở hữu toàn dân. Hình thức sở hữu này được duy trì trong Hiến pháp năm 1992, theo đó “đất đai, rừng núi, sông hồ, hầm mỏ (...) đều thuộc sở hữu toàn dân” (Điều 19)¹. Như vậy, từ năm 1980 đến nay, đất đai không thể thuộc sở hữu tư nhân.

Nếu cá nhân, pháp nhân, chủ thể khác Nhà nước không thể là chủ sở hữu đất đai thì các chủ thể này có thể có quyền sử dụng đất (QSDĐ). Khoản 2 và 3 Điều 688 Bộ luật Dân sự (BLDS) khẳng định “QSDĐ của cá nhân, pháp nhân, hộ gia đình, chủ thể khác được xác lập do Nhà nước giao đất, cho thuê đất hoặc công nhận QSDĐ” hay “do được người khác chuyển QSDĐ phù hợp với quy định của Bộ luật này và pháp luật về đất đai (PLVĐĐ)”. Khi được ghi nhận là chủ sử dụng hợp pháp, “người có QSDĐ được sử dụng không gian và lòng đất theo chiều thẳng đứng từ ranh giới trong khuôn viên đất phù hợp với quy hoạch xây dựng do cơ quan nhà nước (CQNN) có thẩm quyền quy định” (khoản 2 Điều 265 năm BLDS, khoản 2 Điều 270 BLDS năm 1995).

Trong đời sống, người có QSDĐ còn mong muốn xác lập các giao dịch về tài sản của mình và trong bài viết này, chúng tôi

phân tích các quy định trong PLVĐĐ liên quan đến số lượng giao dịch mà người có QSDĐ có thể xác lập (I), hình thức công chứng hay chứng thực (II) và đăng ký các giao dịch về QSDĐ (III).

I - Giao dịch về quyền sử dụng đất được phép xác lập

Bỏ bớt và bổ sung

Từ Quyết định 201-CP ngày 01/7/1980 của Hội đồng Chính phủ về việc thống nhất quản lý ruộng đất và tăng cường công tác quản lý ruộng đất trong cả nước, các giao dịch về đất hay QSDĐ về nguyên tắc là bị cấm.

Đến Hội nghị Trung ương lần 2 khóa VII (tháng 3/1992), Đảng ta khẳng định “việc chuyển đổi chuyển, chuyển nhượng, cho thuê, thế chấp, thừa kế quyền sử dụng ruộng đất phải được pháp luật quy định để nông dân yên tâm sản xuất”. Cụ thể hóa chủ trương này, khoản 2 Điều 3 Luật Đất đai năm 1993 quy định “hộ gia đình, cá nhân được Nhà nước giao đất có quyền chuyển đổi, chuyển nhượng, cho thuê, thừa kế, thế chấp QSDĐ”. Các quyền của người sử dụng đất (SDĐ) đối với giao dịch tiếp tục được củng cố trong Luật Đất đai năm 2003, theo đó “người SDĐ thực hiện quyền chuyển đổi, chuyển nhượng, thừa kế, tặng cho, cho thuê, cho thuê lại QSDĐ; thế chấp, bảo lãnh, góp vốn bằng QSDĐ” (khoản 2 Điều 46)².

* PGS.TS, Trưởng khoa Luật dân sự ĐH Luật TP. Hồ Chí Minh.

1 Đến BLDS năm 2005, “tài sản thuộc sở hữu nhà nước bao gồm đất đai” (Điều 200) và “đất đai thuộc hình thức sở hữu nhà nước” (khoản 1 Điều 688).

2 Các quyền này được nhắc lại tại các điều tiếp theo của Luật Đất đai năm 2003 như Điều 106.

So với các văn bản trước đây, số lượng giao dịch mà người có QSDĐ được xác lập đã được mở rộng trong Luật ĐĐ năm 2003. Tuy nhiên, đối chiếu Luật ĐĐ hiện hành với thực tiễn, chúng ta thấy có một số bất cập cần được sửa đổi. Cụ thể, Luật ĐĐ cần bỏ bớt giao dịch trong những giao dịch đã được quy định và cần bổ sung loại giao dịch khác để PLVĐĐ thích ứng với đời sống hiện nay.

1. Bỏ bớt giao dịch về QSDĐ

Bắt cập từ Luật ĐĐ năm 2003

Luật ĐĐ năm 2003 ghi nhận nhiều loại giao dịch về QSDĐ trong đó có “bảo lãnh bằng QSDĐ” để thu hồi nợ và đã gây nhiều bất cập.

Về bản chất, bảo lãnh bằng QSDĐ để thu hồi nợ là trường hợp nợ được bảo lãnh (tức thông qua giao dịch bảo lãnh và giao dịch này làm phát sinh nghĩa vụ bảo lãnh) và đến lượt mình, nghĩa vụ bảo lãnh được bảo đảm bằng QSDĐ (tức tồn tại giao dịch bảo đảm bằng QSDĐ như thế chấp). Do đó, bảo lãnh không phải là giao dịch về QSDĐ và chỉ có biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh mới là giao dịch về QSDĐ. Điều đó có nghĩa là bảo lãnh không có vị trí trong PLVĐĐ nhưng lại được Luật Đất đai hiện hành quy định.

Bên cạnh đó Luật Đất đai lại thiếu cụ thể về hai giao dịch trên, nên các bên liên quan không biết phải xác lập hợp đồng như thế nào và trước sự không rõ ràng của văn bản, đã có Tòa án tuyên bố bảo lãnh bằng QSDĐ là vô hiệu một cách rất khó hiểu, gây hoang mang cho các tổ chức tín dụng³.

Hướng hoàn thiện

Phần trên cho thấy Luật Đất đai rất “lạ”

khi có quy định về loại giao dịch “bảo lãnh bằng QSDĐ” và gây nhiều khó khăn cho thực tiễn.

Việc ghi nhận bảo lãnh trong PLVĐĐ thực chất là thừa, vì như đã nêu, giao dịch bảo lãnh không liên quan đến PLVĐĐ. Luật Đất đai chỉ nên đề cập đến các giao dịch về QSDĐ, không nên quy định những gì không liên quan trực tiếp đến QSDĐ. Vì vậy, việc loại bỏ giao dịch bảo lãnh bằng QSDĐ ra khỏi danh sách những giao dịch về QSDĐ trong Luật Đất đai là cần thiết.

Việc Dự thảo Luật Đất đai ngày 28/1/2013 (sau đây viết tắt là Dự thảo Luật Đất đai) không nhắc đến bảo lãnh bằng QSDĐ là hướng đi đúng, cần được duy trì và hy vọng sẽ được Quốc hội thông qua vấn đề này.

2. Bổ sung giao dịch về QSDĐ

Giao dịch mượn

Trong pháp luật dân sự có giao dịch “mượn tài sản” (Điều 512 BLDS). Với quy định này, đối tượng của hợp đồng mượn có thể là bất kỳ tài sản nào và QSDĐ hoàn toàn có thể là đối tượng của hợp đồng mượn.

Trong thực tế, việc cho mượn QSDĐ rất phổ biến và vẫn được Tòa án chấp nhận khi có tranh chấp. Chẳng hạn, trong một tranh chấp về QSDĐ, bà Cưng cho rằng bà Cưng cho ông Út mượn đất để trồng lúa và ông Út thừa nhận năm 1982 có mượn của bà Cưng 2.000m² đất, nhưng năm 1990 bà Cưng đã lấy lại, còn phần đất đang tranh chấp là do ông khai hoang năm 1992. Khi giải quyết tranh chấp, Tòa án theo hướng có việc mượn QSDĐ và chấp nhận loại giao dịch này⁴. Đây chỉ là một trong nhiều trường hợp về

3 Ví dụ, theo một bản án, “hợp đồng thế chấp QSDĐ của bên thứ ba ngày 24/4/2009 được công chứng tại Phòng công chứng số 1 tỉnh Quảng Ngãi ngày 24/4/2009 là hợp đồng bảo lãnh tài sản để đảm bảo tài sản thế chấp của các hợp đồng tín dụng được ký giữa vợ chồng ông Sơn, bà Liềm với Ngân hàng Quân đội. Sau khi ký hợp đồng thế chấp QSDĐ của bên thứ ba vào ngày 24/4/2009 đến ngày 04/11/2011, ông Nhiều và bà Mai có đơn yêu cầu tuyên bố hợp đồng nêu trên là vô hiệu. Vì vậy về thời hiệu giải quyết vụ án, phù hợp với quy định tại khoản 1 Điều 136 của BLDS. Về nội dung của hợp đồng ngày 24/4/2009, Hội đồng xét xử cấp phúc thẩm xét thấy: Hình thức và nội dung của hợp đồng không phù hợp với quy định của pháp luật. Cụ thể là không phù hợp với quy định tại các Điều 361, 363, 364, 366 BLDS. Mặt khác, diện tích đất được thế chấp quyền sử dụng có tài sản gắn liền với diện tích đất này (ngôi nhà cấp IV a) nhưng các bên không có thỏa thuận đối với tài sản gắn liền với QSDĐ. Do hợp đồng thế chấp QSDĐ của bên thứ ba ngày 24/4/2009 không phù hợp với quy định tại điểm c khoản 1 và khoản 2 Điều 122 của BLDS; vì vậy, Tòa án cấp sơ thẩm xác định hợp đồng nêu trên vô hiệu là có căn cứ” (Bản án số 05/2011/KDTM-PT ngày 25/10/2011 của Tòa phúc thẩm TANDTC tại Đà Nẵng).

4 Cụ thể, theo TANDTC, “bà Cưng, ông Út đều xác định ông Út có mượn đất và có trả đất, nhưng các đương sự có lời khai mâu thuẫn về diện tích đất mượn, trả và mâu thuẫn về nguồn gốc đất có tranh chấp. Lễ ra phải xác minh làm rõ về diện tích đất mà ông Út mượn sau đó trả cho bà Cưng” (Quyết định số 608/2011/DS-GĐT ngày 16-8-2011 của Tòa dân sự TANDTC). Ở đây, Tòa án ghi nhận giao dịch mượn QSDĐ và yêu cầu Tòa án địa phương xác định rõ diện tích đất đã được cho mượn.

mượn QSDĐ tồn tại trong đời sống và được Tòa án chấp nhận (người dân thường nói là mượn đất)⁵.

Hiện nay, Luật Đất đai cũng như Dự thảo Luật Đất đai không có quy định ghi nhận giao dịch mượn QSDĐ. Trong khi đó, Luật Nhà ở lại có ghi nhận hợp đồng mượn nhà ở⁶, nên không có lý do gì Luật Đất đai lại bỏ qua giao dịch mượn QSDĐ. Việc Luật Đất đai ghi nhận một số giao dịch về QSDĐ nhưng không ghi nhận giao dịch mượn QSDĐ là bỏ qua một thực tế của xã hội. Do đó, để có sự đồng bộ trong pháp luật (nhất là với BLDS và Luật Nhà ở) và để đáp ứng nhu cầu của thực tế, chúng ta nên ghi nhận thêm giao dịch “mượn QSDĐ” trong Luật Đất đai. Cụ thể, trong Dự thảo Luật Đất đai, bên cạnh các quy định về “thuê QSDĐ”, chúng ta nên thêm giao dịch “mượn QSDĐ”.

Giao dịch bảo đảm

Pháp luật dân sự ghi nhận cho các chủ thể khả năng xác lập giao dịch bảo đảm là cầm cố tài sản (bên cạnh khả năng xác lập biện pháp thế chấp) tại Điều 326 BLDS. Với quy định này, đối tượng được sử dụng để cầm cố là bất kỳ tài sản nào (động sản hay bất động sản) và QSDĐ hoàn toàn có thể là đối tượng của cầm cố. Trong đời sống dân sự, việc người dân dùng QSDĐ để cầm cố rất phổ biến nhưng Luật Đất đai không liệt kê cầm cố QSDĐ trong các giao dịch về QSDĐ nên đã kéo theo một thực tế đáng buồn là chỉ trong rất ít trường hợp Tòa án chấp nhận cầm cố QSDĐ và, trong đa số các trường hợp, Tòa án tuyên bố giao dịch cầm cố QSDĐ vô hiệu với lý do giao dịch này không được Luật Đất đai quy định⁷. Theo chúng tôi, bên cạnh việc ghi nhận thế chấp

QSDĐ như hiện nay, Luật Đất đai sửa đổi nên theo hướng ghi nhận thêm quyền cầm cố vì các lý do sau:

Thứ nhất, việc cầm cố đất và nay là cầm cố QSDĐ đã được ghi nhận từ rất lâu ở Việt Nam, từ nhiều thế kỷ nay cha ông chúng ta đã cầm cố đất và pháp luật đã cho phép cầm cố đất. Nếu chúng ta theo hướng hạn chế hay cấm cầm cố QSDĐ thì hướng giải quyết này là hoàn toàn không thuyết phục: chúng ta chỉ nên hạn chế hay cấm một loại giao dịch dân sự khi giao dịch này xâm hại hay có nguy cơ xâm hại đến chính lợi ích của một bên trong giao dịch hay đến lợi ích của người khác trong khi đó chưa có ai khẳng định hay chứng minh được rằng cầm cố QSDĐ xâm hại đến lợi ích của một bên trong giao dịch cũng như đến lợi ích của người khác, của xã hội. *Thứ hai*, việc cho phép cầm cố QSDĐ có nghĩa là cho phép loại tài sản này được thêm cơ hội lưu thông trong nền kinh tế. Nếu người có QSDĐ không có nhu cầu sử dụng hay sử dụng đất không hiệu quả nhưng cần vốn để đầu tư vào việc khác và có chủ thể khác có điều kiện khai thác QSDĐ tốt hơn thì tại sao lại hạn chế chủ sử dụng giao tài sản cho người khác vừa để khai thác hiệu quả đất vừa để bảo đảm việc hoàn trả vốn thông qua cầm cố QSDĐ? Nói cách khác, so với việc không cho phép cầm cố QSDĐ thì việc cho phép cầm cố QSDĐ đem lại cho xã hội nhiều hơn là mất từ góc độ kinh tế.

Như vậy, bên cạnh giao dịch “thế chấp”, Dự thảo Luật Đất đai nên thêm giao dịch “cầm cố” và với việc quy định như vậy, sẽ không còn cơ để Tòa án tuyên bố giao dịch cầm cố QSDĐ là vô hiệu hiện nay.

5 Trong vụ việc sau đây, cơ quan tư pháp cũng ghi nhận giao dịch mượn QSDĐ. Cụ thể, liên quan đến tranh chấp giữa bà Mai và họ tộc Võ, Viện kiểm sát cho rằng “đất bà Mai đang sử dụng là đất nghĩa địa bà Mai mượn của họ tộc Võ trồng cỏ để chăn nuôi bò không phải đất của nhà bà”. Về phía mình, theo Tòa án, “diện tích đất trên là của gia tộc họ Võ, đất sử dụng vào mục đích làm đất nghĩa địa chôn những người trong gia tộc khi chết, đất này không phải là đất nông nghiệp, việc bà Mai mượn đất họ tộc họ Võ một khoảng đất trồng tạm thời để trồng cỏ nuôi bò, nay bà sử dụng vào mục đích khác làm nhà bán quán là không đúng” (Bản án số 1210/2012/HC-PT ngày 21/9/2012 của Tòa án nhân dân TP. Hồ Chí Minh).

6 Theo Điều 90 Luật Nhà ở, «giao dịch về nhà ở gồm các hình thức mua bán, cho thuê, thuê mua, tặng cho, đổi, thừa kế, thế chấp, cho mượn, cho ở nhờ và ủy quyền quản lý nhà ở». Trong danh sách đồng này chúng ta không thấy có «cầm cố» nhà ở.

7 Về chủ đề này, xem thêm Đỗ Văn Đại, Nghĩa vụ dân sự và bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự-Bản án và bình luận bản án, Nxb. CTQG 2012, Bản án số 56-58.

II. Công chứng, chứng thực giao dịch về quyền sử dụng đất

1. Bất cập của công chứng, chứng thực bắt buộc

Công chứng, chứng thực bắt buộc

Theo khoản 2 Điều 124 và khoản 2 Điều 401 BLDS, trong trường hợp pháp luật quy định giao dịch phải *phải có công chứng hoặc chứng thực* thì phải tuân theo các quy định đó.

Liên quan đến giao dịch về QSDĐ, Luật Đất đai hiện hành theo hướng phải công chứng, chứng thực hợp đồng chuyển đổi QSDĐ (điểm b khoản 1 Điều 126), chuyển nhượng QSDĐ (điểm b khoản 1 Điều 127), cho thuê QSDĐ (điểm b khoản 1 Điều 128), thế chấp QSDĐ (điểm a khoản 1 Điều 130), góp vốn bằng QSDĐ (điểm a khoản 1 Điều 131).

Với quy định trên, thực tiễn xét xử đã theo hướng, đối với các giao dịch về QSDĐ, công chứng, chứng thực là điều kiện có hiệu lực của giao dịch nên đã phát sinh nhiều bất cập trong thực tiễn.

Bất cập từ công chứng, chứng thực bắt buộc

Chúng ta không phủ nhận rằng, công chứng của chúng ta hiện nay bắt nguồn từ hệ thống pháp luật của Pháp, nhưng nghiên cứu so sánh cho thấy, công chứng Việt Nam đã đi xa hơn Pháp rất nhiều. Trong các loại hợp đồng phải công chứng (hay chứng thực) nêu trên ở Việt Nam, Pháp chỉ yêu cầu công chứng 02 trường hợp với ý nghĩa là điều kiện có hiệu lực của hợp đồng (tức nếu không công chứng thì giao dịch vô hiệu) và đó là hợp đồng tặng cho bất động sản, thế chấp (bất động sản)⁸.

Ở Việt Nam, số lượng giao dịch về QSDĐ bị tuyên bố vô hiệu là rất lớn và những giao dịch bị tuyên bố vô hiệu vì lý do pháp luật yêu cầu phải công chứng, chứng thực chiếm đa số. Nhìn từ thực tiễn xét xử, Việt Nam có thể được coi là nước “vô địch” về hợp đồng vô hiệu và trong cái “vô địch”

này có phần đóng góp không nhỏ của các quy định yêu cầu giao dịch về QSDĐ phải công chứng, chứng thực. Có những cái “vô địch” chúng ta rất tự hào còn “vô địch” về hợp đồng vô hiệu như vừa nêu là điều đáng phải xem xét lại.

Quan sát thực tiễn xét xử, chúng ta có thể khẳng định chính yêu cầu công chứng, chứng thực các giao dịch về QSDĐ đã tạo ra sự “hỗn loạn” trong đời sống, tạo cơ hội cho một bên bội ước đối với những cam kết đã được xác lập một cách tự nguyện.

2. Bỏ công chứng, chứng thực bắt buộc và ghi nhận công chứng, chứng thực tự nguyện

Thực tiễn xét xử

Trước những bất cập xuất phát từ yêu cầu giao dịch về QSDĐ phải công chứng hay chứng thực như đã nêu trên, đã xuất hiện nhiều hướng xử lý để ổn định các quan hệ trong xã hội.

Trong thực tiễn xét xử, đôi khi Tòa án đã phải “bỏ qua” quy định yêu cầu phải công chứng, chứng thực giao dịch về QSDĐ. Ở đây, Tòa án xử lý giao dịch về QSDĐ như không tồn tại quy định yêu cầu công chứng, chứng thực. Xin dẫn một vụ việc được giám đốc thẩm năm 2012 để cho thấy điều vừa nêu: Trước khi chết, cụ Minh chuyên nhượng 600m² đất cho ông Việt và bà Hào với giá 36 cây vàng. Bên bán đã nhận 22 cây vàng và chưa hoàn tất thủ tục chuyển nhượng. Khi có tranh chấp, Tòa giám đốc thẩm đã cho rằng “nếu cụ Minh ký tên thể hiện ý chí chuyển nhượng 600m² đất cho vợ chồng ông Việt thì cần xác định cụ Minh đã chuyển nhượng một phần tài sản của cụ, nên 600m² đất này không còn là di sản để chia”. Như vậy, Tòa án đã theo hướng chấp nhận hợp đồng chuyển nhượng QSDĐ khi xác định được ý chí đích thực của người đã khuất. Nói cách khác, Tòa án đã không áp dụng các quy định yêu cầu công chứng, chứng thực của Luật Đất đai.

Vẫn trong vụ việc vừa nêu, khi còn sống cụ Quế đã cho bà Anh 978m² đất nhưng giao

⁸ Ở Pháp, “nếu bỏ qua các giao dịch liên quan đến cá nhân và gia đình, theo BLDS không thay đổi từ năm 1804, 04 hợp đồng sau cần phải công chứng để có hiệu lực: Hợp đồng tặng cho, hợp đồng hôn nhân, xác lập thế chấp, thế nghĩa vụ”. “Trong những đạo luật sau BLDS, hiếm khi các nhà lập pháp theo hướng công chứng là điều kiện có hiệu lực của hợp đồng”: F. Terré và Y. Lequette, *Les obligations, Précis-Dalloz* 2009, phần số 142 và 143.

dịch tặng cho không có công chứng, chứng thực và Tòa giám đốc thẩm đã xét rằng “khi còn sống, năm 1993 cụ Quế (chết năm 2001) cũng đã cho bà Ánh 978m² đất (đo thực tế) nên cần xác định cụ Quế đã cho bà Ánh một phần tài sản của cụ nên diện tích đất này cũng không còn là di sản để chia”⁹. Như vậy, hợp đồng tặng cho QSDĐ không được công chứng, chứng thực nhưng vẫn được Tòa án công nhận để ổn định các quan hệ, tôn trọng ý chí của người đã khuất.

Luật Kinh doanh bất động sản

Bên cạnh đó, Quốc hội cũng đã thông qua một Luật theo hướng bỏ công chứng, chứng thực “bắt buộc” và ghi nhận quyền được công chứng, chứng thực đối với một số giao dịch bất động sản (trong đó có QSDĐ). Ở đây, Quốc hội đã chuyển yêu cầu phải công chứng, chứng thực giao dịch (tức chuyển *nghĩa vụ* công chứng, chứng thực) thành *quyền* công chứng, chứng thực (tức công chứng, chứng thực bắt buộc trở thành công chứng, chứng thực *tự nguyện*).

Cụ thể, theo quy định tại khoản 3 Điều 67 Luật Kinh doanh bất động sản (KDBĐS) “việc công chứng, chứng thực hợp đồng KDBĐS do các bên thỏa thuận”. Với quy định này, các bên *được quyền* công chứng, chứng thực giao dịch bất động sản (trong đó có cả giao dịch về QSDĐ) để hưởng những ưu điểm của công chứng, chứng thực và, khi hợp đồng không được công chứng, chứng thực, thì hợp đồng không bị vô hiệu và các bên phải thực hiện¹⁰. Nói cách khác, nhờ quy định về chuyển công chứng, chứng thực bắt buộc thành công chứng, chứng thực tự nguyện mà một số giao dịch không còn nguy cơ bị tuyên bố vô hiệu do vi phạm quy định về hình thức.

Ví dụ, liên quan đến một hợp đồng bằng văn bản (không công chứng, chứng thực) được xác lập năm 1994, theo một quyết định giám đốc thẩm, “mặc dù tại thời điểm giao kết, hợp đồng chuyển nhượng nhà đất nêu trên không được công chứng hoặc chứng

thực của cơ quan có thẩm quyền, nhưng theo quy định tại Điều 67 Luật KDBĐS có hiệu lực từ ngày 01/01/2007 thì hợp đồng nêu trên không bắt buộc phải công chứng, chứng thực (do Công ty có chức năng kinh doanh bất động sản), nên hiện nay hợp đồng sang nhượng nhà đất giữa Công ty với ông Thuận không vi phạm về hình thức”. Do đó, “Tòa án cấp sơ thẩm tuyên bố hợp đồng sang nhượng nhà đất giữa Công ty với ông Thuận vô hiệu, còn Tòa án cấp phúc thẩm xử hủy hợp đồng này cũng là không đúng”¹¹. Ở đây, nhờ quy định về quyền công chứng, chứng thực (hay công chứng, chứng thực tự nguyện) mà hợp đồng đã không bị vô hiệu mặc dù chỉ được lập bằng văn bản thông thường.

Sửa đổi Luật ĐĐ

Như vậy, đối với một số giao dịch về QSDĐ, Luật KDBĐS đã chuyển nghĩa vụ công chứng, chứng thực thành quyền công chứng, chứng thực giao dịch. Thực tiễn xét xử đã từng ghi nhận một số giao dịch về QSDĐ mặc dù giao dịch này không được công chứng, chứng thực. Nghiên cứu so sánh cho thấy pháp luật hiện hành của chúng ta, trong đó có Luật Đất đai, đã yêu cầu một cách thái quá giao dịch về QSDĐ phải công chứng, chứng thực.

Hiện nay, việc yêu cầu các giao dịch về QSDĐ đang là nguyên nhân của nhiều giao dịch bị tuyên bố vô hiệu mặc dù ý chí của các bên đã hoàn toàn tự nguyện và rất rõ ràng trong khi đó giao dịch (hợp đồng) sinh ra không để bị tuyên bố vô hiệu mà là để được thực hiện phù hợp với ý chí của các bên. Công chứng, chứng thực bắt buộc hiện nay gây ra quá nhiều bất cập nên việc chuyển công chứng, chứng thực bắt buộc thành công chứng, chứng thực tự nguyện (quyền công chứng, chứng thực) như Luật KDBĐS nêu trên là rất thuyết phục và nên được phát triển cho Luật Đất đai. Do đó, trước 2 phương án mà Dự thảo đưa ra và nếu phải lựa chọn 1 trong 2 phương án (về phương án thứ 3, chúng tôi sẽ trình bày ở

9 Quyết định số 318/2012/DS-GĐT ngày 18/7/2012 của Tòa dân sự TANDTC.

10 Về ưu điểm của việc chuyển “trách nhiệm” công chứng, chứng thực hợp đồng sang “quyền” công chứng, chứng thực hợp đồng, xem thêm Đỗ Văn Đại, Về kiến nghị của Bộ Xây dựng liên quan đến giao dịch nhà ở, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, tháng 9/2011.

11 Quyết định số 23/2008/DS-GĐT ngày 28/8/2008 của Hội đồng thẩm phán TANDTC.

phần sau) thì phương án 2 trong Điều 161 Dự thảo Luật Đất đai theo đó “việc công chứng, chứng thực hợp đồng, văn bản thực hiện các quyền của người SDD, chủ sở hữu tài sản gắn liền với đất được thực hiện theo nhu cầu của các bên” là thuyết phục hơn vì đã khắc phục được các hạn chế trên, đồng thời giảm chi phí (vì phí công chứng không nhỏ) cũng như rườm rà cho người dân (vì còn phải tiến hành đăng ký nữa).

Hiện nay, có ý kiến cho rằng việc bỏ công chứng, chứng thực “bắt buộc” thì xã hội sẽ “loạn”. Người có ý kiến này đã quá đề cao quy định buộc công chứng, chứng thực giao dịch về QSDĐ. Thực ra, không có giải pháp nào là không có ưu và nhược điểm, nhưng việc quy định công chứng, chứng thực bắt buộc như hiện nay có nhiều nhược điểm hơn việc chuyển sang công chứng, chứng thực tự nguyện. Khi người tham gia giao dịch có sự nghi ngờ đối với giao dịch về QSDĐ mà họ muốn xác lập, họ vẫn có thể yêu cầu sự trợ giúp của công chứng viên bằng cách yêu cầu công chứng giao dịch của họ. Bởi lẽ, Luật Công chứng đã quy định rõ “công chứng là việc công chứng viên chứng nhận tính xác thực, tính hợp pháp của hợp đồng, giao dịch khác bằng văn bản mà theo quy định của pháp luật phải công chứng hoặc cá nhân, tổ chức tự nguyện yêu cầu công chứng” (Điều 2). Hơn nữa, nếu có sự gian lận trong giao dịch về QSDĐ thì hiện nay chúng ta đã có cơ chế để bảo vệ người ngay tình vì pháp luật dân sự đã có chế tài cho người gian lận thông qua quy định về giao dịch vô hiệu do nhầm lẫn, do lừa dối hay do giả tạo. Bên cạnh đó, chúng ta cũng có quy định chuyên biệt trong PLVĐĐ để chống lại gian lận cũng như tạo sự ổn định trong xã hội như có quy định yêu cầu người có QSDĐ phải có giấy chứng nhận và QSDĐ không có tranh chấp khi tham gia giao dịch (khoản 1 Điều 106 Luật Đất đai).

III. Đăng ký giao dịch về quyền sử dụng đất

Các bên và người thứ ba

Giao dịch dân sự nói chung tồn tại và làm phát sinh quyền cũng như nghĩa vụ giữa

các bên của giao dịch. Thực tế, giao dịch này tồn tại trong xã hội nên cũng cần phải xem xét mối quan hệ giữa giao dịch với các chủ thể khác, thường được gọi là người thứ ba.

Quy định về mối quan hệ giữa các bên trong giao dịch và về mối quan hệ giữa giao dịch với người thứ ba đã phần nào tồn tại trong pháp luật Việt Nam. Trong phần chung, pháp luật dân sự đã quy định “cam kết, thoả thuận hợp pháp có hiệu lực bắt buộc thực hiện đối với các bên và phải được cá nhân, pháp nhân, chủ thể khác tôn trọng” (Điều 4 BLDS). Ở đây, đối với các bên, giao dịch có “hiệu lực bắt buộc thực hiện” còn, đối với người khác (người thứ ba), giao dịch có hệ quả là “phải được cá nhân, pháp nhân, chủ thể khác tôn trọng”.

Đăng ký nói chung và đăng ký giao dịch QSDĐ nói riêng thuộc vấn đề liên quan đến các bên trong giao dịch hay thuộc vấn đề liên quan đến người thứ ba?

1. Sự không rõ ràng của quy định đăng ký giao dịch về QSDĐ

Quy định hiện hành

Đăng ký giao dịch về QSDĐ “là việc ghi nhận QSDĐ hợp pháp đối với một thửa đất xác định vào hồ sơ địa chính nhằm xác lập quyền và nghĩa vụ của người SDD” (khoản 19 Điều 4 Luật ĐĐ năm 2003).

Liên quan đến trường hợp đăng ký, khoản 2 Điều 46 Luật ĐĐ quy định “việc đăng ký QSDĐ được thực hiện tại văn phòng đăng ký QSDĐ trong các trường hợp sau đây: Người SDD thực hiện quyền chuyển đổi, chuyển nhượng, thừa kế, tặng cho, cho thuê, cho thuê lại QSDĐ; thế chấp, bảo lãnh, góp vốn bằng QSDĐ theo quy định của Luật này” (trường hợp đăng ký giao dịch về QSDĐ vừa nêu được khẳng định lại tại khoản 2 Điều 107¹²). Quy định này đề cập đến đăng ký giao dịch về QSDĐ nhưng không cho biết rõ hệ quả của việc đăng ký. Về phía mình, đối với giao dịch chuyển QSDĐ, Điều 692 BLDS cho biết hệ quả của việc đăng ký nhưng còn rất chung chung với nội dung “việc chuyển QSDĐ có hiệu lực kể từ thời điểm đăng ký QSDĐ theo

12 “Người SDD có các nghĩa vụ chung sau đây: Đăng ký QSDĐ, làm đầy đủ thủ tục khi chuyển đổi, chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê lại, thừa kế, tặng cho QSDĐ; thế chấp, bảo lãnh, góp vốn bằng QSDĐ theo quy định của pháp luật”.

quy định của pháp luật về đất đai”. Ở đây, chúng ta biết giao dịch có hiệu lực từ thời điểm đăng ký nhưng chúng ta chưa biết giao dịch có hiệu lực với các bên trong giao dịch hay với người thứ ba.

Bên cạnh đó, đối với trường hợp phải đăng ký nhưng giao dịch không được đăng ký, BLDS cũng như Luật Đất đai không cho biết hệ quả của việc không đăng ký.

Dự thảo Luật

Trong Dự thảo trước đây (ngày 31/8/2012) cũng như Dự thảo Luật Đất đai đang được nghiên cứu, chúng ta thấy có quy định về đăng ký giao dịch về QSDĐ.

Trong Dự thảo trước đây, chúng ta thấy nêu “Nhà nước nghiêm cấm các hành vi sau: thực hiện các giao dịch về QSDĐ mà không đăng ký với CQNN có thẩm quyền” (khoản 2 Điều 11). Ngoài ra, Dự thảo này có quy định về hệ quả của việc đăng ký tại khoản 3 Điều 169 theo đó “việc chuyển đổi, chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê lại, thừa kế, tặng cho, thế chấp QSDĐ, tài sản gắn liền với đất phải đăng ký tại văn phòng đăng ký QSDĐ và có hiệu lực kể từ ngày đăng ký”.

Dự thảo Luật Đất đai đang được nghiên cứu vẫn duy trì quy định “thực hiện các giao dịch về QSDĐ mà không đăng ký với CQNN có thẩm quyền” là một trong “những hành vi bị nghiêm cấm” (Điều 11). Tuy nhiên, Dự thảo lại không cho biết hệ quả của việc không đăng ký và bỏ quy định về hệ quả của việc đăng ký đã được nêu trong Dự thảo trước đây.

2. Đối kháng giao dịch về QSDĐ với người thứ ba thông qua đăng ký

Hệ quả pháp lý của việc đăng ký

Trong phần biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự, pháp luật dân sự có quy định về đăng ký và nhấn mạnh hệ quả của việc đăng ký. Cụ thể, khoản 3 Điều 323 và khoản 1 Điều 325 BLDS quy định “trường hợp giao dịch bảo đảm được đăng

ký theo quy định của pháp luật thì giao dịch bảo đảm đó có giá trị pháp lý đối với người thứ ba, kể từ thời điểm đăng ký” và “trong trường hợp giao dịch bảo đảm được đăng ký thì việc xác định thứ tự ưu tiên thanh toán khi xử lý tài sản bảo đảm được xác định theo thứ tự đăng ký”¹³.

Ở quy định trên (cũng được áp dụng cho biện pháp bảo đảm bằng QSDĐ), chúng ta thấy khi được đăng ký hợp pháp, giao dịch bảo đảm có giá trị pháp lý với người thứ ba. Đây là hướng giải quyết hoàn toàn thuyết phục và cần được mở rộng ra cho các giao dịch khác. Bởi lẽ, đăng ký giao dịch là việc công khai giao dịch để công chúng biết giao dịch tồn tại và để từ đó, công chúng biết cách ứng xử bảo vệ lợi ích của họ, đồng thời không xâm phạm tới lợi ích của người khác. Còn đối với các bên trong giao dịch, họ đã biết giao dịch nên việc đăng ký không cần thiết (đăng ký không có ý nghĩa đối với họ)¹⁴.

Thiết nghĩ, kinh nghiệm trên cần được vận dụng cho cả giao dịch về QSDĐ. Đăng ký giao dịch về QSDĐ là một nội dung quản lý hành chính và nó có tác dụng thông báo với công chúng để công chúng biết rằng giao dịch về QSDĐ tồn tại. Trong Dự thảo Luật Đất đai, chúng ta nên có một nội dung tương tự như quy định trên về giao dịch bảo đảm để làm rõ vai trò của đăng ký giao dịch về QSDĐ. Cụ thể, chúng ta nên có quy định thêm như sau: “trường hợp giao dịch về QSDĐ được đăng ký theo quy định của pháp luật thì giao dịch đó có giá trị pháp lý đối với người thứ ba, kể từ thời điểm đăng ký”.

Hệ quả của việc không đăng ký

Vấn đề tiếp theo cần được xem xét là khi giao dịch không được đăng ký theo quy định thì có hệ quả như thế nào?

Như đã nêu, đăng ký là một nội dung quản lý hành chính có mục đích công khai giao dịch với người thứ ba và thủ tục này là không cần thiết đối với các bên vì các bên đã biết giao dịch. Do đó, về lý luận, chúng ta không nhất thiết phải nói rõ về hệ quả của

13 Nghị định số 181/2004/NĐ-CP ngày 29/10/2004 cũng quy định: “Thứ tự ưu tiên thanh toán nghĩa vụ liên quan đến QSDĐ được xác định theo thứ tự đăng ký tại Văn phòng đăng ký QSDĐ”.

việc không đăng ký và hệ quả đương nhiên sẽ là giao dịch này chỉ không có giá trị pháp lý với người thứ ba và vẫn có giá trị pháp lý giữa các bên nếu giao dịch đáp ứng các điều kiện khác. Tuy nhiên, từ lý luận đến thực tiễn thường là một quãng đường dài. Kinh nghiệm trong lĩnh vực giao dịch bảo đảm bằng QSDĐ đã cho thấy điều này. Cụ thể, pháp luật yêu cầu một số giao dịch bảo đảm (trong đó có bảo đảm bằng QSDĐ) phải đăng ký và chúng ta đã biết khi được đăng ký hợp lệ thì giao dịch này có giá trị pháp lý với người thứ ba kể từ thời điểm đăng ký. Tuy nhiên, pháp luật lại không cho biết rõ hệ quả của việc không đăng ký nên trong thực tiễn, rất nhiều bản án đã theo hướng việc không đăng ký kéo theo hệ quả là giao dịch này không có giá trị pháp lý trong mối quan hệ giữa các bên, mặc dù đã thỏa mãn tất cả các điều kiện khác. Ở đây, Tòa án đã coi đăng ký là điều kiện có hiệu lực của giao dịch trong mối quan hệ giữa các bên của giao dịch, trong khi đó, về lý luận, đăng ký chỉ là vấn đề đối kháng giao dịch với người thứ ba¹⁵.

Để loại bỏ bất cập vừa nêu, chúng ta không nên chỉ dừng ở việc quy định hệ quả của việc đăng ký như trên, mà cần quy định cả hệ quả của việc không đăng ký theo hướng: việc không đăng ký không ảnh hưởng tới quan hệ giữa các bên và chỉ không làm phát sinh hệ quả với người thứ ba. Về chủ đề này, chúng ta có thể tham khảo thêm kinh nghiệm của Pháp đã được kiểm nghiệm trong thực tiễn gần 60 năm nay. Cụ thể, Điều 28 Nghị định số 55-22 ngày 4/2/1955 (vẫn còn hiệu lực) quy định những giao dịch và quyết định tư pháp (chủ yếu liên quan đến bất động sản) cần phải đăng ký, và về hệ quả của việc không đăng ký, khoản 1 Điều 30 Nghị định trên quy định “những giao dịch và quyết định tư pháp phải đăng ký theo khoản 1 Điều 28, nếu không được đăng ký, không có giá trị pháp lý với người thứ ba”.

Với quy định này, khi giao dịch không được đăng ký, chúng ta hiểu rằng giao dịch này không có giá trị với người thứ ba và chỉ không có giá trị pháp lý với người thứ ba (không ảnh hưởng tới các bên trong giao dịch).

Phương án 3

Phân trên đã cho thấy, Dự thảo Luật Đất đai đưa ra hai phương án liên quan đến công chứng, chứng thực giao dịch về QSDĐ và trong trường hợp phải lựa chọn một trong hai phương án thì chúng tôi theo hướng của phương án 2 (chuyên công chứng, chứng thực bắt buộc sang công chứng, chứng thực tự nguyện).

Tuy nhiên, chúng ta cũng có thể nghĩ tới một phương án khác (3) đề vẫn cần công chứng, chứng thực nhưng không để công chứng, chứng thực ảnh hưởng tới hiệu lực của giao dịch (giữa các bên), đồng thời phát huy được ưu điểm của cơ chế đăng ký nhằm đối kháng giao dịch với người thứ ba. Cụ thể, chúng ta vẫn có thể duy trì công chứng, chứng thực bắt buộc nhưng nêu rõ là việc không công chứng, chứng thực không làm ảnh hưởng đến hiệu lực của giao dịch đối với các bên. Khi theo phương án này (3), chúng ta cũng cần nói rõ là việc công chứng, chứng thực chỉ là điều kiện để đối kháng giao dịch với người thứ ba, chỉ là một bước để tiến hành đăng ký (tức nếu không công chứng, chứng thực thì sẽ không thể tiến hành đăng ký và không thể đối kháng giao dịch với người thứ ba).

Mỗi phương án đều có ưu và nhược điểm của nó nhưng phương án 3 nêu trên có thể giúp hạn chế được các bất cập hiện hành và vẫn duy trì được công chứng, chứng thực bắt buộc. Ở đây, chúng ta thay đổi hệ quả pháp lý của việc không công chứng, chứng thực: từ việc làm cho giao dịch vô hiệu giữa các bên chúng ta chuyển sang làm cho giao dịch chỉ không đối kháng với người thứ ba nếu thiếu thủ tục công chứng, chứng thực ■

14 Về mối quan hệ giữa các bên trong giao dịch, xin nói thêm rằng, giao dịch sinh ra là để thực hiện nhằm thỏa mãn mục đích mà các bên mong muốn, trong khi đó “mục đích của giao dịch dân sự là lợi ích hợp pháp mà các bên mong muốn đạt được khi xác lập giao dịch đó” (Điều 123 BLDS). Chính vì vậy, pháp luật phải có những quy định theo hướng để các bên đạt được mục đích càng sớm càng tốt.

15 Về chủ đề này, xem thêm Đỗ Văn Đại, Nghĩa vụ dân sự và bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự-Bản án và bình luận bản án, Nxb. CTQG 2012, Bản án số 44 và 45-47.

Hoàn thiện các quy định về MIỄN TRÁCH NHIỆM HÌNH SỰ, MIỄN HÌNH PHẠT, MIỄN CHẤP HÀNH HÌNH PHẠT VÀ ÁN TỊCH

(Kỳ 2)

TRỊNH TIẾN VIỆT*

2. Miễn hình phạt

2.1. Hậu quả của việc áp dụng chế định miễn hình phạt

Hiện nay, theo pháp luật hình sự Việt Nam thì, về cơ bản, hậu quả của việc áp dụng chế định miễn hình phạt là **người được miễn hình phạt là người có tội, họ có TNHS và phải chịu TNHS**. Người này đã bị tiến hành điều tra, truy tố, xét xử nhưng khi xét xử, họ không bị Tòa án áp dụng biện pháp cưỡng chế nghiêm khắc nhất của Nhà nước là hình phạt về tội mà họ đã thực hiện, do có căn cứ để miễn hình phạt, nếu không có, họ sẽ bị áp dụng hình phạt trên những cơ sở chung.

Như vậy, hậu quả pháp lý *hình sự* của việc áp dụng chế định miễn hình phạt cũng khác với miễn TNHS. Theo đó, với người được miễn TNHS thì họ đương nhiên không bị áp dụng bất kỳ hình phạt nào, bao hàm cả việc được miễn hình phạt, nhưng miễn hình phạt thì người phạm tội vẫn **có TNHS và phải chịu TNHS**. Đối với người này, họ bị tiến hành điều tra, truy tố, xét xử theo quy định chung của pháp luật, mặc dù họ **đương nhiên** được xóa án tích theo Điều 64 BLHS.

Tuy nhiên, qua nghiên cứu chúng tôi nhận thấy, BLHS chưa bảo đảm được công bằng giữa trường hợp người được miễn hình phạt với người vi phạm hành chính trong trường hợp cụ thể. Điều 54 Bộ luật quy

định: “Người phạm tội có thể được miễn hình phạt trong trường hợp người phạm tội có nhiều tình tiết giảm nhẹ quy định tại khoản 1 Điều 46 của Bộ luật này, đáng được khoan hồng đặc biệt, nhưng chưa đến mức được miễn TNHS”, và theo khoản 1 Điều 64 thì người được miễn hình phạt đương nhiên được xóa án tích. Như vậy, cũng như người được miễn TNHS, người được miễn hình phạt không phải chịu hậu quả pháp lý bất lợi của việc phạm tội hoặc (và) của việc quyết định hình phạt là **án tích**. Trong khi đó, nếu một người vi phạm hành chính và bị xử phạt, thì trong thời hạn một (01) năm sau họ mới được xóa án và coi như chưa bị xử lý vi phạm hành chính (Điều 11 Pháp lệnh Xử lý vi phạm hành chính năm 2002, sửa đổi năm 2007, 2008 trước đây và nay là Điều 6 Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012). Đặc biệt, trong nhiều trường hợp, BLHS quy định **dấu hiệu nhân thân (đã bị xử phạt hành chính)** là **dấu hiệu định tội**, nếu người đó tái phạm sẽ bị truy cứu TNHS.

Như vậy, xét ở góc độ pháp lý, hậu quả pháp lý mà người phạm tội (được miễn hình phạt) gánh chịu còn nhẹ hơn so với người vi phạm hành chính (mà bị xử phạt hành chính), vì ngoài phải chịu trách nhiệm hành chính ra, người này còn phải chịu thời hạn là một (01) năm thử thách, không tái phạm thì mới được coi như chưa bị xử phạt vi phạm hành chính. Để bảo đảm sự công bằng

* TS. Phó Chủ nhiệm Bộ môn Tư pháp hình sự, Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội

giữa người được miễn hình phạt và người bị xử phạt hành chính, vấn đề nên được sửa đổi, bổ sung theo hướng: *Trong trường hợp cần thiết, Tòa án áp dụng một trong các biện pháp tư pháp của Bộ luật này hoặc kiến nghị cơ quan, tổ chức hay người có thẩm quyền xử lý hành chính hoặc kỷ luật đối với người được miễn hình phạt.*

2.2. Trường hợp miễn hình phạt chung

Bên cạnh các điều kiện khác, Điều 54 BLHS không hạn chế quy định loại tội gì để được miễn hình phạt, nhưng đã gián tiếp thông qua Điều 29 BLHS về “Cảnh cáo”: “Cảnh cáo được áp dụng đối với người phạm tội ít nghiêm trọng và có nhiều tình tiết giảm nhẹ, nhưng chưa đến mức miễn hình phạt”. Do đó, đối với trường hợp miễn hình phạt chung, các nhà làm luật nên hạn chế phạm vi loại tội mà người phạm tội có thể được miễn hình phạt, đó là loại **tội phạm ít nghiêm trọng hoặc tội phạm nghiêm trọng** để có sự phân hóa hơn nữa trong chính sách hình sự, phân biệt với trường hợp áp dụng hình phạt cảnh cáo, cũng như tránh việc lạm dụng áp dụng đối với cả những trường hợp phạm tội rất nghiêm trọng, đặc biệt nghiêm trọng, làm ảnh hưởng đến tính nghiêm minh của pháp luật, không bảo đảm yêu cầu đấu tranh phòng, chống tội phạm trong thực tiễn xét xử, gây bức xúc trong dư luận quần chúng nhân dân. Ngoài ra, cần bổ sung cụm từ “TNHS” sau cụm từ “tình tiết giảm nhẹ” của Điều 54 BLHS nhằm bảo đảm chính xác và chặt chẽ hơn.

2.3. Miễn hình phạt cho NCTN phạm tội

Theo khoản 4 Điều 69 BLHS, thì “Khi xét xử, nếu thấy không cần thiết phải áp dụng hình phạt đối với NCTN phạm tội, thì Tòa án áp dụng một trong các biện pháp tư pháp được quy định tại Điều 70 của Bộ luật này”. Mặc dù các nhà làm luật không ghi nhận rõ ràng NCTN phạm tội được miễn hình phạt, nhưng căn cứ vào nội dung điều luật cho thấy, đây là một trường hợp **miễn hình phạt có điều kiện** đối với đối tượng

này¹. Những điều kiện kèm theo để miễn hình phạt đối với NCTN phạm tội là: khi xét xử, nếu thấy không cần thiết phải áp dụng hình phạt; có cơ sở (lý do) áp dụng **một trong số các biện pháp tư pháp** có tính chất giáo dục, phòng ngừa.

Những điều kiện kèm theo có mối liên hệ chặt chẽ và hữu cơ với nhau, thể hiện ở chỗ: khi xét xử, nếu thấy **không cần thiết** phải áp dụng hình phạt, đồng thời có khả năng áp dụng **một trong số các biện pháp tư pháp** đối với NCTN phạm tội là phù hợp, cũng như đáp ứng yêu cầu phòng ngừa chung và phòng ngừa riêng, thì Tòa án quyết định miễn hình phạt cho NCTN phạm tội, kèm theo đó là việc áp dụng một trong số các biện pháp tư pháp có tính chất giáo dục, phòng ngừa - giáo dục tại xã, phường, thị trấn, hoặc đưa vào trường giáo dưỡng. Vì vậy, cần sửa đổi theo hướng **ghi nhận trực tiếp** tên gọi miễn hình phạt trong nội dung khoản 4 Điều 69 Bộ luật.

2.4. Miễn hình phạt cho người phạm tội không tố giác tội phạm

Khoản 3, Điều 314 BLHS quy định “người không tố giác nếu đã có hành động can ngăn người phạm tội hoặc hạn chế tác hại của tội phạm thì có thể được miễn TNHS hoặc miễn hình phạt”. Theo đó, **những điều kiện** để miễn hình phạt cũng chính là các điều kiện để miễn TNHS. Tuy nhiên, Bộ luật chưa phân định rõ trường hợp nào thì được miễn TNHS, trường hợp nào được miễn hình phạt dẫn đến việc áp dụng trong thực tế có nhiều khó khăn. Chúng tôi cho rằng, Bộ luật cần phân tách rõ ràng hai trường hợp để phân hóa hơn nữa TNHS của người phạm tội trong BLHS.

2.5. Bảo đảm tính thống nhất của BLHS và Bộ luật TTHS với Hiến pháp năm 1992

Khoản 1 Điều 72 Hiến pháp năm 1992, sửa đổi năm 2001 quy định: “**Không ai bị coi là có tội và phải chịu hình phạt khi chưa có bản án kết tội của Tòa án đã có hiệu lực pháp luật...**”. Bộ luật TTHS nhắc lại

1 Xem: Trần Thị Quỳnh, *Chế định miễn hình phạt trong luật hình sự Việt Nam*, Luận văn thạc sĩ, Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội, 2007, tr. 80.

nguyên tắc này tại Điều 9. Yêu cầu cần sửa đổi về thứ hai “**và phải chịu hình phạt...**” cho phù hợp với các quy định của BLHS và thực tiễn xét xử. Bởi lẽ, có hai trường hợp: *thứ nhất*, một người phạm tội và đến khi xét xử, trong bản án kết tội đã có hiệu lực pháp luật của Tòa án, người đó bị coi là **có tội** và bị áp dụng **hình phạt**; *thứ hai*, một người phạm tội nhưng đến khi xét xử, trong bản án kết tội đã có hiệu lực pháp luật của Tòa án, người đó bị coi là **có tội** nhưng không bị áp dụng **hình phạt** mà được **miễn hình phạt** (Điều 54 BLHS).

Do đó, chỉ cần quy định: “*Không ai bị coi là có tội khi chưa có bản án kết tội của Tòa án đã có hiệu lực pháp luật*” là đầy đủ và bao quát các trường hợp đã nêu, đồng thời đổi tên gọi và bổ sung thêm nội dung của nguyên tắc này là nguyên tắc *suy đoán vô tội* (kết hợp Điều 9 và Điều 10 Bộ luật TTHS).

2.6. Bảo đảm tính thống nhất trong BLHS và Bộ luật TTHS

Theo khoản 1 Điều 314 Bộ luật TTHS: “1. Tòa án có thể ra một trong những quyết định sau đây: a) *Miễn TNHS hoặc miễn hình phạt và áp dụng biện pháp bắt buộc chữa bệnh...*”. Theo đó, cần tách nội dung điểm a khoản 1 Điều 314 Bộ luật TTHS thành hai trường hợp để tránh sự hiểu không đúng hai về giữa cụm từ “*hoặc*” vì miễn TNHS thì không cần hoặc phải áp dụng biện pháp bắt buộc chữa bệnh - vì chỉ khi miễn hình phạt mới cần thiết phải áp dụng một trong các biện pháp tư pháp (cụ thể là biện pháp bắt buộc chữa bệnh).

Như vậy, các điều luật về miễn hình phạt trong BLHS nên sửa đổi, bổ sung như sau:

Điều 54. Miễn hình phạt

1. Người phạm tội có thể được miễn hình phạt trong trường hợp phạm tội ít nghiêm trọng hoặc tội nghiêm trọng, có nhiều tình tiết giảm nhẹ TNHS quy định tại khoản 1 Điều 46 của Bộ luật này, đáng được khoan hồng đặc biệt, nhưng chưa đến mức được miễn TNHS.

2. Trong trường hợp cần thiết, Tòa án áp dụng một trong các biện pháp tư pháp của Bộ luật này hoặc kiến nghị cơ quan, tổ chức hay người có thẩm quyền xử lý hành chính hoặc kỷ luật đối với người được miễn hình phạt...

Điều 69. Nguyên tắc xử lý đối với NCTN phạm tội (sửa nội dung khoản 4 cho chính xác hoặc tách ra thành một trường hợp độc lập)

...4. Khi xét xử, nếu thấy không cần thiết phải áp dụng hình phạt đối với NCTN phạm tội, thì Tòa án **miễn hình phạt và áp dụng một trong các biện pháp tư pháp** được quy định tại Điều 70 của Bộ luật này...

Điều 314. Tội không tố giác tội phạm

...3. Người không tố giác nếu đã có hành động can ngăn người phạm tội, thì có thể được miễn hình phạt; nếu cố gắng hạn chế tác hại của tội phạm, thì có thể được miễn TNHS.

Điều 72 Hiến pháp năm 1992, sửa đổi năm 2001 nên sửa đổi, bổ sung: *Không ai bị coi là có tội khi chưa có bản án kết tội của Tòa án đã có hiệu lực pháp luật...*

Còn các điều 10, 314 Bộ luật TTHS sẽ sửa đổi, bổ sung thành:

Điều 9. *Suy đoán vô tội* (gộp một số nội dung Điều 10 vào điều luật này)

1. Không ai bị coi là **có tội** khi chưa có bản án kết tội của Tòa án đã có hiệu lực pháp luật.

2. Trách nhiệm chứng minh tội phạm thuộc về các cơ quan tiến hành tố tụng. Người bị tạm giữ, bị can, bị cáo có quyền nhưng không buộc phải chứng minh là mình vô tội.

3. Mọi nghi ngờ về tội phạm của người bị tạm giữ, bị can, bị cáo, nếu không được loại trừ theo trình tự, thủ tục do Bộ luật này quy định thì phải được giải thích theo hướng có lợi cho họ...

Điều 314. Xét xử

1. Tòa án có thể ra một trong những quyết định sau đây:

a) Miễn TNHS;

b) Miễn hình phạt và áp dụng biện pháp bắt buộc chữa bệnh;...

3. Miễn chấp hành hình phạt

3.1. Bảo đảm thống nhất nội dung khi sử dụng thuật ngữ “lập công lớn” trong khoản 1 với “lập công” khoản 3 và khoản 4 Điều 57 BLHS. Theo mục 2 Nghị quyết số 01/2007/NQ-HĐTP ngày 02/10/2007 của HĐTP TANDTC “Hướng dẫn áp dụng một số quy định của BLHS về thời hiệu thi hành bản án, miễn chấp hành hình phạt, giảm thời hạn chấp hành hình phạt” thì “lập công lớn là trường hợp người bị kết án đã có hành động giúp cơ quan nhà nước có thẩm quyền phát hiện, truy bắt, điều tra tội phạm; cứu được người khác trong tình thế hiểm nghèo hoặc đã cứu được tài sản của Nhà nước, của tập thể, của công dân trong thiên tai, hỏa hoạn; có những phát minh, sáng chế hoặc sáng kiến có giá trị hoặc thành tích xuất sắc đột xuất khác được các cơ quan có thẩm quyền xác nhận”. Và “đã lập công là trường hợp lập công lớn hoặc người bị kết án có thành tích xuất sắc trong cuộc sống, trong sản xuất, chiến đấu, học tập, công tác được cơ quan có thẩm quyền khen thưởng hoặc chứng nhận”. Điều này có nghĩa, “lập công” bao hàm trong đó cả “lập công lớn” và có cả thành tích xuất sắc trong các lĩnh vực. Do đó, để nhân đạo hóa hơn nữa trong chính sách hình sự của Nhà nước đối với người bị kết án và mở rộng phạm vi áp dụng chế định miễn chấp hành hình phạt, theo chúng tôi, chỉ cần quy định thống nhất ở các khoản của Điều 57 là “đã lập công”.

3.2. Khoản 5 Điều 57 quy định: “Người bị phạt cấm cư trú hoặc quản chế, nếu đã chấp hành được một phần hai thời hạn hình phạt và cải tạo tốt, thì theo đề nghị của chính quyền địa phương nơi người đó chấp hành hình phạt, Tòa án có thể quyết định miễn chấp hành phần hình phạt còn lại”. Theo chúng tôi, cần khẳng định rõ - “người bị phạt cấm cư trú hoặc quản chế” là “*người bị áp dụng hình phạt bổ sung...*, đồng thời trong BLHS cũng không nêu trường hợp thi hành các hình phạt bổ sung khác như: *cấm đảm nhiệm chức vụ, cấm hành nghề hoặc*

làm công việc nhất định, tước một số quyền công dân; v.v... Do đó, cần bổ sung cả việc miễn chấp hành hình phạt đối với các hình phạt bổ sung này (bao gồm cả hai hình phạt là cấm cư trú và quản chế mà khoản 5 Điều 57 BLHS đã quy định) cho đầy đủ và bảo đảm quyền lợi của người bị kết án.

3.3. Điểm c tiểu mục 2.3. của mục 2 Nghị quyết số 01/2007/NQ-HĐTP có hướng dẫn khoản 5 Điều 57 việc đề nghị của chính quyền địa phương nơi người đó chấp hành hình phạt phải bằng *văn bản*. Vì vậy, cần cụ thể hóa nội dung này vào BLHS cho bảo đảm tính thống nhất và bảo đảm chặt chẽ về mặt hình thức pháp lý của điều kiện này.

3.4. Theo Điều 1 Nghị quyết số 33/2009/NQ-QH12 ngày 19/6/2009 của Quốc hội về việc thi hành Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của BLHS:

“1. Kể từ ngày 01/01/2010, Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của BLHS được áp dụng như sau: Tất cả các điều khoản của Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của BLHS được áp dụng để điều tra, truy tố, xét xử và thi hành án đối với người thực hiện hành vi phạm tội từ 0 giờ 00 ngày 01/01/2010...

2. Kể từ ngày Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của BLHS được công bố:...

đ) Trong trường hợp quy định tại các điểm b, c và d khoản này, nếu vụ án đang được điều tra, truy tố, xét xử thì phải đình chỉ; trường hợp người bị kết án đang chấp hành hình phạt hoặc đang được tạm đình chỉ thi hành án, thì họ được miễn chấp hành phần hình phạt còn lại; trường hợp người bị kết án chưa chấp hành hình phạt hoặc đang được hoãn thi hành án, thì họ được miễn chấp hành toàn bộ hình phạt;

e) Những người đã chấp hành xong hình phạt hoặc được miễn chấp hành toàn bộ hình phạt hoặc phần hình phạt còn lại quy định tại điểm đ khoản này thì đương nhiên được xóa án tích”.

Những quy định trong Nghị quyết 33/2009/NQ-QH12 đã thể hiện chính sách nhân đạo của Nhà nước và được xem là những quy định có lợi cho người phạm tội

nên cần thiết phải áp dụng (đặc biệt là điểm “*d*” và điểm “*e*”). Trên cơ sở này, TANDTC cũng đã có Công văn số 105/TANDTC-KHXX ngày 17/7/2009 về việc thi hành khoản 2 Điều 1 Nghị quyết số 33/2009/NQ-QH12 của Quốc hội cho phù hợp với thực tiễn xét xử. Tuy nhiên, thực tiễn cho thấy, khi thực hiện quy định tại điểm “*d*” đối với trường hợp người được hưởng án treo thuộc một trong các trường hợp thuộc điểm “*a*”, “*b*” hay “*c*” của Nghị quyết 33/2009/NQ-QH12 đã *bỏ ngoài* một trường hợp đối với người được miễn chấp hành hình phạt tù có điều kiện - **án treo**. Nếu họ thỏa mãn các điều kiện đã nêu của Nghị quyết thì có được hưởng chính sách nhân đạo, khoan hồng nào không và việc tính thời gian thử thách của án treo thế nào? Việc giám sát, giáo dục của Ủy ban nhân xã, phường, thị trấn, của chính quyền địa phương trong thời gian thử thách được tiến hành ra sao? (đặc biệt là các nghĩa vụ của người được hưởng án treo và trách nhiệm của gia đình, cơ quan, tổ chức... quy định trong Nghị định 61/2000/NĐ-CP ngày 30/10/2000 quy định việc thi hành hình phạt tù cho hưởng án treo và mục 1 Chương V Luật thi hành án hình sự 2010 quy định về việc thi hành án treo). Sẽ trở nên rất nghiêm khắc nếu họ “phạm tội mới trong thời gian thử thách, thì Tòa án quyết định buộc phải chấp hành hình phạt của bản án trước và tổng hợp với hình phạt của bản án mới theo quy định tại Điều 51 của Bộ luật này” (khoản 5 Điều 60). Điều đó mâu thuẫn với ý nghĩa, vai trò và bản chất pháp lý khi áp dụng án treo. Bởi lẽ, án treo là một chế định nhân đạo, là một biện pháp miễn chấp hành hình phạt tù có điều kiện (điểm 1 Phần VII Nghị quyết số 02/NQ-HĐTP ngày 05/01/1986 của HĐTP TANDTC; Nghị quyết số 01/NQ-HĐTP ngày 18/01/1990 của HĐTP TANDTC về “Hướng dẫn về việc áp dụng Điều 44 BLHS”), có nghĩa xét về mức độ nhân đạo và khoan hồng, còn *nhẹ hơn* biện pháp miễn chấp hành hình phạt tù (mặc dù trước đó họ bị áp dụng hình phạt tù,

nhưng được miễn chấp hành hình phạt tù có điều kiện). Trong khi đó, tại điểm “*e*” của Nghị quyết 33/2007/NQ-QH12 có nêu “Những người đã chấp hành xong hình phạt hoặc được miễn chấp hành toàn bộ hình phạt hoặc phần hình phạt còn lại quy định tại điểm “*d*” khoản này thì **đương nhiên được xóa án tích**”, nhưng không cho người được án treo hưởng quy định này. Do đó, các cơ quan có thẩm quyền nên kịp thời ban hành văn bản hướng dẫn bổ sung, qua đó bảo đảm quyền lợi cho người được hưởng án treo.

3.5. Hàng loạt các vấn đề trong Nghị quyết số 01/2007/NQ-HĐTP và gần đây là Thông tư liên tịch số 09/2012/BCA-BQP-TANDTC-VKSNDTC ngày 16/8/2012 của Bộ Công an, Bộ Quốc phòng, TANDTC và VKSNDTC “Hướng dẫn việc giảm, miễn thời hạn chấp hành án phạt cải tạo không giam giữ và miễn chấp hành thời hạn cấm cư trú, quản chế còn lại” cũng cần cụ thể hóa hơn nữa. Chẳng hạn, hướng dẫn “lập công lớn” có trường hợp người bị kết án “có những phát minh, sáng chế hoặc sáng kiến có giá trị hoặc thành tích xuất sắc đột xuất khác được các cơ quan có thẩm quyền xác nhận”. Ở đây, phát minh, sáng chế hoặc sáng kiến “*có giá trị*” là khó xác định, thời gian để xác nhận là bao lâu vì có trường hợp đợi cơ quan, tổ chức có thẩm quyền xác nhận phát minh, sáng chế hoặc sáng kiến “*có giá trị*” thì người bị kết án đã phải thi hành án, thậm chí thi hành án lâu rồi; thi hành hình phạt tiền hoặc vấn đề thẩm quyền, thủ tục xét miễn chấp hành hình phạt; v.v...².

Theo đó, Điều 57 BLHS nên sửa đổi, bổ sung như sau:

Điều 57. Miễn chấp hành hình phạt

*1. Đối với người bị kết án cải tạo không giam giữ, tù có thời hạn, chưa chấp hành hình phạt mà **lập công** hoặc..., thì theo đề nghị của Viện trưởng Viện kiểm sát, Tòa án có thể quyết định miễn chấp hành toàn bộ hình phạt.*

...3. Đối với người bị kết án về tội ít

2 Xem thêm: Trần Thị Thanh Thúy, *Chế định miễn chấp hành hình phạt trong luật hình sự Việt Nam*, Luận văn thạc sĩ, Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội, 2012, tr. 90.

ng nghiêm trọng đã được hoãn chấp hành hình phạt theo quy định tại Điều 61 của Bộ luật này, nếu trong thời gian được hoãn đã lập công, thì theo đề nghị của Viện trưởng Viện kiểm sát, Tòa án có thể quyết định miễn chấp hành hình phạt.

4. Đối với người bị kết án phạt tù về tội ít nghiêm trọng đã được tạm đình chỉ chấp hành hình phạt theo quy định tại Điều 62 của Bộ luật này, nếu trong thời gian được tạm đình chỉ mà đã lập công, thì theo đề nghị của Viện trưởng Viện kiểm sát, Tòa án có thể quyết định miễn chấp hành phần hình phạt còn lại.

5. Người bị áp dụng hình phạt bổ sung là cấm đảm nhiệm chức vụ, cấm hành nghề hoặc làm công việc nhất định, cấm cư trú, quản chế hoặc tước một số quyền công dân, nếu đã chấp hành được một phần hai thời hạn hình phạt và cải tạo tốt, thì theo đề nghị bằng văn bản của chính quyền địa phương nơi người đó chấp hành hình phạt, Tòa án có thể quyết định miễn chấp hành phần hình phạt còn lại.

4. Án treo

4.1. Các điều kiện cho hưởng án treo nên sửa đổi theo hướng: về mức phạt tù, cần khẳng định rõ “không phân biệt tội gì” cho đầy đủ bên cạnh cụm từ “khi xử phạt tù không quá ba năm”; cũng như về điều kiện nhân thân của người phạm tội phải quy định rõ là “nhân thân người này phải tốt”; về điều kiện các tình tiết giảm nhẹ TNHS phải nêu rõ số lượng - từ hai tình tiết giảm nhẹ TNHS trở lên, đồng thời đưa nội dung của Nghị quyết số 01/2007/NQ-HĐTP vào BLHS để phục vụ tốt cho thực tiễn xét xử và nhận thức thống nhất, tránh việc khi áp dụng theo văn bản hướng dẫn này lại **ng nghiêm khác hơn** so với BLHS là chưa tuân thủ nghiêm chỉnh nguyên tắc pháp chế trong luật hình sự Việt Nam (vì BLHS chỉ quy định chung là căn cứ “các tình tiết giảm nhẹ...”, không nêu “không có tình tiết tăng nặng TNHS”, chứ không quy định rõ như Nghị quyết là “có từ hai tình tiết giảm nhẹ trở lên và không có tình tiết tăng nặng TNHS, trong đó có ít nhất là một tình tiết giảm nhẹ TNHS

quy định tại khoản 1 Điều 46 BLHS. Trường hợp vừa có tình tiết giảm nhẹ vừa có tình tiết tăng nặng, thì tình tiết giảm nhẹ TNHS phải nhiều hơn tình tiết tăng nặng TNHS từ hai tình tiết trở lên”.

4.2. Vấn đề xét thấy không cần phải bắt chấp hành hình phạt tù cũng cần nhấn mạnh thêm mục đích “bảo đảm yêu cầu đấu tranh phòng ngừa, chống tội phạm”, vì điều kiện đủ này có nghĩa phải bảo đảm cho người được hưởng án treo khi không chấp hành hình phạt tù họ không có khả năng gây nguy hiểm cho xã hội hoặc không gây ảnh hưởng xấu trong cuộc đấu tranh phòng, chống tội phạm, đảm bảo trật tự xã hội chung và việc áp dụng án treo đối với họ được dư luận xã hội đồng tình. Ngoài ra, cũng cần sửa đổi, bổ sung cụm từ “người bị kết án” và “đối với họ” trong khoản 1 Điều 60 BLHS cho đầy đủ và chính xác về nội dung và ngữ nghĩa.

4.3. Bổ sung vào khoản 2 Điều 60 BLHS về “thời điểm bắt đầu tính thời gian thử thách” đã được hướng dẫn cụ thể trong Nghị quyết số 01/2007/NQ-HĐTP. Theo đó, thời điểm bắt đầu tính thời gian thử thách là “ngày tuyên án đầu tiên cho hưởng án treo”.

4.4. Theo khoản 3 Điều 28 BLHS, “**Đối với mỗi tội phạm, người phạm tội chỉ bị áp dụng một hình phạt chính và có thể bị áp dụng một hoặc một số hình phạt bổ sung**”. Tuy nhiên, khoản 3 Điều 60 BLHS về án treo lại quy định: “**Người được hưởng án treo có thể phải chịu hình phạt bổ sung là phạt tiền, cấm đảm nhiệm chức vụ, cấm hành nghề hoặc làm công việc nhất định được quy định tại Điều 30 và Điều 36 của Bộ luật này**”. Chúng tôi cho rằng, quy định này chưa thật hợp lý bởi lẽ, kể từ khi thông qua BLHS năm 1985 đến nay, án treo có bản chất pháp lý là một biện pháp “miễn chấp hành hình phạt tù có điều kiện” (điểm 1 Phần VII Nghị quyết số 02/NQ-HĐTP ngày 05/01/1986 của HĐTP TANDTC; Nghị quyết số 01/NQ-HĐTP ngày 18/01/1990 của HĐTP TANDTC về “Hướng dẫn về việc áp dụng Điều 44 BLHS”), chứ **không phải là hình phạt** (mặc dù họ bị xử phạt tù, sau đó

(Xem tiếp trang 64)

TIỀN TRÌNH CHÍNH SÁCH PHÁT TRIỂN KINH TẾ - XÃ HỘI VÙNG DÂN TỘC THIỂU SỐ NƯỚC TA

NGUYỄN LÂM THÀNH*

1. Tiến trình chính sách và tiếp cận trong hoạch định chính sách dân tộc giai đoạn từ sau 1986

Cùng với sự đổi mới toàn diện của đất nước trên các lĩnh vực chính trị, kinh tế, văn hoá, xã hội, công tác dân tộc trong thời kỳ đổi mới cũng có những thay đổi đáng kể quan trọng. Trên tinh thần Nghị quyết Đại hội Đảng VI, tiếp theo được khẳng định tại Đại hội VII, VIII, nội dung về công tác dân tộc đã từng bước được cụ thể hoá trên phương diện quản lý nhà nước, thay đổi trong hoạt động tổ chức, điều hành, quản lý và nội dung chính sách dân tộc (CSDT). Nghị quyết số 22 NQ/TW của Bộ Chính trị ngày 27/11/1989 về một số chủ trương, chính sách cụ thể phát triển kinh tế - xã hội miền núi đã chỉ rõ: “Đổi mới sự lãnh đạo của Đảng đối với miền núi; kiện toàn tổ chức và tăng cường chất lượng đội ngũ cán bộ của các cơ quan tham mưu, đủ sức giúp Trung ương cả trong công tác nghiên cứu, ban hành chính sách cũng như kiểm tra việc tổ chức thực hiện CSDT, chính sách kinh tế, xã hội ở miền núi”. Quyết định số 72-HĐBT ngày 13/3/1990 của Hội đồng Bộ trưởng (nay là Thủ tướng Chính phủ) đã cụ thể hoá

những quy định trên, phân công trách nhiệm thực hiện cho các cơ quan có liên quan.

Hai văn kiện trên là một bước tiến quan trọng, đặt nền móng đối với công tác dân tộc trong giai đoạn mới. Khẳng định chủ trương, đường lối và chính sách nhất quán của Đảng, Nhà nước trong việc giải quyết vấn đề dân tộc ở nước ta, (i) gắn mục tiêu độc lập dân tộc và xây dựng chủ nghĩa xã hội; (ii) thực hiện nguyên tắc bình đẳng, đoàn kết, tương trợ cùng phát triển giữa các dân tộc; (iii) phát triển toàn diện về chính trị, kinh tế, văn hoá - xã hội và an ninh quốc phòng vùng đồng bào dân tộc.

Từ nhu cầu thực tiễn phát triển và đường lối chính trị, sau những năm 1991-1992, công tác dân tộc chuyển từ vận động chính trị là chủ yếu sang trọng tâm là thực hiện chính sách phát triển kinh tế - xã hội, đầu tư, chăm lo cải thiện mọi mặt đời sống chính trị, vật chất và tinh thần cho đồng bào dân tộc thiểu số, bảo đảm cho các mục tiêu phát triển của đất nước.

Trong giai đoạn từ 1993 - 2000, nhiều chương trình, dự án, chính sách phát triển vùng miền núi và đồng bào dân tộc được ban hành và triển khai như: Chương trình

* Ủy viên Thường trực Hội đồng Dân tộc của Quốc hội.

xoá đói giảm nghèo, Chương trình định canh định cư, Chương trình phát triển kinh tế - xã hội các xã đặc biệt khó khăn ở miền núi, vùng sâu, vùng xa (gọi tắt là Chương trình 135), Chính sách trợ giá, trợ cước, Chương trình hỗ trợ hộ dân tộc đặc biệt khó khăn, Chính sách cử tuyển con em dân tộc vào học các trường đại học cao đẳng v.v..

Từ những năm 2000 đến nay, nhất là từ khi có Nghị quyết Hội nghị Trung ương lần thứ 7, Khóa IX về Công tác dân tộc, hệ thống chính sách phát triển vùng dân tộc thiểu số tiếp tục được củng cố. Bên cạnh nhóm chính sách được điều chỉnh, bổ sung tiếp tục thực hiện như Chương trình 135 giai đoạn II (theo Quyết định 07/QĐ-TTg), có chính sách được xây dựng mới như: Chính sách hỗ trợ vay vốn hộ đồng bào dân tộc thiểu số đặc biệt khó khăn (theo Quyết định 32/2007/QĐ-TTg). Nhiều lĩnh vực mới có chính sách được ban hành, nhất là trong giáo dục, y tế, đào tạo cán bộ, cùng các quyết định về phát triển vùng biên giới, vùng khó khăn miền núi phía Bắc, Tây Nguyên và Tây Nam Bộ. Nhờ việc tăng cường nguồn lực đầu tư, tình hình kinh tế xã hội vùng dân tộc đã có những thay đổi đáng kể, nhất là về cơ sở hạ tầng, đời sống nhân dân được cải thiện từng bước, góp phần tạo nên sự ổn định chính trị và bảo vệ chủ quyền an ninh quốc gia.

Đánh giá tiến trình chính sách, có thể thấy rằng, hệ thống cơ chế, chính sách của Nhà nước về phát triển vùng dân tộc, miền núi đến nay tương đối toàn diện, bao hàm trên nhiều mặt, nhất là an sinh xã hội. Phần lớn chính sách được ban hành kịp thời, ngày càng được chi tiết, cụ thể hóa hơn các quan điểm, đường lối của Đảng, Nhà nước để làm tăng tính phù hợp cũng như hiệu lực, hiệu quả. Đặc biệt, việc triển khai thực hiện quy chế dân chủ ở cơ sở đi liền với cơ chế phân cấp quản lý trong các hoạt động quản lý xã hội, cũng như đầu tư đã thúc đẩy chính quyền địa phương, khuyến khích người dân tham gia, chủ động, tự quyết và tự chịu trách nhiệm về hiệu quả các hoạt động phát triển kinh tế, xã hội địa phương.

Trong lịch sử, có một giai đoạn dài, người ta quan niệm rằng, tài nguyên rừng, đất đai miền núi là vô tận và chủ trương khai thác một cách ồ ạt. Quá trình di cư cơ học theo chương trình xây dựng kinh tế mới diễn ra mạnh mẽ vào những năm đầu 60 thế kỷ XX đã tạo nên sự phát triển nhiều mặt, có cả số lượng dân số ở nhiều vùng miền núi phía Bắc. Và cũng có một thời gian dài, những mô hình, kinh nghiệm phát triển ở miền xuôi được đưa lên miền núi như: phong trào hợp tác hóa, các công cụ sản xuất ở đồng bằng đưa lên canh tác trong điều kiện vùng núi cao.

Trên thực tế, sự phù hợp, không phù hợp của chính sách, hay cách làm như đã đề cập trên đều xuất phát từ cách tiếp cận xây dựng chính sách. Sự không phù hợp bắt nguồn từ sự thiếu rõ ràng trong quan điểm tiếp cận về chính sách. Về phương diện lý thuyết, chính sách phát triển cho vùng dân tộc thiểu số hiện còn được hiểu đồng nghĩa với CSDT và chính sách xoá đói giảm nghèo mà chưa có sự phân định tương đối giữa các nội hàm chính sách trong một hệ thống cấu trúc chung. Quan điểm này xuất phát từ quan niệm chính sách là sự thống nhất, áp dụng cho mọi đối tượng, địa bàn vùng, miền, khu vực cũng như mọi mặt bằng trình độ phát triển và nó được xem như là thực hiện nguyên tắc “bình đẳng” trong phát triển, chưa phân biệt yếu tố đặc thù, đặc điểm. Hiểu như vậy là chưa đầy đủ. Rõ ràng, khái niệm và thực thi “bình đẳng” ở đây chính là tạo ra những chính sách phù hợp và nó phải đi vào thực tế cuộc sống mỗi vùng, miền. Cái đích cuối cùng là đồng bào dân tộc thiểu số ở mọi nơi phải cùng được hưởng những thành quả của phát triển, của lợi ích từ những chính sách mang lại.

Với một xuất phát điểm thấp về mặt bằng phát triển kinh tế, xã hội, vùng dân tộc muốn phát triển, hội nhập với quốc gia phải được thực thi bằng hệ thống chính sách phát triển. Tức là, chính sách đầu tư phải mang ý nghĩa, vai trò chủ đạo chứ không đơn thuần là “hỗ trợ”, và nó chính là bộ phận không

thể tách rời của chính sách phát triển quốc gia, đóng góp vào phát triển của quốc gia. Có chăng, giai đoạn đầu chính sách có tập trung ưu tiên hơn vào các nội dung chính sách giảm nghèo trực tiếp cho người dân nhằm giải quyết những vấn đề ổn định đời sống người dân trước mắt. Nhưng xét về lâu dài, xóa đói giảm nghèo bền vững phải dựa trên nền tảng quá trình phát triển bền vững, tức là phải có chính sách đầu tư đồng bộ, dài hạn. Mặt khác, vùng dân tộc thiểu số có những điểm khác biệt với vùng đồng bằng và với các vùng trong cả nước nên phải cần có những chính sách riêng. Đó là chính sách cho cả một vùng đặc thù về điều kiện tự nhiên và có sự khác biệt về trình độ phát triển với các khu vực khác trong cả nước. CSDT là hướng vào đối tượng các dân tộc thiểu số với sự khác biệt về văn hóa, tập quán, tín ngưỡng, các đặc điểm tâm lý dân tộc, tâm lý tộc người. Ở đây cần có sự thống nhất trong quan điểm về chính sách phát triển và CSDT trong quá trình hoạch định chính sách.

Nhìn nhận, đánh giá quá trình biến đổi của chính sách phát triển vùng dân tộc miền núi phía Bắc có thể chia làm hai giai đoạn, năm 2001-2005 và 2006-2010 và đến nay. Những năm đầu của thập kỷ trước, Chương trình 135 được xem như là điểm nhấn chính sách và thành tựu nổi bật trong phát triển vùng miền núi và đồng bào dân tộc. Quan điểm về đầu tư đã có sự rõ ràng hơn về vốn, cơ chế quản lý, nhất là trong lĩnh vực cơ sở hạ tầng như giao thông, điện, thủy lợi và cơ sở vật chất ngành giáo dục, y tế v.v... Tăng cường năng lực cấp cơ sở trong việc tổ chức thực hiện, giám sát quản lý và giám sát các chính sách, chương trình, dự án và phân cấp quản lý được xem là hoạt động ưu tiên để nâng cao hiệu quả các chính sách cũng như bảo đảm yếu tố bền vững.

Giai đoạn 2006-2010, cách tiếp cận trong các chính sách giảm nghèo cũng mang tính tổng hợp hơn. Chính sách tín dụng bắt đầu được triển khai thay vì nhiều chính sách

hỗ trợ trực tiếp cho người dân trước đây. Các hoạt động sinh kế và đa dạng thu nhập, nhất là đối với sản xuất nông nghiệp và tạo việc làm cũng là hướng điều chỉnh của chính sách. Việc hỗ trợ tập trung vào giải quyết những nhu cầu thiết yếu của đời sống cá nhân và hộ gia đình, nhất là những vấn đề tư liệu sản xuất quan trọng như đất đai, công cụ sản xuất đến điều kiện sống như nhà ở, nước sinh hoạt. Giai đoạn này cũng đẩy mạnh thực hiện chính sách theo Chương trình 134 “về hỗ trợ nhà ở, đất ở, đất sản xuất và nước sinh hoạt cho đồng bào dân tộc thiểu số nghèo đời sống khó khăn”.

Quá trình phân cấp giai đoạn này cũng diễn ra mạnh mẽ như quy định cơ chế xã làm chủ đầu tư các công trình hạ tầng nhỏ, cơ chế giám sát của nhân dân đối với việc thực hiện các công trình, nguồn vốn tại địa phương. Việc giao quyền cho địa phương đã làm tăng tính phù hợp cũng như chủ động, linh hoạt trong việc thực hiện các chính sách. Tuy nhiên, bên cạnh đó, quá trình phân cấp lại chưa song hành với quá trình xây dựng năng lực cho các cấp chính quyền địa phương cùng với những trở ngại trong quy định thủ tục hành chính và nhất là thủ tục tài chính. Bên cạnh những yếu tố tích cực của hệ thống chính sách, vẫn còn những trở ngại xuất phát từ những quan niệm, định kiến về miền núi, dân tộc thiểu số, vẫn tồn tại những định kiến về sự lạc hậu, kém phát triển của đồng bào dân tộc trong cách nhìn của sự so sánh, áp đặt văn hóa, văn minh hiện đại. Điều này, trong thiết kế kỹ thuật chính sách dễ dẫn đến tư tưởng ban phát nhiều hơn là nhìn nhận đối tượng chính sách là chủ thể, như một cấu thành quan trọng trong phát triển quốc gia.

Mặt khác, sự thiếu hiểu biết cặn kẽ của những người làm chính sách cùng quan niệm rập khuôn về các mô hình và chính sách phát triển quốc gia cũng làm cho chính sách phát triển vùng dân tộc chưa phát huy được hiệu quả. Đặc biệt, đặt nó trong một bối cảnh kinh tế - xã hội chuyển đổi, biến

đổi nhanh chóng, rất nhiều các vấn đề kinh tế - xã hội, quan hệ dân tộc đã được chuyên hóa, nảy sinh, phát sinh, nhiều vấn đề mới đặt ra cho chính sách cần phải giải quyết.

2. Những yếu tố ảnh hưởng đến việc xây dựng chính sách phát triển vùng dân tộc

Một là, quan điểm, nhận thức về tình hình thực tiễn

Việc lựa chọn vấn đề cần phải ban hành chính sách nhằm định hướng, thúc đẩy, điều chỉnh trong tiến trình phát triển hay không còn phụ thuộc vào nhận thức, quan điểm của bộ máy tham mưu và sự quyết định của người có thẩm quyền. Việc hoạch định chính sách còn phụ thuộc vào cách tiếp cận trong việc giải quyết vấn đề, đặt mục tiêu của chính sách ở trung hạn hay dài hạn, trước mắt hay lâu dài. Đơn cử, một thời gian dài chính sách cho khu vực miền núi phía Bắc chưa được chú trọng khi phải dành ưu tiên cho khu vực Tây Nguyên và Nam Bộ, hay việc xem xét khía cạnh phương thức canh tác truyền thống và quyền về đất đai của đồng bào dân tộc. Việc xây dựng chính sách, nội dung cụ thể của chính sách còn phụ thuộc vào sự hiểu biết, thông tin, kinh nghiệm của những người tham gia, bao gồm cả quan điểm chính trị, đường lối chủ trương, chính sách của Đảng, Nhà nước về phát triển dân tộc và xử lý mối quan hệ cũng như vấn đề dân tộc. Trên thực tế, giữa các bộ, ngành, cơ quan tham mưu chính sách, sự hiểu biết chung còn có những hạn chế nên thường nảy sinh những quan điểm, nhìn nhận, cách xử lý chính sách chưa được đồng nhất. Việc xử lý giữa mục tiêu và nguồn lực cũng là một vấn đề thường gây tranh cãi và thường là ưu thế nghiêng về các cơ quan nắm quyền lực ngân sách như tài chính, kế hoạch đầu tư. Ủy ban Dân tộc đã nhận định về một trong những nguyên nhân của những hạn chế, yếu kém là: “Nhận thức về công tác

dân tộc, vị trí, vai trò của vùng dân tộc và miền núi trong phát triển kinh tế, xã hội, an ninh của một số Bộ, ngành trung ương, địa phương chưa sâu sắc, chưa thực sự coi công tác dân tộc là nhiệm vụ của cả hệ thống chính trị”¹.

Hai là, quy trình xây dựng chính sách

Quy trình xây dựng chính sách hiện nay cần được thực hiện một cách nghiêm túc, nhất là đối với khâu đánh giá, chuẩn bị cơ sở thông tin, dữ liệu phục vụ quá trình xem xét, đánh giá. Việc lấy ý kiến rộng rãi và tập hợp phản hồi thông tin về dự thảo chính sách cần được chú trọng để góp phần hoàn thiện chính sách. Kỹ năng xây dựng chính sách của một số cơ quan, cá nhân trực tiếp tham mưu chưa thực sự tốt cũng là nguyên nhân dẫn đến những hạn chế. Nhiều văn bản góp ý chưa thể hiện đúng tâm của văn bản tham mưu chính sách. Theo quy định hiện nay, có nhiều cơ quan Chính phủ cùng tham gia vào việc xây dựng chính sách, kể cả cơ quan không liên quan đến lĩnh vực chuyên môn. Ví như, một văn bản chính sách hiện nay cần lấy ý kiến của hơn 10 cơ quan bộ, ngành khác nhau, trước khi gửi Bộ Tư pháp thẩm định và tổng hợp để trình Chính phủ. Quy trình xây dựng chính sách hiện nay cũng cần thiết phải đặt ra cho giai đoạn dài hơi hơn chứ không chỉ 5 năm hay “việc xây dựng, ban hành chính sách còn theo tư duy nhiệm kỳ”².

Ba là, cơ sở và điều kiện cho xây dựng chính sách

Yếu tố ngân sách có ảnh hưởng lớn đến tính chất và nội dung chính sách cũng như tầm ảnh hưởng và hiệu quả của chính sách. Một số cơ quan giữ vai trò tham mưu cho Chính phủ về ngân sách chi phối nhiều đến việc hoạch định CSĐT do thiếu các chế tài về trách nhiệm. Kinh phí và định mức chi cho xây dựng chính sách rất hạn chế³ và

1 Báo cáo: Đánh giá và triển khai thực hiện chính sách vùng dân tộc và miền núi”, UBĐT, 4.2013

2 nt

3 Chỉ từ một đến vài trăm triệu cho một chính sách tùy nội dung, tính chất.

phần lớn chỉ tiêu cho nội dung hội họp. Phần chi và định mức chi cho chuyên gia và ban soạn thảo trực tiếp đòi hỏi nhiều chất xám ở mức độ nên phần nào ảnh hưởng đến thái độ trách nhiệm cũng như chất lượng chính sách. Cá biệt có những chính sách ra đời không thực hiện được quá trình chuẩn bị đầy đủ theo quy định mà theo cách thức xử lý tình huống.

Bốn là, cơ sở tâm thức cho việc xây dựng chính sách

Xây dựng CSĐT là một lĩnh vực khó đòi hỏi nhiều tâm huyết và trí tuệ cũng như trách nhiệm của những người tham gia. Câu hỏi đầu tiên là người tham gia xây dựng chính sách đứng trên quan điểm nào, về sự “cho” và “ban phát” hay đó là nhiệm vụ chính trị. Điều này xuất phát từ trách nhiệm như một yếu tố động lực hay vấn đề lợi ích chính trị, lợi ích kinh tế (cá nhân, nhóm) đằng sau chính sách đó. Thái độ và trách nhiệm của người bên ngoài, khi chưa hiểu nhiều về đồng bào miền núi, dân tộc sẽ có sự khác biệt với những người hiểu được và đã từng gắn bó với vùng đất, con người đó trong một ý nghĩa về tâm thức.

Năm là, tính phức tạp của những quan hệ trong xây dựng chính sách

Do tính chất đa ngành của CSĐT nên liên quan đến nhiều cơ quan, tổ chức ở các lĩnh vực khác nhau. Mỗi liên hệ với các cơ quan tùy thuộc vào tính chất, định hướng nội dung chính sách cụ thể. Có thể là quan hệ chủ trì - phối hợp đối với những chính sách được Chính phủ trực tiếp giao hoặc quan hệ phối hợp với cơ quan khác được giao chủ trì. Nhóm các bộ ngành quan hệ trực tiếp được quy định là: Bộ Kế hoạch và Đầu tư, Bộ Tài chính, Bộ Nông nghiệp và Phát triển Nông thôn, Bộ Giáo dục và Đào tạo, Bộ Y tế, Bộ Văn hóa - Thể thao và Du lịch, Bộ Lao động - Thương binh và Xã hội, Bộ Nội vụ, Bộ Tư pháp. Thêm vào đó là một số cơ quan chuyên ngành, tổ chức mang tính phối hợp như Mặt trận Tổ quốc Việt Nam cùng các tổ

chức chính trị - xã hội. Văn phòng Chính phủ là cơ quan tham mưu giúp Chính phủ đưa ra những quyết định cuối cùng về chính sách. Các quy định này làm phức tạp hơn quy trình, thủ tục xây dựng chính sách, nhiều khi nảy sinh sự chờ đợi từ chính những đơn vị không liên quan nhiều đến lĩnh vực chuyên môn.

Sáu là, tính phức tạp nằm ở đặc điểm vốn có của khu vực miền núi, dân tộc

Khu vực nông thôn miền núi mang nhiều tính đa dạng về yếu tố tự nhiên, khác biệt về tập quán canh tác, thói quen, lối sống và đặc biệt là khả năng thích nghi các yếu tố kinh tế thị trường, tạo nên khoảng cách chênh lệch trong phát triển. Phân hóa giàu nghèo diễn ra mạnh mẽ ở các vùng, trình độ dân trí còn hạn chế, giao thông đi lại khó khăn, khó tiếp cận cơ sở, cũng là những trở ngại cho việc xây dựng chính sách để đạt được yêu cầu chất lượng tốt hơn. Xem xét ở nhiều tiêu chí mới thấy rõ ràng sự khác biệt của vùng Đông Bắc với Tây Bắc, với Tây Nguyên và Tây Nam Bộ và giữa các vùng với nhau.

3. Một số giải pháp nhằm nâng cao chất lượng xây dựng chính sách dân tộc

3.1. Bối cảnh thực tiễn của yêu cầu phát triển

Trong bối cảnh mới của tình hình thực tiễn đời sống kinh tế, xã hội của đất nước, của vùng dân tộc, từ thực trạng xây dựng và tổ chức thực hiện chính sách hiện nay, cần thiết phải xây dựng một chiến lược phát triển dân tộc thiểu số ở tầm quốc gia. Chiến lược này được xây dựng dựa trên cơ sở phân tích, đánh giá một cách đúng đắn, toàn diện về các vấn đề thực tại và dự báo xu hướng phát triển vùng dân tộc trong tổng thể chiến lược, chính sách phát triển quốc gia. Đó là:

Đối với trong nước: Giải quyết yêu cầu xóa đói giảm nghèo và phát triển vùng dân tộc trong sự nghiệp công nghiệp hóa, hiện đại hóa đất nước, xử lý tác động của quá

trình phát triển kinh tế nhiều thành phần, xử lý đúng đắn vấn đề biến đổi trong quan hệ dân tộc, trong đó có quan hệ kinh tế - văn hoá, giữa yếu tố truyền thống và hiện đại. Xoá bỏ sự mất cân đối phát triển giữa các vùng, nhóm dân tộc, hội nhập vào sự phát triển của đất nước và thích ứng với bối cảnh tình hình quốc tế, khu vực.

Đối với quốc tế: Những vấn đề tác động ảnh hưởng của thế giới, khu vực và trong xu thế hội nhập phát triển, đó là sự phát triển và tăng trưởng kinh tế toàn cầu và khu vực; vấn đề tôn giáo, sắc tộc và xung đột vũ trang chi phối các vấn đề quan hệ kinh tế, chính trị, ngoại giao; quá trình dân chủ hoá đời sống xã hội ở nhiều quốc gia và thế giới; sự phát triển của khoa học kỹ thuật, đặc biệt là công nghệ thông tin.

Vấn đề của khu vực: Giải quyết và xử lý đúng đắn quan hệ về vấn đề dân tộc liên quan đến các nước trong khu vực và thế giới là một yêu cầu quan trọng. Một mặt phải kiên trì thực hiện đường lối chính trị rộng mở, đa phương hoá, đoàn kết thống nhất dân tộc, mặt khác phải đấu tranh chống lại âm mưu lợi dụng diễn biến hoà bình đi ngược lại lợi ích dân tộc. Tuy từng sự việc, điều kiện hoàn cảnh cụ thể mà có những phân tích, xử lý đúng đắn, và đòi hỏi công tác dân tộc phải nắm chắc tình hình, nhạy bén tham mưu tốt cho Đảng, Nhà nước trong công tác đối ngoại chính trị, đối ngoại nhân dân và xử lý tình huống khi cần thiết.

Về chiến lược phát triển dân tộc thiếu số theo cách tiếp cận giải quyết ở cả 3 cấp độ. Đó là những vấn đề chung mang tính chiến lược đặt trong tổng thể phát triển quốc gia, những vấn đề quốc tế và khu vực; những vấn đề mang tính đặc thù vùng dân tộc theo địa bàn; những vấn đề đối với các nhóm dân tộc ít người hiện còn rất khó khăn về đời sống kinh tế, xã hội thiếu các cơ hội bình đẳng về phát triển với các dân tộc có số dân lớn hơn. Thường thì các nhóm ít người này cũng gắn với địa bàn đặc biệt của

vùng đặc biệt khó khăn, vùng biên giới nhạy cảm về an ninh, quốc phòng.

3.2. Một số giải pháp nâng cao chất lượng xây dựng chính sách phát triển vùng dân tộc

- Cần nâng cao nhận thức chung của xã hội và nhất là các cơ quan, cá nhân tham gia vào quá trình xây dựng, thực hiện CSĐT, sự hiểu biết đầy đủ hơn về vấn đề dân tộc, công tác dân tộc và CSĐT trên quan điểm của Đảng, Nhà nước và yêu cầu của thực tiễn phát triển.

- Nghiên cứu điều chỉnh quy trình hoạch định CSĐT nhằm bảo đảm hơn tính khách quan, khoa học. Đặc biệt, cần thiết xây dựng cơ sở thông tin dữ liệu về dân tộc và vùng dân tộc, nhất là cơ sở dữ liệu về phát triển để làm cơ sở hoạch định và tổ chức triển khai CSĐT. Chú trọng ưu tiên xây dựng cơ sở thông tin cho các khu vực trọng điểm như vùng biên giới, vùng có điều kiện kinh tế - xã hội đặc biệt khó khăn.

- Nâng cao năng lực cho các cơ quan, cá nhân trực tiếp tham gia xây dựng và chỉ đạo, tổ chức thực hiện CSĐT. Bao gồm cả sự hiểu biết về dân tộc, kỹ năng xây dựng chính sách. Xây dựng ý thức trách nhiệm và thái độ chính trị của đội ngũ công chức đối với việc thực hiện công tác dân tộc.

- Hoàn thiện tổ chức bộ máy và cơ cấu xây dựng và thực hiện chính sách. Việc tổ chức thực hiện cần có bộ máy, con người cùng các quy định về quan hệ và chế độ làm việc được hình thành cả ở cấp trung ương, trực tiếp là cơ quan thường trực chính sách, và địa phương gồm cấp tỉnh, huyện, để tiếp nhận triển khai công tác điều hành, quản lý.

- Thực hiện tốt sự phối hợp giữa các Bộ, ngành liên quan với Ủy ban Dân tộc nhằm tạo sự đồng thuận cao trong việc tham mưu Thủ tướng Chính phủ và ban hành các văn bản hướng dẫn; trong việc kiểm tra, giám sát, đánh giá tình hình thực hiện ở các địa phương ■

Hoàn thiện quy định pháp luật trong PHÂN CÔNG QUẢN LÝ NHÀ NƯỚC VỀ BẢO VỆ MÔI TRƯỜNG

NGUYỄN THỊ TÓ UYÊN*

Luật Bảo vệ môi trường (BVMT) 2005 cùng với các văn bản hướng dẫn thi hành đã tạo cơ sở pháp lý vững chắc cho công tác quản lý nhà nước (QLNN) về BVMT. Tuy nhiên, bên cạnh những kết quả đạt được, công tác QLNN về BVMT vẫn còn nhiều hạn chế. Bài viết trao đổi một số vấn đề còn chồng chéo, mâu thuẫn, thiếu hụt của các quy định pháp luật hiện hành trong phân công trách nhiệm QLNN về BVMT của Bộ Tài nguyên và môi trường (TN&MT), các bộ, ngành khác có liên quan và chính quyền địa phương. Đồng thời đề xuất một số giải pháp nhằm phân công cụ thể, khoa học hơn về trách nhiệm QLNN trong BVMT làm cơ sở cho việc sửa đổi Luật BVMT 2005 tới đây.

1. Bất cập trong quy định phân công trách nhiệm quản lý nhà nước về bảo vệ môi trường

Rà soát các quy định của Luật BVMT liên quan đến QLNN về BVMT của Bộ TN&MT, Bộ Nông nghiệp và phát triển nông thôn (NN&PTNT) và các bộ, ngành khác; đồng thời đối chiếu với từng điều khoản cụ thể của Luật BVMT với các quy định của luật khác đối với từng mảng quản lý của các bộ, ngành cho thấy, các quy định phân công trách nhiệm QLNN về BVMT hiện nay vẫn còn nhiều bất cập. Mặc dù Bộ TN&MT chịu trách nhiệm trước Chính phủ trong việc thực hiện QLNN về BVMT (Điều 121 Luật BVMT) nhưng thực tế các quy định này không làm rõ vai trò của Bộ

TN&MT trong việc giúp Chính phủ chủ trì, thống nhất các hoạt động QLNN; không quy định trách nhiệm các bộ, ngành cần phối hợp với Bộ TN&MT thực hiện nhiệm vụ BVMT trong ngành, lĩnh vực mình quản lý. Chức năng và nhiệm vụ của Bộ TN&MT và các bộ, ngành khác như: Bộ NN&PTNT, Bộ Y tế, Bộ Xây dựng... còn chồng chéo và trùng lặp, thậm chí có lĩnh vực còn bị bỏ ngỏ chưa phân công cụ thể trách nhiệm QLNN về BVMT cho đơn vị nào.

- Mối quan hệ giữa Bộ TN&MT với Bộ NN&PTNT

Pháp luật hiện hành giao Bộ TN&MT chịu trách nhiệm xây dựng và ban hành văn bản quy phạm pháp luật về môi trường; Bộ NN&PTNT chỉ đạo, hướng dẫn, kiểm tra

* ThS. Viện Nhà nước và Pháp luật, Học viện Chính trị - Hành chính quốc gia Hồ Chí Minh

việc thực hiện pháp luật về BVMT có liên quan đối với sản xuất, nhập khẩu, sử dụng hóa chất, thuốc bảo vệ thực vật, phân bón, chất thải trong nông nghiệp.

Việc sửa đổi, bổ sung Nghị định số 86/2003/NĐ-CP ngày 18/7/2003 của Chính phủ quy định chức năng, nhiệm vụ và cơ cấu tổ chức của Bộ NN&PTNT và Nghị định số 91/2002/NĐ-CP ngày 11/11/2002 quy định chức năng, nhiệm vụ và cơ cấu tổ chức của Bộ TN&MT nhằm điều chuyển nhiệm vụ quản lý lưu vực sông từ Bộ NN&PTNT sang Bộ TN&MT, thống nhất xác định quản lý lưu vực sông là một trong những nội dung quản lý tài nguyên nước đã được tiến hành từ nhiều năm, nhưng trong lần sửa đổi Nghị định về chức năng, nhiệm vụ và cơ cấu tổ chức các Bộ này tiếp tục gây nhiều tranh cãi. Những xung đột về thẩm quyền lại tiếp tục được bàn luận trong quá trình điều chỉnh nhiệm vụ giữa các bộ cũng như trong quá trình sửa đổi Nghị định số 25/2008/NĐ-CP ngày 4/3/2008 của Chính phủ quy định về chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của Bộ TN&MT và Nghị định số 01/2008/NĐ-CP ngày 01/3/2008 của Chính phủ quy định về chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của Bộ NN&PTNT.

Liên quan đến BVMT, trong khi quy định Bộ TN&MT có nhiệm vụ chính trong QLNN về bảo vệ tài nguyên thiên nhiên (TNTN) nhưng Bộ NN&PTNT cũng có những nhiệm vụ BVMT như đã nêu ở trên và quy định chi tiết trong Nghị định về chức năng, nhiệm vụ của Bộ này. Vấn đề là ở chỗ, việc phân công này có hướng tới việc giải quyết mối quan hệ giữa bảo vệ TNTN vì mục tiêu môi trường với khai thác, sử dụng vì mục tiêu phát triển kinh tế, xã hội, trong đó nhu cầu khai thác các giá trị của TNTN phục vụ phát triển kinh tế, xã hội luôn có xu thế áp đảo? Cân bằng mối quan hệ này cũng là yếu tố cần tính đến trong phân công trách nhiệm QLNN về BVMT, đặc biệt là trong công tác bảo vệ TNTN, đa dạng sinh học (ĐDSH). Việc phân công trách nhiệm QLNN về TNTN có cân nhắc đến các mức độ, cấp độ của việc bảo tồn? Với đặc tính đa

dạng của sinh học thì mức độ bảo tồn không nhất thiết phải giống nhau giữa các thành tố của ĐDSH. Một số thành tố của ĐDSH cần phải bảo tồn nghiêm ngặt, trong khi số khác lại được tạo điều kiện để khai thác, sử dụng, phát triển bền vững... Thực tế các quy định pháp luật hiện hành cho thấy mối quan hệ trên chưa giải quyết được triệt để, dẫn đến những xung đột, bất cập trong chính các quy định QLNN về BVMT. Chẳng hạn Điều 30 Luật BVMT giao “Bộ TN&MT chủ trì phối hợp với bộ, ngành, địa phương có liên quan thực hiện bảo vệ ĐDSH theo quy định của pháp luật về ĐDSH”. Trong khi khoản 16 Điều 3 Luật BVMT giải thích “ĐDSH là sự phong phú về nguồn gen, loài sinh vật và hệ sinh thái”. Tuy nhiên, với cách tiếp cận quản lý ĐDSH bằng cách chia hệ sinh thái, loài sinh vật (rừng, biển, đất ngập nước, trên cạn, dưới nước) để quản lý theo quy định của Luật Bảo vệ và Phát triển rừng (BV&PTR) 2004, Luật Thủy sản 2003, đã gây ra sự phức tạp, chồng chéo, mâu thuẫn trong nhiều hoạt động. Thực tế các thành phần của ĐDSH đang chịu sự quản lý của Bộ NN&PTNT và Bộ này chịu trách nhiệm chủ trì phối hợp với các bộ, ngành khác đối với lĩnh vực quản lý của mình.

Mối quan hệ giữa Bộ TN&MT với Bộ NN&PTNT còn có sự đan xen trong lĩnh vực quy hoạch bảo tồn ĐDSH. Bộ TN&MT chủ trì thực hiện lập và thực hiện quy hoạch bảo tồn ĐDSH của cả nước (xây dựng, trình cấp có thẩm quyền phê duyệt quy hoạch tổng thể bảo tồn ĐDSH của cả nước; xây dựng quy hoạch và hướng dẫn thiết lập hành lang ĐDSH; chủ trì thực hiện, hướng dẫn, kiểm tra và đánh giá việc thực hiện quy hoạch bảo tồn ĐDSH) còn Bộ NN&PTNT chịu trách nhiệm quy hoạch BV&PTR, quy hoạch khai thác và phát triển nguồn lợi thủy sản, quy hoạch các khu bảo tồn vùng nước nội địa, khu bảo tồn biển. Theo Luật BV&PTR 2004 và Luật Thủy sản 2003, Bộ NN&PTNT đang được giao quy hoạch hệ thống rừng đặc dụng (thực chất là khu bảo tồn thuộc hệ sinh thái rừng), khu bảo tồn vùng nước nội địa (thực chất là một phần của khu đất ngập nước), khu bảo tồn biển.

Cũng trong lĩnh vực bảo vệ ĐDSH, Luật BVMT 2005 giao trách nhiệm chủ trì cho Bộ TN&MT thực hiện bảo vệ ĐDSH theo quy định của pháp luật về ĐDSH và Luật ĐDSH đã giao trách nhiệm cho Bộ TN&MT chủ trì xây dựng Danh mục loài nguy cấp, quý, hiếm được ưu tiên bảo vệ đề trình Chính phủ ban hành, nhưng đến nay, việc xây dựng Danh mục đó cũng gặp nhiều khó khăn. Thực tế, một số tranh luận cho rằng, đã có Danh mục thực vật rừng, động vật rừng nguy cấp, quý, hiếm cần bảo vệ theo quy định của Luật BV&PTR và Danh mục các loài thủy sản đã được ghi trong sách đỏ Việt Nam và các loài thủy sản khác bị cấm khai thác theo Luật Thủy sản, trong khi các Luật này vẫn còn hiệu lực thì không nhất thiết phải lập một Danh mục loài nguy cấp, quý, hiếm được ưu tiên bảo vệ để thay thế các Danh mục kia. Vì trong trường hợp còn loài nào chưa nằm trong các Danh mục theo Luật BV&PTR hay theo Luật Thủy sản thì có thể ban hành một danh mục bổ sung các loài đó theo Luật ĐDSH. Như vậy, không nhất thiết phải lập mới một danh mục mới để thay thế toàn bộ Danh mục đang còn hiệu lực, có thể gây ra tốn kém và phức tạp thêm, trong khi hiệu lực giữa các luật và phạm vi điều chỉnh còn chưa rõ ràng.

Ngoài ra, đối với quy định về Danh mục hàng hóa xuất nhập khẩu, Luật BVMT và các văn bản hướng dẫn thi hành quy định Bộ NN&PTNT chịu trách nhiệm về hàng nông sản xuất nhập khẩu; công bố Danh mục các loại thủy sản cấm hoặc xuất nhập khẩu có điều kiện trong khi đó chức năng quản lý sinh vật ngoại lai, xâm hại lại được giao cho Bộ TN&MT.

Như vậy, trong mối tương quan này, cần xác định rõ trách nhiệm chính khi giải quyết mối quan hệ giữa các nhu cầu BVMT, bảo tồn TNTN, ĐDSH với nhu cầu khai thác các nguồn lực TNTN, ĐDSH để phát triển kinh tế, xã hội thì mới có sự phân công phù hợp, bớt trùng lặp, đan xen như nêu trên.

- Mối quan hệ giữa Bộ TN&MT với các bộ, ngành khác

Thực tiễn thực hiện các nhiệm vụ được

phân công của Bộ TN&MT và những thay đổi của hệ thống pháp luật hiện hành đã có những tác động làm thay đổi tới chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của Bộ TN&MT; đồng thời, cũng phát sinh một số điểm chồng chéo, chưa thống nhất trong phân công nhiệm vụ của Bộ này với một số bộ, ngành khác trong các lĩnh vực QLNN về BVMT.

Lĩnh vực QLNN về BVMT đang có sự cắt khúc, giao cho nhiều bộ chịu trách nhiệm. Ngoài Bộ TN&MT được giao giúp Chính phủ thống nhất QLNN về BVMT thì có một số bộ liên quan như Bộ NN&PTNT, Bộ Y tế, Bộ Xây dựng, Bộ Công thương, Bộ Khoa học và công nghệ (KH&CN), Bộ Giao thông vận tải... cũng có chức năng này. Trách nhiệm của Bộ TN&MT được quy định chung theo Điều 121 Luật BVMT 2005 chủ yếu là phối hợp với các bộ, ngành khác, nhưng giới hạn đến đâu, ở góc độ nào trong mối tương quan với trách nhiệm đã được giao cụ thể cho các bộ, ngành khác lại chưa được xác định rõ ràng. Điều này dẫn đến thực trạng, có bất kỳ vấn đề môi trường phát sinh thì người ta nghĩ ngay đến trách nhiệm chính của Bộ TN&MT, nhưng theo quy định khác của Luật BVMT và luật chuyên ngành thì trách nhiệm đó lại được giao cho bộ chuyên ngành chủ trì, trong khi cơ chế phối hợp chưa rõ ràng.

Chẳng hạn như đối với lĩnh vực kiểm soát ô nhiễm, xử lý chất thải, Bộ TN&MT vẫn chịu trách nhiệm chính đối với công tác QLNN nhưng do cách tiếp cận phân công QLNN theo vòng đời của sản phẩm, đối chiếu các quy định khung của Luật BVMT với các quy định luật chuyên ngành cụ thể (Luật Thương mại, Luật Xây dựng, Luật Hóa chất) đã cho thấy một số khoảng trống, chồng chéo giữa Bộ TN&MT với các bộ quản lý các ngành kinh tế như Bộ Công thương, Bộ NN&PTNT, Bộ Xây dựng về trách nhiệm kiểm soát ô nhiễm, cải thiện môi trường trong khâu sản xuất kinh doanh. Các Bộ, ngành nêu trên đều được quy định chịu trách nhiệm chủ trì phối hợp với Bộ TN&MT và các cơ quan nhà nước có liên quan khác chỉ đạo, hướng dẫn, kiểm tra việc thực hiện pháp luật BVMT trong lĩnh vực

mình quản lý. Ví dụ đối với hóa chất độc hại, khi là sản phẩm thì thuộc trách nhiệm BVMT của Bộ Công thương, khi là chất thải nguy hại thì thuộc trách nhiệm BVMT của Bộ TN&MT. Như vậy, trong khâu sản xuất sản phẩm, lưu thông sản phẩm, trách nhiệm của Bộ TN&MT chưa rõ đến đâu trong việc BVMT so với trách nhiệm của bộ quản lý ngành.

Hoặc đối với các quy định về trách nhiệm QLNN của các bộ, ngành đối với công cụ và nguồn lực cho BVMT¹ cũng có sự bất cập trong mối quan hệ giữa Bộ TN&MT với các bộ, ngành khác. Luật BVMT không đề cập đến trách nhiệm của Bộ KH&CN đối với tiêu chuẩn môi trường. Tuy nhiên, theo khoản 1 Điều 59 Luật Tiêu chuẩn và Quy chuẩn kỹ thuật 2006, Bộ KH&CN chịu trách nhiệm trước Chính phủ thực hiện thống nhất QLNN về hoạt động trong lĩnh vực tiêu chuẩn và lĩnh vực quy chuẩn kỹ thuật.

Trong mối quan hệ giữa Bộ TN&MT với Bộ Tài chính, “độ vênh” trong các quy định về QLNN thể hiện ở chính các quy định về ngân sách nhà nước (NSNN) chi cho sự nghiệp môi trường trong Luật BVMT 2005 và Luật NSNN. Khoản 2 Điều 110 Luật BVMT 2005 quy định: “NSNN có mục chi thường xuyên cho sự nghiệp môi trường phù hợp với yêu cầu BVMT của từng thời kỳ; hàng năm bảo đảm tỷ lệ tăng chi ngân sách cho sự nghiệp môi trường cao hơn tỷ lệ tăng chi NSNN”. Đối chiếu với Luật NSNN, thì việc “hàng năm bảo đảm tỷ lệ tăng chi ngân sách cho sự nghiệp môi trường cao hơn tỷ lệ tăng chi NSNN” lại không có quy định cụ thể. Điều 37 Luật NSNN chỉ quy định: “Dự toán NSNN hàng năm được lập căn cứ vào nhiệm vụ phát triển kinh tế, xã hội và bảo đảm quốc phòng, an ninh... Các khoản chi trong dự toán ngân sách phải được xác định trên cơ sở mục tiêu phát triển kinh tế, xã hội, bảo đảm quốc phòng, an ninh... Đối với chi thường xuyên, việc lập

dự toán phải căn cứ vào nguồn thu từ thuế, phí, lệ phí và tuân theo các chế độ, tiêu chuẩn, định mức do các cơ quan nhà nước có thẩm quyền quy định...”.

Khoản 3 Điều 111 Luật BVMT quy định: “Hàng năm, Bộ TN&MT có trách nhiệm tổng hợp kinh phí cho sự nghiệp môi trường quy định tại khoản 2 Điều này của bộ, cơ quan ngang bộ, cơ quan thuộc Chính phủ và của các tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương và phối hợp với Bộ Tài chính, Bộ Kế hoạch và Đầu tư trình Chính phủ”. Tuy nhiên, khoản 2 Điều 24 Luật NSNN chỉ quy định trách nhiệm đối với Bộ là: “Phối hợp với Bộ Tài chính trong quá trình lập dự toán NSNN, phương án phân bổ ngân sách trung ương, quyết toán; kiểm tra, theo dõi, báo cáo tình hình thực hiện và kết quả sử dụng ngân sách thuộc ngành, lĩnh vực phụ trách”. Sự khác biệt ở đây chính là “kinh phí cho sự nghiệp môi trường” khá rộng và “ngân sách thuộc ngành, lĩnh vực phụ trách” thì lại hẹp hơn. Theo Điều 121 Luật BVMT, thì “ngân sách thuộc ngành lĩnh vực” Bộ TN&MT phụ trách có thể được hiểu hạn hẹp với những lĩnh vực được liệt kê ở khoản 2 Điều 121 Luật BVMT (11 lĩnh vực). Cho đến nay, Bộ Tài chính là đơn vị đầu mối tổng hợp và phân bổ nguồn chi sự nghiệp môi trường cho các bộ, ngành và địa phương trên cơ sở đề nghị của Bộ TN&MT trình Thủ tướng Chính phủ để trình Quốc hội thông qua. Thời gian qua thực hiện chi cho sự nghiệp môi trường, vai trò điều phối, tổng hợp, phân bổ, quản lý nguồn vốn sự nghiệp môi trường của Bộ TN&MT ở trung ương và nhất là ở địa phương còn rất mờ nhạt dẫn tới việc sử dụng ngân sách của Nhà nước chưa có hiệu quả cao, chưa tập trung nguồn lực để giải quyết những vấn đề lớn và cấp bách của bộ, ngành và địa phương. Trong khi đó, cơ quan quản lý ngành (môi trường) vẫn phải chịu trách nhiệm trước Chính phủ, Quốc hội về hiệu quả của việc sử dụng nguồn chi cho sự nghiệp môi trường. Do

1 Các công cụ và nguồn lực được xem xét chính ở đây giới hạn ở quy chuẩn - tiêu chuẩn môi trường và ngân sách cho hoạt động BVMT trong mối tương quan với các quy định pháp luật có liên quan.

vậy, cần phải tăng cường vai trò của Bộ TN&MT và Sở TN&MT trong công tác này với chức năng là cơ quan điều phối chỉ đạo công tác QLNN về môi trường quốc gia/địa phương.

2. Hoàn thiện các quy định phân công quản lý nhà nước về bảo vệ môi trường

Qua việc nghiên cứu pháp luật và thực tiễn phân công QLNN về BVMT ở Việt Nam, trên cơ sở so sánh kinh nghiệm một số nước trong QLNN nói chung và QLNN về BVMT nói riêng, chúng tôi đề xuất một số giải pháp cụ thể nhằm hoàn thiện các quy định đối với QLNN về BVMT ở Việt Nam như sau:

Một là, sửa đổi Luật BVMT theo hướng xác định rõ trách nhiệm chính của Bộ TN&MT trong công tác chỉ đạo, hướng dẫn và tổ chức thực hiện các hoạt động nhằm BVMT

Luật BVMT có nguyên tắc QLNN thống nhất về môi trường nhưng các điều khoản lại không thể hiện rõ sự QLNN thống nhất. Trên thực tế, Bộ TN&MT chịu trách nhiệm về mọi vấn đề liên quan đến môi trường trước Nhà nước và nhân dân nhưng trách nhiệm lại hạn chế. Do vậy, việc xác định và làm rõ trách nhiệm chỉ đạo, hướng dẫn và tổ chức thực hiện các hoạt động về BVMT của Bộ TN&MT với các bộ, ngành và chính quyền địa phương là rất cần thiết.

Về lâu dài, cần mở rộng Luật BVMT theo hướng chuẩn bị tiền đề cần thiết để xây dựng Bộ luật Môi trường và hình thành Bộ chuyên ngành quản lý về môi trường trong tương lai.

Trước mắt, để tránh cắt khúc trong QLNN về môi trường của các cơ quan trung ương, nên trao cho Bộ TN&MT vai trò là đầu mối xây dựng các văn bản quy phạm pháp luật; xây dựng và ban hành các quy hoạch, chương trình quốc gia, chiến lược quốc gia, tiêu chuẩn, quy chuẩn, quy trình, quy phạm; hướng dẫn, thanh tra, kiểm tra, giám sát việc tổ chức thực hiện; tiêu chuẩn, quy chuẩn; hướng dẫn việc tổ chức thực hiện pháp luật về BVMT nói chung.

Với vai trò điều phối, Bộ TN&MT cũng phải có trách nhiệm theo dõi, đôn đốc, kiểm tra việc quản lý về môi trường của các bộ khác. Ví dụ: đối với việc quản lý các khu bảo tồn ĐDSH, Bộ TN&MT ban hành quy hoạch tổng thể, kiểm tra có thực hiện đúng quy hoạch hay không, còn trách nhiệm quản lý của Bộ NN&PTNT là kiểm tra việc thực hiện bảo tồn đối với từng khu bảo tồn có đáp ứng các tiêu chuẩn theo quy định của pháp luật hay không.

Về công tác lập, thẩm định, phê duyệt quy hoạch BVMT, thay vì nhiều chủ thể lập quy hoạch thì cũng nên thống nhất một đầu mối là Bộ TN&MT. Bộ này có trách nhiệm chủ trì, phối hợp với các bộ, ngành và địa phương liên quan tổ chức lập quy hoạch BVMT, quy hoạch BVMT điều chỉnh cho các vùng kinh tế, xã hội; tổ chức thẩm định các quy hoạch BVMT, quy hoạch BVMT điều chỉnh cấp vùng; tổ chức thẩm định, phê duyệt báo cáo quy hoạch BVMT, báo cáo quy hoạch BVMT điều chỉnh cấp tỉnh; tổ chức theo dõi, kiểm tra tình hình thực hiện các quy hoạch BVMT cấp vùng và cấp tỉnh trên phạm vi toàn quốc.

Hai là, sửa đổi, bổ sung, ban hành mới các văn bản pháp luật nhằm phân định rõ trách nhiệm của các bộ, ngành đối với từng lĩnh vực quản lý về BVMT cụ thể

Hiện nay có rất nhiều lĩnh vực quản lý về BVMT đang thuộc nhiều bộ, ngành quản lý. Việc quản lý chất thải rắn y tế, quy hoạch tổng thể xử lý chất thải rắn y tế nguy hại hiện đang thuộc chức năng, nhiệm vụ của nhiều đầu mối là: Bộ TN&MT (quản lý chất thải nguy hại), Bộ Xây dựng (quản lý chất thải rắn), Bộ Y tế (quản lý chất thải y tế trong đó có chất thải nguy hại). Trong lĩnh vực xây dựng văn bản quy phạm pháp luật, cơ chế, chính sách, chiến lược, chương trình quốc gia về quản lý chất thải rắn hiện đang thuộc chức năng của cả Bộ TN&MT và Bộ Xây dựng. Việc kiểm sát ô nhiễm khí thải đô thị, khu đông dân cư do hoạt động giao thông vận tải đang thuộc chức năng, nhiệm vụ của cả ba đơn vị là: Bộ TN&MT, Bộ Giao thông vận tải, Ủy ban nhân dân các tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương. Việc

xây dựng các văn bản quy phạm pháp luật quy định Danh mục các hàng hoá cấm hoặc hạn chế xuất khẩu (gỗ tròn, gỗ xẻ từ gỗ rừng tự nhiên trong nước, than làm từ gỗ hoặc củi có nguồn gốc từ gỗ rừng tự nhiên trong nước, động vật hoang dã và động thực vật quý hiếm tự nhiên,...), cấm hoặc hạn chế nhập khẩu (hoá chất độc hại, sinh vật xâm hại, phế liệu làm nguyên liệu sản xuất, thuốc bảo vệ thực vật...) đang giao cho nhiều đơn vị chịu trách nhiệm QLNN: Bộ NN&PTNT chịu trách nhiệm về hàng nông sản xuất nhập khẩu; công bố Danh mục các loại thủy sản cấm hoặc xuất nhập khẩu có điều kiện (trong khi chức năng quản lý sinh vật ngoại lai, xâm hại lại được giao cho Bộ TN&MT); Bộ Y tế xây dựng Danh mục các loại thuốc chữa bệnh; Bộ Công thương xây dựng Danh mục các loại hoá chất độc hại. Trong lĩnh vực QLNN về BVMT lưu vực sông (bao gồm kiểm soát ô nhiễm, đánh giá tải lượng ô nhiễm, quản lý hạn mức xả thải, quan trắc môi trường, thanh tra, kiểm tra, xử lý vi phạm pháp luật về môi trường đối với các cơ sở sản xuất kinh doanh xả nước thải ra lưu vực sông) đang thuộc trách nhiệm của hai Bộ là: Bộ NN&PTNT (quản lý các công trình thủy lợi; quản lý hoạt động khai thác và nuôi trồng thủy sản) và Bộ TN&MT (quản lý các vấn đề về BVMT nước sông; quản lý tài nguyên nước; BVMT trong hoạt động khai thác khoáng sản)...

Ngoài rất nhiều lĩnh vực còn đang chồng chéo như trên thì trong phân công QLNN về môi trường vẫn còn rất nhiều khoảng trống, lĩnh vực bị bỏ ngỏ chưa có bộ, ngành nào làm đầu mối hoặc phân công chung chung dẫn đến tình trạng không có cơ quan nào chịu trách nhiệm chính trong quản lý. Chẳng hạn như các lĩnh vực xây dựng, ban hành và hướng dẫn thực hiện quy hoạch môi trường lưu vực sông, phân vùng xả thải, cấp phép xả nước thải vào các lưu vực sông; ban hành, hướng dẫn và kiểm tra, giám sát việc thực hiện các chỉ tiêu BVMT lưu vực sông gắn với quy hoạch, kế hoạch phát triển kinh tế, xã hội của địa phương; thẩm định, đánh giá công nghệ môi trường, công nghệ thân thiện với môi trường. Hiện nay chức năng thẩm định công nghệ nói chung được

giao cho Bộ KH&CN, Bộ Xây dựng, Bộ TN&MT đều có trách nhiệm thẩm định, đánh giá công nghệ môi trường, công nghệ thân thiện với môi trường; tuy nhiên trách nhiệm, quyền hạn chưa được phân rõ nên trong thực tế lĩnh vực quản lý này còn bị bỏ trống. Tuy nhiên, các Bộ được giao quản lý về môi trường kể trên khó có thể có chuyên môn sâu về môi trường và quản lý môi trường có tính chất chuyên môn cao, thậm chí có tính kỹ thuật, như xây dựng các bộ tiêu chuẩn về môi trường, ... đặc biệt trong điều kiện thay đổi hàng ngày, hàng giờ của thiên nhiên (sự nóng lên của trái đất, nước biển dâng, biến đổi khí hậu, thảm họa môi trường...) và trong điều kiện nền KH&CN phát triển thì cần có sự quản lý tập trung, ứng phó kịp thời, có tổ chức đủ mạnh thay vì phân tán các cơ quan đều nghiên cứu và đề ra giải pháp.

Điều 121 và các điều có liên quan của Luật BVMT quy định trách nhiệm QLNN về BVMT của Chính phủ, bộ, cơ quan ngang bộ, cơ quan thuộc Chính phủ. Tuy nhiên, việc phân công theo hướng BVMT thuộc lĩnh vực nào thì cơ quan chuyên ngành đó chịu trách nhiệm chủ trì gây rất nhiều bất cập trong quá trình thực hiện công tác BVMT cho từng khu vực nói riêng và cho toàn quốc nói chung. Bởi theo sự phân công này sẽ không có cơ quan nào chịu trách nhiệm chính về lĩnh vực môi trường. Vì vậy, Luật BVMT cần sửa đổi theo hướng: phân công các cơ quan có trách nhiệm thực hiện, còn trách nhiệm về quản lý là của chính quyền các cấp và cơ quan chuyên môn về BVMT. Việc sửa đổi này phải tạo cơ sở pháp lý để kiện toàn cơ cấu tổ chức, phân công, phân cấp hợp lý và quy định rõ chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn cũng như mối quan hệ phối hợp giữa các cơ quan QLNN về BVMT và các cơ quan có liên quan để nâng cao hiệu lực, hiệu quả QLNN về BVMT. Cần tận dụng cơ hội sửa đổi Hiến pháp 1992 và quá trình sửa đổi, xây dựng các đạo luật về tổ chức và hoạt động của bộ máy nhà nước theo tinh thần Hiến pháp sửa đổi để quy định rõ vấn đề phân công, phân cấp QLNN nói chung và QLNN về BVMT nói riêng giữa chính quyền trung ương và chính quyền địa phương ■

QUYỀN BIỂU TÌNH Ở CỘNG HÒA LIÊN BANG ĐỨC VÀ HƯỚNG HOÀN THIỆN CHẾ ĐỊNH NÀY TRONG DỰ THẢO SỬA ĐỔI HIẾN PHÁP 1992

NGUYỄN MINH TUẤN*

Biểu tình là quyền tự do của công dân. Cách ứng xử với quyền biểu tình của công dân từ phía công quyền phản ánh mức độ tôn trọng nhân dân, tôn trọng Hiến pháp¹. Mặc dù biểu tình là một quyền hiến định, nhưng ở Việt Nam, nhiều người còn tránh dùng từ “biểu tình”, thậm chí còn coi đây là một chủ đề “nhạy cảm”, không nên bàn. Biểu tình có thực sự “đáng sợ” thế không? Ở các nước hiện nay người ta quan niệm và có những cách thức nào để đưa hoạt động này vào trật tự, nề nếp? Trên cơ sở tham khảo kinh nghiệm lập hiến, lập pháp ở Cộng hòa Liên bang (CHLB) Đức, bài viết đưa ra các đề xuất hoàn thiện chế định này ở Việt Nam.

1. Cơ sở hiến định, nội dung và thực tiễn thực thi quyền biểu tình ở CHLB Đức

1.1. Cơ sở hiến định

Quyền biểu tình là một trong những cách thức quan trọng để công dân bày tỏ chính kiến của mình. Điều 8 Luật Cơ bản Đức (Luật CB)² quy định:

“1. Tất cả người Đức đều có quyền biểu tình một cách ôn hòa và không vũ khí, không phụ thuộc vào sự đồng ý hay không của chính quyền.

2. Đối với những cuộc biểu tình được tổ chức ngoài trời, quyền biểu tình này có thể bị hạn chế bởi Luật”³.

Từ quy định của Điều 8 Luật CB này, có thể rút ra những nhận định sau:

Điều 8 đã minh thị rõ biểu tình là *quyền của công dân*, đồng thời khẳng định nghĩa vụ của nhà nước phải tạo điều kiện để người dân được thực hiện quyền biểu tình⁴.

Phạm vi bảo vệ của quyền này là *tất cả người Đức*, được hiểu là những người có

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

1 Xem thêm: Lembke in *JuS* 2005, 984–988, 1081–1085; Gröpl in *Jura* 2002, 18–25

2 Ở Đức, quyền tự do biểu tình lần đầu tiên được quy định ở Điều 161, Hiến pháp nhà thờ thánh Paul (*Paulskirchenverfassung*) năm 1848, sau đó được kế thừa và phát triển trong các bản Hiến pháp Cộng hòa Weimar 1919 và Hiến pháp của CHLB Đức năm 1949.

3 Nguyên bản Tiếng Đức: “(1) Alle Deutschen haben das Recht, sich ohne Anmeldung oder Erlaubnis friedlich und ohne Waffen zu versammeln. (2) Für Versammlungen unter freiem Himmel kann dieses Recht durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes beschränkt werden.”

4 Phán quyết số 69 của Tòa án Hiến pháp liên bang đã nêu rõ “các cơ quan nhà nước phải có trách nhiệm tổ chức, tạo mọi điều kiện cho cuộc biểu tình diễn ra một cách ôn hòa” (*BverfGE* 69, 315ff.).

quốc tịch Đức, không phụ thuộc vào độ tuổi (dẫn chiếu theo Điều 116 Luật CB).

Ôn hòa và không sử dụng vũ khí là điều kiện bắt buộc đối với một cuộc biểu tình.

Người biểu tình chỉ cần đăng ký theo thủ tục, trình tự pháp luật quy định.

Trách nhiệm của cơ quan công quyền là tạo mọi điều kiện để người dân thực hiện quyền biểu tình.

1.2. Nội dung cơ bản của Luật Biểu tình ở CHLB Đức

Luật Biểu tình (Luật BT) của CHLB Đức lần đầu tiên được đăng công báo ngày 24/7/1953⁵, có hiệu lực thi hành từ ngày 10/8/1953⁶.

Luật BT năm 1953 gồm có 33 Điều. Nội dung của Luật BT đề cập đến bốn nội dung chính: những quy định chung; quyền nghĩa vụ của những người tham gia biểu tình; quyền và nghĩa vụ của cảnh sát và xử lý vi phạm.

1.2.1. Những quy định chung

Nội dung biểu tình (Meinungskundgabe) về nguyên tắc là không bị giới hạn. Người biểu tình có thể biểu tình về bất cứ vấn đề gì thuộc phạm vi của quyền tự do ngôn luận (Meinungsfreiheit)⁷.

Điều 1 Khoản 2 Luật BT quy định các trường hợp cấm biểu tình như:

- chống lại trật tự dân chủ tự do (die freiheitliche demokratische Grundordnung) đã được quy định tại Điều 18 Luật CB;

- nhằm mục đích kêu gọi Tòa án Hiến pháp tuyên bố giải tán một Đảng chính trị nào đó⁸.

- ủng hộ một đảng phái đã được Tòa án

Hiến pháp liên bang tuyên bố là đảng vi hiến và cấm hoạt động;

- tụ họp những hội mà theo Luật về Hội (Vereinsgesetz) và Điều 9 khoản 2 Luật CB đã cấm hoạt động.

Ngoài ra, người tham gia biểu tình không được sử dụng vũ khí hay công cụ có tính bạo lực nào nhằm mục đích gây tổn thương hoặc làm thiệt hại tài sản của người khác hay tài sản công (Điều 2 Luật BT); không được mặc những trang phục, hoặc sử dụng những biểu tượng có tính chất thù địch về mặt chính trị (Điều 3 Luật BT).

Một điều kiện quan trọng trong Luật BT là những người tham gia biểu tình phải có chung ít nhất một mục đích (gemeinsamer zweck). Hiệu thế nào là chung mục đích? Theo Tòa án Hiến pháp liên bang, “chung mục đích” là “sự ràng buộc về nội dung của những người tham gia biểu tình, cùng hướng tới ít nhất một mục đích cụ thể”⁹. “Một cuộc biểu tình có mục đích chung” được hiểu là nhiều người cùng tham gia thể hiện chính kiến của mình *trong quan hệ với trật tự dân chủ của nhà nước*. Những sự kiện do tư nhân tổ chức mang tính giải trí, văn hóa không được gọi là biểu tình¹⁰.

Về số lượng người tham gia biểu tình, Luật CB và Luật BT đều không quy định rõ số lượng tối thiểu người tham gia biểu tình là bao nhiêu. Các nhà khoa học luật hiến pháp cho rằng, cần căn cứ vào chính thuật ngữ “Versammlung”, có nghĩa là một tập hợp, mà một tập hợp thì tối thiểu *cần có ít nhất hai người* tham gia.¹¹

1.2.2. Quyền và nghĩa vụ của đoàn biểu tình

Bất cứ ai biểu tình ở ngoài trời phải tiến

5 Công báo tập 1, năm 1953, BGBl. I, từ trang 684.

6 Từ cải cách liên bang lần thứ hai năm 2006, thẩm quyền lập pháp về biểu tình đã được chuyển giao cho các bang. Hay nói cách khác về lĩnh vực biểu tình, liên bang không còn sở hữu quyền lập pháp nữa, các bang có quyền tự ban hành Luật BT riêng cho bang của mình. Mặc dù vậy, theo Điều 125a Khoản 1 Luật CB, Luật BT của liên bang vẫn tiếp tục có hiệu lực ở những bang mà chưa xây dựng được Luật BT riêng. Hiện nay các bang Bayern, Sachsen-Anhalt, Sachsen và Niedersachsen đã xây dựng được Luật BT riêng (Số liệu năm 2013).

7 Gerrit Mansen, Staatsrecht II, Grundrechte, 7. Aufl., 2010, Rn. 485.

8 Lý do phải quy định điều này vì một phần đã có quy định tại Điều 43 Khoản 1 Luật Tòa án hiến pháp liên bang chỉ có Hạ viện, thượng viện hoặc chính phủ liên bang mới có quyền đệ trình lên Tòa án Hiến pháp liên bang về vấn đề này.

9 BverfGE 69, 315 (343) (Brokdorf).

10 Xem: Lembke in: JuS 2005, 984–988, 1081–1085; Gröpl in: Jura 2002, S. 18–25.

11 Xem: Gröpl in: Jura 2002, S. 25.

hành thông báo cho cơ quan có thẩm quyền chậm nhất trước 48 giờ, trong đó phải nêu rõ: ai là trưởng đoàn, các thông tin về biểu tình và chịu trách nhiệm về cuộc biểu tình (Điều 14 Luật BT). Việc sử dụng các biểu ngữ nội dung gì phải được thông báo trước cho cảnh sát khi tiến hành thông báo cho cơ quan có thẩm quyền về việc biểu tình (Điều 18 Luật BT).

Như vậy, biểu tình không có nghĩa vụ phải xin phép (*nicht genehmigungspflichtig*), mà chỉ cần thông báo (*Bekanntgabe*).

Điểm đặc biệt trong Luật BT ở Đức đã xác định rõ: trách nhiệm của cơ quan có thẩm quyền là phải tổ chức các phương tiện giao thông tại nơi diễn ra biểu tình để đảm bảo an toàn cho cuộc biểu tình. Phán quyết số 69 của Tòa án Hiến pháp liên bang đã nêu rõ “các cơ quan nhà nước phải có trách nhiệm tổ chức, tạo mọi điều kiện cho cuộc biểu tình diễn ra một cách ôn hòa”¹². Đoàn biểu tình chỉ cần công bố rõ thời gian, địa điểm tổ chức biểu tình, còn việc đảm bảo trật tự an toàn giao thông ra sao là thuộc trách nhiệm của cơ quan nhà nước.

Một điểm khá lý thú là Luật BT ở Đức quy định rất rõ về vai trò, quyền hạn và trách nhiệm của “người trưởng đoàn”, theo đó, cuộc biểu tình nào cũng phải có một người trưởng đoàn, đây sẽ là người tổ chức tiến hành và chịu trách nhiệm về cuộc biểu tình. Người trưởng đoàn sẽ chịu trách nhiệm theo dõi diễn tiến của việc biểu tình, chịu trách nhiệm về việc biểu tình phải diễn ra một cách ôn hòa, không vũ khí (Điều 8, Điều 19 Luật BT).

Trong quá trình biểu tình, trưởng đoàn có quyền dừng hoặc chấm dứt biểu tình bất cứ lúc nào, có thể tước quyền biểu tình của bất cứ ai có hành động gây rối, hoặc không tuân theo chỉ đạo của trưởng đoàn (Điều 8, Điều 19 Luật BT). Người bị trưởng đoàn đuổi khỏi đoàn biểu tình, phải có nghĩa vụ rời khỏi đoàn biểu tình ngay lập tức, cảnh

sát sẽ hỗ trợ trưởng đoàn thực hiện đúng nhiệm vụ trong trường hợp người bị đuổi không tuân theo yêu cầu của trưởng đoàn biểu tình (Điều 11 Luật BT).

Ngoài ra, Luật BT ở Đức cũng cho phép người trưởng đoàn có thể cử ra một số người trợ giúp biểu tình (*Ordner*) từ thành viên của đoàn biểu tình đó (Điều 9 Khoản 1 Luật BT). Những người trợ giúp biểu tình này phải được sự đồng ý của cơ quan có thẩm quyền khi đăng ký biểu tình (Điều 18 Khoản 2 Luật BT). Trưởng đoàn phải chịu trách nhiệm thông báo cho cảnh sát về những người trợ giúp biểu tình này (Điều 9 Khoản 2 Luật BT).

1.2.3. Quyền và nghĩa vụ của cảnh sát

Điều 15 Khoản 1 Luật BT quy định, cơ quan có thẩm quyền có thể cấm biểu tình hoặc cho phép biểu tình có điều kiện khi tại thời điểm chuẩn bị tiến hành biểu tình hoặc đang biểu tình có những căn cứ rõ ràng cho thấy việc biểu tình là gây nguy hiểm trực tiếp cho “trật tự chung”.

Cũng có nhiều tranh luận xung quanh thuật ngữ “trật tự chung” (*öffentliche Ordnung*), vì nhiều nhà khoa học pháp lý Đức cho rằng, đây là một thuật ngữ “không xác định”, làm thế nào để biết được một hành vi có trực tiếp xâm phạm đến trật tự chung hay không. Về vấn đề này, Tòa án Hiến pháp liên bang đã giải thích thuật ngữ trật tự chung quy định tại Điều 15 khoản 1 Luật BT rằng: “Đây không phải là cửa tử để hạn chế quyền biểu tình. Khi áp dụng vào trường hợp cụ thể, cơ quan có thẩm quyền phải căn cứ vào những tiêu chuẩn định lượng của Luật Hiến pháp như: phải có đủ cơ sở pháp lý, có đủ bằng chứng thực tế xác minh, các biện pháp áp dụng phải tương xứng với hành vi vi phạm”¹³.

Ngay khi tuyên bố giải tán biểu tình, tất cả các thành viên lập tức phải rời khỏi nơi biểu tình (Điều 13 Luật BT). Trong quá trình biểu tình, không chỉ trưởng đoàn biểu tình mà cảnh sát cũng có thể yêu cầu người

12 BVerfGE 69, 315ff; vgl. Gerrit Mansen, *Staatsrecht II, Grundrechte*, 7. Aufl., 2010, Rn. 485.

13 BVerfG, NJW 2001, 2072 ff.

không tuân thủ các quy định về Luật BT ra khỏi đoàn biểu tình (Điều 18 Luật BT).

Cơ quan công quyền cũng *không có quyền quay phim, chụp ảnh những người tham gia biểu tình*, trừ khi có căn cứ thực tế cho rằng, việc biểu tình đang gây nguy hiểm trực tiếp cho an toàn và trật tự chung (Điều 12a Luật BT).

Về địa điểm tiến hành biểu tình, Luật quy định rõ đoàn biểu tình không được tiến hành biểu tình tại các cơ quan lập pháp của liên bang hay của bang cũng như Tòa án Hiến pháp liên bang (Điều 16 Khoản 1). Cũng nên phân biệt rõ rằng Luật chỉ cấm biểu tình chứ không cấm những hoạt động như lễ hội quần chúng được tổ chức định kỳ, lễ hành hương hoặc các hoạt động tôn giáo ngoài trời được diễn ra ở những địa điểm này (Điều 17 Luật BT).

1.2.4. Xử lý vi phạm

Tùy thuộc vào tính chất, mức độ của hành vi, Luật BT của Đức phân biệt khá rõ xử lý hình sự và xử lý hành chính (Điều 29, Điều 29a Luật BT).

Nhằm đảm bảo trật tự và an toàn cho hoạt động biểu tình, các nhà làm luật Đức quy định rõ trách nhiệm hình sự đối với hành vi vi phạm pháp luật biểu tình tại Điều 21 Luật BT: “Ai đe dọa, chia rẽ, gây trở ngại hoặc ngăn cản cuộc biểu tình hợp pháp bằng các hành động bạo lực sẽ bị phạt tù đến 3 năm hoặc bị phạt tiền”. Quy định này là đã *xác định rõ chế tài đối với bất kỳ ai, kể cả người thi hành công vụ xâm phạm quyền tự do biểu tình hiến định của người dân*.

Về trách nhiệm của người tham gia biểu tình, sau khi đã có tuyên bố cấm biểu tình hoặc lệnh giải tán biểu tình đã được công bố, người nào tiếp tục chống đối bằng việc tiếp tục tiến hành biểu tình sẽ bị phạt tù đến 1 năm hoặc bị phạt tiền (Điều 23 Luật BT). Trưởng đoàn biểu tình hoặc người trợ giúp biểu tình mà sử dụng vũ khí hoặc công cụ bạo lực khác nhằm gây thương tích cho người khác hoặc gây thiệt hại về tài sản của người khác sẽ bị phạt tù đến 1 năm hoặc bị phạt tiền (Điều 24 Luật BT).

Việc xử phạt hành chính được quy định cụ thể tại Điều 29 Luật BT. Khoản 1 điều này liệt kê những hành vi nào thì áp dụng xử lý hành chính và khoản 2 quy định mức xử phạt. Điều 30 Luật BT là điều khoản chuyên tiếp. Điều này dẫn chiếu áp dụng Điều 74a của Bộ luật Hình sự và Điều 23 Luật Xử phạt vi phạm hành chính.

1.3. Thực tiễn thực hiện pháp luật biểu tình

1.3.1. Thực tiễn áp dụng pháp luật biểu tình

Trên cơ sở luật pháp và thực tiễn biểu tình ở Đức, Giáo sư Gerrit Manssen đã tổng kết một vài tình huống thực tiễn điển hình và cách thức giải quyết biểu tình ở Đức¹⁴ như sau: (*Xem biểu trang sau*)

1.3.2. Những trường hợp không có quy định trong luật

Thực tiễn thi hành quyền biểu tình rất đa dạng, bởi có rất nhiều cách thức khác nhau để con người biểu đạt thái độ, chính kiến của mình về một vấn đề nào đó. Từ đó cũng dễ hiểu khi có những trường hợp biểu tình mà Luật BT của Đức không có quy định cụ thể. Đây là những trường hợp mà việc xác định cuộc biểu tình đó có hợp pháp hay không phụ thuộc vào phán quyết của Tòa án Hiến pháp và những phán quyết này hình thành nên án lệ về biểu tình ở Đức. Dưới đây là một trường hợp cụ thể.

Vào một ngày đẹp trời, một người có quốc tịch Đức tên là M. đã đến thông báo với cơ quan có thẩm quyền theo luật định sẽ cùng một số người khác tổ chức một cuộc biểu tình ôn hòa chống lại việc xây dựng nhà máy điện hạt nhân ở Wackersdorf. Mục đích của đoàn biểu tình là: “mong muốn những người xây dựng nhà máy và người dân thầy được sự nguy hiểm, tác hại của nhà máy điện hạt nhân”. Tiêu ngữ của đoàn biểu tình này là: “Năng lượng mặt trời thay vì chất phóng xạ” (Sonnen statt Plutonium).

Vào ngày 23/6/1986, khoảng 6h sáng, một nhóm khoảng 30 người đã tiến hành biểu tình dưới hình thức ngồi xếp hàng dài (Sitzblockade) ở nhà máy tại Wackersdorf.

<i>Các lý do cấm biểu tình</i>	<i>Thực tế giải quyết</i>
1. Cảnh sát cấm biểu tình do lo ngại rằng sẽ có một đoàn biểu tình khác chống đối lại.	<i>Kết luận:</i> Trái luật. Cơ quan có thẩm quyền phải có trách nhiệm thấy trước và buộc phải thấy trước khả năng có những cuộc biểu tình chống đối khác để tổ chức cho dân thực hiện quyền biểu tình của mình.
2. Cấm biểu tình do lo ngại rằng người tham gia biểu tình với số lượng quá lớn, đồng thời sẽ có những hành vi bạo lực (Gewalttätigkeiten).	<i>Kết luận:</i> Chỉ đúng luật nếu cơ quan có thẩm quyền đưa ra đầy đủ bằng chứng cụ thể (konkrete beweise), trong đó chứng minh một cách rõ ràng đoàn biểu tình đã có sự chuẩn bị mang theo vũ khí (Điều 15 Khoản 1 Luật BT).
3. Cấm biểu tình vì lý do nội dung của biểu tình (Meinungskundgabe).	<i>Kết luận:</i> Trái luật. Nội dung biểu tình về vấn đề gì là không bị cấm, trừ khi nội dung biểu tình thuộc phạm vi bảo vệ của Điều 5 khoản 2 Luật CB về tự do ngôn luận.
4. Không cho phép những người biểu tình mặc quần áo giống nhau.	<i>Kết luận:</i> Trái luật. Nếu những người tham gia biểu tình không vi phạm điều cấm về đồng phục quy định tại Điều 3 Luật BT.
5. Không cho phép sử dụng cờ hoặc những vật dụng có gắn biểu tượng có tính chất thù địch trái Hiến pháp (verfassungsfeindliche Symbolen).	<i>Kết luận:</i> Đúng luật (theo Điều 86, 86a Bộ luật Hình sự Đức).
6. Cấm những người tham gia biểu tình do họ sử dụng các dụng cụ như trống, kèn, đuốc, vợt bóng chày, dây xích chó.	<i>Kết luận:</i> Trái luật. Không có căn cứ cụ thể để nói rằng đây là những vũ khí nguy hiểm.

Từ 6h30 đến 8h30, một vài người - trong đó có M - xếp hàng trước lối ra vào nhà máy nhằm không cho những người công nhân đi xe tải vào khu đất xây dựng nhà máy.

Ngay sau đó, cảnh sát đã đến giải tán đoàn biểu tình. Tất cả những người biểu tình đều bị bắt với lý do mà cảnh sát đưa ra là họ đã xâm phạm trật tự công cộng theo Điều 240 Bộ luật Hình sự.

Tiếp đó, M còn bị Tòa án sơ thẩm của bang tuyên phạt tiền với số tiền tổng cộng là 700 DM (tương ứng 20 ngày công, mỗi ngày 35 DM).

Không chấp nhận bản án sơ thẩm, M đã khiếu kiện lên Tòa án Hiến pháp liên bang để đề nghị giải quyết. M cho rằng, trong trường hợp này cả cảnh sát và Tòa án sơ thẩm ở Wackersdorf đã xâm phạm quyền tự do biểu tình của M, cũng như đoàn biểu tình.

Câu hỏi đặt ra là liệu trong trường hợp này, quyền tự do biểu tình của M và nhóm biểu tình có bị vi phạm hay không?

Tòa án Hiến pháp liên bang trong phán quyết BVerfG 104, 92 đã lập luận và tuyên án như sau:

Muốn biết được việc cảnh sát giải tán đoàn biểu tình có xâm phạm quyền tự do biểu tình hay không thì phải trở lại với các

tiêu chí cụ thể như: phạm vi bảo vệ quyền biểu tình, mục đích chung của người tham gia biểu tình, thủ tục pháp lý liên quan và tính có căn cứ pháp luật hay không trong hành vi của cảnh sát cũng như của Tòa án sơ thẩm.

Thứ nhất, cần phải xem xét việc biểu tình có thuộc phạm vi bảo vệ của Điều 8 Khoản 1 Luật CB và các quy định tương ứng trong Luật BT không? Điều 8 Khoản 1 Luật CB bảo vệ *tất cả người Đức quyền được biểu tình một cách hòa bình và không sử dụng vũ khí*. Vì M là người có quốc tịch Đức, do vậy, M hoàn toàn thuộc phạm vi bảo vệ của quyền này. Điều 8 Khoản 1 Luật CB cũng bảo vệ tất cả những dạng thức hành vi mà có quan hệ vật chất, trực tiếp đến việc biểu tình (unmittelbare sachliche Zusammenhang).

Thứ hai, cần xem xét cuộc biểu tình của nhiều người có chung mục đích không? Trong trường hợp này, thông qua biểu ngữ, hành động của tất cả những người tham gia biểu tình (những yếu tố khách quan) và thông qua động cơ, mục đích họ là mong muốn cảnh báo về mức độ nguy hiểm của việc xây dựng nhà máy điện hạt nhân ở đây (những yếu tố chủ quan), hoàn toàn có thể khẳng định rằng họ có chung mục đích.

Thứ ba, về mặt thủ tục, cần xem xét việc biểu tình đã thực hiện đúng thủ tục luật định chưa? Thực tế M đã thông báo biểu tình với cơ quan có thẩm quyền trước 48 giờ. Như vậy việc biểu tình là phù hợp với Điều 14 Khoản 1 Luật BT của liên bang (Bundesversammlungsgesetz) về thủ tục đăng ký biểu tình¹⁵.

Thứ tư, phải xem xét việc xếp hàng dài và ngồi án ngữ trước cửa ra vào nhà máy liệu có phải là hành vi biểu tình một cách ôn hòa hay không? Vấn đề này, Tòa án Hiến pháp liên bang đã viện dẫn Điều 5 khoản 3 Luật BT (Versammlungsgesetz) để chứng minh khả năng loại trừ. Điều khoản này quy định *những cuộc biểu tình được coi là không ôn hòa khi những hành vi của những người tham gia có tính chất gây nguy hiểm (Gefährlichkeit), chống lại người khác, xâm hại tài sản công hay tài sản của người khác hoặc bất cứ hành vi có tính chất bạo lực nào*. Dựa trên căn cứ này, hành động của đoàn biểu tình rõ ràng chưa gây nguy hiểm trực tiếp và vì thế phải được coi là biểu tình ôn hòa. Cảnh sát - do vậy - chưa có đủ căn cứ pháp lý rõ ràng để tiến hành giải tán hay bắt giữ đoàn biểu tình.

Thứ năm, Điều 240 Khoản 1 Bộ luật Hình sự quy định rất rõ điều kiện: “dùng vũ lực” (mit Gewalt). Những người tham gia biểu tình ở đây không trang bị vũ khí và cũng không dùng bất cứ hình thức vũ lực nào để chống đối, do vậy, việc nói rằng đoàn biểu tình gây rối trật tự công cộng theo Điều 240 Bộ luật Hình sự và việc Tòa án yêu cầu nộp phạt 700 DM cũng là không có cơ sở pháp luật.

Căn cứ vào những lập luận trên, Tòa án Hiến pháp liên bang đã đưa ra phán quyết:

Thứ nhất, đoàn biểu tình không vi phạm pháp luật về biểu tình; *Thứ hai*, hành động giải tán, bắt giữ những người biểu tình và phạt tiền họ là không có đủ cơ sở pháp lý¹⁶.

Từ ngày phán quyết này của Tòa án Hiến pháp liên bang có hiệu lực, các giáo trình Luật hiến pháp cũng như các tài liệu liên quan cũng đã liệt kê hình thức biểu tình ngồi xếp hàng (Sitzblockade) thuộc phạm vi bảo vệ của Điều 8 Khoản 1 Luật CB. Hay nói cách khác, đó là hình thức biểu tình được pháp luật ở Đức bảo vệ¹⁷.

2. Những vấn đề còn tồn tại về pháp luật biểu tình ở Việt Nam

Ở Việt Nam, trong thực tiễn, không phải đến giờ mới có biểu tình. Lịch sử nước ta đã chứng kiến rất nhiều cuộc biểu tình của những người dân yêu nước. Trong quá trình giữ nước, chống ngoại xâm, chúng ta có những cuộc biểu tình lớn như cuộc biểu tình Xô Viết Nghệ Tĩnh do Đảng Cộng sản khởi động kỷ niệm ngày Quốc tế Lao động 1/5/1930 “*Giữa thành một trận xông pha. Bên kia đạn sắt, bên ta gan vàng*”; cuộc biểu tình ngày 19/8/1945 do Việt Minh tổ chức để dẫn đến cuộc cách mạng tháng Tám giành độc lập, cuộc biểu tình của giới Phật giáo năm 1968, v.v.. Xét ở góc độ ngôn ngữ, biểu tình là việc “*dân chúng tụ họp nhau để biểu thị ẩn tình và ý nguyện*”¹⁸. Như vậy, về bản chất biểu tình là biểu hiện của dân chủ, là hoạt động cần thiết, không phải là một hành động chống đối. Biểu tình là một hình thức hành động ôn hòa nhằm thể hiện mục đích, bày tỏ quan điểm ủng hộ hoặc phản đối về một vấn đề nào đó.

Điều 69 Hiến pháp 1992 nước ta đã quy định, công dân có quyền biểu tình theo quy

15 Về quy định các quyền cơ bản, ở Đức có hai điều khác cơ bản với pháp luật Việt Nam: Thứ nhất, ở Đức chỉ có luật do Nghị viện ban hành mới được giới hạn các quyền của công dân. Quyền biểu tình cũng như nhiều quyền cơ bản khác trong luật cũng vậy. Liên quan đến quyền biểu tình ở Đức có Luật BT lần đầu tiên có hiệu lực vào ngày 10/8/1953; thứ hai, khi cho rằng quyền tự do cơ bản của mình bị xâm hại, công dân có quyền khởi kiện và được giải quyết bởi một thiết chế Tài phán độc lập theo Điều 19 khoản 3 Luật CB. Ngoài ra công dân Đức cũng có quyền khởi kiện trực tiếp lên Tòa án Hiến pháp liên bang theo Điều 93 Khoản 1 mục số 4a Luật CB.

16 Nguồn: BVerfG 104, 92, (104f.). Xem thêm các phán quyết khác liên quan: BVerfG 73, 206 (235f.); BVerfG 87, 399, (406).

17 Xem thêm: Lembke in JuS 2005, 984–988, 1081–1085; Gröpl in Jura 2002, 18–25; Epping, Grundrechte, 2. Aufl., 2005, Rn.36f.; G. Manssen, Staatsrecht II, 7. Aufl., 2010, Rn. 474.

18 Đào Duy Anh, Hán – Việt từ điển, Nxb Khoa học xã hội, Hà nội, 1992, tr. 64.

định của pháp luật. Từ quy định tại Điều 69 này, cũng như các quy định ở trong Chương V về quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân, chúng ta có thể rút ra một số nhận định sau:

Thứ nhất, biểu tình là việc nhân dân bày tỏ chính kiến của mình nhằm thực hiện quyền làm chủ (Điều 2), quyền tham gia quản lý nhà nước và xã hội (Điều 53) của mình, góp phần thúc đẩy sự công bằng, dân chủ và tiến bộ xã hội.

Thứ hai, biểu tình là một quyền hợp hiến ở Việt Nam. Theo Hiến pháp và pháp luật hiện hành, công dân luôn có quyền biểu tình một cách ôn hòa. Hay nói cách khác, *quyền biểu tình của công dân được Hiến pháp hiện hành đảm bảo*.

Thứ ba, công dân hoàn toàn có quyền biểu tình ngay cả khi chưa có luật hay không có luật về biểu tình. Hay nói cách khác, việc cho rằng vì chưa có luật về biểu tình, nên công dân chưa được phép biểu tình là *hoàn toàn trái với Hiến pháp*.

Thứ tư, ở Việt Nam, Hiến pháp “là luật cơ bản của Nhà nước, có hiệu lực pháp lý cao nhất. Mọi văn bản pháp luật khác phải phù hợp với Hiến pháp” (Điều 146 Hiến pháp 1992). Hiến pháp 1992 *hoàn toàn không trao cho Chính phủ quyền ban hành Nghị định để hạn chế quyền công dân*. Do vậy, việc chính quyền ban hành và viện dẫn Nghị định quy định một số biện pháp bảo đảm trật tự công cộng số 38/2005/NĐ-CP và Thông tư số 09/2005/TT-BCA để ngăn cản biểu tình là vi phạm Hiến pháp. Chính vì vi hiến, nên Nghị định số 38/2005/NĐ-CP và Thông tư số 09/2005/TT-BCA không có giá trị pháp lý. Vì không có giá trị pháp lý nên người biểu tình không thể bị quy chụp là “tụ tập đông người”, “gây rối trật tự công cộng” theo Nghị định 38 của Chính phủ ban hành năm 2005.

Thứ năm, cụm từ “theo quy định của pháp luật” có nghĩa là *tuân theo những quy định thuộc về pháp luật khi đã có hiệu lực, chứ không phải chưa có hiệu lực*. Như vậy, nếu chưa có quy định của pháp luật tương ứng thì điều đó có nghĩa rằng, *quyền biểu tình của công dân theo Điều 69 Hiến pháp*

không có bất cứ hạn chế nào. Cơ quan hành chính nhà nước không thể ngộ nhận về quyền hạn của mình, bởi lẽ nếu Chính phủ muốn quản lý biểu tình thì Chính phủ phải soạn thảo và trình dự án luật, để Quốc hội xem xét và ban hành, chứ Chính phủ không có quyền đưa ra những quy định hay triển khai những hành động can thiệp trái với quyền hiến định của người dân đã được quy định trong Hiến pháp.

3. Kiến nghị và đề xuất về vấn đề biểu tình trong Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992 và pháp luật về biểu tình ở Việt Nam trong tương lai

Điều 26 Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992 (sửa đổi, bổ sung Điều 69) quy định: “Công dân có quyền tự do ngôn luận, tự do báo chí, *được* thông tin, hội họp, lập hội, *biểu tình theo quy định của pháp luật*”.

Dự thảo đã bỏ hai từ “có quyền” trong Điều 69 Hiến pháp 1992 và thay vào đó bằng chữ “*được*”. Cách quy định này dẫn đến cách hiểu rằng: biểu tình vốn là một quyền, mọi công dân đều có quyền biểu tình (Điều 69), nay chỉ “*được* biểu tình theo quy định của pháp luật” (Điều 26 Dự thảo). Điều đó đồng nghĩa với việc: biểu tình là do Nhà nước “*ban phát*” (lưu ý từ “*được*”) và nếu như chưa có “*quy định của pháp luật*”, tức là Nhà nước “*chưa cho*”, thì người dân không được biểu tình. Cách quy định này rõ ràng là không phù hợp.

Thực chất, việc ban hành luật điều chỉnh hoạt động biểu tình là trách nhiệm của cơ quan nhà nước. Việc quản lý hoạt động biểu tình cũng là trách nhiệm của cơ quan nhà nước.

Hiến pháp được làm ra là để hạn chế quyền lực nhà nước, để quy định trách nhiệm của Nhà nước, không phải nhân dân. Do vậy, trách nhiệm của các cơ quan nhà nước là phải tôn trọng và bảo vệ công dân thực hiện quyền biểu tình của mình. Biểu tình không đáng sợ. Ngăn cấm biểu tình bằng cách này hay cách khác đều là việc đi ngược lại xu thế tiến bộ, đi ngược lại tuyên bố xây dựng nhà nước pháp quyền đã nêu ở Điều 2 Hiến pháp. Chúng tôi cho rằng, quan

trọng là cách tư duy về quyền này, sau đó là kế hoạch, cách thức tổ chức cuộc biểu tình ra sao. Chính quyền nên tận dụng hoạt động biểu tình, coi đó như một chiếc cầu nối giữa chính quyền với nhân dân, coi đó là phương tiện đắc lực để khắc phục tệ quan liêu, tham nhũng.

Thay vì quy định như trong Dự thảo, chúng tôi đề xuất Điều 26 Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992 nên tách riêng các quyền, trong đó có quyền biểu tình ra thành một Điều riêng. Hiến pháp nên quy định quyền biểu tình cụ thể như sau:

“1. Công dân có quyền biểu tình ôn hòa và không vũ khí, không phụ thuộc vào sự đồng ý hay không của chính quyền.

2. Nhà nước có trách nhiệm tạo mọi điều kiện thuận lợi để người dân được thực hiện quyền biểu tình. Mọi hành vi đe dọa, chia rẽ, gây cản trở hoặc ngăn cản cuộc biểu tình hợp pháp sẽ bị xử lý hình sự hoặc xử phạt hành chính tùy theo tính chất, mức độ.

3. Quyền biểu tình của công dân chỉ có thể bị giới hạn bởi một đạo luật của Quốc hội. Việc giới hạn cũng không làm mất đi bản chất của quyền này”.

Quy định như vậy sẽ có hai ưu điểm: *thứ nhất*, điều khoản này xác định rõ công dân biểu tình không có nghĩa vụ phải xin phép, mà chỉ cần thông báo cho chính quyền. Đây là cách quy định phổ biến của các bản Hiến pháp trên thế giới hiện nay; *thứ hai*, quy định người tham gia biểu tình không được sử dụng vũ khí hay công cụ có tính bạo lực sẽ làm rõ cơ sở đảm bảo cho một cuộc biểu tình ôn hòa. Tất cả những vấn đề cụ thể, có tính kỹ thuật khác như cần phải thông báo trước trong thời gian bao lâu, những dụng cụ nào được hiểu là vũ khí, trách nhiệm của người trưởng đoàn biểu tình, những người tham gia biểu tình thế nào, trách nhiệm của cơ quan có thẩm quyền ra sao... nên được quy định ở trong một đạo luật do Quốc hội ban hành.

Trên cơ sở hiến định quyền biểu tình như trên, Luật BT trong tương lai nếu có nên tiếp tục làm rõ những vấn đề pháp lý căn bản sau:

Thứ nhất, cần làm rõ trách nhiệm của

Trưởng đoàn tổ chức biểu tình. Khi thông báo về việc biểu tình với cơ quan nhà nước có thẩm quyền, cần khai báo rõ ai là Trưởng đoàn, nội dung, mục đích của biểu tình là gì. Chúng tôi cho rằng, nên quy định rõ: Trưởng đoàn biểu tình sẽ chịu trách nhiệm theo dõi diễn tiến của việc biểu tình, chịu trách nhiệm về việc biểu tình phải diễn ra một cách ôn hòa, không vũ khí, có quyền dừng hoặc chấm dứt biểu tình bất cứ lúc nào. Trong quá trình biểu tình, cả trưởng đoàn và cảnh sát có thể tước quyền biểu tình của bất cứ ai sử dụng vũ khí hay có hành động gây rối, vi phạm pháp luật hoặc không tuân theo chỉ đạo của Trưởng đoàn. Việc sử dụng các biểu ngữ nội dung gì phải được thông báo trước cho cảnh sát khi tiến hành thông báo cho cơ quan có thẩm quyền về việc biểu tình.

Thứ hai, làm rõ các khái niệm pháp lý căn bản về biểu tình, chẳng hạn như vấn đề “không vũ khí”, “nghĩa vụ thông báo”, “mục đích biểu tình” là như thế nào. Việc mang theo các dụng cụ như trống, kèn, đuốc, vợt đánh bóng... có được coi là “vũ khí” hay không? Cần phải thông báo trước về việc biểu tình với chính quyền trong thời gian bao lâu? Thế nào là có chung một mục đích trong một cuộc biểu tình? Chính quyền có thể cấm biểu tình khi cho rằng nội dung biểu tình là không phù hợp hoặc lo ngại rằng người biểu tình sẽ tham gia với số lượng quá lớn hoặc lo ngại rằng sẽ có một đoàn biểu tình khác chống đối lại không?...

Thứ ba, nên xác định rõ trách nhiệm của cơ quan có thẩm quyền trong việc đảm bảo cho việc biểu tình được diễn ra một cách an toàn, đúng luật, chẳng hạn như trách nhiệm phải tổ chức các phương tiện giao thông ra sao, rồi trong trường hợp nào thì cảnh sát có thể yêu cầu người không tuân thủ các quy định về Luật BT ra khỏi đoàn biểu tình, trường hợp nào thì có thể yêu cầu chấm dứt biểu tình v.v..

Luật BT nên làm rõ mối liên hệ giữa quyền biểu tình và quyền tự do ngôn luận trong việc xác định nội dung của cuộc biểu tình. Theo chúng tôi, nên quy định công dân có quyền biểu tình về bất kỳ vấn đề nào, nếu chúng thuộc phạm vi bảo vệ của quyền tự do ngôn luận.

Thứ tư, cần quy định cụ thể trách nhiệm pháp lý đối với hành vi đe dọa, chia rẽ, gây trở ngại hoặc ngăn cản cuộc biểu tình hợp pháp bằng các hành động bạo lực. Chế tài này nên được áp dụng chung, cho bất kỳ ai, kể cả người thi hành công vụ nếu xâm phạm quyền tự do biểu tình hiến định của người dân.

Thứ năm, để hoạt động biểu tình đi vào nề nếp, đảm bảo an ninh, trật tự, an toàn xã hội, trong Luật BT cũng nên quy định rõ hình thức biểu tình nào thì được chấp nhận? việc xếp hàng dài và ngồi án ngữ trước cửa ra vào một địa điểm nào đó có phải là hành vi biểu tình một cách ôn hòa hay không? Việc biểu tình ở bên ngoài trụ sở Quốc hội có bị ngăn cấm không? Người biểu tình có được mặc đồng phục, sử dụng cờ hoặc biểu

tượng không? Nếu có, thì có hạn chế gì không?

Thiết nghĩ, cách ứng xử với *quyền biểu tình* của công dân từ phía công quyền phản ánh mức độ tôn trọng nhân dân, tôn trọng Hiến pháp. Thực chất, biểu tình không có gì “đáng sợ”, quan trọng là cách tư duy về quyền này như thế nào, tiếp đó là kế hoạch, cách thức quản lý, tổ chức biểu tình ra sao. Chính quyền nên tận dụng hoạt động biểu tình, nên coi đó như một cầu nối, một kênh đối thoại quan trọng giữa chính quyền với nhân dân, từ đó một mặt kiểm soát và đưa hoạt động này trở nên có nề nếp, trật tự, mặt khác thông qua việc lắng nghe dân, cân nhắc, điều chỉnh và hoạch định các chính sách liên quan sao cho hợp với lòng dân hơn ■

Hoàn thiện...

(Tiếp theo trang 43)

được miễn chấp hành hình phạt tù có điều kiện, đồng thời trong danh mục các hình phạt chính của BLHS không có án treo) nên không thể áp dụng hình phạt bổ sung đối với người được hưởng án treo. Do đó, nhà làm luật nên xem xét sửa đổi, bổ sung cho phù hợp theo hướng *bỏ đi* nội dung này.

Như vậy, Điều 60 BLHS nên sửa đổi, bổ sung như sau:

Điều 60. Án treo

1. Khi xử phạt tù không quá ba năm không phân biệt loại tội, căn cứ vào các đặc điểm tốt của nhân thân người phạm tội và có từ hai tình tiết giảm nhẹ trở lên và không có tình tiết tăng nặng, trong đó có ít nhất là một tình tiết giảm nhẹ TNHS quy định tại khoản 1 Điều 46 BLHS, nếu xét thấy không cần phải bắt chấp hành hình phạt tù và bảo đảm yêu cầu đấu tranh phòng ngừa, chống tội phạm, thì Tòa án cho người bị kết án hưởng án treo và ấn

định thời gian thử thách đối với họ từ một năm đến năm năm.

2. Thời điểm bắt đầu tính thời gian thử thách là ngày tuyên án đầu tiên cho hưởng án treo. Trong thời gian thử thách,...

3. Bỏ mục này.

4. và 5....

Tóm lại, “Pháp luật, dù có hoàn thiện đến mấy cũng không thể phản ánh và quy định hết được tất cả những hoàn cảnh cụ thể của cuộc sống...”, nên việc tiếp tục hoàn thiện các quy định của BLHS nói chung, các quy định về *bốn* chế định - miễn TNHS, miễn hình phạt, miễn chấp hành hình phạt và án treo nói riêng càng có ý nghĩa chính trị - xã hội và pháp lý, cũng như ý nghĩa lý luận và thực tiễn trước yêu cầu mới của đất nước. Tuy nhiên, việc tiếp tục nghiên cứu, khảo sát, đánh giá các điều khoản của BLHS hiện hành có vướng mắc, bất cập trong thực tiễn đấu tranh phòng ngừa, chống tội phạm mà chưa có điều kiện sửa đổi, bổ sung để chuẩn bị phương án cho việc *sửa đổi, bổ sung toàn diện BLHS* vẫn luôn là yêu cầu có tính cấp bách hiện nay ■

3 Xem: Đào Trí Úc: Luật hình sự Việt Nam (Quyển I - Những vấn đề chung), Nxb. Khoa học Xã hội, Hà Nội, 2000, tr. 209.