

# NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

ISSN 1859 - 2953

www.nclp.org.vn

VĂN PHÒNG QUỐC HỘI

Số 06 (238)/Tháng 3/2013



Số chuyên đề 2

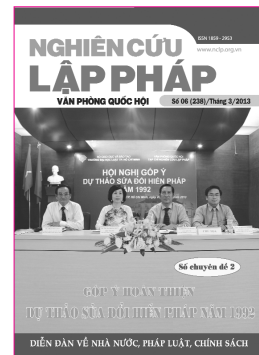
## GÓP Ý HOÀN THIỆN DỰ THẢO SỬA ĐỔI HIẾN PHÁP NĂM 1992

DIỄN ĐÀN VỀ NHÀ NƯỚC, PHÁP LUẬT, CHÍNH SÁCH



# NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn



## Mục lục 3/2013

- 3** Những vấn đề lớn cần xem xét lại trong Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992 và những kiến nghị liên quan  
**PGS.TS Ngô Huy Cương**
- 10** Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992: chủ nghĩa hợp hiến hiện đại ở Việt Nam trong thế kỷ 21  
**Bùi Ngọc Sơn**
- 18** Nguyên tắc chủ quyền nhân dân trong Dự thảo Hiến pháp sửa đổi năm 2013: có đổi mới, nhưng nửa vời và mâu thuẫn  
**PGS.TS Nguyễn Cửu Việt**
- 24** Bình luận Chương IX Dự thảo sửa đổi Hiến pháp ở góc nhìn kinh tế - xã hội  
**PGS.TS. Nguyễn Ngọc Điện**
- 29** Góp ý chương chính quyền địa phương (chương IX Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992)  
**TS. Nguyễn Thị Kim Thoa**  
**ThS. Nguyễn Thị Hạnh**
- 32** Tổ chức đơn vị hành chính lãnh thổ theo Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992  
**ThS. Nguyễn Ngọc Toán**
- 38** Chế định quyền con người, quyền công dân trong Dự thảo sửa đổi Hiến pháp năm 1992  
**PGS.TS. Nguyễn Thanh Tuấn**
- 45** Kiến nghị hoàn thiện cơ sở hiến định về thu hồi đất, bồi thường, hỗ trợ và tái định cư  
**TS. Phan Trung Hiền**
- 51** Hội đồng Hiến pháp - nhu cầu và dự báo tính khả thi  
**PGS.TS Phạm Duy Nghĩa**
- 55** Kiến nghị bổ sung chức năng kiểm sát việc tuân theo pháp luật của Viện kiểm sát trong Dự thảo sửa đổi Hiến pháp  
**Phạm Văn Gòn**
- 59** Vấn đề kỹ thuật văn bản trong Dự thảo sửa đổi, bổ sung Hiến pháp năm 1992  
**ThS. Giáp Thị Hạnh**

### HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

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

### TỔNG BIÊN TẬP

TS. PHẠM VĂN HÙNG

### TRỤ SỞ:

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

### THIẾT KẾ:

HOÀNG NHI

### GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:

Số 117/GP-NGÀY 30-3-2001  
CỦA BỘ VH TT

### PHÁT HÀNH:

HÀ NỘI: 080-43364

### TÀI KHOẢN:

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

IN TẠI CÔNG TY CỔ PHẦN IN TÂY HỒ

**GIÁ: 19.500 ĐỒNG**

Ảnh bìa: Từ phải qua trái:

- 1. PGS, TS. Bùi Xuân Hải**, Phó hiệu trưởng trường Đại học Luật, TP. Hồ Chí Minh;
- 2. TS. Phạm Văn Hùng**, Tổng biên tập Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp - Văn phòng Quốc hội;
- 3. GS, TS. Mai Hồng Quý**, Hiệu trưởng trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh;
- 4. TS. Trần Du Lịch**, Phó trưởng đoàn Chuyên trách, Đoàn đại biểu Quốc hội TP. Hồ Chí Minh.

# NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn

## Legis 3/2013

- 3** The major issues to reconsider in the draft amendment of the 1992 Constitution and the relevant recommendations  
**Prof, Dr. Ngo Huy Cuong**
- 10** Draft amendments to the Constitution in 1992: modern constitutionalism in Vietnam in the 21st century  
**Bui Ngoc Son**
- 18** The principle of people's sovereignty in the draft Constitution as amended in 2013: innovation, but half-hearted and inconsistent  
**Prof, Dr. Nguyen Cuu Viet**
- 24** Comment on Chapter IX of the draft amendments to the Constitution in the socio-economic view  
**Prof, Dr. Nguyen Ngoc Dien**
- 29** Comments on the Chapter of local government (Chapter IX of the draft constitutional amendment 1992)  
**Dr. Nguyen Thi Kim Thoa**  
**LLM. Nguyen Thi Hanh**
- 32** Territorial administrative units according to the draft amendment of the 1992 Constitution  
**LLM. Nguyen Ngoc Toan**
- 38** Provisions on human rights, civil rights in the proposed amendment of the Constitution in 1992  
**Prof, Dr. Nguyen Thanh Tuan**
- 45** Recommendations to complete the constitutional basis for land acquisition, compensation, support and resettlement  
**Dr. Phan Trung Hien**
- 51** Constitutional Council - demand and feasibility forecast  
**Prof, Dr. Pham Duy Nghia**
- 55** Propose to sublimit functions of the Procuracy to supervise the obedience to the law in the draft Amendment of the 1992 Constitution  
**Pham Van Gon**
- 59** Technical issues in the draft Amendment of the 1992 Constitution  
**LLM. Giap Thi Hanh**



### EDITORIAL:

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

### EDITOR-IN-CHIEF:

Dr. PHAM VAN HUNG

### OFFICE:

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

### DESIGN:

HOANG NHI

### LICENSE OF PUBLISHMENT:

N<sup>o</sup> 117/GP-DATE 30-3-2001  
MINISTRY OF CULTURE AND  
INFORMATION

### DISTRIBUTION:

HA NOI: 080-43364

### ACCOUNT NUMBER:

0011000467735  
LEGISLATIVE STUDY MAGAZINE  
VIETCOMBANK

PRINTED BY: TAYHO PRINTING  
JOINT STOCK COMPANY

Price: 19,500 VND



# NHỮNG VẤN ĐỀ LỚN CẦN XEM XÉT LẠI TRONG DỰ THẢO SỬA ĐỔI HIẾN PHÁP 1992 VÀ NHỮNG KIẾN NGHỊ LIÊN QUAN

NGÔ HUY CƯƠNG \*

**C**ó bốn vấn đề lớn có lẽ sẽ làm thay đổi hoàn toàn diện mạo của Hiến pháp 1992 được đưa ra bởi Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992 (Dự thảo). Đó là: (1) Nhân dân Việt Nam không chỉ “*nguyện... nghiêm chỉnh thi hành*” Hiến pháp, mà còn “*xây dựng*”<sup>1</sup> Hiến pháp (Lời nói đầu của Dự thảo); (2) “Mọi hành vi vi phạm Hiến pháp (HVVPHP) đều bị xử lý” (Điều 123 Dự thảo); (3) Hội đồng Hiến pháp (HĐHP - Điều 120 Dự thảo); và (4) quyền con người được thừa nhận, tôn trọng, bảo vệ và bảo đảm (Khoản 1 Điều 15 Dự thảo). Bốn vấn đề lớn này được xem là bốn tiền đề hay bốn nguyên tắc quan trọng nhẽ ra phải chi phối hầu hết các quy định của Dự thảo. Thế nhưng có lẽ đây là các vấn đề mới, nên nhiều quy định của Dự thảo chưa phù hợp với các tiền đề hay các nguyên tắc này. Tuy nhiên việc đưa bốn vấn đề lớn này vào Dự thảo là một bước tiến quan trọng về mặt nhận thức, đánh dấu một giai đoạn mới của chủ nghĩa lập hiến ở Việt Nam.

## 1. Vấn đề nhân dân xây dựng Hiến pháp

### 1.1. Bình luận

Hiến pháp 1992 hiện hành (được sửa đổi năm 2001), tại Lời nói đầu và Điều 83,

thể hiện tương đối rõ một quan niệm rằng Hiến pháp do Quốc hội lập ra và nhân dân “nguyện nghiêm chỉnh thi hành” Hiến pháp đó. Quan niệm như vậy đã đánh mất đi tính tối cao của Hiến pháp và tính hợp pháp của chính quyền. Có lẽ hầu hết các bản Hiến pháp của các nước trên thế giới đều thừa nhận một chân lý không thể chối cãi được là tất cả quyền lực đều xuất phát từ nhân dân, và nhân dân ban tính hợp pháp cho quyền lực của chính quyền thông qua Hiến pháp do họ cùng nhau tạo dựng và thông qua. Có được tính tối cao bởi Hiến pháp là đạo luật của nhân dân tổ chức nên chính quyền, đặt ra các giới hạn mà chính quyền không thể vượt qua. Dường như có nhận thức chung rằng: mục đích trước hết của Hiến pháp là tạo lập và giới hạn chính quyền<sup>2</sup>. Do đó, Hiến pháp là nơi chứa đựng các nguyên tắc và quy tắc cao nhất trong sinh hoạt chính trị và pháp lý của một cộng đồng chính trị nhất định. Chính quyền có tính hợp pháp bởi được nhân dân lập ra và cho phép thi hành quyền lực do nhân dân giao phó. Có thể nói đơn giản, Hiến pháp là bản văn ủy quyền của nhân dân cho nhà nước, trong đó có cả quốc hội. Vậy nếu Quốc hội Việt Nam là “cơ quan duy nhất có quyền lập hiến” (Điều 83

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

1 Tác giả bài viết đưa vào ngoặc kép và dùng chữ nghiêng để nhấn mạnh.

2 Norman Redlich, John Attanasio, Joel K. Goldstein, *Understanding Constitutional Law, Second Edition*, Mathew Bender, 1999, p. 2.

Hiến pháp 1992), thì có mấy bất cập sau: *thứ nhất*, Hiến pháp mất đi tính tối cao vì nó không xuất phát từ gốc của quyền lực là nhân dân; *thứ hai*, người được ủy quyền (Quốc hội nói riêng hay Nhà nước nói chung) lại tự ý lập văn bản ủy quyền và tự đặt ra giới hạn cho mình, rồi lại tự xem xét mình có vi phạm giới hạn đó hay không? Như vậy là thiếu tính hợp pháp. Phải nói thêm rằng, việc nhân dân bầu ra Quốc hội không thể xem là hành vi ủy quyền của nhân dân cho Quốc hội bởi việc bầu cử này không tuân theo các nguyên tắc do nhân dân ấn định, mà lại tuân theo các nguyên tắc và quy tắc do chính Quốc hội ấn định trong Hiến pháp và các đạo luật về bầu cử.

Có lẽ để khắc phục các bất cập này, Dự thảo tuyên bố tại Lời nói đầu rằng: “Nhân dân Việt Nam, với truyền thống yêu nước, đoàn kết một lòng, xây dựng và thi hành Hiến pháp vì mục tiêu dân giàu, nước mạnh, dân chủ, công bằng, văn minh”. Tuy nhiên tại Điều 75 Dự thảo lại ghi: Quốc hội có quyền “làm Hiến pháp và sửa đổi Hiến pháp”. Như vậy, Dự thảo đã sử dụng hai thuật ngữ khác nhau nhưng dễ gây nhầm lẫn rằng: chúng có cùng một nghĩa - đó là “xây dựng Hiến pháp” và “làm Hiến pháp”. Xét toàn bộ Dự thảo, dễ dàng nhận thấy toàn bộ vấn đề lập hiến hay “làm Hiến pháp” vẫn hoàn toàn thuộc về Quốc hội. Điều 124 Dự thảo quy định rành mạch như sau: (1) Chỉ các cơ quan nhà nước hoặc một phần ba tổng số đại biểu Quốc hội có quyền đề nghị làm Hiến pháp hoặc sửa đổi Hiến pháp; (2) Quốc hội quyết định tổ chức làm và thông qua Hiến pháp; và (3) việc trưng cầu ý dân về Hiến pháp do Quốc hội quyết định. Điều 124 này cho thấy việc nhân dân xây dựng Hiến pháp chỉ dừng lại ở đóng góp ý kiến khi Ủy ban Dự thảo Hiến pháp tổ chức lấy ý kiến nhân dân hoặc khi Quốc hội trưng cầu ý dân. Như vậy, hầu như không có sự thay đổi nào đáng kể so với Hiến pháp 1992 hiện hành về tư tưởng lập hiến ngoài thay đổi một số câu chữ và làm mờ đi việc dành quyền lập hiến cho Quốc hội với cách thức thay tuyên bố “Quốc hội là cơ quan duy nhất có quyền lập hiến và lập pháp” tại Điều 83

Hiến pháp 1992 hiện hành bằng tuyên bố lại rằng “Quốc hội thực hiện quyền lập hiến, quyền lập pháp...” tại Điều 74 Dự thảo. Qua đây người ta có thể hiểu, người soạn thảo cũng đã nhận thức được rằng quyền lập hiến không phải là của Quốc hội mà là của nhân dân, song vẫn nghiêng về dành quyền lập hiến cho Quốc hội.

### 1.2. Kiến nghị

*Thứ nhất*, để Hiến pháp thực sự là khế ước của toàn dân tạo lập nên cộng đồng chính trị của mình, bảo đảm chủ quyền nhân dân, xây dựng nhà nước pháp quyền, cũng như gắn kết Lời nói đầu với các quy định của Hiến pháp, vấn đề nhân dân xây dựng Hiến pháp cần phải viết lại như sau: “Chúng tôi, nhân dân Việt Nam, với truyền thống yêu nước, đoàn kết một lòng, vì mục tiêu dân giàu, nước mạnh, dân chủ, công bằng, văn minh, xây dựng Hiến pháp như sau:...”

*Thứ hai*, để khẳng định quyền lập hiến thuộc về nhân dân, Dự thảo nên lược bỏ chức năng “thực hiện quyền lập hiến” của Quốc hội ra khỏi Điều 74 Dự thảo, đồng thời lược bỏ nhiệm vụ và quyền hạn “làm Hiến pháp, sửa đổi Hiến pháp” ra khỏi Điều 75 Dự thảo.

*Thứ ba*, để bảo đảm cho nhân dân thực hiện quyền lập hiến của mình, Dự thảo nên viết lại quy trình làm Hiến pháp và sửa đổi Hiến pháp tại Điều 124 theo các nguyên tắc như sau: (1) Một số cơ quan nhà nước, một số lượng nhất định các đại biểu Quốc hội, một số lượng nhất định người dân hoặc các tổ chức nổi bật của họ có quyền kiến nghị làm Hiến pháp hoặc sửa đổi Hiến pháp; (2) Hiến pháp hoặc Hiến pháp được sửa đổi phải được thông qua bởi phúc quyết toàn dân hoặc bởi Hội nghị đại biểu nhân dân được bầu ra riêng cho mục đích đặc biệt này.

*Thứ tư*, từ các nguyên tắc được kiến nghị như trên, Dự thảo không nên nói tại Điều 74 rằng: Quốc hội là cơ quan đại biểu “cao nhất” của nhân dân, cơ quan quyền lực nhà nước “cao nhất” của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam. Các từ “cao nhất” ở đây phải bị lược bỏ.

## **2. Mọi hành vi vi phạm Hiến pháp đều bị xử lý**

### **2.1. Bình luận**

Hiến pháp 1992 hiện hành mặc dù tại Điều 146 có quy định Hiến pháp có hiệu lực pháp lý cao nhất và mọi văn bản pháp luật (VBPL) khác phải phù hợp với Hiến pháp, nhưng Điều này vẫn chỉ coi Hiến pháp là “luật cơ bản của Nhà nước” do Quốc hội làm ra và thông qua, chứ không phải là đạo luật của nhân dân tổ chức nên Nhà nước. Do vậy, Điều 84 của bản Hiến pháp này dành cho Quốc hội quyền hạn: “Bãi bỏ các văn bản của Chủ tịch nước (CTN), Ủy ban thường vụ Quốc hội (UBTVQH), Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ (TTCP), Tòa án nhân dân tối cao (TANDTC) và Viện kiểm sát nhân dân tối cao (VKSNDTC) trái với Hiến pháp, luật và nghị quyết của Quốc hội” (Khoản 9). Như vậy, việc làm và thông qua một đạo luật trái Hiến pháp không được xem xét tới. Điều đó cũng có nghĩa Hiến pháp được xem ngang bằng với các đạo luật và nghị quyết khác của Quốc hội.

Có lẽ thấu hiểu được sự thiếu thốn hiệu lực thực tế của Hiến pháp 1992 hiện hành, người viết Dự thảo đã nhấn mạnh tại Điều 123 của Dự thảo rằng: “Mọi HVVPHP đều bị xử lý”. Từ nguyên lý này, Dự thảo đã thiết kế cơ chế kiểm hiến để bảo đảm cho Hiến pháp có hiệu lực tối cao trên thực tế và khắc phục khiếm khuyết của Hiến pháp 1992 hiện hành như phân tích ở trên. Tuy nhiên, ngay phía trên nguyên lý xác đáng này (cũng tại Điều 123), Dự thảo chỉ nhắc tới một nguy cơ vi phạm Hiến pháp - đó là việc ban hành VBPL không phù hợp với Hiến pháp. Phải chăng vì thế Điều 120 Dự thảo chỉ cho phép HĐHP kiểm tra tính hợp hiến của các văn bản quy phạm pháp luật (VBQPPL)? Như vậy, các HVVPHP khác của chính quyền không được xem xét? Hơn nữa phương thức xử lý các vi phạm Hiến pháp, trong bối cảnh của Việt Nam hiện nay, có thể được hiểu bao gồm xử lý về Đảng, xử lý về kỷ luật, và xử lý về pháp luật... Xuất phát từ việc coi Hiến pháp là luật cơ bản, nên mọi HVVPHP trước hết phải bị xử lý về mặt pháp luật.

### **2.2. Kiến nghị**

Để bảo đảm Hiến pháp được thi hành nghiêm chỉnh, có hiệu lực trên thực tế và trở thành nơi tập hợp các nguyên tắc và quy tắc cao nhất về chính trị và pháp lý của quốc gia, Dự thảo cần viết lại đoạn 2 và đoạn 3 Điều 123 Dự thảo như sau:

“Mọi VBPL và mọi hành vi của chính quyền đều phải phù hợp với Hiến pháp về nội dung và hình thức.

Mọi HVVPHP đều bị xử lý trước pháp luật”.

## **3. Hội đồng Hiến pháp**

### **3.1. Bình luận**

Việc coi Quốc hội là cơ quan đại biểu cao nhất của nhân dân, cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất và cơ quan duy nhất có quyền lập hiến, lập pháp như Hiến pháp 1992 hiện hành có thể đã dẫn đến hệ quả là Hiến pháp này không thiết lập một định chế nào để xem xét tính hợp hiến của các đạo luật do Quốc hội thông qua, chưa kể đến Hiến pháp này lại do chính Quốc hội làm ra. Nếu xem Quốc hội là một định chế do nhân dân tạo dựng nên và ủy quyền, thì việc giám sát và vô hiệu hóa các hành vi vượt quá phạm vi của sự ủy quyền là rất cần thiết.

Có lẽ vì thế, Dự thảo đã thiết kế HĐHP có chức năng kiểm tra tính hợp hiến của các VBQPPL được ban hành bởi Quốc hội, CTN, UBTVQH, Chính phủ, TTCP, TANDTC, VKSNDTC và kiểm tra tính hợp hiến của các điều ước quốc tế trước khi trình Quốc hội hoặc CTN phê chuẩn. Khi kiểm tra nếu phát hiện VBQPPL có vi phạm Hiến pháp, thì “chế tài” rất yếu mà HĐHP được Điều 120 Dự thảo cho áp dụng là “kiến nghị Quốc hội xem xét lại”, và “yêu cầu” các cơ quan khác (không phải là Quốc hội) “sửa đổi, bổ sung” hoặc “đề nghị” cơ quan có thẩm quyền hủy bỏ.

Khi xây dựng một cơ quan xem xét sự vi phạm pháp luật, người ta thường phải trả lời các câu hỏi có tính nguyên tắc như: cơ quan đó nằm ở vị trí nào trong cơ cấu nhà nước? nó có chức năng gì? thẩm quyền của nó bao gồm những gì? tổ chức của nó như

thế nào? nó tiếp nhận các tố quyền hay các khiếu nại, kiến nghị như thế nào? thủ tục làm việc của nó ra sao? chế tài nào nó được áp dụng? và hiệu lực phán quyết của nó như thế nào? Các câu hỏi này không được trả lời đầy đủ bởi Điều 120 Dự thảo. Một số câu hỏi nêu trên được Điều này trả lời nhưng hoàn toàn không rõ ràng và nhường phần lớn cho đạo luật trong tương lai. Tuy nhiên có thể hiểu HĐHP, theo tinh thần của Khoản 1 Điều 120 Dự thảo, là một cơ quan thuộc Quốc hội. Do đó nó chỉ có thể “kiến nghị” Quốc hội xem xét lại các đạo luật có vi phạm Hiến pháp (Khoản 2 Điều 120 Dự thảo) và chịu sự “giám sát tối cao” của Quốc hội (Khoản 2 Điều 75 Dự thảo). Có thể nói, Dự thảo đưa ra hai cơ chế kiểm hiến ở hai tầng nấc khác nhau: (1) Cơ chế thứ nhất ở tầng cao - đó là cơ chế giám sát tối cao của Quốc hội đối với việc tuân theo Hiến pháp, bao gồm cả việc giám sát của UBTVQH đối với việc thi hành Hiến pháp (Khoản 3 Điều 79 Dự thảo); và (2) cơ chế thứ hai ở tầng thấp - đó là cơ chế kiểm tra của HĐHP đối với tính hợp hiến của các VBQPPL do các nhánh quyền lực ban hành. Hai cơ chế này trùm lấn lên nhau. Thế nhưng cơ chế thứ nhất mạnh hơn, ở tầng cao hơn bởi nó thuộc Quốc hội - cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất có quyền thiết lập nên HĐHP và có các quyền để chế ngự HĐHP như: quyền làm và thông qua luật quy định HĐHP về tổ chức, nhiệm vụ, quyền hạn, số lượng, nhiệm kỳ của thành viên (Khoản 3 Điều 120 Dự thảo); quyền giám sát tối cao việc tuân theo Hiến pháp, luật và nghị quyết của Quốc hội và xét báo cáo công tác của HĐHP (Khoản 2 Điều 75 Dự thảo); quyền giải thích Hiến pháp, luật (Khoản 2 Điều 79 Dự thảo).

Thông thường, một cơ quan tài phán

hiến pháp phải giải quyết ba vấn đề chủ yếu như: (1) tranh chấp giữa nhà nước và công dân liên quan tới các quyền tự do cơ bản; (2) bảo đảm tính hợp hiến của các đạo luật cụ thể; và (3) tranh chấp giữa các định chế hoặc các cấp khác nhau của chính quyền<sup>3</sup>. Dù ở dạng thức rất yếu, HĐHP được quy định từ Điều 56 cho tới Điều 63 Hiến pháp năm 1958 Cộng hòa Pháp (hay Hiến pháp của nền cộng hòa thứ năm) có nhiệm vụ kiểm soát bầu cử, kiểm soát các cuộc trưng cầu ý dân, kiểm tra tính hợp hiến của các đạo luật trước khi thông qua hoặc ban hành, và xem xét các quy định vi hiến của các đạo luật (Judicial Review). Các quyết định của HĐHP của Pháp ràng buộc tất cả các cơ quan công quyền, mặc dù không phải là tòa án, nhưng thực hiện chức năng của một tòa án bầu cử<sup>4</sup>.

Xét từ mối quan hệ giữa pháp luật và các định chế chính trị, chức năng của các định chế chính trị được làm rõ như sau: lập pháp làm luật; hành pháp thi hành luật; và tư pháp giải thích luật. Hughes, Chánh án Tòa án Tối cao của Hoa Kỳ, có câu nói nổi tiếng rằng: “Chúng ta sống theo Hiến pháp. Nhưng các thẩm phán phải nói Hiến pháp là gì”<sup>5</sup>. Điều đó cho thấy chức năng thực sự của định chế kiểm hiến là giải thích Hiến pháp. Nếu không có sự giải thích đó, không ai có thể biết, trong một trường hợp tranh chấp cụ thể, Hiến pháp nói gì, và nó có bị vi phạm không và bị vi phạm như thế nào. Hiến pháp Cộng hòa Liên bang Đức tại Khoản 1 Điều 93 có xác định Tòa án Hiến pháp Liên bang ra các phán quyết giải thích Hiến pháp đối với các tranh chấp liên quan tới phạm vi quyền và nghĩa vụ của cơ quan công quyền. Mặc dù HĐHP theo Dự thảo không hẳn là một cơ quan tư pháp nhưng rõ ràng được lập ra cho mục đích kiểm hiến (có

3 Rod Hague, Martin Harrop and Shaun Breslin, *Political Science- A Comparative Introduction*, St. Martin's Press, New York, 1992, p. 282.

4 Gerhard Robbers, *Encyclopedia of World Constitutions, Volume I (Afghanistan to France)*, Facts On File, USA, 2007, p. 320- 321.

5 Dẫn theo Rod Hague, Martin Harrop and Shaun Breslin, *Political Science- A Comparative Introduction*, St. Martin's Press, New York, 1992, p. 282.



dáng dấp của một cơ quan “bán tư pháp”). Vậy nó không thể không có chức năng giải thích Hiến pháp. Có lẽ vì Dự thảo (Khoản 2 Điều 79) đã dành quyền giải thích Hiến pháp chính thức cho UBTVQH, nên lược bỏ chức năng này của HĐHP.

Để đưa ra phán quyết đúng đắn, cơ quan phán quyết phải độc lập và phải xác định được quyền lực thực sự do ai nắm giữ. Chẳng hạn, Điều 92 Hiến pháp năm 1949 của Cộng hòa Liên bang Đức (được sửa đổi 29/7/2009) tuyên bố: “Quyền lực tư pháp thuộc về các thẩm phán; và được thực hiện bởi Tòa án Hiến pháp Liên bang, các tòa án liên bang được quy định phù hợp với Hiến pháp này, và bởi các tòa án của các tiểu bang”. Đạo luật về Tư pháp năm 1972 của nước này (được sửa đổi năm 2002) làm rõ nguyên lý trên với các quy định cụ thể hơn rằng: “Quyền lực tư pháp được thực hiện bởi các thẩm phán chuyên nghiệp và được giao phó”. Hiến pháp năm 1958 của Pháp nói rõ số lượng, thành phần, nhiệm kỳ và tính không kiêm nhiệm của các thành viên HĐHP (Điều 56 và 57). Điều 94 Hiến pháp Đức có các quy định cụ thể về các thẩm phán của Tòa án Hiến pháp Liên bang và tính bất khả kiêm nhiệm của họ. Qua đây có thể thấy, dù định chế kiểm hiến ở dạng thức nào (mạnh hay yếu, nằm ở đâu trong cơ cấu quyền lực nhà nước) thì vẫn phải bảo đảm cho các thành viên thực hiện trực tiếp hoạt động kiểm hiến được độc lập. Điều 120 của Dự thảo khi nói về HĐHP dường như không chú ý tới nguyên lý quan trọng bậc nhất này, trong khi ngay sau đó tại Khoản 1 Điều 122 Dự thảo lại nhấn mạnh: “Kiểm toán Nhà nước là cơ quan do Quốc hội thành lập, hoạt động độc lập và chỉ tuân theo pháp luật, thực hiện kiểm toán việc quản lý, sử dụng tài chính, tài sản công”.

### **3.2. Kiến nghị**

Đồng ý rằng HĐHP là một định chế kiểm hiến thích hợp nhất đối với hoàn cảnh cụ thể của Việt Nam hiện nay xét từ phương diện chính trị, kinh tế, xã hội, truyền thống,

cũng như văn hóa pháp lý và trình độ luật học, tuy nhiên, nên xác định rằng: nó là một nấc thang để tiến tới việc xây dựng cơ quan tài phán hiến pháp. Do vậy, dù sao, cũng cần có một HĐHP hoạt động có hiệu quả.

Để bảo đảm cho tính độc lập của hoạt động kiểm hiến, và bảo đảm cho hoạt động kiểm hiến có hiệu quả, tuân thủ nguyên tắc nhà nước pháp quyền, Dự thảo cần hủy bỏ Điều 120 và tạo lập một chương riêng có nội dung như sau:

#### **“Điều A**

1. HĐHP bao gồm chín thành viên hoạt động độc lập và chỉ tuân theo Hiến pháp và pháp luật. Nhiệm kỳ của mỗi thành viên là chín năm. Thành viên không được kiêm nhiệm bất kỳ chức vụ nào khác trong bộ máy nhà nước.

2. Các thành viên HĐHP do Mặt trận Tổ quốc Việt Nam giới thiệu và được Quốc hội bầu.

#### **Điều B**

HĐHP giải thích Hiến pháp và xử lý các vi phạm Hiến pháp. Quyết định của HĐHP có hiệu lực đối với tất cả các cơ quan nhà nước.

Thủ tục hoạt động của HĐHP do luật định.

#### **Điều C**

HĐHP có các nhiệm vụ và quyền hạn sau đây:

1. Xem xét tính bất hợp hiến của các VBQPPL do Quốc hội thông qua, CTN, Chính phủ, TTCP, TANDTC, VKSNDTC ban hành;

2. Yêu cầu các cơ quan nhà nước có thẩm quyền hủy bỏ các VBQPPL vi phạm hiến pháp do các bộ hoặc chính quyền địa phương ban hành;

3. Xem xét các hành vi của các cơ quan nhà nước vi phạm các quyền hiến định của công dân, của người nước ngoài;

4. Giải quyết các tranh chấp giữa các cơ quan nhà nước ở trung ương với nhau, giữa

các cơ quan nhà nước ở trung ương với chính quyền địa phương liên quan tới các nhiệm vụ và quyền hạn được quy định trong Hiến pháp;

5. Kiểm soát tính hợp hiến và đúng đắn của mọi cuộc trưng cầu ý dân.

### Điều D

Trong quá trình xét xử, tòa án nhân dân các cấp phải chuyển vụ việc đang xét xử lên HĐHP nếu vụ việc liên quan tới các trường hợp được quy định tại Điều C nói trên.

### Điều Đ

Các quyết định của HĐHP được công bố công khai.

Mọi quy định của pháp luật hoặc mọi VBQPPL vi phạm Hiến pháp về nội dung, hình thức mà đã được HĐHP xác định đều không có hiệu lực”.

Để bảo đảm cho các quy định như trên, các vấn đề sau của Dự thảo cần phải xem xét: *Thứ nhất*, bỏ chế định UBTVQH và hình thức pháp lệnh; *Thứ hai*, bỏ quy định về giám sát của Quốc hội đối với HĐHP và bỏ quy định Quốc hội có quyền xem xét báo cáo của HĐHP.

## 4. Vấn đề quyền con người được thừa nhận, tôn trọng, bảo vệ và bảo đảm

### 4.1. Bình luận

Quyền con người là căn nguyên, đồng thời là mục tiêu của Hiến pháp. Việc Dự thảo bổ sung nhiều điều khoản nói về quyền con người vào Hiến pháp năm 1992 là một bước tiến quan trọng trong việc xây dựng đất nước. Các quyền cơ bản, tuyệt đối và phổ biến này không thể bị chối bỏ xuất phát từ “nhân phẩm” hay “phẩm giá của con người” dẫn đến một hệ luận quan trọng rằng: không ai có nhân phẩm cao hơn ai, do đó không có dân tộc nào có nhân phẩm cao hơn dân tộc nào, cho nên không ai có quyền áp bức ai và không dân tộc nào có quyền áp bức dân tộc nào. Cũng như vậy, người cai trị không có nhân phẩm cao hơn người bị trị. Vì vậy, họ không thể lạm dụng vị trí của mình để tước đi quyền tự do của người khác.

Dự thảo tuyên bố tại Điều 15 rằng:

“1. Ở nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam, quyền con người, quyền công dân được Nhà nước và xã hội thừa nhận, tôn trọng, bảo vệ, bảo đảm theo Hiến pháp và pháp luật.

2. Quyền con người, quyền công dân chỉ có thể bị giới hạn trong trường hợp cần thiết vì lý do quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, đạo đức, sức khỏe cộng đồng”.

Khoản 2 Điều này đã liệt kê các lý do có thể dẫn đến các hạn chế đối với các quyền. Tuy nhiên, các lý do này được liệt kê vừa cụ thể, vừa mơ hồ tới mức bất kỳ việc giới hạn quyền nào cũng có thể có lý do, trong khi HĐHP không được Dự thảo ban cho chức năng giải thích Hiến pháp. Cần phải nhận thức rằng: pháp luật chỉ có thể giới hạn tự do cá nhân của con người khi có lý do thật sự chính đáng từ phía cộng đồng. Thông thường các nền tài phán lấy lý do “trật tự công cộng” để giới hạn tự do. Tuy nhiên, trật tự công cộng phải được giải thích đối với từng trường hợp và trong từng hoàn cảnh cụ thể. Lý do này có thành tố quan trọng xuất phát từ sự tồn tại chung của cộng đồng.

Tiếp đó, các điều từ 16 cho đến Điều 52 Dự thảo quy định hàng loạt các quyền, không có sự phân loại các quyền, không có sự phân chia giữa quyền và nghĩa vụ, và xác định sự hạn chế các quyền không chỉ bằng các đạo luật mà còn bằng các văn bản dưới luật. Các Điều này tạo ra một tập hợp các quyền rất khó xác định và giải thích về phạm vi của nó. Chắc hẳn chúng sẽ gây khó khăn không nhỏ cho HĐHP xác định có hay không sự vi phạm Hiến pháp của các VBQPPL và các hành vi của chính quyền. Đặc biệt, Khoản 1 Điều 20 Dự thảo tuyên bố: “Quyền công dân không tách rời nghĩa vụ của công dân”. Có lẽ đây là một tuyên bố thiếu suy xét nhất. Nhiều Hiến pháp chỉ đề cập tới các quyền, không đề cập tới các nghĩa vụ. Chẳng hạn: Hiến pháp Bỉ năm

1970, Hiến pháp Cộng hòa Liên bang Đức năm 1949, Hiến pháp Singapore năm 1963, Hiến pháp Thụy Sĩ năm 1999... Có Hiến pháp chỉ đề cập tới một số nghĩa vụ như một số hạn chế của các tự do, có thể hiểu như sự khẳng định quyền chỉ thực hiện một nghĩa vụ nào đó có giới hạn (ví dụ: nghĩa vụ nộp thuế). Điển hình như Hiến pháp Nga năm 1993. Nhiều Hiến pháp tách bạch quyền và nghĩa vụ riêng biệt. Điển hình là Hiến pháp Thái Lan năm 2007. Các Hiến pháp quy định cả các quyền và nghĩa vụ trong một chương thì tất cả các nghĩa vụ đều ít hơn quyền. Chỉ có thể tìm thấy một vài nghĩa vụ ở đó như: nghĩa vụ nộp thuế, nghĩa vụ nuôi dưỡng, giáo dục con cái, nghĩa vụ bảo vệ tổ quốc, nghĩa vụ tuân thủ pháp luật. Sự thiếu suy xét quy kết ở trên có thể dễ nhận thấy khi một em bé trong bụng mẹ có quyền hưởng thừa kế hay một người bị mất năng lực hành vi được hưởng nhiều quyền nhưng không phải gánh vác một nghĩa vụ nào. Hết sức lưu ý rằng: Hiến pháp ra đời là để tổ chức nên chính quyền và giới hạn chính quyền. Vì vậy, Hiến pháp phải nói tới các quyền, có nghĩa là nói tới việc buộc chính quyền phải thừa nhận, tôn trọng và bảo vệ các quyền đó của con người, của công dân. Khi Hiến pháp nói tới nghĩa vụ cơ bản của công dân nghĩa là Hiến pháp ngụ ý rằng chính quyền không nên quên việc cụ thể các nghĩa vụ đó trong các đạo luật để bảo vệ cộng đồng. Một người trốn nghĩa vụ quân sự phải chịu trách nhiệm hình sự chứ không phải chịu trách nhiệm hiến pháp và không thể đưa họ ra trước cơ quan bảo hiến để vạch mặt chỉ tên. Đôi khi sự hạn chế các quyền của con người, của công dân có thể được xác định bằng việc cho phép Nhà nước xác định một nghĩa vụ nào đó của con người, của công dân trong một hoàn cảnh đặc biệt. Chẳng hạn, việc cho Nhà nước (cơ quan lập pháp) quyền coi là tội phạm và trừng phạt các hành vi nguy hiểm cho xã hội.

### 4.2. Kiến nghị

Vì các lẽ nêu trên, Dự thảo nên chấp nhận các kiến nghị sau:



*Thứ nhất*, Điều 15 nên sửa lại như sau:

1. Phẩm giá con người phải được Nhà nước tôn trọng, bảo vệ và không bị xâm phạm.
2. Quyền con người và quyền công dân được Nhà nước thừa nhận, tôn trọng và bảo vệ.
3. Quyền con người, quyền công dân chỉ có thể bị giới hạn bởi luật và vì lý do trật tự công cộng.
4. Các nghĩa vụ cơ bản của công dân được quy định bởi luật”.

*Thứ hai*, bỏ các Khoản 1, Điều 16; Điều 20 Dự thảo.

*Thứ ba*, bỏ các cụm từ “theo quy định của pháp luật”, “do pháp luật quy định” tại các điều của Dự thảo nói về quyền con người, quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân.

*Thứ tư*, bỏ cụm từ “chấp hành Hiến pháp” tại Điều 49 Dự thảo.

### 5. Kiến nghị tổng quát

Bốn vấn đề lớn nói trên chưa được cân nhắc và xử lý thấu đáo trong Dự thảo có lẽ bởi một lý do quan trọng là những người soạn thảo chưa thống nhất được một mô hình Hiến pháp. Vì vậy, chúng chưa được thể hiện nhất quán trong các chương của Dự thảo, kể cả kỹ thuật viết Dự thảo. Để có một Dự thảo tốt hơn, cần phải tìm được mô hình lớn của Hiến pháp và thể hiện bằng một kỹ thuật lập hiến điêu luyện hơn ■

# DỰ THẢO SỬA ĐỔI HIẾN PHÁP 1992: CHỦ NGHĨA HỢP HIỆN HIỆN ĐẠI Ở VIỆT NAM TRONG THẾ KỶ 21

BÙI NGỌC SƠN\*

## 1. Giới thiệu

Theo Charles Howard McIlwain (1871-1968), một nhà hiến pháp học thuộc Đại học Harvard, “chủ nghĩa hợp hiến” có một thuộc tính bản chất: nó là những giới hạn pháp lý đối với chính quyền; nó là phản đề của lối cai trị tùy tiện; nó ngược lại với chính quyền chuyên chế, chính quyền của ý muốn thay vì chính quyền của luật pháp”<sup>1</sup>. Chủ nghĩa hợp hiến thường được hiểu theo hai phương diện: một trường phái tư tưởng chính trị, pháp lý và một hệ thống sắp xếp các thực hành chính trị, pháp lý<sup>2</sup>. Theo nghĩa tư tưởng, chủ nghĩa hợp hiến chỉ các quan niệm về một chính phủ giới hạn; theo nghĩa thực tế, chủ nghĩa hợp hiến chỉ một chế độ chính quyền trong đó có các sắp xếp về chính trị, pháp lý để đảm bảo quyền lực của chính quyền được giới hạn.

Ngày nay, chủ nghĩa hợp hiến đã mở rộng trên toàn cầu. Trong khoảng gần ba

thập kỷ trở lại đây, các quốc gia mới nổi hoặc các quốc gia xây dựng lại đã tiến hành các sắp xếp chính trị, pháp lý theo những tiêu chuẩn của chủ nghĩa hợp hiến hiện đại như: hiến pháp thành văn, quyền con người, chính phủ dân chủ, phân chia quyền lực, kiểm chế và đối trọng, bảo hiến tư pháp, tư pháp độc lập<sup>3</sup>.

Làn sóng toàn cầu hóa chủ nghĩa hợp hiến hiện đại cũng lan rộng đến khu vực Đông Á. Các nền dân chủ mới nổi ở Đông Á từ cuối thế kỷ 20 như Nhật Bản, Hàn Quốc, Đài Loan đã tiến hành cải cách thể chế theo tiêu chuẩn của chủ nghĩa hợp hiến hiện đại<sup>4</sup>. Đầu thế kỷ 21, vấn đề “xây dựng chủ nghĩa hợp hiến ở Trung Quốc” đã được các học giả thảo luận rộng rãi<sup>5</sup>. Tương tự, đầu thế kỷ này, Việt Nam chứng kiến các thảo luận và yêu cầu đổi mới thể chế hiến pháp theo các tiêu chuẩn của chủ nghĩa hợp hiến hiện đại. Phản ánh các thảo luận và các

\* **Đại học Quốc gia Hà Nội; NCS Đại học Hong Kong**

- 1 Charles Howard McIlwain, *Constitutionalism: Ancient and Modern* (Clark, New Jersey: The Lawbook Exchange, Ltd, 2005), p. 24.
- 2 Albert H. Chen, "Pathways of Western Liberal Constitutional Development in Asia: A Comparative Study of Five Major Nations", 8 *International Journal of Constitutional Law* (2010): 849-850.
- 3 Jiunn-Rong Yeh & Wen-Chen Chang, "The Changing Landscape of Modern Constitutionalism: Transitional Perspective" *National Taiwan University Law Review* 4 (1)/(2009):145-183.
- 4 Jiunn-Rong Yeh & Wen-chen Chang "The Emergence of Asian Constitutionalism: Features in Comparison", 59(3) *American Journal of Comparative Law* (2011): 805-839.
- 5 Balme and Michael W.Dowdle, ed., *Building Constitutionalism in China* (New York: Palgrave Macmillan, 2009).



yêu cầu thực tế trong hơn một thập kỷ qua, bản Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992 của Việt Nam (gọi tắt là Dự thảo Hiến pháp) đã được đem tham vấn công chúng (từ ngày 2/1/2013 đến 31/3/2013) cho thấy sự phát triển ban đầu của chủ nghĩa hợp hiến hiện đại ở Việt Nam.

Bài viết này đặt Dự thảo Hiến pháp trong khung cảnh toàn cầu hóa chủ nghĩa hợp hiến hiện đại để xem xét. Không đi vào những điều khoản hay các vấn đề chi tiết, bài viết chỉ ra các biểu hiện chung của chủ nghĩa hợp hiến hiện đại trong Dự thảo, phân tích các yếu tố tác động tới sự thảo luận và ghi nhận các biểu hiện đó, kết luận bằng việc chỉ ra những giới hạn và triển vọng.

## **2. Các biểu hiện của chủ nghĩa hợp hiến hiện đại trong Dự thảo Hiến pháp**

Trong một nghiên cứu thực nghiệm công phu về sự ổn định của các hiến pháp quốc gia, ba nhà hiến pháp học người Mỹ, Zachary Elkins, Tom Ginsburg, và James Melton, đã khảo sát hơn 500 bản hiến pháp thành văn trên thế giới và kết luận rằng, trên thực tế, đời sống trung bình của hiến pháp là 19 năm<sup>6</sup>. Sửa đổi một cách toàn diện bản Hiến pháp hiện hành (được ban hành năm 1992) trong lúc này phản ánh quy luật chung về đời sống trung bình của hiến pháp quốc gia.

Sau những thập kỷ nhất định, người dân trong một quốc gia hình thành những nhu cầu mới căn bản, những mục tiêu mới căn bản trong một bối cảnh mới căn bản, và điều này dẫn đến nhu cầu điều chỉnh luật căn bản

- hiến pháp. Nếu tinh thần căn bản của Hiến pháp 1992 là đổi mới thể chế kinh tế theo chuẩn mực của nền kinh tế thị trường (định hướng xã hội chủ nghĩa), thì tinh thần căn bản của Dự thảo Hiến pháp là đổi mới thể chế chính trị bước đầu theo một số giá trị của chủ nghĩa hợp hiến hiện đại.

Tuy nhiên, khi nhận định rằng Dự thảo Hiến pháp phản ánh một số giá trị của chủ nghĩa hợp hiến hiện đại, chúng tôi không có ý coi các giá trị của chủ nghĩa hợp hiến hiện đại là các tiêu chuẩn lý tưởng để đánh giá sự sắp xếp và thực hành các thể chế hiến pháp<sup>7</sup>. Chúng tôi đơn giản muốn chỉ ra các giá trị đó đã ảnh hưởng đến các thảo luận về hiến pháp và phản ánh trong Dự thảo Hiến pháp như thế nào.

### **2.1. Hiến pháp và chủ quyền lập hiến**

Chủ nghĩa hợp hiến hiện đại đặc trưng bởi việc sử dụng hiến pháp thành văn như một hình thức để biểu đạt công khai các giới hạn pháp lý đối với quyền lực công cộng<sup>8</sup>. Một trong những điểm đặc trưng trong các thảo luận về phát triển và sửa đổi Hiến pháp ở Việt Nam một thập kỷ vừa qua là xu hướng đổi mới quan niệm về hiến pháp theo tinh thần của chủ nghĩa hợp hiến hiện đại. Cụ thể, người ta chứng kiến những quan niệm đổi mới về bản chất của hiến pháp, chức năng của hiến pháp, và chủ quyền lập hiến.

Về bản chất của hiến pháp, trước đây, nhìn chung người ta chấp nhận quan niệm hiến pháp là một văn bản của nhà nước. Tuy nhiên trong một thập kỷ qua, các học giả,

6 Zachary Elkins, Tom Ginsburg, James Melton, *The Endurance of National Constitutions* (Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2009).

7 Chủ nghĩa hợp hiến hiện đại dựa trên chủ nghĩa tự do trong khi chủ nghĩa tự do đang bị thách thức đáng kể bởi chủ nghĩa cộng đồng do các triết gia chính trị phương Tây khởi xướng và phát triển. Sự thách thức của chủ nghĩa cộng đồng đối với chủ nghĩa tự do cũng hàm chứa sự thách thức đối với chủ nghĩa hợp hiến hiện đại. Đây là một vấn đề khác và cần những thảo luận độc lập.

8 Tuy nhiên, chủ nghĩa hợp hiến nói chung là những giới hạn pháp lý đối với quyền lực công cộng và không đồng nghĩa với sự tồn tại của một bản hiến pháp thành văn. Kể cả chủ nghĩa hợp hiến hiện đại cũng không nhất thiết gắn liền với một hiến pháp thành văn. Chủ nghĩa hợp hiến ở Anh là một điển hình. A.V. Dicey, *General Characteristics of English Constitutionalism* (Oxford; New York, N.Y.: Peter Lang, 2009).

các luật sư, một số nhà lập pháp, và một số nhà hoạt động chính trị khác đã viện dẫn tư tưởng của các nhà khai sáng để chủ trương hiến pháp cần phải được quan niệm như một bản khế ước xã hội, một bản thỏa thuận chung của nhân dân. Cùng với sự thay đổi quan niệm về bản chất của hiến pháp như vậy, người ta cũng chủ trương quan niệm lại chức năng của hiến pháp. Trước đây, hiến pháp nhìn chung được xem như một văn bản tổ chức bộ máy nhà nước. Trong một thập kỷ qua, các học giả và nhiều người khác đã cho rằng hiến pháp cần phải được xây dựng không phải đơn thuần chỉ như một văn bản tổ chức bộ máy nhà nước mà còn phải có chức năng giới hạn quyền lực của nhà nước. Sự thay đổi trong quan niệm về bản chất, chức năng của hiến pháp dẫn đến sự thay đổi trong quan niệm về chủ thể của quyền lập hiến. Do hiến pháp được xem như một khế ước xã hội của nhân dân giới hạn quyền lực của nhà nước, người ta tiến đến quan niệm rằng chủ quyền lập hiến thuộc về nhân dân, không phải thuộc về nhà nước. Trên cơ sở đó, bản hiến pháp mới được nhiều người đề nghị là phải được đem trưng cầu dân ý. Để bảo vệ và củng cố luận điểm này, cùng với lý thuyết khế ước xã hội, tư tưởng lập hiến của Hồ Chí Minh và Hiến pháp 1946 được viện dẫn rộng rãi<sup>9</sup>. Những quan điểm đổi mới trên có những tác động nhất định đến quy trình sửa đổi hiến pháp và nội dung Dự thảo Hiến pháp.

Trước tiên, những quan điểm đổi mới về hiến pháp đã có tác động tích cực đến quy trình sửa đổi hiến pháp. Quan niệm chủ quyền lập hiến thuộc về nhân dân và yêu cầu học thuật về trưng cầu dân ý hiến pháp dù không dẫn đến sự trưng cầu dân ý thực tế

đối với hiến pháp mới nhưng có tác động làm cho quy trình sửa đổi hiến pháp có tính chất cởi mở hơn và có tính chất tham gia rộng rãi hơn. Điều này có thể chứng minh bằng: thảo luận của Quốc hội về Dự thảo Hiến pháp sửa đổi được truyền hình trực tiếp; Dự thảo Hiến pháp sửa đổi được công bố công khai trên trang điện tử <http://duthaoonline.quochoi.vn> của Quốc hội ngay từ khi chưa chính thức đem lấy ý kiến nhân dân; nhận thức tầm quan trọng của tham gia công cộng, Quốc hội ban hành một Nghị quyết về lấy ý kiến nhân dân đối với Dự thảo Hiến pháp sửa đổi; Ủy ban Sửa đổi Hiến pháp tổ chức Hội nghị toàn quốc triển khai việc lấy ý kiến nhân dân vào Dự thảo Hiến pháp; nội dung lấy ý kiến nhân dân không có giới hạn. Có thể nói, đây là những phát triển mới, phần nào phản ánh nhận thức về hiến pháp là văn bản nhân dân.

Nội dung Dự thảo Hiến pháp sửa đổi cũng phần nào phản ánh các quan niệm khế ước xã hội về hiến pháp và chủ quyền phổ thông đối với hiến pháp. Điều này tiêu biểu ở khẳng định nhân dân Việt Nam xây dựng Hiến pháp trong Lời nói đầu của Dự thảo Hiến pháp: “Nhân dân Việt Nam, với truyền thống yêu nước, đoàn kết một lòng, xây dựng và thi hành Hiến pháp vì mục tiêu dân giàu, nước mạnh, dân chủ, công bằng, văn minh”.

Trong chính văn Dự thảo Hiến pháp, liên quan đến quyền lập hiến, quy định “Quốc hội là cơ quan duy nhất có quyền lập hiến” (Điều 83, Hiến pháp hiện hành) được sửa thành “Quốc hội thực hiện quyền lập hiến” (Điều 74, Dự thảo Hiến pháp sửa đổi). Sự thừa nhận Quốc hội không duy nhất thực hiện quyền lập hiến phản ánh quan niệm hiến pháp của nhân dân và mở ra khả năng quyền lập hiến có thể thực hiện bởi nhân dân.

<sup>9</sup> Tiêu biểu cho những quan điểm đổi mới về bản chất, chức năng của hiến pháp, và chủ quyền lập hiến theo tinh thần của chủ nghĩa hợp hiến hiện đại, xem: Nguyễn Đăng Dung, *Sự hạn chế quyền lực nhà nước*, Nxb. Đại học Quốc gia, Hà Nội, 2005; Đào Trí Úc, “Hiến pháp trong đời sống xã hội và quốc gia”, *Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp*, số 17(178), tháng 9/2010; Nguyễn Như Phát, “Hiến pháp không phải để ban ơn cho nhân dân”, xem: <http://phapluattp.vn/20120902111641122p0c1013/hien-phap-khong-phai-de-ban-on-cho-nhan-dan.htm>; Cựu chủ tịch Quốc hội bàn chuyện sửa Hiến pháp, xem: <http://www.tuanvietnam.net/2010-06-24-cuu-chu-tich-quoc-hoi-ban-viec-sua-hien-phap>; Nguyễn Sĩ Dũng, *Khế ước Xã hội*, <http://tiasang.com.vn/Default.aspx?tabid=116&CategoryId=42&News=6036>

Một biểu hiện khác liên quan đến quy định mới trong Dự thảo Hiến pháp về quy trình sửa đổi hiến pháp: “Dự thảo Hiến pháp được thông qua khi có ít nhất hai phần ba tổng số đại biểu Quốc hội biểu quyết tán thành. Việc trưng cầu ý dân về Hiến pháp do Quốc hội quyết định” (Điều 124). Mặc dù điều này không khẳng định trưng cầu dân ý như một quy trình bắt buộc nhưng phần nào mở ra khả năng trưng cầu dân ý đối với Hiến pháp.

## **2.2. Phân công quyền lực**

Phân quyền là một nội dung cốt yếu của chủ nghĩa hợp hiến hiện đại<sup>10</sup>. Về cơ bản, như một tác giả đã viết, “chúng ta không xây dựng nhà nước ta theo lý luận về tam quyền phân lập, nhưng có tham khảo và tiếp thu nhân tố hợp lý của lý luận đó”<sup>11</sup>. “Nhân tố hợp lý” đó là sự phân công trong lao động quyền lực. Điều này đã được phản ánh trong lần sửa đổi Hiến pháp năm 2001 ở Điều 2: “Quyền lực nhà nước là thống nhất, có sự phân công, phối hợp giữa các cơ quan nhà nước trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp”. Sau sửa đổi Hiến pháp năm 2001, một số học giả cho rằng, dù Điều 2 khẳng định phân công quyền lực, nhưng các điều khoản sau này của Hiến pháp về Quốc hội, Chính phủ, Tòa án chưa thể hiện rõ tinh thần phân công đó. Điều được quan tâm ở đây là: Quốc hội đã được xác định là cơ quan lập pháp, nhưng cơ quan nào là cơ quan hành pháp, và cơ quan nào là cơ quan tư pháp? Hiến pháp chỉ xác định Chính phủ là cơ quan hành chính nhà nước cao nhất và Tòa án là cơ quan xét xử. Do đó, liên quan đến sửa đổi Hiến pháp lần này, các học giả đề nghị cần xác định rõ các cơ quan thực hiện ba loại quyền.

Đề nghị này đã được phản ánh trong Dự thảo Hiến pháp. Quốc hội vẫn tiếp tục được xác định là cơ quan thực hiện quyền lập pháp (Điều 74); Chính phủ được quy định mới là cơ quan thực hiện quyền hành pháp (Điều 99); và Tòa án được quy định mới là cơ quan thực hiện quyền tư pháp (Điều 107). Như vậy, Dự thảo Hiến pháp tiến thêm một bước trong việc áp dụng “nhân tố hợp lý” của học thuyết phân quyền bởi việc xác định đích danh ba cơ quan thực thi ba loại quyền có khả năng, ít nhất về lý thuyết, tăng cường sự độc lập trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp, và tư pháp - một tinh thần căn bản của chủ nghĩa hợp hiến hiện đại. Ý tưởng ở đây là nếu chỉ là sự “phân công” giữa các quyền, một loại quyền có thể được thực hiện bởi các cơ quan khác nhau, nhưng nếu xác định cụ thể Quốc hội - lập pháp, Chính phủ - hành pháp, và Tòa án - tư pháp, thì một cơ quan không thể thực hiện hơn một loại quyền.

## **2.3. Kiểm soát quyền lực**

Cùng với phân quyền, những hình thức “kim chế và đối trọng” là những giới hạn cấu trúc đặc trưng của các chính quyền hợp hiến hiện đại. Nhìn chung, tư duy về “kim chế và đối trọng” không được áp dụng trong việc xây dựng hệ thống hiến pháp ở Việt Nam. Tuy nhiên, trong một thập kỷ qua, tư duy nổi lên về “kiểm soát quyền lực nhà nước”<sup>12</sup> ở Việt Nam đã có những điểm tương đồng nhất định đối với tư duy của chủ nghĩa hợp hiến về “kim chế và đối trọng”. Quan trọng hơn, tư duy về “kiểm soát quyền lực nhà nước” được khẳng định trong Văn kiện của Đại hội XI của Đảng Cộng sản Việt Nam.

10 M.J.C. Vile, *Constitutionalism and the Separation of Powers* (Indianapolis: Liberty Fund, 1998).

11 Đào Duy Tùng, *Quá trình hình thành con đường đi lên Chủ nghĩa xã hội ở Việt Nam* (Nxb. Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 2004), tr.209, dẫn theo: Lê Minh Thông, “Những yêu cầu của Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa đối với việc đổi mới mô hình bộ máy Nhà nước”, *Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp*, số 16 (177), tháng 8/2010, tr. 10.

12 Trịnh Thị Xuyên, *Kiểm soát quyền lực nhà nước- Một số vấn đề lý luận và thực tiễn ở Việt Nam hiện nay*, Nxb. Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 2008; Trương Thị Hồng Hà, “Kiểm soát việc thực hiện quyền lập pháp: Một số vấn đề lý luận và thực tiễn”, *Tạp chí Nhà nước và pháp luật*, số 4/2010, tr. 23; Lê Văn Cẩm và Dương Bá Thành, “Cơ chế kiểm soát quyền lực tư pháp trong Nhà nước pháp quyền: Một số vấn đề lý luận và thực trạng ở Việt Nam”, *Tạp chí Nhà nước và pháp luật*, số 12/2010, tr. 3; Lê Văn Cẩm và Nguyễn Cảnh Hợp, “Thực trạng tổ chức, thực hiện và kiểm soát quyền lực nhà nước ở Việt Nam”, *Tạp chí Nhà nước và Pháp luật*, số 5/2011, tr. 28.

Phản ánh những tư duy đổi mới về kiểm soát quyền lực và theo định hướng của Đảng, Dự thảo Hiến pháp khẳng định tại Điều 2 nguyên tắc “kiểm soát giữa các cơ quan nhà nước trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp”. Khẳng định này có hai ý nghĩa đổi mới: *Thứ nhất*, việc chấp nhận sự “kiểm soát giữa các cơ quan nhà nước” hàm ý rằng, mỗi ngành quyền lực đều có những phương tiện nhất định kiểm soát các ngành quyền lực còn lại. *Thứ hai*, khi các ngành quyền lực nhà nước đều có các phương tiện để ảnh hưởng đến nhau, điều này cũng hàm ý vị thế tương đối bình đẳng giữa các ngành quyền lực nhà nước.

### 2.4. Chế độ bảo hiến

Chế độ bảo hiến tư pháp là một đặc trưng của chủ nghĩa hợp hiến hiện đại, một chế độ cho phép các tòa án thường (trong mô hình phi tập trung hóa theo kiểu của Mỹ) hoặc tòa án hiến pháp đặc biệt (trong mô hình tập trung hóa theo kiểu của châu Âu) được quyền phán xét và vô hiệu hóa các đạo luật và các hành vi chính trị khác được cho là bất hợp hiến<sup>13</sup>.

Ít nhất là từ sau thống nhất đất nước cho đến tận cuối thế kỷ trước, chế độ bảo hiến tư pháp không được thảo luận ở Việt Nam do được xem là sản phẩm của “tư sản”. Tuy nhiên, tình hình đã thay đổi từ đầu thế kỷ này. Ngay từ lần sửa đổi Hiến pháp năm 2001, đã có một số bàn luận về chế độ bảo hiến tư pháp. Nhưng phải đến từ khi Đại hội X của Đảng Cộng sản Việt Nam năm 2006 khẳng định mạnh mẽ chủ trương “Xây dựng cơ chế phán quyết về những vi phạm Hiến pháp trong hoạt động lập pháp, hành pháp

và tư pháp”<sup>14</sup>, các thảo luận về đổi mới bảo hiến ở Việt Nam mới trở nên nở rộ với sự xuất hiện số lượng lớn các bài báo, sách, hội thảo, tọa đàm khoa học bàn về chủ đề này. Trong bối cảnh đó, khuynh hướng chung của các học giả, luật sư, và một số người khác ở Việt Nam là ủng hộ việc thiết lập chế độ bảo hiến tư pháp như một tòa án hiến pháp<sup>15</sup>. Đây là một trong những phát triển quan trọng nhất của tư duy hiến pháp ở Việt Nam trong thế kỷ 21 theo tinh thần của chủ nghĩa hợp hiến hiện đại.

Phản ánh ở một mức độ nhất định các thảo luận và yêu cầu đổi mới bảo hiến ở Việt Nam trong hơn một thập kỷ, Dự thảo Hiến pháp dự trù thành lập một Hội đồng Hiến pháp (Điều 120). Về mặt cấu trúc, Hội đồng Hiến pháp do Quốc hội thành lập. Về thẩm quyền, nó có thể kiểm tra và kiến nghị về tính hợp hiến của các văn bản pháp luật do các định chế trung ương ban hành và của các điều ước quốc tế được ký kết nhân danh Nhà nước Việt Nam. Như vậy, Hội đồng Hiến pháp không có thẩm quyền quyết định, những gì nó có thể làm là phát hiện và kiến nghị. Có thể thấy, Hội đồng Hiến pháp không thay thế mà là một sự bổ sung vào hệ thống bảo hiến có tính chất chính trị hiện hành. Các định chế bảo hiến hiện hành như Quốc hội, Ủy ban Thường vụ Quốc hội, Thủ tướng Chính phủ vẫn được giữ nguyên quyền bảo hiến nhưng sẽ hành động với sự hỗ trợ và kiến nghị của Hội đồng Hiến pháp.

### 2.5. Quyền con người, quyền công dân

Bảo vệ quyền con người được xem là mục đích trung tâm của chủ nghĩa hợp hiến hiện đại<sup>16</sup>. Ở Việt Nam, khái niệm quyền con

13 Mauro Cappelletti, *Judicial Review in the Contemporary World* (New York: The Bobbs-Merill Company, 1971); Allan R. Brewer-Carias, *Judicial Review in Comparative Law* (Cambridge and New York: Cambridge University Press, 1989).

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

15 Về sự nổi lên của các thảo luận về bảo hiến ở Việt Nam, chúng tôi đã trình bày chi tiết trong: Bùi Ngọc Sơn, *Góp bàn về Sửa đổi Hiến pháp ở Việt Nam*, Nxb. Hồng Đức, Hà Nội, 2012, tr. 269-278.

16 Ronald Dworkin, “Constitutionalism and Democracy,” *3 European Journal of Philosophy* (1995): 1.



người đã chính thức xuất hiện trong Hiến pháp 1992 và Hiến pháp này cũng đã có một chương riêng về quyền con người, quyền công dân. Tuy nhiên, trong một thập kỷ thảo luận về phát triển hiến pháp, một số học giả cho rằng các quy định về quyền con người, quyền công dân cần phải được xác định như là các giới hạn pháp lý đối với quyền lực công cộng - một trong những tư duy tiêu biểu của chủ nghĩa hợp hiến hiện đại, chứ không phải là những quyền do nhà nước ban cấp.

Dự thảo Hiến pháp đã có những điều chỉnh về quyền con người, quyền công dân theo tinh thần chung của chủ nghĩa hợp hiến hiện đại và luật nhân quyền quốc tế. Dự thảo đã nhấn mạnh việc bảo vệ và xúc tiến quyền con người ở bốn điểm. *Thứ nhất*, bổ sung danh từ “quyền con người” vào tên chương để hình thành chương “Quyền con người, quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân”. *Thứ hai*, chương này được chuyển thành Chương 2, ngay sau Chương về chế độ chính trị, thay vì ở Chương 5 như hiện nay. *Thứ ba*, trong nội dung chương một số quyền con người được bổ sung, như quyền sống (Điều 21). *Thứ tư*, cách thức diễn đạt gọi một ấn tượng mới về các quyền như là các quyền phổ biến, căn bản của con người thay vì là các quyền do nhà nước ban cấp: “mọi người” hay “công dân” thay vì “nhà nước” (như Hiến pháp hiện nay) được diễn đạt như là chủ thể trong các quy phạm về quyền.

### **2.6. Tư pháp độc lập**

Tư pháp độc lập là một bảo đảm đối với quyền con người, một yêu cầu phổ biến của chủ nghĩa hợp hiến hiện đại<sup>17</sup>. Vấn đề tư pháp độc lập ở Việt Nam không phải là vấn đề mới nhưng được thảo luận tích cực hơn

trong thế kỷ này<sup>18</sup>. Dự thảo Hiến pháp cũng có những bước tiến mới liên quan đến tư pháp độc lập. *Thứ nhất*, Tòa án chính thức được xác định là cơ quan thực thi quyền tư pháp (Điều 107). Điều này, về lý thuyết, hàm ý quyền tư pháp sẽ không được thực hiện ngoài khuôn khổ tòa án. *Thứ hai*, Tòa án được xác định mục đích trước tiên là bảo vệ công lý, quyền con người, quyền công dân (Điều 107). *Thứ ba*, để bảo đảm sự độc lập xét xử của tòa án, Dự thảo Hiến pháp bổ sung quy định: “nghiêm cấm cơ quan, tổ chức, cá nhân can thiệp vào việc xét xử của Thẩm phán, Hội thẩm” (Điều 108).

### **3. Các yếu tố tác động**

Đâu là các yếu tố tác động đến sự bắt đầu nổi lên của các thảo luận hiến pháp ở Việt Nam theo tinh thần của chủ nghĩa hợp hiến hiện đại và sự bắt đầu phản ánh chúng trong Dự thảo Hiến pháp?

Liên quan đến việc sửa đổi hiến pháp ở Việt Nam lần này, một định hướng quan trọng là việc sửa đổi Hiến pháp phải phù hợp với “xu thế của thời đại”. Định hướng này được nêu ra trong Tờ trình của Ủy ban Thường vụ Quốc hội về sửa đổi Hiến pháp và liên tục được nhấn mạnh trong các phiên họp của Ủy ban sửa đổi Hiến pháp và Thường trực Ban biên tập dự thảo sửa đổi Hiến pháp. Xét tổng quát nhất, đây là một chủ trương khá mới, ít nhất là trong sự so sánh với việc sửa đổi Hiến pháp năm 2001. Nếu hiến pháp sửa đổi phù hợp với xu thế của thời đại, nó phải phù hợp với xu thế chung của sự phát triển hiến pháp đang diễn ra trên thế giới hiện nay. Trong khi đó, xu hướng chung của sự phát triển hiến pháp trên thế giới hiện nay là sự mở rộng có tính chất toàn cầu của các chuẩn mực, các quan

17 Peter H. Russell & David M. O'Brien eds., *Judicial Independence in the Age of Democracy* (Charlottesville and London: University Press of Virginia, 2001).

18 Tô Văn Hòa, *Tính độc lập của Tòa án: Nghiên cứu pháp lý về các khía cạnh lý luận, thực tiễn ở Đức, Mỹ, Pháp, Việt Nam và các kiến nghị đối với Việt Nam*, Nxb. Lao động, Hà Nội, 2007; Lưu Tiến Dũng, *Độc lập xét xử trong Nhà nước pháp quyền ở Việt Nam*, Nxb. Tư pháp, Hà Nội, 2012; Nguyễn Đăng Dung & Vũ Công Giao, “Tư pháp độc lập: một số vấn đề lý luận và thực tiễn,” *Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp*, số 19+20/2012.

niệm, các thể chế của chủ nghĩa hợp hiến hiện đại. Điều này giải thích những biểu hiện nhất định của một số quan niệm của chủ nghĩa hợp hiến hiện đại trong Dự thảo Hiến pháp như đã trình bày. Tuy nhiên, cần phải giải thích đâu là các yếu tố làm cho làn sóng toàn cầu hóa chủ nghĩa hợp hiến hiện đại có thể tác động đến các thảo luận hiến pháp và phát triển hiến pháp thực tế ở Việt Nam. Với những xem xét bước đầu, chúng tôi cho rằng, điều này có thể được giải thích bởi các nguyên nhân có tính chất thực tế và nhận thức sau:

Nguyên nhân thực tế là nhu cầu của xã hội về việc hiện đại hóa hệ thống hiến pháp và các quyền hiến định khởi xuất từ sự phát triển của Việt Nam sau gần ba thập kỷ thực hiện cải cách mở cửa theo cơ chế kinh tế thị trường (định hướng xã hội chủ nghĩa). Những thành tựu của đổi mới kinh tế kéo theo những phát triển quan trọng trên nhiều phương diện khác, gồm cả những thay đổi về nhận thức hiến pháp. Sự phát triển của một nền kinh tế đa thành phần, và đặc biệt là sự lớn mạnh của các thành phần kinh tế tư nhân đã dẫn đến những tư duy mới và đòi hỏi mới về quyền, về tự do cá nhân, về kiểm soát công lực. Cụ thể hơn, nền kinh tế nhiều thành phần đòi hỏi một trật tự pháp lý dựa trên quyền: không chỉ là quyền tự do kinh doanh, mà còn hàng loạt những quyền khác kèm theo như quyền sở hữu, quyền lao động, quyền lập hội, quyền được hưởng bảo hiểm, quyền được xây dựng... Cùng với những sự mở rộng của thực tế các quyền và các thảo luận về quyền là những nhận thức

về nhu cầu kiểm soát quyền lực của công quyền, phân công quyền lực mạch lạc bởi theo nguyên lý của chủ nghĩa tự do hiện đại, các cá nhân sẽ được tự do nhiều hơn khi chính quyền tự do ít hơn.

Về nguyên nhân nhận thức, sự phát triển của tư duy hiến pháp ở Việt Nam do sự tác động của luật hiến pháp so sánh đã định hướng lại các thảo luận hiến pháp và phát triển hiến pháp ở Việt Nam theo tinh thần của chủ nghĩa hợp hiến hiện đại. Sự tác động của luật hiến pháp so sánh do các nhân tố:

Trước tiên là sự tác động của các tác phẩm dịch thuật. Ngoài hai tác phẩm kinh điển của luật học và chính trị học, *Tinh thần Pháp luật* của Ch.S. Montesquieu và *Khế ước Xã hội* của J.J. Rousseau, được dịch giả hoàn thiện các bản dịch trước đây và xuất bản lại<sup>19</sup>, lần đầu tiên trong thế kỷ này chứng kiến sự xuất hiện ở Việt Nam bản dịch của các tác phẩm kinh điển khác liên quan đến sự phát triển của các tư duy tự do về chính quyền và hiến pháp, gồm *Khảo luận thứ hai về Chính quyền*<sup>20</sup> của John Locke, *Bản về Tự do*<sup>21</sup> và *Chính thể Đại diện*<sup>22</sup> của John Stuart Mill, *Nền dân trị Mỹ*<sup>23</sup> của Alexis De Tocqueville, những ghi chép của James Madison về các thảo luận trong Đại hội Hiến pháp Philadelphia ở Mỹ năm 1787<sup>24</sup>. Các bản dịch này đóng góp quan trọng vào sự phát triển tư duy hiến pháp ở Việt Nam theo hướng chủ nghĩa hợp hiến hiện đại. Ngoài ra, các sách, báo dịch hoặc giới thiệu các tư duy và hệ thống hiến pháp nước ngoài cũng đóng góp vào việc thay đổi tư duy hiến pháp ở Việt Nam.

19 Ch.S. Montesquieu, *Bản về Tinh thần Pháp luật*, Hoàng Thanh Đạm dịch, Nxb. Lý luận Chính trị, Hà Nội, 2004; J.J. Rousseau, *Bản về Khế ước Xã hội*, Hoàng Thanh Đạm dịch, Nxb. Lý luận Chính trị, Hà Nội, 2004.

20 John Locke, *Khảo luận Thứ hai về Chính quyền*, Lê Tuấn Huy dịch, Nxb. Tri thức, Hà Nội, 2007.

21 John Stuart Mill, *Bản về Tự do*, Nguyễn Văn Trọng dịch, Nxb. Tri thức, Hà Nội, 2009.

22 John Stuart Mill, *Chính thể Đại diện*, Nguyễn Văn Trọng & Bùi Văn Nam Sơn dịch, Nxb. Tri thức, Hà Nội, 2008.

23 Alexis De Tocqueville, *Nền Dân trị Mỹ*, Phạm Toàn dịch, Nxb. Tri thức, Hà Nội, 2008.

24 *Hiến pháp Mỹ Được Làm ra Như thế nào*, Nguyễn Cảnh Bình dịch và giới thiệu, Nxb. Thế giới, Hà Nội, 2003; Nxb. Tri thức tái bản, 2009.

Ngoài các tác phẩm dịch thuật, sự giao lưu học thuật cũng dẫn đến sự tác động của luật hiến pháp so sánh đối với sự phát triển của tư duy hiến pháp ở Việt Nam. Một mặt, thông qua một số chương trình trao đổi học giả, một số học giả Việt Nam có điều kiện tiếp cận với một số trường luật ở các nước phương Tây. Các nghiên cứu của họ về sau có tác dụng giới thiệu các tư duy mới về hiến pháp và pháp luật. Ngược lại, trong thời gian qua, cũng có một số học giả hiến pháp ở nước ngoài đến Việt Nam để trao đổi học thuật. Điều này cũng tạo nên sự phát triển nhất định của tư duy hiến pháp ở Việt Nam. Bên cạnh đó, trong những năm gần đây, Việt Nam có những học giả, luật sư được đào tạo luật bậc cao ở các trường luật phương Tây, như Pháp, Đức, Bỉ, Hà Lan, Anh, và Mỹ. Các bài viết của họ, các diễn đàn thông qua đó họ trao đổi với các học giả khác và các nhà lập pháp có ý nghĩa thúc đẩy những tư duy mới về hiến pháp ở Việt Nam theo khuynh hướng của chủ nghĩa hợp hiến hiện đại.

Liên quan đến các nhà lập pháp và thảo hiến, sự thay đổi tư duy hiến pháp do sự thay đổi nhận thức hiến pháp chung của xã hội, của ngành hiến pháp học trong nước, các chuyên tham vấn quốc tế tìm hiểu kinh nghiệm lập hiến ở các quốc gia khác nhau.

#### **4. Giới hạn và triển vọng**

Sau khi Quốc hội khóa I thông qua bản Hiến pháp 1946, Hồ Chí Minh nhận định rằng bản hiến pháp này có thể chưa hoàn thiện nhưng nó đã được làm ra theo một hoàn cảnh thực tế<sup>25</sup>. Cũng có thể nhận định tương tự về bản Dự thảo Hiến pháp hiện nay.

Trước tiên, bản Dự thảo Hiến pháp có

thể có những điểm chưa hoàn thiện: mong muốn về chủ quyền lập hiến thuộc về nhân dân chưa được xác định rõ ràng khi trung cần dân ý chưa được coi là bắt buộc trong quy trình lập hiến; các thể chế của việc kiểm soát quyền lực giữa các cơ quan lập pháp, hành pháp, và tư pháp chưa được xác định cụ thể; Hội đồng Hiến pháp là một cơ quan bảo hiến có tính chất tư vấn; sự mâu thuẫn có thể giữa nguyên tắc xét xử độc lập với cơ chế giám sát tư pháp của Quốc hội và Viện kiểm sát... Nói chung, Dự thảo Hiến pháp mới chỉ phản ánh một số quan niệm của chủ nghĩa hợp hiến hiện đại thay vì những thể chế cụ thể của nó, ngoại trừ Hội đồng Hiến pháp.

Tuy nhiên, bản Dự thảo Hiến pháp đã được làm ra theo một hoàn cảnh thực tế. Nó vừa vặn với điều kiện về chế độ chính trị và nhận thức chính trị - hiến pháp - pháp lý của người dân Việt Nam trong bối cảnh hiện tại. Xét một cách lý tưởng hóa, người ta có thể chỉ ra những điểm chưa hoàn thiện của nó như trên. Nhưng xét một cách bối cảnh hóa, đó là những giới hạn mà Dự thảo Hiến pháp khó có thể đi xa hơn.

Tư duy hiến pháp “nội tại” của triết gia Đức Hegel có thể hữu ích thể khép lại thảo luận này: “Hiến pháp của một dân tộc nói chung tùy thuộc vào đặc tính và sự phát triển của sự tự nhận thức của dân tộc đó [...]. Mỗi một dân tộc có một hiến pháp phù hợp với nó [...]. Hiến pháp của một dân tộc phải phản ánh cảm nhận của dân tộc đó về quyền và về những điều kiện của nó [...]. Các cá nhân có thể thực sự cảm nhận được nhu cầu và mong muốn về một hiến pháp tốt đẹp hơn, nhưng làm cho đại chúng có một cảm nhận như vậy là một câu chuyện khác, và điều này diễn ra muộn hơn khá lâu”<sup>26</sup> ■

25 Hồ Chí Minh, Toàn tập, tập IV, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2000, tr. 440.

26 G.W.F. Hegel, *Outlines of the Philosophy of Right*, trans., T. M. Knox; ed., Stephen Houlgate (Oxford: Oxford University Press, 2008), 263.

# NGUYÊN TẮC CHỦ QUYỀN NHÂN DÂN TRONG DỰ THẢO HIẾN PHÁP SỬA ĐỔI NĂM 2013: CÓ ĐỔI MỚI, NHƯNG NỬA VỜI VÀ MÂU THUẪN

NGUYỄN CỬU VIỆT \*

**T**rong một hiến pháp bất kỳ, hai nguyên tắc quan trọng nhất phải quan tâm quy định là nguyên tắc chủ quyền nhân dân và nguyên tắc tổ chức quyền lực nhà nước. Bởi vì, hiến pháp là bản kế ước của nhân dân<sup>1</sup>, vì thế trước hết nó phải thể hiện chủ quyền nhân dân. Bản kế ước này đồng thời phải là văn bản giao quyền cho nhà nước và quy định nguyên tắc tổ chức quyền lực nhà nước. Trong bài viết, tác giả chỉ bàn thêm, ngắn gọn về nội dung nguyên tắc chủ quyền nhân dân trong Dự thảo, do trước đây đã có nhiều bài viết bàn về nguyên tắc này trước khi có Dự thảo, trong đó có bài của tác giả<sup>2</sup>.

## 1. Tuyên bố chủ quyền thuộc về nhân dân

Nhìn chung, nguyên tắc chủ quyền nhân dân trong Dự thảo Hiến pháp năm 1992 (sửa đổi, bổ sung năm 2013) được công bố ngày 02/01/2013 (Dự thảo<sup>3</sup>) thể hiện đậm nét hơn so với Hiến pháp 1992 hiện hành, thể hiện:

1) Tuyên bố tại Điều 1 (sửa đổi, bổ sung Điều 1 cũ): “Nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là một nước dân chủ, độc

lập, có chủ quyền, thống nhất và toàn vẹn lãnh thổ, bao gồm đất liền, hải đảo, vùng biển và vùng trời”. Ý mới quan trọng là nước ta là một nước dân chủ. Đây là nguyên tắc rất quan trọng mà các hiến pháp tiên tiến đều quy định - nguyên tắc dân chủ. Nguyên tắc dân chủ được thể hiện tập trung ở các quy định về quyền con người, quyền công dân ở Chương II Dự thảo và các nội dung

\* PGS, TS.

- 1 Trong một số phát biểu, cả trên các phương tiện truyền thông, có nhầm lẫn rằng Hiến pháp là bản kế ước giữa Nhân dân và Nhà nước. Nói như vậy thì chủ quyền không chỉ của Nhân dân mà cả của Nhà nước. Đúng ra, nguồn gốc duy nhất của quyền lực nhà nước là Nhân dân nên chủ quyền chỉ thuộc về Nhân dân và trong một số lĩnh vực Nhân dân trao quyền cho Nhà nước làm đại diện. Chỉ “một số lĩnh vực” thôi vì nếu trao quyền hết như Điều 6 Hiến pháp hiện hành thì Nhân dân không còn gì để trực tiếp thực hiện. Mà Điều 6 Hiến pháp hiện hành quy định “Nhân dân thực hiện quyền lực nhà nước thông qua Quốc hội và Hội đồng nhân dân” cũng không đúng cả với thực tế và với lý luận về Hiến pháp, cả Hiến pháp XHCN.
- 2 Xem: Nguyễn Cửu Việt, Bàn thêm về vấn đề sửa đổi Hiến pháp 1992 nhìn từ nguyên tắc chủ quyền nhân dân. Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, số 18 (226), tháng 9/2012.
- 3 Gọi là “Dự thảo” vì đây là Dự thảo chính thức lần thứ 2. Dự thảo chính thức lần thứ 1 là bản trình Quốc hội cho ý kiến tại kỳ họp tháng 11/2012.



khác của Dự thảo; tuy nhiên, bài viết không đi sâu vào phân tích Chương II Dự thảo. Trong thời đại dân chủ và nhà nước pháp quyền, quy định như vậy là phù hợp.

Nhưng dưới góc độ khác, nguyên tắc dân chủ gắn liền với chủ quyền nhân dân, vì dân chủ là nhân dân thực hiện quyền lực, nghĩa là chủ quyền thuộc về nhân dân. Nói chính xác hơn, chủ quyền thuộc về nhân dân là nội dung chủ chốt của nguyên tắc dân chủ. Hình mẫu cho việc nâng các quyền con người cơ bản nhất thành quyền dân tộc tự quyết (tức là chủ quyền nhân dân), là Tuyên ngôn độc lập năm 1945 do Chủ tịch Hồ Chí Minh soạn thảo và đọc trước Quốc dân ngày 02/9/1945<sup>4</sup>.

Vẫn như trước, chủ quyền nhân dân tiếp tục được khẳng định tại Điều 2 Dự thảo bằng cụm từ “tất cả quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân” (ở đây không đi xa bàn về cơ cấu “nền tảng” của nhân dân là ai ở cuối Khoản 2 Điều 2). Quy định Điều 2 Dự thảo không mới so với Điều 2 cũ và mang tính kinh điển, vì hiến pháp nào cũng có quy định tương tự.

Nhưng quy định đã dẫn tại Điều 1 và Điều 2 Dự thảo chỉ mang tính chất tuyên ngôn, nguyên tắc. Tuyên ngôn, nguyên tắc phải được cụ thể hoá trong các quy phạm khác của Hiến pháp; nếu không, tuyên ngôn, nguyên tắc sẽ là vô hiệu.

2) Điều 6 Dự thảo (sửa đổi, bổ sung Điều 6 cũ) là sự cụ thể hoá, củng cố bước đầu, quan trọng hai tuyên bố (một cũ và một mới) này. Mới, tiến bộ do ngoài hình thức dân chủ đại diện (Nhân dân thực hiện quyền lực nhà nước thông qua Quốc hội, Hội đồng

nhân dân) còn có dân chủ trực tiếp, và đặt dân chủ trực tiếp lên trước dân chủ đại diện: “Nhân dân thực hiện quyền lực nhà nước bằng các hình thức dân chủ trực tiếp, dân chủ đại diện thông qua Quốc hội, Hội đồng nhân dân và thông qua các cơ quan khác của Nhà nước”. Quy định này “về hình thức” là theo quy định tương ứng của các hiến pháp dân chủ trên thế giới. Nói là “về hình thức” vì Điều 6 Dự thảo mới mà chưa hay, nặng lý luận, chưa rõ ràng và không đủ. Bởi vì:

*Một là*, phải thấy rằng, Điều 6 Dự thảo là cái mới quan trọng so với Hiến pháp 1959, 1980 và 1992, vì ở đó đều chưa có quy định về dân chủ trực tiếp. Nhưng quy định này chỉ là bước đầu, vì nó không chỉ rõ cụ thể là hình thức dân chủ trực tiếp, dân chủ đại diện nào (vì có rất nhiều dạng hình thức dân chủ trực tiếp và dân chủ đại diện), dân chủ trực tiếp, dân chủ đại diện ở những việc gì.

*Hai là*, cái mới này so với các quy định của Hiến pháp 1946, Công ước quốc tế và hiến pháp các nước thì thấy rõ là chỉ nặng lý luận, chưa rõ ràng và không đủ. Bởi lẽ:

Theo Điều 25 (điểm a Khoản 1 Công ước quốc tế về các quyền dân sự và chính trị năm 1966 mà nước ta đã tham gia, con người có quyền “được tham gia vào việc điều hành chính quyền, hoặc trực tiếp hoặc qua những đại biểu do mình tự do tuyển chọn”. Chữ “đại biểu” ở đây không phải hiểu hẹp là cơ quan đại diện.

Điều 3 Hiến pháp Cộng hòa Pháp 1958 hiện hành quy định đầy đủ hơn, gắn các hình thức thực hiện dân chủ với chủ quyền quốc gia, và trong hình thức dân chủ trực tiếp chỉ quy định trưng cầu dân ý (referendum - biểu

4 Đoạn mở đầu của Tuyên ngôn Độc lập đã dẫn những “lời bất hủ” trong bản Tuyên ngôn Độc lập năm 1776 của nước Mỹ: “Tất cả mọi người đều sinh ra có quyền bình đẳng. Tạo hóa cho họ những quyền không ai có thể xâm phạm được; trong những quyền ấy, có quyền được sống, quyền tự do và quyền mưu cầu hạnh phúc” và “những lễ phải không ai chối cãi được” trong bản Tuyên ngôn Nhân quyền và dân quyền của Cách mạng Pháp năm 1791: “Người ta sinh ra tự do và bình đẳng về quyền lợi, và phải luôn luôn được tự do và bình đẳng về quyền lợi”. Từ quyền con người cơ bản, chủ quyền nhân dân được Chủ tịch Hồ Chí Minh khái quát thành quyền dân tộc tự quyết: “Suy rộng ra, câu ấy có ý nghĩa là: tất cả các dân tộc trên thế giới đều sinh ra bình đẳng; dân tộc nào cũng có quyền sống, quyền sung sướng và quyền tự do”. Xem bài của tác giả: Bàn thêm về vấn đề sửa đổi Hiến pháp 1992 nhìn từ nguyên tắc chủ quyền nhân dân, đã dẫn.

quyết toàn dân hay là quyền phúc quyết của nhân dân)<sup>5</sup>:

“Chủ quyền quốc gia thuộc về nhân dân. Nhân dân thực hiện chủ quyền của mình thông qua những người đại diện của mình hoặc trực tiếp bằng trưng cầu dân ý.

Không một nhóm người hay cá nhân nào có thể tiếm đoạt quyền thực hiện chủ quyền quốc gia”.

Các khoản sau điều này còn củng cố bằng quy định về các hình thức và nguyên tắc bầu cử, các điều kiện và sự bình đẳng của các cử tri, bình đẳng giữa phụ nữ và nam giới.

Đầy đủ nhất, tập trung nhất là quy định của Điều 3 Hiến pháp Liên bang Nga 1993:

“1. Đại diện cho chủ quyền và nguồn gốc duy nhất của quyền lực ở Liên bang Nga là nhân dân Nga đa sắc tộc.

2. Nhân dân thực hiện quyền lực của mình một cách trực tiếp, cũng như thông qua các cơ quan quyền lực nhà nước và cơ quan tự quản địa phương.

3. Sự thể hiện trực tiếp cao nhất quyền lực của nhân dân là trưng cầu ý dân và bầu cử tự do.

4. Không một ai có thể tiếm dụng quyền lực ở Liên bang Nga. Việc chiếm đoạt quyền lực hoặc chiếm dụng các quyền hạn bị truy tố theo luật liên bang”.

Cần lưu ý rằng, “các cơ quan quyền lực nhà nước” trong Hiến pháp Liên bang Nga 1993 được hiểu không như ở Việt Nam chỉ bao gồm Quốc hội và Hội đồng nhân dân các cấp, mà bao gồm mọi cơ quan nhà nước thực thi công quyền (các cơ quan dân cử, cơ quan hành chính, toà án và viện kiểm sát),

riêng các “cơ quan tự quản địa phương” không được quan niệm là cơ quan nhà nước nên được gọi tên tách riêng.

Những chữ in nghiêng trong các trích dẫn trên cho thấy, trong các văn kiện nêu trên, chủ quyền duy nhất trong nhà nước là thuộc về nhân dân, chủ quyền duy nhất đó được bảo đảm bằng trưng cầu dân ý và không một ai, một nhóm người nào có thể chiếm đoạt, có thể tiếm dụng quyền chủ quyền này và nếu có sự chiếm đoạt, tiếm dụng chủ quyền nhân dân thì sẽ bị trừng trị theo luật. Nên nhớ là theo “luật” chứ không phải là “pháp luật”, vì luật do Quốc hội - cơ quan đại diện cao nhất của nhân dân ban hành mới thể hiện đầy đủ ý chí của nhân dân, còn pháp luật thì bao gồm cả quyết định của Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp xã. Và phải chỉ rõ là “referendum” (trưng cầu dân ý) - hình thức thực hiện chủ quyền trực tiếp và cao nhất của nhân dân (như Khoản 3 Điều 3 Hiến pháp Liên bang Nga), chứ không nói vu vơ về “hình thức dân chủ trực tiếp” và “dân chủ đại diện” như Điều 6 Dự thảo đề rồi những quy định sau lại tự phủ nhận quyền dân chủ trực tiếp. Tuyên bố chủ quyền nhân dân như thế mới rõ ràng, mạnh mẽ và chắc chắn.

Cần nhớ rằng Hiến pháp 1946 cũng không có “quy định mang tính lý luận” này, nhưng hình thức dân chủ trực tiếp lại được thể hiện rất mạnh mẽ tại các điều thứ 21, 32 và 70 về quyền phúc quyết, các vấn đề cần đưa nhân dân phúc quyết, khẳng định Nghị viện sẽ ban hành Luật về phúc quyết của nhân dân và trình tự Nghị viện đưa vấn đề ra nhân dân phúc quyết, Dự thảo Hiến pháp

5 Cần lưu ý rằng, các Hiến pháp Việt Nam quy định không giống nhau về khái niệm này. Hiến pháp 1946 viết là “quyền phúc quyết”, “nhân dân phúc quyết”, “toàn dân phúc quyết” (các điều thứ 21, 32, 70). Hiến pháp 1959 (Khoản 5 Điều 53) và Hiến pháp 1980 (Khoản 6 Điều 100) đều viết là “trưng cầu ý kiến nhân dân”. Hiến pháp 1992 (Khoản 14 Điều 84) lại viết là “trưng cầu ý dân”. Nhưng thuật ngữ tiếng Việt “trưng cầu dân ý” hay “trưng cầu ý dân” theo ngữ nghĩa được hiểu rất rộng, bao gồm cả việc “lấy ý kiến nhân dân” như đang diễn ra với Dự thảo này, cũng có thể hiểu bao gồm cả referendum – biểu quyết toàn dân (như Điều 53 Hiến pháp 1992 hay Điều 30 Dự thảo) hay phúc quyết của nhân dân (Hiến pháp 1946). Trong bài này, “trưng cầu ý dân” chỉ được sử dụng với nghĩa là referendum – biểu quyết toàn dân. Trong các hiến pháp nước ngoài, khi sử dụng thuật ngữ referendum thì rất rõ đây chỉ là biểu quyết toàn dân.

và việc sửa đổi Hiến pháp phải được nhân dân phúc quyết<sup>6</sup>. Chúng ta không thể quên rằng những quy định này đặt trong bối cảnh một hiến pháp chỉ với 70 điều và rất gọn gàng, ít chữ.

*Tóm lại, Điều 6 Dự thảo năng lý luận, chưa rõ ràng và không đủ, nên sửa thành: “Nhân dân thực hiện quyền lực nhà nước một cách trực tiếp bằng biểu quyết toàn dân, hoặc thông qua những đại diện do dân bầu”. Ngắn gọn hơn, nhưng lại rõ, thiết thực, mạnh và đầy đủ hơn.*

Ba là, các hiến pháp tiên tiến trên thế giới không giới hạn ở quy định này (Điều 6 Dự thảo), kể cả Hiến pháp 1946 của Việt Nam ta, mà những việc gì quan trọng nhất dân cần làm và có thể làm được thì đều ghi nhận nhân dân trực tiếp quyết định bằng trưng cầu dân ý, những việc khác thì giao cho các cơ quan nhà nước, trước hết là những cơ quan do dân bầu ra. Việc đầu tiên dân cần thực hiện trực tiếp bằng trưng cầu dân ý mà mọi Hiến pháp dân chủ đều nói tới là ban hành, sửa đổi hiến pháp, hay nói khái quát như Hiến pháp 1946 thì đó là “những việc quan hệ đến vận mệnh quốc gia” (Điều thứ 21 và Điều thứ 32).

## 2. Quyền ban hành, sửa đổi Hiến pháp

Hiến pháp là bản khế ước của nhân dân, nên để chủ quyền của nhân dân là thực sự thì quyền ban hành Hiến pháp phải thuộc về nhân dân. Lời nói đầu của Dự thảo có cụm từ mà Lời nói đầu Hiến pháp hiện hành không có là “thực hiện chủ quyền nhân dân, Hiến pháp này tiếp tục khẳng định ý chí của

nhân dân”. Đây là một điểm mới. Nhưng điểm mới này bị triệt tiêu, do cũng tại ngay Lời nói đầu ở câu kết thì chủ quyền và ý chí của nhân dân không phải thể hiện ở quyền ban hành Hiến pháp, mà chỉ là “xây dựng và thi hành Hiến pháp”. Khái niệm “xây dựng Hiến pháp” rất rộng nên không rõ ràng, “góp ý cho Dự thảo”, “ban hành Hiến pháp” đều nằm trong phạm trù này. Hiến pháp không thể viết những từ không rõ ràng. Vì vậy, để phù hợp với thời đại dân chủ ngày nay, đã đến lúc cần tuyên bố rõ ràng trong Lời nói đầu: Nhân dân ban hành Hiến pháp, ví dụ, viết: “Nhân dân Việt Nam trịnh trọng tuyên bố ban hành bản Hiến pháp này nhằm...”. Theo đó, cách viết về Cương lĩnh của Đảng cũng phải mềm, sao cho thể hiện được chủ quyền nhân dân. Đoạn “thể chế hóa Cương lĩnh xây dựng đất nước trong thời kỳ quá độ lên chủ nghĩa xã hội, thực hiện chủ quyền nhân dân, Hiến pháp này tiếp tục khẳng định ý chí của nhân dân” trong Lời nói đầu là đầy mâu thuẫn, vì đã “thể chế hóa Cương lĩnh” thì đâu còn “chủ quyền nhân dân”, “khẳng định ý chí của nhân dân”. Tốt hơn, để vẫn thể hiện có sự lãnh đạo của Đảng mà vẫn có chủ quyền nhân dân thật sự, thì nên bỏ mấy chữ “thể chế hóa” mà thay bằng “dưới ánh sáng” hay “theo tư tưởng chỉ đạo”, hoặc “theo đường lối chỉ đạo”.

Vì vậy, kết hợp với ý trên, đoạn này có thể viết thành: “*Nhân dân Việt Nam, dưới ánh sáng (hay “theo tư tưởng/đường lối chỉ đạo”) của Cương lĩnh xây dựng đất nước trong thời kỳ quá độ lên chủ nghĩa xã hội, thực hiện chủ quyền nhân dân, trịnh trọng*

6 Xem: Hiến pháp 1946, Điều thứ 21:

Nhân dân có quyền phúc quyết về Hiến pháp và những việc quan hệ đến vận mệnh quốc gia, theo Điều thứ 32 và 70. Điều thứ 32

Những việc quan hệ đến vận mệnh quốc gia sẽ đưa ra nhân dân phúc quyết, nếu hai phần ba tổng số nghị viên đồng ý. Cách thức phúc quyết sẽ do luật định.

Điều thứ 70:

Sửa đổi Hiến pháp phải theo cách thức sau đây:

a) Do hai phần ba tổng số nghị viên yêu cầu.

b) Nghị viện bầu ra một ban dự thảo những điều thay đổi.

c) Những điều thay đổi khi đã được Nghị viện ứng chuẩn thì phải đưa ra toàn dân phúc quyết.

*tuyên bố ban hành bản Hiến pháp này nhằm tiếp tục khẳng định ý chí của nhân dân”*. Như vậy là có thể chấp nhận được dưới góc độ quan niệm hiện đại về chủ quyền nhân dân mà vẫn bảo đảm sự lãnh đạo của Đảng.

Vẫn theo tư duy cũ là quyền ban hành Hiến pháp thuộc về Quốc hội, nên Khoản 1 Điều 75 Dự thảo (sửa đổi, bổ sung Điều 84 cũ) quy định: Quốc hội “Làm Hiến pháp và sửa đổi Hiến pháp”. Cũng phải ghi nhận rằng, so với quy định tại Điều 83 cũ: “Quốc hội là cơ quan duy nhất có quyền lập hiến và lập pháp” thì quy định này đã bỏ chữ “duy nhất”, nên tiến bộ hơn một chút. Là cơ quan duy nhất có quyền lập pháp là chính xác, nhưng là cơ quan duy nhất có quyền lập hiến thì đã quá lỗi thời. Nhưng chỉ bỏ chữ “duy nhất”, có nghĩa rằng, có thể còn chủ thể khác cũng “làm Hiến pháp”. Nhưng quy định này không rõ, “lấp lửng”. Lại thêm chữ “làm Hiến pháp”<sup>7</sup>. Hiến pháp ta được viết kiểu “dân gian”, không rõ ràng. Chữ “làm Hiến pháp” ở đây còn “nôm na” hơn là viết “xây dựng Hiến pháp” ở Lời nói đầu. Theo ngữ nghĩa ở câu mở đầu Điều cuối Dự thảo - Điều 124 (sửa đổi, bổ sung Điều 147 cũ) “Việc làm Hiến pháp, sửa đổi Hiến pháp được quy định như sau” thì “làm Hiến pháp” chính là “ban hành Hiến pháp”. Vậy sao không viết “ban hành Hiến pháp” cho rõ, lại pháp lý và nghiêm túc hơn. Phải chăng vì đây là “điều khó nói” nên ở Lời nói đầu của Dự thảo thì dùng các chữ “xây dựng Hiến pháp”, còn ở Điều 75 và 124 Dự thảo là “làm Hiến pháp” - một cách viết “dân gian”, “nôm” không còn phù hợp với ngày nay, cả về mặt ngôn ngữ hiến pháp và tính pháp lý của hiến pháp. Theo nguyên tắc pháp lý, khi đã tuyên bố chủ quyền của nhân dân thì đáng ra phải tuyên bố quyền ban hành Hiến pháp phải thuộc về nhân dân, tuy Quốc dân có thể trao cho Quốc hội ban hành và Quốc dân sẽ phúc quyết như kiểu Hiến pháp 1946.

Đến Khoản 4 Điều 124 (sửa đổi, bổ sung Điều 147 cũ): “Dự thảo Hiến pháp

được thông qua khi có ít nhất hai phần ba tổng số đại biểu Quốc hội biểu quyết tán thành. Việc trưng cầu ý dân về Hiến pháp do Quốc hội quyết định” thì mọi việc mới rõ ràng: quyền ban hành Hiến pháp thuộc về Quốc hội; việc có cho tổ chức trưng cầu ý dân về Hiến pháp hay không là do ý chí của Quốc hội, Dự thảo không đưa ra căn cứ nào. Vậy, phải chăng đã đặt Quốc hội đứng trên nhân dân? Một hiến pháp dân chủ thực sự thì bên cạnh quy định tuyên bố/tuyên ngôn phải có quy định cơ chế hiện thực hoá tuyên bố/tuyên ngôn đó. Nhưng Khoản 4 Điều 124 Dự thảo (sửa đổi, bổ sung Điều 147 cũ), cùng với Khoản 1 Điều 75 Dự thảo (sửa đổi, bổ sung Điều 84 cũ) đã xoá mờ tuyên ngôn về nguyên tắc dân chủ và chủ quyền nhân dân tuyên bố tại Lời nói đầu, Điều 1 và Điều 2 Dự thảo, trái với tinh thần một hiến pháp dân chủ của Nhà nước pháp quyền.

### 3. Các quy định bổ sung và cụ thể hoá

Theo Điều 3 (sửa đổi, bổ sung Điều 3 cũ) của Dự thảo, “Nhà nước bảo đảm và phát huy quyền làm chủ của nhân dân”. Các quy định “Nhà nước bảo đảm”, “Nhà nước phát huy” rõ ràng vẫn theo tư duy cũ - tư duy Nhà nước là chủ thể ban phát. Nếu đúng quan điểm chủ quyền thuộc về nhân dân thì phải quy định: “Chủ quyền trong Nhà nước chỉ duy nhất thuộc về nhân dân. Nhà nước có trách nhiệm thực hiện mọi biện pháp để bảo đảm và phát huy quyền làm chủ của nhân dân”. Nghĩa là Nhà nước là chủ thể có trách nhiệm, bị ràng buộc trách nhiệm thực hiện, chứ không phải là chủ thể ban phát, bảo đảm, phát huy, hô hào, giáo dục,...

Tiếp tục cụ thể hoá Điều 6 về các hình thức thực hiện dân chủ, Điều 28 Dự thảo (sửa đổi, bổ sung Điều 54 cũ) ghi nhận quyền bầu cử và quyền ứng cử của công dân. Điều 29 Dự thảo (sửa đổi, bổ sung Điều 53 cũ) quy định “công dân có quyền tham gia quản lý nhà nước và xã hội, tham gia thảo luận và kiến nghị với cơ quan nhà nước về các vấn đề của địa phương và cả nước”.

<sup>7</sup> Chữ “làm Hiến pháp”, “làm luật”, bắt đầu có từ Hiến pháp 1959 (Điều 50), rồi đến Hiến pháp 1980 (Điều 83), 1992 (Điều 84). Hiến pháp 1946 không có chữ “làm” mà là “đặt ra các pháp luật” (Điều thứ 23). Lúc này, thuật ngữ “pháp luật” được hiểu là luật. Rõ ràng, “đặt ra” hay “ban hành” pháp lý hơn, chính xác hơn, “nghiêm túc” hơn.



Nhưng nội dung tại Khoản 2 Điều này: “Nhà nước tạo điều kiện để công dân tham gia quản lý nhà nước và xã hội” cũng là chưa đủ, mà phải là “Nhà nước có trách nhiệm thực hiện mọi biện pháp cần thiết để bảo đảm quyền của công dân tham gia quản lý nhà nước và xã hội”.

Điểm đáng ghi nhận là Dự thảo đã tách quyền của công dân “biểu quyết khi Nhà nước tổ chức trưng cầu ý dân” từ Điều 53 cũ thành Điều 30 riêng, bên cạnh Điều 29 của Dự thảo. Tách thành điều riêng nhưng cách quy định không thay đổi, không đổi mới, thể hiện chưa mạnh dạn, đang “e dè” trong tiếp cận quyền hạn dân chủ trực tiếp quan trọng số một này của công dân. Vẫn là “Công dân có quyền biểu quyết khi Nhà nước tổ chức trưng cầu ý dân” thì ý chí vẫn là của Nhà nước, mà không phải là ý chí của Nhân dân; khi nào tổ chức trưng cầu ý dân là quyền chủ quan của Nhà nước, do không quy định căn cứ khi nào thì Nhà nước phải tổ chức trưng cầu ý dân. Tức là nội dung không thay đổi, tuy hình thức có sửa đổi, nói cách khác, chỉ là “bình mới, rượu cũ”. Và điều đó được “chốt lại” bằng Khoản 4 Điều 124 (sửa đổi, bổ sung Điều 147 cũ) của Dự thảo đã dẫn trên. Phân tích này càng rõ hơn nếu so sánh với các quy định của Hiến pháp 1946 như đã nói. Nếu đúng lô gic của nguyên tắc chủ quyền duy nhất thuộc về nhân dân thì Hiến pháp được Quốc hội thông qua (bao gồm việc sửa đổi) phải được đưa ra toàn dân biểu quyết thì mới có hiệu lực. Đó là tinh thần của Hiến pháp 1946.

Các quy định tiếp theo về “trưng cầu ý dân” càng khẳng định cho kết luận này:

Điều 75 Dự thảo (sửa đổi, bổ sung Điều 84 cũ) quy định Quốc hội có quyền “Quyết định trưng cầu ý dân” (Khoản 15). Và theo Điều 79 Dự thảo (sửa đổi, bổ sung Điều 91 cũ), thì Ủy ban thường vụ Quốc hội có quyền “Tổ chức trưng cầu ý dân theo quyết định của Quốc hội” (Khoản 11). Rõ ràng, không hề có chữ nào về loại vấn đề, căn cứ, trình tự và thậm chí cũng không chỉ rõ có Luật về trưng cầu ý dân.

Tóm lại, thiết nghĩ, trong Hiến pháp sửa đổi lần này, nguyên tắc chủ quyền nhân dân cần được ghi nhận thật trang trọng, rõ ràng, mạch lạc phù hợp với trình độ pháp lý hiện đại và yêu cầu dân chủ, bởi vì:

*Một là*, đó là sự kế thừa những quy định của Hiến pháp đầu tiên của Nhà nước ta - Hiến pháp năm 1946, Hiến pháp do Chủ tịch Hồ Chí Minh trực tiếp chỉ đạo xây dựng. Tuy đã gần 67 năm trôi qua kể từ ngày Quốc hội lập hiến<sup>8</sup> của nước Việt Nam Dân chủ Cộng hòa ban hành Hiến pháp này, một Hiến pháp ít lời nhưng ghi nhận vô cùng trang trọng nguyên tắc chủ quyền nhân dân với quyền phúc quyết của nhân dân rất pháp lý, rõ ràng, mạnh mẽ, thì kinh nghiệm trên càng trở nên vô cùng thời sự.

*Hai là*, trong bối cảnh thế giới hiện đại, khi dân chủ đã là trào lưu và yêu cầu dân chủ trong nước đã trở thành bức thiết, nhất là từ khi bước sang thế kỷ 21, thì không thể né tránh việc ghi nhận nguyên tắc chủ quyền nhân dân một cách pháp lý, rõ ràng, mạnh mẽ với quyền thực hiện biểu quyết toàn dân (tức là quyền trưng cầu dân ý - quyền phúc quyết của nhân dân)<sup>9</sup>.

(Xem tiếp trang 28)

8 Đây là quan niệm của các nhà lập hiến của Hiến pháp 1946, vì trong Lời nói đầu Hiến pháp 1946 dùng khái niệm “Quốc hội” (“Được quốc dân giao cho trách nhiệm thảo bản Hiến pháp đầu tiên của nước Việt Nam dân chủ cộng hòa, Quốc hội nhận thấy rằng, ...”), nhưng trong nội dung, từ Chương III trở đi lại chỉ dùng khái niệm “nghị viện”. Tức là Quốc hội soạn thảo và thông qua “Dự thảo Hiến pháp”, còn “Nghị viện nhân dân là cơ quan có quyền cao nhất của nước Việt Nam dân chủ cộng hòa” (Điều thứ 22) và “do công dân Việt Nam bầu ra” (Điều thứ 24), tức là được thành lập theo Hiến pháp mà Quốc hội này đã soạn thảo và thông qua Dự thảo.

9 Theo thống kê các hiến pháp hiện hành của một website ở Liên bang Nga, tính từ đầu thế kỷ 21 đến tháng 7/2011, toàn thế giới đã ban hành 25 hiến pháp mới, trong đó 14 bản được thông qua bằng trưng cầu dân ý. Xem: Список действующих конституций [http://ru.wikipedia.org/wiki/%D0%A1%D0%BF%D0%B8%D1%81%D0%BE%D0%BA\\_%D0%B4%D0%B5%D0%B9%D1%81%D1%82%D0%B2%D1%83%D1%8E%D1%89%D0%B8%D1%85\\_%D0%BA%D0%BE%D0%BD%D1%81%D1%82%D0%B8%D1%82%D1%83%D1%86%D0%B8%D0%B9](http://ru.wikipedia.org/wiki/%D0%A1%D0%BF%D0%B8%D1%81%D0%BE%D0%BA_%D0%B4%D0%B5%D0%B9%D1%81%D1%82%D0%B2%D1%83%D1%8E%D1%89%D0%B8%D1%85_%D0%BA%D0%BE%D0%BD%D1%81%D1%82%D0%B8%D1%82%D1%83%D1%86%D0%B8%D0%B9)

# Bình luận Chương IX Dự thảo sửa đổi Hiến pháp Ở GÓC NHÌN KINH TẾ - XÃ HỘI

NGUYỄN NGỌC ĐIỆN\*

## 1. Đặt vấn đề

Đơn vị hành chính lãnh thổ, trong chừng mực nào đó, được hiểu là sự hoá thân của quốc gia trong phạm vi địa phương. Ở đó, vừa có sự hiện diện của Nhà nước, như là một tổng thể các quyền lực chi phối đời sống chính trị, pháp lý trên phạm vi cả nước, vừa có những thiết chế chỉ có thẩm quyền giới hạn trong phạm vi địa phương, tạo thành một thực thể chính trị - pháp lý gọi là chính quyền địa phương.

Có thể thừa nhận rằng việc thiết lập các đơn vị hành chính lãnh thổ xuất phát từ yêu cầu dung hoà lợi ích chung của cả nước với lợi ích của địa phương về phương diện quản trị công: chính quyền trung ương mong muốn vươn tay rộng khắp trên lãnh thổ quốc gia để có thể huy động cao nhất các nguồn lực của đất nước nhằm thực hiện các mục tiêu chung của Nhà nước; nhưng chính quyền địa phương cũng mong muốn có sự tự trị nhất định để thực hiện các mục tiêu của riêng địa phương mình.

Ở góc độ kinh tế - xã hội vĩ mô, đơn vị hành chính lãnh thổ là một thực thể quản lý giữ một vai trò trong kịch bản phát triển chung của cả đất nước. Mức độ quan trọng, nổi bật của từng vai trò có thể rất khác biệt. Có địa phương được coi là đầu tàu của cả nước, là động lực của một vùng, có khả năng tạo ra

một khối lượng lớn của cải vật chất và đóng góp to lớn vào việc thực hiện các chỉ tiêu phát triển kinh tế - xã hội của cả nước. Có địa phương chỉ làm tròn vai, có thể tự lo cho địa phương mình, nhưng không có khả năng góp phần gia tăng tích lũy cho quốc gia. Cũng có địa phương yếu kém về khả năng tạo ra của cải vật chất và phải dựa chủ yếu vào sự bảo bọc của chính quyền trung ương để tồn tại.

Một cách hợp lý, việc tổ chức đơn vị hành chính lãnh thổ, về phương diện xây dựng các thiết chế của chính quyền địa phương phải được thực hiện như thế nào để cho phép phát huy cao nhất tiềm năng phát triển của từng địa phương, đồng thời phục vụ tốt việc thực hiện các mục tiêu chung về phát triển quốc gia.

Có thể nhận thấy ngay, từ tư tưởng chủ đạo đó, thì giữa Chương IX của Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992 và yêu cầu xây dựng chính quyền địa phương để phục vụ cho việc thúc đẩy phát triển kinh tế - xã hội có một khoảng cách khá lớn. Nói rõ hơn, Dự thảo không phản ánh được thực tiễn sinh động về phát triển vùng miền và do đó, không chỉ ra được giải pháp tối ưu về tổ chức chính quyền địa phương như là động lực, là công cụ xây dựng, phát triển kinh tế - xã hội.

Đọc Dự thảo, người ta dễ có cảm giác

\* PGS.TS, Trường Đại học Kinh tế - Luật Đại học quốc gia TP Hồ Chí Minh

về sự hình dung diện mạo lãnh thổ hành chính quốc gia khá đơn giản, đứng hơn là khá đơn điệu: quốc gia được chia thành các tỉnh, thành phố; mỗi tỉnh hoặc thành phố có các đơn vị hành chính nhỏ hơn gọi là huyện, quận hoặc thị xã, thành phố thuộc tỉnh; mỗi đơn vị cấp nhỏ hơn ấy lại được chia thành các đơn vị nhỏ hơn nữa (đơn vị hành chính lãnh thổ cơ sở) gọi là xã, phường hoặc thị trấn. Ở mỗi cấp đơn vị hành chính lãnh thổ đều có những tên gọi cho phép liên tưởng đến những khu vực cư trú đan xen mang tính chất thành thị hoặc nông thôn.

Trong khi đó, xét cả về tiềm năng và về trình độ phát triển trên thực tế, giữa các đơn vị hành chính lãnh thổ ở cùng một cấp có thể có sự khác biệt rất lớn. Do sự khác biệt đó mà việc tổ chức chính quyền địa phương, được hiểu là giải pháp cho bài toán quản trị công nhằm phục vụ các mục tiêu phát triển kinh tế - xã hội, phải được thực hiện một cách linh hoạt với việc áp dụng nhiều mô hình đa dạng, nhằm tạo điều kiện thuận lợi nhất cho sự phát triển ổn định của từng địa phương cũng như cho việc hoàn thành vai trò của từng địa phương trong kịch bản phát triển chung.

## 2. Xây dựng giải pháp linh hoạt về tổ chức chính quyền địa phương như là biện pháp thúc đẩy phát triển kinh tế - xã hội

### 2.1. Cơ sở lý luận

Mối quan hệ giữa khả năng phát triển dựa vào nội lực và thiên hướng tự quản của đơn vị hành chính lãnh thổ. Hình dung mỗi địa phương như một con người cụ thể, có những nhu cầu riêng, lợi ích riêng để theo đuổi trong suốt quá trình tồn tại của mình. Có thể trong những giai đoạn nhất định, do đặc điểm của hoàn cảnh lịch sử cụ thể, có những nơi chón được cho là có vị trí địa lý, điều kiện giao thương thuận lợi và có tiềm năng to lớn sẽ có sức thu hút mạnh đối với

con người và do đó, có sức phát triển mạnh; các đơn vị hành chính lãnh thổ ở những nơi ấy thường có xu hướng và nhu cầu tự chủ, tự quản cao: một cách tự nhiên, một khi có ít nhiều tiềm lực vật chất, thì người ta mong muốn có điều kiện tự mình quyết định các giải pháp khai thác tiềm lực ấy theo ý mình, không lệ thuộc vào ý chí, mệnh lệnh của ai khác. Trái lại, những địa phương yếu kém về tiềm lực, theo bản năng sinh tồn, thường coi chính quyền trung ương là chỗ dựa, nơi che chắn, bảo hộ vững chắc cho sự tồn tại của mình.

**Lý thuyết pháp nhân công và tổ chức chính quyền địa phương.** Trên nguyên tắc, quy mô, cách thức tổ chức chính quyền phải được quyết định trên cơ sở phân biệt mức độ, khả năng tự chủ về kinh tế của đơn vị hành chính lãnh thổ.

Ở mức độ tự chủ cao nhất, đơn vị hành chính lãnh thổ được hiểu là một *pháp nhân công*<sup>1</sup>. Đó là một tổ chức có tư cách chủ thể độc lập, có tài sản riêng, có năng lực tự mình quản trị tài sản với các quyền năng của chủ sở hữu. Tài sản của pháp nhân công chủ yếu hình thành từ chính các nguồn lực đa dạng của địa phương, như thu thuế, lệ phí dịch vụ công, khai thác công năng kinh tế của tài sản, trong đó có các bất động sản, chủ yếu toạ lạc tại địa phương.

Dẫu sao, không thể phủ nhận một thực tế là pháp nhân không phải là con người bằng xương bằng thịt mà chỉ là một khái niệm, một hư cấu của luật để phục vụ cho việc xây dựng những quy tắc pháp lý cần thiết chi phối sự vận hành nội tại của thiết chế và việc xác lập, thực hiện những mối quan hệ giữa thiết chế với các chủ thể khác. Pháp nhân chính quyền địa phương hoá thân vào các cơ quan tạo thành bộ máy chính quyền và được nhận dạng thông qua hoạt động của các cơ quan đó.

1 Về lý thuyết pháp nhân, trong đó có pháp nhân công: xem, ví dụ: A. Weill và F. Terré, *Droit civil – Les personnes. La famille. Les incapacités*, Précis Dalloz, Paris, 1993, tr. 139 và kế tiếp.

Một cách hợp lý, mọi pháp nhân đều phải được quản trị nội tại theo cơ chế phân quyền thì mới ngăn ngừa được tình trạng lạm dụng, chuyên quyền, độc đoán của người này, người nọ ở các vị trí quyền lực trong bộ máy. Bởi đơn giản, một khi nắm giữ tài sản không phải của mình trong tay mà không bị ai kiểm soát, giám sát, không chế<sup>2</sup>, thì tự nhiên, theo sự thôi thúc của bản năng tìm kiếm lợi ích riêng, người ta sẽ dễ sa vào tình trạng suy nghĩ, hành động tùy tiện trong quá trình sử dụng tài sản.

Theo học thuyết pháp lý phương Tây, một pháp nhân kiểu mẫu vận hành dựa trên ba thiết chế<sup>3</sup>: quyết nghị (deliberating), quản lý (managing) và kiểm soát (controlling). Trong chừng mực nào đó, có nhiều nét tương đồng giữa một pháp nhân và một nhà nước dân chủ theo mô hình nhà nước tư sản. Cơ quan quyết nghị là cơ quan xây dựng, thông qua điều lệ (một kiểu hiến pháp) của pháp nhân và quyết định về những vấn đề quan trọng nhất của pháp nhân (kể cả việc chấm dứt sự tồn tại của nó). Cơ quan quản lý là người chấp hành các quyết định của cơ quan quyết nghị, điều hành công việc hàng ngày của pháp nhân và chịu trách nhiệm trước cơ quan quyết nghị về hiệu quả hoạt động của pháp nhân. Cơ quan kiểm soát kiểm tra hoạt động của cơ quan quản lý và thậm chí cả tính hợp pháp, hợp lệ của các quyết định của cơ quan quản lý và cơ quan quyết nghị. Nhờ có các quyền năng độc lập, có khả năng kiểm chế lẫn nhau, các thiết chế của pháp nhân có điều kiện thúc đẩy sự vận hành của pháp nhân một cách suôn sẻ và nhất là bảo đảm việc sử dụng, khai thác tài sản của pháp nhân, việc khuếch trương cơ nghiệp của pháp nhân được thực hiện một cách có hiệu quả.

## 2.2. *Áp dụng lý thuyết pháp nhân công trong tổ chức chính quyền địa phương*

**Tư tưởng chủ đạo.** Quy chế đơn vị hành chính lãnh thổ tự chủ, nghĩa là tư cách pháp nhân công, chỉ nên được thừa nhận cho các địa phương thực sự có tiềm năng, điều kiện phát triển bằng nội lực, qua đó, góp phần thúc đẩy sự phát triển chung của đất nước. Các đơn vị hành chính không có đủ các điều kiện ấy nên được xây dựng như các khu uỷ thác quản lý đặt dưới thẩm quyền của đơn vị hành chính cấp trên có quyền tự chủ.

Điều này nên được khẳng định ngay trong Hiến pháp. Không nên để Hiến pháp nói chung chung, rồi chuyển trách nhiệm cụ thể hoá cho một luật về tổ chức chính quyền địa phương; bởi, suy cho cùng, việc luật tổ chức quyết định địa phương nào có tư cách pháp nhân, địa phương nào không có, phải có cơ sở hiến định. Hiến pháp nên đặt ra nguyên tắc cơ bản, đúng hơn nữa là thiết lập bộ tiêu chí cơ bản (cả định tính và định lượng, nếu có thể được) về tổ chức chính quyền địa phương. Dựa vào bộ tiêu chí đó, luật tổ chức chính quyền địa phương quy định ở cấp nào và trong trường hợp nào, chính quyền địa phương có tư cách pháp nhân công.

Một trong những tiêu chí đó, thậm chí phải được coi là tiêu chí hàng đầu, là tiềm năng tạo ra của cải vật chất của địa phương. Điều quan trọng nhất là trên địa hạt của đơn vị phải có các hoạt động tạo ra nguồn thu ít nhất đủ để bù đắp chi phí quản trị của bộ máy chính quyền địa phương. Nói cách khác, đơn vị hành chính tự chủ trước hết phải là đơn vị có khả năng tự thiết lập ngân sách hoạt động bằng nội lực của địa phương mình, chứ không dựa dẫm vào bầu sữa ngân sách trung ương<sup>4</sup>.

2 Các tài sản của pháp nhân được khai thác, sử dụng, thậm chí định đoạt thông qua hành vi của những con người giữ các vị trí quản lý, điều hành. Đối với những con người ấy, tài sản của pháp nhân thực sự là tài sản của người khác.

3 Xem: G. Cornu, *Droit civil - Introduction, Les Personnes, Les Biens, Montchrestien, Paris 1990, tr.293.*

4 Cũng như đứa con đã trưởng thành và có khả năng tự lực cách sinh sống bằng thu nhập từ lao động của mình, chứ không dựa vào viện trợ của cha mẹ.



**Xác định quy mô tổ chức bộ máy tùy theo khả năng tự chủ của địa phương.** Ở góc nhìn tổ chức bộ máy, cơ chế đối trọng quyền lực giữa cơ quan quyết nghị và cơ quan quản lý được diễn dịch thành mô hình đối trọng Hội đồng nhân dân (HĐND) và Ủy ban nhân dân (UBND) hoặc Ủy ban hành chính (UBHC). Cơ chế này chỉ nên được triển khai đầy đủ tại các địa phương có đủ điều kiện đảm nhận vai trò đơn vị hành chính tự chủ. HĐND đảm nhận vai trò cơ quan quyết nghị, đồng thời giám sát hoạt động của UBND hoặc UBHC là cơ quan được giao chức năng quản lý, điều hành, bao gồm chức năng quản trị khối tài sản đặt dưới thẩm quyền của pháp nhân chính quyền địa phương. Dưới thể chế dân chủ, HĐND do nhân dân địa phương bầu ra. Bởi vậy, có thể nói HĐND là cơ quan thay mặt nhân dân địa phương giám sát, kiểm soát việc quản trị cơ nghiệp địa phương của cơ quan quản lý nhà nước. Việc cơ quan quản lý giải trình trước HĐND cũng có thể được coi là việc cơ quan này gián tiếp giải trình trước nhân dân địa phương.

Có thể thừa nhận sự thiết lập cơ chế đối trọng đó một cách đương nhiên ở cấp tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương (gọi chung là cấp tỉnh)<sup>5</sup>. Từ cấp quận, huyện xuống đến cơ sở, việc áp dụng mô hình phải được xem xét trên cơ sở thẩm định năng lực của từng đơn vị hành chính lãnh thổ. Có thể nhận thấy từ đó rằng, ngay việc phân định địa giới của các địa phương cũng nên được thực hiện dựa theo khả năng thừa nhận tư cách pháp nhân công cho địa phương: cần tìm kiếm phương án phân định địa giới cho phép có được nhiều nhất các đơn vị hành chính lãnh thổ tự chủ bền vững về phương diện kinh tế - xã hội.

Với tư cách là cơ quan quản lý nhà nước chịu trách nhiệm cao nhất ở địa phương, UBND hoặc UBHC cấp tỉnh có thể dựa vào bộ tiêu chí chung được xác định trong Hiến pháp và tình hình thực tế của địa phương, của từng khu vực trong địa phương, để xây

dựng dự thảo bản đồ địa giới hành chính trên cơ sở phân biệt đơn vị hành chính tự chủ và đơn vị hành chính không tự chủ. Dự thảo này phải được trình HĐND cùng cấp xem xét và thông qua; nhưng việc trao quy chế đơn vị hành chính lãnh thổ tự chủ phải được Quốc hội thực hiện bằng cách phê chuẩn Nghị quyết của HĐND. Điều chắc chắn là một khi tiếp nhận quy chế đơn vị hành chính lãnh thổ tự chủ, địa phương phải tự cân đối thu - chi trong quá trình hoạt động hoặc ít nhất là có thể tự cân đối sau một thời gian nhất định. Không đạt được điều này, quy chế đơn vị hành chính tự chủ có thể bị thu hồi.

Trong trường hợp đơn vị hành chính lãnh thổ không hội đủ các điều kiện cần thiết để được trao tư cách pháp nhân công, thì việc quản trị địa phương được xây dựng theo mô hình uỷ thác quản lý. Đơn vị hành chính uỷ thác quản lý không phải là một chủ thể. Nó không có tài sản riêng và do đó, không cần có đủ các thiết chế kiểm soát hỗ tương. Tất nhiên, với chức năng quản trị địa phương, chính quyền địa phương luôn phải có cơ quan quản lý; nhưng do không có tài sản riêng, nó không tổ chức ra cơ quan đại diện dân cử để thay mặt nhân dân giám sát hoạt động của cơ quan quản lý. Tài sản công ở địa phương thuộc sở hữu của pháp nhân công cấp trên. Cơ quan quản lý nhà nước ở địa phương loại này có trách nhiệm giải trình với cơ quan quyết nghị của chính quyền cấp trên về hoạt động của mình hoặc với cơ quan quản lý cấp trên.

Việc bổ nhiệm, bãi nhiệm người đứng đầu cơ quan quản lý nhà nước ở địa phương thuộc diện uỷ thác quản lý có thể thuộc thẩm quyền của cơ quan quản lý nhà nước cấp trên trực tiếp hoặc của cơ quan quyết nghị cấp trên trực tiếp đó. Cấp bổ nhiệm đồng thời có quyền xác định phạm vi quyền hạn quản lý của người được bổ nhiệm trong quá trình thực hiện chức năng quản lý nhà nước ở địa phương theo sự uỷ thác.

<sup>5</sup> Thực ra, cơ cấu đơn vị hành chính cấp tỉnh như hiện tại chưa hẳn hợp lý về phương diện bảo đảm năng lực tự chủ. Bởi trên thực tế có không ít đơn vị hành chính cấp tỉnh không có (và dường như không bao giờ có) khả năng phát triển dựa chủ yếu vào nội lực. Tuy nhiên, việc thay đổi cơ cấu đang vận hành có thể gây nhiều xáo trộn dẫn đến hệ quả tiêu cực đối với sự phát triển kinh tế - xã hội trên phạm vi cả nước.

Nâng cao hiệu quả quản lý, điều hành: cá nhân hoá trách nhiệm. Đạt hiệu quả công tác cao nhất với chi phí thấp nhất là tiêu chí số một để đánh giá một mô hình quản trị. Cách đơn giản và hợp lý nhất để thoả mãn tiêu chí này là giao một khối lượng công việc đến mức có thể cho một vị trí công tác.

Liên quan đến vị trí đứng đầu, cách làm đó tất yếu dẫn đến yêu cầu cá nhân hoá chức năng, trách nhiệm lãnh đạo<sup>6</sup>. Thiết chế quản lý, điều hành trong bộ máy chính quyền địa phương không phải là ngoại lệ. UBND hoặc UBHC, một thực thể quản lý, điều hành gồm nhiều người, chỉ nên được tổ chức ở các đơn vị hành chính lãnh thổ tự chủ. Các đơn vị hành chính lãnh thổ uỷ thác nên được

điều hành, quản lý bởi một cơ quan tinh gọn có người đứng đầu được bổ nhiệm và một số người giữ các vị trí phụ tá, giúp việc.

Đối với UBND hoặc UBHC, nguyên tắc tập trung dân chủ trong tổ chức vận hành bộ máy cũng có thể được thiết lập, nhưng nên được giới hạn phạm vi áp dụng trong quan hệ nội bộ Ủy ban hoặc nhiều lắm là trong quan hệ giữa Ủy ban và HĐND cùng cấp, chẳng hạn, trong khuôn khổ trách nhiệm giải trình. Đối với người dân cũng như trong quan hệ với cấp quản lý trung ương, người đứng đầu UBND hoặc UBHC cần được xác định là người chịu trách nhiệm về hiệu quả hoạt động quản lý, điều hành ở địa phương ■

6 Thực ra, không hẳn như người ta thường nói, trách nhiệm tập thể có nghĩa là không ai chịu trách nhiệm. Về mặt lý thuyết, trách nhiệm tập thể được quy cho tất cả các thành viên của tập thể; nhưng xử lý cả một tập thể, trong trường hợp lỗi nặng, có thể dẫn đến việc thay thế một nhóm người này bằng một nhóm người khác vào các vị trí tương ứng. Đó là việc không đơn giản, nếu không muốn nói là kỳ quặc và khó chấp nhận về phương diện hiệu quả kinh tế của giải pháp.

## NGUYÊN TẮC...

(Tiếp theo trang 23)

Ba là, kinh nghiệm của Hiến pháp 1946 và các hiến pháp dân chủ trên thế giới càng vô cùng thời sự, bởi để củng cố lòng tin đã bị xói mòn ở một bộ phận không nhỏ dân chúng thì không có con đường nào khác, thậm chí việc ghi nhận và thực hiện trên thực tế chủ quyền nhân dân còn là giải pháp duy nhất.

Có như vậy, những lời của Ông Vũ Đình Hoè, nguyên Bộ trưởng Bộ Tư pháp của Nhà nước Việt Nam thời còn non trẻ, nói khi ban hành Hiến pháp 1946, ngày nay mới trở thành hiện thực: “Hiến pháp “dân định”, chứ không phải Hiến pháp “khâm định”; không phải ai “ban” cho, mà do dân giành lấy. Hiến pháp do Quốc dân đại hội, Quốc hội ban

hành, một Quốc hội đặc biệt - Quốc hội lập hiến - chỉ sửa đổi Hiến pháp thời thì Nghị viện nhân dân còn phải hội đủ phiếu thuận của ít nhất 2/3 số đại biểu có mặt (theo Điều 70 - Hiến pháp 1946). Đồng thời trước khi ban bố, Nghị viện phải tổ chức cho toàn dân “phúc quyết”. Vì lập Hiến pháp và sửa Hiến pháp là thuộc “những việc quan hệ đến vận mệnh quốc gia” (theo Điều 32)<sup>10</sup>. Do Hiến pháp năm 1946 (thông qua ngày 09/11/1946) chưa được đưa ra nhân dân phúc quyết vì hoàn cảnh chiến tranh, nên về nguyên tắc, theo quy định tại Điều thứ 21, tuy rằng Hiến pháp 1946 có hiệu lực thực tế, nhưng chưa có hiệu lực pháp lý. Vì vậy, có thể nói rằng, hạt giống dân chủ - chủ quyền nhân dân được ươm mầm từ Hiến pháp 1946, trải qua gần 67 năm, đến Hiến pháp sửa đổi lần này, sẽ đơm hoa, kết trái ■

10 Vũ Đình Hoè, “Nội dung về một nhà nước của dân, do dân, vì dân, theo tư tưởng Hồ Chí Minh về bộ máy hành pháp” trong “Nghiên cứu tư tưởng Hồ Chí Minh về nhà nước và pháp luật”, Kỷ yếu Đề tài nghiên cứu khoa học cấp nhà nước KX-02-03, Bộ Tư pháp, Viện Nghiên cứu Khoa học pháp lý, Hà Nội, 1993, tr. 184-185.

# GÓP Ý CHƯƠNG CHÍNH QUYỀN ĐỊA PHƯƠNG

## (CHƯƠNG IX DỰ THẢO SỬA ĐỔI HIẾN PHÁP 1992)

NGUYỄN THỊ KIM THOA\*

NGUYỄN THỊ HẠNH\*

**D**ự thảo Chương IX Hiến pháp sửa đổi được xây dựng trên cơ sở đổi tên Chương IX Hiến pháp năm 1992 (Hội đồng nhân dân - HĐND và Ủy ban nhân dân - UBND). Dự thảo quy định một cách tổng quát về phân chia đơn vị hành chính lãnh thổ, còn những vấn đề về tổ chức, thẩm quyền của từng cấp chính quyền địa phương sẽ do luật định.

Quy định về đơn vị hành chính lãnh thổ hiện giữ nguyên như Điều 118 Hiến pháp năm 1992, đồng thời, để tạo cơ sở hiến định cho việc đổi mới tổ chức chính quyền địa phương, Dự thảo không quy định cụ thể về tổ chức, nhiệm vụ, quyền hạn của mỗi cấp chính quyền địa phương mà quy định theo hướng: “Việc thành lập HĐND và UBND ở các đơn vị hành chính lãnh thổ do luật định phù hợp với đặc điểm của từng đơn vị hành chính lãnh thổ và phân cấp quản lý” (khoản 2 Điều 115).

Về địa vị pháp lý và chức năng, nhiệm vụ của chính quyền địa phương, Dự thảo tiếp tục khẳng định HĐND là cơ quan quyền lực nhà nước ở địa phương; quyết định các biện pháp bảo đảm thi hành Hiến pháp và pháp luật ở địa phương, các vấn đề quan trọng của địa phương và giám sát hoạt động của các cơ quan nhà nước ở địa phương. UBND là cơ quan chấp hành của HĐND, cơ quan hành chính nhà nước ở địa phương (Điều 116).

Tuy nhiên, có một số vấn đề sau đây đề nghị cần được nghiên cứu để hoàn thiện hơn Chương Chính quyền địa phương.

### **1. Nguyên tắc phân công quyền lực (theo chiều ngang) giữa trung ương và địa phương**

Việc đổi tên Chương thành “Chính quyền địa phương” là cần thiết nhằm làm rõ tính chất của hệ thống cơ quan ở địa phương

\* TS, Vụ Pháp luật Hình sự-Hành chính, Bộ Tư pháp

\*\* ThS, Vụ Pháp luật Hình sự-Hành chính, Bộ Tư pháp

trong mối quan hệ với trung ương, thể hiện tính gắn kết, mối quan hệ chặt chẽ giữa HĐND, UBND trong chính thể của chính quyền địa phương.

Dự thảo quy định theo hướng không quy định quá chi tiết về nhiệm vụ của chính quyền địa phương các cấp mà để luật quy định cụ thể *cũng là phù hợp* nhằm cụ thể hóa các nhiệm vụ cần phải phân công, phân cấp giữa trung ương và địa phương, giữa các cấp chính quyền địa phương với nhau để có thể “phát huy vai trò tự chủ, tự chịu trách nhiệm của địa phương” (theo tinh thần Báo cáo tổng kết việc thi hành Hiến pháp năm 1992 của Ủy ban dự thảo sửa đổi Hiến pháp năm 1992).

Tuy nhiên, Dự thảo chưa thể hiện rõ và *chưa quy định nguyên tắc* thực hiện phân quyền, phân cấp giữa chính quyền trung ương và chính quyền địa phương (hoặc đặt vấn đề tự quản địa phương) nhằm giải quyết những bất cập hiện nay trong việc phân cấp giữa trung ương và địa phương, giữa các cấp chính quyền địa phương với nhau<sup>1</sup>, đáp ứng được yêu cầu phân cấp hợp lý cho chính quyền địa phương, bảo đảm quyền tự chủ và tự chịu trách nhiệm trong việc quyết định và tổ chức thực hiện những chính sách trong phạm vi được phân cấp của chính quyền địa phương theo tinh thần văn kiện Đại hội Đảng XI; đồng thời quy định các điều kiện bảo đảm thực hiện (ví dụ về ngân sách). Do đó, vẫn chưa có cơ sở hiến định vững chắc để thực hiện đổi mới tổ chức và hoạt động của chính quyền địa phương, làm cơ sở cho việc sửa đổi Luật Tổ chức HĐND, UBND.

## 2. Mối quan hệ giữa các cơ quan trung ương với chính quyền địa phương

Dự thảo chưa xác định hợp lý *mối quan hệ giữa các thiết chế hiến định ở trung ương với các cơ quan chính quyền địa phương* theo hướng bảo đảm sự điều hành thông

suốt của nền hành chính quốc gia theo Hiến pháp và pháp luật, khắc phục các bất cập từ quy định của Hiến pháp hiện hành. Một trong những bất cập hiện nay là hoạt động của HĐND chịu sự hướng dẫn, kiểm tra, giám sát của đồng thời hai cơ quan là Ủy ban thường vụ Quốc hội (UBTVQH) và Chính phủ.

Chính quyền địa phương có chức năng quan trọng nhất là tổ chức thi hành Hiến pháp, pháp luật tại địa phương, trong đó HĐND với tư cách là cơ quan đại diện của nhân dân địa phương phải chịu trách nhiệm cao nhất về việc thực hiện nhiệm vụ này.

Vì vậy, HĐND cùng với cơ quan hành chính ở địa phương phải thuộc hệ thống cơ quan chấp hành, hành chính quốc gia, phải chịu sự quản lý, điều hành thống nhất của Chính phủ, sự kiểm tra và xử lý vi phạm về mặt hành chính của Chính phủ. Theo đó, thẩm quyền bãi bỏ các nghị quyết sai trái của HĐND cấp tỉnh, giải tán HĐND cấp tỉnh khi làm thiệt hại nghiêm trọng đến lợi ích của nhân dân phải giao cho Chính phủ thay vì UBTVQH; đồng thời, Chính phủ chịu trách nhiệm hướng dẫn, kiểm tra hoạt động của HĐND chứ không phải UBTVQH.

Với việc sửa đổi thành tên “chính quyền địa phương” trong Dự thảo, với việc xác định rõ vị trí của Chính phủ là cơ quan thực hiện quyền hành pháp, khoản 6 Điều 79 Dự thảo về nhiệm vụ của UBTVQH (hướng dẫn và giám sát hoạt động của HĐND; bãi bỏ các nghị quyết sai trái của HĐND tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương; giải tán HĐND tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương làm thiệt hại nghiêm trọng đến lợi ích của nhân dân) cần được chuyển sang cho Chính phủ thực hiện để đảm bảo sự quản lý, điều hành thông suốt của hệ thống hành chính nhà nước.

1 Thực tiễn tổng kết thi hành Hiến pháp cho thấy, do Hiến pháp chưa quy định rõ nguyên tắc phân cấp nên dẫn đến tình trạng phân cấp khi thì chặt chẽ, khi lại lỏng lẻo, chưa theo những nguyên tắc và tiêu chí thống nhất mà hệ lụy là có sự trùng lặp về việc phân cấp nhiệm vụ giữa chính quyền địa phương và các cơ quan trung ương.



### 3. Địa vị pháp lý của các cấp chính quyền địa phương và các cơ quan chính quyền địa phương

Quy định về vị trí của HĐND là “cơ quan quyền lực nhà nước ở địa phương” chưa phù hợp với tính chất, nhiệm vụ của HĐND<sup>2</sup>.

Như đã nêu ở trên, chính quyền địa phương có chức năng quan trọng nhất là tổ chức thi hành Hiến pháp, pháp luật tại địa phương, theo đó, HĐND không phải là cơ quan quyền lực nhà nước ở địa phương mà thuộc hệ thống cơ quan chấp hành, hành chính quốc gia, phải chịu sự quản lý thống nhất của Chính phủ, sự kiểm tra và xử lý vi phạm về mặt hành chính của Chính phủ (Báo cáo của Chính phủ về tổng kết thi hành Hiến pháp năm 1992 cũng đã phân tích rõ bất cập của việc phân định không rõ, chòng chẹo giữa nhiệm vụ “giám sát và hướng dẫn hoạt động” của UBND và “hướng dẫn, kiểm tra, tạo điều kiện” của Chính phủ đối với hoạt động của HĐND). Điều này cũng phù hợp, thống nhất với nội dung của Điều 6 Dự thảo theo tinh thần là các cơ quan trong hệ thống bộ máy nhà nước đều là các cơ quan thực thi quyền lực nhà nước mà không chỉ có các cơ quan đại diện trực tiếp là Quốc hội và HĐND.

### 4. Tổ chức chính quyền địa phương các cấp

Quy định của Dự thảo chưa đảm bảo cơ sở hiến định cho việc đổi mới tổ chức chính

quyền địa phương (ví dụ: tổ chức và hoạt động của chính quyền địa phương cần theo hướng tinh gọn, giảm tầng nấc, đảm bảo sự phù hợp về tổ chức của từng cấp chính quyền và đặc thù đô thị, nông thôn<sup>3</sup>) để giải quyết những vướng mắc, bất cập trong tổ chức và hoạt động của chính quyền địa phương hiện nay<sup>4</sup>.

Điều 115 Dự thảo cần quy định theo hướng xác định rõ các cấp tổ chức chính quyền địa phương mà không phải phân chia đơn vị hành chính lãnh thổ.

Bên cạnh đó, cần thiết bổ sung quy định “việc thành lập mới, chia tách đơn vị hành chính lãnh thổ phải căn cứ vào các tiêu chí, trình tự, thủ tục luật định” để làm cơ sở cho việc quy định cụ thể về vấn đề này tại luật và khắc phục những bất cập hiện nay trong vấn đề chia tách các đơn vị hành chính lãnh thổ<sup>5</sup>; đồng thời cần bổ sung quy định về việc tổ chức các đơn vị hành chính - kinh tế đặc biệt do luật định để bảo đảm thẩm quyền của Quốc hội trong việc ban hành quy chế cho các đơn vị hành chính này.

### 5. Nhiệm vụ và nguyên tắc hoạt động của các cơ quan chính quyền địa phương

Dự thảo đã thể hiện được đầy đủ và khái quát ở tầm Hiến pháp các nhiệm vụ cơ bản của HĐND để làm cơ sở cho việc luật định các nhiệm vụ cụ thể của các cơ quan này, xác định rõ nhiệm vụ của HĐND trong

(Xem tiếp trang 44)

- 2 Thực tiễn cho thấy, cách quy định này đã tạo ra sự nhận thức không thống nhất về địa vị pháp lý và mối quan hệ giữa HĐND và UBND với các cơ quan nhà nước khác. HĐND dù ở cấp nào đều chỉ là cơ quan thực hiện chức năng, thẩm quyền của mình trên cơ sở Hiến pháp, luật và các văn bản pháp luật của các cơ quan nhà nước cấp trên; là cơ quan ban hành các biện pháp để thực thi thẩm quyền, tổ chức thi hành pháp luật trong phạm vi hành chính lãnh thổ. Do đó, HĐND thực chất phải thuộc hệ thống hành pháp. Tuy nhiên, trên thực tế HĐND vẫn được coi như là cánh tay nối dài của cơ quan lập pháp (Quốc hội). Từ đó, Chính phủ gặp khó khăn trong việc bảo đảm nền hành chính thống nhất, thông suốt trong việc chỉ đạo, đôn đốc HĐND thực hiện các quy định, chính sách do Chính phủ ban hành hoặc quy định cụ thể nhiệm vụ cho HĐND khi được luật ủy quyền quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành.
- 3 Báo cáo chính trị Đại hội Đảng XI đã nêu ra yêu cầu: “nghiên cứu tổ chức, thẩm quyền của chính quyền ở nông thôn, đô thị, hải đảo”.
- 4 Ví dụ: Qua tổng kết thực tiễn cho thấy, việc tổ chức thành 3 cấp chính quyền địa phương (tỉnh, huyện, xã) giống nhau không tạo được sự chủ động cho chính quyền địa phương trong việc điều hành, nhiều cơ quan trung gian làm cho bộ máy công kênh, không năng động, sáng tạo, hoạt động thiếu hiệu quả, không rõ chức năng của từng cấp chính quyền. Mô hình tổ chức chính quyền địa phương hiện nay cũng được đánh giá là rập khuôn, máy móc, rập khuôn về tổ chức và rập khuôn về nhiệm vụ nên dẫn đến thiếu linh hoạt trong việc giải quyết các vấn đề thực tế.
- 5 Việc điều chỉnh địa giới hành chính trong thời gian qua đã dẫn đến việc thành lập quá nhiều đơn vị hành chính mới (ví dụ từ năm 2001-2010, cấp xã tăng thêm 611 đơn vị).

# TỔ CHỨC ĐƠN VỊ HÀNH CHÍNH LÃNH THỔ THEO DỰ THẢO SỬA ĐỔI HIẾN PHÁP 1992

NGUYỄN NGỌC TOÁN\*

## 1. Tổ chức đơn vị hành chính lãnh thổ trong Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992 so với các bản Hiến pháp trước đây của nước ta

Việc quy định nội dung về đơn vị hành chính lãnh thổ (ĐVHCLT) trong mỗi Hiến pháp dù có khác nhau về phương thức thể hiện nhưng về cơ bản đều được coi là công việc trọng đại của quốc gia<sup>1</sup> và có một số điểm chung là: nhằm mục đích thiết lập cơ

quan quản lý trong mỗi ĐVHCLT, phân định lãnh thổ quốc gia thành những ĐVHCLT cụ thể nào, ấn định nguyên tắc chung nhất về việc tổ chức cơ quan quản lý tại các ĐVHCLT được phân định.

Quy định ĐVHCLT như Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992 có thể so với các bản Hiến pháp trước đây của Việt Nam qua bảng sau:

Quy định	Hiến pháp 1946	Hiến pháp 1959	Hiến pháp 1980	Hiến pháp 1992	Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992
<b>Quyền của Quốc hội và của Ủy ban Thường vụ Quốc hội.</b>	Không quy định.	<b>Điều 50, khoản 14.</b> Phê chuẩn việc phân vạch địa giới tỉnh, khu tự trị và thành phố trực thuộc ương.	<b>Điều 83, khoản 11.</b> Quyết định việc phân vạch địa giới các tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương và các đơn vị hành chính tương đương.	<b>Điều 84 khoản 8.</b> Quyết định ... thành lập mới, nhập, chia, điều chỉnh địa giới tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương; thành lập hoặc giải thể đơn vị hành chính – kinh tế đặc biệt;	<b>Điều 75 (sửa đổi, bổ sung Điều 84) khoản 9.</b> ... thành lập mới, nhập, chia, điều chỉnh địa giới hành chính tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương; thành lập hoặc giải thể đơn vị hành chính - kinh tế đặc biệt; <b>Điều 79 (sửa đổi, bổ sung Điều 91)</b> Ủy ban Thường vụ Quốc hội ... 7. Quyết định thành lập mới, nhập, chia, điều chỉnh địa giới ĐVHC dưới tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương;

\* **ThS, GVC. Học viện Hành chính cơ sở TP.HCM.**

<sup>1</sup> Nguyễn Cửu Việt, *Tổ chức ĐVHC – lãnh thổ: cơ sở của cải cách hành chính địa phương*, Tạp chí KHPL Số 2 (57) năm 2010, Trường Đại học Luật TP.HCM.

Quy định	Hiến pháp 1946	Hiến pháp 1959	Hiến pháp 1980	Hiến pháp 1992	Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992
<b>Quyền của Chính phủ.</b>	Không quy định.	<b>Điều 74 khoản 13.</b> Phê chuẩn sự phân vạch địa giới của các đơn vị hành chính dưới cấp tỉnh.	<b>Điều 107 khoản 26.</b> Quyết định việc phân vạch địa giới các ĐVHC dưới cấp tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương và đơn vị hành chính tương đương.	<b>Điều 112 khoản 10.</b> Quyết định điều chỉnh địa giới các đơn vị hành chính dưới cấp tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương.	<b>Điều 101 (sửa đổi, bổ sung Điều 112) khoản 2.</b> ...; trình Quốc hội, Ủy ban Thường vụ Quốc hội thành lập mới, nhập, chia, điều chỉnh địa giới hành chính các ĐVHCLT;
<b>Các ĐVHC cụ thể.</b>	<b>Điều thứ 57.</b> Nước Việt Nam về phương diện hành chính <b>gồm có</b> ba bộ: Bắc, Trung, Nam. Mỗi bộ chia thành tỉnh, mỗi tỉnh chia thành huyện, mỗi huyện chia thành xã.	<b>Điều 78:</b> Các đơn vị hành chính trong nước Việt Nam dân chủ cộng hòa <b>phân định như sau:</b> Nước chia thành tỉnh, khu tự trị, thành phố trực thuộc trung ương; Tỉnh chia thành huyện, thành phố, thị xã; Huyện chia thành xã, thị trấn. Các đơn vị hành chính trong khu vực tự trị do luật định.	<b>Điều 113.</b> Các đơn vị hành chính của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam <b>được phân định như sau:</b> Nước chia thành tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương và đơn vị hành chính tương đương; Tỉnh chia thành huyện, thành phố thuộc tỉnh và thị xã; thành phố trực thuộc trung ương chia thành quận, huyện và thị xã; Huyện chia thành xã và thị trấn; thành phố thuộc tỉnh và thị xã chia thành phường và xã; quận chia thành phường.	<b>Điều 118.</b> Các đơn vị hành chính của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam <b>được phân định như sau:</b> Nước chia thành tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương; Tỉnh chia thành huyện, thành phố thuộc tỉnh và thị xã; thành phố trực thuộc trung ương chia thành quận, huyện và thị xã; Huyện chia thành xã, thị trấn; thành phố thuộc tỉnh và thị xã chia thành phường và xã; quận chia thành phường.	<b>Điều 115 (sửa đổi, bổ sung Điều 118) khoản 1.</b> Các ĐVHCLT của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam <b>được phân định như sau:</b> Nước chia thành tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương; Tỉnh chia thành huyện, thành phố thuộc tỉnh và thị xã; thành phố trực thuộc Trung ương chia thành quận, huyện và thị xã; Huyện chia thành xã, thị trấn; thành phố thuộc tỉnh, thị xã chia thành phường, xã; quận chia thành phường.
<b>Nguyên tắc thiết lập Hội đồng nhân dân và Ủy ban nhân dân.</b>	<b>Điều thứ 58.</b> Ở tỉnh, thành phố, thị xã và xã có Hội đồng nhân dân do đầu phiếu phổ thông và trực tiếp bầu ra. Hội đồng nhân dân tỉnh, thành phố, thị xã hay xã cử ra ủy ban hành chính. Ở bộ và huyện chỉ có Ủy ban hành chính. Ủy ban hành chính bộ do Hội đồng các tỉnh và thành phố bầu ra. Ủy ban hành chính huyện do Hội đồng các xã bầu ra.	<b>Điều 79.</b> Các đơn vị hành chính kể trên đều thành lập Hội đồng nhân dân và Ủy ban hành chính. Các thành phố có thể chia thành khu phố có Hội đồng nhân dân và Ủy ban hành chính theo quyết định của Hội đồng Chính phủ.	<b>Điều 113 (tiếp)</b> Các đơn vị hành chính kể trên đều thành lập Hội đồng nhân dân và Ủy ban nhân dân.	<b>Điều 118 (tiếp)</b> Việc thành lập Hội đồng nhân dân và Ủy ban nhân dân ở các đơn vị hành chính do luật định.	<b>Điều 115 (sửa đổi, bổ sung Điều 118 ) khoản 2.</b> Việc thành lập Hội đồng Nhân dân và Ủy ban nhân dân ở các ĐVHCLT do luật định phù hợp với đặc điểm của từng ĐVHCLT và phân cấp quản lý.

### 2. Một số nhận xét

Qua bảng so sánh trên, chúng tôi có một số nhận xét về tổ chức ĐVHCLT trong Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992 so với các Hiến pháp nước ta trước đây như sau:

*Thứ nhất*, về mục đích ấn định các ĐVHCLT là để tổ chức Hội đồng nhân dân (HĐND) và Ủy ban nhân dân (UBND).

Mọi bản hiến pháp khi phân chia lãnh thổ quốc gia thành các ĐVHCLT là nhằm mục đích để thiết lập các cơ quan quản lý nhà nước tương ứng trong từng đơn vị đó. Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992 và các Hiến pháp trước đây của Việt Nam đều thống nhất mục đích của việc phân định ĐVHCLT như trên.

Điểm khác nhau giữa các hiến pháp là, sau khi phân định các ĐVHCLT, việc thiết lập cơ quan quản lý nhà nước trong từng đơn vị đó theo nguyên tắc nào thì có sự khác nhau. Về lý thuyết cũng như thực tiễn ở Việt Nam, cơ quan quản lý nhà nước tại các đơn vị hành chính (ĐVHC) là HĐND và UBND (Ủy ban hành chính, theo Hiến pháp 1946). Việc thiết lập HĐND và UBND, do tầm quan trọng của vấn đề, ở ĐVHC nào, về nguyên tắc, phải được ấn định ngay trong Hiến pháp, nhưng:

- Hiến pháp 1946: chỉ rõ đơn vị tỉnh, xã có HĐND, UBND; đơn vị bộ, huyện không có HĐND mà chỉ có Ủy ban hành chính (UBHC). Như vậy, theo Hiến pháp 1946, không phải mọi loại ĐVHC đều có HĐND, nhưng đã là ĐVHC thì phải có UBHC.

- Hiến pháp 1959, Hiến pháp 1980: ấn định tất cả các ĐVHC đều có HĐND và UBND.

- Hiến pháp 1992: ấn định nguyên tắc việc thiết lập HĐND và UBND do luật định. So với các bản Hiến pháp khác của nước ta và nhiều bản Hiến pháp của các quốc gia

hiện nay thì việc chuyển cho luật quy định việc thành lập HĐND và UBND là mới mẻ và theo nhiều ý kiến cho là *không nên*<sup>2</sup>. Tuy nhiên, trong điều kiện Quốc hội lập hiến như của chúng ta, việc thiết lập HĐND và UBND bằng một đạo luật cũng do chính Quốc hội ban hành thì khả năng tạo ra sự khác biệt là rất thấp. Nhưng dấu sao, tuyên bố chính thức và trang trọng trong bản hiến pháp về việc ấn định nguyên tắc tổng quan của việc thiết lập HĐND và UBND tại các ĐVHCLT là lựa chọn đúng đắn.

- Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992: giống Hiến pháp 1992 hiện hành (do luật định) và bổ sung thêm đoạn “phù hợp với đặc điểm của từng ĐVHCLT và phân cấp quản lý”. Chúng tôi cho rằng, Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992 đã có sự kế thừa Hiến pháp 1992 hiện hành, đồng thời có sự phát triển và quán triệt quan điểm của Đảng ta về đổi mới tổ chức chính quyền địa phương được nêu trong Văn kiện Đại hội Đại biểu toàn quốc lần thứ XI của Đảng là “Nghiên cứu tổ chức, thẩm quyền của chính quyền nông thôn, đô thị, hải đảo”<sup>3</sup>. Tuy nhiên, cụm từ “đặc điểm” có nghĩa là gì thì chưa được Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992 đề cập, chúng ta tự ngầm hiểu với nhau đó là đặc điểm kinh tế, xã hội, an ninh, quốc phòng... hay nên cụ thể hơn. Đó cũng là cơ sở để ràng buộc Luật Tổ chức HĐND và UBND cụ thể hóa sau này cho phù hợp với tinh thần của Hiến pháp. Vấn đề còn băn khoăn là liệu đơn vị nào có HĐND và UBND, đơn vị nào chỉ có UBND cũng chưa được cụ thể.

*Thứ hai*, về các loại ĐVHC.

Các bản hiến pháp không thể hoàn toàn tự đưa ra các loại ĐVHC cụ thể nào mà phải cân nhắc tình hình thực tế của đất nước, đảm bảo sự ổn định, kế thừa, liên tục và thông suốt của quản trị quốc gia cũng như các điều

2 Trương Đắc Linh, *Mô hình tổ chức chính quyền địa phương: sự phát triển qua bốn bản Hiến pháp và vấn đề đổi mới in trong sách: "Phát huy những giá trị lịch sử, chính trị, pháp lý của Hiến pháp năm 1946 trong sự nghiệp đổi mới ở nước ta"*, Nxb. CTQG, Hà Nội, 2009.

3 Đảng Cộng sản Việt Nam, *Văn kiện Đại hội Đại biểu toàn quốc lần thứ XI*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2011, tr.251.



kiện khác về khách quan, chủ quan, năng lực quản lý của nhà nước và của địa phương để phân định lãnh thổ thành các ĐVHCLT cụ thể. Theo đó, Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992 và các bản hiến pháp trước đây của nước ta cũng phân định các ĐVHC không nằm ngoài khung cảnh chung nói trên, cụ thể các ĐVHC như sau:

- Hiến pháp 1946: gồm có ba bộ<sup>4</sup>: Bắc, Trung, Nam. Mỗi bộ chia thành tỉnh, mỗi tỉnh chia thành huyện, mỗi huyện chia thành xã; ngoài ra, theo “Điều thứ 58. Ở tỉnh, thành phố, thị xã” như vậy Hiến pháp 1946 đã phân định nước ta thành 4 loại ĐVHC là bộ, tỉnh, huyện, xã và còn có thêm thành phố và thị xã.

- Hiến pháp 1959: Nước chia thành tỉnh, khu tự trị, thành phố trực thuộc trung ương; Tỉnh chia thành huyện, thành phố, thị xã; Huyện chia thành xã, thị trấn. Các ĐVHC trong khu vực tự trị do luật định.

- Hiến pháp 1980: Nước chia thành tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương và ĐVHC tương đương; Tỉnh chia thành huyện, thành phố thuộc tỉnh và thị xã; thành phố trực thuộc trung ương chia thành quận, huyện, và thị xã; Huyện chia thành xã và thị trấn; thành phố thuộc tỉnh và thị xã chia thành phường và xã; quận chia thành phường.

- Hiến pháp 1992: Nước chia thành tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương; Tỉnh chia thành huyện, thành phố thuộc tỉnh và thị xã; thành phố trực thuộc trung ương chia thành quận, huyện, và thị xã; Huyện chia thành xã, thị trấn; thành phố thuộc tỉnh và thị xã chia thành phường và xã; quận chia thành phường.

Tất cả các bản hiến pháp đều nêu cụ thể các ĐVHCLT của nước ta, riêng Hiến pháp 1980 ở cấp tỉnh có thêm đoạn “ĐVHC tương đương”, thực tế đó là ĐVHC Đặc khu mà sau đó chúng ta không tổ chức nữa nên

Hiến pháp 1992 đã không còn đoạn “ĐVHC tương đương” như Hiến pháp 1980 nữa.

- Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992: Nước chia thành tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương; Tỉnh chia thành huyện, thành phố thuộc tỉnh và thị xã; thành phố trực thuộc trung ương chia thành quận, huyện và thị xã; Huyện chia thành xã, thị trấn; thành phố thuộc tỉnh, thị xã chia thành phường, xã; quận chia thành phường.

Như vậy, Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992 đã kế thừa toàn bộ các ĐVHC trong Hiến pháp 1992. Điều này, như đã nói trên, cho thấy Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992 đã rất chú ý đến việc đảm bảo tính ổn định, kế thừa, liên tục và thông suốt của hệ thống hành chính và khẳng định các cấp hành chính địa phương của nước ta là vẫn giữ 3 cấp như hiện nay.

Tuy nhiên, nếu kết nối khoản 1 và khoản 2 của Điều 115 Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992, khả năng tạo ra sự khác biệt trong việc tổ chức HĐND và UBND ở các ĐVHC là chưa chắc chắn<sup>5</sup>. Mặt khác, nhu cầu thành lập các ĐVHC - kinh tế đặc biệt được đặt ra hiện nay chưa được mở lối ngay trong bản thân điều khoản (Điều 115 Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992) về phân định ĐVHCLT. Một số bản hiến pháp của các nước như của Pháp, Trung Quốc... hoặc như Hiến pháp 1980 của nước ta còn có những ĐVHC khác.

Nếu giữ nguyên như Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992 thì trong tương lai, nếu chúng ta thành lập các ĐVHC - kinh tế đặc biệt thì đó là những ĐVHC chưa được nêu trong Hiến pháp. Tuy vậy, trong điều khoản về nhiệm vụ, quyền hạn của Quốc hội trong Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992 (theo bảng trên) quy định Quốc hội có quyền quyết định thành lập ĐVHC - kinh tế đặc biệt, vậy nếu đã chấp nhận đây là một quyền riêng của

4 Bộ là ĐVHC được kế thừa từ Kỳ dưới thời Pháp thuộc, Xem thêm: Trương Đắc Linh, bài đã dẫn (3).

5 Nhưng chúng ta tin là sẽ có vì Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992 có thêm đoạn “phù hợp với đặc điểm của từng ĐVHCLT và phân cấp quản lý” như đã nói trên.

Quốc hội thì trong hệ thống các ĐVHCLT phải được nêu tên.

*Thứ ba*, về thẩm quyền các cơ quan nhà nước có liên quan đến tổ chức ĐVHCLT.

Theo bảng thống kê trên, chỉ có Hiến pháp 1946 là không quy định việc quyết định thành lập, phân vạch, điều chỉnh, chia, tách... ĐVHC cho bất kỳ cơ quan nhà nước nào. Các Hiến pháp 1959, 1980, 1992 đều có quy định cho Quốc hội (đối với cấp tỉnh) và Chính phủ (đối với cấp dưới tỉnh) có quyền có liên quan đến công việc tổ chức ĐVHCLT.

Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992 về cơ bản có kế thừa các Hiến pháp 1959, 1980, 1992 về vấn đề này nhưng có một sự thay đổi đáng chú ý đó là thẩm quyền của Chính phủ theo như Hiến pháp 1992 thì nay được chuyển cho Ủy ban Thường vụ Quốc hội và thay vào đó là Chính phủ chỉ có quyền “trình Quốc hội, Ủy ban Thường vụ Quốc hội thành lập mới, nhập, chia, điều chỉnh địa giới hành chính các ĐVHCLT”. Về điểm này chúng tôi cho rằng, đã có một sự thay đổi đáng trân trọng, như đã phân tích trên, công việc tổ chức ĐVHCLT là việc hệ trọng và mang tính hiến định, việc thay đổi các ĐVHCLT thường rất hao tổn năng lượng quốc gia và ảnh hưởng đến tâm tư, tình cảm, đời sống của nhân dân và công việc quản trị quốc gia. Do vậy, thẩm quyền quyết định phải thuộc về phía cơ quan đại diện của nhân dân (mà lẽ ra nên là Quốc hội), còn thủ tục thực hiện thì Chính phủ là người thừa hành là hợp lý. Tuy nhiên, vấn đề ở chỗ là các căn cứ, tiêu chí phân loại, trường hợp nào thì được thay đổi ĐVHC... phải được minh bạch bằng đạo luật<sup>6</sup> thì điều khoản về thẩm quyền nói trên mới có giá trị.

*Thứ tư*, về tính đa dạng của các ĐVHC trong cả nước.

Như đã nói, mục đích chính của việc phân chia ĐVHCLT là nhằm thiết lập các cơ quan quản lý tại các ĐVHCLT đó cho phù hợp. Cho đến nay, chế độ tự quản (đầy đủ hay chưa đầy đủ) mà các quốc gia khắp thế giới đang thực hiện được xem như là chiến lược cho các nước đang phát triển và coi như là xu hướng chung trong tương lai của nền quản trị quốc gia dân chủ<sup>7</sup>. Với mô hình tổ chức cơ quan quản lý như vậy, có thể nói, mỗi ĐVHC có cơ quan quản lý với tổ chức và thẩm quyền đa dạng phù hợp với đặc điểm kinh tế, xã hội tại địa phương và đây chính là sự đa dạng nhất của các ĐVHCLT trong một quốc gia.

Trong bảng so sánh trên, trong các Hiến pháp đã ban hành có thể nói Hiến pháp 1980 có khả năng tạo ra sự đa dạng về ĐVHCLT nhất, ngay trong bản Hiến pháp với đoạn “ĐVHC tương đương” (dù rằng chỉ ở cấp tỉnh) nhưng tiếc rằng trong thực tế chúng ta chưa cụ thể hóa tinh thần này được nhiều.

Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992 cho thấy hứa hẹn khả năng đa dạng hóa các ĐVHCLT ở mức độ cao nhất so với bốn bản Hiến pháp của nước ta trước đó vì Dự thảo đã ấn định nguyên tắc “Việc thành lập HĐND và UBND ở các ĐVHCLT do luật định phù hợp với đặc điểm của từng ĐVHCLT và phân cấp quản lý”.

*Thứ năm*, Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992 vẫn còn bỏ ngỏ việc tổ chức ĐVHCLT phải do luật định.

Thực tiễn cho thấy việc chia tách, sáp nhập ĐVHCLT của nước ta thời gian qua ở các cấp diễn ra rất phổ biến nên đã có lúc dẫn đến hoặc làm gia tăng đầu mỗi ĐVHC và vì vậy làm gia tăng tổ chức bộ máy, biên chế công chức và tài chính công... hoặc hao tổn rất nhiều “năng lượng” quốc gia để làm việc này... dẫn tới suy giảm hiệu quả quản

6 Xem thêm: Nguyễn Thị Phương Nga, Về phân cấp chính quyền địa phương tại Cộng hòa Liên bang Đức, Tạp chí Quản lý nhà nước số 129 (10/2006), Học viện Hành chính quốc gia.

7 Xem thêm: Đào Trí Úc, Quản trị địa phương từ góc độ so sánh trong quá trình sửa đổi Hiến pháp năm 1992 ở Việt Nam, Tạp chí Nhà nước và pháp luật, Số 9(293) 2012, Viện Nhà nước và pháp luật, Viện Khoa học xã hội Việt Nam.

lý nhà nước nói chung và cải cách hành chính hiện nay. Có nhiều nguyên nhân dẫn đến thực trạng này, trong đó có nguyên nhân là việc phân loại và căn cứ, thủ tục của việc chia tách, sáp nhập ĐVHC<sup>8</sup> chưa được minh bạch và thuyết phục về hiệu quả quản lý. Nhìn chung, xu hướng chung là phải đảm bảo tính ổn định của các ĐVHCLT, hạn chế tối đa việc chia tách ĐVHCLT, thậm chí nếu được thì cấm luôn việc chia tách ĐVHCLT đã được Hiến pháp ấn định, nhất là đối với cấp xã<sup>9</sup>.

*Thứ sáu*, về tên gọi “ĐVHCLT”.

Trước đây chúng ta quy định ĐVHCLT trong Hiến pháp được dùng với tên gọi khác nhau nhưng về cơ bản đều gọi chung là ĐVHC có thể đã tạo nên tâm lý đánh đồng, cào bằng các ĐVHC với nhau từ đó dẫn tới hệ quả thiết kế các cơ quan quản lý hầu như giống nhau về tổ chức, thẩm quyền và bị coi là bất hợp lý.

Chúng tôi đồng ý với Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992 về tên gọi ĐVHCLT<sup>10</sup>, vì sẽ giúp chúng ta lưu ý tới khía cạnh đặc thù của từng khu vực lãnh thổ về tự nhiên, kinh tế, xã hội, tiềm năng phát triển... để cân nhắc thiết lập cơ quan quản lý có tổ chức và thẩm quyền cho phù hợp, tránh “đánh đồng” các ĐVHCLT.

Nhìn chung, so với các bản Hiến pháp trước đây của Việt Nam, Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992 quy định về tổ chức ĐVHCLT có nhiều điểm tiến bộ hơn, tuy vậy qua quan sát và bình luận trên cho thấy cũng còn có những điểm cần cân nhắc thêm.

### **3. Một số kiến nghị**

Nhằm góp phần hoàn thiện Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992 về tổ chức ĐVHCLT, chúng tôi kiến nghị:

*Một là*, bổ sung loại ĐVHC - kinh tế đặc biệt vào điều khoản về phân định ĐVHCLT. Có thể chọn một trong hai cách sau: (i) viết thẳng vào Điều 115 của Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992 hoặc (ii) quy định là ĐVHC khác (còn cụ thể tên gì thì chuyên cho luật định).

*Hai là*, ấn định nguyên tắc việc tổ chức (thành lập mới, chia, nhập...) ĐVHCLT do luật định. Có thể bổ sung nội dung này thành khoản 2 Điều 115 và chuyển khoản 2 thành khoản 3 của Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992.

Theo đó, trong tương lai, các việc phân loại, lập mới, chia, nhập... các ĐVHC trong các văn bản pháp luật hiện hành phải pháp điển hóa thành đạo luật.

*Ba là*, quy định thẩm quyền quyết định việc thay đổi các ĐVHCLT dưới cấp tỉnh là thuộc Quốc hội. Có thể (i) chuyển quyền của Ủy ban Thường vụ Quốc hội tại khoản 7 Điều 79 Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992 cho Quốc hội hoặc (ii) trước mắt giữ nguyên như Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992 nhưng bổ sung thêm ý Ủy ban Thường vụ Quốc hội phải báo cáo và giải trình trước Quốc hội trong phiên họp gần nhất về những trường hợp đã quyết định.

*Bốn là*, bổ sung từ “lãnh thổ” sau từ “ĐVHC...” tại Điều 79 khoản 7 của Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992 cho nhất quán, vì tất cả các điều khoản có liên quan đến ĐVHCLT đều dùng là ĐVHCLT.

*Năm là*, bổ sung dấu “-” vào giữa hai từ “hành chính” và “lãnh thổ” thành tên gọi “ĐVHC - lãnh thổ” cho chuẩn xác hơn về mặt ngữ pháp. Trong các giáo trình, bài viết khoa học, công trình khoa học hiện nay<sup>11</sup> đều sử dụng tên gọi như vậy ■

8 Nghị định số 159/2005/NĐ-CP ngày 27/12/2005 của Chính phủ về việc phân loại ĐVHC xã, phường, thị trấn; Nghị định số 15/2007/NĐ-CP ngày 26/01/2007 của Chính phủ về việc phân loại ĐVHC cấp tỉnh và cấp huyện

9 Xem thêm: Đào Trí Úc, bài đã dẫn (8).

10 Tuy nhiên, nên thêm dấu “-” vào giữa hai từ hành chính và lãnh thổ thành hành chính - lãnh thổ.

11 Xem thêm các bài đã dẫn trên: (1), (8); Học viện Hành chính (2008), Giáo trình Lý luận chung về Nhà nước và Pháp luật, Nxb. Giáo dục, Hà Nội, tr 40.

# CHẾ ĐỊNH QUYỀN CON NGƯỜI, QUYỀN CÔNG DÂN TRONG DỰ THẢO SỬA ĐỔI HIẾN PHÁP NĂM 1992

NGUYỄN THANH TUẤN\*

## 1. Cách thức và khuôn khổ các quyền hiến định trong Hiến pháp 1992

### 1.1. Những tiến bộ trong Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992

*Một là, việc chế định quyền con người, quyền công dân được xếp ở chương thứ hai, chỉ sau Chương I Chế độ chính trị*

Trong Hiến pháp 1992, chế định này được đặt ở Chương V, sau các chương về chế độ chính trị; chế độ kinh tế; văn hóa, giáo dục, khoa học, công nghệ và bảo vệ Tổ quốc. Vị trí thứ tự của chế định trong Hiến pháp thể hiện nhận thức của Nhà nước về tầm quan trọng của vấn đề quyền con người, quyền công dân cũng như tầm quan trọng của việc hiến định các quyền này.

Hiến pháp của hầu hết các nước thường đặt chế định quyền con người, quyền công dân ở vị trí ngay sau hoặc gần với chương về chính thể. Bằng cách đó để khẳng định: Nhà nước được lập ra để bảo vệ và thúc đẩy các quyền của công dân, và bản chất của hiến pháp là công cụ tổ chức, kiểm soát quyền lực nhà nước, bảo vệ quyền con

người, quyền công dân. Hiến pháp năm 1946, 1959 của chúng ta và cả hai hiến pháp năm 1956, 1967 ở miền Nam Việt Nam trước đây cũng theo xu hướng như vậy khi đặt chế định quyền và nghĩa vụ của công dân ở các chương 2 và 3.

Trong Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992, việc chế định quyền con người, quyền công dân được đặt ở Chương 2, chỉ sau Chương 1 Chế độ chính trị, xét về hình thức, là phù hợp với cách thức chế định các quyền này của đa số Hiến pháp các nước trên thế giới<sup>1</sup>. Và quan trọng hơn, cách thức chế định như vậy thể hiện bản chất của Hiến pháp là văn bản khế ước gốc giữa Nhà nước và người dân, nhằm thiết lập cơ chế kìm chế quyền lực nhà nước thông qua việc chế định quyền con người, quyền công dân.

*Hai là, đã khắc phục được sự nhầm lẫn quyền con người với quyền công dân và cách tiếp cận quyền đã thấm khá sâu vào nội dung, hình thức diễn đạt trong toàn bộ Hiến pháp, mà biểu hiện là đã chuyển được cách thức thức thiết lập quyền từ chỗ quy định*

\* PGS, TS. Viện Nghiên cứu quyền con người, Học viện Chính trị - Hành chính quốc gia Hồ Chí Minh.

1 Ví dụ: Hiến pháp CHLB Đức (Chương 1), Hiến pháp Liên bang Nga (Chương 2), Hiến pháp Nhật Bản (Chương 3), Hiến pháp Thái Lan (Chương 3), Hiến pháp CHND Trung Hoa (Chương 3),...



*dưới dạng Nhà nước “quyết định” quyền cho công dân, sang việc người dân được hưởng các quyền đó một cách mặc nhiên và Nhà nước có nghĩa vụ bảo đảm các quyền con người và quyền công dân*

Hiến pháp 1992 lần đầu tiên ghi nhận khái niệm quyền con người trong Điều 50 nhưng chính điều luật cho thấy một hạn chế về kỹ thuật lập hiến khi quy định: “... các quyền con người về chính trị, dân sự, kinh tế, văn hoá và xã hội... thể hiện ở các quyền công dân...”. Ở đây, rõ ràng quyền con người đã được đồng nhất với quyền công dân, trong khi trên thực tế, đây là hai khái niệm tuy có nhiều điểm tương đồng, song khác nhau cả về tính chất, nội hàm và đặc biệt là về chủ thể, phạm vi áp dụng.

Nhiều quyền trong Hiến pháp năm 1992 (ví dụ các Điều 53, Điều 54, 56, 57, 58,...) được quy định dưới dạng Nhà nước “quyết định” quyền cho công dân, chứ không phải người dân được hưởng các quyền đó một cách mặc nhiên. Trong 33 điều của Chương V Hiến pháp 1992, thuật ngữ “nhà nước” với tư cách là chủ thể “cấp phát” quyền xuất hiện nhiều lần, dưới dạng như: “Nhà nước bảo đảm...”; “Nhà nước... có kế hoạch...”; “Nhà nước ban hành...”; “Nhà nước quy định...”; “Nhà nước giao...”; “ Nhà nước có chính sách”, “Nhà nước bảo hộ”;

Sở dĩ có quy định như trên là do xuất phát từ quan điểm được nêu trong Điều 51 Hiến pháp 1992: “Quyền và nghĩa vụ của công dân do Hiến pháp và luật quy định”. Đúng là để được bảo vệ và thúc đẩy, các quyền con người cần phải được ghi nhận trong hiến pháp và pháp luật; nhưng quy định đó đã gây hiểu nhầm là: hiến pháp và pháp luật (hay nhà nước) là những chủ thể sản sinh ra các quyền con người. Quyền con người phải do và chỉ có thể do Hiến pháp và pháp luật (hay nhà nước) xác định thì mới có ý nghĩa thực chất, nếu không sẽ không được thừa nhận và áp dụng.

Cách hiểu như vậy không phù hợp với

nhận thức chung về quyền con người trên thế giới. Theo quan điểm của cộng đồng quốc tế, các quyền con người - với tính cách là quyền công dân khi được biểu hiện ở cấp độ quốc gia, là những giá trị tự nhiên, vốn có, gắn liền với mọi cá nhân, không phụ thuộc vào bất kỳ chủ thể nào khác. Mọi thành viên của nhân loại khi sinh ra đã mặc nhiên có tư cách chủ thể của các quyền con người. Các nhà nước chỉ có thể thừa nhận (bằng hiến pháp và pháp luật) các quyền đó là những giá trị vốn có của mọi cá nhân mà nhà nước có nghĩa vụ tôn trọng, bảo vệ và thúc đẩy chứ không thể cấp phát cho công dân các quyền con người.

Mặc dù không phải tất cả, song đa số hiến pháp trên thế giới chế định các quyền theo nguyên tắc các quyền tự nhiên. Một khi tuân thủ nguyên tắc này, quy định về quyền trong hiến pháp cần có cách diễn đạt theo nguyên tắc: các quyền con người là tự nhiên, bẩm sinh và vốn có của mọi cá nhân.

Cách thức này không chỉ được thực hiện trên thế giới, mà trên thực tế đã được thực hiện ở Việt Nam qua Hiến pháp 1946. Các quy định trong Chương II Hiến pháp 1946 thể hiện rất rõ vị thế chủ thể quyền của người dân, ví dụ: “Tất cả công dân Việt Nam đều ngang quyền...” (Điều thứ 6); “Tất cả công dân Việt Nam đều bình đẳng trước pháp luật ...” (Điều thứ 7); “Đàn bà ngang quyền với đàn ông về mọi phương diện” (Điều thứ 9);

Kế thừa Hiến pháp 1946 và tinh hoa tư tưởng của Hiến pháp nhân loại, trong Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992, Khoản 1 Điều 15 (sửa đổi, bổ sung Điều 50) quy định: “Ở nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam, quyền con người, quyền công dân được Nhà nước và xã hội thừa nhận, tôn trọng, bảo vệ, bảo đảm theo Hiến pháp và pháp luật”. Theo đó, dù cách thức diễn đạt chưa chuẩn như cách hiểu của luật pháp quốc tế, vì riêng thuật ngữ “bảo đảm” đã gồm các hàm nghĩa: tôn trọng, bảo vệ và thực hiện (hay thúc đẩy)

nhưng với việc chế định quyền như trên đã chuyển được cách thức thiết lập quyền: từ chỗ quy định dưới dạng nhà nước “quyết định” quyền cho công dân, sang việc “Nhà nước và xã hội thừa nhận, tôn trọng, bảo vệ, bảo đảm - đúng ra chỉ là thực hiện hay thúc đẩy - theo Hiến pháp và pháp luật”.

Những tiến bộ trên đã có thể đảm bảo nội dung hiến định phản ánh đúng bản chất của các quyền con người và quyền công dân, đồng thời phòng ngừa sự tùy tiện của Nhà nước trong việc quy định, thu lại, xóa bỏ, giảm bớt hay đặt ra những điều kiện không thích đáng đối với việc hưởng thụ các quyền con người của công dân thông qua Hiến pháp và pháp luật. Đây là cách thức hiến định quyền thể hiện rõ tính chất dân chủ, pháp quyền của thể chế hoặc nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa mà chúng ta đang tiếp tục xây dựng và hoàn thiện. Thông qua đó, người dân có thể được hưởng các quyền con người một cách mặc nhiên và Nhà nước có nghĩa vụ bảo đảm các quyền con người và quyền công dân.

*Ba là, các hiến pháp Việt Nam, đặc biệt Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992, dành cho quyền con người một khuôn khổ khá rộng lớn với nhiều quyền con người cơ bản mà luật nhân quyền quốc tế và nhiều hiến pháp của các nước trên thế giới đã ghi nhận, trong đó có một số quyền mới*

So với hiến pháp của nhiều quốc gia, Hiến pháp Việt Nam khá phong phú, thuộc vào những hiến pháp ghi nhận một số lượng cao về quyền con người. Quyền con người, quyền công dân được ghi nhận trong luật nhân quyền quốc tế, và cũng được xác nhận trong các bản hiến pháp Việt Nam, chẳng hạn: tự do biểu đạt: trong Điều thứ 10 (Hiến pháp 1946), Điều 25 (Hiến pháp 1959), Điều 67 (Hiến pháp 1980), Điều 69 (Hiến pháp 1992); tự do tôn giáo, tín ngưỡng: trong Điều thứ 10 (Hiến pháp 1946), Điều 26 (Hiến pháp 1959), Điều 68 (Hiến pháp 1980), Điều 70 (Hiến pháp 1992); tự do lập

hội: trong Điều thứ 10 (Hiến pháp 1946), Điều 25 (Hiến pháp 1959), Điều 67 (Hiến pháp 1980), Điều 69 (Hiến pháp 1992); tự do báo chí: trong Điều thứ 10 và 30 (Hiến pháp 1946), Điều 25 (Hiến pháp 1959), Điều 67 (Hiến pháp 1980), Điều 69 (Hiến pháp 1992); v.v...

Đặc biệt, Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992 dành cho quyền con người, quyền công dân một khuôn khổ khá rộng lớn với nhiều quyền cơ bản mà luật nhân quyền quốc tế và nhiều hiến pháp của các nước trên thế giới đã ghi nhận. Về mặt kỹ thuật lập hiến, Dự thảo đã thể hiện rõ sự phân biệt quyền con người (mọi người) và quyền công dân (công dân). Việc sắp xếp quyền con người tương đối dễ hiểu, phù hợp với việc sắp xếp các nhóm quyền của luật nhân quyền quốc tế. Cụ thể:

Các quyền dân sự: mọi người có quyền sống (Điều 21 mới); mọi người có quyền bất khả xâm phạm về thân thể, quyền hiến mô, bộ phận cơ thể người và hiến xác theo quy định của luật (Điều 22, sửa đổi, bổ sung Điều 71); mọi người có quyền bất khả xâm phạm về đời sống riêng tư, bí mật cá nhân và bí mật gia đình; có quyền bảo vệ danh dự, uy tín của mình, quyền bí mật thư tín, điện thoại, điện tín và các hình thức trao đổi thông tin riêng tư khác (Điều 23, sửa đổi, bổ sung Điều 73); công dân có quyền tự do đi lại và cư trú ở trong nước, có quyền ra nước ngoài và từ nước ngoài về nước (Điều 24, giữ nguyên Điều 68); mọi người có quyền tự do tín ngưỡng, tôn giáo (Điều 25, sửa đổi, bổ sung Điều 70); công dân có quyền tự do ngôn luận, tự do báo chí, được thông tin, hội họp, lập hội, biểu tình (Điều 26, sửa đổi, bổ sung Điều 69); công dân nam, nữ bình đẳng và có quyền ngang nhau về mọi mặt chính trị, dân sự, kinh tế, văn hóa, xã hội và gia đình (Điều 27, sửa đổi, bổ sung Điều 63); v.v...

Các quyền công dân: công dân đủ mười tám tuổi trở lên có quyền bầu cử và đủ hai mươi mốt tuổi trở lên có quyền ứng cử vào

Quốc hội, Hội đồng nhân dân các cấp (Điều 28, sửa đổi, bổ sung Điều 54); công dân có quyền tham gia quản lý nhà nước và xã hội (Điều 29, sửa đổi, bổ sung Điều 53); công dân có quyền biểu quyết khi Nhà nước tổ chức trưng cầu ý dân (Điều 30, sửa đổi, bổ sung Điều 53); mọi người có quyền khiếu nại, quyền tố cáo (Điều 31, sửa đổi, bổ sung Điều 74); v.v...

Các quyền kinh tế: mọi người có quyền sở hữu về thu nhập hợp pháp, của cải để dành, nhà ở, tư liệu sinh hoạt, tư liệu sản xuất, vốn và tài sản khác trong doanh nghiệp hoặc trong các tổ chức kinh tế khác; đối với đất được Nhà nước giao sử dụng thì theo quy định tại Điều 57 và Điều 58; quyền sở hữu tư nhân và quyền thừa kế được pháp luật bảo hộ (Điều 33, sửa đổi, bổ sung Điều 58); mọi người có quyền tự do kinh doanh (Điều 34, sửa đổi, bổ sung Điều 57); công dân có quyền được bảo đảm an sinh xã hội (Điều 35, sửa đổi, bổ sung Điều 67); công dân có quyền có nơi ở hợp pháp (Điều 36, sửa đổi, bổ sung Điều 62); công dân có quyền làm việc, lựa chọn việc làm, nghề nghiệp và nơi làm việc (Điều 38, sửa đổi, bổ sung Điều 55, Điều 56); v.v...

Các quyền xã hội: nam, nữ có quyền kết hôn và ly hôn. Hôn nhân theo nguyên tắc tự nguyện, tiến bộ (Điều 39, sửa đổi, bổ sung Điều 64); trẻ em có quyền được gia đình, nhà trường, Nhà nước và xã hội bảo vệ, chăm sóc và giáo dục (Điều 40, sửa đổi, bổ sung Điều 65); công dân có quyền được bảo vệ sức khỏe; bình đẳng trong việc sử dụng các dịch vụ y tế (Điều 41, sửa đổi, bổ sung Điều 39, Điều 61); v.v...

Các quyền văn hóa: công dân có quyền và nghĩa vụ học tập (Điều 42, sửa đổi, bổ sung Điều 59); mọi người có quyền nghiên cứu khoa học và công nghệ; sáng tạo văn học, nghệ thuật; quyền sở hữu trí tuệ được Nhà nước bảo hộ (Điều 43, sửa đổi, bổ sung Điều 60); mọi người có quyền hưởng thụ các giá trị văn hóa, tham gia vào đời sống văn hóa, sử dụng các cơ sở văn hóa, tiếp cận

các giá trị văn hóa (Điều 44 mới); công dân có quyền xác định dân tộc của mình, sử dụng ngôn ngữ mẹ đẻ, tự do lựa chọn ngôn ngữ giao tiếp (Điều 45 mới); mọi người có quyền được sống trong môi trường trong lành (Điều 46 mới); v.v...

Trong các quyền trên có một số quyền mới, hoặc trước đó đã có nay được diễn đạt mới, như quyền sống trong môi trường trong lành, quyền sở hữu tư nhân, quyền sống,... Một số quyền (có thể) được hàm chứa trong quyền khác. Ví dụ: việc cấm kiểm duyệt được hàm chứa trong Khoản 2, Điều 23 (sửa đổi, bổ sung Điều 73): “2. Mọi người có quyền bí mật thư tín, điện thoại, điện tín và các hình thức trao đổi thông tin riêng tư khác. Việc bóc mở, kiểm soát, thu giữ thư tín, điện thoại, điện tín và các hình thức trao đổi thông tin riêng tư khác do pháp luật quy định”. Quyền được thành lập và gia nhập công đoàn được hàm chứa trong Điều 26 (sửa đổi, bổ sung Điều 69): “Công dân có quyền tự do ngôn luận, tự do báo chí, được thông tin, hội họp, lập hội, biểu tình theo quy định của pháp luật”.

*Bốn là, đã có quy định về việc giới hạn quyền*

Khoản 2 Điều 15 (sửa đổi, bổ sung Điều 50) quy định: “Quyền con người, quyền công dân chỉ có thể bị giới hạn trong trường hợp cần thiết vì lý do quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, đạo đức, sức khỏe của cộng đồng”. Việc quy định về giới hạn và việc tạm đình chỉ thực hiện quyền là cần thiết để đảm bảo việc hưởng thụ các quyền của một cá nhân không ảnh hưởng đến lợi ích của cộng đồng và của những cá nhân khác. Đây là điều đã được luật nhân quyền quốc tế và hiến pháp của nhiều quốc gia quy định. Vấn đề giới hạn quyền đã được ghi nhận trong Điều 29 Tuyên ngôn thế giới về quyền con người năm 1948; Điều 4 Công ước quốc tế về các quyền kinh tế, văn hóa, xã hội năm 1966; Điều 4 Công ước quốc tế về các quyền dân sự, chính trị năm 1966.

Hiến pháp một số nước cũng có quy định về giới hạn quyền và cả tạm đình chỉ việc thực hiện một số quyền con người. Chẳng hạn, Hiến pháp Nga, Điều 55 có nêu: “Các quyền và tự do của con người và công dân có thể bị giới hạn bởi pháp luật liên bang chỉ trong mức độ cần thiết đủ để bảo vệ nền tảng chế độ hiến pháp, đạo đức, sức khỏe, các quyền và lợi ích hợp pháp của người khác, bảo đảm quốc phòng và an ninh quốc gia”.

### **2. Những hạn chế của việc chế định về quyền con người, quyền công dân trong Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992**

#### **2.1. Hạn chế về nội dung**

##### *Thứ nhất, thiếu một số quyền*

Thực tế, không một Hiến pháp nào trên thế giới có thể liệt kê được đầy đủ hệ thống các quyền, vì các quyền cũng vận động và biến đổi cùng với sự phát triển của đời sống xã hội. Nhưng cũng phải kể những quyền có trong Hiến pháp của nhiều nước trên thế giới nhưng chưa được quy định hoặc quy định chưa đầy đủ trong Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992 của Việt Nam như: cấm kiểm duyệt; quyền được thành lập hoặc gia nhập công đoàn; cấm chế độ nô lệ, nô dịch hoặc cưỡng bức lao động; cấm hồi tố; không bị trừng phạt khi luật chưa quy định là tội phạm; quyền được im lặng hoặc không phải tự chứng minh mình không phạm tội; quyền được yêu cầu xem xét lại việc bắt giữ mình; quyền không bị xét xử hai lần vì cùng một hành vi phạm tội; cấm tra tấn, đối xử tàn bạo, vô nhân đạo hoặc hạ nhục; các quyền của người không quốc tịch; quyền được đình công; một số quyền của lao động chưa thành niên;... Trong đó, cần phải nêu một số quyền quan trọng ở Việt Nam nhưng vẫn còn khuyết thiếu trong Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992, như quyền của người cao tuổi, quyền của người khuyết tật, quyền nghỉ ngơi, quyền được lao động trong môi trường trong lành,...

##### *Thứ hai, thiếu những quy định về thiết chế bảo vệ và thúc đẩy quyền*

Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992 chưa ghi nhận về thiết chế bảo vệ nhân quyền (cơ quan nhân quyền quốc gia). Trong khi đó, theo chúng tôi, hiện đã có khoảng 50% số hiến pháp trên thế giới quy định việc thành lập một hoặc hai cơ quan nhân quyền quốc gia (ủy ban nhân quyền quốc gia, cơ quan thanh tra Quốc hội hoặc cơ quan chuyên trách về quyền của một nhóm xã hội nhất định).

*Thứ ba, Khoản 2 Điều 15 (sửa đổi, bổ sung Điều 50) chưa xác định cơ quan nào có thẩm quyền giới hạn quyền và thiếu việc xác định rõ những quyền không thể bị giới hạn*

Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992 không đề cập đến vấn đề này như Hiến pháp nhiều nước có xác định. Ví dụ, Hiến pháp Nga, Điều 57 quy định: “Trong bối cảnh tình trạng khẩn cấp, để bảo đảm an toàn cho công dân và bảo vệ chế độ hiến pháp, theo một đạo luật hiến pháp liên bang, có thể thiết lập những giới hạn nhất định đối với các quyền và tự do với điều kiện phải chỉ rõ phạm vi và thời hạn của những giới hạn đó. Tình trạng khẩn cấp có thể được ban bố trên toàn bộ lãnh thổ Liên bang Nga hoặc một phần lãnh thổ nhất định khi xuất hiện bối cảnh và theo trình tự được quy định trong đạo luật hiến pháp liên bang. Không được hạn chế các quyền và tự do được quy định tại các Điều 20, 21, 23 (khoản 1), 24, 28, 34 (khoản 1), 46-54 của Hiến pháp Liên bang Nga”. Đây đều là những quyền tự do cơ bản của con người, như quyền sống, quyền bất khả xâm phạm về thân thể, quyền tự do tín ngưỡng, tôn giáo,...

##### *Thứ tư, thiếu quy định bảo đảm sự bình đẳng giữa các quyền*

Thực tế cho thấy, không một bản hiến pháp của bất cứ quốc gia nào lại có thể quy định đầy đủ tất cả các quyền con người. Hầu hết các hiến pháp hiện hành của các nước chỉ quy định những quyền cơ bản (mặc dù quan niệm về các quyền cơ bản là rất khác nhau giữa các quốc gia). Do đó, có một số



quyền con người, tuy không được chế định trong hiến pháp nhưng có thể được quy định trong các văn bản pháp luật khác của quốc gia. Vì thế, nếu không có quy định rõ ràng trong hiến pháp có thể gây hiểu nhầm rằng, những quyền hiến định quan trọng hơn, cần được ưu tiên bảo đảm thực hiện hơn so với các quyền không được hiến định.

Để khắc phục nhận thức sai lầm đó, Hiến pháp của một số quốc gia khẳng định rõ sự bình đẳng về các quyền. Ví dụ, Hiến pháp Hoa Kỳ (Tu chính án số 9) nêu rõ: "Việc liệt kê một số quyền trong hiến pháp không có nghĩa là phủ nhận hay hạ thấp các quyền khác của người dân". Hoặc Hiến pháp Liên bang Nga (Điều 55) quy định: "1. Việc liệt kê các quyền và tự do cơ bản trong Hiến pháp Liên bang Nga không có nghĩa là phủ nhận hoặc xem nhẹ các quyền và tự do khác của con người và công dân đã được thừa nhận rộng rãi".

Nhưng Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992 của nước ta chưa có quy định như vậy.

*Thứ năm, một số quyền đã quy định nhưng nội dung chưa toàn diện*

Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992 ghi nhận một số quyền với nội dung "khuyết thiếu" so với nội hàm của quyền đó trong luật nhân quyền quốc tế. Một quyền tiêu biểu là quyền được thông tin. Luật nhân quyền quốc tế và hiến pháp của nhiều nước trên thế giới quy định quyền tiếp cận thông tin thường bao gồm ba quyền phái sinh là: quyền được thông tin; quyền được tìm kiếm thông tin; và quyền được phổ biến thông tin. Nhưng Điều 26 (sửa đổi, bổ sung Điều 69) trong Dự thảo lần này chỉ quy định quyền được thông tin; cụ thể: "Công dân có quyền tự do ngôn luận, tự do báo chí, được thông tin, hội họp, lập hội, biểu tình theo quy định của pháp luật".

## **2.2. Hạn chế về kỹ thuật lập hiến**

*Thứ nhất, về tiêu đề của chế định quyền*

Chương II của Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992 có tiêu đề "Quyền con người,

quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân". Hiến pháp của một số nước trên thế giới cũng đặt tiêu đề tương tự, song xét trên phương diện lý luận, việc đặt tên như vậy là không phù hợp. Bởi lẽ, tiêu đề đó dễ gây hiểu nhầm là con người không có nghĩa vụ. Trong khi ở Khoản 2 Điều 15 (sửa đổi, bổ sung Điều 50) vẫn có việc chế định về giới hạn quyền con người và quyền công dân, tức là thừa nhận không chỉ quyền công dân, mà cả quyền con người cũng có nghĩa vụ.

*Thứ hai, tính rườm rà, không chặt chẽ trong chế định quyền*

Một số quy định trong Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992 rườm rà, không chặt chẽ. Chẳng hạn cả bốn khoản của Điều 64 (sửa đổi, bổ sung các điều 30, 31, 32, 33 và 34) chế định về quyền văn hóa. Hoặc cùng một chủ thể nhưng được quy định ở nhiều điều. Thí dụ, Điều 39 (sửa đổi, bổ sung Điều 64) chế định về hôn nhân và gia đình; và đến Khoản 3 Điều 64 (sửa đổi, bổ sung các điều 30, 31, 32, 33 và 34) lại quy định về mục tiêu xây dựng gia đình văn hóa. Ở đây có thể thấy hai điều trên đề cập những phương diện khác nhau về gia đình. Chúng ta nên hạn chế cách quy định theo kiểu "nhà phân lô" như vậy, mà phải tuân thủ tính khái quát của văn bản luật gốc mà một Hiến pháp cần phải có.

Đề đạt "tâm hiến pháp", xét về kỹ thuật lập hiến, nên kế thừa cách thức quy định trong Hiến pháp 1946 là ngắn gọn, khúc triết và có tính hàm xúc hay tính mở cho việc thể chế hóa thành luật. Chẳng hạn trong Chương II của Hiến pháp 1946 thể hiện rất rõ vị thế chủ thể quyền của người dân, như: "Tất cả công dân Việt Nam đều ngang quyền..." (Điều thứ 6); "Tất cả công dân Việt Nam đều bình đẳng trước pháp luật..." (Điều thứ 7); "Đàn bà ngang quyền với đàn ông về mọi phương diện" (Điều thứ 9); v.v...

*Thứ ba, ràng buộc các quyền hiến định "theo" và do đó, thấp hơn "quy định của pháp luật"*

Trong chế định về quyền và nghĩa vụ của

công dân của Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992 có nhiều quy phạm về quyền kèm theo việc xác định phạm vi và khuôn khổ thực hiện “theo quy định của pháp luật” (Khoản 1 Điều 15, Điều 24, 26, Khoản 2 Điều 31 và 54, Khoản 1 Điều 56, Điều 57); hoặc theo quy hoạch và pháp luật (Điều 58). Chẳng hạn: Điều 24 (giữ nguyên Điều 68): “Công dân có quyền tự do đi lại và cư trú ở trong nước, có quyền ra nước ngoài và từ nước ngoài về nước theo quy định của pháp luật”; Điều 58 (sửa đổi, bổ sung Điều 18): “1. Đất đai là tài nguyên đặc biệt của quốc gia, nguồn lực quan

trọng phát triển đất nước, được quản lý theo quy hoạch và pháp luật”; v.v...

Cách quy định như vậy đã đặt các quyền hiến định thấp hơn các quy định của luật, đồng thời tạo cơ hội cho sự tùy tiện của các cơ quan nhà nước trong việc hạn chế các quyền hiến định. Thêm vào đó, nó gây trở ngại cho người dân trong việc thực hiện các quyền hiến định, bởi người dân không biết nội hàm đầy đủ của quyền đó là gì, giới hạn của quyền đó đến đâu, khi bị vi phạm thì bảo vệ bằng cơ chế nào? ■

2 Xem thêm PGS, TS. Nguyễn Như Phát, Báo cáo về tổ chức quyền lực trong Hiến pháp 1992 (phục vụ công tác Tổng kết thi hành Hiến pháp 1992).

## GÓP Ý...

(Tiếp theo trang 31)

việc quyết định các vấn đề quan trọng của địa phương cũng như tổ chức thi hành pháp luật tại địa phương. Tuy nhiên, quy định HĐND luôn phải căn cứ vào “văn bản của cơ quan nhà nước cấp trên” (Điều 116) sẽ gây khó khăn cho việc thực hiện nguyên tắc tự chủ, tự chịu trách nhiệm của chính quyền địa phương.

Cơ quan hành chính chịu trách nhiệm tổ chức thi hành các quyết định của HĐND, chịu sự giám sát của HĐND phải là cơ quan hoạt động theo chế độ thủ trưởng; cần đổi tên UBND thành Ủy ban hành chính để làm rõ tính chất của cơ quan này vì tên gọi UBND và phương thức hoạt động theo chế độ tập thể chưa thể hiện được chính xác và đầy đủ tính chất, đặc điểm của cơ quan hành chính ở địa phương<sup>6</sup>. Đồng thời, cần thay đổi nguyên tắc hoạt động của cơ quan hành chính ở địa phương từ chế độ tập thể sang chế độ thủ trưởng để bảo đảm sự chủ động,

linh hoạt trong điều hành, quản lý của cơ quan hành chính ở địa phương và cần được ghi nhận trong Hiến pháp.

### 6. Các quy định khác tại Chương Chính quyền địa phương

Bên cạnh việc bổ sung các nội dung cần thiết phải hiến định như đã nêu ở trên (về nguyên tắc phân công quyền lực giữa trung ương và địa phương, về mối quan hệ giữa Chính phủ với chính quyền địa phương, về giao luật quy định tiêu chí, trình tự thủ tục chia tách đơn vị hành chính lãnh thổ, về xác định rõ các cấp chính quyền địa phương thay vì xác định các đơn vị hành chính lãnh thổ, về xác định nguyên tắc hoạt động của các cơ quan chính quyền địa phương và các nhiệm vụ, chức năng cơ bản của các cơ quan) thì cũng cần lược bỏ các quy định khác như Điều 117, Điều 118 và Điều 119 (nội dung các Điều 117, 118 nên được quy định trong Luật Bầu cử đại biểu Quốc hội còn Điều 119 chỉ nên quy định trong Luật Tổ chức HĐND, UBND) ■

6 Trong quá trình tổng kết thi hành Hiến pháp năm 1992 cũng có ý kiến cho rằng cần đổi tên thành Ủy ban hành chính và hoạt động theo chế độ thủ trưởng, có nhiệm vụ chính là chịu trách nhiệm tổ chức thi hành các quyết định của HĐND và văn bản của trung ương, chịu sự giám sát của HĐND, do đó Ủy ban hành chính không có thẩm quyền ban hành các văn bản quy phạm pháp luật.

# KIẾN NGHỊ HOÀN THIỆN CƠ SỞ HIẾN ĐỊNH VỀ THU HỒI ĐẤT, BỒI THƯỜNG, HỖ TRỢ VÀ TÁI ĐỊNH CƯ

PHAN TRUNG HIỀN \*

**D**ự thảo sửa đổi Hiến pháp năm 1992 (Dự thảo sửa đổi Hiến pháp) đã bổ sung được một số điểm mấu chốt liên quan đến đất đai và quản lý đất đai. Nếu được thông qua, khoản 3 Điều 58 Dự thảo Hiến pháp (sửa đổi, bổ sung Điều 18 Hiến pháp năm 1992) sẽ đánh dấu một bước ngoặt quan trọng trong lịch sử lập hiến Việt Nam, bởi đây là cơ sở hiến định đầu tiên ghi việc thu hồi đất (THĐ) có bồi thường, vì lý do quốc phòng, an ninh, lợi ích quốc gia, lợi ích công cộng và phát triển kinh tế - xã hội. Bài viết phân tích sự tiến bộ đã được ghi nhận trong Dự thảo và những nghiên cứu đề xuất nhằm hoàn chỉnh cơ sở hiến định liên quan đến hoạt động THĐ, bồi thường, hỗ trợ và tái định cư (TĐC).

## 1. Cơ sở hiến định về thu hồi đất ở nước ta: ưu điểm và một số vướng mắc

Cơ sở hiến định liên quan đến đất đai ở nước ta được quy định từ Hiến pháp năm 1959 (Điều 14), Hiến pháp năm 1980 (Điều 20) và hiện tại là Hiến pháp năm 1992 được sửa đổi, bổ sung năm 2001 (Điều 17, Điều 18). Tuy nhiên, cho đến nay, tất cả các bản Hiến pháp Việt Nam đều không có quy định về vấn đề THĐ. Vì thế, đã có ý kiến cho rằng, khoản 1 Điều 38 Luật Đất đai năm

2003 (THĐ vì mục đích quốc phòng, an ninh, lợi ích quốc gia, lợi ích công cộng và phát triển kinh tế) có dấu hiệu trái với Điều 18 Hiến pháp năm 1992 (quy định về việc Nhà nước giao đất cho cá nhân, tổ chức sử dụng ổn định lâu dài)<sup>1</sup>. Vấn đề đặt ra là phải bổ sung cơ sở hiến định về THĐ trong Dự thảo sửa đổi Hiến pháp năm 1992. Khoản 3 Điều 58 của Dự thảo đã khắc phục khiếm khuyết đó: “Nhà nước THĐ do tổ chức, cá nhân sử dụng có bồi thường theo quy định

\* TS. Phó trưởng khoa Luật, Trường Đại học Cần Thơ.

1 Xem Phan Trung Hiền, Cơ sở hiến định về THĐ vì mục đích công cộng ở Việt Nam, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 12 (128), 2008.

của pháp luật trong trường hợp thật cần thiết vì lý do quốc phòng, an ninh hoặc vì lợi ích quốc gia, lợi ích công cộng và các dự án phát triển kinh tế - xã hội”.

Việc Dự thảo ghi nhận quy định này là một bước tiến lớn, thật sự cần thiết, nhưng dường như vẫn chưa định ra nguyên tắc nhằm giải quyết các vướng mắc trong công tác THĐ mà các chủ thể thực thi pháp luật phải đối mặt trong giai đoạn hiện nay. Mặt khác, Dự thảo cũng chưa ghi nhận đầy đủ quyền của cá nhân tổ chức có đất bị thu hồi liên quan đến việc được bồi thường, hỗ trợ, TĐC tương xứng, được tham gia vào quy trình THĐ một cách công bằng, bình đẳng... Có thể nhìn nhận mặt được và chưa được của khoản 3 Điều 58 Dự thảo.

### **Ưu điểm**

Lần đầu tiên trong lịch sử lập hiến Việt Nam, Hiến pháp đã ghi nhận các lý do được phép THĐ vì mục đích quốc phòng, an ninh hoặc vì lợi ích quốc gia, lợi ích công cộng và các dự án phát triển kinh tế - xã hội và quyền được “bồi thường” khi Nhà nước THĐ. Việc quy định này thể hiện nhiều ưu điểm nổi bật.

*Một là*, từ nay các trường hợp THĐ theo quy hoạch vì mục đích công ích và kinh tế - xã hội có cơ sở hiến định từ cơ quan lập hiến, tạo tiền đề cho Luật Đất đai quy định cụ thể về nội dung này.

*Hai là*, đảm bảo pháp chế và trật tự pháp lý của hệ thống pháp luật quốc gia: Khi Hiến pháp định ra nguyên tắc thì chỉ có Hiến pháp mới được xác định trường hợp ngoại lệ. Trong quy định này, Hiến pháp cam kết “bảo hộ người sử dụng đất” và khi người sử dụng

đất (SDĐ) không vi phạm các quy định về quản lý đất đai thì các cơ quan nhà nước không được phép THĐ, ngoại trừ các trường hợp được xác định trong Hiến pháp vì mục đích quốc phòng, an ninh, lợi ích quốc gia, lợi ích công cộng và phát triển kinh tế - xã hội. Các cơ quan thực thi pháp luật không được tự ý mở rộng các nhóm mục đích THĐ này.

### **Vướng mắc**

Tuy nhiên, ngoài những ưu điểm nêu trên, cơ sở hiến định về THĐ theo Dự thảo sửa đổi Hiến pháp có một số vấn đề cần phải được nghiên cứu trao đổi thêm, bởi lẽ nếu không quy định rõ ràng, việc hợp hiến hóa quy định về THĐ có thể “khuyến khích các nhóm lợi ích thúc đẩy việc THĐ, làm tổn hại đến lợi ích của số đông người dân”<sup>2</sup>. Vấn đề này cần phải được làm rõ bằng cách trả lời các câu hỏi chi tiết sau đây: Khi Nhà nước THĐ, người SDĐ sẽ được bồi thường theo giá đất nào? Việc bồi thường có được xác định cùng với chính sách hỗ trợ việc làm cho người mất nghề nông và TĐC cho người không còn đất ở? Khi bồi thường, thiệt hại vô hình có được tính đến? Thủ tục bồi thường được thực hiện như thế nào, có đảm bảo các quyền công bằng, bình đẳng giữa các chủ thể trong điều kiện Đảng và Nhà nước ta không ngừng dân chủ hóa đời sống xã hội hay không?

*Thứ nhất*, vướng mắc lớn nhất khi nói đến hoạt động THĐ, bồi thường, hỗ trợ và TĐC là vấn đề giá đất trong bồi thường. Một mặt, giá này thường thấp hơn giá thị trường, có nơi chỉ bằng 20%, tại các đô thị cũng chỉ bằng 30-60%<sup>3</sup>. Mặt khác, từ trước đến nay, các quy định pháp luật chỉ xác định thời hạn phải bàn giao mặt bằng là “20 ngày kể từ khi

2 Nguyễn Quang A, Góp ý sửa đổi Hiến pháp 1992: Không nên hợp hiến hóa THĐ, Báo điện tử của báo Nông thôn ngày nay, <http://danviet.vn/120109p1c24/gop-y-sua-doi-hien-phap-1992-khong-nen-hop-hien-hoa-thu-hoi-dat.htm> [truy cập ngày 11/01/2013].

3 Báo Công an nhân dân điện tử, Khánh Vi, Định giá cần sát với giá thị trường, Hội thảo “Kinh nghiệm quốc tế về một số nội dung sửa đổi Luật Đất đai 2003” ngày 13/12/2012 của Bộ Tài nguyên - Môi trường, <http://www.cand.com.vn/vi-VN/kinhte/diaoc/2011/11/187436.cand> [truy cập ngày 14/1/2013].



tổ chức làm nhiệm vụ bồi thường, giải phóng mặt bằng thanh toán xong tiền bồi thường”<sup>4</sup>, chứ không hề xác định thời điểm nào là thời hạn phải chi trả tiền bồi thường, thời điểm này cách thời điểm kiểm đếm tài sản là bao lâu... Điều này dẫn đến những trường hợp kéo dài thời gian chi trả bồi thường. Khi đến tay người nhận, số tiền bồi thường không còn đúng giá trị thực so với thiệt hại tại thời điểm kiểm đếm tài sản.

Đối chiếu trong quy định tại Điều 23 của Hiến pháp hiện hành “Trong trường hợp thật cần thiết vì lý do quốc phòng, an ninh và vì lợi ích quốc gia, Nhà nước trưng mua hoặc trưng dụng có bồi thường tài sản của cá nhân hoặc tổ chức theo thời giá thị trường”. Câu hỏi đặt ra ở đây là việc trưng mua, trưng dụng áp dụng cho chiến tranh, thiên tai mang tính tạm thời mà vẫn tính được “thời giá thị trường”, thì tại sao việc THĐ mang tính vĩnh viễn đối với đất đai, nhà cửa; gây thiệt hại lớn hơn cho người SDD<sup>5</sup> mà Hiến pháp lại không quy định “theo thời giá thị trường”?

*Thứ hai*, nhiều nghiên cứu đã xác định, thiệt hại trong THĐ không chỉ là thiệt hại hữu hình thông qua quan sát, cân đo đong đếm mà đằng sau nó còn rất nhiều thiệt hại nổi tiệp về tài sản và tinh thần như: mất địa thế kinh doanh, thiếu vắng làng xóm sum vầy tình nghĩa, đất đai bị chia cắt, tầm nhìn bị che khuất, tiếng ồn tiếp diễn, những căng thẳng, lo âu hoặc ngay cả trường hợp tuy

không có đất bị thu hồi nhưng chịu tác động, ảnh hưởng<sup>6</sup>... Theo lẽ công bằng, tất cả những thiệt hại đó đều phải được tính toán bồi thường.

*Thứ ba*, ngay từ những văn bản hướng dẫn sơ khai về bồi thường khi Nhà nước THĐ, pháp luật nước ta đã xây dựng chế định hỗ trợ với các hình thức đa dạng như: hỗ trợ ổn định đời sống và sản xuất, hỗ trợ nghề nghiệp và tạo việc làm...<sup>7</sup>. Điều này thể hiện tính ưu việt của một nhà nước xã hội chủ nghĩa, không chỉ là bồi thường song phẳng dưới góc độ kinh tế mà Nhà nước ta nhìn nhận vấn đề đời sống, việc làm của người dân có đất bị thu hồi là một vấn đề xã hội cần phải có những chính sách xã hội tương thích. Thậm chí, các văn bản quy phạm pháp luật còn luôn cho phép chính quyền cấp tỉnh quyết định thêm các hình thức hỗ trợ khác phù hợp với đời sống, tập quán địa phương<sup>8</sup>. Mặc dù chính sách này hiện nay chưa được thực hiện tốt ở nhiều dự án, dẫn đến tình trạng là chỉ thực hiện “hỗ trợ việc làm bằng tiền” mà không chăm lo “bổ trí việc làm” dẫn đến hiệu quả thấp, nhưng đây rõ ràng là các quy định tiên bộ, phù hợp với thể chế chính trị ở nước ta, cần phải được ghi nhận trong quy định về THĐ trong Hiến pháp<sup>9</sup>.

*Thứ tư*, gắn liền với các quy định về bồi thường, hỗ trợ là quy định về TĐC. Tuy các quy định pháp luật không trực tiếp định nghĩa khái niệm TĐC nhưng đều khẳng định

4 Điều 32 Nghị định số 69/2009/NĐ-CP ngày 13/8/2009 của Chính phủ quy định bổ sung về quy hoạch SDD, giá đất, THĐ, bồi thường, hỗ trợ và TĐC.

5 Xem Phan Trung Hiền, Pháp luật về THĐ khi thực hiện quy hoạch và chế định trưng dụng đất trong pháp luật Việt Nam, Tạp chí Luật học, số 03(130), 2011.

6 Xem Phan Trung Hiền, Hoàn thiện pháp luật về THĐ, bồi thường, hỗ trợ, TĐC, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, 23(232), tháng 12/2012.

7 Điều 17 Nghị định số 69/2009/NĐ-CP ngày 13/8/2009 của Chính phủ quy định bổ sung về quy hoạch SDD, giá đất, THĐ, bồi thường, hỗ trợ và TĐC.

8 Điều 23 Nghị định số 69/2009/NĐ-CP ngày 13/8/2009 của Chính phủ quy định bổ sung về quy hoạch SDD, giá đất, THĐ, bồi thường, hỗ trợ và TĐC.

9 Ở các nước tư sản, việc THĐ chỉ gắn liền với bồi thường bằng tiền, không có chính sách hỗ trợ, TĐC. Tuy nhiên, các thiệt hại trong quá trình THĐ đều được tính đến như thiệt hại hữu hình, thiệt hại vô hình, bồi thường đối với người có đất bị thu hồi và bồi thường với các chủ thể chịu ảnh hưởng bởi quá trình THĐ.

việc hiện diện của chính sách bố trí nơi ở mới cho những chủ thể bị thu hồi hết đất ở hoặc diện tích đất ở còn lại sau thu hồi không đủ điều kiện để ở theo quy định<sup>10</sup>. Hơn thế, Luật Đất đai hiện hành còn quy định các nguyên tắc nền tảng như: khu TĐC phải được lập và thực hiện trước khi THĐ, khu TĐC phải được quy hoạch chung cho nhiều dự án trên một địa bàn và phải có điều kiện phát triển bằng hoặc tốt hơn nơi ở cũ...<sup>11</sup>. Cũng giống như chính sách hỗ trợ, TĐC là chính sách tiến bộ của Nhà nước chăm lo đến vấn đề chỗ ở để “an cư lạc nghiệp”, tái lập cuộc sống sau khi toàn bộ đất ở bị thu hồi. Tuy nhiên, do không tạo được hành lang pháp lý hoàn chỉnh và cơ sở vững chắc, các quy định về TĐC bị đặt trước tình trạng vi phạm nghiêm trọng như: khu TĐC xây dựng cho một dự án theo kiểu làm đến đâu, xây TĐC đến đó; không có tiêu chí xác định thế nào là “bằng hoặc tốt hơn nơi ở cũ”; thế nào là “bằng”, thế nào là “tốt hơn”; liệu rằng có sự công bằng giữa hộ được bố trí “bằng nơi ở cũ” và hộ được bố trí “tốt hơn nơi ở cũ”? Mặt khác, một số địa phương còn có tình trạng người SDĐ bị buộc phải giao đất khi khu TĐC chưa hoàn thành hoặc không bố trí TĐC... Điều này dẫn đến một lệnh cấm: “Từ nay, các địa phương không được cưỡng chế buộc tháo dỡ nhà ở khi người bị THĐ chưa được giải quyết chỗ TĐC”<sup>12</sup>. Chính vì vậy, cùng với việc ghi nhận chính sách bồi thường trong THĐ, nên có quy định các nguyên tắc trọng yếu trong TĐC, đảm bảo thực sự bảo vệ cho người có đất bị thu hồi. Tuy nhiên, một điều cần lưu ý là các khu TĐC hiện nay không phù hợp với tập quán sống và điều kiện sinh

hoạt dẫn đến chất lượng cuộc sống, về cả phương diện vật chất lẫn tinh thần, chưa hẳn đã tốt hơn nơi ở cũ mặc dù đã được bê tông hóa, kiên cố hóa. Vì lẽ đó, quy định về bồi thường khi THĐ cần phải xác định thêm yêu cầu TĐC phù hợp với tập quán sống và sinh hoạt của địa phương.

*Thứ năm*, ở các nước tiên tiến, sau các quy định về bồi thường thì các quy định về trình tự, thủ tục THĐ là quy định quan trọng hàng đầu. Những quốc gia này thậm chí quy định cả trình tự của buổi thương lượng giá, buổi giải quyết bất đồng giữa Nhà nước và người SDĐ, vị trí chỗ ngồi của từng người trong bàn “đàm phán” đó. Về bản chất, chính trình tự, thủ tục là yếu tố thể hiện rõ ràng nhất tính dân chủ, công khai, minh bạch và trách nhiệm giải trình của chính quyền địa phương trước và trong quá trình thay đổi cuộc sống một con người: chỗ ở, nghề nghiệp, rời xa quê hương... Không phải ngẫu nhiên mà Điều 23 Hiến pháp năm 1992 quy định: “Thủ tục trưng mua, trưng dụng do luật định” dù đây là trường hợp “mượn đất tạm thời”. Vì lẽ đó, cần thiết phải trao thẩm quyền quy định thủ tục trong THĐ cho cơ quan lập pháp bằng văn bản luật là điều vô cùng cần thiết: “Thủ tục THĐ do luật định”.

Khi đó, tương tự như mối quan hệ giữa Điều 23 Hiến pháp năm 1992 và Luật Trưng mua, trưng dụng tài sản, Điều 58 Dự thảo sửa đổi Hiến pháp sẽ được hướng dẫn chi tiết bởi Luật về bồi thường, hỗ trợ, TĐC khi Nhà nước THĐ. Dự luật này cần phải xây dựng bởi các lý do sau: *Một là*, trong khi chính quyền địa phương quan tâm đến công tác THĐ để phát triển kinh tế - xã hội trên

10 Điều 18 Thông tư 14/2009/TT-BTNMT ngày 01/10/2009 của Bộ Tài nguyên và Môi trường quy định chi tiết về bồi thường, hỗ trợ, TĐC và trình tự, thủ tục THĐ, giao đất, cho thuê đất

11 Điều 42 Luật Đất đai năm 2003.

12 Chỉ thị số 05/2006/CT-TTg ngày 22/02/2006 của Thủ tướng Chính phủ về việc khắc phục yếu kém, sai phạm, tiếp tục đẩy mạnh tổ chức thi hành Luật Đất đai.

địa bàn địa phương, thì người dân đặc biệt quan tâm đến việc bồi thường, hỗ trợ, TĐC được thực hiện thế nào, thể thức ra sao. *Hai là*, THĐ là khái niệm của pháp luật đất đai nhưng bồi thường, hỗ trợ TĐC về đất, nhà cửa, cây trồng vật nuôi thì vượt khỏi phạm vi của pháp luật đất đai, cần phải được điều chỉnh bởi đạo luật độc lập<sup>13</sup>. *Ba là*, trong lúc có sự không đồng thuận giữa người dân và chính quyền địa phương về giá đất, về mức độ công khai, minh bạch thông tin về bồi thường, hỗ trợ, TĐC, về mức độ công bằng, dân chủ khi thực hiện THĐ..., thì chỉ có Quốc hội mới có đầy đủ tiếng nói để cân bằng lợi ích các bên; đặc biệt trong điều kiện vì mãi lo khuyến khích đầu tư, một số chính quyền chưa quan tâm đúng mức các quy định về bồi thường, hỗ trợ, TĐC gây ảnh hưởng không nhỏ đến đời sống người dân có đất bị thu hồi.

Cuối cùng, nếu xem toàn bộ Điều 58 Dự thảo sửa đổi Hiến pháp (sửa đổi, bổ sung Điều 18 Hiến pháp năm 1992) sẽ thấy thiếu sự tương thích trong các khoản. Nếu các khoản 1 và khoản 2 thể hiện việc hướng đến đối tượng chính yếu là đất, hiệu quả SĐĐ, chủ thể SĐĐ thì khoản 3 Điều 58 Dự thảo sửa đổi Hiến pháp mang nặng tính hành chính, quyền lực: “Nhà nước THĐ do tổ chức, cá nhân sử dụng có bồi thường theo quy định của pháp luật trong trường hợp thật cần thiết vì lý do quốc phòng, an ninh hoặc vì lợi ích quốc gia, lợi ích công cộng và các dự án phát triển kinh tế - xã hội”. Thiết nghĩ, cùng với việc bổ sung các nội dung nêu trên, cũng nên xem xét vấn đề câu chữ bảo đảm các quyền hợp pháp của chủ thể SĐĐ, thể hiện sự cam kết vốn có của Hiến pháp nước ta trước các chủ thể này.

## 2. Kiến nghị

Trên cơ sở những phân tích vừa nêu, đối chiếu giữa yêu cầu của thực tiễn và các quy định sẵn có trong Hiến pháp năm 1992 và Luật Đất đai năm 2003<sup>14</sup>, theo chúng tôi, khoản 3 Điều 58 Dự thảo (sửa đổi, bổ sung Điều 18 Hiến pháp năm 1992) cần được ghi nhận, bổ sung như sau:

“Trong trường hợp thật cần thiết vì lý do quốc phòng, an ninh hoặc vì lợi ích quốc gia, lợi ích công cộng và các dự án phát triển kinh tế - xã hội, Nhà nước THĐ do tổ chức, cá nhân sử dụng có bồi thường về đất và các tài sản gắn liền với đất theo thời giá thị trường. Việc chi trả bồi thường cho người SĐĐ hợp pháp phải tương xứng với tất cả các thiệt hại mà người SĐĐ gánh chịu do hoạt động THĐ gây ra.

Các dự án TĐC phải được lập trước khi THĐ nhằm đáp ứng nhu cầu nhà ở, đất ở cho người bị THĐ ở mà phải di chuyển chỗ ở. Khu TĐC phải phù hợp với tập quán dân cư nhằm tái lập chỗ ở và cải thiện cuộc sống của người có đất bị thu hồi.

Trường hợp THĐ của hộ gia đình, cá nhân trực tiếp sản xuất mà không có đất để bồi thường cho việc tiếp tục sản xuất, ngoài việc được bồi thường bằng tiền, người bị THĐ còn được Nhà nước hỗ trợ để ổn định đời sống, đào tạo chuyển đổi ngành nghề và bố trí việc làm mới.

Thể thức bồi thường, hỗ trợ, TĐC do luật định”.

Việc sửa đổi, bổ sung các nội dung nêu trên tạo nền tảng thiết yếu không chỉ cho người SĐĐ, mà kể cả chủ đầu tư và chính quyền địa phương nhằm bảo đảm các yếu tố sau:

<sup>13</sup> Xem Phan Trung Hiền, Hoàn thiện pháp luật về THĐ, bồi thường, hỗ trợ, TĐC, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, 23(232), tháng 12/2012.

<sup>14</sup> Xem Điều 23 Hiến pháp năm 1992 và Điều 42 Luật Đất đai năm 2003. Điều 23 của Hiến pháp năm 1992 nên dùng từ “cấp thiết” thay cho “cần thiết”.

*Thứ nhất*, giới hạn các nhóm mục đích THĐ và luật hóa các trường hợp - lý do THĐ. Trước hết, tạo cơ sở để Luật Đất đai xác định các nhóm mục đích THĐ. Điều này cũng tương thích với Dự thảo sửa đổi bổ sung Luật Đất đai có xác định cụ thể các trường hợp được phép THĐ thuộc nhóm mục đích công cộng, mục đích phát triển kinh tế<sup>15</sup>. Ngoài ra, việc quy định cụ thể từng trường hợp THĐ nhằm tránh tình trạng cơ quan hành pháp “tự tiện” mở rộng các trường hợp THĐ có bồi thường thiếu sự cân nhắc về lợi ích các bên. Thực tiễn những năm qua cho thấy, Chính phủ đã không ngừng mở rộng biên độ các trường hợp THĐ từ năm 2004, 2006 đến năm 2007<sup>16</sup>.

*Thứ hai*, bảo đảm nguyên tắc công bằng, tương xứng trong bồi thường đối với tất cả các thiệt hại gây ra do THĐ; trong đó bảo đảm giá bồi thường về đất là giá giao dịch trên thị trường. Một mặt, người SĐĐ sẽ an tâm với cuộc sống của mình ngay cả khi đất đai, nhà ở thuộc diện quy hoạch. Mặt khác, nhà đầu tư an tâm trong việc đầu tư vào các dự án cần giải phóng mặt bằng vì khả năng tiến triển của các dự án có THĐ. Riêng chính quyền địa phương chắc chắn sẽ cân nhắc hơn trong quá trình “giao-thu” đối với đất, nhìn nhận đầy đủ lợi ích các bên, tránh cho phép đầu tư tràn lan, dàn trải dẫn đến quy hoạch treo làm giảm hiệu quả SĐĐ. Điều này trước mắt có thể làm giảm các số lượng dự án đầu tư nhưng về lâu dài sẽ tạo bước phát triển ổn định, lành mạnh về đất đai, góp phần khuyến khích đầu tư, ổn định

thị trường bất động sản, tác động tích cực đến nền kinh tế.

*Thứ ba*, bảo đảm nguyên tắc hỗ trợ nghề nghiệp, hướng đến tạo việc làm hiệu quả đối với người sản xuất nông nghiệp nay không còn đất sản xuất, đồng thời bảo đảm người bị thu hồi hết đất ở có đủ điều kiện lựa chọn nơi ở mới nhằm cải thiện đời sống. Điều này thể hiện sự cân bằng giữa lợi ích kinh tế và lợi ích xã hội trong THĐ, thể hiện tính ưu việt của chế độ ta.

*Thứ tư*, bảo đảm các chủ thể THĐ được tham gia vào quy trình THĐ, bồi thường, hỗ trợ, TĐC một cách dân chủ, công khai, minh bạch. Từ cơ sở hiến định này, pháp luật về bồi thường, hỗ trợ, TĐC có cơ sở nền tảng để được xây dựng, vun đắp. Khi đó, công tác giải phóng mặt bằng, đẩy nhanh các tiến độ thực hiện dự án, hoàn thành các mục tiêu kinh tế- xã hội của các địa phương, giữ gìn an ninh trật tự địa bàn, giảm thiểu các khiếu nại khiếu kiện ở tất cả các địa phương là điều có cơ sở để thực hiện khả quan.

Tóm lại, nếu quy định được các nguyên tắc trên trong Hiến pháp Việt Nam, sẽ tạo ra được cơ sở vững chắc cho việc phát triển kinh tế, ổn định chính trị và bảo đảm công bằng xã hội. Đó là các nguyên tắc công bằng, công khai, dân chủ. Công bằng ở đây không chỉ giữa nhà đầu tư với người bị thiệt hại do THĐ, mà còn là công bằng giữa Nhà nước (chủ thể giao quyền SĐĐ) và cá nhân, tổ chức, hộ gia đình (chủ thể được giao quyền SĐĐ); quan trọng hơn là công bằng giữa các hộ dân với nhau trong cùng một dự án và trong các dự án khác nhau ■

15 Xem Điều 53, 54 Dự thảo sửa đổi, bổ sung Luật Đất đai năm 2003, Dự thảo online, [http://duthaoonline.quochoi.vn/DuThao/Lists/DT\\_DUTHAO\\_LUAT/View\\_Detail.aspx?ItemID=528&TabIndex=1](http://duthaoonline.quochoi.vn/DuThao/Lists/DT_DUTHAO_LUAT/View_Detail.aspx?ItemID=528&TabIndex=1) [truy cập ngày 16/01/2013].

16 Xem thêm:

- Điều 36 Nghị định số 181/2004/NĐ-CP ngày 29/10/2004 của Chính phủ về hướng dẫn thi hành Luật Đất đai năm 2003.
- Khoản 3 Điều 2 Nghị định số 17/2006/NĐ-CP ngày 27/01/2006 của Chính phủ về sửa đổi, bổ sung một số điều của các Nghị định hướng dẫn thi hành Luật Đất đai năm 2003 và Nghị định số 187/2004/NĐ-CP ngày 16/11/2004 của Chính phủ về chuyển công ty nhà nước thành công ty cổ phần.
- Điều 33, 34, 35, 38, 39, 40 Nghị định số 84/2007/NĐ-CP ngày 25/5/2007 của Chính phủ quy định bổ sung về việc cấp Giấy chứng nhận quyền SĐĐ, THĐ, thực hiện quyền SĐĐ, trình tự, thủ tục bồi thường, hỗ trợ, TĐC khi Nhà nước THĐ và giải quyết khiếu nại về đất đai.



# HỘI ĐỒNG HIẾN PHÁP

## NHU CẦU VÀ DỰ BÁO TÍNH KHẢ THI

PHẠM DUY NGHĨA\*

**S**au khi được lập ra, để Hiến pháp được chính quyền và người dân tôn trọng, nước ta cần tới những thể chế bảo hiến.

Chủ quyền của nhân dân được bảo vệ tốt nhất bằng cách phân chia và kiểm soát các nhánh quyền lực công cộng, nôm na gọi là phân chia và chế ước quyền lực, tránh dồn quyền lực cho những thế lực độc tài, toàn trị, không để cho ai kiểm soát. Đó là một nguyên tắc cổ điển. Trong lịch sử hiến pháp Việt Nam, dấu ấn của phân quyền và chế ước đã xuất hiện sớm trong bản Hiến pháp năm 1946. Có thể so sánh vị thế của Chủ tịch nước với Nghị viện nhân dân theo Hiến pháp 1946 để làm rõ ý này. Các bản Hiến pháp 1959, 1980, 1992 về sau đi theo mô hình Hiến pháp Xô viết, không thực hiện chủ thuyết tam quyền phân lập. Mãi đến 2001, bản Hiến pháp mới đề dặt sửa thêm rằng, quyền lực nhà nước cần có sự phân công và phối hợp giữa các quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp. Bản Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992 thì bổ sung rằng, quyền lực cần được kiểm soát.

Như vậy, ý niệm về phân chia và kiểm soát các quyền lực công cộng nhằm bảo vệ dân quyền đã xuất hiện sớm trong lịch sử hiến pháp Việt Nam. Sau nhiều thập niên vắng bóng, ngày nay, nguyên lý ngày xưa ấy đang được phát minh lại, hy vọng đem lại một cách tiếp cận mới, giúp tổ chức các cơ quan quyền lực ở Việt Nam một cách hiệu quả, làm đúng phận sự, chức năng hơn, giúp cho bộ máy chính quyền hiệu năng hơn, chịu trách nhiệm giải trình rõ ràng hơn trước nhân dân.

Từ hơn 10 năm trở lại đây, tình hình nghiên cứu các mô hình và bài học nước ngoài về thể chế bảo hiến trên các diễn đàn hoạch định chính sách và hàn lâm ở Việt Nam cũng đã trở nên sôi nổi, bàn luận đủ mọi khía cạnh. Cuộc bàn tới bàn lui đã nhiều tới mức, mượn cách diễn đạt của nguyên Bộ trưởng Trần Xuân Giá khi kể về hành trình soạn Luật Doanh nghiệp 1999, “sau khi nghe đủ ý kiến mọi người, bây giờ người Việt Nam phải làm theo ý mình”, hoặc trao quyền cho Tòa án tối cao có thẩm quyền bảo hiến theo mô hình Hoa Kỳ, hoặc thành lập

\* PGS, TS. Khoa Luật và Chương trình giảng dạy kinh tế Fulbright, Đại học Kinh tế Tp. Hồ Chí Minh.

một Tòa án hiến pháp như một thiết chế chính trị đặc trưng theo mô hình Đức, hoặc thiết lập một Hội đồng hiến pháp phỏng theo mô hình của người Pháp. Ngoài ra, các nhà hoạch định chính sách Việt Nam cũng có thể phát minh ra một mô hình thể chế mới mang màu sắc Việt Nam và hy vọng thể chế ấy sẽ vận hành được.

Trong một nghiên cứu mang tính toàn cầu, rất công phu, song mang âm hưởng bi quan u ám, vài năm trước đây GS Weingast của Đại học Stanford chỉ ra rằng, trong gần 200 quốc gia ngày nay, dù chính quyền nào cũng tuyên bố thượng tôn pháp quyền, chính quyền nào cũng tuyên bố là của dân, do dân, vì dân; song những chế độ pháp quyền thực sự, nơi có một thiết chế tài phán bảo vệ hiến pháp như một khế ước kiểm soát quyền lực công cộng, thì không thật nhiều, thực ra chỉ đếm được không quá 20 quốc gia là thực sự có chế độ pháp quyền với nền tài phán hiến pháp hiệu quả<sup>1</sup>. Bạn đọc có thể không bi quan như Weingast, song nếu coi Tòa bảo hiến tựa như chiếc vương miện của nhà nước pháp quyền (Kronung des Rechtsstaats) như người Đức thường bảo, các nước đang phát triển có thể dễ dàng vay mượn chiếc vương miện ấy đưa vào xứ mình, song cái vương miện được vay mượn ấy có tỏa sáng quyền uy và hào quang nuôi niềm tin của dân chúng vào công lý, vào nơi cuối cùng bảo vệ dân quyền hay không, đó mới là điều thực sự cần bàn.

Theo chúng tôi, quyết định lựa chọn một trong vô số mô hình đã là khó, song làm thế nào để mô hình được chọn đó sống, hoạt động hiệu quả trong bối cảnh kinh tế, chính trị và văn hóa Việt Nam mới là điều khó gấp bội. Đây cũng là một ẩn số chưa được nghiên cứu đầy đủ, tựa như Fukuyama ví nó

như một cái hộp đen, hiệu lực của thể chế nhà nước, trong đó có tài phán bảo hiến ở các quốc gia rất khác nhau, có quốc gia thành công, song phần lớn các nước đang phát triển đều khó du nhập được các thể chế nhà nước hiệu năng, trừ vài ngoại lệ là Hàn Quốc, Đài Loan, Singapore<sup>2</sup>.

Sau khi quan sát kinh nghiệm quốc tế, một điều đáng suy nghĩ đối với chúng ta sẽ là, cần rút ra những bài học vì sao tài phán bảo hiến đã thành công ở Đức, phần nào đó ở Hàn Quốc, và nếu du nhập một mô hình như vậy vào Việt Nam, điều kiện bảo đảm thành công phải gồm những gì?

Mầm mống về nhà nước pháp quyền ở Đức chắc là đã có từ rất sớm, Cộng hòa Weimar chắc phải được xem là một nền cộng hòa dân chủ với hệ thống tư pháp độc lập và chuyên nghiệp, ấy vậy mà sau năm 1933, cũng bộ máy tòa án ấy đã trở thành công cụ trong tay nhà nước phát xít, đàn áp mọi quyền dân chủ của người dân, đẩy xứ sở này vào tình trạng một quốc gia không có công lý, như người Đức thường bảo là Unrechtsstaat. Tòa án Hiến pháp Đức, như người Đức thường tự hào, không phải là phát minh sau Đại chiến thế giới. Dù có truyền thống như thế, song quả thực ý nghĩa chính trị đáng kể của nó chỉ có được sau Đại chiến thế giới thứ hai. Dường như để một thiết chế như tòa án hiến pháp vận hành, cần có rất nhiều tiền đề về kinh tế, chính trị, văn hóa, xã hội và các yếu tố khác, điều đáng tiếc ít được các nhà luật học cho là quan trọng để nghiên cứu.

Thì cũng thế, theo hiểu biết của chúng tôi, Nam Hàn nhiều năm sau cuộc chiến tranh Triều Tiên, thậm chí đến cuối những năm 80 của thế kỷ XX, vẫn không thể được gọi là một chế độ dân chủ. Chỉ khi các điều

1 Barry R Weingast, *Why Developing Countries Prove So Resistant to the Rule of Law*, in James J. Heckman, Robert L. Nelson, Lee Cabatingan, *Global Perspectives on the Rule of Law*. (New York: Routledge-Cavendish, 2010).

2 Francis Fukuyama, *State-Building: Governance and World Order in the 21st Century*, Cornell University Press, 2004.

kiện chính trị, kinh tế và xã hội đạt tới một mức độ nào đó, nhu cầu cho sự ra đời của một thiết chế bảo hiến và nhu cầu duy trì thiết chế ấy hoạt động thực sự hiệu quả mới hình thành.

Cũng như mọi thiết chế xã hội khác, người ta thường quan tâm tới các khía cạnh cung và cầu cho sự ra đời của một thể chế, ví dụ như thiết chế bảo hiến. Nếu nhìn nhận như vậy, ở Việt Nam hiện thời chúng ta phải thảo luận nhu cầu cần đến một thiết chế bảo hiến đã thực sự cấp bách hay chưa? Một thiết chế như vậy ra đời để bảo vệ ai, để thực thi chức năng và sứ mệnh gì, nó có vai trò gì trong nền chính trị nước ta? Bảo hiến trước hết là một thiết chế chính trị, trong vô vàn những dây mơ rễ má kiến tạo nên cân bằng chính trị của quốc gia chúng ta, liệu đã tới thời điểm chúng ta cần thêm một thiết chế mới hay chưa? Đó là cuộc thảo luận về nhu cầu.

Đặc biệt sau Đại hội Đảng XI, người Việt Nam đã nhận thấy nhu cầu bức bách của kiểm soát quyền lực, nhất là quyền lực của Chính phủ và bộ máy hành pháp. Dường như mong ước phân công và kiểm soát quyền lực giữa Chính phủ, Quốc hội, các cơ quan của Đảng và hệ thống chính trị đã phần nào được thể hiện trong Bản dự thảo sửa đổi Hiến pháp năm 1992. Thậm chí, mong ước giám sát quyền lực của Đảng Cộng sản, đặt hoạt động của Đảng dưới sự giám sát của nhân dân cũng đã được thể hiện. Như vậy, rõ ràng nhu cầu về bảo vệ Hiến pháp như một luật chơi giữa các thành tố chính tạo nên quyền lực công cộng trong quốc gia đã xuất hiện và được thể hiện trong Điều 120 của bản Dự thảo sửa đổi Hiến pháp năm 1992.

Về phía cung, chúng ta có nhiều mô hình, với những thiết kế và chức năng đã khá rõ ràng. Các kiến thức, hiểu biết về mô hình có thể dễ dàng đào tạo và chuyển giao, song để giới chính trị, các thể lực kiểm soát

các nguồn lực và người dân ở đất nước chúng ta từ làm quen tới chấp nhận; từ dần dần tin tưởng cho tới kính trọng và đặt niềm tin ở những thiết chế mới như cơ quan bảo hiến, cho nó sự chính danh để đóng một vai trò đáng kể trong đời sống chính trị ở nước ta, mới khó khăn hơn nhiều.

Trong các mô hình, rõ ràng mô hình Tòa bảo hiến theo kinh nghiệm của người Đức hoặc nói rộng quyền cho Tòa án tối cao theo kiểu Mỹ dường như kém hấp dẫn với người soạn thảo Hiến pháp Việt Nam, bởi hệ thống tòa án Việt Nam nói chung hiện chưa có được sự kính trọng và uy tín xã hội để trở thành một thiết chế trung gian giảng hòa hoặc ban hành phán quyết khi cần thiết về các tranh chấp mang tính quyền lực xuất phát từ Hiến pháp.

Khả dĩ đúng là một thiết chế thử nghiệm mang tính Hội đồng tựa theo kinh nghiệm của người Pháp<sup>3</sup>. Hội đồng hiến pháp vừa là một diễn đàn hòa giải mang tính đại diện của các nhóm tinh hoa và ưu tú trong xã hội, vừa có thể là một cơ quan có ít nhiều quyền tài phán để giải thích Hiến pháp hoặc quyết định về các tranh chấp Hiến pháp. Sự lựa chọn và dè dặt của Ban soạn thảo (xem Điều 120 Dự thảo), theo chúng tôi, là có căn cứ. Quy định kiểu này hiển nhiên là rón rén và lừng khừng, song là một phép thử cần thiết. Tuy nhiên, chúng tôi xin có một số bình luận về mô hình dự kiến của Hội đồng Hiến pháp như sau:

*Thứ nhất*, nên thiết kế Hội đồng Hiến pháp như một cơ quan của Hiến pháp, một diễn đàn giữa các nhánh quyền lực ở trung ương và địa phương, chứ không nên thiết kế Hội đồng này như cơ quan của Quốc hội. Nếu là cơ quan của Quốc hội, như quy định tại Khoản 1 Điều 120 Dự thảo, Hội đồng này chỉ có thể là cơ quan giúp việc của Ủy ban Thường vụ Quốc hội, bởi lẽ chức năng giải thích Hiến pháp theo truyền thống mô

3 Chi tiết về Hội đồng Hiến pháp Cộng hòa Pháp, tham khảo: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/>

hình Xô viết từ xưa cho đến nay thường được trao cho Ủy ban Thường vụ Quốc hội (xem Khoản 2, Điều 79 Dự thảo sửa đổi Hiến pháp). Nếu là cơ quan giúp việc cho Ủy ban Thường vụ Quốc hội thì không nên quy định vào Hiến pháp, vì Hội đồng này không phải là một thể chế bảo hiến, không xứng tầm của một vấn đề Hiến pháp. Vì lẽ đó, nếu mạnh dạn theo mô hình của người Pháp, cần làm cho Hội đồng này là một cơ quan của Hiến pháp, tách ra khỏi Quốc hội.

*Thứ hai*, để thiết chế này hoạt động, về thành phần Hội đồng Hiến pháp, các chức năng, thẩm quyền, quy trình lựa chọn và nhiệm kỳ, cũng nên học theo thiết kế của người Pháp, ví dụ lựa chọn nhiệm kỳ các thành viên Hội đồng chỉ ít là 9 năm, vênh với nhiệm kỳ Quốc hội, nên có một số ủy viên đương nhiên, ví dụ các cựu tổng bí thư của Đảng và/hoặc cựu Thủ tướng Chính phủ có thể nên là ủy viên đương nhiên. Nếu Hội đồng gồm 9 ủy viên, nên có một cơ chế phân bổ ủy viên đa dạng, ví dụ dành 1/3 cho Quốc hội bầu, 1/3 do Chính phủ chỉ định, và 1/3 nên dành cho Mặt trận bầu, chọn lấy đại diện từ giới tinh hoa, đại diện cho những lực lượng xã hội ngoài bộ máy nhà nước.

*Thứ ba*, như nhiều lần dự báo, Hội đồng Hiến pháp sẽ là một thiết chế mang tính thử nghiệm, nó không thể dễ dàng có được sự chính danh, quyền lực và sự công nhận của xã hội, chỉ ít là trong vài thập niên tới. Trên thực tế, các xung đột lợi ích lớn liên quan đến thực thi quyền lực ở Việt Nam hiện vẫn đang được xử lý bởi các thiết chế của Đảng. Chúng tôi cho rằng, vào thời điểm hiện tại, Đảng sẽ chưa giao các thẩm quyền từ Bộ Chính trị, Ban bí thư và các Hội nghị Trung ương trong giải quyết tranh chấp về lợi ích và quyền lực giữa Quốc hội, Chính phủ, hệ thống tòa án, cũng như tranh chấp lợi ích

giữa chính quyền trung ương và địa phương cho một thiết chế có tên gọi là Hội đồng Hiến pháp.

*Và cuối cùng*, từng bước thay đổi thể chế ở quốc gia chúng ta - vì nhiều lý do - đều tương tác rất gần gũi với những gì diễn ra ở Cộng hòa nhân dân Trung Hoa<sup>4</sup>. Môi trường chính trị, thể chế văn hóa, xã hội, những điều kiện lịch sử có nhiều tương đồng vô tình đã đẩy tới những thiết chế xã hội và giải pháp tương đồng. Thiếu tòa án bảo hiến, song không vì thế mà chế độ pháp quyền ở Trung Hoa được đánh giá nghiêm nhiên là thấp, kể cả bởi Ngân hàng Thế giới (xem thêm đo lường về quản trị quốc gia của nhóm Kaufmann)<sup>5</sup>. Thêm một lần nữa, bạn đọc có thể không đồng ý với Kaufmann, không ai tin Trung Hoa là một chế độ pháp quyền, song chúng tôi e rằng cũng không ai dám khẳng định đó là một quốc gia không có công lý (Unrechtsstaat).

Có vẻ như có rất nhiều con đường hướng tới công lý, song hiểu biết của chúng ta về các tiền đề chính trị, kinh tế và xã hội để cho công lý trở thành một nhu cầu của đại bộ phận dân chúng và của giới tinh hoa cầm quyền quả thật còn rất sơ khai. Khi hiểu biết còn hạn chế, thì vừa đi và dò đường, Hội đồng Hiến pháp có thể là một sự lựa chọn dè dặt, không thể mong cơ quan này sớm có ảnh hưởng trên thực tế. Chỉ khi nhu cầu về chủ nghĩa lập hiến tăng thêm, chỉ khi giới tinh hoa cầm quyền phải chấp nhận trao thêm quyền cho những lực lượng độc lập, mang tính chuyên môn cạnh chừng Hiến pháp như cạnh chừng luật chơi giữa các thành tố nắm giữ quyền lực công cộng, chúng tôi cho rằng chỉ khi đó các thiết chế bảo hiến mới có ảnh hưởng đáng kể trong đời sống chính trị của người Việt Nam ■

4 Joern Dosch et al, *The Impact of China on Governance Structures in Vietnam*, German Development Institute, 2008.

5 WGI, xem trang <http://info.worldbank.org/governance/wgi/index.asp>.



# KIẾN NGHỊ BỔ SUNG CHỨC NĂNG KIỂM SÁT VIỆC TUÂN THEO PHÁP LUẬT CỦA VIỆN KIỂM SÁT TRONG DỰ THẢO SỬA ĐỔI HIẾN PHÁP

PHẠM VĂN GÒN \*

**T**rong lịch sử lập hiến của nước ta kể từ Hiến pháp 1959, Hiến pháp 1980 và Hiến pháp 1992, nội dung về Viện kiểm sát luôn giữ một vai trò quan trọng nhất định trong cơ cấu các quy định của Hiến pháp. Tùy thuộc vào hoàn cảnh, điều kiện lịch sử của đất nước mà vị trí, chức năng, nhiệm vụ của Viện kiểm sát trong Hiến pháp có sự điều chỉnh, thay đổi để đáp ứng với thực tiễn xã hội và yêu cầu nhiệm vụ chính trị của một cơ quan được phân công nắm giữ quyền lực nhà nước.

Cụ thể, theo Hiến pháp 1959 thì Viện kiểm sát thực hiện chức năng kiểm sát theo luật định. Đây là chức năng chủ yếu và cơ bản của Viện kiểm sát với ý nghĩa là cánh tay nối dài của Quốc hội thực hiện quyền giám sát nhân danh cơ quan quyền lực nhà nước. Đến Hiến pháp 1980, bên cạnh chức năng kiểm sát việc tuân theo pháp luật, Viện kiểm sát còn được Hiến pháp xác định thêm

chức năng thực hành quyền công tố. Điều 138 Hiến pháp 1980 quy định: “Viện Kiểm sát nhân dân tối cao nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam kiểm sát việc tuân theo pháp luật của các bộ và cơ quan khác thuộc Hội đồng Bộ trưởng, các cơ quan chính quyền địa phương, tổ chức xã hội và đơn vị vũ trang nhân dân, các nhân viên nhà nước và công dân, thực hành quyền công tố, bảo đảm cho pháp luật được chấp hành nghiêm chỉnh và thống nhất.

Các Viện Kiểm sát nhân dân địa phương, các Viện Kiểm sát quân sự kiểm sát việc tuân theo pháp luật, thực hành quyền công tố trong phạm vi trách nhiệm của mình”.

Hiến pháp 1992, tiếp tục kế thừa quy định của Hiến pháp 1959 và Hiến pháp 1980, trong quy định về Viện kiểm sát đã xác định Viện kiểm sát là cơ quan thực hành quyền công tố và kiểm sát việc tuân theo pháp luật. Đến năm 2001, do yêu cầu thực

\* Đại biểu Quốc hội khoá XIII, Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân Thành phố Hồ Chí Minh.

tiền của xã hội, Hiến pháp 1992 được sửa đổi bổ sung và một trong những nội dung có sự thay đổi là chức năng của Viện kiểm sát được điều chỉnh từ thực hành quyền công tố và kiểm sát việc tuân theo pháp luật trở thành thực hành quyền công tố và kiểm sát hoạt động tư pháp.

Hiện nay, trong nội dung Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992 đang xin ý kiến nhân dân có quy định về Viện kiểm sát, tiếp tục xác định Viện kiểm sát thực hiện chức năng thực hành quyền công tố và kiểm sát hoạt động tư pháp.

Về mặt lý luận lẫn thực tiễn, chúng tôi cho rằng, cách quy định hiện nay về Viện kiểm sát trong Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992 vẫn chưa thực sự hoàn chỉnh, cần thiết phải có sự xem xét, nghiên cứu, phân tích một cách toàn diện, sâu sắc về chế định này, để bổ sung vào Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992 cho phù hợp. Theo chúng tôi, hiện nay thực tiễn đang đòi hỏi phải khôi phục quy định về chức năng kiểm sát việc tuân theo pháp luật của Viện kiểm sát trong Hiến pháp.

Về phương diện lý luận, để xác định chức năng, nhiệm vụ của một cơ quan nhà nước trong hệ thống chính trị cần phải dựa trên những nguyên tắc cơ bản về tổ chức quyền lực chính trị được quy định trong Hiến pháp.

Khác với những quốc gia tư bản với hệ thống pháp luật được xây dựng trên nguyên tắc tam quyền phân lập, có sự phân chia và chế ước về quyền lực chính trị giữa cơ quan lập pháp là Quốc hội, cơ quan hành pháp là Chính phủ và cơ quan tư pháp là Tòa án, ở nước ta, tất cả quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân với cơ quan đại diện là Quốc hội, Hội đồng nhân dân. Do đó, Quốc hội Việt Nam không chỉ là cơ quan lập pháp như Nghị viện ở các nước phương Tây (thuần túy lập pháp), mà còn là cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất. Và để thực hiện quyền lực nhà nước, Quốc hội phân công việc thực

hiện quyền lực này cho các cơ quan khác nhau, trong đó Quốc hội trực tiếp thực hiện chức năng lập pháp, Chính phủ nắm giữ quyền hành pháp, Tòa án thực hiện chức năng xét xử...

Gắn với việc phân công thực hiện quyền lực nhà nước, tất yếu đòi hỏi phải có việc kiểm tra và giám sát việc thực hiện quyền lực được phân công của chủ thể phân công và chủ thể được phân công. Tuy nhiên, do đặc thù trong hoạt động của Quốc hội nước ta chủ yếu là thông qua các kỳ họp và số lượng đại biểu chuyên trách còn hạn chế, nên cần phải thiết lập một cơ quan thực hiện chức năng giám sát phục vụ cho yêu cầu kiểm soát quyền lực nhà nước, tránh lạm quyền, bảo đảm cho pháp luật được chấp hành nghiêm chỉnh. Đây là cơ sở lý luận nền tảng cho sự ra đời của Viện kiểm sát với chức năng là cơ quan kiểm sát việc tuân theo pháp luật trong Hiến pháp 1959 và tiếp theo đó là Hiến pháp 1980 và Hiến pháp 1992.

Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992 tiếp tục khẳng định: “Tất cả quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân mà nền tảng là liên minh giữa giai cấp công nhân với giai cấp nông dân và đội ngũ trí thức. Quyền lực nhà nước là thống nhất, có sự phân công, phối hợp, kiểm soát giữa các cơ quan nhà nước trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp”.

Với quy định này, một lần nữa nguyên tắc quyền lực nhà nước là thống nhất và có sự phân công thực hiện quyền lực nhà nước đã tiếp tục được tái khẳng định là nền tảng để xây dựng hệ thống bộ máy nhà nước với những chức năng, nhiệm vụ cụ thể. Gắn với thực hiện phân công quyền lực là cơ chế kiểm soát quyền lực để tránh sự lạm quyền và đòi hỏi phải có một cơ quan độc lập trong hệ thống bộ máy nhà nước được Quốc hội phân công thực hiện chức năng kiểm tra, giám sát - nhân danh cơ quan quyền lực tối cao.

Đây là cơ sở vững chắc về mặt lý luận để xem xét, bổ sung chức năng kiểm sát việc tuân theo pháp luật cho Viện kiểm sát bên cạnh chức năng thực hành quyền công tố và kiểm sát hoạt động tư pháp trong Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992.

Về mặt thực tiễn, việc thực hiện kiểm soát quyền lực nhà nước để tránh lạm quyền là một đòi hỏi mang tính cấp thiết trong giai đoạn hiện nay.

Thực tế thời gian vừa qua, đặc biệt từ năm 2002 đến 2013, sau khi chức năng kiểm sát việc tuân theo pháp luật của Viện kiểm sát không còn được ghi nhận trong Hiến pháp 1992 (sửa đổi bổ sung năm 2001), vấn đề lạm dụng quyền lực nhà nước gây ảnh hưởng đến xã hội, đến quyền lợi của nhân dân ngày càng diễn biến phức tạp. Việc lạm dụng quyền lực nhà nước do thiếu cơ chế kiểm soát quyền lực thể hiện dưới nhiều hình thức, nhiều mức độ khác nhau. Có thể đề cập đến một số nội dung điển hình như việc ban hành các văn bản quy phạm pháp luật, văn bản hướng dẫn pháp luật không đúng thẩm quyền, trái với Hiến pháp (ví dụ hạn chế việc nhập cư ở một số địa phương vi phạm quy định về quyền tự do cư trú của công dân; hạn chế sở hữu xe tư nhân...); lạm dụng chức vụ, quyền hạn tham nhũng; vi phạm quy định của pháp luật trong quản lý kinh tế dẫn đến thiệt hại lớn ở các tập đoàn kinh tế nhà nước; vi phạm trong quản lý hệ thống ngân hàng, đất đai...

Nếu trong thời gian vừa qua có chức năng kiểm sát việc tuân theo pháp luật của hệ thống Viện kiểm sát từ trung ương đến địa phương - với vai trò là một hệ thống cơ quan độc lập - thì chắc chắn, các vấn đề nêu trên sẽ không xảy ra hoặc chí ít cũng không diễn ra với một mức độ nghiêm trọng như vậy và đã gây nên sự bức xúc trong dư luận như vừa qua.

Có thể thấy, công tác kiểm tra, giám sát nhằm bảo đảm pháp chế trong bộ máy nhà

nước do các cơ quan nhà nước khác - không phải là Viện kiểm sát thực hiện - hiệu quả còn hạn chế, mặc dù đã có sự nỗ lực lớn trong công tác thanh tra bởi cơ quan Thanh tra của Chính phủ, hoạt động giám sát của Quốc hội bên cạnh các kỳ họp. Trong thực tế, việc giải quyết các vấn đề lạm quyền, các vụ vi phạm pháp luật gây bức xúc, ảnh hưởng đến quyền lợi hợp pháp của nhân dân vẫn chưa đạt được hiệu quả như mong muốn. Ngược lại, trong lĩnh vực tư pháp, với chức năng giám sát độc lập của Viện kiểm sát, các quyền của công dân trong hoạt động tố tụng ngày càng được đảm bảo, việc điều tra, truy tố, xét xử ngày càng đảm bảo chất lượng, hạn chế thấp nhất tình trạng oan sai và nếu xảy ra oan, sai, gây thiệt hại, thì người bị thiệt hại đã được bồi thường theo luật định.

Kết quả kiểm sát việc tuân theo pháp luật của các cơ quan thanh tra và Viện kiểm sát cho thấy, việc có một Cơ quan chuyên về giám sát có ý nghĩa rất quan trọng trong đảm bảo hiệu quả của cơ chế kiểm soát quyền lực nhà nước, đặc biệt là đối với lĩnh vực hành pháp trong giai đoạn hiện nay.

Khi bàn về cơ chế kiểm soát quyền lực nhà nước, đã có một số ý kiến cho rằng, Quốc hội nên trực tiếp thực hiện quyền giám sát hoặc thành lập Ủy ban trực thuộc Quốc hội để thực hiện chức năng này. Chúng tôi cho rằng, với đặc thù mô hình tổ chức hoạt động hiện nay của Quốc hội nước ta, việc Quốc hội hay một Ủy ban trực thuộc Quốc hội trực tiếp thực hiện công tác kiểm tra, giám sát là không hiệu quả. Đó là chưa kể đến việc nếu thành lập thêm một cơ quan mới thực hiện chức năng này sẽ làm công kênh thêm bộ máy nhà nước. Do đó, khôi phục chức năng kiểm sát việc tuân theo pháp luật của Viện kiểm sát, sử dụng kinh nghiệm thực tiễn của một cơ quan trong bộ máy nhà nước có hệ thống tổ chức chặt chẽ từ trung ương đến địa phương và thực tiễn 42 năm

thực hiện chức năng kiểm sát việc tuân theo pháp luật để làm nhiệm vụ kiểm soát quyền lực nhà nước, tránh lạm quyền, sẽ đảm bảo hiệu quả của công tác này hơn là tổ chức một cơ quan mới hay chỉ để Quốc hội trực tiếp làm.

Vì vậy, chúng tôi cho rằng, cần thiết phải xem xét, khôi phục chức năng kiểm sát việc tuân theo pháp luật trong một số lĩnh vực do luật định cho Viện kiểm sát. Và nếu kiến nghị này được chấp nhận, Điều 112 Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992 sẽ được điều chỉnh theo hướng:

### “Điều 112

1. Viện kiểm sát nhân dân thực hành quyền công tố, kiểm sát hoạt động tư pháp, kiểm sát việc tuân theo pháp luật trong một số lĩnh vực theo quy định của pháp luật hoặc nghị quyết của Quốc hội”.

Cách quy định này sẽ tạo nền tảng pháp lý vững chắc cho việc thiết lập các thiết chế kiểm soát quyền lực nhà nước, nâng cao chất lượng hoạt động của bộ máy nhà nước, đáp ứng được nguyên tắc quyền lực nhà nước là thống nhất, có sự phân công và kiểm soát quyền lực nhà nước.

Đồng thời, cách quy định chức năng kiểm sát việc tuân theo pháp luật của Viện kiểm sát trong những lĩnh vực cụ thể theo quy định của pháp luật hoặc Nghị quyết của Quốc hội, sẽ vừa xác định được chức năng giám sát xuất phát từ việc thực hiện quyền lực tối cao của Nhà nước, vừa đảm bảo tính chuyên sâu của công tác kiểm sát gắn với từng lĩnh vực cụ thể và cần thiết, đồng thời đảm bảo không thực hiện kiểm sát dàn trải mang tính hình thức, kém hiệu quả và gây khó khăn cho đối tượng kiểm sát ■



Các đại biểu tham dự Hội nghị góp ý Dự thảo sửa đổi Hiến pháp năm 1992, thành phố Hồ Chí Minh, 28-02-2013



# VẤN ĐỀ KỸ THUẬT VĂN BẢN

## TRONG DỰ THẢO SỬA ĐỔI, BỔ SUNG HIẾN PHÁP NĂM 1992

GIÁP THỊ HẠNH\*

**K**ỹ thuật văn bản quy phạm pháp luật (VBQPPL) là bộ môn khoa học pháp lý ứng dụng, gồm một hệ thống các quy tắc về việc bố cục văn bản, trình bày, diễn đạt quy phạm dưới hình thức các điều, khoản cũng như cách hành văn, sử dụng từ ngữ trong văn bản. Với tư cách là một khoa học, kỹ thuật VBQPPL là cách thức soạn thảo tốt nhất, bảo đảm được chất lượng văn bản, hiệu quả thi hành văn bản. Chính vì thế, Montesquieu - Nhà sáng lập và phát triển Học thuyết phân quyền, trong tác phẩm “Tinh thần pháp luật” đã viết: “Những bậc tài năng rộng lớn có thể làm ra luật cho nước mình và nước khác, đều phải chú ý đến cách soạn thảo luật”<sup>1</sup>.

Theo tinh thần ấy, chúng tôi bình luận một số vấn đề có liên quan đến ngôn ngữ và kỹ thuật VBQPPL đối với Dự thảo Hiến pháp sửa đổi, bổ sung Hiến pháp năm 1992 (sau đây gọi là Dự thảo Hiến pháp sửa đổi).

### 1. Bố cục của Dự thảo Hiến pháp sửa đổi

Bố cục VBQPPL - theo Khoản 3 Điều 5 của Luật Ban hành VBQPPL năm 2008 là việc phân chia nội dung điều chỉnh của văn bản thành phần, chương, mục, điều, khoản, điểm; các phần, chương, mục, điều phải có tiêu đề. Thông thường, một VBQPPL có trên dưới 100 điều khoản thì việc phân chia nội dung văn bản thành các chương, điều, khoản, điểm là hợp lý. Việc phân chia ấy đã được sử dụng trong cả ba bản Hiến pháp Việt Nam trước đây, trong Hiến pháp hiện hành và cả trong Dự thảo sửa đổi Hiến pháp hiện nay. Việc phân chia nội dung VBQPPL

thành các chương, bảo đảm tính hợp lý, liên thông giữa nội dung các chương dựa vào hai cơ sở:

- Các văn bản chuyên biệt, độc lập (Luật Thực hành tiết kiệm, chống lãng phí; Luật Phòng, chống tham nhũng; Luật Nhà ở...) thường phân chia nội dung thành các chương dựa vào mức độ khái quát của các quy định, những quy định chung thường bố trí ở chương đầu, các chương sau là các quy định cụ thể hơn.

- Với các văn bản là nguồn của các quy phạm điều chỉnh các quan hệ xã hội là đối tượng điều chỉnh của ngành luật, như Hiến

\* **ThS, Giảng viên Đại học Kinh tế quốc dân Hà Nội.**

1 Montesquieu, Tinh thần pháp luật, Nxb. Giáo dục, Hà Nội, 1996, tr. 209.

pháp - nguồn cơ bản của ngành luật nhà nước; Luật Đất đai - nguồn của ngành luật đất đai; Luật Doanh nghiệp - nguồn của ngành luật kinh doanh thương mại,... thì việc phân chia các chương dựa trên cơ sở của khoa học luật chuyên ngành, tức là theo các chế định của ngành luật đó. Mỗi chế định, cũng là một chương, điều chỉnh một nhóm quan hệ xã hội có những đặc điểm chung, thuộc một lĩnh vực xã hội; các chủ thể của những quan hệ ấy có mối quan hệ chặt chẽ về chức năng, như cơ quan Tòa án với cơ quan Viện Kiểm sát, hoặc giữa Hội đồng nhân dân với Ủy ban nhân dân. Phù hợp với tính chất khái quát của các quy phạm Hiến pháp, và theo mối liên hệ chặt chẽ giữa các nhóm quan hệ xã hội mà mỗi chương trong Hiến pháp có thể là nguồn của các quy phạm thuộc nhiều chế định của ngành luật nhà nước.

Từ cách đặt vấn đề trên, có thể thấy bố cục của Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992 có các vấn đề sau:

**Về Chương I - Chế độ chính trị:** Chương này là nguồn của chế định đầu tiên và quan trọng nhất của ngành luật nhà nước, chi phối nội dung và mục đích điều chỉnh của các chế định khác thuộc ngành luật này. Theo đó, Chương I có nội dung chủ yếu là xác định vị trí, tính chất, địa vị pháp lý của các thiết chế trong hệ thống chính trị (Đảng, Nhà nước, tổ chức chính trị - xã hội), điều chỉnh các quan hệ giữa các thiết chế ấy trong thực hiện quyền lực của nhân dân. Với nội dung đó, việc đưa các quy định về Quốc kỳ, Quốc

huy, Quốc ca, ngày Quốc khánh và Thủ đô mà theo Hiến pháp năm 1992 được quy định ở Chương XI vào Chương này là không hợp lý, nên theo như Hiến pháp năm 1992.

**Chương III - Kinh tế, xã hội, văn hóa, giáo dục, khoa học, công nghệ và môi trường:** Chương này hợp nhất các Chương II, III của Hiến pháp năm 1992 đồng thời có sự mở rộng phạm vi điều chỉnh với những sửa đổi, bổ sung cần thiết. Đó là điều hợp lý vì những lĩnh vực mà Chương III điều chỉnh có mối quan hệ chặt chẽ với nhau. Tuy nhiên, tiêu đề của Chương III thì không hợp lý, theo kiểu liệt kê, không mang tính khái



GS, TS. Nguyễn Ngọc Trân, nguyên phó chủ nhiệm Ủy ban Đối ngoại của Quốc hội phát biểu tại Hội nghị góp ý Dự thảo sửa đổi Hiến pháp năm 1992, thành phố Hồ Chí Minh, 28-02-2013.

quát. Và lại, kinh tế, văn hóa, giáo dục, khoa học, công nghệ cũng là những lĩnh vực xã hội; “xã hội” không chỉ là chăm sóc sức khỏe bà mẹ, trẻ em, an sinh xã hội, chính sách người có công. Vì lẽ ấy, tiêu đề Chương III

nên đổi là: Chính sách phát triển bền vững xã hội, đồng thời - để phù hợp - cần chuyển Điều 59 (mới) về ngân sách nhà nước, dự trữ quốc gia, quỹ tài chính nhà nước và nguồn tài chính công khác lên Chương I là hợp lý.

**Chương IV - Bảo vệ Tổ quốc:** Có thể thấy ngay ở điều đầu tiên (Điều 69) của Chương này là phạm vi điều chỉnh của Chương và tiêu đề Chương không nhất quán với nhau. Theo nội dung, phạm vi điều chỉnh của Chương rộng hơn, bao gồm cả vấn đề an ninh quốc gia, trật tự an toàn xã hội - những chức năng đối nội của Nhà nước

trong khi bảo vệ Tổ quốc - tiêu đề của chương, thuộc chức năng đối ngoại của Nhà nước, là tổ chức phòng thủ đất nước, chống lại những cuộc chiến tranh xâm lược từ bên ngoài của các thế lực thù địch. Mặt khác, hoạt động đối ngoại của Nhà nước không chỉ nhằm tăng cường quan hệ hữu nghị, hợp tác quốc tế, nâng cao vị thế của Việt Nam trong mọi sinh hoạt quốc tế mà còn góp phần quan trọng trong việc bảo vệ Tổ quốc, bảo vệ độc lập độc lập, chủ quyền và toàn vẹn lãnh thổ, nhưng lại không được quy định trong Chương này. Vì những lẽ trên, Chương IV nên đổi tên là: **Chính sách quốc phòng, an ninh và đối ngoại**, đồng thời để phù hợp cần chuyển các điều liên quan đến chính sách đối ngoại của Nhà nước ở Chương I xuống Chương này (các điều 11, 12) là hợp lý.

**Chương X. Hội đồng Hiến pháp, Hội đồng bầu cử Quốc gia, Kiểm toán Nhà nước:** Như phân tích ở trên, cơ sở khoa học hình thành các chương là lý thuyết về ngành luật, chế định luật, trong đó chủ thể các quan hệ xã hội được điều chỉnh bởi các chế định (cũng là các chương) có mối quan hệ về nhiều mặt, hết sức chặt chẽ. Hội đồng Hiến pháp, Hội đồng Bầu cử quốc gia và Kiểm toán Nhà nước là những thiết chế hiến định mới, đều do Quốc hội thành lập, có vị trí độc lập như các thiết chế Chính phủ, Tòa án, Viện Kiểm sát, hoàn toàn khác nhau về mục đích, chức năng, hình thức và phương pháp hoạt động. Vì thế, ghép ba thiết chế này vào một chương là hết sức khiên cưỡng.

## 2. Cách diễn đạt

Việc diễn đạt VBQPPL có thể theo hai cách, hoặc là văn xuôi pháp luật, hoặc là văn điều khoản. Lời nói đầu của một số VBQPPL, trong đó có Hiến pháp, các nghị quyết của Quốc hội, Hội đồng nhân dân sử dụng văn xuôi pháp luật. Cho dù là theo

cách này hay theo văn điều khoản thì việc diễn đạt VBQPPL đều phải đáp ứng yêu cầu chặt chẽ, chính xác, mạch lạc, dễ hiểu, và như Montesquieu nói phải “ngắn gọn, rõ ràng”, phải theo phong cách “giản dị”, “phải gọi lên trong đầu óc người đời những ý nghĩ giống như luật nói”<sup>2</sup>.

Từ những yêu cầu trên, việc diễn đạt nội dung trong Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992 có một số điểm đáng lưu ý, như:

Các câu trong Lời nói đầu khá dài, nhiều mệnh đề, toàn bộ Lời nói đầu có 08 câu nhưng số từ lên tới 443 từ, có câu đến 144 từ, với 07 mệnh đề, ví dụ: “Dưới ánh sáng của chủ nghĩa Mác - Lê nin và tư tưởng Hồ Chí Minh, thể chế hóa Cương lĩnh xây dựng đất nước trong thời kỳ quá độ lên chủ nghĩa xã hội, thực hiện chủ quyền nhân dân, Hiến pháp này tiếp tục khẳng định ý chí của nhân dân và chủ quyền quốc gia; phát huy dân chủ, sức mạnh đại đoàn kết dân tộc; xây dựng và bảo vệ Tổ quốc; hoàn thiện Nhà nước pháp quyền Việt Nam xã hội chủ nghĩa của nhân dân, do nhân dân, vì nhân dân; tôn trọng và bảo đảm quyền con người, quyền công dân; phát triển kinh tế, văn hóa, giáo dục, khoa học, công nghệ, bảo vệ môi trường; thực hiện công bằng xã hội; tăng cường quan hệ hữu nghị và hợp tác với các nước trên thế giới”. Câu dài lại nhiều mệnh đề khiến cho người đọc khó nắm bắt được nội dung, rất bất lợi trong việc nhận thức cũng như trong công tác tuyên truyền, phổ biến Hiến pháp.

Câu vừa sai nội dung, vừa mâu thuẫn. Lời nói đầu của Dự thảo Hiến pháp sửa đổi có câu: “Qua các thời kỳ kháng chiến kiến quốc, nước ta đã có Hiến pháp năm 1946, Hiến pháp năm 1959, Hiến pháp năm 1980 và Hiến pháp năm 1992”. Câu này đúng như nhận xét trên, bởi thời kỳ kháng chiến kiến quốc chỉ là khoảng thời gian diễn ra cuộc

2 Montesquieu, *Tinh thần pháp luật*, Nxb. Giáo dục, Hà Nội, 1996, tr. 210.

kháng chiến chống Pháp (1946-1954), cũng là thời kỳ Đảng, Nhà nước, nhân dân ta tiến hành cuộc cách mạng dân tộc, dân chủ, nhân dân. Ở các thời kỳ tiếp theo, mà Hiến pháp các năm 1959, 1980, 1992 đánh dấu mốc khởi đầu và thể chế hóa đường lối cách mạng của Đảng trong những thời kỳ ấy, là các thời kỳ xây dựng cơ sở vật chất cho chủ nghĩa xã hội ở miền Bắc, hoàn thành cuộc cách mạng dân tộc, dân chủ nhân dân trên phạm vi cả nước; thời kỳ cả nước độc lập, hoà bình, thống nhất quá độ lên chủ nghĩa xã hội; thời kỳ đổi mới, công nghiệp hóa, hiện đại hóa đất nước.

Tính khái quát là đặc trưng của các quy phạm Hiến pháp, nhưng Lời nói đầu lại quá khái quát, chỉ đề cập đến lịch sử nghìn năm xây dựng nền văn hiến, đến sự ra đời của Nhà nước Việt Nam Dân chủ cộng hòa sau Cách mạng Tháng Tám, bỏ qua hàng ngàn năm ra đời, phát triển của các Nhà nước Việt Nam, cũng là hàng ngàn năm liên tục khẳng định chủ quyền quốc gia. Việc bỏ qua ấy và việc chỉ đề cập đến Nhà nước Việt Nam sau Cách mạng Tháng Tám có thể sẽ dẫn đến cách hiểu chủ quyền quốc gia, trong đó có chủ quyền lãnh thổ chỉ được xác lập kể từ khi Nhà nước Việt Nam Dân chủ cộng hòa ra đời. Như vậy, Dự thảo sửa đổi Hiến pháp không làm được cái việc “gợi lên trong đầu óc người đời những ý nghĩ đúng như luật nói”.

Trong Lời nói đầu và một số điều khoản của Dự thảo diễn đạt không rõ, không chính xác, lộn ý, cụ thể:

Tại Lời nói đầu có đoạn: “...Thể chế hóa Cương lĩnh xây dựng đất nước trong thời kỳ quá độ lên chủ nghĩa xã hội,...” mà không rõ Hiến pháp thể chế hóa Cương lĩnh nào, bởi Đảng ta từ khi đề ra và lãnh đạo công cuộc đổi mới trong thời kỳ đổi mới đến nay có hai cương lĩnh, gồm Cương lĩnh xây dựng đất nước trong thời kỳ quá độ lên chủ nghĩa xã hội năm 1991 và Cương lĩnh năm 2011;

Cương lĩnh này bổ sung và phát triển Cương lĩnh năm 1991.

Khoản 1 Điều 8 của Dự thảo viết: “Nhà nước tổ chức và hoạt động theo Hiến pháp và pháp luật, quản lý xã hội bằng Hiến pháp và pháp luật, thực hiện nguyên tắc tập trung dân chủ”. Sự không chính xác, trùng lặp của Điều khoản này ở chỗ, Nhà nước không tự tổ chức chính mình mà nhân dân tổ chức ra Nhà nước, và do đó phải là “Nhà nước được tổ chức theo Hiến pháp và pháp luật”. Và lại, toàn bộ hoạt động của Nhà nước, từ hoạt động đối nội đến hoạt động đối ngoại, từ lập pháp đến hành pháp, tư pháp đều là hoạt động quản lý xã hội. Như thế, Nhà nước hoạt động theo Hiến pháp và pháp luật cũng là Nhà nước quản lý xã hội bằng Hiến pháp và pháp luật. Nhà nước cũng không thực hiện nguyên tắc tập trung dân chủ, mà ngược lại, nguyên tắc này là nguyên tắc cơ bản, là một trong các nguyên tắc quan trọng nhất chi phối việc tổ chức ra Nhà nước, xác lập các mối quan hệ giữa các cơ quan nhà nước, chỉ đạo toàn bộ hoạt động của Nhà nước. Nói cách khác, nguyên tắc tập trung dân chủ không phải là đối tượng thực hiện của hoạt động của Nhà nước.

Điều 69 Khoản 1 có câu: “Nhà nước củng cố và tăng cường nền quốc phòng toàn dân và an ninh nhân dân; lực lượng vũ trang nhân dân giữ vai trò nòng cốt; phát huy sức mạnh tổng hợp của đất nước để bảo vệ vững chắc Tổ quốc, góp phần bảo vệ hòa bình ở khu vực và trên thế giới”. Câu này là câu phức tạp, có ba mệnh đề cùng chủ ngữ là Nhà nước nhưng mệnh đề thứ hai lại không có động từ, tựa như “củng cố, tăng cường” ở mệnh đề thứ nhất, “phát huy” ở mệnh đề thứ ba nên không rõ nghĩa. Nếu ở mệnh đề thứ hai thêm động từ “xây dựng” thì thiếu sót ấy hoàn toàn khắc phục được.

### 3. Việc sử dụng từ ngữ, khái niệm

- Dự thảo Hiến pháp sửa đổi còn nhiều hạn chế trong việc sử dụng từ ngữ, khái



niệm, chẳng hạn: Trong Lời nói đầu, câu: “Dưới ánh sáng của chủ nghĩa Mác - Lênin và tư tưởng Hồ Chí Minh, thể chế hóa Cương lĩnh xây dựng đất nước trong thời kỳ quá độ lên chủ nghĩa xã hội, thực hiện chủ quyền nhân dân, Hiến pháp này tiếp tục khẳng định ý chí của nhân dân và chủ quyền quốc gia;...” đã sử dụng hai khái niệm “chủ quyền nhân dân” và “chủ quyền quốc gia”, vốn là hai khái niệm của khoa học pháp lý không dễ nhận thức, nếu như không có những hiểu biết pháp luật nhất định.

- Dự thảo còn dùng nhiều từ đồng nghĩa hoặc gần nghĩa, có thể thay thế cho nhau, và điều đó làm cho Dự thảo thiếu tính nhất quán, gây khó cho việc nhận thức, cụ thể: Từ “đất nước” được sử dụng trong khá nhiều điều khoản, như ở Điều 5 Khoản 1 (các dân tộc cùng sinh sống trên đất nước Việt Nam); Điều 58 Khoản 1 (phát triển đất nước); Điều 69 (sức mạnh tổng hợp của đất nước); Điều 70 (xây dựng đất nước)... Điều đáng lưu ý là từ “đất nước” chỉ được dùng chủ yếu trong các văn kiện chính trị của Đảng, trong sách báo văn hóa, nghệ thuật, không dùng hoặc rất ít dùng trong văn luật, bởi trong nhiều trường hợp từ này không phản ánh được bản chất pháp lý của sự vật, hiện tượng, quá trình mà pháp luật phản ánh. Cụm từ “sinh sống trên đất nước Việt Nam” nêu trên, mà lẽ ra phải là “sinh sống trên lãnh thổ Việt Nam”; hoặc cụm từ “phát huy sức mạnh tổng hợp của đất nước”, mà lẽ ra phải là “phát huy sức mạnh tổng hợp của quốc gia” (hoặc của hệ thống chính trị) cho thấy rõ hạn chế này.

Từ “Tổ quốc” được sử dụng cùng nghĩa với từ “đất nước”, được dùng trong Lời nói đầu (chiến tranh bảo vệ Tổ quốc, xây dựng và bảo vệ Tổ quốc); trong Điều 11 Khoản 1 (Tổ quốc Việt Nam là thiêng liêng, bất khả xâm phạm); ở tiêu đề Chương IV (Bảo vệ Tổ quốc).

Từ “theo”, từ “bằng” được sử dụng tại

Điều 8, Khoản 1: “Nhà nước tổ chức và hoạt động theo Hiến pháp và pháp luật, quản lý xã hội bằng Hiến pháp và pháp luật,...”,

Từ “củng cố” và từ “tăng cường” là những từ mà biên độ rất rộng, lại mềm dẻo, bởi có thể “tăng cường” đến một mức nào đó rồi tiến hành “củng cố”; “củng cố” theo nghĩa ấy lại là điểm xuất phát của “tăng cường”, hoặc vừa “tăng cường”, vừa “củng cố” Vì thế, Điều 69 quy định: “Nhà nước củng cố và tăng cường nền quốc phòng toàn dân và an ninh nhân dân” trở thành quy định rất khó nhận thức chính xác và rất khó định lượng.

Thậm chí, Lời nói đầu của Dự thảo Hiến pháp sửa đổi còn dùng cả từ chỉ có trong văn nói, cụ thể trong câu: “Qua các thời kỳ kháng chiến kiến quốc, nước ta đã có...”. Việc sử dụng từ ấy không chỉ làm giảm sự trình trọng của Lời nói đầu mà với người nước ngoài khi đọc Hiến pháp sẽ không thể hiểu “nước ta” là nước nào?

Từ “nước” và từ “quốc gia” được Dự thảo coi là đồng nghĩa (Điều 5 Khoản 1: “Nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là quốc gia thống nhất của các dân tộc...”)  
song không phải trường hợp nào cũng có thể thay thế cho nhau được. Chẳng hạn, từ “nước” tại Điều 115 Khoản 1: “Nước chia thành tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương” là không chính xác, bởi “nước” là “quốc gia”, mà quốc gia được hiểu là *một thực thể chính trị - pháp lý, là chủ thể của công pháp quốc tế, được tạo thành bởi ba yếu tố không thể tách rời là lãnh thổ, dân cư và Nhà nước có chủ quyền*. Với cách hiểu đó thì không phải “nước chia thành tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương” mà là “lãnh thổ quốc gia chia thành tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương”.

#### 4. Những chức danh viết hoa

Trong Dự thảo Hiến pháp sửa đổi có những chữ là danh từ riêng lẽ ra phải được viết hoa nhưng lại viết chữ thường, ví dụ:

Trong cụm từ “Nhà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam” từ “Cộng” viết hoa trong khi ở cụm từ “Nhà nước Việt Nam dân chủ cộng hòa” thì từ “dân” lại không được viết hoa, mặc dù “Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam” hay “Dân chủ cộng hòa” đều chỉ hình thức chính thể của Nhà nước Việt Nam.

Từ “tuyên ngôn” là danh từ chung, nhưng Tuyên ngôn Độc lập là danh từ riêng nên từ “Độc” phải viết hoa, thế nhưng Lời nói đầu của Dự thảo lại không viết hoa. Cũng như vậy, tên các Ủy ban, Hội đồng của Quốc hội, như Ủy ban Pháp luật, Ủy ban Tư pháp, Ủy ban Đối ngoại..., Hội đồng Dân tộc; hoặc Hội đồng Quốc phòng và An ninh, Hội đồng Bầu cử quốc gia là tên riêng, chỉ một cơ quan nhà nước cụ thể nên phải viết hoa song Dự thảo Hiến pháp sửa đổi lại không viết hoa, trong khi những cơ quan nhà nước khác, như Hội đồng Hiến pháp, Tòa án lại viết hoa.

### 5. Dự thảo Hiến pháp sửa đổi bỏ ngỏ một số vấn đề quan trọng hoặc nhường cho lập pháp quy định

Điều 14 Dự thảo quy định: “Thủ đô nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là Hà Nội” mà không ghi nhận thêm: “Một đạo luật sẽ quy định cụ thể vị trí, vai trò của Thủ đô; chính sách, trách nhiệm xây dựng, phát triển, quản lý và bảo vệ Thủ đô”. Bổ sung quy định này trong Hiến pháp là cần thiết mặc dù hiện đã có Luật Thủ đô, bởi vị trí quan trọng của Thủ đô đối với quốc gia, và bởi để cho việc sửa đổi, ban hành mới Luật Thủ đô khi cần thiết sẽ không vượt ra khỏi khuôn khổ Hiến pháp.

Các điều về Hội đồng Hiến pháp (Điều 120), Hội đồng Bầu cử quốc gia (Điều 121) và Kiểm toán Nhà nước (Điều 122) nội dung còn quá sơ sài, nhiều vấn đề cần phải được quy định rõ trong Hiến pháp, như trình tự, cách thức thành lập, nhiệm vụ, quyền hạn cơ bản, địa vị pháp lý của người đứng đầu, các

mối quan hệ với cơ quan nhà nước, các hình thức hoạt động, như những quy định đối với các thiết chế hiến định truyền thống (Quốc hội, Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ, Chủ tịch nước, Tòa án, Viện Kiểm sát) song lại không được quy định. Phải chăng, vì ba thiết chế trên là những thiết chế mới, chưa đủ cơ sở lý luận và thực tiễn để quy định trong Hiến pháp nên phải dành cho luật định? Và như thế liệu có đúng với nguyên tắc: *Những gì phải quy định trong Hiến pháp thì luật không được quy định; những gì mà Hiến pháp quy định thì luật mới được quy định cụ thể và phải đảm bảo không trái với quy định của Hiến pháp.*

### 6. Về tiêu đề

Theo Điều 5, Khoản 3 của Luật Ban hành VBQPPL năm 2008 các phần, chương, mục, điều trong VBQPPL phải có tiêu đề. Quy định này làm cho việc trình bày nội dung văn bản mạch lạc, rõ ràng, dễ nhận thức, dễ viện dẫn. Thực tế, các chương, điều của các luật, pháp lệnh của Quốc hội, Ủy ban Thường vụ Quốc hội hay các nghị định của Chính phủ và các VBQPPL khác đều có tiêu đề. Hiến pháp là luật cơ bản, có hiệu lực cao nhất thì càng cần phải tuân theo quy định trên song Dự thảo sửa đổi Hiến pháp ở tất cả các điều đều không có tiêu đề. Đó là một hạn chế không đáng có ■

## ĐÍNH CHÍNH

Do sơ suất trong khâu kỹ thuật, bài viết “**Quyền lực trong Dự thảo Hiến pháp sửa đổi**” của tác giả, GS, TS. Nguyễn Minh Thuyết đăng trên Nghiên cứu lập pháp số 5(237) tháng 3/2013, tại trang 5, cột bên trái, dòng thứ hai từ dưới lên có ghi: “Một ví dụ khác, Điều 144 Dự thảo quy định:”.

*Xin được đính chính lại là:* Một ví dụ khác, Điều 114 Dự thảo quy định:

*Thành thật xin lỗi Tác giả và quý bạn đọc.*