

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

ISSN 1859 - 2953

www.nclp.org.vn

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



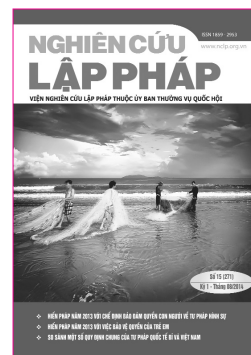
Số 15 (271)

Kỳ 1 - Tháng 08/2014

- ❖ HIẾN PHÁP NĂM 2013 VỚI CHẾ ĐỊNH BẢO ĐẢM QUYỀN CON NGƯỜI VỀ TƯ PHÁP HÌNH SỰ
- ❖ HIẾN PHÁP NĂM 2013 VỚI VIỆC BẢO VỆ QUYỀN CỦA TRẺ EM
- ❖ SO SÁNH MỘT SỐ QUY ĐỊNH CHUNG CỦA TƯ PHÁP QUỐC TẾ BỈ VÀ VIỆT NAM

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn



Mục lục 8/2014

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

BÌNH LUẬN VỀ HIẾN PHÁP

- 3** Hiến pháp năm 2013 với chế định bảo đảm quyền con người về tư pháp hình sự

TS. Phạm Văn Hùng

- 12** Hiến pháp năm 2013 với việc bảo vệ quyền của trẻ em

ThS. Hoàng Minh Khôi

- 19** Lao động phạm nhân - nhìn từ góc độ lịch sử, hiện thực và so sánh

Nguyễn Công Long

- 28** Khái niệm và sự cần thiết áp dụng tập quán thương mại

ThS. Nguyễn Mạnh Thắng

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 33** Bàn về khái niệm "văn bản quy phạm pháp luật" trong Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật

PGS, TS. Nguyễn Minh Đoàn

- 38** Chế định Hội đồng bầu cử Quốc gia một nội dung quan trọng của Luật Bầu cử

ThS. Phan Văn Ngọc

CHÍNH SÁCH

- 43** Nâng cao hiệu quả của chính sách trợ giúp đột xuất

TS. Nguyễn Đức Chiện

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 49** Định giá tài sản sở hữu trí tuệ trong giao dịch dân sự

ThS. Vũ Anh Thư

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 55** So sánh một số quy định chung của tư pháp quốc tế Bỉ và Việt Nam

TS. Ngô Quốc Chiến

HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

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

TỔNG BIÊN TẬP

TS. PHẠM VĂN HÙNG

TRỤ SỞ:

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

THIẾT KẾ:

HOÀNG NHI

GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:

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

PHÁT HÀNH:

HÀ NỘI: 080-43364

TÀI KHOẢN:

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

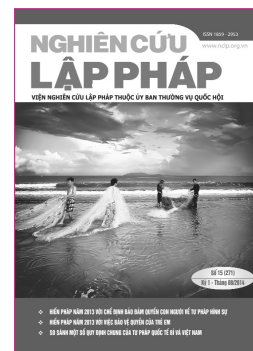
IN TẠI CÔNG TY CỔ PHẦN IN TÂY HỒ

GIÁ: 19.500 ĐỒNG

Ảnh bìa: ST

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn



Legis 8/2014

STATE AND LAW

COMMENTARY ON CONSTITUTION

- 3** Constitution in 2013 with the provisions to ensure the human rights in the criminal justice
Dr. Pham Van Hung
- 12** Constitution in 2013 with the protection of the children rights
LLM. Hoang Minh Khoi
- 19** Prison labor - from the perspective of history, reality and comparison
Nguyen Cong Long
- 28** The concept and the need to apply commercial practices
LLM. Nguyen Manh Thang

DISCUSSION OF BILLS

- 33** Discuss the concept of "legal documents" in the Law on Promulgation of Legal Documents
Prof, Dr. Nguyen Minh Doan
- 38** Provisions of the National Council elections - An important content of the Electoral Law
LLM. Phan Van Ngoc

POLICIES

- 43** Improving the effectiveness of emergency aid policy
Dr. Nguyen Duc Chien

LEGAL PRACTICE

- 49** Pricing of intellectual property assets in civil transactions
LLM. Vu Anh Thu

FOREIGN EXPERIENCE

- 55** Comparison of some general rules of private international law between Belgium and Vietnam
Dr. Ngo Quoc Chien

EDITORIAL:

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

EDITOR-IN-CHIEF:

Dr. PHAM VAN HUNG

OFFICE:

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

DESIGN:

HOANG NHI

LICENSE OF PUBLISHMENT:

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

DISTRIBUTION:

HA NOI: 080-43364

ACCOUNT NUMBER:

0011000467735
LEGISLATIVE STUDY MAGAZINE
VIETCOMBANK

PRINTED BY: TAYHO PRINTING
JOINT STOCK COMPANY

Price: 19,500 VND

BÌNH LUẬN VỀ HIẾN PHÁP

HIẾN PHÁP NĂM 2013 VỚI CHẾ ĐỊNH BẢO ĐẢM QUYỀN CON NGƯỜI VỀ TƯ PHÁP HÌNH SỰ

PHẠM VĂN HÙNG*

Trong sự vận hành của quyền lực nhà nước, việc áp dụng pháp luật trong lĩnh vực tư pháp hình sự là rất nghiêm khắc, các quyết định nếu không có công lý sẽ dẫn đến việc tước đoạt quyền tự do, thậm chí tước đoạt tính mạng con người một cách oan uổng. Với việc ban hành Hiến pháp 2013, điều mà người dân cần biết là trong trường hợp phải rơi vào vòng tố tụng thì Hiến pháp đã có các quy định nào nhằm bảo vệ phẩm giá vốn có của một con người? Bài viết phân tích các giá trị tiến bộ của Hiến pháp năm 2013 khi quy định bảo đảm quyền con người trong lĩnh vực tư pháp hình sự.

1. Tòa án - cơ quan thực hành quyền tư pháp, thành công lớn của các nhà lập hiến

Đã nhiều thập kỷ qua, biết bao nhân tài, trí lực bị lôi cuốn vào những cuộc tranh luận, hội thảo miên man để tìm ra câu trả lời thế nào là quyền tư pháp? cơ quan tư pháp là cơ quan nào? hoạt động tư pháp do ai thực hiện?¹. Tuy nhiên, với quy định ở Điều 102 Hiến pháp năm 2013 “Tòa án nhân dân (TAND) là cơ quan xét xử của nước Cộng hòa XHCN Việt Nam, thực hiện quyền tư pháp”, thì câu trả lời đã rõ: Tòa án là cơ quan thực hiện quyền tư pháp. Các cơ quan tiến hành tố tụng khác chỉ tham gia thực hiện quyền tư pháp. Cũng có thể ai đó còn luyến tiếc với quan niệm trước đây để đặt câu hỏi tiếp: Cơ quan điều tra thuộc quyền lực nào? Viện kiểm sát nhân dân (KSND) thuộc quyền lực nào? Cơ quan thi hành án

hình sự thuộc quyền lực nào? Trả lời sự luyến tiếc này lại phải xem tiếp quy định của Hiến pháp về các thiết chế quyền lực khác: Quốc hội thực hiện quyền lập hiến, quyền lập pháp², Chính phủ thực hiện quyền hành pháp³. Ngoài ra Hiến pháp năm 2013 còn quy định về các thiết chế độc lập như Hội đồng Bầu cử quốc gia, Kiểm toán Nhà nước. Có thể mỗi thiết chế nhà nước vẫn có những hoạt động mang tính công đoạn, có liên quan đến thiết chế khác, nhưng những hoạt động đó không thể thay thế, can thiệp vào thiết chế “chính chủ” của mỗi loại quyền lực. Chính phủ là cơ quan soạn thảo luật nhưng không thể coi đó là cơ quan lập pháp. Quốc hội thực hiện quyền giám sát tối cao đối với TAND tối cao nhưng không vì thế mà nghĩ rằng Quốc hội thực hiện quyền tư pháp. Chỉ có Tòa án mới được Hiến pháp

* **TS. Tổng biên tập Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp.**

¹ Xem Phạm Văn Hùng, *Tòa án và vấn đề cải cách tư pháp*, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, số 19 (135), tháng 11/2008.

² Điều 69, Hiến pháp 2013.

³ Điều 94, Hiến pháp 2013.

trao cho nhiệm vụ xét xử, thực hành quyền tư pháp. Nếu như Hiến pháp năm 1992 quy định “bảo vệ pháp chế XHCN, bảo vệ chế độ XHCN”⁴ là nhiệm vụ hàng đầu của Tòa án thì Hiến pháp năm 2013 đã có sự thay đổi căn bản, theo đó “bảo vệ công lý, bảo vệ quyền con người”⁵ mới là nhiệm vụ hàng đầu của Tòa án so với các nhiệm vụ khác. Bảo vệ công lý là bảo vệ sự công bằng và lẽ phải. Bảo vệ quyền con người là bảo vệ những quyền mà như Hồ Chí Minh đã viện dẫn và khẳng định trong Tuyên ngôn độc lập “đó là những lẽ phải không ai chối cãi được”. Sự thay đổi, minh định này có ý nghĩa rất lớn đến việc bảo vệ quyền con người, quyền công dân, cho phép người dân có thể viện dẫn khởi kiện đến Tòa án trong những sự kiện cụ thể khi cần thiết để bảo vệ quyền và lợi ích chính đáng của mình. Quyết định của các cơ quan nhà nước ngoài Tòa án chưa phải là giới hạn cuối cùng của công lý. Một quan chức hành chính có thể bị kiện nếu ban hành quyết định sai mà vẫn ngang nhiên công bố quyết định của mình là công lý. Một đại biểu dân cử có thể bị mất tín nhiệm trước cử tri nếu có hành vi can thiệp vào hoạt động xét xử của Tòa án. Là cơ quan thực hành quyền tư pháp, Tòa án không chỉ giới hạn thực hành quyền tư pháp trong khi xét xử mà cả trước và sau khi xét xử. Tư pháp hình sự là một bộ phận quan trọng nhất của quyền tư pháp nên Tòa án càng có điều kiện thể hiện rõ hơn vị trí, vai trò trong cơ chế vận hành của quyền lực này. Trong không ít trường hợp, khi xét xử vụ án hình sự, Tòa án đã giải quyết luôn cả vấn đề dân sự hoặc kiến nghị các cơ quan hành chính áp dụng các biện pháp khắc phục và ngăn ngừa vi phạm pháp luật. Đó cũng là lý do vì sao

Hiến pháp chỉ quy định bảo đảm quyền con người trong tư pháp hình sự, còn việc bảo đảm quyền con người trong các lĩnh vực hoạt động khác của quyền tư pháp (vụ án dân sự, hôn nhân gia đình, hành chính, kinh tế) sẽ được quy định trong các đạo luật chuyên ngành. Có thể khẳng định, việc Hiến pháp năm 2013 ghi nhận TAND là cơ quan xét xử, thực hành quyền tư pháp là thành công lớn nhất của các nhà lập hiến. Đây là nền tảng của việc xây dựng nhà nước pháp quyền Việt Nam, là bức tường thành vững chắc để bảo vệ công lý, bảo vệ quyền con người trong thời kỳ mới. Với việc quy định Tòa án là cơ quan thực hành quyền tư pháp, rồi đây sẽ phải có sự điều chỉnh giao thêm thẩm quyền cho Tòa án phán quyết đối với nhiều hành vi vi phạm pháp luật, đồng thời giám sát các quyết định áp dụng biện pháp hạn chế quyền con người do các cơ quan ngoài Tòa án thực hiện.

2. Nội dung chế định bảo đảm quyền con người về tư pháp hình sự

Bảo đảm sự đúng đắn trong việc bắt người

Bất khả xâm phạm về thân thể là một trong những quyền quan trọng nhất của con người được quy định trong Hiến pháp⁶. Tuy nhiên, Hiến pháp cũng trao cho Nhà nước thực hiện việc bắt giữ người trong những trường hợp cần ngăn chặn hành vi phạm tội hoặc bắt người nhằm mục đích phục vụ cho việc điều tra tội phạm. Hiến pháp năm 2013 quy định “Không ai bị bắt, nếu không có quyết định của TAND, quyết định hoặc phê chuẩn của Viện KSND, trừ trường hợp phạm tội quả tang. Việc bắt, giam giữ người do luật định”⁷. Đây là sự kế thừa các giá trị tiến bộ qua các bản Hiến pháp năm 1946,

4 Điều 126, Hiến pháp năm 1992.

5 Khoản 3 Điều 102 Hiến pháp năm 2013.

6 Khoản 1 Điều 20 Hiến pháp năm 2013.

7 Khoản 3, Điều 20 Hiến pháp năm 2013.

năm 1959, năm 1980, năm 1992⁸. Tuy nhiên, việc kế thừa này cũng gặp không ít trở ngại bởi lẽ trong quá trình soạn thảo Hiến pháp đã có lúc quy định này đã bị Ủy ban dự thảo sửa đổi Hiến pháp đưa ra khỏi dự thảo⁹. Quy định bảo đảm sự đúng đắn về bắt người trong Hiến pháp 2013 đã thể hiện đúng mong đợi của nhân dân, thể hiện sự sáng suốt, tận tâm của các vị đại biểu Quốc hội, không thể không bảo đảm quyền tư pháp hình sự trong việc bắt người ở tầng hiến định. Bất kể ở cấp nào, sai sót trong việc bắt người nếu xảy ra phải bị xem xét trách nhiệm chính trị trước hết ở việc vi phạm Hiến pháp. Việc kế thừa quy định này trong Hiến pháp đòi hỏi phải nâng cao năng lực, trách nhiệm của các cơ quan nhà nước, các cán bộ có thẩm quyền trong việc bắt người, phòng ngừa sai sót xảy ra.

Đáng chú ý là so với Hiến pháp 1992 quy định “việc bắt và giam giữ người phải đúng pháp luật”¹⁰ thì Hiến pháp năm 2013 có sự thay đổi mang tính đột phá, đã quy định “Việc bắt, giam giữ người do luật định”. Chỉ thay đổi cụm từ “đúng pháp luật” bằng cụm từ “do luật định” đã phản ánh giá trị cao cả của việc xây dựng Nhà nước pháp quyền Việt Nam, một nhà nước phải thượng tôn giá trị của các đạo luật để điều chỉnh các quan hệ xã hội. Nếu trở lại lịch sử tư pháp hình sự nước nhà trước khi có Bộ luật Tố tụng hình sự (TTHS) thì không ít việc bắt

người được thực hiện theo quyết định của cơ quan hành chính¹¹. Từ ngày Hiến pháp 2013 có hiệu lực, chỉ có cơ quan đại diện cao nhất của nhân dân là Quốc hội mới có quyền quy định việc hạn chế quyền tự do của công dân. Việc ban hành các văn bản dưới luật để quy định việc bắt giữ người phải coi là vi phạm Hiến pháp, vi phạm quyền con người. Việc quy định bảo đảm sự đúng đắn trong việc bắt người cũng là một thành tựu lớn trong nền lập hiến của nước nhà, góp phần bảo vệ quyền tự do, dân chủ của công dân.

Bảo đảm không bị tra tấn, bạo lực, truy bức, nhục hình

Đấu tranh ngăn ngừa và chống tội phạm là một trong những nhiệm vụ của Nhà nước mà trực tiếp là các cơ quan điều tra, truy tố, xét xử. Trong quá trình thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn của mình, các cơ quan điều tra, truy tố, xét xử chỉ được áp dụng các biện pháp hợp pháp do Bộ luật TTHS quy định. Để phòng ngừa những hành vi quá lạm, vi phạm quyền con người, quyền công dân, Hiến pháp năm 1992 quy định “ngghiêm cấm mọi hình thức truy bức, nhục hình, xúc phạm danh dự, nhân phẩm của công dân”¹².

Kế thừa Hiến pháp năm 1992, Hiến pháp năm 2013 quy định “Mọi người có quyền bất khả xâm phạm về thân thể, được pháp luật bảo hộ về sức khỏe, danh dự và nhân phẩm; không bị tra tấn, bạo lực, truy

8 Xem Phạm Văn Hùng, Hoàn thiện cơ chế bảo đảm quyền con người trong Hiến pháp, tiếp cận từ quyền tự do và an ninh cá nhân, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 22 (207), tháng 11/2011.

9 Quy định “Không ai bị bắt, nếu không có quyết định của TAND, quyết định hoặc phê chuẩn của Viện KSND, trừ trường hợp phạm tội quả tang. Việc bắt, giam giữ người do luật định” không có trong Dự thảo Hiến pháp trình Quốc hội kèm theo Tờ trình số 194/TTr-UBDTSĐHP ngày 19/10/2012.

10 Điều 71 Hiến pháp 1992.

11 Nghị quyết 49-NQ/TVQH ngày 20/6/1961 của Ủy ban thường vụ Quốc hội (UBTVQH) quy định UBND tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương có thẩm quyền ban hành quyết định tập trung cải tạo những phần tử có hành động nguy hại cho xã hội với thời hạn 3 năm. Với quy định tại khoản 2 Điều 20, Hiến pháp 2013, Nghị quyết này đương nhiên bị bãi bỏ; Pháp lệnh Xử lý vi phạm hành chính 2002 quy định Chủ tịch UBND tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương có thẩm quyền ban hành quyết định quản chế hành chính mà thực chất là hạn chế quyền tự do đi lại, cấm đảm nhiệm chức vụ trong cơ quan, tổ chức và cấm hành nghề hoặc làm công việc nhất định, biện pháp quản chế hành chính này cũng đã bị UBTVQH bãi bỏ.

12 Điều 71, Hiến pháp năm 1992.

bức, nhục hình hay bất kỳ hình thức đối xử nào khác xâm phạm thân thể, sức khỏe, xúc phạm danh dự, nhân phẩm”¹³. Như vậy, so với Hiến pháp năm 1992, Hiến pháp năm 2013 có quy định bổ sung hai hành vi “tra tấn, bạo lực” là những hành vi khá rõ về hình thức biểu hiện bị nghiêm cấm trong lĩnh vực bảo đảm quyền con người về tư pháp hình sự. Theo quy định này, các hành vi cụ thể như lăng mạ, đe dọa, đánh đập đối với người bị bắt, bị tạm giữ, tạm giam hay người đang chấp hành hình phạt tù, gây cho họ đau đớn, đau khổ nghiêm trọng về thể xác, tinh thần là các hành vi vi phạm quyền con người. Các hành vi khác như: bắt nhin ăn, nhin uống, ăn cơm nhạt, không cho ngủ, giam trong buồng tối, xét hỏi suốt ngày đêm gây cho người bị giam giữ căng thẳng tột độ, bắt đứng hoặc quỳ khi hỏi cung cũng đều là hành vi xúc phạm danh dự, nhân phẩm, vi phạm quyền con người. Việc quy định bảo đảm không bị tra tấn, bạo lực, truy bức, nhục hình trong tư pháp hình sự có ý nghĩa lớn mang tính phòng ngừa cao của các nhà lập hiến, làm cơ sở cho việc xử lý vi phạm quyền con người trong hoạt động tư pháp hình sự. Mặt khác, quy định này cũng thể hiện sự tận tâm của Nhà nước Việt Nam đối với các công ước quốc tế về quyền con người mà Việt Nam đã gia nhập, đặc biệt là Công ước chống tra tấn và các hình thức trừng phạt hay đối xử tàn ác, vô nhân đạo hoặc hạ thấp nhân phẩm năm 1984 (Việt Nam gia nhập năm 2013). Bộ luật Hình sự năm 1999 cũng đã quy định các tội phạm: Tội dùng nhục hình¹⁴, tội bức cung¹⁵ theo đó, các chủ thể của tội phạm chỉ có thể là những người được giao nhiệm vụ liên quan đến người bị bắt, bị tạm giữ, tạm giam, người đang chấp hành hình phạt tù.

Bảo đảm sự đúng đắn khi buộc tội

Buộc tội là chức năng của Nhà nước, tạo tiền đề cho việc truy cứu trách nhiệm hình sự đối với người phạm tội. Theo Bộ luật TTHS, khi kết thúc điều tra, cơ quan điều tra phải ra bản kết luận điều tra. Hồ sơ vụ án chuyển sang Viện kiểm sát thì Viện kiểm sát ra cáo trạng. Trong trường hợp có căn cứ cho rằng người bị khởi tố bị can đã phạm tội thì kết luận điều tra, cáo trạng đều ghi rõ tội danh và điều khoản Bộ luật Hình sự áp dụng. Trong một thời gian dài trước kia, khi bị đưa ra xét xử, người bị truy tố (bị can bị tạm giam) đứng trước vành móng ngựa thường phải mặc quần áo sọc của phạm nhân. Người bị khởi tố, tạm giam, truy tố thường bị xã hội kỳ thị, nhìn nhận như người phạm tội. Điều này còn có nguyên nhân từ quan niệm là đã bị khởi tố, truy tố, bị xét xử là có tội và hậu quả trước hết là phải chịu sự định kiến, kỳ thị nặng nề của xã hội.

Với quan điểm đổi mới trong tư pháp hình sự, bảo đảm tốt hơn quyền con người ngay cả trong trường hợp họ có dấu hiệu phạm tội, Hiến pháp năm 2013 quy định “người bị buộc tội được coi là không có tội cho đến khi được chứng minh theo trình tự luật định và có bản án kết tội của Tòa án đã có hiệu lực pháp luật”¹⁶. Với quy định này, nguyên tắc suy đoán vô tội trong TTHS được nâng lên tầm hiến định. Đây là điểm mới rất tiên bộ của Hiến pháp năm 2013, đáp ứng yêu cầu xây dựng nhà nước pháp quyền Việt Nam. Như vậy, với quy định về bảo đảm sự đúng đắn khi buộc tội, người bị khởi tố bị can, bị tạm giam, bị kết luận điều tra, bị truy tố vẫn được coi là những con người bình thường. Trường hợp họ bị tạm giữ, tạm giam thì được hưởng quy chế pháp

13 Khoản 1 Điều 20, Hiến pháp năm 2013.

14 Điều 298, Bộ luật Hình sự năm 1999.

15 Điều 299, Bộ luật Hình sự năm 1999.

16 Khoản 1 Điều 31 Hiến pháp năm 2013.

lý riêng khác với người đang thi hành án trong trại giam (phạm nhân). Khi phải ra tòa, họ vẫn được mặc trang phục như con người bình thường. Chỉ khi nào có bản án có hiệu lực pháp luật họ mới bị coi là có tội. Việc coi họ là người không có tội cho đến khi bị xét xử còn tạo điều kiện cho Tòa án có được sự đánh giá công tâm, khách quan, không phụ thuộc vào hồ sơ vụ án đã được lập từ trước. Với quy định này, một lần nữa, Hiến pháp long trọng tuyên bố: Chỉ có Tòa án mới là nơi nhân danh công lý để phán quyết đối với tự do của con người.

Bảo đảm được xét xử kịp thời, công bằng, công khai

Hiến pháp năm 2013 quy định “Người bị buộc tội phải được Tòa án xét xử kịp thời, công bằng, công khai”¹⁷. Đây là nội dung mới của Hiến pháp năm 2013 so với các bản Hiến pháp trước đây, là một bước tiến mới trên con đường xây dựng Nhà nước pháp quyền Việt Nam.

Buộc tội là chức năng của Nhà nước đối với người phạm tội, song không phải là bằng bất cứ giá nào để loại bỏ tất cả các giá trị đời sống dân sự của con người, nhất là đối với người bị tạm giam chờ thời gian đưa ra xét xử. Đấu tranh phòng ngừa và chống tội phạm là trách nhiệm của toàn xã hội nhưng trực tiếp nhất vẫn là các cơ quan Công an, Kiểm sát, Tòa án. Vì vậy, Bộ luật TTHS đã trao cho các cơ quan này thẩm quyền điều tra, truy tố, xét xử các vụ án hình sự. Thời hạn điều tra, thời hạn tạm giam, thời hạn nghiên cứu hồ sơ để đưa vụ án ra xét xử cũng đã được quy định theo các mức khác nhau đối với mỗi loại tội phạm. Quy định mới của Hiến pháp về xét xử kịp thời sẽ đặt ra yêu cầu mới đối với các cơ quan tiến hành

TTHS. Dưới góc độ bảo đảm quyền con người trong tư pháp hình sự, việc thực hiện kéo dài tối đa thời gian điều tra, truy tố, xét xử, nhất là thực hiện thời gian tối đa tạm giam chờ xét xử sẽ không được khuyến khích. Việc trả lại hồ sơ để điều tra bổ sung như một hiện tượng phổ biến, nhất là đối với Tòa án là cơ quan thực hành quyền tư pháp, bảo vệ công lý mà trả lại hồ sơ để điều tra bổ sung, tìm kiếm sự thống nhất đường lối xử lý theo kiểu “ba bộ đồng tình” là không thích hợp. Việc để kéo dài các thời hạn tố tụng, nhất là thời hạn tạm giam dù bất kỳ lý do gì đều ảnh hưởng đến đời sống của con người¹⁸. Liên quan đến vấn đề này, không ai có thể diễn tả rõ hơn tâm trạng của con người phải ở trong nhà giam như lãnh tụ Hồ Chí Minh khi Người bị giam giữ trong nhà tù của chính quyền Quốc dân đảng. Người đã viết trong Nhật ký trong tù “một ngày tù nghìn thu ở ngoài”. Sau này, khi trở thành Chủ tịch nước, trong hội nghị học tập của cán bộ ngành tư pháp năm 1950, Người còn căn dặn: “Nghĩ cho cùng, vấn đề tư pháp cũng như mọi vấn đề khác, trong lúc này là vấn đề ở đời và làm người. Ở đời và làm người phải thương nước, thương dân, thương nhân loại đau khổ”¹⁹. Như vậy, Tòa án xét xử kịp thời đối với người bị buộc tội là một yêu cầu mới mang tầm hiến định cũng là góp phần bảo vệ quyền con người. Trong hệ thống TTHS của ta, Tòa án muốn xét xử kịp thời thì trước hết việc điều tra, truy tố phải kịp thời. Do đó, việc để quá hạn tạm giam, quá hạn điều tra, truy tố, xét xử đối với người phạm tội phải bị coi là vi phạm Hiến pháp, vi phạm quyền con người.

Xét xử công bằng là tiền đề để bảo vệ công lý và bảo vệ quyền con người về tư

17 Khoản 2 Điều 31 Hiến pháp năm 2013.

18 Theo Báo Lao động số 244 ngày 27/9/2007, số lượng án chờ xét xử để quá hạn luật định hàng năm vào khoảng 2.000 vụ.

19 Hồ Chí Minh, Bài nói tại Hội nghị học tập của cán bộ ngành tư pháp năm 1950, Nhà nước và Pháp luật, Tập 3, NXB Lao động 1971, trang 138 - 142.

pháp hình sự. Nguyên tắc này đã được ghi nhận trong Công ước quốc tế về các quyền dân sự và chính trị mà Việt Nam là thành viên²⁰. Ở Việt Nam, nguyên tắc công bằng trong xét xử chưa được đề cập đúng mức và được lồng ghép trong một số nguyên tắc cơ bản của Bộ luật TTHS như bảo đảm quyền bình đẳng của mọi công dân trước pháp luật²¹, xác nhận sự thật vụ án²², bảo đảm sự vô tư của những người tiến hành hoặc tham gia TTHS²³. Nguyên tắc xét xử công bằng được đưa vào Hiến pháp năm 2013 là một nỗ lực của các nhà lập hiến, là sự vận dụng tư tưởng chỉ đạo của Hồ Chí Minh đối với công tác xét xử. Người đã từng chỉ ra: trong công tác xử án phải “công bằng, liêm khiết, trong sạch, gần dân, hiểu dân, giúp dân, học dân”²⁴. Xét xử công bằng rồi đây phải được triển khai trở thành nguyên tắc quan trọng của Bộ luật TTHS và trong hoạt động của ngành Tòa án. Dưới góc độ bảo vệ quyền con người thì chỉ có xét xử công bằng, không thiên vị, tư thù, tư oán thì phán quyết của Tòa án mới được coi là nhân danh công lý. Mọi sự phân biệt trong xét xử về nam, nữ, dân tộc, tín ngưỡng, tôn giáo, thành phần, địa vị xã hội, quốc tịch hoặc các biểu hiện khác thể hiện sự kỳ thị, thiếu khách quan, thiếu vô tư đều bị coi là vi phạm Hiến pháp, vi phạm quyền con người.

Xét xử công khai đã được quy định trong Hiến pháp năm 1992²⁵, được coi là nguyên tắc trong hoạt động của Tòa án, của Bộ luật TTHS²⁶, nay còn được Hiến pháp năm 2013 ghi nhận là một quyền con người.

Việc xét xử công khai và công khai việc tuyên án trong trường hợp phải xét xử kín thể hiện sự minh bạch trong hoạt động của Tòa án, bảo đảm hoạt động xét xử của Tòa án sẽ phát huy tối đa giá trị tuyên truyền, giáo dục xã hội, thu hút các giai tầng xã hội tham gia đấu tranh ngăn ngừa và chống tội phạm. Mặt khác, công khai xét xử còn tạo điều kiện để người bị truy tố có cơ hội trực tiếp nói lời tự bào chữa trước Tòa án và cộng đồng các giai tầng tham dự phiên tòa, tạo điều kiện cho nhân dân, các cơ quan báo chí giám sát hoạt động của Tòa án, nâng cao tinh thần trách nhiệm của Tòa án trước nhân dân. Việc đặt ra các quy định có nội dung gây khó khăn, ngăn cản người dân đến tham dự phiên tòa công khai hoặc không công khai các quyết định của Tòa án trong các vụ xét xử kín là vi phạm Hiến pháp, vi phạm quyền con người.

Bảo đảm không ai bị kết án hai lần vì một tội phạm

Hiến pháp năm 2013 quy định: “không ai bị kết án hai lần vì một tội phạm”²⁷. Đây là nguyên tắc tiến bộ và nhân đạo đã được ghi nhận trong Công ước quốc tế về các quyền dân sự và chính trị mà Việt Nam là thành viên²⁸. Trong các Hiến pháp trước đây và Bộ luật TTHS chưa ghi nhận nguyên tắc này, nhưng trong thực tiễn hoạt động, các cơ quan tiến hành tố tụng đã từng phải xử lý vụ án có liên quan đến nguyên tắc không ai bị kết án hai lần vì một tội phạm.

Nguyên tắc không ai bị kết án hai lần vì một tội phạm quy định trong Hiến pháp năm

20 Khoản 1, Điều 14 Công ước quốc tế về các quyền dân sự và chính trị.

21 Điều 5 Bộ luật TTHS.

22 Điều 10 Bộ luật TTHS.

23 Điều 14 Bộ luật TTHS.

24 Hồ Chí Minh, Bài nói tại Hội nghị học tập của cán bộ ngành tư pháp năm 1950, *Tlđđ*; trang 138 - 142.

25 Điều 130 Hiến pháp năm 1992.

26 Điều 18 Bộ luật TTHS.

27 Khoản 7, Điều 14 Công ước quốc tế về các quyền dân sự và chính trị.

28 Điều 67 Hiến pháp 1946; Điều 101 Hiến pháp 1959; Điều 113 Hiến pháp 1980; Điều 132 Hiến pháp 1992.

2013 là một bảo đảm quan trọng trong việc bảo vệ quyền con người, mang tính nhân đạo sâu sắc. Trong mối quan hệ giữa cá nhân con người với Nhà nước khi bị điều chỉnh bằng luật hình sự thì đó là quan hệ bình đẳng. Dù Nhà nước có bị “nhầm lẫn” bỏ qua những tình tiết có thể làm thay đổi tình trạng đời sống đối với cá nhân con người thì sau khi Tòa án đã kết tội, bản án đã có hiệu lực pháp luật, thì Nhà nước phải chấp nhận cũng như người phạm tội đã phải chấp hành bản án có hiệu lực pháp luật mặc dù họ không mong muốn. Nhà nước không nên và không thể “nghĩ lại” để tiếp tục truy cứu trách nhiệm hình sự lần nữa. Điều này góp phần ổn định đời sống dân sự của con người, không bị nguy cơ rình rập đeo đuổi từ phía hình phạt của Nhà nước. Điều quan trọng hơn, việc quy định không ai bị kết án hai lần vì một tội phạm còn góp phần xây dựng niềm tin vào công lý của người dân đối với Tòa án, bởi lẽ công lý chỉ phát lộ một lần qua xét xử, công lý không thể phát lộ qua lần xét xử thứ hai đối với một tội phạm. Với quy định mới của Hiến pháp năm 2013, việc kết án hai lần đối với một tội phạm sẽ bị coi là sự trả thù, bất bình đẳng và vi phạm Hiến pháp.

Bảo đảm quyền bào chữa

Quy định về quyền bào chữa đã có ở các Hiến pháp trước đây²⁹. Hiến pháp năm 2013 quy định cụ thể hơn “người bị bắt, tạm giữ, tạm giam, khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử có quyền tự bào chữa, nhờ luật sư hoặc người khác bào chữa”³⁰; “Quyền bào chữa của bị can, bị cáo, quyền bảo vệ lợi ích của hợp pháp của đương sự được bảo đảm”³¹.

So sánh với các Hiến pháp trước đây,

quy định bảo đảm về quyền bào chữa trong Hiến pháp năm 2013 có sự đổi mới rất quan trọng. Các Hiến pháp trước đây quy định quyền bào chữa thường chỉ đặt gắn liền với quy định về Tòa án và được hiểu thuần túy là nguyên tắc hoạt động của Tòa án hoặc nguyên tắc trong TTHS. Trong Bộ luật TTHS cũng có các quy định về quyền bào chữa và cơ chế thực hiện quyền bào chữa³², nhưng trên thực tế, việc thực hiện quyền này còn gặp không ít khó khăn, một phần do các quy định về thủ tục và phần quan trọng hơn, là số lượng luật sư hiện còn quá ít, khoảng hơn 8.000, trong khi đó số lượng vụ án hàng năm Tòa án các cấp thụ lý, giải quyết là rất lớn. Riêng năm 2012, tổng số vụ án Tòa án các cấp thụ lý, xét xử đã là 332.868 vụ³³.

Quyền bào chữa được Hiến pháp năm 2013 xác định là một quyền con người (quy định ở Chương 2, Quyền con người, quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân) với một sự bảo đảm cụ thể, rõ ràng hơn cho các đối tượng là người bị bắt, tạm giữ, tạm giam, khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử. Quy định này của Hiến pháp cũng đã tôn vinh đội ngũ luật sư lên một giá trị mới, đó là người bào chữa cho các đối tượng là người bị bắt, tạm giữ, tạm giam, khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử; thực hiện sứ mệnh vẻ vang góp phần bảo vệ công lý, bảo vệ quyền tự do dân chủ của con người, của công dân, góp phần nâng cao tính pháp quyền trong hoạt động của các cơ quan nhà nước. Việc bảo đảm quyền thực hiện quyền bào chữa, quyền tự bào chữa đã được xác định là nghĩa vụ của các cơ quan tiến hành tố tụng. Mọi hành vi ngăn cản, gây khó khăn cho việc thực hiện quyền bào chữa phải bị coi là vi phạm Hiến pháp, vi phạm quyền con người.

29 Khoản 4, Điều 31 Hiến pháp năm 2013.

30 Khoản 3 Điều 103 Hiến pháp năm 2013.

31 Điều 11, các Điều 56, 57, 58 Bộ luật TTHS.

32 Báo cáo số 78/BC-TA ngày 19/12/2013 của TAND tối cao Báo cáo Tổng kết thi hành Luật tổ chức TAND 2002, Pháp lệnh Thẩm phán và Hội thẩm nhân dân năm 2002, Pháp lệnh tổ chức Tòa án quân sự năm 2002, trang 8.

33 Điều 72 Hiến pháp năm 1992.

Bảo đảm được bồi thường thiệt hại

Chế định bồi thường thiệt hại thuộc trách nhiệm của Nhà nước ghi nhận trong Hiến pháp là dấu hiệu của một nhà nước pháp quyền. Trong mối quan hệ giữa Nhà nước và công dân, nếu công dân thực hiện hành vi tội phạm sẽ bị Nhà nước truy cứu trách nhiệm hình sự và áp dụng hình phạt. Đối với Nhà nước, nếu làm oan, làm sai, gây thiệt hại cho công dân thì Nhà nước phải bồi thường. Hiến pháp năm 1992 quy định “Người bị bắt, bị giam giữ, bị truy tố, xét xử trái pháp luật có quyền được bồi thường thiệt hại về vật chất và phục hồi danh dự. Người làm trái pháp luật trong việc bắt, giam giữ, truy tố, xét xử gây thiệt hại cho người khác phải bị xử lý nghiêm minh”³⁴. Hiến pháp năm 2013 quy định “Người bị bắt, tạm giữ, tạm giam, khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử, thi hành án trái pháp luật có quyền được bồi thường thiệt hại về vật chất, tinh thần và phục hồi danh dự. Người vi phạm pháp luật trong việc bắt, giam giữ, điều tra, truy tố, xét xử, thi hành án gây thiệt hại cho người khác phải bị xử lý theo pháp luật”³⁵.

So với Hiến pháp năm 1992, quy định về bảo đảm bồi thường thiệt hại trong tư pháp hình sự được Hiến pháp năm 2013 mở rộng hơn về đối tượng được bồi thường, theo đó người được bồi thường thiệt hại không chỉ là người bị bắt, tạm giữ, tạm giam, khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử mà cả người bị thiệt hại trong thi hành án. Theo

Luật Trách nhiệm bồi thường của Nhà nước, cơ quan có trách nhiệm bồi thường trong hoạt động TTHS là Cơ quan điều tra, Cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra trong TTHS, Viện KSND, TAND. Với quy định của Hiến pháp 2013 về bảo đảm được bồi thường thiệt hại thì mọi hành vi không thực hiện việc bồi thường, bồi thường không đúng mức thiệt hại, trễ quá thời hạn bồi thường hoặc không khôi phục danh dự cho người bị thiệt hại trong TTHS phải bị coi là vi phạm Hiến pháp, vi phạm quyền con người và có thể bị khởi kiện ra Tòa án.

3. Kết luận

Chế định bảo đảm quyền con người về tư pháp hình sự trong Hiến pháp năm 2013 có nhiều ý nghĩa to lớn cả về lý luận, thực tiễn.

Một là, về phương diện chính trị trong nước, các quy định này đã thể chế hóa được chủ trương, đường lối của Đảng “mở rộng dân chủ, phát huy tối đa nhân tố con người; coi con người là chủ thể, nguồn lực chủ yếu và mục tiêu của sự phát triển”; “phải bảo đảm quyền con người, quyền công dân và các điều kiện để mọi người được phát triển toàn diện”³⁶. Đồng thời đã kế thừa các giá trị tiến bộ của các Hiến pháp trước đây, lắng nghe, thấu hiểu và tiếp thu ý kiến của nhân dân³⁷.

Hai là, về phương diện hội nhập quốc tế, chế định bảo đảm quyền con người về tư pháp hình sự trong Hiến pháp năm 2013

34 Điều 31 Hiến pháp năm 2013.

35 Văn kiện Đại hội biểu toàn quốc lần thứ XI, Nxb Chính trị quốc gia, Hà Nội năm 2011, trang 100.

36 Trong Dự thảo Hiến pháp trình Quốc hội kèm theo Tờ trình số 194/TTTr – UBĐTSĐHP ngày 19/10/2012 không có quy định “Không ai bị bắt, nếu không có quyết định của TAND, quyết định hoặc phê chuẩn của Viện KSND, trừ trường hợp phạm tội quả tang. Việc bắt, giam giữ người do luật định”.

37 Tuyên ngôn thế giới về nhân quyền năm 1948; Công ước quốc tế về các quyền dân sự và chính trị 1966, Việt Nam gia nhập năm 1982; Công ước quốc tế về loại trừ các hình thức phân biệt chủng tộc 1965, Việt Nam gia nhập năm 1981 (xem Các văn kiện quốc tế về quyền con người, Nxb Chính trị quốc gia, Hà Nội, 1998; Bình luận và khuyến nghị chung của Ủy ban công ước thuộc Liên hợp quốc về quyền con người, Nxb Công an nhân dân, Hà Nội 2008, trang 269, 272, 274, 276, 286, 309, 317, 322, 805); Công ước Chống tra tấn và các hình thức trừng phạt hay đối xử tàn ác, vô nhân đạo hoặc hạ thấp nhân phẩm năm 1984, Việt Nam gia nhập năm 2013 (xem cơ sở dữ liệu trực tuyến về quyền con người, Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội).

cũng đã phù hợp với các Công ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên hoặc các văn kiện quốc tế về quyền con người có quy định phù hợp với yêu cầu cải cách tư pháp của Việt Nam³⁸. Nguyên tắc cơ bản trong Công ước quốc tế về các quyền dân sự và chính trị “tất cả những người bị tước quyền tự do sẽ được đối xử nhân đạo và tôn trọng đối với phẩm giá vốn có của một con người”³⁹ đã được thể hiện ở toàn bộ nội dung chế định tư pháp hình sự trong Hiến pháp năm 2013. Hiến pháp sẽ là cơ sở mở rộng đường lối đối ngoại hữu nghị, hợp tác về tư pháp với các nước, đồng thời sẽ trở thành vũ khí hữu hiệu để đấu tranh chống lại các thế lực thù địch thường tìm cơ để bôi nhọ Việt Nam vi phạm nhân quyền.

Ba là, chế định bảo đảm quyền con người về tư pháp hình sự trong Hiến pháp năm 2013 đang tạo ra thời cơ mới cho việc thúc đẩy thực hiện cải cách tư pháp theo Nghị quyết 49-NQ/TW ngày 2/6/2005 của Bộ Chính trị. Các dự án Luật Tổ chức TAND, Luật Tổ chức Viện KSND, Luật Tổ chức cơ quan điều tra hình sự, Bộ luật Hình sự, Bộ luật TTHS, Luật Tạm giữ, tạm giam và các dự án luật khác về quyền tư pháp cần phải tiếp tục cụ thể hóa các chế định của Hiến pháp, một mặt đáp ứng yêu cầu đấu tranh phòng ngừa và chống tội phạm, mặt

khác phải quan tâm đến việc bảo đảm quyền con người về tư pháp hình sự.

Bốn là, chế định bảo đảm quyền con người về tư pháp hình sự trong Hiến pháp năm 2013 cũng đặt ra nhiều thách thức. Về phía các cơ quan tiến hành tố tụng, đòi hỏi cán bộ không chỉ có trình độ, kỹ năng nghề nghiệp mà còn cần am hiểu về Hiến pháp học, để hạn chế tối đa việc xây oan sai, vi phạm Hiến pháp, vi phạm quyền con người. Dù sao Hiến pháp cũng là văn kiện khá trừu tượng, khái quát mà không phải người dân nào cũng hiểu rõ để thi hành, nên Nhà nước cần tiếp tục có các hình thức tuyên truyền thích hợp đối với từng đối tượng. Đồng thời, Nhà nước cần yêu cầu các cơ quan truyền thông đại chúng có trách nhiệm phản hồi các thông tin về hành vi vi phạm Hiến pháp, vi phạm quyền con người để có biện pháp xử lý kịp thời.

Có thể khẳng định, chế định bảo đảm quyền con người về tư pháp hình sự trong Hiến pháp năm 2013 là thành công lớn của các nhà lập hiến, của toàn thể nhân dân, xứng đáng được tôn vinh là những viên ngọc quý gắn trên vương miện của Nhà nước pháp quyền Việt Nam. Từ đây, nhân dân có thể tìm đến Hiến pháp như một vị “thần linh pháp quyền” để bảo vệ quyền lợi chính đáng của mình khi bị xâm hại ■



38 Khoản 1 Điều 10 Công ước quốc tế về các quyền dân sự và chính trị 1966, Việt Nam gia nhập năm 1982.

Hiến pháp năm 2013 với việc bảo vệ quyền của trẻ em

HOÀNG MINH KHÔI*

Hiến pháp 2013 là bản Hiến pháp không chỉ kế thừa đầy đủ những giá trị tốt đẹp nhất của các bản Hiến pháp 1946, 1959, 1980 và 1992, mà còn khẳng định sức sống mới và tính thời đại trong việc mở ra những khả năng pháp lý to lớn cho việc quản lý nhà nước, quản lý xã hội; bảo đảm sự ổn định phát triển trên các lĩnh vực đối nội, đối ngoại của đất nước. Và vượt lên trên những yêu cầu định chế là sự cụ thể hóa mục tiêu chính trị - pháp lý đầy nhân văn của Đảng và Nhà nước ta: “Mở rộng dân chủ, phát huy tối đa nhân tố con người, coi con người là chủ thể, nguồn lực chủ yếu và là mục tiêu của sự phát triển”¹; trong đó, việc đề cao quyền trẻ em là một nội dung cơ bản của mục tiêu nhân văn đó. Bài viết nêu nhận thức về sự bảo hộ và bảo đảm các quyền trẻ em đã được hiến định cụ thể tại Hiến pháp 2013.

1. Sự bảo hộ và bảo đảm quyền trẻ em trong quan hệ lao động

Điều 35 Hiến pháp năm 2013 quy định: “Nghiêm cấm phân biệt đối xử, cưỡng bức lao động, sử dụng nhân công dưới độ tuổi lao động tối thiểu”. Đây là một định chế pháp lý được xác lập trên hai đường song song: bảo hộ và bảo đảm².

Sự bảo hộ: Đối với người thành niên, lao động vừa là quyền, đồng thời là nghĩa vụ, nhưng đối với người chưa thành niên³ và đặc biệt là người chưa thành niên ở độ tuổi trẻ em⁴ thì lao động luôn là quyền. Chính vì là “quyền” nên nó cần được bảo hộ. Một mặt, Hiến pháp nghiêm cấm mọi cá nhân, tổ chức hoặc cơ quan nhà nước không được

phép sử dụng bất kỳ hình thức gì để thực hiện cưỡng bức lao động đối với người chưa thành niên và sử dụng lao động là người chưa thành niên còn “dưới độ tuổi lao động tối thiểu”. Độ tuổi lao động tối thiểu hiện nay theo Bộ luật Lao động hiện hành quy định (khoản 1 Điều 3) là người đủ 15 tuổi trở lên. Mặt khác, vì lao động là quyền, do đó trẻ em mặc dù chưa phải là công dân có đầy đủ tư cách pháp lý như người thành niên vẫn được Hiến pháp thừa nhận có quyền chủ thể trong những quan hệ lao động nhất định⁵ - đây chính là sự bảo hộ năng lực hành vi của trẻ em - quyền được lựa chọn tham gia vào những hoạt động mang lại lợi ích vật chất hoặc tinh thần cho bản thân, gia đình

* *ThS, Học viện Hành chính - Cơ sở TP. Hồ Chí Minh.*

1 *Nghị quyết Đại hội Đảng lần thứ XI về Chiến lược phát triển kinh tế xã hội 2011 – 2020.*

2 *Đại Từ điển tiếng Việt, Nguyễn Như Ý chủ biên, NXB Văn hóa Thông tin, 1999, tr.109-110: “Bảo hộ”: bảo vệ, che chở, bênh vực không để tổn thất, thiệt hại. “Bảo đảm”: Cam đoan chịu trách nhiệm về việc gì đó.*

3 *Bộ luật Dân sự 2005 (Điều 20): “Người chưa đủ 18 tuổi là người chưa thành niên”.*

4 *Luật Bảo vệ, chăm sóc và giáo dục trẻ em 2004 (Điều 1): “Trẻ em quy định trong Luật này là công dân Việt Nam dưới 16 tuổi”.*

5 *Bộ luật Lao động năm 2013 quy định (Điều 163) về nguyên tắc sử dụng lao động là người chưa thành niên: “không được sử dụng lao động chưa thành niên làm những công việc nặng nhọc, độc hại, nguy hiểm hoặc chỗ làm việc, công việc ảnh hưởng xấu tới nhân cách của họ theo danh mục do Bộ Lao động – Thương binh và xã hội chủ trì phối hợp với Bộ Y tế ban hành.”*

và xã hội phù hợp với khả năng cá nhân và điều kiện của pháp luật. Đó có thể là những lao động nghệ thuật, như: xiếc, ca nhạc, điện ảnh, sân khấu... Vì vậy, sự bảo hộ của Hiến pháp đối với quyền trẻ em trong quan hệ lao động nhất định còn được xem là tạo ra cơ hội để các em thể hiện tài năng, năng khiếu sớm ngay từ độ tuổi thiếu niên, nhi đồng.

Sự bảo đảm: trẻ em tham gia vào quan hệ lao động đương nhiên trở thành chủ thể của pháp luật lao động, tuy nhiên có thể được xem là chủ thể đặc biệt vì sự đảm bảo pháp lý rằng không một ai được sử dụng cách thức không hợp pháp để lừa dối, hoặc buộc trẻ em lao động trái ý muốn; mọi sự phân biệt đối xử tiêu cực về nhân phẩm, danh dự và sức khỏe của trẻ em trong quan hệ lao động đều bị coi là trái pháp luật nghiêm trọng. Sự bảo đảm cho quyền lao động của trẻ em được an toàn tối đa được Hiến pháp 2013 khẳng định rõ tại Điều 35: nghiêm cấm phân biệt đối xử; nghiêm cấm sự cưỡng bức lao động đối với trẻ em và nghiêm cấm sử dụng lao động trẻ em dưới độ tuổi tối thiểu.

Có thể nói, sự bảo hộ và bảo đảm về quyền trẻ em trong quan hệ lao động là một định chế hoàn toàn mới so với quy định tại các bản Hiến pháp trước đây; phù hợp với xu thế phát triển chung của con người hiện đại. Người chưa thành niên và người chưa thành niên ở độ tuổi trẻ em được sống, lớn lên trong điều kiện vật chất và khoa học công nghệ phát triển vượt bậc hơn so với trước đây. Ưu thế vượt trội về năng lực, trí lực, thể chất của các em đòi hỏi một môi trường để tham gia hoạt động xã hội, nuôi dưỡng và rèn luyện tài năng, kỹ năng sống sớm hơn trong sự bảo hộ và bảo đảm pháp lý của Hiến pháp và pháp luật. Quyền hiến định này của Hiến pháp 2013 là hoàn toàn phù hợp Công ước quốc tế về sử dụng lao động trẻ em⁶.

2. Sự bảo hộ và bảo đảm quyền trẻ em trong quan hệ hôn nhân và gia đình

Hôn nhân và gia đình luôn được xem là những giá trị đạo lý truyền thống nền tảng của dân tộc. Hôn nhân hạnh phúc là trọng tâm của mọi gia đình; gia đình hạnh phúc là thành tố làm nên sự ổn định, phát triển xã hội và khi xã hội ổn định, phát triển thì đó cũng là cơ sở thiết thực cho hôn nhân và gia đình hạnh phúc - trong đó, chăm sóc và bảo vệ trẻ em là hạt nhân cơ bản. Lịch sử các bản Hiến pháp nước ta đều minh chứng mối quan hệ hữu cơ này luôn được Nhà nước quan tâm xác lập, bảo hộ. Cụ thể:

- Hiến pháp 1946 tuy chưa quy định cụ thể về sự bảo hộ đối với hôn nhân và gia đình nhưng với quy phạm giản đơn mà súc tích, đã hàm chứa việc xác lập các yếu tố về quan hệ hôn nhân tự nguyện, tiến bộ “Đàn bà ngang quyền với đàn ông về mọi phương diện” (Điều thứ 9). Đặc biệt là sự hiến định rất sớm việc bảo hộ quyền trẻ em được chăm lo nuôi dưỡng, học hành “trẻ con được săn sóc về mặt giáo dỡng” (Điều thứ 14), “Nền sơ học cưỡng bách và không học phí...; học trò nghèo được Chính phủ giúp đỡ” (Điều thứ 15).

- Hiến pháp 1959 ra đời trong hoàn cảnh đất nước bị chia cắt hai miền, nhưng vẫn tiếp tục kế thừa và phát triển các định chế bảo hộ quyền lợi của bà mẹ và trẻ em; khẳng định bảo hộ hôn nhân và gia đình (Điều 24).

- Hiến pháp 1980 được xem là đỉnh cao về sự bảo hộ của Nhà nước đối với hôn nhân - gia đình và quyền trẻ em; đó là sự xác lập cơ sở pháp lý cho “gia đình là tế bào của xã hội”, cha mẹ có nghĩa vụ nuôi dạy con cái thành những công dân có ích cho xã hội và Nhà nước không thừa nhận sự phân biệt đối xử giữa các con (Điều 64). Nhà nước và xã hội chú trọng bảo vệ, chăm sóc và giáo dục thiếu niên, nhi đồng, mở rộng dần việc đảm

6 Công ước số 138 của ILO về tuổi tối thiểu được đi làm việc, 1973 (Điều 2): “không được dưới độ tuổi kết thúc chương trình giáo dục bắt buộc và bất kỳ trường hợp nào cũng không được dưới 15 tuổi. Tuy nhiên, nước thành viên mà nền kinh tế và các phương tiện giáo dục chưa phát triển đầy đủ thì sau khi tham khảo ý kiến các tổ chức hữu quan (nếu có) của người sử dụng lao động và của người lao động, có thể quy định độ tuổi tối thiểu là 14 tuổi trong giai đoạn đầu”.

nhiệm nuôi dạy trẻ em, làm cho sinh hoạt, học tập và trưởng thành của các em được bảo đảm (Điều 65)...;

- Hiến pháp 1992 (sửa đổi bổ sung năm 2001) là bản Hiến pháp tái xác lập gần như nguyên vẹn các định chế của Hiến pháp 1980 về bảo hộ hôn nhân và gia đình (Điều 63, 64, 65, 67), nhất là về quyền trẻ em được sống, được nuôi dưỡng phát triển và học tập trong sự chăm lo của gia đình, Nhà nước và xã hội.

- Hiến pháp 2013 kế thừa Hiến pháp 1992 tiếp tục khẳng định sự bảo hộ quan hệ hôn nhân - gia đình và quyền trẻ em dựa trên các nguyên tắc “tự nguyện, tiến bộ, một vợ một chồng, vợ chồng bình đẳng và tôn trọng lẫn nhau. Bảo hộ quyền lợi của người mẹ và trẻ em” (Điều 36). Có thể nói, Hiến pháp 2013 không chỉ xác lập những giá trị căn bản truyền thống mà còn thể hiện sự hiến định bằng một kỹ thuật ngôn ngữ đơn giản, cô đọng và mang tính khái quát cao.

Sự khẳng định “Nhà nước bảo hộ hôn nhân và gia đình, bảo hộ quyền lợi của người mẹ và trẻ em” của Hiến pháp 2013 còn được hiểu: Khi một xã hội được lãnh đạo bởi một Nhà nước pháp quyền thì lẽ đương nhiên, mọi thành tố cấu thành ra nó đều phải được pháp luật bảo đảm tồn tại, phát triển. Hầu hết con người sinh ra đều có một gia đình và nhiều gia đình chính là những thành tố hay có thể gọi là “tế bào” tạo thành xã hội. Thực hiện sự bảo hộ hôn nhân - gia đình cũng chính là thực hiện sự bảo đảm quyền và nghĩa vụ của các chủ thể trong quan hệ pháp luật về hôn nhân - gia đình. Theo đó, cha mẹ phải có trách nhiệm nuôi dạy, giáo dục con; Nhà nước và xã hội phải ưu tiên quan tâm bảo đảm quyền lợi người mẹ và trẻ em. Con cháu khi trưởng thành, đủ điều kiện phải có bổn phận kính trọng và chăm sóc ông bà, cha mẹ. Những nội dung trên đây đều là giá trị truyền thống, do vậy khi đề ra định chế bảo hộ và bảo đảm đối với quan hệ hôn nhân - gia đình thì tất yếu đã bao hàm sự xác lập những giá trị này mà không cần tách bạch chúng thành những quy phạm riêng lẻ. Điều đó cho thấy rõ tính

khái quát cao nhưng súc tích, dễ hiểu là đặc điểm ở các định chế của Hiến pháp 2013, cho phép khắc phục được những yếu tố mang nội hàm động viên chung hoặc liệt kê thuật ngữ ở các Hiến pháp trước, như: “Gia đình là tế bào của xã hội”; “Cha mẹ có nghĩa vụ nuôi dạy...”, “Con cháu có bổn phận...” hay “không thừa nhận phân biệt đối xử giữa các con”...

3. Sự bảo hộ và bảo đảm quyền trẻ em trong các quan hệ pháp luật và pháp luật tố tụng

Điều 37 Hiến pháp 2013 quy định: “Trẻ em được Nhà nước, gia đình và xã hội bảo vệ, chăm sóc và giáo dục; được tham gia vào các vấn đề về trẻ em. Nghiêm cấm xâm hại, hành hạ, ngược đãi, bỏ mặc, lạm dụng, bóc lột sức lao động và những hành vi khác vi phạm quyền trẻ em”.

Như vậy, ngoài những định chế bảo vệ quyền trẻ em trong quan hệ lao động, quan hệ hôn nhân - gia đình, Hiến pháp 2013 còn xác lập cơ chế bảo hộ và bảo đảm hầu hết các quan hệ xã hội là các quyền của trẻ em phải được toàn thể xã hội chăm lo, bảo vệ; được sống trong môi trường phù hợp để phát triển, được học tập, rèn luyện. Định chế “nghiêm cấm” là một hình thức quy phạm mệnh lệnh mang tính bắt buộc, tạo ra khả năng pháp lý cho việc áp dụng các biện pháp ngăn chặn và loại trừ ngay mọi biểu hiện không phù hợp hoặc trái với nó, được dự kiến với ít nhất là 06 trường hợp, tình huống rất cụ thể: “xâm hại, hành hạ, ngược đãi, bỏ mặc, lạm dụng, bóc lột”. Đây cũng chính là cơ sở thiết lập các chế định về quyền trẻ em trong các hoạt động tố tụng hành chính, tố tụng hình sự, tố tụng dân sự, tố tụng lao động.

Người chưa thành niên nói chung và người chưa thành niên ở độ tuổi trẻ em trong hầu hết các trường hợp đều chưa có đầy đủ quyền công dân tham gia vào những quan hệ xã hội được điều chỉnh bởi quy phạm pháp luật, nhưng tùy thuộc vào từng cấp độ tuổi, họ có thể được pháp luật thừa nhận năng lực hành vi trong một số quan hệ xã hội có điều kiện nhất định⁷. Nhưng các em lại dễ bị lợi dụng, xúi giục hoặc bị lừa dối

để tham gia vào những việc làm trái pháp luật hoặc bị buộc trở thành nạn nhân của sự phân biệt đối xử, ngược đãi, bóc lột, xúc phạm nhân phẩm và những hành vi trái pháp luật khác⁸. Do đó, Hiến pháp 2013 đã đề ra định chế “ng nghiêm cấm”, chính là sự bảo hộ và bảo đảm pháp lý tối cao cho hệ thống bảo vệ quyền trẻ em trong mọi quan hệ pháp luật. Trong Hiến pháp 1992, định chế “ng nghiêm cấm” chỉ dành riêng cho đối tượng là phụ nữ: “ng nghiêm cấm mọi hành vi phân biệt đối xử với phụ nữ, xúc phạm nhân phẩm phụ nữ” (Điều 63), Hiến pháp năm 2013 đã mở rộng định chế “ng nghiêm cấm” để bảo hộ và bảo đảm pháp lý tối cao cho trẻ em.

Cũng cần nói thêm, tại khoản 3 Điều 103 Hiến pháp 2013 quy định về hoạt động xét xử của Tòa án nhân dân là xét xử công khai, nhưng “Trong trường hợp đặc biệt cần giữ bí mật nhà nước, thuần phong, mỹ tục của dân tộc, bảo vệ người chưa thành niên hoặc giữ bí mật đời tư theo yêu cầu chính đáng của đương sự, Tòa án nhân dân có thể xét xử kín”. Đây chưa phải là định chế pháp lý điều chỉnh trực tiếp và mang tính bắt buộc đối với việc bảo vệ quyền của người chưa thành niên trong hoạt động tố tụng, mà là một quy phạm tùy nghi dựa trên quyền lựa chọn áp dụng của cơ quan tòa án, nhưng quy phạm này cũng đồng thời xác lập một nguyên tắc xét xử có nội dung bảo vệ người chưa thành niên, để họ không phải gánh chịu

thêm sự tổn thương tâm lý không cần thiết trong quá trình tham gia tố tụng tại phiên tòa.

Việc xét xử kín đối với những trường hợp luật định cũng đã được Hiến pháp 1992 xác lập (Điều 131) và được cụ thể hóa ở Bộ luật Tố tụng hình sự 2003 (Điều 18); tuy nhiên, cả hai văn bản này đều chưa đặt ra việc áp dụng đối với trường hợp người tham gia tố tụng là người chưa thành niên. Khi người tham gia tố tụng là người chưa thành niên thì có thể, họ là người đã thực hiện hành vi phạm pháp hoặc có thể là nạn nhân của hành vi phạm pháp, song dù ở tư cách tố tụng nào nhưng nếu đó là trường hợp có liên quan đến bí mật cá nhân, hay việc xét xử có thể làm tái hiện lại những xúc phạm nghiêm trọng về sự tự trọng và nhân phẩm, hoặc có thể tạo ra khả năng bất lợi cho quá trình phát triển bình thường sau này của người chưa thành niên⁹v.v.. thì đều thuộc tình huống phải áp dụng nguyên tắc xử kín. Do đó, Hiến pháp 2013 đã bổ sung người chưa thành niên vào đối tượng được áp dụng hình thức tố tụng đặc biệt này. Đây cũng là việc làm hoàn chỉnh hơn trách nhiệm của Nhà nước đối với thế hệ tương lai, đồng thời cũng phù hợp với Công ước quốc tế về quyền trẻ em¹⁰. Đây sẽ là cơ sở pháp lý nền tảng để Bộ luật Tố tụng hình sự sửa đổi, bổ sung thành các quy phạm pháp luật cụ thể.

Trẻ em luôn là mối quan tâm hàng đầu của hầu hết quốc gia trên thế giới. Làm thế

7 Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2000 quy định (Điều 9); “Con từ đủ mười lăm tuổi đến dưới mười tám tuổi có quyền định đoạt tài sản riêng” (Điều 48); “Việc nhận trẻ em từ đủ chín tuổi trở lên làm con nuôi phải được sự đồng ý của trẻ em đó” (Điều 71); “Việc thay đổi họ, tên của con nuôi từ đủ chín tuổi trở lên phải được sự đồng ý của người đó” (Điều 75);

BLLĐ năm 2012 (Điều 3): “1. Người lao động là người từ đủ 15 tuổi trở lên, ...”;

Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 (Điều 5): “Các đối tượng bị xử phạt vi phạm hành chính bao gồm: Người từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi bị xử phạt vi phạm hành chính về...”;

Bộ luật Hình sự 1999 (Điều 12): “Người từ đủ 16 tuổi trở lên phải chịu trách nhiệm hình sự về mọi tội phạm. Người chưa thành niên từ đủ 14 tuổi trở lên nhưng chưa đủ 16 tuổi phải chịu trách nhiệm hình sự về tội phạm rất nghiêm trọng do cố ý...”;

8 Ở TP. Hồ Chí Minh theo thống kê đến tháng 9/2011 có khoảng 70.000 trẻ có hoàn cảnh đặc biệt; trong đó hàng ngàn trường hợp trẻ em phải lang thang kiếm sống, bị lợi dụng và cũng là nguồn phát sinh vi phạm, tội phạm. Từ năm 2005 đến nay, phát hiện có 575 vụ xâm hại tình dục trẻ em. Chỉ trong năm 2010, có 1.120 người chưa thành niên phạm pháp hình sự, chiếm 12% tổng số vụ trên địa bàn thành phố. Nguồn: UBND TP. Hồ Chí Minh, (2010), Chương trình bảo vệ trẻ em thành phố Hồ Chí Minh giai đoạn 2011-2015, tr.3.

9 Ví dụ: người chưa thành niên là nạn nhân bị hành hạ về thể xác, bị lợi dụng tình dục, bị cưỡng hiếp hoặc người thành niên chính là người đã thực hiện những hành vi đó.

10 Công ước Quốc tế về quyền trẻ em (Điều 16) nêu: “Không trẻ em nào phải chịu sự can thiệp tùy tiện hay bất hợp pháp vào việc riêng tư, gia đình, nhà cửa hoặc thư tín cũng như những sự công kích bất hợp pháp vào danh dự và thanh danh của các em”.

nào để trẻ em được phát triển trong điều kiện phù hợp nhất, được khuyến khích phát triển thể lực, trí lực, năng khiếu, tài năng một cách tự do, đầy đủ nhất; thậm chí, kể cả khi họ đã vi phạm pháp luật và vi phạm nghiêm trọng ở mức nào chẳng nữa thì họ vẫn cần được hưởng cách thức xử lý riêng của pháp luật dành cho họ. Chính vì vậy, Việt Nam là một trong những quốc gia phê chuẩn sớm nhất Công ước Liên hợp quốc về quyền trẻ em và là thành viên tích cực, có trách nhiệm của nhiều cam kết quốc tế khác về bảo hộ và bảo đảm các quyền cơ bản của trẻ em như: quyền sống và phát triển vì lợi ích tốt nhất của trẻ em, quyền tham gia của trẻ em, bảo vệ trẻ không bị bóc lột và lợi dụng. Trong hệ thống pháp luật ở nước ta, việc xử lý người chưa thành niên vi phạm pháp luật đều nhằm vào yêu cầu chủ yếu là giáo dục, tạo điều kiện cho họ nhận thức được lỗi lầm, quyết tâm sửa chữa thành người có ích cho bản thân, gia đình và xã hội. Quan điểm này được thể hiện rõ ràng từ Hiến pháp 1980, Hiến pháp 1992; theo đó, những định chế về trẻ em đã được các luật cụ thể hóa, như: Luật Hôn nhân và Gia đình 2001 (Điều 37); Luật về Bảo vệ, chăm sóc và giáo dục trẻ em 2004 (Điều 58). Ngay cả với Luật Xử lý vi phạm hành chính 2012 (Điều 134) và Bộ luật Hình sự 1999 (Điều 69) là những luật có chế tài nghiêm khắc cũng đều có những quy định riêng về nguyên tắc xử lý đối với người chưa thành niên phạm pháp. Song, cũng phải thẳng thắn thừa nhận rằng, trong hệ thống pháp luật “đồ sộ”, chúng ta thực sự chưa dành “sân chơi” riêng cho một hệ thống tư pháp của người chưa thành niên; sự bảo hộ và bảo đảm quyền trẻ em trong các quan hệ pháp luật tố tụng ở các luật hiện nay chưa được minh thị cụ thể và rõ ràng. Chính vì thế, Hiến pháp 2013 đã quy định: trẻ em “được tham gia vào các vấn đề về trẻ em” - là một nội dung hoàn toàn mới, đáp ứng yêu cầu cấp thiết để hoàn thiện hệ thống pháp luật và xác lập một định chế mở đường cho hệ thống tư pháp người chưa thành niên hình

thành, phát triển toàn diện. Sự bảo hộ và bảo đảm quyền trẻ em được nâng lên ở tầm cao mới, các em không chỉ được nói lên những yêu cầu, được lựa chọn những mong muốn sống trong điều kiện tốt đẹp hơn mà còn được sử dụng quyền tự vệ, quyền phản biện bác bỏ cũng như quyền yêu cầu sự trợ giúp cần thiết để chống lại những cáo buộc bất lợi đối với mình ngay cả khi ở vị thế khó khăn là người vi phạm pháp luật.

Để triển khai tốt định chế của Hiến pháp 2013 về quyền trẻ em trong điều kiện xây dựng và hoàn thiện Nhà nước pháp quyền hiện nay, thiết nghĩ, chúng ta phải tiếp tục có những sửa đổi, bổ sung căn bản hệ thống pháp luật tố tụng đối với trẻ em trên các lĩnh vực lao động, dân sự, hành chính và hình sự. Riêng đối với các quan hệ pháp luật liên quan đến người chưa thành niên, xin được nêu một số giải pháp, khuyến nghị sau đây:

(i) Hệ thống tư pháp theo nghĩa rộng, còn được hiểu là bên cạnh hoạt động xét xử chính thức của cơ quan tòa án, còn có thể bao gồm những cơ chế đặc thù để thi hành bản án, hoặc để giải quyết các tranh chấp - đây cũng là một cơ chế tích cực đang được phổ cập một cách thận trọng ở nước ta trong hệ thống *bổ trợ tư pháp*¹¹ - những cơ chế này là sự cần thiết để giải quyết những khó khăn và quá tải hiện nay của hệ thống cơ quan xét xử và cơ quan hành chính - tư pháp. Để phát huy theo mô hình này, nên xây dựng một cơ chế bổ trợ tư pháp trong hoạt động tổ chức thực hiện các quyết định áp dụng biện pháp xử lý của cơ quan có thẩm quyền đối với người chưa thành niên vi phạm pháp luật. Đây có thể là các tổ chức xã hội hoặc cá nhân được Nhà nước giao quyền bảo vệ, quản lý, giáo dục đối với người chưa thành niên vi phạm pháp luật, dưới sự kiểm soát từ một cơ quan chuyên trách của Nhà nước.

(ii) Hợp nhất các biện pháp xử lý hành chính đối với người chưa thành niên vi phạm pháp luật trong Luật Xử lý vi phạm hành chính với “Các biện pháp tư pháp” và “Các biện pháp tư pháp áp dụng đối với

11 Hoạt động Công chứng; hoạt động Thừa phát lại...

người chưa thành niên phạm tội” quy định ở Bộ luật Hình sự, vì hầu hết các biện pháp của hai luật này đều trùng lặp về nội dung và hình thức thực hiện, để xây dựng *Luật về Các biện pháp tư pháp*. Luật này có thể được quy định dẫn chiếu áp dụng ở các luật liên quan. Như vậy, sẽ khắc phục được tình trạng cùng một hình thức và nội dung chế tài, nhưng trùng lặp trong cả hai luật hành chính và luật hình sự¹².

Quy định các biện pháp thay thế tại Luật Xử lý vi phạm hành chính hiện nay đối với người chưa thành niên vi phạm pháp luật bằng các hình thức: nhắc nhở, giám sát tại gia đình và không bị coi là bị xử lý do vi phạm pháp luật. Có thể xem đây là bước phát triển mới đầy tính nhân văn và đề cao trách nhiệm gia đình, trách nhiệm cộng đồng, nên cần tách khỏi Luật Xử lý vi phạm hành chính và sáp nhập vào *Luật về Các biện pháp tư pháp* nêu trên.

(iii) Thành lập hệ thống tòa án thanh thiếu niên. Trước mắt, để khắc phục những khó khăn về nhân lực, cơ sở vật chất của cơ quan tòa án trong việc áp dụng các biện pháp tư pháp; đồng thời khắc phục cơ chế hình thức, ít hiệu quả và trùng lặp về áp dụng các biện pháp xử lý hành chính và các biện pháp tư pháp nêu trên, cần sớm xây dựng cơ chế nhà nước ủy quyền có điều kiện theo mô hình hỗ trợ tư pháp trong hoạt động này, đó là hình thức và cơ chế Hội đồng xử lý về biện pháp tư pháp (điều chỉnh Dự thảo Pháp lệnh Trình tự, thủ tục xem xét, quyết định áp dụng các biện pháp xử lý hành chính tại Tòa án nhân dân thành Dự thảo Pháp lệnh Trình tự, thủ tục xem xét, quyết định áp dụng các biện pháp tư pháp tại Tòa án nhân dân). Tòa án là cơ quan chủ trì Hội đồng áp dụng các biện pháp tư pháp, nhưng trên cơ sở trao quyền dưới hình thức ủy quyền xét quyết định áp dụng các biện pháp tư pháp cho các “thẩm phán hợp đồng” - là những người được lựa chọn có đủ điều kiện thực hiện các hoạt động tư pháp. Đây là lực lượng

được tuyển dụng từ ban Hội thẩm nhân dân; cán bộ tư pháp; Hội Luật gia và các tổ chức thành viên Mặt trận tổ quốc Việt Nam cấp huyện, xã. Họ phải là những người tự nguyện, đảm bảo tiêu chí xét tuyển, được cơ sở đào tạo của Tòa án tổ chức huấn luyện từ 03 đến 06 tháng và được cấp giấy chứng nhận đã hoàn thành chương trình kỹ năng về nghiệp vụ thẩm phán. Trên cơ sở này, Chánh án Tòa án nhân dân cấp huyện sẽ ký hợp đồng ủy quyền thực hiện nhiệm vụ quyền hạn của Hội đồng áp dụng các biện pháp tư pháp; thời hạn ủy quyền đối với từng vụ việc và theo thời gian của Dự thảo Pháp lệnh Trình tự, thủ tục xem xét, quyết định áp dụng các biện pháp tư pháp tại Tòa án nhân dân. Chánh án Tòa án cấp huyện quyết định thành lập Hội đồng xử lý về biện pháp tư pháp và chỉ định chủ tịch Hội đồng trong mỗi vụ cụ thể. Cơ cấu Hội đồng nên là 03 thành viên. Trong thời hạn 03 ngày kể từ ngày Hội đồng xử lý về biện pháp tư pháp quyết định áp dụng hoặc không áp dụng biện pháp tư pháp, quyết định được Chánh án Tòa án cấp huyện phê chuẩn, có hiệu lực thi hành. Việc phê chuẩn của Chánh án có ý nghĩa thẩm định, bảo đảm tính có căn cứ và tính hợp pháp của việc quyết định. Trường hợp Chánh án chưa đồng thuận, có thể thương lượng với Hội đồng để điều chỉnh hoặc bổ sung cho phù hợp.

Cơ chế này có thể thực hiện trong thời hạn từ 5 - 10 năm để tích lũy kinh nghiệm và đảm bảo quá trình tích lũy các điều kiện về lực lượng, cơ sở vật chất làm nòng cốt chuyển hóa thành Tòa án Thanh thiếu niên (việc áp dụng các biện pháp tư pháp đối với người thành niên có thể giữ nguyên như cơ chế đã thực hiện hoặc chuyển thành một bộ phận chuyên trách trực thuộc Tòa án cấp huyện).

Về lâu dài, cần tổ chức hệ thống Tòa án Thanh thiếu niên trên cơ sở tham khảo kinh nghiệm hoạt động của Tòa án cho người chưa thành niên ở các nước, như Canada,

¹² Hoàng Minh Khôi, (2012), *Các biện pháp xử lý hành chính người chưa thành niên vi phạm pháp luật*, Luận văn ThS, Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.

Anh và xứ Wales... Hệ thống Tòa án Thanh thiếu niên sẽ được tổ chức theo mô hình hai cấp tỉnh và huyện, đối tượng điều chỉnh là những hành vi người chưa thành niên vi phạm pháp luật hình sự và người chưa thành niên vi phạm pháp luật hành chính. Mô hình Tòa án Thanh thiếu niên không phụ thuộc hành chính vào Tòa án nhân dân cùng cấp hiện nay, nhưng thuộc sự quản lý của Tòa án nhân dân tối cao. Tòa án Thanh thiếu niên khi xét xử quyết định miễn hình phạt và áp dụng biện pháp tư pháp thì chỉ thực hiện theo trình tự một cấp (không quy định việc kháng cáo, kháng nghị). Đối với việc xử phạt hành chính (cảnh cáo, phạt tiền), hoặc xử lý trách nhiệm hình sự thì thực hiện theo Luật Tố tụng hành chính và Luật Tố tụng hình sự hiện hành, nhưng cũng cần nghiên cứu sửa đổi rút gọn, giản đơn hơn so với tố tụng của người thành niên.

(iv) Xây dựng tổ chức chuyên trách thanh thiếu niên. Xây dựng hệ thống tư pháp người chưa thành niên không chỉ là xây dựng hệ thống phán xét công bằng, phù hợp; mà còn phải có hoạt động rất quan trọng khác - một mặt đề cao sự phê phán nghiêm

minh của pháp luật; mặt khác là sự động viên, khích lệ, hướng nhận thức của người lầm lỗi vào cái tốt đẹp, giúp họ trở về có ích cho cộng đồng; và mọi mục đích tốt đẹp đó có đạt được hay không, đều tùy thuộc vào quá trình tổ chức thực hiện biện pháp tư pháp đối với họ - đó là xây dựng một hệ thống nhân lực, vật lực chuyên trách. Để tránh tình trạng dàn trải và chồng lấn giữa các cơ quan, ban ngành, đoàn thể trong việc chăm lo đối với người chưa thành niên vi phạm pháp luật có thể hợp nhất và xây dựng mô hình Ủy ban quốc gia về Thanh thiếu niên được tổ chức theo cấu trúc cơ quan cấp bộ, theo phân cấp vùng, miền và trực thuộc Chính phủ. Nhiệm vụ cơ bản của ủy ban này sẽ là chăm lo, quản lý đối với hai bộ phận thanh thiếu niên: bộ phận thanh thiếu niên phát triển bình thường và bộ phận thanh thiếu niên vi phạm pháp luật hoặc có nguy cơ vi phạm pháp luật. Ủy ban này sẽ là nơi tập trung những chuyên gia giáo dục, y tế, thể thao, tâm lý... chuyên trách về người chưa thành niên. Giúp việc cho ủy ban là lực lượng hỗ trợ tư pháp thích hợp với nhiệm vụ chủ yếu là chăm sóc, bảo vệ người chưa thành niên ■

KHÁI NIỆM ...

(Tiếp theo trang 32)

từ những thương nhân do nhu cầu nghề nghiệp của họ. Jean-Claude Ricci đã quên mất rằng, xã hội vừa có sự ổn định, vừa có sự thay đổi, do đó bên cạnh sự thay đổi phù hợp với thời cuộc, còn cần thiết giữ sự ổn định.

Ở truyền thống Civil Law, tập quán (custom) dưới hình thức của tập quán thương mại (trade usage) có vai trò lớn hơn trong luật thương mại và luật lao động so với luật dân sự nói chung²². Vì vậy việc áp

dụng các tập quán thương mại là rất cần thiết, không thể chối bỏ, nhất là trong thương mại quốc tế. Bộ nguyên tắc của UNIDROIT về hợp đồng thương mại quốc tế 2004 giải thích: Khi các bên trong hợp đồng thương mại quốc tế không thỏa thuận lựa chọn một luật quốc gia cụ thể nào làm luật áp dụng cho hợp đồng, thì hợp đồng đó sẽ được điều chỉnh bởi “những nguyên tắc chung của pháp luật”, bởi các “thói quen và tập quán trong thương mại quốc tế”, bởi “lex mercatoria”, v.v..²³.

Như vậy sự cần thiết áp dụng tập quán thương mại là một nhận thức chung của thế giới ■

22 Mary Ann Glendon, Paolo G. Carozza, Colin B. Picker, *Comparative Legal Traditions in a Nutshell*, Third edition, Thomson West, 2008, p. 131.

23 Bộ nguyên tắc của UNIDROIT về hợp đồng thương mại quốc tế 2004, Nxb Tư pháp, Hà Nội, 2005, tr. 35 – 36.

LAO ĐỘNG PHẠM NHÂN - NHÌN TỪ GÓC ĐỘ LỊCH SỬ, HIỆN THỰC VÀ SO SÁNH

NGUYỄN CÔNG LONG*

Hình phạt tù và hệ thống nhà tù là phạm trù lịch sử gắn liền với sự hình thành, tồn tại của nhà nước và pháp luật. Nhà tù (prison)¹ được thiết lập cùng với quân đội, cảnh sát, tòa án để tạo nên hệ thống công cụ trấn áp của giai cấp thống trị đối với xã hội. Trong hệ thống hình phạt của nhiều quốc gia trên thế giới, trong quá khứ cũng như hiện tại, lao động có thể là một hình phạt độc lập, thay thế cho hình phạt tù hoặc là một hình thức bổ sung của hình phạt tù. Người bị kết án có thể bị áp dụng hình phạt lao động dưới hai hình thức: hình phạt nô lệ (penal servitude) và tù lao động khổ sai (imprisonment with hard labour)². Hai loại hình phạt này được sử dụng với mục đích đơn thuần chỉ là đày đọa, hành hạ, gây đau đớn về thể chất đối với kẻ phạm tội hoặc cũng nhằm sản xuất của cải vật chất phục vụ cho bộ máy cai trị.

Ngày nay, trong hệ thống tư pháp hình sự của đa số các nước, nhà tù vẫn được dùng làm nơi giam giữ, quản lý, cách ly người bị kết án tù (phạm nhân) khỏi đời sống xã hội, đồng thời, là nơi giáo dục, cải tạo phạm

nhân, giúp họ trở thành những công dân có ích cho xã hội. Thông qua việc tổ chức cho phạm nhân lao động trong suốt thời gian chấp hành án, nhà tù còn là một “trường dạy nghề” giúp phạm nhân nhận thức được giá trị của sức lao động, tránh cho họ “nhàn cư vi bất thiện”. Tuy nhiên, phạm nhân là những người phải sống trong môi trường đặc biệt, với một thân phận không được đối xử và bảo vệ đầy đủ như một công dân, bị tước và hạn chế nhiều quyền cơ bản, nên việc sử dụng lao động của đối tượng này luôn là chủ đề hết sức nhạy cảm. Có thể nói, chế độ lao động phạm nhân và quá trình tổ chức lao động đối với phạm nhân là một trong những biểu hiện rõ nét nhất chính sách hình sự của một nhà nước đối với người phạm tội. Đây cũng là cơ sở quan trọng để đánh giá mức độ tiến bộ hay lạc hậu, nhân đạo hay hà khắc của một hệ thống pháp luật hình sự. Chính vì lẽ đó, vấn đề sử dụng lao động phạm nhân (prison labor) luôn thu hút được sự quan tâm đặc biệt trong phạm vi quốc gia và quốc tế, ở cả góc độ chính trị - pháp lý cũng như nghiên cứu³.

* Phó Vụ trưởng Vụ Tư pháp, Văn phòng Quốc hội

1 Theo quy định của Luật Thi hành án hình sự của Việt Nam, cơ quan thi hành án phạt tù là "Trại giam".

2 Nguồn: http://en.wikipedia.org/wiki/Penal_labour

3 Nếu sử dụng công cụ "Google" trên Internet để tìm kiếm về "Prison labor" (lao động tù nhân) sẽ được ngay khoảng 76.900.000 kết quả trong 0,38 giây; nếu tìm kiếm "Academic articles about prison labor" (các bài viết học thuật về lao động tù nhân) thì sẽ có ngay 74.000.000 kết quả trong 0,35 giây.

1. Khái lược quá trình hình thành và phát triển

1.1. Thời cổ đại

Việc xây dựng các nhà tù chủ yếu để giam giữ những kẻ chống đối và người nô lệ. Các nhà tù này thường xây dựng đơn giản nhưng rất kiên cố, người bị kết án tù (phạm nhân) bị giam giữ giống như những con thú nuôi, trong các lồng, cũi... Người La Mã cổ đại là những người đầu tiên sử dụng nhà tù như một hình thức trừng phạt mà không phải chỉ đơn giản là tạm giam. Các cấu trúc đã được sử dụng để giam giữ phạm nhân như: lồng kim loại, tầng hầm của các tòa nhà công cộng hoặc thậm chí các mỏ đá. Một trong những nhà tù La Mã đáng chú ý nhất là nhà tù Mamertine, được thành lập khoảng 640 trước Công nguyên. Cường bức lao động trong các công trình công cộng cũng là một hình thức phổ biến của hình phạt, trong nhiều trường hợp, người bị kết án làm nô lệ, phạm nhân bị xích vào các dây chuyền sản xuất và phải làm công việc nặng nhọc⁴.

Ở phương Đông, ngay từ thời thượng cổ Trung Hoa, hệ thống hình luật đã hình thành rất sớm. Mặc dù đề cao lễ nghĩa, nhưng pháp luật Trung Hoa đã hình thành 5 loại hình phạt hết sức khốc liệt: đại hình; chém bằng lưỡi búa; cắt một phần cơ thể; thích vào mặt và đánh bằng roi da và gậy. Đến thế kỷ thứ 26 trước Công nguyên, vị Hoàng đế đầu tiên của Trung Hoa đã đặt ra 5 hình phạt mới, gồm: *Mặc*: thích chữ vào mặt; *Tỵ*: cắt mũi; *Phi*: chặt ngón chân; *Cung*: thiến và *Đại tịch*: tội chết.

Đến triều đại nhà Đường, bộ “Đường luật số nghị” ban hành năm 653 đã thiết lập nguyên tắc “ngũ hình” (5 hình phạt): *Xuy*: đánh bằng roi; *Trượng*: đánh bằng gậy; *Đồ*: làm việc khổ sai; *Lưu*: đi đày; *Tử*: tội chết. Nguyên tắc áp dụng hình phạt chính và hình

phạt bổ sung cũng đã được ghi nhận và phải ghi trong bản án. Theo đó có 4 phụ hình: *đồ*, *trượng*, *suy* và *phạt tiền*. Ví dụ: một người bị lưu, hay đồ đều bị đánh thêm bằng trượng; người tội lưu còn bị phạt thêm làm việc nặng nhọc tại nơi đi đày v.v.⁵ Như vậy, ngoài việc đặt nền móng cho quy định hệ thống hình phạt theo nguyên tắc *ngũ hình*, pháp luật Trung Hoa cổ đại và phong kiến đã xuất hiện hai hình phạt mang tính tước đoạt tự do và bắt buộc lao động nặng nhọc đối với người phạm tội (lưu, đồ).

1.2. Thời phong kiến Việt Nam

Nguyên tắc *ngũ hình* đời Đường đã chi phối cơ bản luật hình của hầu hết các triều đại phong kiến Việt Nam, các triều Lý, Trần, Lê, Nguyễn đều mô phỏng hệ thống hình phạt này. Nhìn chung, các hình phạt đều mang tính chất nhục hình, tàn bạo, gây đau đớn, khiếp đảm cho phạm nhân cũng như người khác. Trong Quốc triều hình luật (Luật hình triều Lê) và Bộ luật Gia Long triều Nguyễn đều có đủ ngũ hình, ngoài ba hình phạt gây đau đớn về thể xác hoặc tước đoạt tính mạng là: *Xuy* (đánh bằng roi), *Trượng* (đánh bằng gậy) và *Tử* bằng các hình thức thắt cổ, chém, chém bêu đầu và lăng trì (phạm nhân bị mang ra pháp trường, bị cắt chân tay, rồi xẻo thịt dần cho đến chết), có hai hình phạt mà theo đó, phạm nhân bắt buộc phải lao động nặng nhọc, gồm:

Đồ hình: là hình phạt tù khổ sai có thời hạn, người phạm tội phải đi làm những công việc phục dịch nặng nhọc, đồng thời, kèm theo hình phạt trượng, được chia thành ba bậc:

- Bậc thứ nhất: *dịch đình* và *dịch phụ* (lao công trong các công sở), đàn ông phải chịu hình phạt phụ 80 trượng; đàn bà 50 roi;
- Bậc thứ hai: *tượng phường binh*, đàn

⁴ Nguồn: <http://en.wikipedia.org/wiki/Prison>

⁵ Vũ Văn Mẫu, *Cổ luật Việt Nam và tư pháp sử điển giảng – Quyển thứ hai*, Sài Gòn 1975, Thư viện Bộ Tư pháp (VV139).

ông quét dọn chuồng voi, đánh 80 trượng; đàn bà làm đầy tớ nấu cơm, đánh 50 roi. Cả hai đều bị thích chữ vào cổ.

- Bậc thứ ba: *chủng điền binh*, đàn ông bị đánh 80 trượng, thích vào cổ bốn chữ, đầy vào Điền Châu (Nghệ An ngày nay) để khai thác đồn điền; đàn bà bị đánh 50 roi, khắc vào cổ bốn chữ và bắt làm đầy tớ giã gạo.

Điểm nổi bật trong Quốc triều hình luật là sự phân biệt công việc của đàn ông và đàn bà, trong đó hình phạt bổ sung đối với đàn bà luôn nhẹ hơn, điều này thể hiện sự tiến bộ và nhân đạo của hình luật thời Lê sơ. Trong Luật Gia Long, tội này chia làm 5 bậc, thời gian phục dịch từ một đến ba năm kèm theo hình phạt bổ sung đánh 60 đến 100 trượng (không phân biệt đàn ông, đàn bà). Đến triều Vua Thành Thái (1906), năm bậc tội đồ được thay bằng hình phạt khổ sai từ một đến năm năm.

Lưu hình: theo Quốc triều hình luật, đi đầy từ châu gần đến châu xa, có ba bậc tùy theo tội mà tăng, giảm: *Châu gần*: đàn ông đánh 90 trượng, thích vào mặt sáu chữ, bắt đeo xiềng. Đàn bà bị đánh 50 roi, thích vào mặt sáu chữ, bắt phải làm việc nhưng không phải đeo xiềng; *Châu ngoài*: đánh 80 trượng, thích vào mặt tám chữ, bắt đeo xiềng hai vòng, đầy đi làm việc ở xứ Bồ Chính (nay là Quảng Bình); *Châu xa*: đánh 100 trượng, thích vào mặt mười chữ, bắt đeo xiềng ba vòng, đầy đi làm việc ở các xứ Tân Bình (Thuận Hóa) và phải làm việc nặng nhọc. Vì hình phạt lưu hình là đi đầy chung thân, nên cho phép gia đình được đi theo phạm nhân. Trong Bộ luật Gia Long, tùy theo mức độ tội, việc đi đầy chia làm ba bậc, gần nhất là 500 lý, xa nhất 3.000 lý, tuy nhiên, phạm nhân chỉ bị đầy ở phạm vi trong nước⁶.

1.3. Thời Pháp thuộc

Từ cuối thế kỷ thứ XIX, sau khi xâm chiếm và áp đặt chủ nghĩa thực dân trên đất nước ta, hệ thống pháp luật với các hình phạt hà khắc cũng được chính quyền thực dân Pháp áp dụng nhằm đàn áp phong trào cách mạng cũng như tạo công cụ cai trị nhân dân.

Ngoài việc tử hình bằng máy chém, hình phạt đại hình thời thuộc Pháp đều mang tính chất đầy đọa thể chất và tinh thần của người phạm tội, trong đó có hình phạt *khổ sai hữu hạn* 5 - 20 năm và *khổ sai chung thân*, phạm nhân phải chịu các điều kiện giam cầm và lao động khắc nghiệt nhất. Án khổ sai do Tòa đại hình tuyên xử theo thủ tục *độc nhất cấp thẩm*, tức là sơ thẩm đồng thời chung thẩm hoặc do Tòa đệ tam cấp Bắc Kỳ xử. Một hệ thống các nhà tù cũng được thiết lập để giam cầm, đầy ải những người bị kết án như: Sơn La, Hỏa Lò, Lao Bảo, Kon Tum, Côn Đảo, Phú Quốc... Lịch sử của địa danh Côn Đảo luôn gắn liền với hình ảnh tù nhân đập đá, với Cầu Tàu 914 (theo ước tính có tới 914 tù nhân bỏ xác khi xây dựng). Còn nhà ngục Kon Tum mãi mãi còn ghi lại sự tàn ác của thực dân Pháp và tay sai đối với tù chính trị trên công trường Đăk Pao, Đăk Pét. Chỉ tính trong vòng sáu tháng làm đoạn đường 15 km tại Đăk Pao, Đăk Pét, đã có 150 trong số 295 tù chính trị bị chết một cách thê thảm, số còn lại chỉ còn là da bọc xương. Đoạn đường này được ví như “địa ngục của trần gian”⁷. Trong cuốn *Bản án chế độ thực dân Pháp*, nhà yêu nước Nguyễn Ái Quốc cũng có những minh họa rất sống động về chế độ lao tù thời kỳ này: “... Một đoàn tù khốn khổ, gầy đói, quần áo tả tơi, bị lôi dẩy từ tờ mờ sáng, cổ mang gông, chân buộc xiềng, người nọ bị xích vào người kia, cùng kéo một chiếc xe lu to tướng trên những lớp sỏi dầy. Hoàn toàn kiệt sức,

6 Vũ Văn Mẫu, *tttd*.

7 Ngô Đức Hải, *Kỷ niệm 82 năm đấu tranh Lưu huyết tại Ngục Kon Tum (12/12/1931-12/12/2013)* – ([http://www.tuyen-giaokontum.org.vn/KonTum/814/Ky-niem-82-nam-dau-tranh-Luu-huyet-tai-Nguc-Kon-Tum-\(12/12/1931-12/12/2013\).aspx](http://www.tuyen-giaokontum.org.vn/KonTum/814/Ky-niem-82-nam-dau-tranh-Luu-huyet-tai-Nguc-Kon-Tum-(12/12/1931-12/12/2013).aspx)).

họ ý ạch kéo chiếc xe lu nặng nề dưới ánh nắng như thiêu như đốt...”⁸. Hậu quả của chính sách tù đầy man rợ là hàng chục vạn chiến sĩ cách mạng cũng như người dân đã bỏ mạng trong chốn lao tù trên khắp đất nước.

2. Lao động phạm nhân tại Hoa Kỳ

Nghiên cứu về lao động phạm nhân, không thể không đề cập vấn đề này tại Hoa Kỳ. Có thể nói, chế độ lao động phạm nhân ở Hoa Kỳ mang nhiều nét đặc trưng tiêu biểu, cả về chiều dài lịch sử, sự hà khắc và tính hiệu quả kinh tế. Trong khi là quốc gia có số lượng phạm nhân lớn nhất thế giới, tỷ lệ người bị giam rất cao (752 tù nhân/100.000 dân), tình trạng giam giữ không xét xử tràn lan, điển hình như việc giam giữ hàng ngàn nghi can tại nhà tù Guantanamo trên lãnh thổ Cuba⁹, nhưng Hoa Kỳ lại luôn tìm cách áp đặt những giá trị về pháp lý và nhân quyền đối với quốc gia khác, trong đó có Việt Nam. Trong Báo cáo nhân quyền hằng năm của Chính phủ cũng như các phiên “điều trần về nhân quyền Việt Nam” của Hạ viện Hoa Kỳ, cái gọi là “quyền lao động bị vi phạm” vẫn được xem như một trọng tâm và các dẫn chứng về tình trạng “lao động khổ sai trong các trại giam ở Việt Nam” được khai thác triệt để¹⁰. Để kiểm chứng những gì mà bộ máy nhà nước Hoa Kỳ luôn thuyết giảng cho thế giới và thực tiễn đã và đang xảy ra ở trong các nhà tù của họ, thiết nghĩ, một số nét dưới đây về lao động phạm nhân tại Hoa Kỳ sẽ giúp hình dung phần nào bức tranh tương phản này.

2.1. Lịch sử hình thành

Hình phạt tù đã được sử dụng ở Anh từ đầu triều đại Tudor (1485-1603). Tuy nhiên, trước thế kỷ 19, rất hiếm khi các tòa án hình sự ở Bắc Mỹ kết án tù. Giam giữ trở thành một hình thức trừng phạt phổ biến từ sau cách mạng Mỹ (cuối thế kỷ 18). Mô hình trại giam đầu tiên được áp dụng như những *Trại tế bần* mà nước Anh trước đó đã áp dụng để chữa bệnh lười biếng của những đối tượng nghèo, lang thang. Dần dần, hệ thống này hình thành như một hệ thống cải huấn người bị kết án¹¹.

Tù nhân và nhà tù xuất hiện tại Bắc Mỹ đồng thời với sự xuất hiện của những người định cư châu Âu. Trong đoàn thám hiểm của Christopher Columbus có một số phạm nhân được mang theo để phục dịch. Năm 1570, người Tây Ban Nha đã xây dựng nhà tù đầu tiên. Khi các quốc gia khác ở châu Âu cạnh tranh với Tây Ban Nha ở Tân thế giới, họ cũng mang theo tù nhân. Ước tính một phần tư người di dân Anh đến Bắc Mỹ trong những năm 1700 là tù nhân, từ đây hình thành hệ thống nhà tù thuộc địa và chế độ tù nô lệ tại vùng đất này.

Sau cuộc nội chiến 1861-1865, theo Tu chính án thứ 13 Hiến pháp Hoa Kỳ (1865), chế độ nô lệ bị bãi bỏ, ngoại trừ trường hợp tội phạm bị tuyên làm nô lệ như một hình phạt. Tuy nhiên, một hệ thống “cho thuê tù nhân ra ngoài” (hiring out prisoners) đã được tạo dựng để kế tục chế độ nô lệ truyền thống mà trong đó, sự phân biệt chủng tộc hết sức nặng nề. Từ năm 1870 đến năm 1910 ở bang Georgia, 88% tù nhân được thuê là người gốc Phi. Ở bang Alabama, 93% số tù

8 Nguyễn Ái Quốc, *Bản án chế độ thực dân Pháp*, Nxb Chính trị Quốc gia năm 2008.

9 Báo Nhân Dân, Bộ Ngoại giao Mỹ nên có thái độ hợp tác và xây dựng hơn thứ hai, ngày 22/04/2013. (Nguồn: <http://www.nhandan.com.vn/chinhtri/binh-luan-phe-phan/item/20156502-.html>).

10 Báo Công an nhân dân, Vỡ kịch lối “điều trần về nhân quyền” - , ngày 10/4/2013.

11 History of United States prison systems http://en.wikipedia.org/wiki/History_of_United_States_prison_systems

nhân thuê làm thợ mỏ là người da đen. Ở bang Mississippi, có trang trại tù khổng lồ tương tự như đồn điền nô lệ cũ tồn tại cho đến những năm 70 của thế kỷ 20¹².

Chính sách khai thác tù nhân cho thuê rất tàn nhẫn, sinh mạng của người tù hầu như không được đếm xỉa đến, vì vậy, số phạm nhân chết rất lớn. Theo những con số tổng kết, tỷ lệ tử vong của các tù nhân cho thuê tại các công ty đường sắt ở Nam Carolina giữa các năm 1877 và 1879 lên đến 45%, ở Arkansas 25% và ở Mississippi là 16%¹³.

Chính sự tàn ác trên đã làm cho chế độ lao động nhà tù gắn liền với lịch sử đấu tranh của tù nhân và tầng lớp lao động. Đầu những năm 1800, cùng với việc hàng trăm tù nhân lao động cho đến chết, các cuộc đấu tranh phản đối của những người lao động bị mất việc làm do nhà thầu thuê tù liên tiếp nổ ra. Một trong các vụ đụng độ nổi tiếng nhất là cuộc nổi dậy tại mỏ than Creek năm 1891, các mỏ than sắt và đường sắt đã bị khóa, các thợ mỏ đã xông vào giải thoát 400 tù nhân và đốt nhà tù. Hệ thống nhà tù cho thuê đã bị giải tán ở Tennessee ngay sau đó, nhưng vẫn còn ở nhiều tiểu bang. Cho đến khi phong trào tiếp tục dâng cao với sự lãnh đạo của các tổ chức công đoàn trong những năm 1930. Kết quả là Quốc hội phải thông qua Luật Ashurst-Sumners năm 1935, theo đó, việc vận chuyển hàng hóa nhà tù qua các bang bị coi là bất hợp pháp. Tuy nhiên, trải qua thời gian khá dài, đến nhiệm kỳ Tổng thống Jimmy Carter, Quốc hội đã thông qua Đạo luật cải cách hệ thống tư pháp (năm 1979), trong đó có điều khoản miễn trừ cho bảy dự án thí điểm “tăng cường công nghiệp

tù” (Prison Industry Enhancement). Kể từ đó, đã có 50 hệ thống nhà tù của các bang được cấp miễn trừ, đây là tiền đề thúc đẩy ngành công nghiệp tù Hoa Kỳ phát triển không ngừng¹⁴.

2.2. Một số nét chính

Theo số liệu thống kê ước tính, năm 2010, có ít nhất 10,1 triệu người đang bị cầm tù trên toàn thế giới và Hoa Kỳ luôn là nước có số phạm nhân lớn nhất. Năm 1985 mới chỉ có 744.000 người với ngân sách chi phí khoảng 37 tỷ USD, đến năm 2012, số phạm nhân tại Hoa Kỳ đã lên trên 2,3 triệu, tỷ lệ phạm nhân tính trên số người thành niên là 1/100. Ngân sách dành cho hệ thống này lên tới 74 tỷ USD mỗi năm. Với số lượng phạm nhân lớn như vậy, các nhà tù đều ở tình trạng quá tải. Nhà tù bang California được thiết kế để giữ 84.000 phạm nhân, nhưng vào năm 2009 có tới 158.000 người.

Ngoài hệ thống nhà tù Liên bang và của các bang, nhà tù tư nhân bắt đầu hình thành vào những năm 80 thế kỷ trước, dưới chính quyền của Tổng thống Ronald Reagan và G.W.Bush (cha) và phát triển tới đỉnh điểm dưới thời Tổng thống Clinton. Để cắt giảm lực lượng lao động liên bang, Bộ Tư pháp đã ký các hợp đồng với các công ty tư nhân thực hiện việc giam giữ tù nhân và tổ chức lao động. Có khoảng 18 nhà tù tư nhân quản lý 10.000 tù nhân tại 27 bang, trong đó hai nhà tù lớn nhất là Tổng công ty Correctional Mỹ (CCA) và Wackenhut kiểm soát 75%. Nhà tù tư nhân nhận được khoản chi phí quản lý phạm nhân và được quyền khai thác sức lao động của họ. Bí quyết để có chi phí vận hành thấp, thu lợi nhuận cao là “số lượng tối thiểu nhân viên cho số lượng tối

12 Vicky Pelaze, *The Prison Industry in the United States: Big Business or a New Form of Slavery?* (<http://www.globalresearch.ca/the-prison-industry-in-the-united-states-big-business-or-a-new-form-of-slavery/8289>).

13 Stephen Hartnett, *Prison Labor, Slavery & Capitalism In Historical Perspective* (<http://www.historyisaweapon.com/defcon1/hisprislacap.html>).

14 Alan Whyte and Jamie Baker, *Prison labor on the rise in US* (<http://www.wsws.org/en/articles/2000/05/pris-m08.html>)

đa tù nhân”. Tuy nhiên, trong hệ thống nhà tù tư nhân, cơ hội phạm nhân được giảm thời hạn tù ít hơn 8 lần so với nhà tù của nhà nước.

Theo số liệu của cơ quan thống kê tư pháp Hoa Kỳ, 100% số phạm nhân bị buộc làm việc trong tù¹⁵. Về nguồn đầu tư khai thác hệ thống nhà tù, có ít nhất 37 bang hợp pháp hóa việc các tập đoàn tư nhân ký kết hợp đồng lao động với các nhà tù của bang. Danh sách các công ty đầu tư vào khu vực này bao gồm cả các tập đoàn lớn nhất của Hoa Kỳ và thế giới¹⁶. Có thể nói, hai thập niên cuối cùng của thế kỷ 20 là thời kỳ bùng nổ của “nền kinh tế tù nhân”. Từ năm 1980 đến năm 1994, lợi nhuận đã tăng từ 392 triệu USD lên 1,31 tỷ USD. Đối nghịch với sự tăng trưởng trên, phạm nhân bị bóc lột thậm tệ, chỉ có số ít nhận được mức lương tối thiểu cho công việc của họ. Tại Colorado, họ nhận được khoảng 2 USD/giờ, còn trong các nhà tù tư nhân, phạm nhân nhận được ít nhất là 17 cent/giờ với thời gian làm việc tối đa là 6 tiếng/ngày. Hệ thống lao động tù nhân lớn nhất được điều hành bởi Văn phòng Tập đoàn sản xuất nhà tù liên bang (UNICOR). UNICOR có tổng doanh thu hàng trăm triệu USD/năm. Sở dĩ có được điều này là do UNICOR nhận được rất nhiều đơn đặt hàng từ Bộ Quốc phòng, đây không chỉ là nguồn sản xuất ổn định mà còn mang lại lợi nhuận khổng lồ (sản xuất các trang - thiết bị cho quân đội, phụ tùng máy bay, thậm chí cả vật tư y tế...). Riêng năm 2001, Bộ Quốc phòng đặt hàng từ UNICOR tới 388 triệu USD¹⁷.

Đối nghịch với lợi nhuận khổng lồ thu được, theo phân tích của các tổ chức nhân quyền, các nhà hoạt động chính trị - xã hội thì sự tàn nhẫn, vô nhân đạo của ngành công nghiệp tù tại Hoa Kỳ cũng ngày một tăng thêm, đó là:

Thứ nhất, dù luôn lớn tiếng chỉ trích về nhân quyền đối với phần còn lại của thế giới, nhưng khó thể biện minh cho việc Hoa Kỳ luôn có số phạm nhân lớn nhất và họ bắt buộc phải làm việc cho các ngành công nghiệp rẻ mạt. Trong khi hệ thống công nghiệp tù trở thành một trong những ngành tiêu tốn nhiều vốn đầu tư nhất của ngân sách và nền kinh tế thì theo đánh giá của Stephen Hartnett - giảng viên Đại học California-Berkeley, các mục tiêu đề ra hoàn toàn thất bại, thể hiện ở cả ba tiêu chí: i) không chứng minh hiệu quả cải tạo phạm nhân trong tù; ii) không hạ thấp tỷ lệ tội phạm và thực tế không liên quan đến tỷ lệ tội phạm; iii) mô hình này chỉ làm sâu sắc thêm nạn phân biệt chủng tộc¹⁸.

Thứ hai, các nhà đầu tư vào các ngành công nghiệp nhà tù được ví như kiếm được mỏ vàng. Trong con mắt của các công ty, lao động tù nhân là một chiến lược xuất sắc trong nhiệm vụ vĩnh cửu là tối đa hóa lợi nhuận. Bởi các ông chủ không phải lo lắng về đình công, thanh toán bảo hiểm thất nghiệp hoặc thời gian nghỉ và nếu phạm nhân từ chối làm việc, họ sẽ bị biệt giam. Có thể nói, với việc thực thi chế độ lao động phạm nhân như trên, Hoa Kỳ đã và đang là quốc gia đi ngược lại những cam kết quốc tế về đối xử tù nhân, đặc biệt là nghĩa vụ

15 General Accounting Office, *Prisoner Labor: Perspectives on Paying the Federal* (<http://www.prisonpolicy.org/prisonindex/prisonlabor.html>)

16 Các tập đoàn lớn đầu tư vào lĩnh vực này gồm: IBM, Boeing, Motorola, Microsoft, AT & T, Texas Instrument, Dell, Compaq, Honeywell, Hewlett-Packard, Nortel, Lucent Technologies, 3Com, Intel, Northern Telecom, TWA, Nordstrom, Revlon, Macy, Pierre Cardin... (Nguồn: <http://www.globalresearch.ca/the-prison-industry-in-the-united-states-big-business-or-a-new-form-of-slavery/8289>).

17 General Accounting Office, *Prisoner Labor: Perspectives on Paying the Federal* (<http://www.prisonpolicy.org/prisonindex/prisonlabor.html>).

18 Stephen Hartnett, tidd.

“tạo điều kiện để cho phép tù nhân thực hiện việc làm có ý nghĩa, được trả lương và các điều kiện tái hòa nhập vào thị trường lao động và cho phép họ đóng góp cho riêng mình và hỗ trợ tài chính cho gia đình”¹⁹.

Thứ ba, ngành công nghiệp tù dẫn đến tình trạng cạnh tranh không lành mạnh giữa Hoa Kỳ và các nước kém phát triển cũng như giữa các khu vực sản xuất nội địa. Hàng loạt công việc được thiết kế cho thị trường lao động thế giới thứ ba, nhưng rốt cuộc lại được dành cho sản xuất trong tù. Ví dụ: các nhà máy lắp ráp ở gần biên giới Mexico phải đóng cửa hoạt động, vì việc sản xuất được chuyển tới nhà tù tiểu bang San Quentin ở California. Ở Texas, một nhà máy sản xuất các bảng mạch lắp ráp cho các công ty như IBM và Compaq đã sa thải hàng trăm công nhân để ký hợp đồng sản xuất với nhà tù ở bang này²⁰.

Thứ tư, sự tàn bạo của chính sách lao động tù nhân còn thể hiện ở chỗ, lợi nhuận quá lớn cho những nhà tư bản đầu tư vào các cụm công nghiệp nhà tù đã làm thay đổi chính sách hình sự của nhà nước. Theo đó, để duy trì số lượng phạm nhân đủ cung cấp lực lượng lao động cho các nhà đầu tư, bắt buộc hệ thống tư pháp phải kết án tù nhiều hơn, thời hạn tù lâu hơn và việc kết án không quan tâm tới các điều kiện, hoàn cảnh khác. Vì thế, chỉ có Hoa Kỳ mới có tình trạng “tội phạm giảm xuống, tù nhân tăng lên”. Theo cáo buộc của nhiều tổ chức nhân quyền, tại Mỹ ngày càng nhiều người bị kết án tù về các hành vi phi bạo lực, hoặc hành vi không nghiêm trọng. Thậm chí chỉ cần sở hữu số lượng nhỏ các loại thuốc bất hợp pháp cũng sẽ bị kết án tù dài hạn. Ví dụ: ở Texas, một người có thể bị kết án đến hai

năm tù giam vì sở hữu 4 ounces cần sa, ở New York, theo Luật Chống ma túy, hành vi tàng trữ 4 ounces của bất kỳ loại thuốc bất hợp pháp cũng có thể bị kết án 15 năm tù. Thậm chí, có trường hợp ăn cắp một chiếc ô tô và hai xe đạp đã bị kết án tù 25 năm.

Thứ năm, sự bùng nổ của ngành công nghiệp tù mà ở Hoa Kỳ thường được ví như “pháo đài kinh tế” (fortress economy) đã thúc đẩy nhà nước thực thi chính sách “nhà tù nhiều hơn trường học”. Theo thống kê của Cục Thống kê tư pháp liên bang Mỹ, chi tiêu của nhà nước về xây dựng nhà tù đã tăng 612% từ năm 1979 đến năm 1990, trong khi các bang đều cắt giảm chi tiêu cho giáo dục, nhà ở, y tế, và nhu cầu cơ sở hạ tầng dài hạn khác. Dẫn chứng cho thấy: từ năm 1980 California đã cắt giảm chi tiêu giáo dục của khoảng 25%, trong khi tăng chi tiêu nhà tù bằng khoảng 500%. Trong thập niên 1984-1994, các trường đại học và cao đẳng ở bang California mất 8.000 nhân viên do cắt giảm chi tiêu giáo dục, trong khi Bộ Cải huấn California “thuê 26.000 nhân viên mới để bảo vệ 112.000 tù nhân mới”²¹.

2.3. Kinh nghiệm tham khảo

Đánh giá về bản chất chế độ lao động phạm nhân tại Hoa Kỳ, giới nghiên cứu và các nhà hoạt động chính trị - xã hội Hoa Kỳ cũng cho rằng, “Chủ nghĩa tư bản, chế độ nô lệ và lao động nhà tù đã có cuộc hôn phối chắc chắn từ thế kỷ XVIII” (Stephen Hartnett)²² và hiện tại thực chất vẫn là *chủ nghĩa nô lệ kiểu mới*, là cỗ máy bóc lột sức lao động với tất cả sức mạnh tàn bạo của nó. Những lợi ích ngắn hạn từ ngành công nghiệp này là sự tương phản mạnh mẽ với các nhu cầu lâu dài của một xã hội dân chủ,

19 Khoản 8 Phụ lục của Nghị quyết số 45/111 ngày 14/12/1990 của Đại hội đồng Liên hợp quốc về Nguyên tắc cơ bản cho việc đối xử với tù nhân.

20 Vicky Pelaze, *tlđđ*.

21 Stephen Hartnett, *tlđđ*.

22 Stephen Hartnett là Giảng viên thỉnh giảng của Đại học California-Berkeley. Ông cũng là hướng dẫn viên tình nguyện trong nhà tù San Quentin California. (nguồn: <http://www.historyisaweapon.com/defcon1/hisprislacap.html>)

với những câu hỏi chưa có lời giải là làm thế nào để giảm bớt bạo lực, làm sao để phân phối lại của cải xã hội và đặc biệt là giải quyết nạn phân biệt chủng tộc.

Song, bên cạnh những khoảng tối đó, không thể không ghi nhận những lợi ích, hiệu quả về nhiều mặt cũng như những kinh nghiệm mà Hoa Kỳ đã và đang áp dụng trong lĩnh vực này.

i) Về cách tiếp cận, với con số trung bình luôn có trên hai triệu phạm nhân thụ án tại các nhà tù liên bang và các bang của Hoa Kỳ, thật khó có thể hình dung cách thức quản lý số lượng đông đảo những kẻ nguy hiểm nhất xã hội như vậy để vừa bảo đảm trật tự, vừa có đạt được mục tiêu giáo dục, cải tạo, phục hồi nhân cách và đưa họ trở lại với đời sống xã hội. Sẽ rất mơ hồ nếu chỉ nhấn mạnh các giải pháp mang tính giáo dục, thuyết phục mà thiếu những chế tài đủ mạnh. Theo đó, lao động trong suốt quá trình chấp hành án tù phải là nghĩa vụ bắt buộc chứ không thể chỉ là một *biện pháp giáo dục* như một số nước đã và đang áp dụng (trong đó có cả Việt Nam).

ii) Về kết cấu của chương trình cải tạo phạm nhân, xuất phát từ mục tiêu nói trên và căn cứ đặc điểm của đời sống nhà tù, các chương trình trong quá trình cải tạo đều được thiết kế để lấp đầy thời gian nhằm chán, không để phạm nhân “nhàn cư vi bất thiện” và cũng là một cách để chuẩn bị cho cuộc sống của phạm nhân sau khi được trả tự do bằng cách trang bị cho họ các kỹ năng với thị trường²³. Do đó, hệ thống thi hành án phạt tù của Hoa Kỳ được xây dựng theo nguyên lý “cải huấn-công nghiệp tổ hợp” (The Correctional-Industrial Complex). Trong quá trình chấp hành án phạt tù, rất

những chương trình được thực hiện như: lao động, cải huấn, điều trị tâm lý, giáo dục... Theo cơ quan National Criminal Justice Reference Service (thuộc Bộ Tư pháp Hoa Kỳ), một trong những mục đích và ý nghĩa rất thực tế của ngành “công nghiệp tù nhân” là tạo điều kiện để *các tù nhân có thể trả tiền bồi thường và tiền phạt, giúp người phụ thuộc hỗ trợ và xây dựng các tài khoản tiết kiệm để tự nuôi sống mình khi được phóng thích*²⁴.

iii) Những tác động tích cực của lao động phạm nhân đối với tỷ lệ tái phạm cần được đánh giá khách quan và đầy đủ. Đối lập với quan điểm phủ nhận ý nghĩa của lao động với tỷ lệ tội phạm, nhiều nghiên cứu đưa ra kết quả cho rằng, một trong những lợi ích quan trọng nhất của lao động phạm nhân là trực tiếp làm giảm tỷ lệ tái phạm. Ví dụ: năm 1994, tiểu bang Oregon đã thông qua việc sửa đổi Hiến pháp, trong đó quy định 100% phạm nhân của nhà tù tiểu bang phải được làm việc có trả lương trong tù. Điều này đã thúc đẩy phát triển nhanh chóng của ngành công nghiệp nhà tù ở tiểu bang này. Với việc xây dựng loại hình doanh nghiệp tù nhân có môi trường làm việc hiệu quả về kinh tế và hữu ích cho tù nhân (được gọi là Prison Blues), đã dẫn đến tình trạng tỷ lệ tái phạm ở khu vực này chỉ còn 33% so với tỉ lệ tái phạm của cả liên bang là 46,8%. Trong khi đó, có số liệu thống kê của CNN khẳng định, số phạm nhân làm việc trong quá trình chấp hành án tù của cả Hoa Kỳ khả năng tái phạm ít hơn từ 26 đến 60% so với số không làm việc²⁵.

Còn theo phân tích của Morgan O. Reynolds, Giám đốc Trung tâm Tư pháp hình sự tại NCPA và giáo sư kinh tế tại Đại

23 U.S. Prison labor At home and Abroad (nguồn: <http://www1.american.edu/ted/jail.htm>).

24 Work in Prison - R A Davis Prison Journal Volume:62 Issue:2 Dated:(Autumn/Winter 1982) .Nguồn: www.ncjrs.gov/App/abstractdb/AbstractDBDetails.aspx?id=86773.

25 U.S. Prison labor At home and Abroad (nguồn: <http://www1.american.edu/ted/jail.htm>).

học Texas A & M University, công việc nhà tù và chương trình đào tạo dường như rất hiệu quả trong việc làm giảm khả năng tái phạm trong thời gian dài. Kết quả Dự án việc làm cho phạm nhân sau khi được trả tự do (Post-Release Employment Project - PREP) của liên bang cho thấy, sau khi được tạm tha, người đã tham gia PREP có khả năng kiếm việc làm nhiều hơn 24% so với những người không làm việc trong nhà tù. Số người này cũng kiếm được nhiều thu nhập hơn và có nhiều khả năng để chuyển sang một công việc được trả lương tốt hơn. Đặc biệt, chỉ có 6,6% người đã làm việc trong nhà tù phạm tội mới sau khi được tạm tha hoặc bị hủy bỏ quyết định tạm tha trong thời gian năm đầu tiên, trong khi nhóm người không làm việc thì tỷ lệ này lên tới 10,1%²⁶.

iv) Dù bị đánh giá là mang nặng tính bóc lột nhưng thực tế, lao động phạm nhân thực sự là một giải pháp giảm bớt gánh nặng cho người nộp thuế và làm lợi cho chính bản thân phạm nhân. Việc tăng số lượng công việc sản xuất của phạm nhân là nguồn hứa hẹn để giảm chi phí tư pháp hình sự của nhà nước. Thống kê cho thấy, 80% lợi nhuận thu được từ lao động của phạm nhân được sử dụng để giảm gánh nặng tài chính cho người nộp thuế và bồi thường thiệt hại cho nạn nhân do chính người bị kết án gây ra. Ngoài khả năng chi trả một phần cho chi phí nhà tù (theo thời giá năm 1997 thì người nộp thuế phải chi cho mỗi phạm nhân thụ án 20.000 – 25.000 USD/năm), phần còn lại có thể giúp các gia đình phạm nhân, trả chi phí cá nhân và tiết kiệm để sử dụng sau khi họ được phóng thích. Theo ước tính năm 1997, nếu năm năm tiếp theo, số phạm nhân nhà

tù tăng lên 1,6 triệu người mà một nửa số đó được sử dụng bởi các doanh nghiệp tư nhân trong thời gian đó thì công việc của họ sẽ giảm chi phí người nộp thuế gần 9 tỷ USD mỗi năm, tương đương khoảng 25% tổng chi phí hỗ trợ nhà tù²⁷.

Về phương diện kinh tế đơn thuần, bên cạnh những lợi ích trên, lao động phạm nhân mang lại tác dụng kinh tế trực tiếp. Trước hết, ngành công nghiệp nhà tù phải mua nguyên - vật liệu từ các doanh nghiệp bên ngoài nhà tù, do đó tạo ra một nhu cầu lớn các dịch vụ lao động khác. Do lĩnh vực sản xuất trong tù rất đa dạng, kéo theo việc tiêu thụ nguồn nguyên liệu sản xuất lớn, gồm cả kim loại, vải và các nguyên liệu khác cũng như tham gia vào công việc lắp ráp hàng hóa sản xuất và tham gia vào các dịch vụ khác... Đồng thời, lao động tù nhân có tiềm năng sản xuất khối lượng hàng hóa và dịch vụ giá trị hàng tỷ USD. Ước tính, chỉ cần 800.000 phạm nhân làm việc (tương đương với lực lượng lao động của các tiểu bang Wyoming, Alaska và Vermont cộng lại) thì năng suất của họ sẽ bổ sung thêm 20 tỷ USD cho nền kinh tế²⁸.

Như vậy, với một lịch sử phát triển lâu đời, ngày nay công nghiệp nhà tù dường như đã vượt qua khuôn khổ của hệ thống tư pháp để trở thành một trong những khu vực sản xuất rất quan trọng trong nền kinh tế Hoa Kỳ. Việc nghiên cứu, đánh giá hiệu quả thực tế cũng như mặt trái của nó, thiết nghĩ, sẽ rất hữu ích cho chúng ta trong việc tham khảo, chọn lọc trong bối cảnh công cuộc cải cách tư pháp của Việt Nam đã và đang đặt ra yêu cầu hoàn thiện chính sách hình sự, cả về hệ thống hình phạt cũng như việc áp dụng và thi hành các hình phạt, đặc biệt là hình phạt tù ■

26 Morgan O. Reynolds - *The Economic Impact of Prison Labor* - (Nguồn: <http://www.ncpa.org/pub/ba245>).

27 Morgan O. Reynolds, *ttđđ*.

28 Morgan O. Reynolds, *ttđđ*.

KHÁI NIỆM VÀ SỰ CẦN THIẾT ÁP DỤNG TẬP QUÁN THƯƠNG MẠI

NGUYỄN MẠNH THẮNG*

1. Khái niệm áp dụng tập quán thương mại

Áp dụng tập quán thực chất là việc áp dụng các quy tắc xử sự hình thành từ tập quán, và là một phần của áp dụng pháp luật. Do đó, nhận thức chung về áp dụng pháp luật có ý nghĩa quan trọng trong việc tiếp cận nghiên cứu vấn đề áp dụng tập quán nói chung và áp dụng tập quán thương mại nói riêng.

Ở Việt Nam hiện nay, thuật ngữ áp dụng pháp luật không được hiểu đồng nhất. Trong cuốn chuyên khảo về nhà nước và pháp luật, Viện Nghiên cứu Nhà nước và Pháp luật đưa ra định nghĩa: “Áp dụng pháp luật là toàn bộ những việc làm, những hoạt động, những phương thức nhằm thực hiện những yêu cầu đặt ra trong pháp luật trong việc điều chỉnh các quan hệ xã hội”, và tiếp đó cho rằng, áp dụng pháp luật được thể hiện thông qua những hình thức (phương pháp) như: (1) tuân thủ pháp luật; (2) thi hành pháp luật (chấp hành pháp luật); và (3) vận dụng pháp luật (sử dụng pháp luật)¹. Trong khi đó “Giáo trình Lý luận chung về nhà nước và

pháp luật” của Khoa Luật - Đại học Quốc gia Hà Nội quan niệm: “Áp dụng pháp luật là hoạt động thực hiện pháp luật của các cơ quan nhà nước. Nó vừa là một hình thức thực hiện pháp luật, vừa là cách thức nhà nước tổ chức cho các chủ thể thực hiện pháp luật”².

Như vậy, khác với quan niệm của Viện Nghiên cứu Nhà nước và Pháp luật, Khoa Luật - Đại học Quốc gia Hà Nội xác định “áp dụng pháp luật” là khái niệm *giống* trong mối quan hệ với “thực hiện pháp luật” là khái niệm *loài*. Thực hiện pháp luật, theo quan niệm này, được thể hiện ra các hình thức như: (1) tuân thủ pháp luật; (2) thi hành pháp luật; (3) sử dụng pháp luật; và (4) áp dụng pháp luật; và áp dụng pháp luật khác với các hình thức thực hiện pháp luật khác ở chỗ: chủ thể áp dụng pháp luật là chủ thể đặc biệt (nhà nước); còn mọi chủ thể của pháp luật đều là chủ thể của các hình thức thực hiện pháp luật khác ngoài áp dụng pháp luật³.

Xét từ giác độ luật tư, các chủ thể của luật tư hoàn toàn tự do thỏa thuận và tự định

* **ThS. Tổng giám đốc Công ty cổ phần Đầu tư đô thị và khu công nghiệp Sông Đà 7.**

1 Viện Nghiên cứu Nhà nước và Pháp luật, *Những vấn đề lý luận cơ bản về nhà nước và pháp luật*, Nxb Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 1995, tr. 227 – 228.

2 Khoa Luật- Đại học Quốc gia Hà Nội, *Giáo trình lý luận chung về Nhà nước và Pháp luật*, Hà Nội, 1993, tr. 373.

3 Khoa Luật- Đại học Quốc gia Hà Nội, *Giáo trình lý luận chung về Nhà nước và Pháp luật*, sđd; tr. 370 - 371.

đoạt. Điều đó có nghĩa là họ có thể thỏa thuận với nhau không trùng khít với các quy định của pháp luật hoặc ngay cả khi pháp luật không quy định, miễn là không chống lại các điều kiện có hiệu lực của hợp đồng, và họ có quyền định đoạt tất cả mọi thứ thuộc về mình, miễn là không chống lại điều cấm của pháp luật, không trái với đạo đức xã hội và không gây thiệt hại cho người thứ ba... Tuy nhiên họ phải tuân thủ hay thi hành những điều đã cam kết và gánh chịu hậu quả của hành vi tự định đoạt của mình. Việc không tuân thủ hay không thi hành hoặc gây thiệt hại do hành vi tự định đoạt là một sự kiện khiến cho họ phải chịu một chế tài do cơ quan nhà nước có thẩm quyền hay do một định chế khác (như: trọng tài thương mại) phán quyết. Việc ra phán quyết như vậy là kết quả của hoạt động áp dụng pháp luật. Vậy có thể nói, áp dụng pháp luật không bao gồm trong nó việc thi hành hay tuân thủ pháp luật. Áp dụng pháp luật liên quan tới sự xem xét hành vi vi phạm pháp luật và áp đặt cho người vi phạm một hoặc nhiều chế tài do luật định hoặc do các bên tự thỏa thuận.

Việc đánh giá các bên trong quan hệ đang tranh chấp có quyền và nghĩa vụ gì liên quan, nghĩa vụ gì bị vi phạm và chế tài gì được áp dụng phải căn cứ vào các quy tắc xử sự mà các quy tắc này có thể được chứa đựng trong các loại nguồn pháp luật khác nhau, như văn bản quy phạm pháp luật, tiền lệ pháp, tập quán pháp... Việc tìm kiếm quy tắc tập quán thương mại và căn cứ vào đó để đưa ra phán quyết là việc áp dụng tập quán thương mại.

Áp dụng tập quán thương mại có các đặc điểm sau:

Thứ nhất, áp dụng tập quán thương mại được tiến hành bởi cơ quan nhà nước có thẩm quyền hoặc bởi các định chế khác được nhà nước thừa nhận. Thông thường, tòa án là cơ quan nhà nước có thẩm quyền

giải quyết các tranh chấp thương mại. Nhưng do tính chất đặc biệt của các quan hệ pháp luật thương mại, các chủ thể của các quan hệ này có thể thỏa thuận thiết lập cơ chế giải quyết tranh chấp ngoài tòa án. Các cơ chế giải quyết tranh chấp ngoài tòa án có thể bao gồm: thương lượng, hòa giải, trọng tài, tiểu xét xử, hòa giải - trọng tài, xét xử bởi thẩm phán tư, xét xử bởi bồi thẩm đoàn giản lược⁴. Trừ hòa giải và thương lượng, các cơ chế giải quyết tranh chấp khác ngoài tòa án đều là các định chế được nhà nước thừa nhận có khả năng áp dụng tập quán thương mại.

Thứ hai, việc áp dụng tập quán nói chung và tập quán thương mại nói riêng phải đáp ứng các đòi hỏi khắt khe hơn so với các đòi hỏi đối với việc áp dụng các quy tắc chứa đựng trong các văn bản quy phạm pháp luật, có lẽ bởi các quy tắc tập quán thường khó tìm kiếm hơn, thiếu rõ ràng hơn so với các quy tắc của văn bản quy phạm pháp luật và không phản ánh rõ nét ý chí của nhà làm luật. Các đòi hỏi của pháp luật đối với việc áp dụng tập quán nói chung và tập quán thương mại nói riêng có thể bao gồm: đòi hỏi về tìm kiếm, chứng minh, giải thích, đánh giá... quy tắc tập quán.

Mặc dù việc áp dụng quy tắc tập quán thương mại rất phức tạp, song việc áp dụng chúng là rất cần thiết trong đời sống thương mại.

2. Sự cần thiết áp dụng tập quán thương mại

2.1. Vai trò của tập quán trong đời sống xã hội

Trong tác phẩm “Tâm lý học đám đông”, Gustave Le Bon viết: “Cái ngự trị con người chính là tư tưởng, tình cảm và tập tục, những điều nằm trong bản thân chúng ta. Còn các thể chế và luật pháp lại là sự biểu hiện của tâm hồn chúng ta, là sự biểu hiện những nhu cầu của nó. Thoát thai từ tâm

4 Ngô Huy Cương, *Giải quyết tranh chấp ngoài tòa án*, Bài giảng điện tử.

hồn, những thể chế và luật pháp ắt sẽ không thể thay đổi tâm hồn ấy”⁵.

Như vậy theo Gustave Le Bon, tập quán hay các thói quen ứng xử của một cộng đồng gắn liền với tư tưởng và tình cảm tạo thành linh hồn của luật pháp và thể chế. Nói cách khác, tập quán là một yếu tố chi phối thể chế và pháp luật. Ông còn cho rằng, tập quán là một trong những yếu tố có ý nghĩa tạo thành tính cách chung của một dân tộc, vì thế: “toàn thể những tính cách chung mà sự di truyền áp đặt cho mọi cá nhân của một chủng tộc, tạo thành tâm hồn của chủng tộc đó”⁶. Và ông nhấn mạnh: “... ở một chủng tộc chẳng có gì bền vững hơn nền tảng di truyền trong tư tưởng của nó”⁷. Rất nhiều học giả nổi tiếng trên thế giới đồng quan điểm với Gustave Le Bon.

Amanda Perreau-Saussine và James Bernard Murphy nhận định: “Nhiều luật gia và nhiều triết gia lập luận rằng, các thói quen tập quán là tất cả những gì chúng ta có nhằm giải quyết các vấn đề thực tiễn: các nguyên tắc đạo đức, pháp luật thành văn, các học thuyết pháp lý, các công trình triết học là tất cả những khớp nối của các tập quán đã tồn tại trước đó”⁸.

Như vậy, tập quán và thói quen ứng xử có vai trò rất to lớn không chỉ trong việc điều tiết các quan hệ xã hội, mà còn trong việc chi phối các nền tảng của tư duy con người.

Ở lĩnh vực luật học, René David và John E.C. Brierley (hai nhà luật học so sánh nổi tiếng thế giới) cho rằng: “tập quán có vai trò ảnh hưởng lớn trong tất cả các hệ thống pháp luật; và trong quá trình phát triển và áp

dụng pháp luật, các nhà làm luật, các thẩm phán hay các tác giả, như một vấn đề thực tế, nhiều hay ít đều bị dẫn dắt bởi ý tưởng và tập quán của cộng đồng”. Hai ông còn cho rằng, “trong quan niệm về pháp luật theo trường phái của Mác, tập quán cũng có vai trò tương tự bởi nội dung của pháp luật do điều kiện sinh hoạt vật chất tạo thành kết cấu hạ tầng quyết định”⁹.

Nhiều luật gia ở Việt Nam hiện nay có quan điểm khá khác biệt. “Giáo trình lý luận nhà nước và pháp luật” của Trường Đại học Luật Hà Nội một mặt thừa nhận “cơ sở hình thành pháp luật là các tập quán” ở nhiều nước, nhưng cho rằng “các tập quán nếu xét về nguồn gốc, nhìn chung đều được hình thành một cách tự phát, chậm thay đổi và thường có tính cục bộ (trong phạm vi hẹp), do đó nhận định: “Vì vậy, về mặt nguyên tắc hình thức tập quán pháp không có khả năng thể hiện được bản chất của pháp luật XHCN, không thể trở thành một hình thức cơ bản của pháp luật XHCN”¹⁰. Các nhà luật học so sánh cho rằng, các luật gia thuộc Họ Pháp luật XHCN theo trường phái thực chứng pháp lý. Trong khoa học pháp lý người ta hiểu: trường phái này cố gắng loại bỏ vai trò của tập quán, và quan niệm tập quán giờ đây chỉ chiếm một vị trí tối thiểu trong pháp luật được pháp điển hóa mà trong tương lai nó chỉ được nhận biết qua ý chí của nhà làm luật¹¹. Tuy nhiên, có những bình luận của các luật gia Việt Nam về quan niệm pháp luật xuất phát từ bản chất giai cấp không hoàn toàn đồng ý với trường phái thực chứng pháp lý. Trong cuốn sách chuyên khảo “Những vấn đề lý luận cơ bản về nhà

5 Gustave Le Bon, *Tâm lý học đám đông*, Nxb Tri thức, Hà Nội, 2006, tr. 17.

6 Gustave Le Bon, *Tâm lý học đám đông*, sđd, tr. 15.

7 Gustave Le Bon, *Tâm lý học đám đông*, sđd, tr. 24.

8 Amanda Perreau-Saussine and James Bernard Murphy, *The Nature of Customary Law- Legal, Historical and Philosophical Perspectives*, Cambridge University Press, 2007, p. 1.

9 Ngô Huy Cường, *Cụ thể hóa quan điểm về tập quán pháp theo Nghị quyết số 48- NQ/TW của Bộ Chính trị*, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 3+4 (164+165) tháng 2/2010, tr. 75.

10 Trường Đại học Luật Hà Nội, *Giáo trình lý luận nhà nước và pháp luật*, Nxb Công an nhân dân, Hà Nội, 2009, tr. 354.

nước và pháp luật” của Viện Nghiên cứu Nhà nước và Pháp luật có nhận định: “Quan niệm như vậy về pháp luật thực chất là gắn liền với quan điểm pháp luật thực định: không thừa nhận những gì không chính thức thể hiện tư tưởng giai cấp rõ rệt của giai cấp thống trị”; và tiếp đó khẳng định: “Bên cạnh đó còn có nhiều quan điểm khác nhau về hiện tượng pháp luật”¹². Quả nhiên, các nhà nghiên cứu văn hóa, dân tộc ở Việt Nam hiện nay có cái nhìn khác cho rằng: “Kinh nghiệm của ông cha cho biết, những quy chế trong quản lý cộng đồng chỉ có thể được cộng đồng chấp nhận và thực hiện một cách tự giác và nghiêm chỉnh, nếu chúng trở thành văn hóa, thành phong tục tập quán”¹³.

Hiểu rõ vai trò và tầm quan trọng của tập quán trong đời sống xã hội nói chung và trong tiến trình xây dựng nền kinh tế thị trường, hội nhập quốc tế, Đảng Cộng sản Việt Nam chỉ đạo: “Hoàn thiện pháp luật về hợp đồng theo hướng tôn trọng thỏa thuận của các bên giao kết hợp đồng, không trái đạo đức xã hội, không xâm phạm trật tự công cộng, phù hợp với tập quán, thông lệ thương mại quốc tế”¹⁴.

Từ các khảo sát trên, có thể thấy tập quán nói chung có vai trò, tính chất nền tảng trong việc tổ chức đời sống xã hội. Trước hết tập quán điều chỉnh các quan hệ xã hội thông qua sự tuân thủ tự nguyện của con người. Tập quán được thừa nhận rộng rãi bởi mỗi thành viên trong cộng đồng có tập quán đó ý thức được lợi ích của mình trong việc ứng xử phù hợp với ước muốn của thành

viên khác và đổi lại các thành viên khác cũng ứng xử phù hợp với ước muốn của anh ta trên nền tảng có đi có lại¹⁵. Vì thế, tập quán ăn sâu vào tiềm thức của con người tạo thành linh hồn của một dân tộc, ảnh hưởng tới cách thức tư duy của con người, văn hóa pháp lý. Nghiên cứu luật học so sánh chúng ta có thể thấy rất rõ sự ảnh hưởng của tập quán tới cách thức tư duy pháp lý và văn hóa pháp lý. Chẳng hạn, các luật gia thuộc họ pháp luật Anh - Mỹ được xây dựng trên truyền thống Common Law có cách thức tư duy khác với các luật gia thuộc họ pháp luật La Mã - Đức được xây dựng trên truyền thống Civil Law. Các luật gia Common Law đi từ các trường hợp cụ thể tới nguyên tắc hay tư duy theo kiểu quy nạp, thích thực tế. Các luật gia Civil Law đi từ nguyên tắc tới các trường hợp cụ thể hay tư duy theo kiểu diễn dịch, ưa trừu tượng. Các luật gia Common Law theo chủ nghĩa kinh nghiệm. Còn các luật gia Civil Law theo chủ nghĩa duy lý¹⁶.

Tóm lại, tập quán có vai trò ổn định xã hội, tạo lập nên các đặc trưng văn hóa nói chung và văn hóa pháp lý nói riêng, ảnh hưởng tới cách thức tư duy, và là một trong các yếu tố tạo nên tâm hồn của một dân tộc.

2.2. Tính chất tập quán của luật thương mại

Sự gia tăng nhanh chóng của các hoạt động trao đổi và mua bán hàng hóa giữa các vùng, các khu vực trên thế giới nhất là ở Châu Âu đã kéo theo sự gia tăng các hoạt động tín dụng, ngân hàng, hàng hải, thương nhân trung gian... và hình thành các trung

11 René David and John E.C. Brierley, *Major Legal Systems in the World Today, Second Edition, The Free Press, New York . London. Toronto. Sydney. Tokyo. Singapore, 1975, p. 118.*

12 Viện Nghiên cứu Nhà nước và Pháp luật, *Những vấn đề lý luận cơ bản về nhà nước và pháp luật*, Nxb Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 1995, tr. 121.

13 Nguyễn Duy Quý, “Luật tục và chiến lược phát triển nông thôn ở Việt Nam”, *Luật tục và phát triển nông thôn ở Việt Nam hiện nay*, Nxb Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 2000, tr. 15.

14 Nghị quyết 48-NQ/TW ngày 24/5/2005 của Bộ Chính trị về Chiến lược xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam đến năm 2010, định hướng đến năm 2020.

15 Ngô Huy Cương, *Cụ thể hóa quan điểm về tập quán pháp theo Nghị quyết số 48- NQ/TW của Bộ Chính trị*, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 3+4 (164+165) tháng 2/2010, tr. 76.

16 Ngô Huy Cương, *Luật so sánh*, Bài giảng điện tử.

tâm buôn bán lớn, các hội chợ. Từ đó nhu cầu điều chỉnh các giao dịch thương mại phát sinh, trong khi đó Luật La Mã đã không dự liệu trước cho nhu cầu như vậy. Bởi thế các thương nhân đã tạo lập nên một hệ thống các quy tắc và tổ chức tài phán riêng của họ. Các quy tắc này được xem như các quy tắc tập quán¹⁷.

Nghiên cứu lịch sử có thể thấy, các quy tắc của luật thương mại được phát triển thông qua các hội chợ. Các quy tắc của nó mang tính quốc tế, đòi hỏi về sự nhanh chóng của các giao dịch và tăng cường tin dụng. Còn các quy tắc của luật dân sự mang nặng tính hình thức. Có lẽ vì vậy nên Luật La Mã không đủ sức đáp ứng. Hoạt động của các thương nhân gắn liền với chợ và có sự tin tưởng, nhờ cậy lẫn nhau. Do đó có câu: “La paix des foires”. Điều đó có nghĩa là sự bảo đảm tới chợ và quay về; tài phán đặc biệt và nhanh chóng; bảo đảm công việc kết thúc; cách thức thi hành ngắn gọn...¹⁸.

Việc các thương nhân tự nhóm họp thành các phường hội và thiết lập nên các quy chế phường hội cũng thúc đẩy cho các tập quán thương mại phát triển.

Chỉ dụ (Edit) năm 1563 Pháp, nhà vua Charles IX tuyên bố: trả lại đơn của các thương nhân từ Paris gửi tới để giảm bớt chi phí và buộc họ phải cùng nhau thương lượng một cách đầy thiện chí, không bị ràng buộc vào sự tinh tế của Luật hay Đạo dụ. Như vậy công quyền không can thiệp vào hoạt động của thương nhân, khiến cho việc tự tạo lập các quy tắc càng phát triển.

Sau này, việc soạn thảo Bộ luật Thương mại Pháp cũng là một minh chứng cho tính

chất tập quán của Bộ luật này. Vào năm 1801, ở Pháp, một ủy ban gồm 7 thành viên bao gồm ba thẩm phán và bốn thương gia đã xây dựng dự thảo Bộ luật Thương mại để thông qua năm 1807 và có hiệu lực từ ngày 1/1/1808, bao gồm 608 điều gần như tập hợp hóa các quy tắc tập quán của thương nhân. Về sau này, người ta phê bình Bộ luật này là bộ luật của mấy bà hàng xén, bởi thiếu tính học thuật¹⁹. Sau Bộ luật này, một loạt các nước ban hành luật thương mại không có sự khác biệt nhiều về quy tắc, bởi các quy tắc của luật thương mại có tính quốc tế rộng lớn.

Các quy tắc tập quán của thương nhân hình thành từ hoạt động thương mại, nhưng sự không bó hẹp của nó bởi công quyền giúp cho thương mại bành trướng ra khắp thế giới. Ở Việt Nam hiện nay, phần nhiều luật gia trong lĩnh vực luật tư có quan niệm cởi mở cho rằng: nói đến nguồn của luật thương mại không thể không nói đến tập quán thương mại²⁰, có thể hiểu tập quán thương mại không thể tách rời luật thương mại. Nói cách khác, luật thương mại đầy tính tập quán.

Tuy nhiên Jean - Claude Ricci cho rằng, tập quán không dân chủ và không có tính mềm dẻo bởi nó không xuất phát từ nhân dân mà xuất phát từ tầng lớp quý tộc trong pháp luật (các luật sư, giáo sư luật và công chứng viên...) và bởi nó kéo dài quá lâu. Ông cho rằng thay đổi luật dễ hơn thay đổi tập quán²¹. Có thể hiểu đây là quan điểm nói chung về các tập quán. Nhưng tập quán thương mại không phải bắt nguồn từ tầng lớp “quý tộc” trong pháp luật, mà bắt nguồn

(Xem tiếp trang 18)

17 Mary Ann Glendon, Paolo G. Carozza, Colin B. Picker, *Comparative Legal Traditions in a Nutshell*, Third edition, Thomson West, 2008, p. 27.

18 Ngô Huy Cương, *Luật thương mại: Cơ sở kinh tế - xã hội hình thành, phát triển và các chức năng*, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, số 4 tháng 4/2000, tr. 45.

19 Lê Tài Triển, Nguyễn Vạng Thọ, Nguyễn Tân, *Luật thương mại Việt Nam dẫn giải*, Quyển 1, Nhóm nghiên cứu và dự hoạch, Sài Gòn 1972, tr. V.

20 Trường Đại học Luật Hà Nội, *Giáo trình luật thương mại - Tập 1*, Nxb Công an nhân dân, Hà Nội, 2007, tr. 69.

21 Jean-Claude Ricci, *Nhập môn luật học*, Nxb Văn hóa - Thông tin, Hà Nội, 2002, tr. 52.

BÀN VỀ KHÁI NIỆM “VĂN BẢN QUY PHẠM PHÁP LUẬT” TRONG LUẬT BAN HÀNH VĂN BẢN QUY PHẠM PHÁP LUẬT

NGUYỄN MINH ĐOAN*

Nghiên cứu về văn bản quy phạm pháp luật (VBQPPL) có ý nghĩa không chỉ về mặt lý luận nhận thức mà còn phục vụ rất thiết thực cho các hoạt động thực tiễn pháp lý như hoạt động xây dựng, hoàn thiện hệ thống pháp luật, hoạt động thực hiện và áp dụng pháp luật được chính xác và khoa học. Ngoài ra, nó còn phục vụ việc nâng cao ý thức pháp luật trong nhân dân, tạo kỹ năng sống và làm việc theo pháp luật của các tổ chức và cá nhân trong xã hội. Tuy nhiên, cho đến nay, lý luận và thực tiễn về VBQPPL vẫn chưa có được sự thống nhất khiến các nhà lý luận và hoạt động thực tiễn lúng túng. Để phục vụ cho việc xây dựng Luật Ban hành VBQPPL (mới), xin trình bày một số hiểu biết của chúng tôi về vấn đề này.

1. Khái niệm văn bản quy phạm pháp luật

VBQPPL là một trong những nguồn luật chủ yếu của Nhà nước. Tuy nhiên, trong các tài liệu giảng dạy của các cơ sở đào tạo luật và trong các văn bản luật đã ban hành lại có sự không thống nhất trong việc xác định thế nào là VBQPPL. Chẳng hạn, theo Giáo trình của Trường Đại học Luật Hà Nội thì: “VBQPPL là văn bản có chứa đựng các quy tắc xử sự chung, do các chủ thể có thẩm quyền ban hành theo trình tự, thủ tục và hình thức luật định, được Nhà nước bảo đảm thực hiện và được sử dụng nhiều lần trong cuộc sống”¹, còn theo Giáo trình của Khoa Luật

Đại học quốc gia Hà Nội thì: “VBQPPL là hình thức thể hiện các quyết định của các cơ quan nhà nước có thẩm quyền (hoặc các cá nhân, tổ chức xã hội được Nhà nước trao quyền) ban hành theo những trình tự, thủ tục pháp lý nhất định, trong đó quy định những quy tắc xử sự có tính bắt buộc chung đối với tất cả các chủ thể pháp luật, được áp dụng nhiều lần trong đời sống”².

Trong khi đó, Luật Ban hành VBQPPL năm 1996 thì xác định: “VBQPPL là văn bản do cơ quan nhà nước có thẩm quyền ban hành theo thủ tục, trình tự luật định, trong đó có quy tắc xử sự chung, được Nhà nước bảo đảm thực hiện nhằm điều chỉnh các

* PGS, TS. Đại học Luật Hà Nội.

¹ Trường Đại học Luật Hà Nội, Giáo trình Lý luận nhà nước và pháp luật, Nxb Công an nhân dân 2013, tr.116.

² Đại học quốc gia Hà Nội (Khoa Luật), Giáo trình Lý luận chung về nhà nước và pháp luật, Nxb Đại học quốc gia Hà Nội, 2005, tr.309-310.

quan hệ xã hội theo định hướng xã hội chủ nghĩa”. Trong Luật Ban hành VBQPPL của Hội đồng nhân dân (HĐND) và Ủy ban nhân dân (UBND) năm 2004 thì xác định: “VBQPPL của HĐND, UBND là văn bản do HĐND, UBND ban hành theo thẩm quyền, trình tự, thủ tục do Luật này quy định, trong đó có quy tắc xử sự chung, có hiệu lực trong phạm vi địa phương, được Nhà nước bảo đảm thực hiện nhằm điều chỉnh các quan hệ xã hội ở địa phương theo định hướng XHCN”. Luật Ban hành VBQPPL năm 2008 thì xác định như sau: “VBQPPL là văn bản do cơ quan nhà nước ban hành hoặc phối hợp ban hành theo thẩm quyền, hình thức, trình tự, thủ tục được quy định trong Luật này hoặc trong Luật Ban hành VBQPPL của HĐND, UBND, trong đó có quy tắc xử sự chung, có hiệu lực bắt buộc chung, được Nhà nước bảo đảm thực hiện để điều chỉnh các quan hệ xã hội”.

Như vậy, đã không có sự thống nhất khi xác định VBQPPL trong các tài liệu giảng dạy và trong các văn bản luật của Nhà nước ta. Tuy vậy, trong tất cả các định nghĩa nói trên về VBQPPL đều có sự thống nhất ở những điểm cơ bản sau: *Thứ nhất*, VBQPPL do cơ quan nhà nước ban hành; *thứ hai*, có quy tắc xử sự chung. Còn lại trong mỗi định nghĩa về VBQPPL lại đưa vào những dấu hiệu phụ khác nhau như “có tính bắt buộc chung” hay “có hiệu lực bắt buộc chung”; “theo thẩm quyền, hình thức, trình tự, thủ tục được quy định trong Luật này...”; “được Nhà nước bảo đảm thực hiện”; “để điều chỉnh quan hệ xã hội”; “theo định hướng XHCN”; “được áp dụng” hay “sử dụng nhiều lần trong đời sống”...

Với việc thêm hoặc không thêm những dấu hiệu phụ như trên, dẫn đến:

Thứ nhất, VBQPPL nếu không có dấu hiệu “được thực hiện nhiều lần trong cuộc sống” thì chưa thật đầy đủ, vì VBQPPL có (chứa) quy phạm pháp luật mà quy phạm pháp luật là quy tắc xử sự chung, được thực hiện nhiều lần trong cuộc sống. Do vậy, cần

phải có dấu hiệu “được thực hiện nhiều lần”, cũng không nên dùng thuật ngữ “áp dụng” hoặc “sử dụng” nhiều lần vì VBQPPL được thực hiện ở nhiều hình thức khác nhau chứ không chỉ là sử dụng hoặc áp dụng.

Thứ hai, dấu hiệu “có tính bắt buộc chung” hay “hiệu lực bắt buộc chung” được quy định như vậy có thể dẫn đến sự hiểu nhầm. Bởi VBQPPL do HĐND và UBND ban hành lại không được Luật quy định “có hiệu lực bắt buộc chung” mà lại quy định là “có hiệu lực trong phạm vi địa phương”. Những quy định trên có thể hiểu là: VBQPPL có hiệu lực bắt buộc chung tức là có hiệu lực trên phạm vi cả nước, còn văn bản của cơ quan địa phương có hiệu lực bắt buộc trong phạm vi địa phương. Cách hiểu về “tính bắt buộc chung” như vậy là không đúng. Chưa kể văn bản của các cơ quan trung ương ban hành nhiều khi cũng chỉ có hiệu lực thực hiện trên phạm vi một phần lãnh thổ của đất nước. Hiệu lực của văn bản đã có những quy định riêng trong từng Luật, do vậy, không nên đưa dấu hiệu này vào định nghĩa văn bản. Hơn nữa, hiệu lực của văn bản đâu chỉ có giới hạn về không gian mà còn cả về thời gian và về đối tượng tác động, do vậy, không nên quy định “có hiệu lực trong phạm vi địa phương”.

Thứ ba, quy định: “nhằm điều chỉnh quan hệ xã hội theo định hướng XHCN” hay “để điều chỉnh quan hệ xã hội” cũng chưa phù hợp. Bởi việc thêm cụm từ “theo định hướng XHCN” thì quá trừu tượng, rất khó xác định được VBQPPL nào là “theo định hướng XHCN”, văn bản nào là không theo định hướng XHCN. Còn nếu chỉ quy định là “để điều chỉnh quan hệ xã hội” thì chưa thể hiện được mục đích thực sự của VBQPPL. Do vậy, chúng tôi cho rằng, nên quy định: “để điều chỉnh quan hệ xã hội vì lợi ích cộng đồng” thì phù hợp với mọi VBQPPL.

Thứ tư, việc quy định VBQPPL phải được ban hành “theo thẩm quyền, hình thức, trình tự, thủ tục được quy định trong Luật này...” sẽ dẫn đến tình trạng đối với những

VBQPPL không được “Luật này” quy định thì ban hành như thế nào? Bởi cũng trong Luật Ban hành VBQPPL còn thống kê hệ thống các VBQPPL ở Việt Nam. Điều này được hiểu là chỉ những văn bản do các cơ quan nhà nước ban hành có tên trong Luật Ban hành VBQPPL thì mới là VBQPPL, còn những văn bản khác thì không phải. Với những quy định như vậy về VBQPPL trong Luật Ban hành VBQPPL hiện nay cho thấy còn nhiều văn bản do các cơ quan nhà nước có thẩm quyền ban hành có chứa quy phạm pháp luật đã không được quy định trong các Luật Ban hành VBQPPL. Chẳng hạn, điều lệ, quy chế làm việc, quy chế tổ chức và hoạt động của một số cơ quan, tổ chức nhà nước... Những văn bản này được ban hành đúng thẩm quyền, có chứa quy phạm pháp luật (quy tắc xử sự chung, được thực hiện nhiều lần trong cuộc sống), nhưng không có tên và không ban hành đúng “hình thức, trình tự, thủ tục được quy định trong Luật Ban hành VBQPPL hoặc trong Luật Ban hành VBQPPL của HĐND, UBND” (thực ra thì các Luật trên đã không quy định về chúng) nên Luật Ban hành VBQPPL năm 2008 cho rằng chúng không phải là VBQPPL, vậy chúng là văn bản gì?

Cũng trong Khoản 2 Điều 1 Luật trên còn quy định: “Văn bản do cơ quan nhà nước ban hành hoặc phối hợp ban hành không đúng thẩm quyền, hình thức, trình tự, thủ tục được quy định trong Luật này hoặc trong Luật Ban hành VBQPPL của HĐND, UBND thì không phải là VBQPPL”. Với quy định này có thể hiểu rằng, những văn bản do cơ quan nhà nước ban hành không đúng thẩm quyền, không đúng hình thức, không đúng trình tự, thủ tục được quy định trong Luật này hoặc trong Luật Ban hành VBQPPL của HĐND, UBND thì không phải là VBQPPL. Đây là một sự phủ định “quá đáng”, bởi trong thực tế có rất nhiều văn bản được các cơ quan nhà nước có thẩm quyền ban hành có chứa quy phạm pháp luật, song ở mức độ nào đó chưa đúng về

trình tự, thủ tục hay một nội dung nào đấy nhưng vẫn được tôn trọng và thực hiện, song lại bị Luật cho là “không phải là VBQPPL”. Chưa kể là nhiều VBQPPL được ban hành có sai phạm nhưng không phải khi nào cũng phát hiện được ngay mà sau một thời gian khá dài mới phát hiện được. Như vậy, nếu chưa phát hiện ra sai phạm thì nó (văn bản) là VBQPPL, còn kể từ khi phát hiện ra sai phạm thì nó không còn là VBQPPL nữa?

Cũng cần chú ý là, thẩm quyền ban hành VBQPPL của các cơ quan nhà nước còn được quy định bởi Hiến pháp và các luật về tổ chức bộ máy nhà nước. Do vậy, Luật Ban hành VBQPPL hạn chế thẩm quyền ban hành VBQPPL của một số cơ quan nhà nước là không phù hợp. Luật Ban hành VBQPPL muốn quy định rõ những văn bản được coi là VBQPPL, nhưng cũng chỉ nửa vời, không triệt để. Chẳng hạn, đối với các văn bản của Chính phủ thì chỉ Nghị định mới là VBQPPL, còn Nghị quyết thì không, tương tự như vậy, đối với văn bản của các Bộ thì chỉ có Thông tư của Bộ trưởng mới là VBQPPL còn Quyết định và Chỉ thị thì không, nhưng một số loại văn bản như Nghị quyết của Quốc hội, Nghị quyết của Ủy ban Thường vụ Quốc hội, Lệnh, Quyết định của Chủ tịch nước được Luật quy định là VBQPPL, song các cơ quan này vẫn buộc phải ban hành những văn bản có tên trên vừa dưới dạng VBQPPL, vừa dưới dạng văn bản áp dụng pháp luật, nghĩa là, nếu Nghị quyết hay Lệnh, Quyết định nào có chứa quy phạm pháp luật thì là VBQPPL, còn nếu không thì có thể là văn bản cá biệt, văn bản áp dụng pháp luật...

Luật Ban hành VBQPPL hiện hành đã quy định rất chặt chẽ về khái niệm VBQPPL, hình thức (tên) các VBQPPL và thẩm quyền, trình tự, thủ tục ban hành chúng. Những quy định đó đã làm cho việc nhận thức về VBQPPL, thực tiễn ban hành VBQPPL ở Việt Nam chính xác, chặt chẽ và có cơ sở pháp lý hơn. Tuy vậy, chính những quy định quá chặt chẽ và có phần máy móc

của Luật Ban hành VBQPPL như hiện nay đã làm cho những người hoạt động lý luận cũng như thực tiễn lúng túng trong việc nhận thức và lý giải về những trường hợp VBQPPL được ban hành không đúng với các quy định của Luật Ban hành VBQPPL.

2. Kiến nghị sửa đổi Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật

a) Chúng tôi cho rằng, Luật Ban hành VBQPPL nên có sự xác định thống nhất về VBQPPL. Theo chúng tôi, có thể định nghĩa VBQPPL như sau: *VBQPPL là văn bản do cơ quan nhà nước ban hành hoặc phối hợp ban hành và bảo đảm thực hiện theo trình tự, thủ tục nhất định, trong đó có quy tắc xử sự chung, có hình thức, nội dung phù hợp với thẩm quyền của cơ quan ban hành, được thực hiện nhiều lần để điều chỉnh các quan hệ xã hội vì lợi ích cộng đồng.*

Chúng tôi đưa ra định nghĩa trên về VBQPPL vì các lý do sau:

Thứ nhất, VBQPPL phải là văn bản do cơ quan nhà nước ban hành hoặc phối hợp ban hành và bảo đảm thực hiện (các cơ quan nhà nước phối hợp với nhau hoặc cơ quan nhà nước phối hợp với cơ quan của tổ chức chính trị - xã hội, thậm chí phối hợp với nhân dân trong trường hợp ban hành Hiến pháp...). Đây là đặc điểm chung của pháp luật thực định (pháp luật do Nhà nước (cơ quan nhà nước) ban hành và bảo đảm thực hiện).

Thứ hai, việc ban hành và bảo đảm thực hiện VBQPPL phải theo trình tự, thủ tục nhất định. Trình tự, thủ tục ban hành và bảo đảm thực hiện VBQPPL do các văn bản pháp luật khác quy định chứ không chỉ do Luật Ban hành VBQPPL quy định. Do vậy, chỉ cần quy định theo trình tự, thủ tục nhất định thì mới bao quát.

Thứ ba, trong VBQPPL phải có quy tắc xử sự chung và được thực hiện nhiều lần. Đây là dấu hiệu bắt buộc của VBQPPL vì nó chứa quy phạm pháp luật (quy tắc xử sự chung, được thực hiện nhiều lần). Cũng cần

chú ý là trong VBQPPL thì không chỉ có quy tắc xử sự chung mà còn có thể có những quy định mà không phải là quy phạm pháp luật.

Thứ tư, VBQPPL có hình thức, nội dung phù hợp với thẩm quyền của cơ quan ban hành. Mỗi cơ quan nhà nước tự mình hoặc phối hợp cũng chỉ được phép ban hành một số VBQPPL và nội dung những văn bản ấy phải phù hợp với nhiệm vụ, quyền hạn của cơ quan đó đã được Hiến pháp, luật về tổ chức cơ quan quy định. Luật Ban hành VBQPPL không thể xác định thẩm quyền của cơ quan ban hành trái với Hiến pháp và luật tổ chức cơ quan đó.

Thứ năm, mục đích ban hành VBQPPL là để điều chỉnh quan hệ xã hội vì lợi ích cộng đồng ở các phạm vi khác nhau tùy thuộc vào tính chất, nội dung của mỗi văn bản.

Cách xác định VBQPPL như trên sẽ cho phép giải quyết được:

- Tất cả các văn bản do cơ quan nhà nước ban hành hoặc phối hợp ban hành và bảo đảm thực hiện mà trong đó có quy tắc xử sự chung, được thực hiện nhiều lần thì đều là VBQPPL, không phụ thuộc vào việc có được Luật Ban hành VBQPPL liệt kê hay không.

- Trình tự, thủ tục ban hành và bảo đảm thực hiện của một số VBQPPL có thể được luật ban hành VBQPPL quy định chặt chẽ, chính xác, một số khác thì không. Chẳng hạn, trình tự, thủ tục ban hành Hiến pháp được quy định trong Hiến pháp; trình tự, thủ tục ban hành các văn bản có tính chất nội bộ trong một cơ quan như quy chế, quy định... do chính cơ quan đó quy định.

- Hình thức và nội dung của VBQPPL không thể chỉ do Luật Ban hành VBQPPL quy định mà phải phụ thuộc vào thẩm quyền của cơ quan hoặc các cơ quan ban hành (trong trường hợp có sự phối hợp ban hành). Thẩm quyền của cơ quan ban hành VBQPPL được Hiến pháp, luật về tổ chức

cơ quan quy định (Luật Tổ chức Quốc hội, Luật Tổ chức Chính phủ...).

- Mục đích ban hành VBQPPL không chỉ dừng lại ở việc điều chỉnh quan hệ xã hội mà phải xét đến cùng là vì lợi ích cộng đồng, đó có thể là một cộng đồng xã hội nhỏ và cũng có thể là toàn xã hội.

b) Không nên và cũng không thể quy định được hết về nội dung, trình tự, thủ tục ban hành các loại VBQPPL trong Luật Ban hành VBQPPL, nghĩa là, trong Luật Ban hành VBQPPL không nên cho rằng chỉ những văn bản được quy định trong Luật và được ban hành theo đúng thẩm quyền, hình thức, trình tự... của Luật Ban hành VBQPPL mới là VBQPPL, còn các văn bản khác không được ban hành theo đúng thẩm quyền, hình thức, trình tự... của Luật Ban hành VBQPPL thì không phải VBQPPL. Bởi thực chất, Luật Ban hành VBQPPL chỉ quy định về thẩm quyền, trình tự, thủ tục, hình thức ban hành của một số VBQPPL chứ không phải là tất cả các VBQPPL. Và như vậy, chỉ khi ban hành những VBQPPL được quy định chặt chẽ về trình tự, thủ tục và nội dung trong Luật ban hành VBQPPL thì mới phải theo các quy định của Luật, còn những văn bản không quy định trong Luật này thì không phải theo.

c) Ngoài quy định về việc giải thích Hiến pháp, luật, pháp lệnh thì nên có quy định chung về việc giải thích các VBQPPL khác để đảm bảo cho công tác này được tiến hành thống nhất và hiệu quả hơn.

Trong Luật hiện hành chỉ quy định về việc giải thích Hiến pháp, luật, pháp lệnh, thì không thể dùng cụm từ “giải thích pháp luật”, bởi pháp luật thì không chỉ có Hiến pháp, luật, pháp lệnh mà bao gồm tất cả các VBQPPL và chúng cũng cần phải được giải thích để nhận thức và thực hiện chính xác, thống nhất. Nếu không quy định được việc giải thích đối với các VBQPPL khác, thì nên dùng cụm từ “giải thích Hiến pháp, luật và pháp lệnh” để chỉ đúng nội dung của chương, mục.

Cũng do vậy, không nên phân định rạch ròi, cứng nhắc về các văn bản do các cơ quan nhà nước ban hành khi thực thi nhiệm vụ, quyền hạn của mình. Bởi trong thực tiễn có một số văn bản do các cơ quan nhà nước ban hành luôn luôn là VBQPPL như Hiến pháp, luật, pháp lệnh, nghị định, thông tư... Một số văn bản khác do các cơ quan nhà nước ban hành trong quá trình áp dụng pháp luật luôn là văn bản áp dụng pháp luật như bản án, quyết định bỏ nhiệm..., còn một số văn bản do cùng một cơ quan nhà nước ban hành nhưng khi thì là VBQPPL (nếu có chứa quy phạm), khi thì lại không phải là văn bản quy phạm (nếu không chứa quy phạm).

d) Không nên quá coi trọng về mặt hình thức, trình tự, thủ tục ban hành văn bản, đòi hỏi việc ban hành “tất cả mọi VBQPPL” phải tuân theo đầy đủ các quy định trong Luật Ban hành VBQPPL. Chúng tôi cho rằng, chỉ những VBQPPL nào được nêu tên trong Luật và được quy định trình tự, thủ tục ban hành trong Luật thì mới phải tuân theo các trình tự, thủ tục chặt chẽ như trong Luật Ban hành VBQPPL. Đối với những VBQPPL không thể và không cần quy định trong Luật thì nên có sự hướng dẫn để các chủ thể có thẩm quyền có thể linh hoạt hơn trong quá trình ban hành sao cho hiệu quả nhất. Bởi mục đích cuối cùng, điều quan trọng nhất mà chúng ta quan tâm đến khi ban hành VBQPPL là chúng phải được ban hành hợp hiến và hợp pháp, được ban hành đúng thẩm quyền cả về nội dung của văn bản và hình thức (tên) văn bản, phù hợp với các điều kiện kinh tế, chính trị, văn hoá, xã hội, điều chỉnh một cách hiệu quả các quan hệ xã hội, nhằm duy trì quản lý xã hội vì lợi ích của nhân dân.

e) Bổ sung trách nhiệm pháp lý vừa theo nghĩa tích cực vừa theo nghĩa tiêu cực của các chủ thể tham gia quá trình ban hành VBQPPL vào Luật Ban hành VBQPPL để nâng cao trách nhiệm của các chủ thể trong quá trình tham gia ban hành VBQPPL ■

CHẾ ĐỊNH HỘI ĐỒNG BẦU CỬ QUỐC GIA

MỘT NỘI DUNG QUAN TRỌNG CỦA LUẬT BẦU CỬ

PHAN VĂN NGỌC*

Đổi mới công tác quản lý bầu cử là một trong những vấn đề căn bản trong đổi mới chế độ bầu cử theo hướng dân chủ và pháp quyền. Điều 117 Hiến pháp năm 2013 đã hiến định những nội dung cơ bản của chế định Hội đồng bầu cử quốc gia (HĐBCQG). Dự thảo Luật Bầu cử đại biểu Quốc hội (ĐBQH) và đại biểu Hội đồng nhân dân (HĐND) dự kiến trình Quốc hội khóa XIII cho ý kiến vào kỳ họp thứ 8 sắp tới sẽ quy định cụ thể tổ chức, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ chế hoạt động của HĐBCQG. Bài viết nêu một số ý kiến có liên quan đến vấn đề này.

1. Các mô hình Hội đồng bầu cử quốc gia tiêu biểu và quan điểm áp dụng

HĐBCQG là cơ quan được thành lập ở trung ương, có vị trí cao nhất trong hệ thống các cơ quan quản lý bầu cử, gồm nhiều thành viên, hoạt động theo chế độ tập thể và quyết định theo đa số, có chức năng tổ chức, quản lý thống nhất các cuộc bầu cử quốc gia diễn ra trong phạm vi cả nước. HĐBCQG có thể được pháp luật quy định thực hiện thêm một số nhiệm vụ đặc thù như tổ chức trưng cầu dân ý, phúc quyết Hiến pháp¹.

Trên thế giới, có nhiều cách phân loại mô hình HĐBCQG. Căn cứ vào tính chất nhân sự, HĐBCQG được chia thành: (i) Mô hình hành pháp; (ii) Mô hình tư pháp; (iii) Mô hình đa đảng; và (iv) Mô hình chuyên gia. Căn cứ vào tính độc lập với nhánh hành

pháp, có thể chia thành: (i) HĐBCQG độc lập; (ii) HĐBCQG là cấu phần độc lập trong kiểu cơ quan quản lý bầu cử trung ương hỗn hợp (bao gồm một cấu phần độc lập và một cấu phần thuộc Chính phủ); (iii) HĐBCQG thuộc Chính phủ. Căn cứ vào nhiệm kỳ, HĐBCQG gồm: (i) HĐBCQG chuyên trách, hoạt động thường xuyên; (ii) HĐBCQG lâm thời. Căn cứ vào nhiệm vụ, quyền hạn, có các mô hình: (i) HĐBCQG tập trung; (ii) HĐBCQG phi tập trung.

Trong các tiêu chí nêu trên, nhiều nhà nghiên cứu lựa chọn tiêu chí “tính độc lập trong tổ chức và hoạt động” với nhánh hành pháp để phân loại mô hình HĐBCQG. Theo đó, có các mô hình sau:

- HĐBCQG độc lập: Theo mô hình này, sự độc lập của HĐBCQG thể hiện dưới 3 góc độ: (i) về nhân sự, cơ quan hành pháp

* ThS. Phó Giám đốc Trung tâm Thông tin khoa học, Viện Nghiên cứu Lập pháp.

¹ ThS. Phan Văn Ngọc (2013), Đề tài cấp cơ sở “Mô hình HĐBCQG trên thế giới và khả năng áp dụng phù hợp với điều kiện ở nước ta”, Trang 14 -15.

không can thiệp vào công tác tổ chức, nhân sự và thông thường các thành viên của Hội đồng không phải là nhân sự của cơ quan hành pháp; (ii) về hoạt động, không bị chi phối bởi sự lãnh đạo, chỉ đạo, can thiệp từ phía Chính phủ hoặc các Bộ, ngành thuộc Chính phủ; (iii) về tài chính, HĐBCQG có ngân sách riêng, tự chịu trách nhiệm trong việc chi tiêu và quyết toán kinh phí. Trong ba yếu tố nêu trên, độc lập về nhân sự và tài chính là cơ sở cho sự độc lập về hoạt động, nhằm bảo đảm cho việc tổ chức, quản lý bầu cử một cách khách quan, công bằng, không thiên vị cho bất kỳ ứng cử viên, đảng phái hay trào lưu chính trị nào. HĐBCQG độc lập thường đảm nhiệm hầu hết các công việc tổ chức và quản lý bầu cử. Đây là mô hình phổ biến, được áp dụng ở nhiều nước trên thế giới.

- HĐBCQG là cấu phần độc lập: Trong cơ quan lý bầu cử trung ương theo kiểu hỗn hợp thì HĐBCQG thường là cấu phần độc lập. HĐBCQG theo mô hình này về cơ bản mang các đặc điểm như mô hình HĐBCQG độc lập nhưng có sự khác nhau đáng kể về mức độ, phạm vi và hình thức thể hiện. Nhiệm vụ của HĐBCQG theo mô hình này thường rất hạn chế, chủ yếu tập trung vào việc ban hành chính sách, pháp luật về bầu cử; giám sát các công việc bầu cử do Chính phủ thực hiện, giám sát hoạt động tranh cử của đảng phái chính trị, ứng cử viên; và giải quyết các khiếu nại, tố cáo²... Tính phổ biến của mô hình này ở mức độ hạn chế hơn so với mô hình HĐBCQG độc lập.

- Mô hình HĐBCQG thuộc Chính phủ: Đây là cơ quan quản lý bầu cử ở trung ương, do Chính phủ thành lập, thường thuộc cơ cấu, tổ chức của một bộ (Bộ Nội vụ, Bộ Tư pháp) do Bộ trưởng đứng đầu cùng với các thành viên là công chức nhánh hành pháp. HĐBCQG theo mô hình này chịu trách nhiệm trước nhánh hành pháp trong việc

lãnh đạo, chỉ đạo, tổ chức và quản lý bầu cử trong phạm vi cả nước; có trách nhiệm báo cáo Chính phủ về kết quả bầu cử. Ngân sách hoạt động là một phần ngân sách của Chính phủ hoặc của bộ chủ quản. Có rất ít các HĐBCQG tổ chức theo mô hình này³.

Tính độc lập và hiệu quả hoạt động của HĐBCQG không phải chỉ phụ thuộc vào mô hình tổ chức mà quan trọng hơn, còn phụ thuộc nhiều vào môi trường chính trị cụ thể. Chính vì vậy, có những HĐBCQG độc lập nhưng hoạt động lại rất hình thức trong môi trường chính trị thiếu dân chủ, bị chính trị hóa và dễ bị chi phối nhiều từ các đảng chính trị. Campuchia và Thái Lan đều là những nước sử dụng mô hình HĐBCQG độc lập, nhưng những cáo buộc về gian lận trong bầu cử đã làm cho các đảng phái và người dân không công nhận kết quả bầu cử, là một trong những nguyên nhân gây bất ổn về chính trị - xã hội. Trong khi đó, Hội đồng bầu cử là cấu phần độc lập ở các nước như Tây Ban Nha, Nhật Bản... lại được đánh giá là rất hiệu quả. Một số nước phát triển, có nền dân chủ lâu đời như Đan Mạch, Thụy Điển, Thụy Sĩ... thì cơ quan quản lý bầu cử ở trung ương thuộc Chính phủ, không tổ chức theo kiểu hội đồng, nhưng người dân và các đảng phái chính trị rất hài lòng về công tác tổ chức và quản lý bầu cử.

Mỗi mô hình mang những đặc điểm chung cơ bản, không có một “mẫu hình” mang tính tuyệt đối chuẩn mực để áp dụng chung cho mọi quốc gia. Việc áp dụng một cách máy móc kinh nghiệm tổ chức và hoạt động của Hội đồng bầu cử trên thế giới vào điều kiện cụ thể của từng nước có thể không đem lại hiệu quả như mong muốn. Đây là vấn đề mang tính lý luận cần được nhận thức một cách đầy đủ và biện chứng trong quá trình xây dựng các quy định pháp luật về HĐBCQG hiện nay.

2 *ThS. Phan Văn Ngọc (2013), Đề tài cấp cơ sở “Mô hình HĐBCQG trên thế giới và khả năng áp dụng phù hợp với điều kiện ở nước ta”, trang 31.*

3 *TS. Vũ Công Giao, “Cơ quan quản lý bầu cử quốc gia trên thế giới và việc hiến định cơ quan này trong Hiến pháp 1992 sửa đổi năm 2013 của Việt Nam” trong Sách chuyên khảo “Các thiết chế hiến định độc lập – Kinh nghiệm quốc tế và triển vọng ở Việt Nam”, NXB Đại học quốc gia Hà Nội, 2013, trang 106.*

2. Tổ chức và hoạt động của Hội đồng bầu cử ở trung ương theo quy định của pháp luật

Hiện nay chưa có quan điểm thống nhất khi đánh giá về mô hình Hội đồng bầu cử ở trung ương (sau đây gọi là Hội đồng bầu cử trung ương) ở nước ta. Theo kết quả khảo sát 214 quốc gia/vùng lãnh thổ và phân loại trong Sách chuyên khảo “Thiết kế cơ quan phụ trách bầu cử” của Cơ quan Hỗ trợ dân chủ và bầu cử quốc tế (IDEA) thì Hội đồng bầu cử trung ương của Việt Nam được xếp vào mô hình thuộc Chính phủ⁴. Trong khi đó, một số tài liệu khác thì cho rằng: Bộ máy tổ chức phụ trách bầu cử hiện hành ở Việt Nam rất đặc thù, không hoàn toàn thuộc về bất kỳ mô hình cơ quan quản lý bầu cử nào trên thế giới^{5,6}.

Tuy nhiên, xét dưới góc độ thuần túy về pháp lý, căn cứ vào những yếu tố cơ bản về tổ chức và hoạt động thì Hội đồng bầu cử trung ương mang nhiều đặc điểm của mô hình HĐBCQG độc lập⁷. Điều này thể hiện ở những điểm cụ thể: (i) việc thành lập, Hội đồng bầu cử trung ương từ trước đến nay đều do Ủy ban Thường vụ Quốc hội (UBTVQH) thành lập, quyết định về số lượng, thành phần và nhân sự; (ii) về nhiệm vụ, quyền hạn, Hội đồng bầu cử có nhiều nhiệm vụ, quyền hạn trong tổ chức, quản lý, lãnh đạo, chỉ đạo cuộc bầu cử ĐBQH, đại biểu HĐND trong cả nước. (iii) về tính độc lập và trách nhiệm giải trình, Hội đồng bầu cử trung ương độc lập trong việc thực hiện các nhiệm vụ, quyền hạn và chỉ có trách nhiệm báo cáo công tác bầu cử, báo cáo kết quả bầu cử với UBTVQH và Quốc hội khóa mới; (iv) về tài chính và bộ máy phục vụ, nguồn kinh phí hoạt động của Hội đồng bầu cử do ngân sách nhà nước cấp, là một khoản kinh phí được phân bổ cho năm bầu cử do

Quốc hội quyết định. Hội đồng bầu cử có Tổ giúp việc gồm nhiều thành viên, trong đó chủ yếu là cán bộ của Văn phòng Quốc hội.

Pháp luật quy định Hội đồng bầu cử có từ 15 - 21 thành viên, nhưng trên thực tế, số lượng thành viên luôn ở mức tối đa. Về cơ cấu, thành viên Hội đồng bầu cử là những người giữ các chức vụ cao cấp trong bộ máy nhà nước, các cơ quan Đảng ở trung ương; người đứng đầu các tổ chức chính trị - xã hội có vai trò đặc biệt quan trọng trong hệ thống chính trị, bảo đảm tính đại diện cho các lực lượng chủ yếu trong xã hội. Hội đồng bầu cử có tính lâm thời, các thành viên hoạt động theo chế độ kiêm nhiệm. Thực tiễn triển khai bầu cử cho thấy, cách thức bố trí nhân sự hiện nay phù hợp với đặc điểm bầu cử ở nước ta, giúp cho Hội đồng bầu cử đóng vai trò là đầu mối tổ chức phối hợp thực hiện công tác triển khai bầu cử.

Nhiệm vụ, quyền hạn của Hội đồng bầu cử đã được sửa đổi, bổ sung đầy đủ và cụ thể hơn để lãnh đạo, chỉ đạo, tổ chức, quản lý công tác bầu cử ĐBQH và đại biểu HĐND trong cùng một thời điểm. Trong đó, có 13 nhiệm vụ, quyền hạn về bầu cử ĐBQH; có 5 nhiệm vụ, quyền hạn về bầu cử đại biểu HĐND trên cơ sở tiếp nhận chuyển giao các nhiệm vụ, quyền hạn trước đây thuộc UBTVQH và Chính phủ được quy định trong Luật Bầu cử đại biểu HĐND năm 2003. Tuy nhiên, một số nhiệm vụ, quyền hạn quan trọng lại thuộc thẩm quyền của các cơ quan khác.

Trong hoạt động, Hội đồng bầu cử trung ương giữ vị trí trung tâm cùng với UBTVQH, Chính phủ, Ủy ban trung ương Mặt trận Tổ quốc Việt Nam lãnh đạo, chỉ đạo, tổ chức, quản lý hoạt động bầu cử trong phạm vi cả nước. Hoạt động của Hội đồng bầu cử chủ yếu thông qua phương thức tổ

4 IDEA (2006), "Electoral Management Design: The New International IDEA Handbook", trang 322

5 Viện Nghiên cứu Lập pháp, Tài liệu tham khảo phục vụ kỳ họp thứ 5, Quốc hội khóa XIII (2013) "Mô hình tổ chức và hoạt động của HĐBCQG ở một số nước trên thế giới", trang 79-80.

6 Viện Nghiên cứu Lập pháp, Chương trình phát triển Liên hợp quốc (2013), Tài liệu tham khảo "Mối quan hệ giữa Quốc hội và thiết chế HĐBCQG", trang 35.

7 ThS. Phan Văn Ngọc (2013), Đề tài cấp cơ sở "Mô hình HĐBCQG trên thế giới và khả năng áp dụng phù hợp với điều kiện ở nước ta", trang 31.

chức các cuộc họp để xem xét, quyết định những nội dung thuộc thẩm quyền; ban hành kế hoạch bầu cử và các văn bản hướng dẫn; tổ chức các đoàn kiểm tra thực tế công tác chuẩn bị bầu cử ở địa phương; làm biên bản bầu cử, công bố kết quả bầu cử và báo cáo kết quả với UBTVQH và Quốc hội khóa mới.

3. Quan điểm và một số kiến nghị quy định về Hội đồng bầu cử quốc gia ở nước ta

Cụ thể hóa các quy định của Hiến pháp về HĐBCQG vào Luật Bầu cử ĐBQH và đại biểu HĐND các cấp phải trên cơ sở các quan điểm chung về tổ chức bộ máy nhà nước. Đồng thời, cần quan tâm đến một số yêu cầu:

- Thứ nhất, bầu cử là quá trình tổ chức bộ máy nhà nước, triển khai các cuộc bầu cử là nhiệm vụ trọng tâm trong năm bầu cử, là đợt sinh hoạt chính trị sâu rộng trong toàn xã hội. Do vậy, sự tham gia lãnh đạo, chỉ đạo và triển khai công việc của các cơ quan, tổ chức, các cấp, các ngành và nhân dân cả nước là yếu tố quyết định đến thành công của cuộc bầu cử;

- Thứ hai, thể hiện đầy đủ nội dung và tinh thần của Hiến pháp về vị thế và vai trò của HĐBCQG. Theo đó, HĐBCQG là một cơ quan do Quốc hội thành lập, không phải là tổ chức phụ trách bầu cử như trước đây. HĐBCQG giữ vai trò quan trọng hơn trong tổ chức bầu cử ĐBQH, chỉ đạo và hướng dẫn bầu cử đại biểu HĐND.

- Thứ ba, đổi mới công tác quản lý bầu cử là một quá trình với những bước đi thích hợp, có sự kế thừa và có bước phát triển mới phù hợp với điều kiện cụ thể. Không có một mô hình tuyệt đối chuẩn mực và lý tưởng cho mọi quốc gia. Do vậy, cần tránh việc áp dụng một cách rập khuôn, máy móc không phù hợp với điều kiện, hoàn cảnh cụ thể ở nước ta.

Với quan điểm và cách tiếp cận nêu trên, việc xác định mô hình HĐBCQG và quy định về tổ chức, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ chế hoạt động của cơ quan này có thể nghiên cứu theo hướng sau đây:

- Xác định mô hình HĐBCQG: Tiếp tục kế thừa tính độc lập dưới góc độ pháp lý về tổ chức và hoạt động của Hội đồng Bầu cử ở trung ương như đã phân tích ở trên. Đồng thời, tăng cường sự độc lập của HĐBCQG thông qua: cách thức thành lập; cơ cấu, tổ chức; bổ sung các nhiệm vụ, quyền hạn tương xứng; xác định cụ thể cơ chế hoạt động; phân định rõ vai trò của các cơ quan, tổ chức trong tổ chức, quản lý bầu cử; và cụ thể hóa các mối quan hệ công tác.

- Cách thức thành lập và nhiệm kỳ: Quốc hội thành lập HĐBCQG thông qua việc bầu Chủ tịch và phê chuẩn danh sách thành viên. Chủ tịch HĐBCQG do Quốc hội bầu, bãi nhiệm, miễn nhiệm theo đề nghị của UBTVQH. Thành viên HĐBCQG do Quốc hội phê chuẩn, miễn nhiệm trên cơ sở đề nghị của Chủ tịch HĐBCQG theo chức vụ từng người. Nhiệm kỳ của HĐBCQG theo nhiệm kỳ của Quốc hội, bắt đầu từ khi Quốc hội thành lập và kết thúc khi Quốc hội khóa mới thành lập HĐBCQG khóa mới. Đối với cuộc bầu cử nhiệm kỳ 2016-2021, cần có Nghị quyết của Quốc hội quy định áp dụng riêng về thời điểm thành lập HĐBCQG.

- Số lượng và cơ cấu thành viên: Quy định tăng thêm số lượng thành viên HĐBCQG từ 21-25 người nhằm bảo đảm tính đại diện rộng rãi và tăng cường khả năng lãnh đạo, chỉ đạo của các cơ quan, tổ chức ở trung ương đối với toàn bộ hệ thống chính trị từ trung ương đến cơ sở tham gia triển khai công tác bầu cử. Việc tăng thêm số lượng thành viên sẽ tạo điều kiện để đại diện của một số tổ chức xã hội - nghề nghiệp, các chuyên gia, những người hoạt động thực tiễn có cơ hội tham gia vào việc tổ chức và quản lý bầu cử.

- Cơ chế hoạt động: HĐBCQG hoạt động độc lập và chỉ tuân theo pháp luật (tương tự như Tòa án và Kiểm toán Nhà nước). HĐBCQG làm việc theo chế độ tập thể, quyết định theo đa số. Các thành viên hoạt động theo chế độ kiêm nhiệm và chỉ tham gia thảo luận, quyết định khi HĐBCQG thực hiện các nhiệm vụ tổ chức, chỉ đạo bầu cử. Cơ chế hoạt động của HĐBCQG tương tự như Hội đồng Quốc



phòng và an ninh hiện nay. Có thể nghiên cứu cơ chế quy định Tổng thư ký HĐBCQG là lãnh đạo Ban Công tác đại biểu, hoạt động bán chuyên trách, làm đầu mối để kết nối mối liên hệ thường giữa các thành viên đồng thời thực hiện việc hướng dẫn chuyên môn về bầu cử giữa nhiệm kỳ.

- Phân định rõ ràng vai trò của các cơ quan, tổ chức trong bầu cử: Việc lãnh đạo, chỉ đạo, tổ chức, quản lý bầu cử cần được phân định rành mạch theo hướng: (i) các cơ quan Đảng định hướng và lãnh đạo chung về bầu cử; (ii) Quốc hội quyết định những vấn đề lớn về dự kiến cơ cấu, thành phần, số lượng ĐBQH, định hướng cơ cấu, thành phần đại biểu HĐND; UBND hướng dẫn thực hiện dự kiến cơ cấu, thành phần và số lượng ĐBQH, thực hiện vai trò giám sát cuộc bầu cử; (iii) Chính phủ chỉ đạo triển khai công tác chuẩn bị các điều kiện cơ sở vật chất, kỹ thuật, nhân lực phục vụ bầu cử, bảo đảm an ninh, trật tự cho cuộc bầu cử; (iv) Mặt trận Tổ quốc chủ trì công tác hiệp thương về bầu cử; (v) HĐBCQG tổ chức, chỉ đạo, hướng dẫn về bầu cử theo đúng quy định của pháp luật.

- Về nhiệm vụ, quyền hạn: Bổ sung, quy định mới một số nhiệm vụ, quyền hạn cho HĐBCQG trên cơ sở chuyển giao các nhiệm vụ, quyền hạn của UBND và Chính phủ

theo quy định của các luật bầu cử hiện hành. Các nhiệm vụ được bổ sung, quy định mới gồm: (i) ban hành văn bản hướng dẫn các luật về bầu cử; (ii) ấn định và công bố ngày bầu cử ĐBQH, đại biểu HĐND các cấp; (iii) phân bổ số lượng ĐBQH được bầu của các tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương; (iv) ấn định và công bố đơn vị bầu cử, danh sách các đơn vị bầu cử và số lượng ĐBQH được bầu của mỗi đơn vị bầu cử; (v) quyết định, công bố và tổ chức bầu cử bổ sung ĐBQH, quyết định bầu cử bổ sung đại biểu HĐND cấp tỉnh...

- Cơ chế giám sát, giải trình: HĐBCQG chịu sự giám sát của Quốc hội, UBND; có trách nhiệm định kỳ báo cáo công tác trước UBND trong thời gian tổ chức cuộc bầu cử; báo cáo UBND và Quốc hội về kết quả cuộc bầu cử.

Ngoài ra, pháp luật về bầu cử cần quy định HĐBCQG có quyền thành lập các tiểu ban để đảm nhận các công việc theo lĩnh vực, ban hành bộ tiêu chí hoạt động của các cơ quan, tổ chức phụ trách bầu cử. Trong phạm vi thẩm quyền của mình, các cơ quan, tổ chức hữu quan có trách nhiệm tạo điều kiện thuận lợi để HĐBCQG thực hiện các nhiệm vụ, quyền hạn do pháp luật quy định ■

Nâng cao hiệu quả của CHÍNH SÁCH TRỢ GIÚP ĐỘT XUẤT

NGUYỄN ĐỨC CHIÊN*

1. Trợ giúp đột xuất ở nước ta: thành công và vấn đề đặt ra

Trợ giúp đột xuất là một bộ phận hợp thành của chính sách trợ giúp xã hội. Trợ giúp đột xuất bao gồm các chính sách, chế độ, biện pháp nhằm trợ giúp về vật chất, tinh thần đối với các cá nhân, hộ gia đình trong cộng đồng mỗi khi gặp rủi ro bất hạnh trong cuộc sống để họ có thêm điều kiện vượt qua khó khăn, sớm ổn định đời sống, sản xuất.

Là một quốc gia có điều kiện tự nhiên tương đối khắc nghiệt, thiên tai hạn hán, lũ lụt có nguy cơ xảy ra thường xuyên. Bên cạnh đó, gần đây với chính sách tập trung phát triển kinh tế đã dẫn đến xảy ra nhiều sự cố công nghiệp như sập hầm mỏ khai thác nguyên liệu than, đá, kim loại và sự cố từ các công trình xây dựng. Các tai nạn giao thông đường bộ, đường sắt và đường sông xảy ra hàng ngày với mức độ nghiêm trọng. Những vấn đề này không chỉ làm thiệt hại nghiêm trọng về người, tài sản và tăng tỷ lệ nghèo hoặc tái nghèo trong xã hội mà còn đẩy người dân phải đối mặt với nhiều rủi ro hơn. Các sự cố này đặt ra nhiều vấn đề đối với việc xây dựng hệ thống chính sách trợ giúp đột xuất, phải làm sao tiếp cận và hỗ

trợ kịp thời cho các nhóm đối tượng xã hội không may gặp rủi ro khắc phục khó khăn và sớm ổn định cuộc sống.

Trong 10 năm qua, Nhà nước ta đã có nhiều văn bản nghị định về trợ giúp đột xuất (Nghị định số 07/2000, Nghị định số 168/2004 Nghị định số 67/2007, Nghị định số 13/2010). Các nghị định này liên tục được bổ sung, hoàn thiện nhằm nâng cao hiệu quả của chính sách trợ giúp đột xuất trên các khía cạnh liên quan như đối tượng trợ giúp; mức trợ giúp và nguồn kinh phí; cơ sở hạ tầng và điều kiện chăm sóc, quản lý; sự tham gia của các đối tác xã hội.

Về đối tượng trợ giúp: *Nghị định số 13/2010 của Chính phủ quy định đối tượng hưởng trợ cấp đột xuất (một lần) là hình thức trợ cấp cho cá nhân hoặc hộ gia đình gặp khó khăn do hậu quả của thiên tai hoặc những lý do bất khả kháng gây ra. Điều này cho thấy đối tượng thụ hưởng chủ yếu tập trung vào các cá nhân và hộ gia đình gặp các sự cố rủi ro thiên tai hoặc những lý do bất khả kháng khác gây ra. Đối tượng đang gặp khó khăn về lao động, việc làm và khó khăn khác chưa được nhắc đến trong các nghị định gần đây.*

* TS. Viện Xã hội học

Song thực tế, Chính phủ cũng triển khai hoạt động trợ giúp đột xuất cho đối tượng gặp khó khăn về lao động mỗi khi có biến cố nào đó xảy ra. Chẳng hạn, sau những khủng hoảng chính trị ở khu vực Bắc Phi và Trung Đông đầu năm 2011, nhiều lao động của nước ta đang làm việc tại các quốc gia này gặp khó khăn trong việc di tản và trở về nhà. Trước tình hình này, Chính phủ Việt Nam đã phối hợp với tổ chức di dân quốc tế (IOM) can thiệp bằng cách hỗ trợ phương tiện đi lại. Đồng thời, chỉ đạo cho các địa phương có người đi lao động ở các quốc gia này, hỗ trợ 1.000.000đ/người¹.

So sánh các nghị định cũng cho thấy, đối tượng thuộc diện được trợ giúp từng bước được mở rộng một cách đáng kể trong mười năm qua. Từ chỗ có 7 nhóm đối tượng hưởng trợ giúp đột xuất theo Nghị định 07/2000, Nghị định 168/2004 (sửa đổi, bổ sung), đã mở rộng lên 8 nhóm đối tượng được hưởng lợi theo Nghị định 67/2007 và Nghị định 13/2010 (sửa đổi, bổ sung). Trong từng nhóm đối tượng đã được quy định trong các văn bản pháp luật trước đây cũng có sự mở rộng bằng cách thêm đối tượng cụ thể trong nhóm hoặc giảm bớt những điều kiện cụ thể mà từng đối tượng phải đáp ứng.

Nhìn chung, các văn bản liên quan đã có sự điều chỉnh, bổ sung và mở rộng tiếp cận đến các nhóm đối tượng cần trợ giúp. Tuy nhiên, số lượng đối tượng thuộc diện trợ giúp đột xuất luôn luôn có sự biến động khác nhau giữa các năm và các địa phương do ảnh hưởng của diễn biến khi hậu thời tiết (xem Hộp 1).

Vì vậy, chính sách trợ giúp đột xuất ngày càng được thực hiện rộng hơn về quy mô, đối tượng thụ hưởng với mức trợ giúp ngày càng tăng. Hàng năm, Nhà nước trợ cấp đột xuất hàng nghìn tỷ đồng (riêng năm

Hộp 1:

Từ năm 2000 đến 2008, thiệt hại về dân sinh do thiên tai là rất lớn. Số người bị chết/năm thấp nhất là 232 người (năm 2004), năm cao nhất là 680 người (năm 2000). Nhà bị sập, đổ, trôi năm thấp nhất là 4200 nhà (năm 2004), năm cao nhất là 9730 nhà (năm 2002). Người thiếu lương thực năm thấp nhất là 923 ngàn người (năm 2002), năm cao nhất là 1,4 triệu người (năm 2004). Thiệt hại do thiên tai gây ra năm thấp nhất là 1752 tỷ đồng (năm 2002) năm cao nhất lên tới 5607 tỷ đồng (năm 2005). Hầu hết người dân bị ảnh hưởng bởi thiên tai đều được hỗ trợ, khắc phục hậu quả (Bộ Lao động - Thương binh và Xã hội 2010, Dự thảo (lần 8) Chiến lược An sinh xã hội 2011-2020).

2009 là 5.000 tỷ đồng) và hàng chục nghìn tấn lương thực, chủ yếu là để trợ giúp khắc phục thiên tai. Từ đầu năm 2008, Chính phủ đã có nhiều chính sách và giải pháp kịp thời, thiết thực, nhằm hạn chế tối đa các tác động tiêu cực của cuộc khủng hoảng tài chính và suy thoái kinh tế toàn cầu đến sản xuất và đời sống của nhân dân².

Cho dù các nghị định về hoạt động trợ giúp đột xuất liên tục được bổ sung, hoàn thiện nhằm tiếp cận đến các nhóm xã hội yếu thế, song các văn bản ban hành thời gian qua vẫn còn giới hạn phạm vi hỗ trợ, mới tập trung chủ yếu cho nhóm “số đông” đối tượng bị rủi ro do thiên tai hoặc lý do bất khả kháng, chưa vươn đến các đối tượng “riêng lẻ” cũng bị rủi ro thiên tai hoặc lý do bất khả kháng. Ngoài ra, chính sách trợ cấp chưa quan tâm tới một số nhóm đối tượng yếu thế mới nảy sinh như nhóm lao động ở khu vực phi chính thức.

Mức trợ giúp và nguồn kinh phí: Tim

1 <http://laodong.com.vn/Tin-tuc/Nguoi-lao-dong-tro-ve-tu-Libya>.

2 <http://tuoitre.vn/Chinh-tri-Xa-hoi/Bao-dam-tot-hon-an-sinh>.

hiều các nghị định ban hành 10 năm qua cho thấy, mức trợ cấp cho các nhóm đối tượng trợ cấp đột xuất được cụ thể hơn. Nếu Nghị định số 07/2000 quy định mức trợ cấp cứu trợ xã hội đột xuất còn chung chung thì Nghị định 67/2007 đã có sự thay đổi, thể hiện mức trợ cấp đột xuất cho các nhóm đối tượng hộ gia đình và cá nhân được quy định rõ ràng. Chẳng hạn, mức trợ cấp cứu trợ đột xuất thấp nhất đối với hộ gia đình: Có người chết, mất tích: 3.000.000 đồng/người; Có người bị thương nặng: 1.000.000 đồng/người; Có nhà bị đổ, sập, trôi, cháy, hỏng nặng: 5.000.000 đồng/hộ; Hộ gia đình phải di dời khẩn cấp do nguy cơ sạt lở đất, lũ quét: 5.000.000 đồng/hộ, v.v.. Và, mức trợ giúp tiếp tục được thay đổi trong Nghị định số 13/2010, quy định mức tối thiểu đối với người chết, mất tích: 4.500.000 đồng/người; người bị thương nặng: 1.500.000 đồng/người; nhà đổ sập, trôi, cháy: 6.000.000 đồng/hộ; người thiếu đói: 15 kg gạo/người/tháng, trong thời gian từ 1 đến 3 tháng.

Các số liệu cũng phản ánh rõ tình hình thiệt hại và hoạt động hỗ trợ của Chính phủ sau những biến cố thiên nhiên những năm gần đây. Chẳng hạn, năm 2003 mưa lũ, lụt, lốc đã xảy ra ở 44 tỉnh làm cho 332 người chết; 420 người bị thương; 5.286 nhà bị đổ, trôi, 256.493 nhà ngập, 23.267 nhà hư hỏng; 221.597 ha lúa, hoa màu bị ngập; thiệt hại ước tính 1.825 tỷ đồng. Hạn hán đầu năm 2003 đã làm cho 222.067 hộ (1.123.550 khẩu) bị thiếu đói. Trước tình hình thiếu đói và thiên tai, Chính phủ đã hỗ trợ 152,3 tỷ đồng và 4.100 tấn gạo cho các tỉnh bị thiệt hại nặng để cứu đói, ổn định cuộc sống và phát triển sản xuất. Các địa phương cũng đã chủ động dùng tàu thuyền xuống máy... kịp thời cứu trợ cho nhân dân vùng bị ngập; một

số tỉnh ở miền núi phía Bắc và Tây Nguyên đã lập Quỹ cứu trợ xã hội dự phòng ở xã, huyện, huy động được 41.980 triệu đồng, 598 tấn gạo để tổ chức cứu trợ kịp thời cho những hộ gia đình bị nạn. Tuy vậy, bên cạnh những địa phương làm tốt công tác phòng chống thiên tai, cứu trợ kịp thời cho dân như Bình Định, Phú Yên, Quảng Nam, Quảng Ngãi, Thái Bình, Quảng Ninh..., vẫn còn một số tỉnh lúng túng, bị động khi thiên tai xảy ra³.

Có thể nói, các khoản trợ cấp đột xuất đã phần nào giảm bớt những khó khăn trước mắt cho các nhóm đối tượng hưởng lợi. Tuy nhiên, mức trợ cấp quá thấp so với sự thiệt hại của người dân. Báo cáo của Cục Bảo trợ xã hội cho biết, thiên tai, dịch bệnh luôn gây ra những thiệt hại nghiêm trọng, mỗi năm có hàng trăm người bị chết; hàng nghìn ngôi nhà bị sập, đổ, trôi; khoảng một triệu người thiếu lương thực. Tổng thiệt hại về vật chất do thiên tai gây ra hàng năm là vài nghìn tỷ đồng⁴. Nhưng theo ước tính thì mức trợ cấp mới chỉ bù đắp được khoảng 10% thiệt hại của hộ gia đình⁵. Hơn nữa, một số nơi khoản trợ cấp đến với đối tượng thụ hưởng quá chậm. Ví dụ: trận lũ cuối năm 2010 tại tỉnh Quảng Nam, do địa hình hiểm trở, nước lũ đến đã chia cắt một xã với cộng đồng với bên ngoài, đến một tháng sau thì hoạt động hỗ trợ cho người dân mới được thực hiện. Mới đây nhất, đầu tháng 10 vừa qua tại xã Tân Hóa, huyện Minh Hóa, tỉnh Quảng Bình, người dân ngồi trên nước lũ nhiều ngày mà vẫn chưa có một hoạt động cứu trợ nào đến⁶.

Về nguồn ngân sách: so sánh các điều khoản trong các nghị định cho thấy, nguồn ngân sách dành cho hoạt động trợ cấp đột xuất cũng không có sự thay đổi nhiều. Các nguồn

3 Công văn của Bộ Lao động-Thương binh và xã hội số 1000//LĐTBXH-BTXH ngày 2/4/2004.

4 Cục BTXH, Báo cáo tình hình thực hiện công tác BTXH các năm 2006-2008.

5 Bộ Lao động- Thương binh và Xã hội, 2010.

6 <http://tapchinhavan.vn/news/Chuyen-de-xa-hoi/Dan-ron-lu-ngoi-tren-noc-nha-cho-cuu-tro>.

ngân sách được huy động vào hoạt động hỗ trợ đột xuất vẫn bao gồm ngân sách nhà nước, tỉnh, huyện, xã tự cân đối; do các tổ chức và cá nhân trong và ngoài nước ủng hộ.

Mức trợ cấp còn quá thấp, mới chỉ bù đắp được phần nhỏ thiệt hại của hộ gia đình, nhiều khi trợ cấp không chuyển đến kịp thời cho đối tượng thụ hưởng. Nguồn ngân sách chủ yếu do địa phương tự cân đối, sự ủng hộ và quyên góp của cá nhân, tổ chức xã hội chưa mang tính tự nguyện cao.

Về cơ sở hạ tầng, điều kiện chăm sóc, quản lý: Điểm lưu ý là trong các điều khoản của nghị định gần đây chưa chú ý nhiều đến vấn đề cơ sở hạ tầng, điều kiện chăm sóc, quản lý cho hoạt động trợ giúp đột xuất.

Thực tế, cơ sở hạ tầng, điều kiện chăm sóc công tác trợ giúp đột xuất ở nước ta chưa phát triển. Nhà cửa, trang thiết bị dự báo, ứng cứu, tàu thuyền, máy móc thiết bị cứu trợ mỗi khi có sự cố xảy ra vẫn thiếu, nhiều khi phải huy động lực lượng và trang thiết bị từ các cơ sở quân đội và dân sự.

Công tác quản lý hoạt động trợ giúp còn nhiều yếu kém. Báo cáo gần đây của Bộ Lao động - Thương binh và Xã hội đánh giá những vấn đề bất cập trong công tác quản lý hoạt động cứu trợ đột xuất hiện nay ở nước ta là: khó kiểm soát và điều phối các nguồn hỗ trợ từ cộng đồng và các đối tượng cần trợ cấp. Công tác tổng hợp về số liệu thiệt hại do thiên tai gây ra còn chậm và thiếu chính xác. Tình trạng “rò rỉ”, loại trừ đối tượng trong việc thực hiện chính sách còn tồn tại ở không ít địa phương. Việc xác định đối tượng còn nhiều sai sót như còn bỏ sót hoặc đưa sai đối tượng vào diện trợ giúp. Hệ thống quản lý còn lạc hậu, chưa khai thác, vận dụng tiến bộ công nghệ. Hệ thống giám sát chưa phù hợp dẫn đến hiện tượng lạm dụng, sai sót⁷.

Các điều khoản về cơ sở hạ tầng, điều kiện chăm sóc chưa được chú ý nhiều, dẫn đến thực tế là cơ sở hạ tầng dành cho hoạt

động trợ giúp đột xuất chưa có, thiếu thôn trang thiết bị phục vụ mỗi khi biến cố xảy ra. Đội ngũ nhân viên phục vụ chưa phát triển mạnh. Công tác quản lý hoạt động trợ giúp đột xuất còn bất cập, không kiểm soát tốt các nguồn đóng góp cũng như các đối tượng cần trợ cấp, dẫn đến hiện tượng chèo chèo (cùng một hậu quả nhưng số người được trợ cấp và mức được trợ cấp lại rất khác nhau, có thể gấp hàng trăm lần).

Sự tham gia của các đối tác: Nghị định 07/2000 và Nghị định 67/2007 cho thấy những quy định rất rõ về trách nhiệm của Nhà nước mà cụ thể là trách nhiệm của các bộ, ban, ngành trung ương và chính quyền các địa phương đối với hoạt động trợ giúp đột xuất.

Thực tế, nhận thức rõ tầm quan trọng của hoạt động trợ giúp đột xuất, Đảng và Nhà nước rất coi trọng công tác chỉ đạo, khắc phục hậu quả thiên tai, như thành lập Văn phòng Ban chỉ đạo phòng chống lụt bão Trung ương, Ban tìm kiếm cứu hộ, cứu nạn. Hàng năm, khi có thiên tai, Chính phủ có công điện khẩn, Chỉ thị, triệu tập các cuộc họp khẩn cấp, chỉ đạo trực tuyến đối với các Bộ, ngành, các địa phương nằm trong vùng bị thiên tai. Bộ Lao động - Thương binh và Xã hội chỉ đạo, hướng dẫn các Sở Lao động - Thương binh và Xã hội tham mưu đối với cấp uỷ, chính quyền địa phương về công tác phòng, chống và khắc phục thiên tai; thống kê rà soát; về nguồn kinh phí dự phòng; mức trợ cấp; phương án phòng chống và chỉ đạo khắc phục; kiểm tra khắc phục hậu quả. Các cơ quan thông tin, báo chí đã tích cực tuyên truyền, vận động công tác phòng tránh thiên tai cũng như kêu gọi sự đóng góp, ủng hộ của cá nhân, cộng đồng và các tổ chức xã hội nhằm huy động tối đa sự tham gia của các chủ thể xã hội tham gia vào hoạt động trợ giúp đột xuất.

Có thể nói, các điều khoản quy định về sự tham gia của các chủ thể xã hội đã giúp

7 Bộ Lao động - Thương binh và Xã hội 2010, Dự thảo Chiến lược an sinh xã hội.



cho công tác trợ giúp đột xuất ở nước ta trong những năm gần đây đạt được nhiều kết quả thiết thực. Công tác chỉ đạo khắc phục được triển khai nhanh, kịp thời mỗi khi sự cố xảy ra. Nhiều địa phương, cán bộ làm rất tốt công tác tổ chức điều hành sự đóng góp của các nguồn lực xã hội. Huy động được sự tham gia của các tổ chức chính trị xã hội và cá nhân tham gia vào công tác cứu trợ. Chẳng hạn, khi trận lũ lụt lịch sử vào đầu tháng 10/2010 tràn vào các tỉnh miền Trung, nhiều cá nhân, cộng đồng và tổ chức chính trị xã hội trong và ngoài nước đã tích cực tham gia quyên góp và ủng hộ vật chất và tinh thần cho người dân vùng lũ lụt.

Tuy nhiên, một số địa phương, cán bộ đã tham gia và thực hiện không tốt chức năng được giao, dẫn đến nhiều sai phạm trong quá trình thực hiện cứu trợ, gây bức xúc cho nhân dân.

Một bất cập khác vẫn đang tồn tại hiện nay là tình trạng chông chéo trong cách làm cứu trợ. Thực tế cho thấy nhiều nơi, nhiều địa phương, cán bộ làm rất tốt công tác điều hành phân phối tiền, hàng cứu trợ của các cá nhân, tổ chức phi nhà nước ủng hộ cho

những nơi, những gia đình, cá nhân gặp nạn. Tuy nhiên, một số nơi vẫn để xảy ra tình trạng mạnh ai người nấy phân phát hàng, tiền cứu trợ nên không kiểm soát được và dẫn đến chuyện thiếu công bằng, kẻ ít người nhiều, nơi có, nơi không. Điều này được phản ánh khá nhiều trên các trang báo mạng những năm gần đây⁸.

Có thể nói, hàng năm Nhà nước đã nỗ lực chấn chỉnh công tác điều hành cứu trợ. Tất cả đóng góp, hỗ trợ của cá nhân và tập thể đều quy về một mối: Mặt trận tổ quốc Việt Nam các cấp chỉ đạo. Nhưng ở một số địa phương, do thực hiện chưa tốt cơ chế điều hành nên để xảy ra tình trạng chông chéo trong cách làm cứu trợ, dẫn đến hệ quả là không công bằng giữa các địa phương và đối tượng hưởng lợi. Đây cũng là một bất cập cần có sự khắc phục triệt để trong những năm tới.

2. Nhận xét và bàn luận

Các điều khoản liên quan đến trợ giúp đột xuất liên tục được bổ sung hoàn thiện trong 10 năm qua nhằm tiếp cận tốt hơn đến các nhóm xã hội yếu thế cần được trợ giúp.

8 <http://www.monre.gov.vn>.

Mức trợ giúp cho hoạt động trợ giúp đột xuất thường xuyên được thay đổi nhằm đáp ứng cuộc sống của các nhóm thụ hưởng. Nguồn kinh phí cho hoạt động trợ giúp cũng không ngừng được điều chỉnh thêm nhằm huy động tối đa nguồn lực của Nhà nước, địa phương, các tổ chức xã hội trong ngoài cộng đồng và cá nhân tham gia ủng hộ đóng góp vào quỹ trợ giúp. Các văn bản, chính sách liên quan đến phát triển cơ sở hạ tầng, điều kiện chăm sóc và quản lý hoạt động trợ giúp cũng được ra đời nhằm khuyến khích phong trào phát triển cơ sở bảo trợ chăm sóc các nhóm đối tượng yếu thế, và đào tạo nhân viên ngành công tác xã hội,... Công tác quản lý hoạt động trợ cấp cũng ngày càng nâng cao đi theo hướng chuyên nghiệp hóa. Huy động tối đa sự tham gia của các bộ, ngành từ trung ương đến địa phương vào hoạt động trợ cấp với trách nhiệm cao, các cá nhân và tổ chức xã hội ở cộng đồng cũng ngày càng tích cực tham gia đóng góp vào các hoạt động trợ giúp.

Tuy nhiên, công tác trợ giúp trong những năm qua vẫn còn tồn tại một số vấn đề, thể hiện ở những khía cạnh sau:

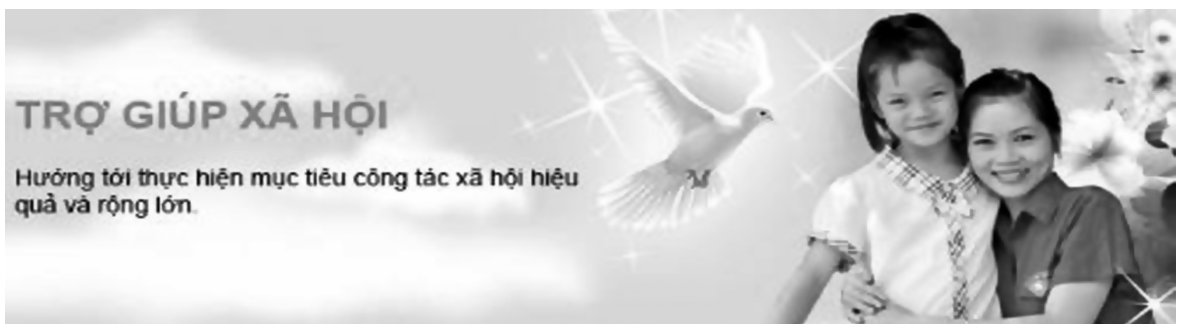
- Đối tượng thụ hưởng chính sách trợ giúp đột xuất vẫn còn hẹp, mới tập trung chủ yếu cho đối tượng “nhóm số đông” bị rủi ro do thiên tai hoặc lý do bất khả kháng, bỏ quên trường hợp cá nhân yếu thế gặp rủi ro, trong khi những nhóm đối tượng yếu thế khác đang gặp rủi ro về kinh tế - xã hội cần xem xét để sớm được hưởng lợi chính sách trợ giúp. Đây là những vấn đề cần nghiên cứu, bàn luận để sớm có cơ sở cho việc điều

chỉnh bổ sung diện bao phủ của chính sách trợ giúp đến các nhóm đối tượng cần trợ giúp.

- Mức trợ giúp và nguồn kinh phí vẫn còn rất thấp, mang tính cào bằng và thay đổi chậm hơn so với biến động giá cả thị trường. Quy định về nguồn kinh phí dành cho trợ giúp không ngừng được bổ sung mở rộng, huy động tối đa khả năng tài chính của Nhà nước, địa phương, tuy nhiên cơ chế tự cân đối ngân sách cũng đang tạo lên sự chênh lệch và khác biệt giữa các địa phương về phân bổ ngân sách cho hoạt động trợ cấp. Sự tham gia ủng hộ đóng góp của cá nhân, cộng đồng và các tổ chức xã hội vào ngân sách ngày càng mở rộng song tính tự nguyện tham gia đóng góp ủng hộ chưa cao.

- Cơ sở hạ tầng, điều kiện chăm sóc và quản lý gần như chưa đáp ứng nhu cầu thực tế, thiếu thốn nhà cửa, phương tiện và trang thiết bị cứu trợ mỗi khi sự cố xảy ra ở các địa phương là khá phổ biến. Công tác quản lý cũng đang gặp nhiều bất cập do cơ chế quản lý kiểu cũ vẫn còn ảnh hưởng, điều này tác động không nhỏ đến hiệu quả của hoạt động trợ giúp đột xuất.

- Sự tham gia của các đối tác, chủ thể xã hội lộ rõ một số bất cập, sự tham gia chông chéo của các bộ ngành mà hiệu quả không cao; một số địa phương chưa chủ động, tích cực tham gia hoạt động trợ giúp; cán bộ chức năng thực thi sai chính sách trợ giúp; một bộ phận nhỏ gia đình và cá nhân thụ hưởng chính sách còn tồn tại tâm thế ỷ lại, trông chờ vào sự trợ giúp của Nhà nước và các tổ chức xã hội ■



ĐỊNH GIÁ TÀI SẢN SỞ HỮU TRÍ TUỆ TRONG GIAO DỊCH DÂN SỰ

VŨ ANH THU*

Bài viết phân tích các phương pháp định giá quyền sở hữu trí tuệ (SHTT) đang được một số quốc gia áp dụng và so sánh với các quy định của pháp luật Việt Nam liên quan. Qua đó, tác giả mong muốn các công ty Việt Nam có nhận thức đầy đủ hơn về loại tài sản trí tuệ vô hình này để có kế hoạch xây dựng cho công ty những chiến lược về sáng tạo và khai thác quyền SHTT có khả năng thương mại hóa lâu dài, cũng như các cơ quan có thẩm quyền nhà nước có cách đánh giá đúng đắn về loại tài sản vô hình này của các công ty Việt Nam.

1. Lý do định giá quyền sở hữu trí tuệ

Các đối tượng của quyền SHTT (bao gồm sáng chế, giải pháp hữu ích, nhãn hiệu, kiểu dáng công nghiệp, giống cây trồng, các tác phẩm văn học, nghệ thuật, khoa học v.v..) ngày càng được thừa nhận là có thể quy đổi thành tiền. Mặc dù đây là loại tài sản vô hình nhưng có giá trị kinh tế và tinh thần to lớn góp phần quan trọng vào sự hình thành và phát triển nền khoa học, công nghệ, kỹ thuật và văn minh xã hội. Trong hoạt động kinh doanh, quyền SHTT đã trở thành một nguồn tài sản đáng giá¹ để giúp các công ty sở hữu quyền SHTT đó trụ vững trong môi trường

cạnh tranh khốc liệt và quyền SHTT đã trở thành đối tượng mặc cả trong các giao dịch thương mại để có được sự đầu tư tài chính, mua bán hoặc chuyển giao công nghệ, hoặc có được các khoản vay hoặc chứng khoán hóa thông qua sự bảo đảm của các tài sản SHTT² hoặc là căn cứ để xác định thiệt hại, tổn thất trong các vụ xử lý vi phạm quyền SHTT v.v.. Vì những lý do đó, việc xác định đúng giá trị của tài sản SHTT là việc làm cần thiết của các công ty trong quá trình tìm kiếm cơ hội đầu tư, tiếp cận thị trường vốn và đưa ra các biện pháp hợp lý để bảo vệ quyền SHTT của mình.

* **ThS, Khoa Quốc tế học, Đại học KHXH và Nhân văn**

1 Ví dụ: Năm 2010, giá trị toàn cầu của nhãn hiệu Coca-Cola được định giá là 70.452 triệu US\$, nhãn hiệu IBM là 64.727 triệu US\$, Microsoft là 60.895 triệu US\$, (<http://www.interbrand.com>), giá trị thu nhập ròng của các hãng được phẩm liên quan đến chuyển giao sáng chế tăng trung bình khoảng 8% mỗi năm.

2 Hình thức cấp khoản vay có bảo đảm bằng tài sản SHTT ngày càng phổ biến trong hoạt động âm nhạc, công nghệ cao, dược phẩm hoặc hoạt động dựa vào Internet. Chứng khoán hóa tài sản SHTT là một trong các hình thức tài trợ vốn, thông qua việc nhà đầu tư mua trái phiếu do một công ty chuyên biệt về chứng khoán hóa phát hành và nhà đầu tư có được sự bảo đảm bằng dòng tiền thu được trong tương lai khi chủ sở hữu tài sản SHTT cấp quyền sử dụng (li-xăng) sáng chế, nhãn hiệu, bí mật thương mại hoặc các tác phẩm âm nhạc và các quyền liên quan của nhạc sĩ cho một bên thứ ba.

2. Các phương pháp định giá tài sản sở hữu trí tuệ

Trên thế giới, phương pháp định giá tài sản trí tuệ được chia thành hai nhóm lớn: phương pháp định giá mang tính chất định lượng (qualitative valuation methods) và phương pháp định giá mang tính chất định tính (quantitative valuation methods).

- *Phương pháp định giá mang tính chất định lượng*³ được áp dụng phổ biến tại Cơ quan đăng ký sáng chế của Nhật Bản, Cơ quan đăng ký sáng chế và nhãn hiệu hàng hóa của Đan Mạch, Cơ quan đăng ký sáng chế Châu Âu v.v.. nhằm đánh giá xếp hạng và cho thang điểm các tài sản SHTT như sáng chế, nhãn hiệu dựa trên các yếu tố như mức độ và phạm vi ảnh hưởng của các quyền đối với từng đối tượng SHTT và khả năng bảo hộ của những đối tượng này. Phương pháp này được sử dụng cho mục đích quản lý nội bộ các tài sản SHTT của công ty. Ví dụ: theo phương pháp định giá mang tính chất định lượng này, sáng chế có thể được phân thành bốn kiểu quản lý cơ bản: (i) độc quyền (các sáng chế có giá trị cao và được sử dụng riêng cho công ty); (ii) bảo vệ (các sáng chế có giá trị thấp và được sử dụng nội bộ); (iii) cấp quyền sử dụng (các sáng chế có giá trị cao và được li-xăng cho các người sử dụng khác); và (iv) hợp tác liên doanh (các sáng chế có giá trị thấp và cho mục đích li-xăng).

Theo phương pháp định lượng, đối tượng SHTT được đánh giá trên ba khía cạnh:

+ *Định giá các quyền*: ví dụ tình trạng đơn đăng ký bảo hộ, thời hạn bảo hộ, đặc điểm của từng đối tượng SHTT (sáng chế, giải pháp hữu ích, kiểu dáng công nghiệp, nhãn hiệu v.v.);

+ *Định giá khả năng chuyển giao của đối tượng SHTT*: ví dụ sự cần thiết của việc phát triển bổ sung cho việc thương mại hóa tài sản SHTT, những hỗ trợ kỹ thuật sau khi chuyển giao công nghệ, các điều kiện li-xăng bắt buộc, nghĩa vụ và sự hợp tác của những người nắm giữ quyền đối với đối tượng SHTT;

+ *Định giá tiềm năng kinh doanh*: về những cản trở khách quan (ví dụ: yêu cầu có sự chấp thuận của cơ quan có thẩm quyền, v.v..), đóng góp của đối tượng SHTT đối với hoạt động kinh doanh của công ty, khả năng xuất hiện các công nghệ thay thế, v.v..

Các phương pháp này có thể giúp tạo ra một hệ thống hữu ích cho việc định giá trên cơ sở so sánh một tài sản SHTT này với tài sản SHTT khác (ví dụ danh mục sáng chế) khi thực hiện các giao dịch chuyển giao công nghệ có gắn với chuyển giao quyền sở hữu công nghiệp. Nhược điểm của phương pháp này là phụ thuộc nhiều vào ý kiến đánh giá chủ quan của người thẩm định. Các tiêu chí nhận dạng, lựa chọn, xếp hạng vẫn còn phải phụ thuộc vào một trình độ nhất định. Theo những điều kiện như vậy, sẽ là rất khó khăn để nhìn thấy trước diễn biến tiếp theo của tài sản SHTT vì việc đánh giá là hoàn toàn mang tính chủ quan nên kết quả đánh giá có thể ảnh hưởng tới các quyết định quản lý liên quan tới các hoạt động chuyển giao tài sản SHTT và chuyển giao công nghệ.

- *Phương pháp định giá mang tính chất định tính*⁴: Phương pháp dựa trên cơ sở đo lường và phân tích dữ liệu để tính giá trị của đối tượng SHTT thành tiền, bao gồm ba phương thức tiếp cận được áp dụng rộng rãi sau đây:

+ *Phương thức tiếp cận chi phí (the cost approach)*: là dựa vào chi phí để có được tài

3 Xem "Valuation and Exploitation of Intellectual Property", STI Working paper 2006/5, Shigeki Kamiyama, Jerry Sheehan, Catalina Martinez, <http://www.oecd.org/sti/working-papers>.

4 Xem chú thích 6.

sản SHTT thông qua việc nghiên cứu và phát triển nội bộ của công ty hoặc thông qua việc mua lại hoặc được chuyển giao đối tượng SHTT từ công ty khác. Phương thức này dựa vào việc tính toán các chi phí mô phỏng hoặc thay thế một đối tượng SHTT. Ví dụ đối với sáng chế (hoặc giải pháp hữu ích), các chi phí mô phỏng là các chi phí liên quan tới việc dựng lại các mô hình chính xác của sáng chế được cấp bằng được định giá. Ngược lại, chi phí thay thế là chi phí để có được một sáng chế có khả năng sử dụng tương đương với sáng chế được cấp bằng cần được định giá. Thuận lợi của phương pháp này là có tính khách quan và sự ổn định, tính tin cậy của các số liệu về chi phí. Tuy nhiên, phương thức tiếp cận chi phí không được sử dụng rộng rãi đối với việc định giá sáng chế vì nó không phản ánh được giá trị kinh tế trong tương lai của sáng chế được định giá, không có sự tương quan giữa chi phí và giá trị của tài sản, khó phân biệt giữa chi phí hoạt động thông thường với chi phí đầu tư cho tài sản SHTT của công ty, tính chất chủ quan của việc ước tính chi phí thay thế với sáng chế không có khả năng thay thế. Do vậy, phương thức tiếp cận chi phí được sử dụng hạn chế trong trường hợp chi phí thay thế có thể ước tính được với sự tin cậy và bảo mật cao. Đối với việc định giá nhãn hiệu/tên thương mại, người ta có thể dùng nhiều cách thức khác nhau như cộng dồn toàn bộ chi phí phát sinh tạo nên nhãn hiệu hoặc tính chi tiết chi phí tạo nên nhãn hiệu (có trừ đi khấu hao tính theo vòng đời sử dụng của nhãn hiệu) hoặc quy các khoản chi phí tạo nên nhãn hiệu của từng năm về thời điểm hiện tại theo một tỷ lệ chiết khấu hợp lý hoặc cộng dồn toàn bộ chi phí tạo nên nhãn hiệu và điều chỉnh hệ số về hiệu quả sử dụng chi phí⁵. Tuy nhiên, mỗi cách thức đều có nhược điểm nhất định vì phụ thuộc

vào việc xác định cơ sở dữ liệu tin cậy để định giá và các chi phí phát sinh để tạo dựng nhãn hiệu/tên thương mại (như chi phí quảng cáo, chiến dịch sáng tạo v.v..) có thể không phản ánh đúng khả năng sinh lợi của nhãn hiệu/tên thương mại đó trong tương lai.

+ *Phương thức tiếp cận thị trường (the market approach)*: Phương thức này xác định giá trị của một tài sản SHTT bằng việc phân tích các giao dịch thị trường có khả năng so sánh giữa tài sản SHTT này với những tài sản SHTT tương tự khác. Tính tương tự thể hiện trong việc sử dụng, các đặc điểm về công nghệ, chi tiết, tính năng và các quyền sở hữu đối với tài sản SHTT cũng như sự nhận thức của công chúng về tài sản SHTT trên thị trường hoặc là tài sản SHTT được giao dịch trong những hoàn cảnh tương tự.

Tuy nhiên, trên thực tế, chúng ta thấy số lượng các giao dịch về chuyển nhượng hoặc chuyển giao đối tượng SHTT diễn ra công khai trên thị trường rất ít⁶, do vậy thiếu sự rõ ràng, minh bạch, thiếu thông tin về đối tượng SHTT được giao dịch để làm cơ sở so sánh giá trị. Hoặc là đối tượng SHTT được giao dịch là cái duy nhất, nên chúng ta không thể tìm kiếm được một đối tượng SHTT tương tự để tiến hành so sánh khi định giá. Hoặc là trong các giao dịch liên quan đến mua bán, sáp nhập công ty hoặc mua bán tài sản công ty hoặc mua chứng khoán của công ty có sở hữu tài sản SHTT, người mua và người bán rất khó khăn trong việc phân định giữa giá trị của tài sản hữu hình và tài sản vô hình mà họ thường gộp chung lại thành một giá bán tài sản nhất định. Vì những hạn chế nêu trên nên phương thức này ít được áp dụng.

+ *Phương thức tiếp cận theo thu nhập (the income approach)*: phương thức này

5 Xem Tạ Minh Phương, "Định giá tài sản vô hình", Thời báo Kinh tế Sài Gòn online, thứ Ba, 1/6/2004.

6 Để xác định một thị trường SHTT hoạt động thì thị trường đó phải đáp ứng ba điều kiện: (i) các sản phẩm được bán trên thị trường có tính tương đồng; (ii) người mua và người bán có thể tìm thấy nhau vào bất kỳ lúc nào; và (iii) giá cả được công khai (Xem Chuẩn mực số 04 ban hành kèm theo Quyết định 149/2001/QĐ-BTC ngày 31/12/2001 về việc ban hành và công bố bốn chuẩn mực kế toán Việt Nam).

được sử dụng để tính giá trị hiện tại của dòng tiền thu nhập trong tương lai của một tài sản SHTT trong suốt thời hạn bảo hộ. Phương pháp chiết khấu dòng tiền cho phép dòng tiền thu nhập trong tương lai được ước tính có thể biến đổi thành giá trị hiện tại bằng việc chiết khấu dòng tiền thu nhập trong tương lai theo một tỷ lệ chiết khấu phù hợp. Nhưng khó khăn chính là làm thế nào để xác định được tỷ lệ chiết khấu phù hợp? Một số yếu tố rủi ro cần được xem xét khi xác định tỷ lệ chiết khấu phù hợp như rủi ro về công nghệ, thị trường, chính sách, lạm phát, khả năng thanh toán, nạn sao chép bất hợp pháp đối tượng SHTT, khả năng đối tượng SHTT không còn sử dụng được lâu dài, v.v.. Thông thường xác định tỷ lệ chiết khấu dựa trên tỷ lệ sinh lời mà nhà đầu tư mong đợi trên khoản đầu tư vào tài sản SHTT phụ thuộc vào tính chất và các kinh nghiệm liên quan đến xác định rủi ro. Rủi ro càng cao thì tỷ lệ sinh lợi mong đợi càng lớn. Nhược điểm của phương pháp này là thiếu tính khách quan và chính xác trong việc dự báo dòng tiền thu nhập trong tương lai.

Nếu như tất cả các phương thức tiếp cận của phương pháp định tính đều nhằm mục đích cuối cùng là xác định giá trị bằng tiền của tài sản SHTT, thì việc lựa chọn phương thức tiếp cận nào vẫn còn là khó khăn và không có câu trả lời chính xác, mỗi phương thức tiếp cận đều có ưu điểm và nhược điểm nhất định. Tùy thuộc vào mục đích của việc định giá để xác định giá trị thành tiền của tài sản SHTT, chúng ta có thể lựa chọn một phương thức tiếp cận thích hợp. Ví dụ: phương thức tiếp cận chi phí thường được sử dụng khi định giá cho mục đích kế toán và nộp thuế thu nhập doanh nghiệp; phương thức tiếp cận thu nhập được sử dụng cho mục đích xác định thuế thu nhập cá nhân và khi tài sản SHTT được sử dụng làm tài sản bảo đảm cho nguồn thu tương lai phát sinh

từ tài sản SHTT bảo đảm đó; phương thức tiếp cận thị trường được sử dụng cho mục đích quản lý nội bộ của công ty.

3. Pháp luật Việt Nam về vấn đề định giá tài sản sở hữu trí tuệ

Chính sách khuyến khích công dân Việt Nam nghiên cứu và phát triển khoa học kỹ thuật, phát minh, sáng chế, sáng tác và khuyến khích các cá nhân, tổ chức nước ngoài đầu tư vốn, công nghệ vào Việt Nam đã được ghi nhận trong Hiến pháp năm. Hơn nữa, quyền tác giả, quyền sở hữu công nghiệp được Nhà nước cam kết bảo hộ. Tuy nhiên, chúng ta thấy còn có nhiều vướng mắc và hạn chế khi triển khai chính sách này trong thực tiễn:

- Vấn đề thứ nhất, trong hoạt động thương mại, chính sách này đã được cụ thể hóa bằng quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2005 và Nghị định 102/2010/NĐ-CP ngày 1/10/2010 hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Doanh nghiệp, theo đó, tài sản góp vốn vào công ty có thể là quyền SHTT, bao gồm “quyền tác giả, quyền liên quan đến quyền tác giả, quyền sở hữu công nghiệp, quyền đối với giống cây trồng và các quyền SHTT khác theo quy định của pháp luật SHTT. Chỉ cá nhân, tổ chức là chủ sở hữu đối với các quyền nói trên mới có quyền sử dụng các tài sản đó để góp vốn”⁷. Tuy nhiên, trên thực tế để các chủ sở hữu quyền SHTT có thể dùng tài sản SHTT góp vốn thành lập doanh nghiệp hoặc sử dụng quyền SHTT như là một hàng hóa có khả năng trao đổi ngang giá (thay cho thanh toán bằng tiền mặt) để mua cổ phần của một công ty trong các hoạt động mua bán, sáp nhập hoặc mua cổ phần của các công ty cổ phần còn gặp rất nhiều khó khăn vì việc định giá quyền SHTT ở Việt Nam chưa được pháp luật hướng dẫn cụ thể và có nhiều ý kiến khác nhau của các cơ quan quản lý về thuế, kế toán về vấn đề này.

7 Điều 5 Nghị định 102/2010/NĐ-CP.

- Vấn đề thứ hai, hiện nay quyền SHTT không chỉ là đối tượng góp vốn trong việc thành lập, mua bán, sáp nhập công ty mà còn được sử dụng làm tài sản bảo đảm trong các giao dịch dân sự. Điều 322 Bộ luật Dân sự năm 2005 quy định “các quyền tài sản phát sinh thuộc sở hữu của bên bảo đảm bao gồm quyền tài sản phát sinh từ quyền tác giả, quyền sở hữu công nghiệp, quyền đối với giống cây trồng... đều được dùng để bảo đảm thực nghĩa vụ dân sự”. Tuy nhiên, ở Việt Nam, vì không có sự hiểu biết đầy đủ về tài sản SHTT và thiếu cơ chế thẩm định giá trị của tài sản SHTT, nên các tổ chức tín dụng không chấp nhận hình thức vay vốn có bảo đảm bằng tài sản SHTT và trên thị trường chứng khoán Việt Nam không xuất hiện các giao dịch mua bán chứng khoán có tài sản bảo đảm là tài sản SHTT.

- Vấn đề thứ ba, các giao dịch liên quan đến chuyển nhượng hoặc li-xăng quyền sử dụng tài sản SHTT xuất hiện ngày càng nhiều, nhưng chưa thể tạo ra được một thị trường công nghệ để những bên có nhu cầu về chuyển giao công nghệ tìm được nhau cũng như có cơ sở để các bên có thể so sánh đối tượng được chuyển giao với các đối tượng công nghệ khác, nhằm tìm ra được một mức giá chuyển nhượng hoặc li-xăng hợp lý. Ví dụ: vụ nhãn hiệu P/S của Hãng kem Dạ Lan đã được bán với giá 5 triệu đô la trong khi khối tài sản hữu hình chỉ bán được với giá 1 triệu đô la. Để tính toán được giá trị của nhãn hiệu hàng hóa P/S, ông chủ của nhãn hiệu hàng hóa này đã phải thuê các chuyên gia định giá của Singapore định giá theo thông lệ quốc tế.

- Vấn đề thứ tư, do không có quy định hướng dẫn cụ thể về định giá tài sản SHTT nên trong các vụ án xử lý vi phạm quyền SHTT, tòa án không có căn cứ pháp lý chính thức để xác định được mức bồi thường thiệt hại thỏa đáng mà bên vi phạm phải bồi thường cho bên bị vi phạm. Trong những vụ kiện này, mức bồi thường vẫn chủ yếu là do các bên tự thỏa thuận với nhau.

- Vấn đề thứ năm, về mặt kế toán, tài sản SHTT có thể không được ghi nhận là tài sản cố định vô hình vì nhiều lý do như nó không phải là nguồn lực có thể xác định được, không đánh giá được mức độ tin cậy và doanh nghiệp không kiểm soát được. Đây là điều kiện không dễ dàng đối với các doanh nghiệp chưa có nhiều kinh nghiệm quản lý tài sản SHTT và ghi nhận riêng biệt và đầy đủ các khoản chi phí, đầu tư cho việc nghiên cứu và phát triển tài sản SHTT.

Bộ Tài chính đang được giao nhiệm vụ hướng dẫn việc định giá quyền SHTT. Trên cơ sở đó, Bộ Tài chính đã soạn thảo một dự thảo thông tư hướng dẫn thực hiện góp vốn và nhận góp vốn bằng giá trị quyền sử dụng nhãn hiệu. Theo các quy định của bản dự thảo này, việc định giá giá trị quyền sử dụng nhãn hiệu hàng hóa khi đem góp vốn dựa vào một trong sáu phương pháp được quy định trong Thông tư 17/2006/TT-BTC ngày 13/3/2006 của Bộ Tài chính hướng dẫn thực hiện Nghị định số 101/2005/NĐ-CP ngày 3/8/2005 của Chính phủ về thẩm định giá, bao gồm: (i) phương pháp chi phí được áp dụng cho thẩm định giá các tài sản chuyên dùng, ít hoặc không có mua bán phổ biến trên thị trường, tài sản đã qua sử dụng, tài sản không đủ điều kiện để áp dụng phương pháp so sánh; (ii) phương pháp thu nhập được áp dụng để thẩm định tài sản đầu tư (bất động sản, động sản, doanh nghiệp, tài chính) mà tài sản đó có khả năng tạo ra thu nhập trong tương lai và đã xác định tỷ lệ vốn hóa thu nhập; (iii) phương pháp so sánh được áp dụng để thẩm định các tài sản có giao dịch mua, bán phổ biến trên thị trường; (iv) phương pháp thặng dư được áp dụng để thẩm định giá bất động sản có tiềm năng phát triển; (v) phương pháp lợi nhuận được áp dụng để định giá các tài sản mà việc so sánh với những tài sản tương tự gặp khó khăn do giá trị của tài sản chủ yếu phụ thuộc vào khả năng sinh lợi của tài sản như khách sạn, nhà hàng, rạp chiếu bóng v.v.; và (vi) các phương pháp thẩm định giá theo thông

lệ quốc tế khác (nếu có) phải được Bộ Tài chính chấp thuận.

Tuy nhiên, vẫn còn có nhiều ý kiến khác nhau về bản dự thảo này và bản thảo này mới chỉ đề cập đến một tài sản SHTT đó là nhãn hiệu, nên nếu được thông qua thì chắc chắn các quy định này không thể giải quyết được triệt để vấn đề định giá của các loại tài sản SHTT khác.

Bên cạnh đó, Bộ Tài chính đang tiếp tục soạn thảo chuẩn mực kế toán – tiêu chuẩn số 13 liên quan đến thẩm định giá tài sản vô hình. Đối tượng được quy định trong bản dự thảo này là tài sản vô hình phải thỏa mãn một số điều kiện nhất định như không có hình thái vật chất nhưng có thể nhận biết được, được pháp luật công nhận và bảo vệ, được sở hữu hợp pháp và có thể chuyển giao quyền sở hữu theo pháp luật, có bằng chứng hữu hình về sự tồn tại của tài sản vô hình (như hợp đồng, giấy chứng nhận, hồ sơ đăng ký, đĩa mềm máy tính v.v.), có khả năng tạo thu nhập cho người có quyền sở hữu, giá trị có thể định lượng được và có vòng đời xác định. Bản dự thảo đưa ra ba phương pháp chính để thẩm định tài sản vô hình là phương pháp chi phí, phương pháp so sánh và phương pháp thu nhập.

Như vậy, so với các phương pháp áp dụng phổ biến trên thế giới được áp dụng để định giá quyền SHTT, bản dự thảo về chuẩn mực kế toán – tiêu chuẩn số 13 cũng đưa ra các phương pháp định giá áp dụng tương tự. Tuy nhiên, việc lựa chọn phương pháp nào cho phù hợp với việc định giá giá trị từng tài sản SHTT khác nhau không phải là đơn giản, mà phụ thuộc rất nhiều vào các điều kiện và mục đích áp dụng của chủ sở hữu quyền SHTT cũng như kinh nghiệm của chuyên gia thẩm định trong lĩnh vực này. Việc thiếu các quy định pháp luật hướng dẫn trong lĩnh vực này đã làm cho các giao dịch dân sự liên quan đến việc chuyển nhượng, cấp li-xăng quyền SHTT thường mang tính ước lượng về phí bản quyền, còn đối với

việc sử dụng quyền SHTT làm tài sản bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự là không thể thực hiện được.

Từ các hạn chế và vướng mắc trên, chúng tôi đề xuất một số kiến nghị sau:

Thứ nhất, Bộ Tài chính cần thiết và nhanh chóng ban hành các hướng dẫn cụ thể về việc thẩm định giá trị tài sản vô hình để làm cơ sở cho các doanh nghiệp tham khảo xây dựng giá chuyển nhượng, li-xăng quyền SHTT hợp lý trong các giao dịch dân sự, kinh tế cũng như để cho các cơ quan có thẩm quyền giải quyết tranh chấp có căn cứ để tính toán mức độ bồi thường thiệt hại trong các tranh chấp liên quan đến quyền SHTT.

Thứ hai, Chính phủ cần ban hành một nghị định riêng hoặc bổ sung nghị định 163/2006/NĐ-CP về giao dịch bảo đảm hướng dẫn điều 322 Bộ luật Dân sự liên quan đến việc sử dụng quyền tài sản, cụ thể ở đây là quyền SHTT làm tài sản bảo đảm trong các giao dịch dân sự.

Thứ ba, chúng ta nên có các tổ chức định giá chuyên biệt có hiểu biết về tài sản SHTT để giúp tư vấn cho các doanh nghiệp xác định được giá trị tài sản SHTT của họ trong các giao dịch liên quan. Hoặc là cơ quan đăng ký SHTT có thể thiết lập một bộ phận chuyên trách hoặc một trang web online đưa ra các hướng dẫn về phương pháp định giá đối với từng loại tài sản SHTT để các chủ sở hữu quyền SHTT có thể tham khảo và đánh giá được giá trị tài sản SHTT một cách nhanh chóng, từ đó chúng ta mới có thể xây dựng được một thị trường khoa học và công nghệ minh bạch.

Thứ tư, bản thân các công ty nên có sự nhận thức đầy đủ và toàn diện hơn trong việc xây dựng danh mục tài sản SHTT và xác định đây là một nguồn lực không nhỏ trong khối tài sản của công ty, từ đó các công ty cần có chiến lược quản lý các rủi ro về quyền SHTT và tiến hành đăng ký bảo hộ các đối tượng SHTT càng sớm càng tốt ■

SO SÁNH MỘT SỐ QUY ĐỊNH CHUNG CỦA TƯ PHÁP QUỐC TẾ BỈ VÀ VIỆT NAM

NGÔ QUỐC CHIẾN*

Bài viết so sánh một số quy định chung của tư pháp quốc tế (TPQT) Bỉ với các quy định chung của TPQT Việt Nam, nêu các chủ kiến đánh giá và đưa ra các đề xuất.

1. Thẩm quyền tài phán quốc tế của tòa án

1.1. Cấu trúc của các quy định về thẩm quyền tài phán quốc tế

Một trong những điểm mới rất quan trọng của Bộ luật Tư pháp quốc tế (TPQT) Bỉ¹, là Bộ luật đã từ bỏ chế định xoay quanh tiêu chí quốc tịch của bị đơn. Các văn bản luật trước đây của Bỉ về TPQT quy định rằng, để xác định thẩm quyền của các tòa án cần phải xem xét bị đơn có quốc tịch Bỉ hay quốc tịch nước ngoài. Bãi bỏ các quy định này, Bộ luật TPQT đồng thời bãi bỏ thẩm quyền chung dựa trên tiêu chí quốc tịch Bỉ của bị đơn. Như vậy, Bộ luật đã đưa pháp luật Bỉ vào nhóm Các quốc gia chấp nhận quan niệm thuần túy dân sự về thẩm quyền quốc tế. Kể từ đó, thẩm quyền tài phán quốc

tế của các tòa án Bỉ dựa trên không phải các yêu cầu về chủ quyền, mà trên sự công bằng về thủ tục tố tụng và mối quan hệ mật thiết với Bỉ.

Về điểm này, TPQT Bỉ không khác nhiều so với TPQT của Việt Nam, bởi một trong những dấu hiệu quan trọng để xác định thẩm quyền của tòa án Việt Nam xét xử các vụ việc dân sự có yếu tố nước ngoài, đó là sự hiện diện (nơi cư trú nếu là cá nhân², trụ sở của pháp nhân) của bị đơn tại Việt Nam³, hoặc quan hệ là đối tượng của tranh chấp có liên quan tới Việt Nam⁴.

Một điểm đáng chú ý nữa là nếu như Bộ luật Tố tụng dân sự (TTDS) 2004 của Việt Nam chỉ nêu các căn cứ xác định thẩm quyền chung của tòa án Việt Nam⁵, thì Bộ luật TPQT Bỉ lại dành khá nhiều điều luật

* **TS. Khoa Luật, Trường Đại học Ngoại thương**

1 Có hiệu lực từ 01/10/2004

2 Bộ luật Dân sự (BLDS) Việt Nam sử dụng khái niệm "cá nhân", nhưng theo chúng tôi khái niệm "thể nhân" chính xác hơn. Người ta thường dùng "cá nhân" (một con người cụ thể, tách biệt) để phân biệt với "tập thể" (tập hợp nhiều con người). Còn từ "thể nhân" (con người cụ thể bằng xương thịt) được sử dụng để phân biệt với "pháp nhân" (con người trừu tượng do pháp luật "sinh ra").

3 Khoản 2, Điều 410, các điểm a, b, c.

4 Khoản 2, Điều 410, các điểm d, đ, e.

5 Điều 410.

xác định thẩm quyền tài phán nói chung của Tòa án Bỉ và các trường hợp cụ thể tòa án Bỉ có thẩm quyền tài phán quốc tế. Tại chương thứ nhất (mục 4, các điều từ 5 đến 14) của Bộ luật nêu các nguyên tắc chung về thẩm quyền tài phán quốc tế, trong khi các chương tiếp theo đưa ra các quy định về thẩm quyền tài phán quốc tế chuyên biệt cho từng lĩnh vực cụ thể⁶. Về nguyên tắc, các nguyên tắc riêng này bổ sung cho các quy định chung mà không phủ nhận chúng. Điều này có nghĩa là trong các lĩnh vực khác nhau được Bộ luật điều chỉnh, các tòa án Bỉ có thể xác định thẩm quyền tài phán của mình dựa trên các quy định về thẩm quyền tài phán chuyên biệt liên quan đến vụ việc cần giải quyết hoặc trên các quy định chung về thẩm quyền tài phán, hoặc đồng thời cả hai. Tuy nhiên, cần lưu ý là trong một số lĩnh vực, Bộ luật TPQT Bỉ có quy định rằng các thẩm quyền chuyên biệt loại trừ việc áp dụng một phần⁷, hoặc toàn bộ⁸ các quy định chung về thẩm quyền tài phán.

1.2. Căn cứ xác định thẩm quyền tài phán chung của tòa án

a) Nơi cư trú hoặc nơi sinh sống thường xuyên của bị đơn

Tòa án Bỉ có thẩm quyền tài phán nếu bị đơn có nơi cư trú hoặc nơi sinh sống thường xuyên tại Bỉ khi nộp đơn kiện⁹. Quy định này về cơ bản giống với Điều 635 Bộ luật Tư pháp Bỉ¹⁰, nhưng rõ ràng hơn ở hai điểm: *thứ nhất*, Bộ luật TPQT đã đưa ra định nghĩa riêng cho các khái niệm “nơi cư trú” (trụ sở) và “nơi sinh sống” (hoạt động) thường xuyên. Quy định mới này có thể làm

thay đổi một số giải pháp, đặc biệt, khi bị đơn là một pháp nhân, việc khởi kiện có thể được đưa ra trước tòa án Bỉ khi pháp nhân đó có trụ sở điều lệ hoặc có cơ sở chính tại Bỉ; *thứ hai*, Bộ luật TPQT đã bãi bỏ quy định về nơi cư trú do bị đơn cung cấp tại Bỉ.

Về điểm này, TPQT Bỉ cũng giống TPQT Việt Nam. Thật vậy, một trong những dấu hiệu cơ bản để xác định thẩm quyền tài phán của tòa án Việt Nam là sự hiện diện của bị đơn trên lãnh thổ Việt Nam¹¹. Bộ luật TPQT Bỉ đã có quy định rõ hơn trường hợp có nhiều bị đơn tham gia cùng một vụ kiện. Trong trường hợp này, chỉ cần một trong số các bị đơn có nơi cư trú (trụ sở) hoặc nơi sinh sống (hoạt động) thường xuyên tại Bỉ là tòa án Bỉ có thẩm quyền (Điều 5, § 1, đoạn 2).

b) Chi nhánh của pháp nhân

Theo các quy định mới của Bộ luật TPQT Bỉ, sự hiện diện của chi nhánh của pháp nhân trên lãnh thổ Bỉ được coi là một căn cứ để xác định thẩm quyền tài phán của tòa án Bỉ đối với các hoạt động của chi nhánh này. Thật vậy, theo Điều 5, § 2, các tòa án Bỉ có thẩm quyền xét xử mọi đơn yêu cầu liên quan đến hoạt động của một chi nhánh của pháp nhân dù pháp nhân này không có trụ sở, cũng như không có nơi hoạt động thường xuyên tại Bỉ, nếu chi nhánh này nằm tại Bỉ vào thời điểm nộp đơn.

Rất tiếc, Bộ luật TPQT Bỉ không cho biết nguyên đơn có thể kiện chi nhánh với tư cách là bị đơn hay phải kiện pháp nhân có chi nhánh nơi phát sinh hoạt động gây tranh chấp tại Bỉ.

6 Không nên nhầm lẫn khái niệm “thẩm quyền chuyên biệt” cho một lĩnh vực hoặc trường hợp cụ thể, với khái niệm “thẩm quyền riêng biệt” (được quy định tại điều 411 BLDS 2004 Việt Nam) vốn loại trừ thẩm quyền xét xử của tòa án nước ngoài.

7 Chẳng hạn Điều 77.

8 Chẳng hạn Điều 66.

9 Điều 5, § 1, đoạn 1.

10 Theo đó, “người nước ngoài có thể bị khởi kiện trước các tòa án của Bỉ, bởi hoặc một người Bỉ, hoặc bởi một người nước ngoài: (...) 2o nếu có nơi cư trú hoặc sinh sống thường xuyên tại Bỉ”.

11 Khoản 2, Điều 410, Bộ luật TTDS 2004.

TPQT Việt Nam cũng có quy định tương tự. Theo điểm a, khoản 2 Điều 410 Bộ luật TTDS Việt Nam 2004, tòa án Việt Nam có thẩm quyền xét xử các vụ việc dân sự có yếu tố nước ngoài mà bị đơn “có cơ quan quản lý, chi nhánh... tại Việt Nam”. Tuy nhiên, chi nhánh của cơ quan, tổ chức nước ngoài tại Việt Nam không được tham gia tố tụng với tư cách là nguyên đơn hoặc bị đơn, bởi vì chi nhánh không phải là pháp nhân. Khoản 3 Điều 92 BLDS quy định: “Chi nhánh là đơn vị phụ thuộc của pháp nhân, có nhiệm vụ thực hiện toàn bộ hoặc một phần chức năng của pháp nhân, kể cả chức năng đại diện theo ủy quyền”. Như vậy, chi nhánh chỉ tham gia tố tụng theo ủy quyền của cơ quan, tổ chức nước ngoài thành lập ra chi nhánh đó. Quy định này đặt ra rất nhiều khó khăn trong thực tiễn xét xử và gây rất nhiều tranh cãi trong giới học thuật. Về lý luận, hiện nay đang tồn tại quan điểm “chính thống” về nguyên nhân chi nhánh của cơ quan, tổ chức nước ngoài cũng như của cơ quan, tổ chức của Việt Nam không có quyền khởi kiện hoặc không thể bị khởi kiện do các chi nhánh nêu trên không phải là pháp nhân, không độc lập về tài chính. Do đó, khi không độc lập về tài chính thì họ không có tài sản để thực hiện các quyền, nghĩa vụ dân sự, bao gồm việc thanh toán, bồi thường theo bản án, quyết định của tòa án. Tuy nhiên, quy định của điểm a, khoản 2, Điều 410 Bộ luật TTDS nêu trên là không phù hợp với các quy định của pháp luật chuyên ngành về chế độ tài chính của chi nhánh của một số cơ quan, tổ chức nước ngoài. Cụ thể, theo quy định tại khoản 1, Điều 2, Nghị định số 57/2012/NĐ-CP ngày

20/7/2012 của Chính phủ về “chế độ tài chính đối với tổ chức tín dụng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài” thì chi nhánh ngân hàng nước ngoài tự chủ về tài chính, tự chịu trách nhiệm về hoạt động kinh doanh, thực hiện nghĩa vụ và các cam kết của mình theo quy định của pháp luật”. Như vậy, với quy định này thì chi nhánh ngân hàng nước ngoài tại Việt Nam hoàn toàn có đủ tư cách là người khởi kiện và bị kiện trong các tranh chấp về dân sự¹².

c) Khả năng lựa chọn cơ quan tài phán nước ngoài

Trong một số lĩnh vực như hợp đồng, ly hôn, bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng..., Bộ luật TPQT Bì cho phép các bên được thỏa thuận lựa chọn cơ quan giải quyết tranh chấp nước ngoài¹³. Khi các thỏa thuận này hợp pháp thì tòa án do các bên lựa chọn là tòa án duy nhất có thẩm quyền và nếu được yêu cầu thì tòa án Bì phải từ chối thẩm quyền¹⁴. Hiệu lực của các thỏa thuận này phụ thuộc vào ba điều kiện chính:

Thứ nhất, thỏa thuận đó phải liên quan đến lĩnh vực mà các bên được quyền lựa chọn cơ quan tài phán. Việc kiểm tra lĩnh vực mà các bên được quyền lựa chọn cơ quan tài phán phải tuân theo pháp luật Bì. Theo thuyết trình giải thích Bộ luật TPQT, việc đánh giá có thể phụ thuộc vào bản chất của mối quan hệ pháp lý đang xem xét và nội dung của các quy định bảo vệ. Về phần mình, thông tư hướng dẫn thi hành khẳng định rằng địa vị pháp lý của các cá nhân thuộc các lĩnh vực mà các bên không được quyền thỏa thuận chọn cơ quan tài phán¹⁵.

Thứ hai, thỏa thuận đó phải liên quan đến các tranh chấp đã phát sinh hoặc có thể

12 Lê Mạnh Hùng, *Thực tiễn áp dụng pháp luật của tòa án Việt Nam trong giải quyết các vụ việc dân sự có yếu tố nước ngoài*, Tọa đàm về Thực trạng Tư pháp quốc tế Việt Nam và kinh nghiệm Nhật Bản, Bộ Tư pháp, tháng 12/2013

13 Điều 6.

14 Điều 7.

15 Thông tư hướng dẫn thi hành Bộ luật TPQT Bì.

sẽ phát sinh từ một mối quan hệ về quyền và nghĩa vụ. Điều kiện này giống TPQT châu Âu, nhưng được xây dựng mềm dẻo hơn, bởi vì trong TPQT châu Âu, mối quan hệ về quyền và nghĩa vụ này phải có một tính chất quyết định¹⁶.

Thứ ba, điều khoản phải được ký kết hợp pháp. Hiệu lực của điều khoản này được điều chỉnh bởi luật áp dụng cho hợp đồng theo quy định tại Điều 98 của Bộ luật. Khác với Nghị định Bruxelles I, Bộ luật TPQT của Bỉ không xác định các hình thức mà điều khoản phải tuân theo.

Tại Việt Nam, có một số quy phạm cho phép các bên chọn tòa án nước ngoài để giải quyết tranh chấp của mình. Khoản 2 Điều 4 Bộ luật Hàng hải năm 2005 quy định: “Các bên tham gia trong hợp đồng liên quan đến hàng hải mà trong đó có ít nhất một bên là tổ chức hoặc cá nhân nước ngoài, thì có quyền thỏa thuận áp dụng pháp luật nước ngoài hoặc tập quán hàng hải quốc tế trong các quan hệ hợp đồng và chọn trọng tài, tòa án ở một trong hai nước hoặc ở một nước thứ ba để giải quyết tranh chấp”. Tuy nhiên, đây chỉ là quy định chuyên biệt điều chỉnh một lĩnh vực cụ thể là vận tải hàng hải, chứ không phải là nguyên tắc chung áp dụng cho tất cả các quan hệ hợp đồng. Rất tiếc, hai văn bản luật quan trọng nhất cấu thành TPQT Việt Nam là BLDS và Bộ luật TTDS không có quy định nào cho phép các bên trong một quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài được lựa chọn cơ quan giải quyết tranh chấp nước ngoài.

Thiết nghĩ, trong lĩnh vực hợp đồng và

bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng, chúng ta nên tham khảo kinh nghiệm của Bỉ, nên trao cho các bên quyền tự do không chỉ lựa chọn pháp luật áp dụng cho quan hệ của mình mà còn cả lựa chọn tòa án nước ngoài để giải quyết tranh chấp phát sinh từ quan hệ đó. Tất nhiên, quyền lựa chọn này không tuyệt đối, mà phải giới hạn ở những trường hợp tòa án Việt Nam có thẩm quyền chung.

Khi điều khoản lựa chọn cơ quan giải quyết tranh chấp trao thẩm quyền cho tòa án Bỉ hợp pháp, thì chỉ tòa án Bỉ mới có thẩm quyền xét xử¹⁷ (Điều 6, § 1). Tuy nhiên, tòa án Bỉ vẫn có thể từ chối thẩm quyền nếu có đầy đủ các tình tiết cho thấy tranh chấp không có bất kỳ mối quan hệ rõ ràng nào với Bỉ. Như vậy, TPQT Bỉ đã gián tiếp chấp nhận học thuyết *forum non conveniens*¹⁸, cho phép thẩm phán từ chối thẩm quyền của mình vì nhiều lý do, trong đó có lý do vụ việc không có mối liên hệ mật thiết với nước mình.

Về điểm này, TPQT Bỉ có khác biệt với TPQT Việt Nam. Tại Việt Nam, mặc dù có một số dấu hiệu cho thấy sự hiện diện trong thực tế của thuyết *forum non conveniens*, nhưng chúng không đủ rõ ràng để khẳng định pháp luật Việt Nam chấp nhận thuyết này¹⁹.

Theo Điều 7, Bộ luật TPQT Bỉ, khi điều khoản lựa chọn cơ quan giải quyết tranh chấp trao thẩm quyền cho một tòa án nước ngoài hợp pháp, về nguyên tắc buộc thẩm phán Bỉ phải từ chối xét xử khi được yêu cầu. Tuy nhiên, tòa án Bỉ vẫn có thể thụ lý vụ việc mà không cần phải tính đến điều

¹⁶ Xem Điều 23, 10, Nghị định Bruxelles I. Điều kiện này được giải thích khá rộng. Xem: Tòa án Tư pháp Cộng đồng châu Âu (Nay là Tòa án Tư pháp Liên minh châu Âu), 10/3/1992, Powell, *aff. C-214/89, Rec.*, tr. I-1745.

¹⁷ Điều 6, § 2.

¹⁸ Được hiểu là trường hợp tòa án của một nước có thẩm quyền nhưng tự khước từ thẩm quyền đó khi xét thấy sẽ là phù hợp hơn nếu vụ việc được giải quyết ở tòa án nước ngoài.

¹⁹ Xem thêm Đỗ Văn Đại, Mai Hồng Quý, *Tư pháp quốc tế Việt Nam*, Nxb Chính trị Quốc gia, H., 2010, tr. 174 và tiếp theo.

khoản lựa chọn cơ quan giải quyết tranh chấp của các bên, trong hai trường hợp sau:

Thứ nhất, tòa án Bỉ phải dự báo được rằng quyết định của tòa án nước ngoài sẽ không thể được công nhận hoặc thi hành tại Bỉ. Như vậy, thẩm phán Bỉ phải dự đoán tính hợp pháp của một quyết định tương lai có thể sẽ được tòa án nước ngoài do các bên lựa chọn đưa ra. Tính toán này dựa trên các lý do từ chối công nhận bản án, quyết định dân sự của cơ quan tài phán nước ngoài, quy định tại Điều 25 của Bộ luật (quyền bào chữa bị xâm phạm, hậu quả của bản án trái với trật tự công cộng của Bỉ...).

Thứ hai, tòa án Bỉ sử dụng quy định ngoại lệ về thẩm quyền tài phán quốc tế để tránh rơi vào quy định về “từ chối xét xử”²⁰, quy định tại Điều 11 của Bộ luật.

d) Bị đơn tự nguyện tham gia phiên tòa

Ngoài các trường hợp trên, tòa án Bỉ còn có thẩm quyền khi bị đơn tự nguyện tham gia phiên tòa mà không phản đối thẩm quyền của tòa án²¹. Chúng tôi không thấy TPQT Việt Nam có quy định tương tự. TPQT Việt Nam dường như không có câu trả lời trong trường hợp các bên đã thỏa thuận chọn trọng tài hoặc tòa án nước ngoài để giải quyết tranh chấp, nhưng khi tranh chấp phát sinh, một bên kiện ra tòa án Việt Nam và bên kia tham gia phiên tòa mà không phản đối thẩm quyền của tòa án được yêu cầu thụ lý. Thiết nghĩ, chúng ta nên tham khảo kinh nghiệm của Bỉ, coi đây là một trường hợp các bên đã có một thỏa thuận mới về lựa chọn cơ quan giải quyết tranh chấp.

e) Thẩm quyền dựa trên mối quan hệ mật thiết

Cuối cùng, tòa án Bỉ có thẩm quyền xét xử các vụ việc dân sự có yếu tố nước ngoài “vì cần thiết”. Mặc dù không thỏa mãn các quy định khác của Bộ luật, các tòa án Bỉ vẫn có thẩm quyền khi vụ án có các mối quan hệ mật thiết với Bỉ và các đương sự không thể tiến hành thủ tục tố tụng ở nước ngoài, hoặc người ta không thể đòi hỏi một cách hợp lý rằng yêu cầu khởi kiện phải được đưa ra ở nước ngoài (Điều 11). Quy định này thực chất nhằm đảm bảo cho pháp luật Bỉ phù hợp với Điều 6, § 1, Công ước châu Âu về quyền con người và tránh trường hợp từ chối xét xử.

Nếu như tại Việt Nam, nguyên tắc xác định pháp luật dựa trên “mối quan hệ mật thiết nhất” chỉ được áp dụng đối với người không quốc tịch, người nước ngoài có hai hay nhiều quốc tịch nước ngoài²², thì tại Bỉ, phạm vi áp dụng của hệ thuộc luật này rộng hơn rất nhiều. Để viện dẫn thẩm quyền này, tòa án Bỉ phải đáp ứng được hai điều kiện cơ bản. *Thứ nhất*, việc khởi kiện ra tòa án nước ngoài là không thể hoặc không hợp lý, chẳng hạn trong các hoàn cảnh nguyên đơn không thể tiếp cận thực tế tòa án nước ngoài trong một vụ án công bằng theo cách hiểu của pháp luật châu Âu. *Thứ hai*, vụ án phải có các mối quan hệ mật thiết với Bỉ.

Đây có thể là một tham khảo hữu ích cho TPQT Việt Nam, vì trong chiến lược cải cách tư pháp, pháp luật Việt Nam có xu hướng trao nhiều quyền hơn cho thẩm phán, nhưng đồng thời cũng có những quy định

²⁰ Trong pháp luật thực định của Việt Nam không tồn tại khái niệm tội “từ chối xét xử”, nhưng khái niệm này xuất hiện tại pháp luật của nhiều nước như Pháp và Bỉ, theo đó, thẩm phán nào từ chối xét xử thì có thể phải chịu trách nhiệm hình sự.

²¹ Điều 6, § 1.

²² Khoản 2, Điều 769 BLDS 2005.

ràng buộc chặt chẽ thẩm phán hơn, trong đó rất có thể bổ sung vào BLDS quy định về trách nhiệm của thẩm phán trong trường hợp từ chối xét xử. Nói cách khác, thẩm phán không thể viện dẫn lý do pháp luật không có quy định để từ chối xét xử một vụ việc cụ thể.

đ) Thẩm quyền đối với yêu cầu áp dụng biện pháp tạm thời và biện pháp thi hành

Nếu như trong danh sách các căn cứ xác định thẩm quyền của tòa án Việt Nam không có quy định nào về thẩm quyền của tòa án Việt Nam xét xử các yêu cầu áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời, thì Bộ luật TPQT Bỉ lại có những quy định rất rõ ràng về vấn đề này. Tại Điều 10, Bộ luật TPQT Bỉ quy định, các tòa án Bỉ có thẩm quyền áp dụng các biện pháp tạm thời, biện pháp bảo vệ và các biện pháp thi hành ngay cả khi các tòa án này không có thẩm quyền xét xử nội dung vụ án theo các quy định của Bộ luật. Để áp dụng quy định này cần phải thỏa mãn hai điều kiện chính. *Thứ nhất*, các biện pháp chỉ có thể được đưa ra trong trường hợp khẩn cấp. Thế nào là “khẩn cấp” cần phải được xác định theo pháp luật Bỉ. *Thứ hai*, các biện pháp được áp dụng phải liên quan đến người hoặc tài sản tại Bỉ khi đương sự yêu cầu. Tiêu chí “hiện diện trên lãnh thổ” này được xác định vào thời điểm đương sự nộp đơn, và sự dịch chuyển của người và tài sản sau đó sẽ không ảnh hưởng đến thẩm quyền của tòa án Bỉ. Một lần nữa chúng ta thấy TPQT Bỉ đề cao mối quan hệ mật thiết (sự hiện diện của người hoặc tài sản) của vụ việc để xác định thẩm quyền của tòa án Bỉ. Chúng ta cũng sẽ thấy tầm quan trọng của

nguyên tắc này trong việc giải quyết vấn đề xung đột pháp luật.

2. Xung đột pháp luật

Không hề ngẫu nhiên khi bắt đầu Mục 5 về xung đột pháp luật, Bộ luật TPQT Bỉ đã dùng điều đầu tiên của Mục này (Điều 15) để quy định về việc áp dụng pháp luật nước ngoài và nghĩa vụ của thẩm phán Bỉ chứng minh pháp luật nước ngoài. Thật vậy, nội dung pháp luật nước ngoài do các bên lựa chọn phải do thẩm phán xác định. Pháp luật nước ngoài phải được áp dụng theo cách giải thích ở nước ngoài. Tuy nhiên, khi không thể xác định được nội dung pháp luật nước ngoài thì tòa án có thể yêu cầu sự hợp tác của các bên. Khi rõ ràng không thể xác định được nội dung pháp luật nước ngoài trong một khoảng thời gian hợp lý, thì tòa án Bỉ áp dụng pháp luật Bỉ.

Như vậy, TPQT Bỉ đã không chỉ thừa nhận khả năng áp dụng pháp luật nước ngoài mà còn quy định về cách thức áp dụng pháp luật nước ngoài. Đây là điểm khác biệt của TPQT Bỉ so với TPQT Việt Nam và nhiều nước trên thế giới, để tránh trường hợp tòa án Bỉ từ chối áp dụng pháp luật nước ngoài với lý do không xác định được pháp luật nước ngoài. Còn BLDS 2005 của Việt Nam cho phép các bên trong hợp đồng được lựa chọn áp dụng pháp luật nước ngoài²³, nhưng không cho biết ai phải chứng minh về pháp luật nước ngoài được lựa chọn đó: các bên đương sự hay tòa án? Sự im lặng này đặt ra nhiều khó khăn khi áp dụng pháp luật nước ngoài. Theo một số học giả, nghĩa vụ chứng minh pháp luật nước ngoài thuộc về tòa án²⁴. Trong thực tế, tòa án Việt Nam gần như

23 Khoản 3, Điều 759, BLDS 2005.

24 Trường Đại học Luật Hà Nội, *Giáo trình Tư pháp quốc tế*, Nxb Công an nhân dân, 2013, tr. 56 và tiếp theo; Nguyễn Ngọc Điện, *Chế định lý hôn trong tư pháp quốc tế của Việt Nam*, Hội thảo về Tư pháp quốc tế do Nhà pháp luật Việt-Pháp tổ chức, tháng 5/2005. Theo Nguyễn Ngọc Điện, “về mặt logic, không thể yêu cầu nguyên đơn và bị đơn đưa ra chứng minh áp dụng luật nước ngoài bởi vì không phải chính họ viện dẫn việc áp dụng luật nước ngoài. Chính vì vậy, do quy phạm xung đột Việt Nam dẫn chiếu đến việc áp dụng luật nước ngoài nên thẩm phán phải tìm hiểu nội dung luật áp dụng”. Nhưng trong thực tế, có nhiều tòa án đã yêu cầu các bên đương sự chứng minh pháp luật nước ngoài.

chưa bao giờ áp dụng pháp luật nước ngoài. Tình trạng này có cả nguyên nhân chủ quan và khách quan, trong đó có việc tòa án Việt Nam từ chối áp dụng pháp luật nước ngoài vì pháp luật thực định không có bất kỳ quy định nào buộc tòa án phải chứng minh pháp luật nước ngoài.

Các Điều 15 và tiếp theo của Bộ luật TPQT Bỉ quy định các nguyên tắc về phương pháp có thể được áp dụng đối với tất cả các hệ thuộc luật mà Bộ luật quy định, trong đó nhấn mạnh đến nguyên tắc về mối quan hệ mật thiết. Đây được coi là một “bộ quy tắc” thực sự về xung đột pháp luật. Các nguyên tắc này dựa trên các học thuyết và án lệ phát triển trước đó.

a) Điều khoản loại trừ áp dụng pháp luật nước ngoài

Điều 19 Bộ luật TPQT Bỉ cho phép các tòa án Bỉ, trong một số trường hợp đặc biệt, không áp dụng pháp luật nước ngoài mà lẽ ra phải được áp dụng theo lựa chọn của các bên hoặc theo dẫn chiếu của quy phạm xung đột, để ưu tiên áp dụng pháp luật của Bỉ hoặc của một quốc gia khác đáng được áp dụng hơn.

Tuy nhiên, trong trường hợp như vậy, tòa án Bỉ có nghĩa vụ chứng minh có những dấu hiệu rõ ràng cho thấy vụ việc đang xem xét có rất ít quan hệ với quốc gia có hệ thống pháp luật được chỉ định áp dụng, trong khi lại có những mối quan hệ mật thiết với Bỉ hoặc một quốc gia khác.

Ngoài ra, tòa án Bỉ cũng có thể không áp dụng pháp luật nước ngoài lẽ ra phải được áp dụng theo lựa chọn của các bên hoặc theo quy phạm xung đột của Bỉ dẫn chiếu tới, nếu hậu quả của việc áp dụng pháp luật nước ngoài trái với “trật tự công cộng” của Bỉ.

b) Bảo lưu trật tự công cộng

Bảo lưu trật tự công cộng được quy định tại Điều 21 Bộ luật TPQT Bỉ, theo đó việc áp dụng pháp luật nước ngoài theo dẫn chiếu của quy phạm xung đột bị loại trừ nếu nó có hậu quả “rõ ràng trái với trật tự công cộng Bỉ”.

Chúng ta cũng thấy quy định tương tự trong pháp luật Việt Nam. Khoản 3 Điều 759 BLDS Việt Nam quy định pháp luật nước ngoài chỉ được áp dụng “nếu việc áp dụng hoặc hậu quả của việc áp dụng không trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Cộng hoà XHCN Việt Nam”. Nói cách khác, pháp luật nước ngoài sẽ không được áp dụng nếu việc áp dụng hoặc hậu quả của việc áp dụng trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam. Tuy nhiên, pháp luật Việt Nam không cho biết “các nguyên tắc cơ bản” của pháp luật Việt Nam là gì. Điều này dẫn tới rất nhiều khó khăn trong việc áp dụng quy phạm này trong thực tế.

Cũng giống như TPQT Việt Nam không định nghĩa thế nào là các “nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam”, Bộ luật TPQT Bỉ không đưa ra định nghĩa thế nào là “trật tự công cộng”, nhưng điểm khác biệt căn bản là đoạn 2, Điều 21 Bộ luật TPQT Bỉ quy định rằng, việc xác định “trật tự công cộng” phải dựa trên một loạt các dấu hiệu, trong đó đặc biệt phải tính đến “mức độ gắn bó của vụ việc với trật tự pháp luật Bỉ và mức độ nghiêm trọng mà việc áp dụng pháp luật nước ngoài này có thể gây ra”. Như vậy, một lần nữa chúng ta có thể thấy tầm quan trọng mà TPQT Bỉ dành cho nguyên tắc về mối quan hệ mật thiết nhất.

Thực tiễn xét xử các vụ việc dân sự có yếu tố nước ngoài tại Bỉ cho thấy, tòa án Bỉ đánh giá “trật tự công cộng” dựa trên các nguyên tắc nền tảng về “trật tự đạo đức, chính trị, kinh tế” mà án lệ Vigouroux²⁵ là

25 Cass., 4 mai 1950, Pas., 1950, I, 624.



một điển hình. Tuy nhiên, trong thời gian gần đây, ngoài các dấu hiệu trên, tòa án Bỉ còn xét thêm các tiêu chí về các quyền cơ bản của con người, phù hợp với Công ước châu Âu về bảo vệ quyền con người và Hiệp ước thành lập Liên minh châu Âu.

Khác với quy định về bảo lưu trật tự công cộng, quy định về ngoại lệ không có nhiệm vụ cho phép thẩm phán Bỉ tự động quay trở lại áp dụng pháp luật Bỉ. Quy định này chỉ cho phép tòa án Bỉ không áp dụng pháp luật của một nước ngoài lẽ ra được áp dụng, để áp dụng pháp luật của Bỉ hoặc pháp luật của một nước khác có mối quan hệ mật thiết nhất với hoàn cảnh đang xem xét.

Bên cạnh khả năng sử dụng điều khoản loại trừ và điều khoản bảo lưu trật tự công cộng, tòa án Bỉ còn có thể tránh áp dụng pháp luật nước ngoài bằng cách viện dẫn các “quy pháp áp dụng bắt buộc”.

c) Quy phạm áp dụng bắt buộc

“Quy phạm áp dụng bắt buộc” là một

khái niệm mới trong pháp luật, nhưng không mới trong án lệ ở Bỉ. Khái niệm này được sử dụng tại Điều 20 Bộ luật TPQT Bỉ. Về cơ bản, đó là các quy phạm bắt buộc phải được áp dụng cho một quan hệ dân sự nhất định. Đây là các quy định của pháp luật quốc nội liên quan đến trật tự công hoặc quy phạm bắt buộc chung nhưng có xu hướng được áp dụng cho cả các hoàn cảnh quốc tế. Trong giải trình dự án luật, ban soạn thảo Bộ luật nhấn mạnh đến sự thận trọng cần thiết mà các tòa án Bỉ phải có “để không tước mất toàn bộ hiệu lực cần thiết của quy phạm xung đột”. Mỗi khi áp dụng quy phạm quốc nội có tính áp dụng bắt buộc thay cho pháp luật nước ngoài lẽ ra phải được áp dụng theo sự dẫn chiếu của quy phạm xung đột, tòa án Bỉ phải giải thích rõ lý do.

TPQT Việt Nam không có quy định nào minh thị cho phép tòa án Việt Nam sử dụng quy phạm áp dụng bắt buộc của Việt Nam để loại trừ áp dụng pháp luật nước ngoài. Và

lại, trong pháp luật Việt Nam cũng không có khái niệm “quy phạm áp dụng bắt buộc”. Tuy nhiên, trong thực tế chúng tôi thấy, có nhiều quy phạm pha trộn tính chất áp dụng bắt buộc và “nguyên tắc cơ bản”. Cụ thể, khoản 1 Điều 769 BLDS quy định: “Hợp đồng được giao kết tại Việt Nam và thực hiện hoàn toàn tại Việt Nam thì phải tuân theo pháp luật Cộng hòa XHCN Việt Nam”. Hay Điều 301 Luật Thương mại 2005 quy định: “Mức phạt đối với vi phạm nghĩa vụ hợp đồng hoặc tổng mức phạt đối với nhiều vi phạm do các bên thoả thuận trong hợp đồng, nhưng không quá 8% giá trị phần nghĩa vụ hợp đồng bị vi phạm”. Rất khó có thể khẳng định đây là “quy pháp áp dụng bắt buộc” theo cách hiểu của pháp luật Bỉ hay “nguyên tắc cơ bản” của pháp luật Việt Nam.

Trong thực tiễn xét xử, chúng tôi thấy, đã có tòa án của Việt Nam mặc nhiên áp dụng pháp luật Việt Nam, mặc dù trong vụ việc được xử lý có thể áp dụng pháp luật nước ngoài. Ví dụ, trong phán quyết của Tòa án nhân dân (TAND) tỉnh Trà Vinh năm 2004²⁶ liên quan đến một yêu cầu tuyên bố chết. Cụ thể, ông Minh và bà Nữ kết hôn năm 1976. Năm 1986, hai người vượt biên. Khi đến biên giới Campuchia - Thái Lan thì bị quân lính Pôn Pốt phát hiện và bà Nữ bị bắn chết. Nay ông Minh, đã mang quốc tịch Mỹ, yêu cầu TAND tỉnh Trà Vinh tuyên bố bà Nữ đã chết. Vì vụ liên quan đến các công dân Việt Nam, nên pháp luật Việt Nam có thể được áp dụng. Tuy nhiên, vụ việc lại xảy ra tại biên giới Campuchia - Thái Lan nên pháp luật Campuchia cũng có thể được áp

dụng. TAND tỉnh Trà Vinh đã áp dụng Điều 19, BLDS năm 1995 mà không đưa ra giải thích tại sao.

Thiết nghĩ, để tòa án có cơ sở vững chắc trong việc áp dụng pháp luật, chúng ta nên theo giải pháp của Bỉ. TPQT Việt Nam nên có quy định rõ trong trường hợp nào tòa án Việt Nam có thể loại trừ áp dụng pháp luật nước ngoài để áp dụng các quy phạm áp dụng bắt buộc của pháp luật Việt Nam. Việc sử dụng quy phạm áp dụng bắt buộc có ưu điểm hơn so với sử dụng các “nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam”, hay “bảo lưu trật tự công cộng” ở chỗ nó không đòi hỏi tòa án phải so sánh pháp luật Việt Nam với pháp luật nước ngoài lẽ ra phải được áp dụng, một công việc không hề dễ và cũng rất tế nhị.

d) Loại bỏ dẫn chiếu

Một điểm khác biệt nữa là TPQT Bỉ đã loại bỏ dẫn chiếu, trong khi TPQT Việt Nam minh thị chấp nhận dẫn chiếu ngược trở lại. Khoản 3, Điều 759 BLDS 2005 quy định: “... trường hợp pháp luật nước đó dẫn chiếu trở lại pháp luật Cộng hòa XHCN Việt Nam thì áp dụng pháp luật Cộng hòa XHCN Việt Nam”. Nói cách khác, pháp luật Việt Nam chấp nhận dẫn chiếu ngược trở lại, nhưng không cho biết có chấp nhận dẫn chiếu tới nước thứ ba²⁷ hay không.

Trong khi đó, Điều 16 Bộ luật TPQT Bỉ quy định rằng, pháp luật được chỉ định bởi các quy phạm xung đột của Bộ luật là “các quy phạm luật thực chất, loại trừ các quy phạm xung đột TPQT của quốc gia đó”. Như vậy, TPQT Bỉ không chấp nhận dẫn chiếu nói chung. Tuy nhiên, trong một số

26 *Bản án số 05/HNST ngày 5/5/2004.*

27 *Dẫn chiếu đến nước thứ ba, hay còn gọi là chuyển chỉ, là hiện tượng khi tòa án của nước A áp dụng quy phạm xung đột dẫn chiếu đến pháp luật nước ngoài (nước B), nhưng pháp luật nước B lại quy định vấn đề phải được giải quyết theo pháp luật nước nước C.*

trường hợp ngoại lệ, TPQT Bỉ vẫn chấp nhận dẫn chiếu, nhưng đặt trong các khuôn khổ chặt chẽ. Dẫn chiếu chỉ được chấp nhận khi nó cho phép đạt được một mục đích phù hợp với TPQT Bỉ. Như trong lĩnh vực thừa kế bất động sản, Điều 78, § 2 cho phép áp dụng quy phạm xung đột nước ngoài mặc dù quy phạm này dẫn chiếu đến việc áp dụng pháp luật của nơi cư trú thường xuyên của người để lại di sản. Tương tự, liên quan đến pháp nhân, Điều 110 chấp nhận dẫn chiếu, theo đó “pháp nhân được điều chỉnh bởi pháp luật của quốc gia nơi pháp nhân đó có trụ sở chính ngay khi thành lập. Nếu pháp luật nước ngoài chỉ định pháp luật của quốc gia nơi pháp nhân được thành lập hợp pháp, thì pháp luật của quốc gia này được áp dụng”. Liên quan đến năng lực pháp luật dân sự, Điều 34, § 1^{er} cũng chấp nhận dẫn chiếu, nhưng chỉ nếu nó cho phép áp dụng pháp luật Bỉ, tức dẫn chiếu ngược trở lại.

3. Kết luận

Từ việc phân tích các quy định chung của TPQT Bỉ và so sánh với các quy định của TPQT Việt Nam, chúng ta có thể thấy, Bộ luật TPQT Bỉ đã được xây dựng theo hướng hiện đại, rõ ràng, dễ tiếp cận, đáp ứng các đòi hỏi của việc hội nhập châu Âu và hội nhập quốc tế của Bỉ. Các nhà lập pháp Bỉ đã pháp điển hóa thành công các quy phạm liên quan đến TPQT vốn trước đó tồn tại rải rác trong rất nhiều các văn bản luật khác nhau. Đây là một kinh nghiệm đáng để chúng ta tham khảo trong bối cảnh các quy định về TPQT của Việt Nam nằm rải rác trong hơn hai mươi văn bản pháp luật khác nhau.

Ban soạn thảo Bộ luật TPQT Bỉ đã có một nỗ lực lớn trong việc “phổ cập” hóa văn bản đến mọi người thông qua việc sử dụng

ngôn ngữ đơn giản, ngắn gọn, dễ hiểu hơn nhiều so với các văn bản cũ. Cách trình bày của Bộ luật rõ ràng, thống nhất giữa các phần, điều này giúp cho việc tiếp cận văn bản dễ dàng hơn.

Bộ luật TPQT Bỉ đã gián tiếp trao cho thẩm phán Bỉ nhiều quyền hơn, thông qua việc đưa ra các nguyên tắc chung và việc tìm ra các lời giải cho các vấn đề cụ thể thuộc về thẩm phán. Thật vậy, TPQT Bỉ đã trao cho nguyên tắc về mối quan hệ mật thiết nhất tầm quan trọng đặc biệt trong việc xác định thẩm quyền tài phán của tòa án Bỉ cũng như xác định pháp luật cần phải được áp dụng để điều chỉnh một quan hệ dân sự, thương mại cụ thể. Đúng là “mối quan hệ mật thiết nhất” là một khái niệm tương đối mơ hồ, khó xác định, nhưng nó là công cụ cho phép tìm ra lời giải phù hợp nhất cho một vấn đề cần giải quyết. TPQT Bỉ cũng không đưa ra định nghĩa thế nào là một quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài, mà để cho tòa án Bỉ quyền chủ động đánh giá tùy theo các hoàn cảnh cụ thể. TPQT Bỉ nhấn mạnh đến việc thẩm phán Bỉ phải áp dụng pháp luật nước ngoài theo dẫn chiếu của quy phạm xung đột hoặc theo lựa chọn của các bên, đồng thời cũng đưa ra các quy định hết sức chặt chẽ về các trường hợp tòa án Bỉ từ chối áp dụng pháp luật nước ngoài. Các quy định này có thể là một biện pháp phòng ngừa hữu hiệu tòa án Bỉ tùy tiện từ chối áp dụng pháp luật nước ngoài, qua đó thiết lập sự công bằng pháp lý trong giao lưu dân sự quốc tế.

Thiết nghĩ, đây cũng là những giải pháp đáng để chúng ta tham khảo bởi nhiều vấn đề của TPQT không thể đưa ra các giải pháp cụ thể và giải pháp phải dựa trên các tình tiết của vụ việc cần xem xét ■