

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

ISSN 1859 - 2953

www.nclp.org.vn

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



- ❖ Mối quan hệ giữa Quốc hội và Kiểm toán nhà nước trong Hiến pháp năm 2013;
- ❖ Nhà nước pháp quyền là tinh thần pháp luật hay là đúng quy trình?;
- ❖ Tìm lời giải cho bài toán về độc quyền và cạnh tranh.

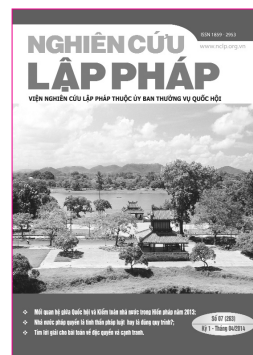
Số 07 (263)

Kỳ 1 - Tháng 04/2014



NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn



Mục lục 4/2014

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

BÌNH LUẬN VỀ HIẾN PHÁP

- 3** Mối quan hệ giữa Quốc hội và Kiểm toán nhà nước trong Hiến pháp năm 2013

TS. Hoàng Văn Tú

- 8** Nhà nước pháp quyền là tinh thần pháp luật hay là đúng quy trình?

GS, TS. Nguyễn Đăng Dung – ThS. Nguyễn Đăng Duy

- 14** Khái niệm dẫn độ tội phạm trong luật quốc tế và pháp luật Nước ta

ThS. Hà Thanh Hòa

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 20** Những quan điểm lớn và sự cần thiết sửa đổi Luật Bảo hiểm xã hội

TS. Bùi Sỹ Lợi

- 25** Kiến nghị hoàn thiện Luật Thi hành án dân sự

TS. Nguyễn Duy Phương

- 29** Nên thừa nhận chế định kết hợp dân sự giữa hai người cùng giới tính

ThS. Cao Vũ Minh - Nguyễn Đức Nguyên Vy

CHÍNH SÁCH

- 37** Tìm lời giải cho bài toán về độc quyền và cạnh tranh

TS. Dương Văn Hậu

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 42** Thực trạng pháp luật về giám sát tài chính công và kiến nghị hoàn thiện

Trần Vũ Hải – Hoàng Minh Thái

- 52** Một số vấn đề về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ của hộ gia đình

Đào Hoàng Thắng – Lê Thị Hương Thủy – Nguyễn Thị Thu

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 59** So sánh các quy định về thủ tục xét hỏi và tranh luận tại phiên tòa hình sự sơ thẩm của Mỹ, Pháp, Nga và Việt Nam

ThS. Nguyễn Ngọc Kiên

HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

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

TỔNG BIÊN TẬP

TS. PHẠM VĂN HÙNG

TRỤ SỞ:

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

THIẾT KẾ:

HOÀNG NHI

GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:

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

PHÁT HÀNH:

HÀ NỘI: 080-43364

TÀI KHOẢN:

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

IN TẠI CÔNG TY CỔ PHẦN IN TÂY HỒ

GIÁ: 19.500 ĐỒNG

Ảnh bìa: *Vẻ đẹp Huế*

Ảnh: ST

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn

Legis 4/2014

STATE AND LAW

COMMENTARY ON CONSTITUTION

- 3** The relationship between the National Assembly and the State Auditor in the Constitution in 2013

Dr. Hoang Van Tu

- 8** The rule of law is the spirit of law or the due process ?

Prof. Dr. Nguyen Dang Dung – LLM. Nguyen Dang Duy

- 14** The concept of extradition in international law and the laws of our country

LLM. Ha Thanh Hoa

DISCUSSION OF BILLS

- 20** The major views and the necessity of amendments to the Law on Social Insurance

Dr. Bui Sy Loi

- 25** Recommendations to improve the Law on enforcement of civil judgment

Dr. Nguyen Duy Phuong

- 29** It should be recognized statutory civil unions between two people of the same sex

LLM. Cao Vu Minh - Nguyen Duc Nguyen Vy

POLICIES

- 37** Find a solution to the problem of monopoly and competition

Dr. Duong Van Hau

LEGAL PRACTICE

- 42** Current situation of legislation on overseeing public finance and proposals to improve

Tran Vu Hai – Hoang Minh Thai

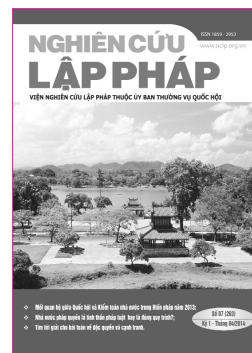
- 52** Some issues on ensuring the implementation of household duties

Dao Hoang Thang – Le Thi Huong Thuy – Nguyen Thi Thu

FOREIGN EXPERIENCE

- 59** Comparison of regulations on interrogation and arguing procedures in trial at first instance criminal court of the United States, France, Russia and Vietnam

LLM. Nguyen Ngoc Kien



EDITORIAL:

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

EDITOR-IN-CHIEF:

Dr. PHAM VAN HUNG

OFFICE:

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

DESIGN:

HOANG NHI

LICENSE OF PUBLISHMENT:

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

DISTRIBUTION:

HA NOI: 080-43364

ACCOUNT NUMBER:

0011000467735
LEGISLATIVE STUDY MAGAZINE
VIETCOMBANK

PRINTED BY: TAYHO PRINTING
JOINT STOCK COMPANY

Price: 19,500 VND

MỐI QUAN HỆ GIỮA QUỐC HỘI VÀ KIỂM TOÁN NHÀ NƯỚC TRONG HIẾN PHÁP NĂM 2013

HOÀNG VĂN TÚ*

Hiến pháp nước Cộng hòa XHCN Việt Nam (đã sửa đổi năm 2013) được Quốc hội khóa XIII thông qua vào ngày 28/11/2013. Đây là bản Hiến pháp đánh dấu thời kỳ đổi mới toàn diện ở nước ta. Cùng với việc sửa đổi, bổ sung các điều khoản cụ thể trên cơ sở kế thừa Hiến pháp năm 1992, Hiến pháp đã bổ sung thiết chế Kiểm toán Nhà nước (KTNN) vào Chương X. Để góp phần thể chế hóa các quy định của Hiến pháp và đưa Hiến pháp 2013 vào thực tiễn cuộc sống, thiết nghĩ cần làm rõ mối quan hệ giữa Quốc hội với thiết chế này cũng như nội dung các quy định về KTNN cần được thể chế hóa sau khi Hiến pháp 2013 có hiệu lực thi hành.

1. Bối cảnh hiến định thiết chế Kiểm toán Nhà nước trong Hiến pháp 2013

Với mục đích tăng cường vị thế và trách nhiệm của cơ quan KTNN trong giai đoạn hiện nay, Hiến pháp 2013 đã hiến định địa vị pháp lý của KTNN trong Chương X của Hiến pháp. Đây là một thiết chế 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. Việc hiến định này phù hợp với thực tiễn hoạt động của KTNN ở nước ta cũng như thông lệ quốc tế hiện nay.

Nghiên cứu thực tiễn Việt Nam cũng

như Hiến pháp một số nước trên thế giới¹ cho thấy, KTNN là một thiết chế cần được ghi nhận trong Hiến pháp bởi các lý do chính sau đây:

Một là, theo khuyến cáo của Tổ chức quốc tế Các cơ quan kiểm toán tối cao (INTOSAI) và thông lệ quốc tế thì tính độc lập và địa vị pháp lý của KTNN cần được quy định trong Hiến pháp.

Trong hoạt động kiểm toán, tính độc lập là tiền đề cơ bản bảo đảm cho công tác kiểm tra tài chính công có hiệu lực và hiệu quả. Vì vậy, theo khuyến cáo của INTOSAI và thông lệ ở nhiều quốc gia trên thế giới, tính

* TS. Phó Viện trưởng Viện Nghiên cứu Lập pháp

1 Hiện nay, Hiến pháp của 34 nước trên thế giới có quy định về KTNN với các nội dung cơ bản sau: xác định địa vị pháp lý của KTNN trong hệ thống các cơ quan nhà nước; xác định chức năng cơ bản của KTNN; quy định thẩm quyền, nguyên tắc hoạt động của KTNN; các quy định về Tổng KTNN.

độc lập và địa vị pháp lý của KTNN phải được quy định trong Hiến pháp, còn những nội dung cụ thể về tổ chức và hoạt động của KTNN do Luật KTNN quy định.

Hai là, trong khi Hiến pháp nhiều nước trên thế giới quy định địa vị pháp lý của KTNN cũng như nhiệm vụ, quyền hạn của Quốc hội về thành lập KTNN, thì ở nước ta, vấn đề này chưa được ghi nhận trong Hiến pháp năm 1992 (sửa đổi năm 2001).

Theo Luật KTNN năm 2005 thì KTNN do Quốc hội thành lập, hoạt động độc lập và chỉ tuân theo pháp luật. Nhiệm vụ, quyền hạn của Quốc hội về thành lập KTNN là cần thiết và cần được ghi nhận trong Hiến pháp, nhưng lại chưa được quy định tại Điều 84 của Hiến pháp năm 1992 (sửa đổi năm 2001). Lý do dẫn đến tình trạng này là vì Luật Kiểm toán năm 2005 được Quốc hội thông qua sau khi đã có Hiến pháp năm 1992 (sửa đổi năm 2001). Hơn nữa, một cơ quan nhà nước được quy định hoạt động độc lập và chỉ tuân theo pháp luật, có nghĩa là cơ quan đó không phụ thuộc hoàn toàn vào các cơ quan khác của Nhà nước (kể cả Quốc hội, Chính phủ, Tòa án nhân dân tối cao, Viện Kiểm sát nhân dân tối cao). Vị trí pháp lý của một cơ quan độc lập như vậy cần phải được quy định trong Hiến pháp và do Hiến định.

Ba là, quy định hiện hành về KTNN chưa có sự tương thích giữa Luật KTNN và các luật liên quan.

Hiện nay, còn có tình trạng chưa tương thích giữa Luật KTNN với các luật có liên quan như Luật tổ chức Quốc hội, Luật tổ chức Chính phủ... Cụ thể, Luật KTNN quy định KTNN là cơ quan chuyên môn về lĩnh vực kiểm tra tài chính nhà nước do Quốc hội thành lập, hoạt động độc lập và chỉ tuân theo pháp luật. Tổng KTNN do Quốc hội bầu, miễn nhiệm và bãi nhiệm theo đề nghị của Ủy ban thường vụ Quốc hội (UBTVQH) sau

khí trao đổi thống nhất với Thủ tướng Chính phủ. Tuy nhiên, cả Luật tổ chức Quốc hội và Luật tổ chức Chính phủ mặc dù mới được sửa đổi, bổ sung sau khi Luật KTNN được ban hành, nhưng cũng không có nội dung nào quy định về vấn đề này.

2. Mối quan hệ giữa Quốc hội và Kiểm toán Nhà nước trong Hiến pháp 2013

Là một thiết chế hiến định độc lập nhưng KTNN có vị trí, vai trò và mối quan hệ nhất định với các cơ quan khác trong bộ máy Nhà nước. Với Quốc hội, mối quan hệ giữa KTNN và Quốc hội được thể hiện ở các khía cạnh cụ thể như sau:

Một là, trong việc thành lập KTNN

Thẩm quyền thành lập: Theo Hiến pháp 2013 và pháp luật hiện hành thì KTNN là cơ quan do Quốc hội thành lập, hoạt động độc lập và chỉ tuân theo pháp luật.

Nguyên tắc thành lập KTNN: KTNN chỉ được thành lập khi xác định rõ mục tiêu, chức năng, nhiệm vụ của mình và không chồng chéo với chức năng, nhiệm vụ của tổ chức đã được thành lập trước đó như Thanh tra Chính phủ. Quy mô và loại hình tổ chức phải phù hợp với chức năng, nhiệm vụ của KTNN và phù hợp với yêu cầu cải cách hành chính nhà nước.

Quy trình thành lập và trách nhiệm của KTNN đối với Quốc hội: Hiến pháp 2013 có quy định khá cụ thể về KTNN như sau: “KTNN do Quốc hội thành lập...; Tổng Kiểm toán là người đứng đầu KTNN, do Quốc hội bầu. Nhiệm kỳ của Tổng KTNN do luật định. Tổng KTNN chịu trách nhiệm và báo cáo kết quả kiểm toán, báo cáo công tác trước Quốc hội; trong thời gian Quốc hội không họp chịu trách nhiệm và báo cáo trước UBTVQH”². Đây là những quy định thể hiện quan điểm, tư tưởng của Đảng và Nhà nước ta về việc hiến định địa vị pháp lý của KTNN. Việc quy định địa vị pháp lý của KTNN trong Hiến

2 Điều 118, Hiến pháp nước Cộng hòa XHCN Việt Nam, sửa đổi năm 2013. Bản ký chứng thực ngày 28/11/2013

pháp đã bảo đảm tuân thủ các nguyên tắc, chuẩn mực kiểm toán đã được ghi nhận trong Tuyên bố Lima (1977), Tuyên bố Mexico (2007) của Tổ chức quốc tế Các cơ quan kiểm toán tối cao (INTOSAI).

Hai là, trong việc giám sát KTNN

Hiến pháp ở một số nước quy định chức năng giám sát của Quốc hội đối với KTNN. Ở Việt Nam, nội dung này lần đầu tiên được ghi nhận trong Hiến pháp 2013 tại các quy định về: (i) Quyền hạn của Quốc hội: Quốc hội xét báo cáo công tác của KTNN - Khoản 2 Điều 70; Quốc hội quy định về tổ chức và hoạt động của KTNN - Khoản 6 Điều 70; Quốc hội bầu, miễn nhiệm, bãi nhiệm Tổng KTNN - Khoản 7 Điều 70; Quốc hội bỏ phiếu tín nhiệm đối với người giữ chức vụ do Quốc hội bầu - Khoản 8 Điều 70; (ii) Quyền hạn của UBTVQH (UBTVQH giám sát đối với hoạt động của KTNN - Khoản 3 Điều 74)... Các quy định này nhằm tăng cường cơ chế kiểm soát quyền lực giữa các chủ thể tham gia vào các khâu điều hành, quản lý của Nhà nước, đặc biệt là trong điều kiện xây dựng Nhà nước pháp quyền ở nước ta hiện nay. Trong việc giám sát KTNN, Quốc hội:

Xem xét báo cáo công tác của KTNN.

Giám sát các văn bản quy phạm pháp luật (VBQPPL) của KTNN.

Giám sát các hoạt động của KTNN.

Xem xét, đánh giá trình độ, năng lực, trách nhiệm cá nhân do Quốc hội bầu.

Quốc hội, UBTVQH, Hội đồng Dân tộc, Ủy ban của Quốc hội, Đoàn đại biểu Quốc hội, đại biểu Quốc hội theo chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của mình, có trách nhiệm giám sát việc sử dụng kinh phí của KTNN.

Nội dung giám sát của Quốc hội đối với KTNN

Nghiên cứu các quy định về KTNN trong Hiến pháp 2013 và các quy định pháp luật hiện hành, thiết nghĩ, nội dung giám sát

của Quốc hội đối với KTNN cần tập trung vào các vấn đề sau:

Giám sát việc thực hiện pháp luật trong hoạt động kiểm toán của KTNN;

Giám sát việc thực hiện pháp luật về ban hành VBQPPL của KTNN;

Giám sát việc thực hiện pháp luật về giải quyết khiếu nại, tố cáo thuộc thẩm quyền giải quyết của cơ quan KTNN;

Giám sát việc thực hiện pháp luật về nhiệm vụ của những người chịu trách nhiệm cao nhất trước Quốc hội về hoạt động KTNN;

Giám sát việc thực hiện pháp luật về bồi thường thiệt hại trong hoạt động KTNN theo quy định của Luật Trách nhiệm bồi thường của Nhà nước;

Giám sát việc thực hiện pháp luật về tổ chức quản lý của cơ quan KTNN;

Giám sát việc thực hiện pháp luật về sử dụng ngân sách nhà nước cấp cho Cơ quan KTNN;

Giám sát việc thực hiện pháp luật về các vấn đề quan trọng khác, như giám sát của Ủy ban Tư pháp đối với vấn đề thực hiện pháp luật về phát hiện và xử lý tham nhũng; giám sát thực hành tiết kiệm chống lãng phí, trong hoạt động chuyển hồ sơ các vụ việc có dấu hiệu tham nhũng cho cơ quan có thẩm quyền xử lý...).

Sự phân định các nhóm vấn đề giám sát của Quốc hội đối với KTNN trên đây chỉ có ý nghĩa tương đối theo pháp luật thực định (từ Hiến pháp đến các luật, các văn bản khác) về KTNN nói chung, về hoạt động giám sát của Quốc hội với KTNN nói riêng. Hiến pháp 2013 mới chỉ quy định về việc giám sát của Quốc hội trong các quy định về Quốc hội và trách nhiệm báo cáo, trả lời chất vấn của Tổng KTNN. Do đó, các quy định liên quan đến quyền giám sát của Quốc hội đối với việc ban hành và thực thi các VBQPPL của KTNN cần phải được cụ thể hóa trong các luật liên quan.

Về hệ quả pháp lý của hoạt động giám sát của Quốc hội đối với KTNN

Từ thực tiễn pháp luật hiện hành và các quy định trong Hiến pháp 2013, có thể thấy hệ quả pháp lý của giám sát tối cao của Quốc hội đối với KTNN sẽ theo các hướng như sau:

Căn cứ vào kết quả giám sát, hệ quả pháp lý của giám sát tối cao có thể là một Nghị quyết về kết quả bỏ phiếu tín nhiệm, miễn nhiệm, bãi nhiệm đối với chức danh thuộc đối tượng giám sát của Quốc hội - Tổng KTNN.

Căn cứ vào kết quả trả lời chất vấn, hệ quả pháp lý của giám sát tối cao có thể là một Nghị quyết thể hiện sự đánh giá của Quốc hội về trách nhiệm và năng lực của người trả lời chất vấn - Tổng KTNN.

Căn cứ vào kết quả hoạt động giám sát của UBTVQH, xem xét và thảo luận đề nghị của UBTVQH về VBQPPL có dấu hiệu trái Hiến pháp, luật, nghị quyết của Quốc hội, hệ quả pháp lý của giám sát tối cao có thể là một Nghị quyết bãi bỏ một phần hay toàn bộ VBQPPL của Tổng KTNN trái với Hiến pháp, luật, nghị quyết của Quốc hội.

Căn cứ vào kết quả giám sát tối cao đối với hoạt động của các đối tượng bị giám sát, hệ quả pháp lý của giám sát tối cao có thể là một Nghị quyết về việc bổ sung, sửa đổi một hay một số điều luật nhằm khắc phục lỗ hổng về mặt pháp lý để giải quyết những sai sót do hoạt động của Nhà nước gây ra hoặc yêu cầu Tổng KTNN ban hành văn bản dưới luật để hướng dẫn thi hành Hiến pháp, luật, nghị quyết của Quốc hội.

Về hệ quả pháp lý hoạt động giám sát của UBTVQH tuy không được quy định trong Hiến pháp 2013 nhưng từ thực tiễn hoạt động cho thấy thường được thể hiện dưới hai dạng:

Thứ nhất, nhóm các hệ quả pháp lý tự UBTVQH quyết định như: đình chỉ việc thi hành các VBQPPL thuộc đối tượng giám sát

của mình trái với Hiến pháp, luật, nghị quyết của Quốc hội; yêu cầu sửa đổi hoặc quyết định huỷ bỏ một phần hay toàn bộ VBQPPL của KTNN trái với pháp lệnh, nghị quyết của UBTVQH; ra nghị quyết về trách nhiệm của người bị chất vấn - Tổng KTNN.

Thứ hai, nhóm các hệ quả pháp lý không tự UBTVQH quyết định như: kiến nghị với Quốc hội hoặc yêu cầu cơ quan, cá nhân có thẩm quyền miễn nhiệm, bãi nhiệm hoặc cách chức, xử lý đối với những cá nhân có hành vi vi phạm pháp luật một cách nghiêm trọng... Về hệ quả pháp lý của hoạt động giám sát của Hội đồng Dân tộc và Ủy ban của Quốc hội chủ yếu được thể hiện dưới các kiến nghị đối với các đối tượng thuộc quyền giám sát của mình và người nhận được kiến nghị phải có trách nhiệm xem xét và trả lời.

3. Việc thể chế hóa các quy định của Hiến pháp 2013 về Kiểm toán Nhà nước

Sau khi Hiến pháp có hiệu lực thi hành, việc thể chế hóa các quy định của Hiến pháp về KTNN là cần thiết và phải làm ngay. Trong bối cảnh hiện nay, việc thể chế hóa này phải theo các nguyên tắc nhất định. Cụ thể là:

- Việc thể chế hóa các quy định này phải khẳng định: *KTNN là một bộ phận trong hệ thống tổ chức của Nhà nước pháp quyền, là phương thức, công cụ thực hiện quyền lực của nhân dân thông qua hoạt động kiểm tra, kiểm toán và giám sát việc quản lý, sử dụng tài chính, tài sản công.*

- Việc thể chế hóa phải đảm bảo mục tiêu chung cho phát triển KTNN trong chiến lược lâu dài và trước mắt đến năm 2020: “Tăng cường năng lực hoạt động, đảm bảo hiệu lực, nâng cao hiệu quả hoạt động của KTNN; xây dựng KTNN trở thành công cụ mạnh trong kiểm tra, kiểm soát đánh giá toàn bộ tài chính quốc gia, toàn bộ ngân quỹ nhà nước, tài sản quốc gia, phục vụ đắc lực cho các quyết định và hoạt động giám sát



của Quốc hội, Hội đồng nhân dân (HĐND) về kinh tế - tài chính, đảm bảo quyền lực thực sự của nhân dân thông qua người đại diện của họ³”.

Mục tiêu cụ thể phát triển KTNN cần được xác định trên cả ba mặt: Năng lực hoạt động, hiệu quả kiểm toán và hiệu lực kiểm toán. Cần xác định những mục tiêu cụ thể hơn trong việc hỗ trợ, phục vụ Quốc hội và HĐND. Do đó, việc thể chế hoá hoạt động của KTNN cần tập trung vào các nội dung dưới đây:

Về nội dung thể chế hóa:

Thứ nhất, cần khẳng định KTNN là công cụ kiểm tra, kiểm soát tài chính nhà nước của Nhà nước pháp quyền Việt Nam XHCN.

Thứ hai, những quy định về KTNN có liên quan đến nhiệm vụ và quyền hạn của Quốc hội, HĐND, Chính phủ và Ủy ban nhân dân các cấp cần được thể hiện trong các VBQPPL về tổ chức và hoạt động của các cơ quan đó.

Thứ ba, minh bạch về tài chính nhà nước là một trong các tiền đề, điều kiện

quan trọng để hội nhập kinh tế khu vực và thế giới.

Thứ tư, để KTNN thật sự là một công cụ, một cơ quan kiểm tra, kiểm soát có hiệu quả, điều cơ bản là phải có các quy định cụ thể về việc đảm bảo tính độc lập, chỉ tuân theo pháp luật trong hoạt động KTNN.

Tóm lại, Hiến pháp 2013 đã thể hiện một bước tiến mới khi quy định KTNN là một cơ quan hiến định độc lập. Quy định này một lần nữa chứng minh cho nguyên tắc phân công, phối hợp và kiểm soát giữa các cơ quan nhà nước trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp ở nước ta. Từ yêu cầu bức thiết của hoạt động kiểm tra, kiểm soát và giám sát trong nền kinh tế thị trường định hướng XHCN, có thể khẳng định rằng, việc ghi nhận vai trò của thiết chế KTNN trong Hiến pháp 2013 là vô cùng quan trọng. Trong thời gian tới, để các quy định của Hiến pháp đi vào cuộc sống, cần tiếp tục hoàn thiện các quy định của pháp luật về KTNN nhằm phát huy vai trò của KTNN trong nền kinh tế thị trường ở nước ta cũng như phù hợp với thông lệ quốc tế ■

3 Chiến lược phát triển KTNN đến năm 2020, Ban hành kèm theo Nghị quyết số 927/2010/UBTVQH12 của UBTVQH ngày 19/4/2010.

NHÀ NƯỚC PHÁP QUYỀN là tinh thần pháp luật hay là đúng quy trình

NGUYỄN ĐĂNG DUNG*

NGUYỄN ĐĂNG DUY**

Kể từ khi có quy định “Nhà nước Việt Nam là nhà nước pháp quyền (NNPQ) xã hội chủ nghĩa (XHCHN)”, đã có rất nhiều bài viết, bài phát biểu trên các phương tiện thông tin đại chúng về nội dung “NNPQ”. Nhưng để hiểu đúng NNPQ là việc không dễ. Khi viết hay nói về NNPQ, mọi người đều cố gắng định ra khái niệm thế nào là NNPQ, rồi sau đó liệt kê những đặc điểm về NNPQ. Sở dĩ có hiện tượng như vậy bởi vì pháp quyền là một vấn đề lý thuyết rất khó. Không ai có thể đưa ra một khái niệm chuẩn, cũng như những đặc điểm thống nhất về NNPQ. “Xây dựng NNPQ là con đường phát triển tất yếu của đất nước ta, phù hợp với xu thế tất yếu chung của thời đại, không chỉ là nguyện vọng mà đã và đang trở thành nhu cầu hiện thực và khả năng hiện thực. Thế nhưng, muốn xây dựng NNPQ, trước hết cần nhận biết những tiêu chí mà nó hướng tới”¹.

Chúng tôi chỉ nêu lên một số đặc điểm mang tính sơ thảo, bước đầu có tính chất “nhận diện” về NNPQ.

1. Nhà nước pháp quyền trước hết là tuân thủ pháp luật

Sự tôn trọng và thượng tôn pháp luật của mọi chủ thể như là một yêu cầu quan trọng, một đặc điểm bậc nhất của NNPQ. Đặc điểm này có thể được diễn tả bằng câu khác tương đương: không ai, chủ thể nào đứng trên pháp luật. Sở dĩ pháp luật trở thành nền tảng, thước đo cho mọi hoạt động của các chủ thể trong xã hội không loại trừ một ai, là vì pháp luật trở thành các quy tắc chuẩn vững chắc hơn tất cả các quy định xã hội khác, kể cả đạo đức hay tập tục xã hội... Việc xây dựng một xã hội tuân thủ pháp luật hoàn toàn khác với các xã hội dựa trên nền tảng đạo đức của chế độ nhân trị. Bởi vì các chuẩn mực của đạo đức thường không được rõ ràng, thường dựa vào gương sáng đạo đức của những nhà vua hiền đức và tài giỏi. Vua cũng là con người, mà con người hiền đức nêu gương sáng thì không phải lúc nào, thời gian nào cũng xuất hiện. Trong lịch sử hơn 5.000 năm của người Trung Quốc, Vua Nghiêu, Vua Thuấn mới chỉ xuất hiện có một lần trong truyền thuyết từ xa xưa, mà

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

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

1 Xem, Hoàng Thị Kim Quế, Nhận diện NNPQ, Tạp chí Cộng sản, tháng 8/2004, Báo điện tử Đảng Cộng sản Việt Nam

chưa bao giờ có trong thực tế hiện tại của nền văn hóa Trung Hoa.

Vì vậy pháp quyền trước hết phải lấy pháp luật làm nền tảng. Cũng như nhà nước, sự ra đời của pháp luật là để phục vụ con người. Sự ra đời của pháp luật - cũng như nhà nước - đều phải là đại diện cho cái đúng, cái đạo đức, cái chung mà mọi con người đều hướng đến.

Vì vậy, NNQP trước hết phải có sự *tuân thủ pháp luật* của mọi chủ thể, trong đó gồm cả những người nắm trong tay quyền lực nhà nước. Tuân thủ pháp luật tức là tuân thủ cái đúng, cái công bằng, cái bác ái, mà mọi người đều phải chấp nhận.

2. Nhà nước pháp quyền không chỉ tuân thủ pháp luật, mà còn phải là thượng tôn pháp luật - tinh thần pháp luật

Nhưng nhiều khi, việc tuân thủ pháp luật thực định một cách nghiêm túc, cũng không thể hiện đúng các yêu cầu của NNQP. Vì một thực tế là, luật pháp do con người làm ra, con người có khuyết tật, thì luật pháp của nó cũng có khuyết tật. Không phải cứ làm ra luật và áp dụng luật là có pháp quyền (Rule of Law hay Etat de Droit). Bởi một lẽ đơn giản rằng, nhiều khi chính đạo luật lại không hợp với pháp quyền. Pháp quyền/pháp trị là nói theo nghĩa của ý niệm “Rule of Law” của các nước Anh - Mỹ, tức là cai trị theo quy định của luật pháp (không theo quy định của mỗi người), theo nghĩa của thuật ngữ “Supremacy of Law” là thượng tôn luật pháp (luật pháp là trên hết). Pháp quyền/pháp trị lấy ý niệm “Etat de Droit” của người Pháp thì nhấn mạnh vào tư tưởng “NNQP” nghĩa là chính quyền phải hành xử theo những tiêu chuẩn của luật pháp chứ không theo ý muốn của người cầm quyền hay đảng cầm quyền. Câu chữ thì khác nhau nhưng giữa chúng vẫn có nét chung. Đó là nguyên tắc, tinh thần pháp luật còn đứng cao hơn cả các quy định của luật pháp.

Tính cách tổng quát của ý niệm pháp quyền thường đưa đến sự giải thích tùy tiện của nhà cầm quyền mỗi nước, nên ta cần nêu lên những yếu tố đích thực của ý niệm này để thấy lợi ích của nó cũng như vì sao lại không thể dễ dàng lạm dụng một ý niệm cao quý của pháp quyền đã được hun đúc từ hàng trăm năm nay. Không phải cứ làm ra các đạo luật rồi áp dụng là có pháp quyền, vì nhiều khi chính các đạo luật đó lại không hợp hiến, hợp pháp, trái với luật tự nhiên (natural law). Như vậy, chính pháp luật tự nó đã không tạo ra pháp quyền theo đúng tinh thần của pháp quyền.

Sự không tuân thủ công lý của tinh thần pháp luật cũng như luật của tự nhiên trong một xã hội không pháp quyền đã được James Otis - luật sư bang Massachusetts, thế kỷ 18 - đã cảnh báo: “Luật tự nhiên không phải do con người tạo ra, mà con người cũng không có quyền sửa đổi luật đó. Con người chỉ có thể tuân theo và thi hành luật đó hoặc chống lại và vi phạm luật. Nhưng không bao giờ hành động chống lại hoặc vi phạm như vậy lại không bị trừng phạt; ngay cả trong cuộc đời này sự trừng phạt có thể dưới hình thức khiến cho con người trở nên sa đọa...”, “bị đào thải ra khỏi tập thể của những người tốt và đạo đức (và bị đẩy) xuống hang thú vật, hay là từ cương vị là người bạn, và có lẽ là người cha của đất nước, đã biến thành loài hung bạo như sư tử, hùm beo”².

3. Nhà nước pháp quyền không chỉ tuân thủ pháp luật, mà còn là quy trình tổ tụng chuẩn, hợp lý, hợp pháp của các cơ quan nhà nước

Tinh thần pháp quyền xuất hiện và phát triển được như ngày nay phải trải qua nhiều thế kỷ, từ những tư tưởng của Aristote của nền triết học cổ đại Hy Lạp cho tới bản Tuyên ngôn nhân quyền của Liên hợp quốc và các Công ước về quyền con người của Liên hợp quốc. Tất cả đều thể hiện các yếu

2 James Otis (1725 -1783)

tố: 1) luật pháp là tối thượng đối với nhà cầm quyền cũng như với dân chúng; 2) sự độc lập của ngành tư pháp trong sự phân quyền (hành pháp, lập pháp và tư pháp độc lập với nhau); 3) sự thi hành luật pháp phải minh bạch trong thủ tục; và 4) nhu cầu bảo vệ quyền con người được đề cao, luật pháp phải phù hợp với tiêu chuẩn quốc tế về quyền con người.

Trong bốn điểm trên, điểm thứ ba và thứ tư liên quan đặc biệt đến luật lệ về thủ tục (procedural laws) như thủ tục giam giữ trước khi ra tòa, với mục tiêu bảo vệ quyền con người trước mọi hành vi quyền lực nhà nước. Một quyết định của cơ quan công quyền, một hành vi của chính phủ, dù căn cứ vào một đạo luật cũng có thể không chính đáng, mà chính đáng là một yêu cầu trong các hành vi của chính quyền trong NNPQ.

Khái niệm “due process of law” (phổ biến trong luật pháp các nước có nền kinh tế thị trường) có thể được dịch là “quá trình hợp pháp” để nói rằng, một đạo luật hay một quy tắc lập quy, hay một hành vi của cơ quan công quyền có chính đáng hay không, thì phải xét qua một quá trình gồm hai phần: một phần là tính hợp lý hay chính đáng về nội dung, và phần thứ hai là tính chính đáng của quyền lực nhà nước về mặt thủ tục.

Ở hệ thống luật pháp Hoa Kỳ, Anh Quốc và các nền kinh tế thị trường khác, căn bản của ý niệm quá trình hợp pháp về thủ tục là mọi quyết định hay hành vi xâm phạm đến “quyền tự do” cần có một thủ tục thông báo rõ ràng, công khai, mới được coi là chính đáng, phù hợp với quá trình hợp pháp về thủ tục. Tu chính án Thứ Năm trong bản Hiến pháp Hoa Kỳ quy định: “Không một cá nhân nào bị tước mạng sống, tự do, tài sản mà không theo đúng quy trình thủ tục tố tụng”. Cùng một nội dung như vậy, Tu chính án Thứ Mười bốn còn làm rõ hơn trách nhiệm của chính quyền khi hành động: “không một chính quyền nào được tước

mạng sống, tự do, hay tài sản của người dân mà không theo đúng thủ tục tố tụng”. Thủ tục tố tụng theo quy định của pháp luật còn phải tuân theo một nguyên tắc lớn hơn. Đó là công lý theo thủ tục. Có hai loại công lý: Công lý theo bản thể (nội dung) và công lý theo thủ tục. Nếu công lý theo bản thể (nội dung) chỉ kết quả đáp số cuối cùng mà mọi người mong muốn, thì công lý theo thủ tục không quan tâm đến kết quả, mà chỉ quan tâm đến vấn đề tiến trình. Thí dụ, với một vụ án có kẻ giết người, công lý theo nội dung chỉ quan tâm đòi hỏi kẻ sát nhân phải được trừng trị. Tuy nhiên, nếu cảnh sát dùng các biện pháp tra tấn khiến kẻ sát nhân phải nhận tội, và chỉ nhờ vào lời khai của kẻ sát nhân mà cảnh sát tìm ra được những bằng chứng giết người, thì theo công lý thủ tục, tòa án không thể tuyên bố kẻ sát nhân đó phạm tội, vì quá trình tìm tội phạm đã vi phạm quyền căn bản của người đang bị tình nghi phạm tội.

Đó là trong lĩnh vực tư pháp hình sự, hệ thống pháp luật của Mỹ - hơn bất kỳ một hệ thống nào khác - luôn luôn nhấn mạnh đến tính thủ tục hành chính, cơ quan trọng yếu của nhà nước thường xuyên liên quan trực tiếp đến quyền và lợi ích của người dân. Điểm khởi đầu cho sự nhấn mạnh này là yêu cầu của Hiến pháp về quy trình tố tụng đúng. “Khi chúng ta nói về việc lắng nghe phía bên kia (audi alteram partem) là chúng ta đã đề cập đến nhận thức cơ bản đã ăn sâu bám rễ trong văn hoá pháp lý Anh - Mỹ”³, những nhận thức này giờ đây đã thành mệnh lệnh bắt buộc, được phát biểu dưới hình thức của *quy trình tố tụng đúng*. Được xây dựng trên nền tảng của quy trình tố tụng đúng, luật pháp Mỹ đã tạo ra một khối vững chắc các thủ tục chính thức bắt buộc đối với các cơ quan thi hành các công việc của nhà nước liên quan đến quyền và lợi ích của người dân. Kết quả là sự “tư pháp hoá” của các cơ quan hành chính Mỹ, từ khi ra đời Ủy ban Thương

3 In re Andrea B., 405 NY. S. ed. 977 tại 981 (Fam. Ct.1978)

mại giữa các bang tới nay, phần lớn các quy trình hành chính của Mỹ đã được định hình theo khuôn mẫu của ngành tư pháp.

Tuy nhiên cần lưu ý rằng, việc áp dụng các đòi hỏi của quy trình tố tụng đúng trong các trường hợp cụ thể phụ thuộc vào từng chức năng của cơ quan hành chính nhất định đang thực thi. Ban hành quyết định của cơ quan hành chính là một hoạt động tương đương quy trình ban hành một đạo luật của cơ quan lập pháp. Theo đó, các cơ quan hành chính nêu ra những tiêu chuẩn sẽ được áp dụng trong tương lai và việc tuân thủ chung là bắt buộc, giống như việc tuân thủ một đạo luật. Một điều quan trọng không kém là không chỉ các công dân bị ràng buộc bởi các quy định của cơ quan hành chính, mà chính bản thân các cơ quan hành chính cũng phải tuân thủ chúng. Theo quan điểm chung, các cơ quan tham gia vào việc ban hành các quyết định cũng phụ thuộc vào thủ tục quy định trong Hiến pháp và trong các đạo luật khác, với mức độ giống như cơ quan lập pháp ban hành một đạo luật.

Yêu cầu về quy trình tố tụng đúng được diễn giải là đòi hỏi một phiên điều trần tranh biện chính thức - được gọi là điều trần về bằng chứng - trước khi đưa ra các quyết định hành chính có tác động bất lợi tới các cá nhân. Chính vì vậy mà quy trình hành chính của Mỹ được định hình chủ yếu theo mô thức của ngành tư pháp. Điều này có nghĩa là, trước khi đưa ra các quyết định hành chính có ảnh hưởng bất lợi đến cá nhân, thì cá nhân đó được quyền có một phiên điều trần về bằng chứng, có nghĩa là một phiên điều trần gần giống như một phiên xét xử của tòa án. Những cá nhân đó có những quyền như sau:

- được thông báo gồm cả danh sách cụ thể các đối tượng và vấn đề liên quan đến vụ việc;
- trình bày các bằng chứng cả lời khai, tài liệu và lập luận;
- bác bỏ các bằng chứng của đối phương, thông qua việc thẩm tra chéo và các biện pháp thích hợp khác;

- xuất hiện cùng với luật sư;
- phán quyết đưa ra dựa trên các bằng chứng được ghi vào hồ sơ của phiên điều trần;

- có đầy đủ hồ sơ của phiên điều trần, bao gồm bản tốc ký lời khai và các lý lẽ nêu ra cùng các bằng chứng và tài liệu, các giấy tờ khác được đệ trình trong quá trình xét xử; và

- được cơ quan giải thích cơ sở đưa ra quyết định của nó - một biện pháp quan trọng để bảo đảm rằng cơ quan tuân thủ luật pháp, trong phạm vi quyền tự quyết rộng rãi dựa trên sự việc, chính sách, và thậm chí cả trên các vấn đề pháp lý.

Ngoài việc hiểu là một quy trình chuẩn, thuật ngữ “due process” ở Mỹ quốc còn được hiểu như là một sự *hợp lý* để xét một đạo luật hay một hành vi của chính quyền. Sự vi phạm vì nhu cầu chính đáng được chia làm ba loại:

Nhu cầu chính đáng vì hợp lý

Nhu cầu chính đáng vì đó là nhu cầu quan trọng

Nhu cầu chính đáng vì bức thiết.

Nhu cầu chính đáng vì hợp lý. Đây là tiêu chuẩn tối thiểu dễ nhất cho chính quyền. Chính quyền chỉ cần chứng minh rằng đạo luật hay quyết định hành chính là hợp lý (vì căn cứ vào một nhu cầu hay quyền lợi hợp lý của chính quyền) mặc dù hành vi đó có thể vi phạm nguyên tắc “quá trình hợp pháp” về nội dung, và có thể làm thiệt hại quyền lợi một số người. Tiêu chuẩn rộng rãi này chỉ áp dụng cho những đạo luật hay hành vi hành chính có tính cách kinh tế. Thí dụ quy định thu hồi số tiền thuế mà người chịu thuế tránh được trước kia do lợi dụng một vài sơ hở trong luật thuế. Các quyết định này được coi là có cơ sở hợp lý của chính quyền.

Nhu cầu hay lợi ích quan trọng. Nhu cầu này áp dụng đối với những luật lệ liên quan đến sự phân biệt nam nữ. Với nhu cầu này, chính quyền chỉ cần chứng tỏ quyết định của nhà nước được ban hành vì liên quan đến một “lợi ích quan trọng”. Ví dụ,

luật nghĩa vụ quân sự chỉ áp dụng đối với nam thanh niên, là mang tính kỳ thị, nằm trong tình trạng vi phạm quyền bình đẳng về giới, nhưng được coi là hợp lý và công bằng, vì căn cứ vào một nhu cầu quan trọng: bảo vệ nữ thanh niên không phải ra trận. Họ thuộc phái yếu. Nhưng hoàn toàn ngược lại với quyết định nêu trên, quyết định trường hộ sinh được chính phủ trợ cấp chỉ thu nhận học viên nữ là trái luật, vì sự phân biệt này không phù hợp với *due process of law*. Với cùng một lập luận này, quy định của các trường quân sự chỉ nhận học viên nam giới là trái luật.

Nhu cầu ích lợi bức thiết của nhà nước.

Đây là nhu cầu rất khó khăn để phán xét một đạo luật hay quyết định được coi là chính đáng của chính quyền - yêu cầu này được áp dụng khi một đạo luật hay quyết định có liên quan đến các quyền căn bản của người dân, như quyền tự do kết hôn, tự do ngôn luận, tự do lập chính đảng và các quyền tự do căn bản khác. Khái niệm quyền “tự do” - theo luật pháp của các nước phát triển phương Tây theo chế độ dân chủ tự do, nhất là luật pháp của Mỹ - là rất rộng, không phải chỉ là sinh sống tự do “không sợ bị bắt bớ trái phép như nghĩa thông thường mà bao gồm quyền tự do kết ước, quyền theo đuổi nghề nghiệp trong đời sống, quyền thu nạp kiến thức như đi học, quyền kết hôn, tạo lập gia đình và nuôi nấng con cái, quyền thờ phụng thượng đế, và nói chung đó là quyền hưởng dụng những thứ xưa nay vẫn được công nhận là thiết yếu do sự mưu cầu hạnh phúc của con người tự do”⁴. Mưu cầu hạnh phúc của con người là lý do bảo vệ các quyền tự do - mục đích mưu cầu hạnh phúc được dùng trong Tuyên ngôn độc lập của Hoa Kỳ. Bên cạnh sự giải thích trong các bản án về khái niệm quyền tự do trong thí dụ trên, quyền tự do căn bản thường được minh thị công nhận trong hiến pháp của nhiều nước theo kinh tế thị trường. Đó là

quyền tự do ngôn luận, tự do hội họp và lập chính đảng, tự do tôn giáo.

Khi xét xử các đạo luật hay hành vi của chính quyền liên quan đến việc giới hạn các quyền tự do căn bản nói trên, thì Tòa án tối cao Hoa Kỳ, cũng như các tòa án khác thường hay mở rộng phạm vi các biểu hiện của quyền, nghĩa là thường dễ bác bỏ thỉnh cầu của chính quyền để bảo vệ quyền tự do của người dân, nếu chính quyền không nêu đủ lý do rằng hành vi của chính quyền là do nhu cầu bức thiết. Thí dụ, Tòa án tối cao Hoa Kỳ đã phán quyết các tiểu bang không được quy định bắt buộc trẻ em phải chào cờ hay phát biểu, như suy tôn, hô to, đồng thanh, v.v. lời trung thành với lá cờ Hoa Kỳ. Đây là phán quyết có ý nghĩa bảo vệ quyền tự do ngôn luận, quyền phát biểu ý kiến bằng lời nói hay hành động, quyền này bao gồm quyền phát biểu hoặc quyền không phát biểu (không chào cờ). Trong phán quyết này, chính quyền tiểu bang đã không chứng tỏ được, vì sao một học sinh không chào cờ của Hoa Kỳ thì sẽ vi phạm “quyền lợi bức xúc” của cộng đồng mà chính quyền là đại diện⁵. Ở một xã hội khác trọng lễ nghi, biểu tượng hơn và ngay ở Hoa Kỳ tại một thời điểm khác, hành vi bắt buộc chào cờ trước khi vào lớp có thể được coi là quy định “hợp pháp về nội dung” (*substantive due process*). Án lệ nêu trên không nhằm khuyến khích nên theo phong cách, tư tưởng tự do như ở Hoa Kỳ về việc này, mà nhằm đưa ra một thí dụ, một khi quyết định của chính quyền có khả năng vi phạm quyền tự do của người dân, thì tư pháp - tòa án giải quyết vụ việc phải tính đến mọi khía cạnh của quyền. Quyền tự do ngôn luận bao gồm không những quyền biểu hiện mà cả quyền không biểu hiện. Nhu cầu bức thiết thường được phía chính quyền suy rộng và nại ra để biện minh cho các đạo luật, hay quyết định của mình. Trong khi đó, các cơ quan tư pháp xem xét vụ việc liên quan đến quyền của

4 Vụ Mayer chống tiểu bang Nebraska - 1923

5 Vụ Cơ quan giáo dục Virginia kiện Barette, 1943

người dân phải có trách nhiệm cân trọng với xu hướng thu hẹp phạm vi các quyền người dân của chính quyền. Nhu cầu hay quyền lợi bức xúc của chính quyền cần phải chứng minh cụ thể, trực tiếp và rõ ràng.

Chính nhờ có những tiêu chí phức tạp như phân tích ở phần trên, mà tòa án có căn cứ để phán quyết tính chính đáng hành vi của chính quyền trong ý niệm chung “quá trình hợp pháp” (due process) của các đạo luật hay hành vi của nhà nước bị chỉ trích là xâm phạm các quyền tự do căn bản của công dân.

Với những yếu tố nêu trên, bên cạnh việc tuân thủ nghiêm chỉnh các đạo luật, là việc gạt đi những phần không đúng tinh thần pháp luật và đồng thời lấp đi những chỗ trống vắng theo tinh thần *due process*, luôn luôn tạo ra một hệ thống pháp luật được thi hành thống nhất, mọi chủ thể trong xã hội, trong đó có người cầm quyền, cũng phải tuân thủ. Đó là NNPQ của họ.

4. Việc xây dựng tinh thần pháp luật và quy trình chuẩn (due process) ở Việt Nam

Kể từ khi có công cuộc đổi mới và xây dựng một nền kinh tế thị trường, Việt Nam đã cố gắng rất nhiều trong việc xây dựng hệ thống pháp luật. Nhưng theo nhận định của không ít người, ở Việt Nam có hệ thống pháp luật, nhưng nhiều khi người ta không tuân theo luật, nên tạo thành hai hệ thống luật pháp (dual legal system), một hệ thống chính thức gồm những văn bản và một hệ thống không chính thức hình thành bằng sự thực thi luật lệ trong thực tế - “luật lệ thực tế” (real laws) như cách nói của một số nhà nghiên cứu². Loại hệ thống luật không chính thức này không phải chỉ có ở Việt Nam, mà có ở nhiều nước châu Á khác, chỉ khác nhau ở mức độ phổ biến. Ở Việt Nam, mức độ này rất cao, thường ít ai tin tưởng hoàn toàn vào hệ thống chính thức, khi có việc vẫn cần tìm hiểu hệ thống không chính thức để “bổ

sung”, tạo nên hiệu quả thành công. Hai hệ thống này thường đi song hành với nhau khi áp dụng tùy ở người thi hành và tùy hoàn cảnh cụ thể của từng vụ việc.

Bên cạnh việc không chấp hành đúng các quy định của pháp luật thành văn, là việc không chấp hành đúng tinh thần pháp luật và tính chính đáng theo nguyên tắc “due process” của NNPQ. Chính vì lẽ đó nên khi có hiện tượng vi phạm đến quyền và lợi ích chính đáng của người dân xảy ra, các quan chức đều có thể viện dẫn rằng họ làm đúng luật và đúng quy trình, để trốn tránh trách nhiệm của mình. Và cách hiểu này được giải thích là họ đã làm đúng theo quy định của pháp luật. Đại biểu Quốc hội Nguyễn Sỹ Cương đã phải thốt lên rằng: “Thật lạ lùng là cái gì cũng đúng quy trình! Tiêm chết người rồi vẫn khẳng định là... đúng quy trình, bỏ tù oan đến cả 10 năm vẫn... đúng quy trình, bỏ lọt 230 kg ma túy qua cửa khẩu vẫn... đúng quy trình. Tôi cho rằng đây chỉ là sự biện hộ và rũ bỏ trách nhiệm một cách vô cảm”⁶.

Trong quá trình xây dựng NNPQ ở Việt Nam, danh chính ngôn thuận bắt đầu từ việc sửa đổi Hiến pháp 1992 năm 2001, khi Điều 2 của Hiến pháp này quy định: “Nhà nước Việt Nam là NNPQ XHCN”, thì thuật ngữ “tinh thần pháp luật” và nhất là “due process” chưa bao giờ được nhắc đến cho dù chỉ là một lần trong các tiêu luận khoa học hay một lời phát biểu ở các Hội nghị khoa học của các nhà khoa học pháp lý Việt Nam.

Trong quá trình rà soát các đạo luật hay trong hệ thống pháp luật, cùng các hành vi công quyền, cơ quan nhà nước cũng cần nghiên cứu các chỉ tiêu tinh thần pháp luật và khái niệm “due process of law” cần tham khảo và áp dụng công khai để có thể xử lý một cách nhất quán và hữu hiệu. Có như vậy thì mới có cơ hội xóa bỏ đi sự hình thành hai hệ thống pháp luật ở Việt Nam và sẽ có cơ hội cho việc hình thành NNPQ ở Việt Nam ■

6 Xem, Nguyễn Sĩ Cương, *Thật lạ lùng cái gì cũng đúng quy trình!*, VNEconomy, 21/01/2014

KHÁI NIỆM DẪN ĐỘ TỘI PHẠM TRONG LUẬT QUỐC TẾ VÀ PHÁP LUẬT NƯỚC TA

HÀ THANH HÒA*

Trong quá trình xây dựng các nguyên tắc và quy phạm luật quốc tế liên quan đến dẫn độ tội phạm, một trong những vấn đề phải được quan tâm và luôn nằm trong những vấn đề lý luận cơ bản nhất là việc hiểu đúng thế nào là dẫn độ tội phạm. Việc hiểu đúng khái niệm “dẫn độ tội phạm” sẽ giúp các chủ thể hiểu rõ hơn về mục đích, đối tượng của hoạt động dẫn độ tội phạm. Từ đó, có thể xây dựng và áp dụng một cách thống nhất các điều ước quốc tế về dẫn độ tội phạm giữa các quốc gia.

1. Khái niệm

Từ điển Cambridge cho rằng: “dẫn độ là việc đưa một người nào đó trở lại quốc gia mà họ bị cáo buộc là đã thực hiện hành vi vi phạm pháp luật quốc gia đó để xét xử”¹. Với cách nhìn này thì mục đích và ý nghĩa của hoạt động dẫn độ chưa được làm rõ. Hoạt động dẫn độ tội phạm là hoạt động hợp tác giữa các quốc gia, cụ thể là quốc gia yêu cầu và quốc gia được yêu cầu. Tuy nhiên, khái niệm này mới chỉ đề cập chủ thể là quốc gia yêu cầu (nơi cá nhân bị cáo buộc là đã thực hiện hành vi vi phạm pháp luật quốc gia đó) chứ chưa đề cập tới chủ thể tiến hành hoạt động dẫn độ tội phạm (cá nhân, tổ chức hay quốc gia khác). Hơn nữa, cơ sở để các chủ thể này thực hiện các yêu cầu dẫn độ cũng không được đề cập tới. “Hành vi vi phạm” khi được nói tới để tiến hành hoạt động dẫn độ tội phạm phải là hành vi vi phạm hình sự chứ không thể tiếp cận hành

vi vi phạm một cách chung chung. Bởi lẽ, có rất nhiều hành vi vi phạm trong đời sống xã hội (vi phạm hành chính, vi phạm dân sự) không được coi là đối tượng của hoạt động dẫn độ tội phạm. Mục đích của hoạt động dẫn độ tội phạm cũng chưa được xem xét đầy đủ (mới chỉ phục vụ mục đích xét xử tội phạm).

Từ điển Oxford đã đưa ra khái niệm dẫn độ tội phạm là “việc dẫn độ một người bị buộc tội hoặc bị kết án đối với một tội phạm”². Việc lặp lại từ “dẫn độ” trong khái niệm dẫn độ tội phạm đã khiến khái niệm này không được rõ ràng ngay từ đầu. Khái niệm này đã làm rõ được về đối tượng của hoạt động dẫn độ, đó là cá nhân bị buộc tội hoặc bị kết án đối với một tội phạm, chúng ta cũng mặc nhiên hiểu rằng cá nhân đó sẽ bị dẫn độ để xét xử hoặc thi hành bản án đã có trước đó. Tuy nhiên, khái niệm này chưa nói đến chủ thể của hoạt động dẫn độ tội

* **ThS. Khoa Pháp luật quốc tế, Trường Đại học Luật Hà Nội.**

1 Nguyên văn: “to make someone return for trial to another country where they have been accused of doing something illegal”.

2 Nguyên văn: “the action of extraditing a person accused or convicted of a crime”

phạm cũng như cơ sở để thực hiện hoạt động hợp tác này.

Từ điển pháp lý quốc tế “Black’s law dictionary” cũng đưa ra khái niệm về dẫn độ. Theo đó, dẫn độ là “sự đầu hàng của một cá nhân phạm tội đã bỏ trốn đến nước khác, nơi anh ta đang lẩn trốn để tránh khỏi sự xét xử của quốc gia có quyền tài phán đối với tội phạm mà anh ta đã thực hiện, anh ta có thể bị truy tố theo pháp luật của quốc gia sở tại. Dẫn độ có thể được thực hiện trên cơ sở có đi có lại, hoặc có thể được thực hiện theo quy định trong điều ước về dẫn độ giữa các quốc gia đồng minh của Hoa Kỳ”³.

Khái niệm đã đề cập tới hoạt động dẫn độ với một số đặc điểm. Đó là về chủ thể của hoạt động dẫn độ là các quốc gia (quốc gia yêu cầu và quốc gia được yêu cầu); cơ sở của hoạt động hợp tác này chính là các điều khoản về dẫn độ tội phạm trong các điều ước quốc tế hoặc các tập quán quốc tế giữa các quốc gia; đối tượng bị dẫn độ là cá nhân tiến hành hành vi vi phạm pháp luật của quốc gia yêu cầu và đang lẩn trốn trên lãnh thổ của quốc gia được yêu cầu. Tuy nhiên, khái niệm cũng chưa nói rõ tới mục đích của hoạt động dẫn độ tội phạm, đó là việc dẫn độ để quốc gia yêu cầu tiến hành xét xử hoặc thi hành bản án đã có hiệu lực pháp luật với cá nhân có hành vi vi phạm đó.

Với cách tiếp cận thực tế khi đóng góp vào quá trình đấu tranh phòng chống tội phạm của cộng đồng quốc tế, Tổ chức Cảnh sát quốc tế (INTERPOL) đã khái quát: “Dẫn độ tội phạm là việc một quốc gia (quốc gia được yêu cầu) trao trả một cá nhân đang hiện diện trong lãnh thổ quốc gia mình cho quốc gia khác (quốc gia yêu cầu) để xét xử hoặc thi hành một bản án đã có hiệu lực đối với hành vi phạm tội của cá nhân này trên

lãnh thổ của quốc gia yêu cầu”⁴. Có thể nói, định nghĩa này đã mô tả khá đầy đủ về hoạt động dẫn độ tội phạm. Định nghĩa này đã đề cập tới chủ thể của hoạt động dẫn độ (quốc gia yêu cầu và quốc gia được yêu cầu), đối tượng bị dẫn độ (cá nhân đang hiện diện trên lãnh thổ của quốc gia được yêu cầu) và mục đích của hoạt động này là nhằm xét xử hoặc thi hành một bản án đã có hiệu lực đối với cá nhân đó. Tuy nhiên, khái niệm dẫn độ tội phạm cũng cần phải đề cập tới cơ sở pháp lý để các quốc gia thực hiện hoạt động hợp tác này, đó là các điều ước quốc tế song phương và đa phương ghi nhận quyền và nghĩa vụ dẫn độ tội phạm giữa các quốc gia. Vì xét dưới góc độ chủ quyền quốc gia, việc thực hiện hoạt động dẫn độ tội phạm là quyền chứ không phải nghĩa vụ, do đó, sự xuất hiện của các điều ước quốc tế sẽ là cơ sở pháp lý ràng buộc quyền và nghĩa vụ của các quốc gia trong việc thực hiện hoạt động hợp tác này.

Thực tế hoạt động hợp tác về dẫn độ tội phạm giữa các quốc gia cho thấy, hầu hết các điều ước quốc tế về dẫn độ tội phạm hoặc các điều ước quốc tế có chứa đựng các điều khoản về dẫn độ đều ghi nhận “nghĩa vụ dẫn độ” giữa các quốc gia thành viên. Đây chính là sự cụ thể hóa khái niệm dẫn độ tội phạm trong các điều ước quốc tế. Ví dụ:

Hiệp định mẫu về dẫn độ của Liên hợp quốc năm 1990 có quy định: Mỗi bên đồng ý dẫn độ cho quốc gia thành viên khác theo quy định tại Hiệp ước, bất cứ cá nhân nào bị truy nã theo quy định của quốc gia yêu cầu về một tội bị dẫn độ, nhằm xét xử hoặc thi hành bản án đối với cá nhân đó⁵.

Điều 1 Công ước châu Âu về dẫn độ năm 1957 quy định về nghĩa vụ dẫn độ: Các

3 <http://thelawdictionary.org/extradition/>: “The surrender of a criminal by a foreign state to which he has fled for refuge from prosecution to the state within whose jurisdiction the crime was committed, upon the demand of the latter state, in order that he may be dealt with according to its law. Extradition may be accorded as a mere matter of comity, or may take place under treaty stipulations between the two nations. It also obtain as between the different states of the American Union”.

4 <http://www.interpol.int/public/ICPO/LegalMaterials/FactSheets/FS11fr.asp>

5 <http://www.un.org/documents/ga/res/45/a45r116.htm>

bên ký kết cam kết trao cho quốc gia thành viên khác, tùy thuộc vào quy định và điều kiện trong Công ước này, tất cả những cá nhân có hành vi vi phạm chống lại người có thẩm quyền của quốc gia yêu cầu để xét xử hoặc thực hiện hình phạt tù⁶.

Hiệp ước dẫn độ giữa Canada và Hoa Kỳ năm 1971 quy định: Mỗi bên ký kết tùy thuộc vào điều kiện của Hiệp ước, đồng ý dẫn độ cho quốc gia khác cá nhân đã bị buộc tội hoặc bị kết án đang hiện diện trong lãnh thổ nước mình⁷.

Hiệp định Tương trợ tư pháp giữa Việt Nam và Ba Lan năm 1993 quy định tại Điều 52 về nghĩa vụ dẫn độ: Các nước ký kết cam kết, theo quy định của Hiệp định này, khi được yêu cầu sẽ dẫn độ cho nhau những người đang cư trú trên lãnh thổ nước mình để nước ký kết kia truy cứu trách nhiệm hình sự hoặc thi hành hình phạt.

Các điều ước quốc tế song phương và đa phương có cách diễn đạt khác nhau về nghĩa vụ dẫn độ tội phạm, nhưng những điều ước này vẫn thể hiện sự đồng ý của các quốc gia thành viên về việc đồng ý dẫn độ cho quốc gia thành viên khác những cá nhân có hành vi vi phạm pháp luật của quốc gia yêu cầu nếu cá nhân đó đang hiện diện trên lãnh thổ của quốc gia được yêu cầu. Việc dẫn độ những cá nhân này nhằm mục đích xét xử hoặc thi hành bản án đã có hiệu lực đối với cá nhân đó. Những điều ước quốc tế này chính là cơ sở pháp lý quan trọng nhất cho các quốc gia trong hoạt động hợp tác về dẫn độ tội phạm, tùy thuộc vào nội dung và những điều kiện khác nhau được quy định cụ thể trong điều ước mà các quốc gia sẽ tiến hành dẫn độ cá nhân được yêu cầu cho quốc gia yêu cầu.

Từ việc xem xét những khái niệm và quy định trong điều ước quốc tế về dẫn độ tội phạm, có thể đưa ra một định nghĩa cụ thể về dẫn độ tội phạm như sau: “Dẫn độ tội

phạm là hoạt động hợp tác giữa các quốc gia trên cơ sở các nguyên tắc và các điều ước quốc tế được các quốc gia thỏa thuận hoặc trên cơ sở các tập quán quốc tế. Theo đó, một quốc gia (quốc gia được yêu cầu) sẽ trao trả cá nhân đang hiện diện trên lãnh thổ nước mình cho quốc gia khác (quốc gia yêu cầu) để xét xử hoặc thi hành một bản án đã có hiệu lực đối với hành vi phạm tội của cá nhân này trên lãnh thổ của quốc gia yêu cầu”.

Làm rõ hơn về khái niệm, chúng ta có thể thấy “dẫn độ tội phạm” là hoạt động hợp tác được tiến hành bởi các quốc gia, cụ thể là quốc gia đưa ra yêu cầu dẫn độ và quốc gia tiến hành dẫn độ tội phạm; cơ sở để các quốc gia tiến hành dẫn độ tội phạm đó chính là các điều ước quốc tế về tương trợ tư pháp hoặc điều ước về dẫn độ tội phạm mà các quốc gia đã tiến hành ký kết với nhau hoặc các điều ước có điều khoản về dẫn độ tội phạm mà các quốc gia này là thành viên. Trong trường hợp giữa các quốc gia không có điều ước quốc tế ràng buộc nghĩa vụ dẫn độ thì họ vẫn có thể tiến hành hợp tác dẫn độ tội phạm trên cơ sở thỏa thuận, dựa trên “nguyên tắc có đi có lại”, một trong những nguyên tắc rất quan trọng tồn tại dưới cả dạng tập quán quốc tế hay điều ước quốc tế. Có thể nói, việc xác định cơ sở của hoạt động dẫn độ tội phạm là rất quan trọng. Bởi lẽ, việc dẫn độ tội phạm thực chất là quyền của các quốc gia nơi kẻ phạm tội đang lẩn trốn, việc đồng ý hay từ chối đều dựa trên ý chí của quốc gia này. Tuy nhiên, trong trường hợp họ là thành viên của điều ước quốc tế về dẫn độ tội phạm hay điều ước quốc tế có điều khoản về dẫn độ tội phạm thì việc tiến hành dẫn độ trở thành nghĩa vụ đối với thành viên của điều ước quốc tế mà quốc gia này phải thực hiện.

Trên cơ sở sự thỏa thuận giữa các quốc gia, quốc gia được yêu cầu sẽ tiến hành trao trả cá nhân phạm tội đang hiện diện trên

6 <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/024.htm>

7 http://www.oas.org/juridico/mla/en/traites/en_traites-ext-can-usa4.html

lãnh thổ của quốc gia mình cho quốc gia yêu cầu. Hai quốc gia này sẽ phải tiên hành dẫn độ theo đúng các trình tự, thủ tục mà các bên thỏa thuận: về lệnh bắt giữ, bản miêu tả hành vi phạm tội, nhân thân người phạm tội..., đồng thời, các quốc gia phải thỏa thuận về thời gian, địa điểm cụ thể để tiến hành trao trả cá nhân này.

Mục đích của hoạt động dẫn độ tội phạm là nhằm tiến hành xét xử hoặc thi hành một bản án đã có hiệu lực đối với cá nhân phạm tội. Chúng ta thường hiểu rằng nếu cá nhân tiến hành hành vi phạm tội trên lãnh thổ của một quốc gia thì cá nhân đó đương nhiên phải chịu trách nhiệm trước pháp luật của quốc gia đó. Tuy nhiên, trong trường hợp cá nhân lẫn trốn sang lãnh thổ của quốc gia khác, thẩm quyền xét xử quốc gia nơi kẻ phạm tội thực hiện hành vi phạm tội đã bị giới hạn về thẩm quyền tài phán đối với cá nhân đó. Bởi vậy, mục đích của hoạt động dẫn độ chính là việc buộc cá nhân phải trở về quốc gia mà anh ta đã tiến hành hành vi phạm tội, chịu trách nhiệm về hành vi anh ta đã tiến hành trên cơ sở các quy định của pháp luật quốc gia đó; việc dẫn độ cũng có thể nhằm mục đích thực hiện một bản án đã được cơ quan tài phán của quốc gia này tiến hành xét xử đối với cá nhân thực hiện hành vi phạm tội trước khi lẫn trốn sang lãnh thổ quốc gia khác.

Ở Việt Nam, trước khi Luật Tương trợ tư pháp 2007 ra đời, Việt Nam ghi nhận các quy định về hoạt động dẫn độ tội phạm trong Bộ luật Tố tụng hình sự, Chương XXXVII, Phần VIII về dẫn độ và chuyển giao hồ sơ, tài liệu, vật chứng của vụ án, cụ thể là tại Điều 343 và 344 của Bộ luật này. Với vai trò là văn bản pháp lý quy định các vấn đề liên quan chủ yếu tới trình tự, thủ tục tiến hành truy tố và xét xử một cá nhân khi có hành vi vi phạm pháp luật hình sự của quốc gia, Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2003 không đề cập đến khái niệm dẫn độ tội phạm mà chỉ quy định các vấn đề liên quan đến thẩm quyền tiến hành hoạt động dẫn độ, các căn cứ từ chối dẫn độ... Luật Tương trợ tư pháp ra đời

năm 2007 đã đưa ra khái niệm về dẫn độ tội phạm trong Khoản 1, Điều 32: “Dẫn độ là việc một nước chuyển giao cho nước khác người có hành vi phạm tội hoặc người bị kết án hình sự đang có mặt trên lãnh thổ nước mình để nước được chuyển giao truy cứu trách nhiệm hình sự hoặc thi hành án đối với người đó”.

Luật Tương trợ tư pháp năm 2007 của Việt Nam áp dụng đối với các cơ quan, tổ chức, cá nhân Việt Nam, cơ quan, tổ chức, cá nhân nước ngoài có liên quan đến hoạt động tương trợ tư pháp với Việt Nam. Đối tượng của hoạt động dẫn độ được Luật Tương trợ tư pháp 2007 quy định cụ thể là những cá nhân đã thực hiện hành vi phạm tội hình sự hoặc người bị kết án hình sự đang hiện diện trên lãnh thổ nước mình, mục đích của hoạt động dẫn độ này là để tiến hành xét xử hoặc thi hành bản án đã có đối với cá nhân đó. Trên cơ sở xem xét các quy định của Luật Tương trợ tư pháp, các cơ quan có thẩm quyền tiến hành hoạt động dẫn độ của Việt Nam sẽ xem xét đề từ chối hoặc đáp ứng yêu cầu dẫn độ của quốc gia khác.

2. Phân biệt “dẫn độ” với một số thuật ngữ có liên quan

Trong quá trình xem xét các biện pháp mà các quốc gia trong cộng đồng quốc tế sử dụng để đấu tranh phòng chống tội phạm, bên cạnh hoạt động dẫn độ tội phạm còn có các biện pháp khác như: quốc gia chuyển giao cho Tòa Hình sự quốc tế (ICC) tiến hành xét xử, trục xuất cá nhân phạm tội ra khỏi lãnh thổ nước mình... Khi xem xét đến khái niệm “dẫn độ tội phạm”, chúng ta cũng cần phải phân biệt thuật ngữ “dẫn độ tội phạm” với một số thuật ngữ có liên quan khác để thấy được đặc thù của hoạt động hợp tác đấu tranh phòng chống tội phạm này.

Trước hết đó là thuật ngữ “trục xuất” cá nhân phạm tội ra khỏi lãnh thổ quốc gia. Trục xuất được hiểu là việc một cơ quan có thẩm quyền của quốc gia sở tại tuyên bố yêu cầu người nước ngoài phải rời khỏi lãnh thổ

nước sở tại vì người đó vi phạm pháp luật của nước này. Trục xuất có thể được tiến hành bằng cách ra lệnh để người nước ngoài phạm pháp buộc phải rời khỏi nước sở tại trong một thời hạn nhất định hoặc tiến hành theo thủ tục cưỡng chế⁸. Trục xuất không phải là hoạt động hợp tác giữa các quốc gia mà là một trong những hình phạt hoặc thông qua các thủ tục hành chính thông thường được quy định trong pháp luật quốc gia. Ví dụ như Điều 32 Bộ luật Hình sự năm 1999 của Việt Nam quy định trục xuất là buộc người nước ngoài có hành vi vi phạm pháp luật Việt Nam rời khỏi lãnh thổ Việt Nam. Như vậy, hành vi trục xuất được tiến hành bởi cơ quan có thẩm quyền của quốc gia đó, việc này được tiến hành đối với cá nhân là người không mang quốc tịch quốc gia sở tại, có hành vi vi phạm nghiêm trọng pháp luật của chính quốc gia này. Sự khác biệt cơ bản giữa dẫn độ tội phạm với trục xuất là ở chỗ, nếu như hoạt động dẫn độ tội phạm được coi là hoạt động hợp tác trên cơ sở sự thỏa thuận giữa các quốc gia với nhau thì trục xuất được coi là một hình phạt quy định trong pháp luật quốc gia, được tiến hành bởi chính quốc gia đó trên cơ sở bảo đảm thực thi quyền lực và pháp luật của quốc gia. Đối tượng phải gánh chịu hình phạt này là những người nước ngoài thực hiện hành vi vi phạm pháp luật của chính quốc gia nơi họ cư trú, còn dẫn độ thì hành vi vi phạm có thể xảy ra tại quốc gia yêu cầu hoặc các quốc gia khác.

Thuật ngữ được đưa ra phân biệt tiếp theo đó là thuật ngữ “chuyển giao”. Đây là thuật ngữ được nêu ra trong Quy chế của Tòa án quốc tế về xét xử tội phạm quốc tế trước đây (Tòa án xét xử tội phạm Nam Tư cũ, Tòa Nuremberg, Tòa Tokyo). Theo quy định tại Quy chế Tòa án Hình sự quốc tế năm 1998 (Khoản 1, Điều 89) thì “chuyển

giao cá nhân phạm tội” có thể hiểu là Tòa Hình sự quốc tế có thể yêu cầu các quốc gia bắt giữ và giao cá nhân có hành vi phạm tội đang ở trên lãnh thổ của quốc gia đó cho Tòa để xét xử. Việc chuyển giao được tiến hành với các đối tượng là tội phạm quốc tế, các cá nhân này có thể đã được xét xử trước bởi tòa án quốc gia nhưng vì tính chất của hành vi phạm tội có ảnh hưởng tới cộng đồng quốc tế (tội xâm lược, tội ác chiến tranh, tội diệt chủng, tội ác chống nhân loại) mà sẽ được chuyển giao để xét xử bởi các Tòa án quốc tế.

Một quốc gia sẽ tiến hành chuyển giao một cá nhân đã được xét xử trước đó bởi tòa án quốc gia (có thể chính là công dân nước mình) cho Tòa án quốc tế để tiến hành xét xử những tội ác quốc tế mà cá nhân này đã gây ra. Sự khác biệt giữa thuật ngữ “chuyển giao” và “dẫn độ tội phạm” thể hiện rõ nhất ở mục đích của hoạt động này. Nếu hoạt động chuyển giao cá nhân phạm tội thực chất thể hiện sự hợp tác của quốc gia trong việc đấu tranh chống lại các tội phạm quốc tế, vì lợi ích của cộng đồng quốc tế chứ không phải vì lợi ích to lớn của chính quốc gia này hay quốc gia nào khác, thì hoạt động dẫn độ tội phạm là nhằm phục vụ lợi ích của chính quốc gia yêu cầu, cụ thể là để thực hiện quyền tài phán của quốc gia này đối với các hành vi xâm hại đến pháp luật quốc gia của cá nhân có hành vi vi phạm đã bỏ trốn ra nước ngoài.

Luật Trưng trợ tư pháp 2007 của Việt Nam sử dụng thuật ngữ “chuyển giao” khi đề cập đến khái niệm dẫn độ tội phạm. Ở thời điểm này, khi Việt Nam chưa là thành viên của Quy chế Rome 1998 về Tòa Hình sự quốc tế, chúng ta có thể sử dụng thuật ngữ này. Nhưng khi Việt Nam trở thành thành viên của Quy chế Rome 1998, với những sự khác biệt về chủ thể, đối tượng áp dụng... thì chúng ta cần sửa đổi thuật ngữ

8 <http://dictionary.bachkhoatoanthu.gov.vn/default.aspx?param=1EB6aWQ9ODkwMSZncm91cGlkPSZraW5kPSZrZXI3b3JkPXRyJWUxJWJiJWE1Yyt4dSViMSViYSVhNXQ=&page=1>

9 http://europa.eu/legislation_summaries/other/133131_en.htm

cho phù hợp để thống nhất trong quá trình áp dụng và thực hiện các quy định trong văn bản pháp luật quốc gia cũng như các điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên.

Một thuật ngữ khác cũng cần được phân biệt với “dẫn độ tội phạm”, đó là thuật ngữ “nhượng bộ”. Thuật ngữ này xuất hiện trong khuôn khổ của Liên minh châu Âu (EU) khi tổ chức này đưa ra các quy định chung giữa các quốc gia thành viên liên quan đến hoạt động hợp tác đấu tranh phòng chống tội phạm⁹. Nhượng bộ cũng có thể được hiểu là sự khái quát của nguyên tắc “công nhận lẫn nhau” khi tiến hành các hoạt động xét xử tội phạm tại các quốc gia thành viên Liên minh. Theo đó, một cá nhân thực hiện hành vi phạm tội trên lãnh thổ của bất cứ quốc gia thành viên nào của EU cũng đều có thể bị xét xử bởi tòa án của quốc gia khác, quốc gia còn lại sẽ chỉ tiến hành công nhận phán quyết của tòa án đã xét xử tội phạm này. Sự nhượng bộ này thể hiện sự thống nhất, tin tưởng lẫn nhau về mặt ý chí khi xét xử và đưa ra phán quyết đối với những cá nhân phạm tội trong toàn phạm vi EU. Có thể thấy sự khác biệt rõ ràng giữa hoạt động này với hoạt động dẫn độ tội phạm đó là quốc gia không tiến hành trao cá nhân phạm tội cho quốc gia khác để xét xử. Cá nhân có hành vi phạm tội có thể bị xét xử bởi tòa án của bất cứ quốc gia thành viên EU nào, quốc gia khác chỉ công nhận phán quyết của tòa án đã xét xử tội phạm đó.

Về cơ bản, dẫn độ tội phạm có những đặc điểm khác so với các hoạt động hợp tác đấu tranh phòng chống tội phạm khác. Mục đích và bản chất của hoạt động dẫn độ tội phạm là thể hiện sự hỗ trợ về mặt pháp lý giữa các quốc gia để thực hiện thẩm quyền xét xử hình sự của quốc gia đối với các loại tội phạm có tính chất quốc tế. Hoạt động này được thực hiện giữa các quốc gia trên cơ sở điều ước quốc tế đã được ký kết hoặc dựa trên nguyên tắc có đi có lại (trong trường hợp giữa các bên không tồn tại điều ước quốc tế về dẫn độ tội phạm). Theo đó, quốc gia yêu cầu sẽ đưa ra yêu cầu dẫn độ tội phạm đối với quốc gia được yêu cầu theo

đúng trình tự và thủ tục đã được ghi nhận trong các thỏa thuận được các bên đưa ra nhằm mục đích xét xử hoặc thi hành bản án đã có hiệu lực đối với cá nhân bị dẫn độ. Đây được coi là hoạt động hợp tác rất hiệu quả giữa các quốc gia nhằm tránh được việc bỏ lọt tội phạm, tăng cường hợp tác toàn diện trong quá trình đấu tranh phòng chống tội phạm của quốc gia cũng như cộng đồng quốc tế.

Trong những thập niên trở lại đây, Việt Nam luôn thể hiện được vai trò của mình trong việc thực hiện các hoạt động đấu tranh phòng chống tội phạm trong lãnh thổ quốc gia, trong khu vực và toàn cầu. Việc hoàn thiện hệ thống pháp luật điều chỉnh hoạt động hợp tác quốc tế đấu tranh phòng chống tội phạm trở thành yêu cầu bức thiết đối với Việt Nam. Sự hoàn thiện này phải được đảm bảo từ những quy định cụ thể nhất để trên cơ sở đó, các quốc gia có mong muốn thiết lập quan hệ hợp tác đấu tranh phòng chống tội phạm với Việt Nam cũng như các cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam dựa vào đó để nâng cao hiệu quả hợp tác giữa Việt Nam với các quốc gia khác.

Các quy định về dẫn độ tội phạm trong pháp luật Việt Nam được quy định trong Luật Tương trợ tư pháp 2007 nhưng chưa được ghi nhận trong một văn bản pháp luật riêng biệt. Trong tương lai, Việt Nam cần phải xây dựng Luật Dẫn độ, trên cơ sở đó, các vấn đề cơ bản về thẩm quyền, trình tự, thủ tục thực hiện hoạt động dẫn độ tội phạm được quy định rõ ràng, cụ thể hơn, bao gồm cả các quy định liên quan đến việc xây dựng các yêu cầu dẫn độ từ Việt Nam chứ không chỉ gồm các quy định về việc các quốc gia khác gửi yêu cầu dẫn độ tới Việt Nam như trong Luật Tương trợ tư pháp 2007 ghi nhận. Việc hoàn thiện hệ thống pháp luật của Việt Nam sẽ tạo điều kiện tốt hơn nữa để nhà nước đảm bảo việc quản lý các quan hệ xã hội trong phạm vi lãnh thổ quốc gia. Đồng thời còn là công cụ pháp lý hiệu quả điều chỉnh hoạt động hợp tác giữa Việt Nam với các quốc gia khác trong quá trình đấu tranh phòng tội phạm ■

NHỮNG QUAN ĐIỂM LỚN

VÀ SỰ CẦN THIẾT SỬA ĐỔI LUẬT BẢO HIỂM XÃ HỘI

BUI SỸ LỢI*

Đối với bất kỳ quốc gia nào, bảo hiểm xã hội (BHXH) luôn là trụ cột quan trọng nhất của hệ thống an sinh xã hội (ASXH). Tại Việt Nam, trải qua một quá trình lịch sử, chính sách bảo hiểm xã hội đã góp phần to lớn vào việc ổn định đời sống cho người lao động thụ hưởng các chế độ BHXH; góp phần ổn định chính trị - xã hội đất nước. Trong bối cảnh Việt Nam đã trở thành quốc gia có thu nhập trung bình¹ thì việc mở rộng đối tượng tham gia và tăng cường tính bền vững của hệ thống BHXH có ý nghĩa hết sức quan trọng đối với việc thực hiện mục tiêu tiến bộ và công bằng xã hội. Những bất cập của Luật BHXH năm 2006 đang đặt ra nhu cầu khách quan về việc sửa đổi Luật BHXH một cách căn bản, nhằm thiết lập khung chính sách, pháp luật BHXH phù hợp với sự phát triển của kinh tế thị trường và hội nhập kinh tế quốc tế.

1. An sinh xã hội

Ngay từ khi thành lập nước năm 1945, Chính phủ đã luôn chăm lo cải thiện đời sống của nhân dân lao động nói chung và đối với công nhân, viên chức Nhà nước nói riêng. Ngoài việc ban hành chế độ tiền lương, Chính phủ đã ban hành các chế độ phụ cấp, trợ cấp xã hội mà thực chất là các chế độ BHXH như: trợ cấp ốm đau, sinh đẻ, tai nạn lao động, trợ cấp già yếu, trợ cấp cho cá nhân và gia đình công nhân, viên chức khi chết và xây dựng các khu an dưỡng, điều dưỡng, bệnh viện, nhà trẻ.

Điều 32 Hiến pháp năm 1959 quy định rõ: quyền của người lao động được giúp đỡ

về vật chất khi già yếu, mất sức lao động, bệnh tật. Năm 1960, Hội đồng Chính phủ ban hành Nghị quyết, trong đó xác định “đi đôi với việc cải tiến chế độ tiền lương, cần cải tiến và ban hành các chính sách cụ thể về BHXH và phúc lợi cho công nhân viên chức, cán bộ”. Ngày 14/12/1961, Ủy ban thường vụ Quốc hội đã phê chuẩn, Chính phủ ban hành Nghị định số 218/CP ngày 27/12/1961 kèm theo Điều lệ tạm thời về các chế độ BHXH đối với công nhân viên chức Nhà nước và Nghị định số 161/CP về chế độ đối với lực lượng vũ trang.

Hiến pháp năm 1992, Hiến pháp của thời kỳ đổi mới đã định hướng mục tiêu và

* **TS. Phó Chủ nhiệm Ủy ban về các vấn đề xã hội**

¹ Năm 2013, thu nhập bình quân đầu người của Việt Nam đạt khoảng 1.900 USD.

các nội dung cốt lõi của chính sách bảo đảm ASXH tại các Điều 3, 39, 56, 61 và 67. Các quy định này đã thể hiện sự tôn trọng đối với các quyền được chăm sóc sức khỏe, quyền được bảo đảm về lao động, việc làm và thu nhập, BHXH và trách nhiệm của Nhà nước trong việc thực hiện các chính sách chăm sóc sức khỏe nhân dân, bảo đảm đời sống cho người lao động, chăm lo cho người có hoàn cảnh khó khăn và thực hiện chính sách ưu đãi đối với người có công với cách mạng. Hiến pháp 1992 đã bước đầu thể chế hóa đường lối chỉ đạo và tầm nhìn về chính sách xã hội được tuyên ngôn trong Cương lĩnh xây dựng đất nước trong thời kỳ quá độ lên chủ nghĩa xã hội năm 1991 của Đảng, định hướng kết hợp giữa tăng trưởng kinh tế và tiến bộ xã hội, bảo đảm và không ngừng nâng cao đời sống vật chất của mọi thành viên trong xã hội về ăn, ở, đi lại, học tập, nghỉ ngơi, chữa bệnh và nâng cao thể chất. Quan điểm này đã tạo cơ sở thúc đẩy quá trình xây dựng và phát triển hệ thống pháp luật về BHXH trong suốt 20 năm vừa qua.

Cùng với quá trình đẩy mạnh công nghiệp hóa, hiện đại hóa, việc thực hiện các chính sách xã hội nói chung và chính sách BHXH nói riêng ngày càng trở thành mối quan tâm sâu sắc của Đảng và Nhà nước ta. Ở khía cạnh vĩ mô, hệ thống quan điểm chỉ đạo về định hướng mục tiêu BHXH liên tục được bổ sung, củng cố qua các thời kỳ:

- Nghị quyết số 21-NQ/TW ngày 30/01/2008 của Hội nghị lần thứ sáu Ban Chấp hành Trung ương Đảng khóa X xác định: “Xây dựng hệ thống BHXH đa dạng và linh hoạt phù hợp với yêu cầu của kinh tế thị trường định hướng XHCN. Mở rộng các hình thức bảo hiểm bắt buộc và bảo hiểm tự nguyện; bổ sung, sửa đổi các chế độ BHXH còn bất hợp lý, bảo đảm quyền lợi của người tham gia BHXH; tách BHXH đối với khu vực hành chính nhà nước ra khỏi khu vực doanh nghiệp, đơn vị sự nghiệp và các lĩnh vực khác. Điều chỉnh lương hưu và trợ cấp BHXH theo cơ chế tạo nguồn, độc lập tương đối với chính sách tiền lương, giảm dần phần hỗ trợ từ ngân sách nhà nước; từng bước cải thiện đời sống của

người về hưu theo trình độ phát triển của nền kinh tế”.

- Đại hội Đảng lần thứ XI khẳng định: “Bảo đảm ASXH; tiếp tục sửa đổi, hoàn thiện hệ thống BHXH, bảo hiểm y tế, bảo hiểm thất nghiệp... đa dạng, linh hoạt, có khả năng bảo vệ, giúp đỡ mọi thành viên trong xã hội, nhất là những đối tượng yếu thế dễ bị tổn thương”.

- Chiến lược phát triển kinh tế - xã hội của Việt Nam giai đoạn 2011-2020 đã chi tiết hóa mục tiêu: “Phát triển hệ thống ASXH đa dạng, ngày càng mở rộng và hiệu quả. Phát triển mạnh hệ thống bảo hiểm như BHXH, bảo hiểm thất nghiệp, bảo hiểm tai nạn lao động và bệnh nghề nghiệp... Khuyến khích và tạo điều kiện thuận lợi để người lao động tiếp cận và tham gia các loại hình bảo hiểm”.

- Nghị quyết số 15-NQ/TW, ngày 1/6/2012 của Ban Chấp hành Trung ương khóa XI về một số vấn đề về chính sách xã hội giai đoạn 2012 - 2020 khẳng định quan điểm chỉ đạo “Hệ thống ASXH phải đa dạng, toàn diện, có tính chia sẻ giữa Nhà nước, xã hội và người dân, giữa các nhóm dân cư trong một thể hệ và giữa các thể hệ; bảo đảm bền vững, công bằng” và đặt mục tiêu “Phấn đấu đến năm 2020 có khoảng 50% lực lượng lao động tham gia BHXH; 35% lực lượng lao động tham gia bảo hiểm thất nghiệp”.

- Nghị quyết số 21-NQ/TW, ngày 22/11/2012 của Bộ Chính trị về tăng cường sự lãnh đạo của Đảng đối với công tác BHXH, bảo hiểm y tế giai đoạn 2012 - 2020 tiếp tục khẳng định:

+ Vai trò, mục tiêu của BHXH trong hệ thống các chính sách xã hội nhằm hướng tới tăng cường nâng cao chất lượng cuộc sống của người dân, thúc đẩy phát triển kinh tế - xã hội bền vững;

+ Xác định rõ trách nhiệm bảo đảm ASXH và phúc lợi xã hội là một chức năng, nhiệm vụ chủ yếu của Nhà nước gắn liền với phát triển kinh tế và là quyền lợi, trách nhiệm của toàn xã hội, trong đó BHXH phải là trụ cột chính trong các chính sách chủ đạo về ASXH;

+ BHXH phải đi trước một bước trong đổi mới chính sách, chế độ, linh hoạt, đa dạng cả về hình thức, mục tiêu và xã hội hóa để góp phần hướng tới mục tiêu ASXH và phúc lợi xã hội đa tầng, linh hoạt, bền vững, có thể hỗ trợ lẫn nhau, công bằng về trách nhiệm và lợi ích, chia sẻ rủi ro, hướng tới bao phủ toàn dân, chú trọng bảo vệ các đối tượng yếu thế phù hợp với phát triển kinh tế - xã hội và tiếp cận với thông lệ quốc tế;

+ Sớm có giải pháp cụ thể và đồng bộ sửa đổi chính sách, pháp luật về BHXH, khắc phục vướng mắc, khó khăn, tồn tại trong công tác tổ chức thực hiện BHXH hiện nay theo hướng quan tâm đến quyền và lợi ích của người tham gia nhưng phải chú trọng hơn về tài chính BHXH theo đúng nguyên tắc đóng - hưởng, cải tiến mô hình quản lý hiện đại, tách bạch các chế độ chính sách ngắn hạn, dài hạn, mở rộng và đa dạng các loại hình BHXH phù hợp với xu thế phát triển;

+ Mở rộng đối tượng tham gia BHXH; xây dựng chính sách khuyến khích nông dân, lao động trong khu vực phi chính thức tham gia BHXH tự nguyện; phấn đấu đến năm 2020 có 50% lực lượng lao động tham gia BHXH.

Từ nền tảng định hướng chính trị đó, Hiến pháp năm 2013 đã quy định bao quát hầu hết các quyền cơ bản về chính trị, dân sự, kinh tế, xã hội, văn hóa của con người và đều hướng tới nhân dân, đảm bảo quyền và lợi ích của nhân dân. Các quyền con người ghi nhận trong Hiến pháp đã phù hợp với các điều ước quốc tế về quyền con người mà nước ta tham gia ký kết. Hiến pháp đã bổ sung, làm rõ hơn nội hàm quyền con người, các quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân, gắn liền với trách nhiệm của Nhà nước trong việc bảo đảm thực hiện các quyền đó, thể hiện rõ bản chất dân chủ của Nhà nước ta. Với kỹ thuật lập hiến mới, đòi hỏi cao độ về tính khái quát, lần đầu tiên Hiến pháp đã hiến định khái niệm “ASXH” và khẳng định tại Điều 34 tư tưởng “Công dân có quyền được bảo đảm ASXH”, tại Điều 59 “Nhà nước tạo bình đẳng về cơ hội

để công dân thụ hưởng phúc lợi xã hội, phát triển hệ thống ASXH...”.

2. Sự cần thiết ban hành Luật Bảo hiểm xã hội (sửa đổi)

Luật BHXH năm 2006 đã đánh dấu một bước tiến quan trọng trong việc tạo cơ sở pháp lý để nâng cao hiệu quả thực thi chế độ, chính sách BHXH, pháp điển hóa các quy định hiện hành và bổ sung các chính sách BHXH phù hợp với quá trình chuyển đổi của nền kinh tế theo cơ chế thị trường định hướng XHCN, đáp ứng nguyện vọng của đông đảo người lao động, bảo đảm ASXH và hội nhập quốc tế. Chính sách BHXH đã phát huy tích cực trong việc bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của người lao động, người sử dụng lao động, tạo điều kiện để mọi người lao động đều có thể tham gia vào hệ thống BHXH với việc bổ sung thêm hình thức BHXH tự nguyện, góp phần thực hiện mục tiêu ASXH. Nhận thức của người lao động, người sử dụng lao động và xã hội về BHXH, ASXH đã có những chuyển biến tích cực. Đối tượng tham gia BHXH tăng nhanh qua các năm. Năm 2006 mới có 6,7 triệu người tham gia BHXH bắt buộc thì đến năm 2013 đã có hơn 10,8 triệu người (tăng gần 1,6 lần). Năm 2008 là năm đầu tiên triển khai BHXH tự nguyện có 6.110 người tham gia, đến nay đã có 173.000 người tham gia BHXH tự nguyện. Các chế độ BHXH được thiết kế phù hợp hơn, đảm bảo tốt hơn nguyên tắc đóng - hưởng, đã góp phần ổn định đời sống của người lao động trong quá trình làm việc và khi hết tuổi lao động. Tuy nhiên, qua 6 năm đi vào cuộc sống, thực tiễn thi hành pháp luật cho thấy Luật BHXH đang bộc lộ một số bất cập, hạn chế cần phải xem xét sửa đổi như sau:

Thứ nhất, mức độ bao phủ của BHXH bắt buộc và tự nguyện đều thấp. Đến cuối năm 2013, tổng số đối tượng tham gia BHXH bắt buộc mới chỉ chiếm khoảng 78% tổng số lao động có quan hệ lao động thuộc đối tượng tham gia BHXH bắt buộc theo quy định của pháp luật và mới chỉ chiếm khoảng hơn 20% lực lượng lao động. Cả khuôn khổ pháp lý và việc thực thi pháp luật

về chế độ BHXH bắt buộc cũng như chế độ BHXH tự nguyện đều đang gặp những điểm nghẽn cần sự đột phá về phát triển đối tượng, cụ thể là:

- Chính sách BHXH tự nguyện chưa thu hút được người lao động trong khu vực không có quan hệ lao động tham gia. Là một nước nông nghiệp, tỷ lệ lao động phi chính thức và trong nông nghiệp chiếm tỷ trọng cao. Tuy nhiên, đến năm 2013, số người tham gia BHXH tự nguyện mới chỉ chiếm khoảng 0,3% số đối tượng thuộc diện tham gia BHXH tự nguyện. Nguyên nhân chính một phần là do các điều kiện, thủ tục, cơ chế pháp lý của BHXH tự nguyện chưa hấp dẫn được người lao động tham gia. Do vậy, yêu cầu thúc đẩy sự tham gia của các nhóm lao động khu vực phi chính thức, nông nghiệp vào hệ thống ASXH chính thức là hết sức cấp thiết để hướng tới một hệ thống ASXH bao phủ rộng tới các nhóm dân cư trong xã hội.

- Đối với BHXH bắt buộc, công tác quản lý lao động thuộc diện bắt buộc tham gia BHXH trong các thành phần kinh tế chưa kịp thời, thiếu chính xác; chưa có cơ chế phối hợp, trao đổi thông tin về quản lý lao động một cách hiệu quả giữa các cơ quan chức năng. Việc xác định và giao BHXH Việt Nam thực hiện chỉ tiêu mở rộng đối tượng tham gia BHXH hàng năm còn thiếu cơ sở khoa học và chưa rõ trách nhiệm của cơ quan quản lý nhà nước trong việc chỉ đạo, quản lý nên trong nhiều năm qua, tỷ lệ lao động tham gia BHXH, đặc biệt là BHXH tự nguyện còn ở mức thấp, không phù hợp với lộ trình thực hiện đạt mục tiêu phấn đấu đến năm 2020 có 50% lực lượng lao động tham gia BHXH mà Nghị quyết số 15-NQ/TW đã đề ra.

Thứ hai, Luật BHXH 2006 chưa đáp ứng được yêu cầu đổi mới hệ thống BHXH theo hướng đa dạng hoá hình thức BHXH và phù hợp với mô hình ASXH trong điều kiện phát triển nền kinh tế thị trường. Luật hiện hành mới chỉ thiết kế được một hệ thống bảo hiểm hưu trí đơn tầng, duy nhất do Nhà nước tổ chức, quản lý (hay còn gọi

là hưu trí cơ bản). Kinh nghiệm quốc tế cho thấy, Nhà nước cần phải thiết kế mô hình BHXH theo hướng đa tầng, trong đó tầng hưu trí cơ bản do Nhà nước tổ chức, quản lý để tạo ra một sàn an sinh tối thiểu cho mọi người lao động và tầng tiếp theo là bảo hiểm hưu trí bổ sung để tạo cơ hội cho những người lao động có điều kiện, mức thu nhập cao hơn sẽ tích lũy an sinh nhiều hơn, có mức sống tốt hơn sau khi hết tuổi lao động.

Thứ ba, quỹ hưu trí và tử tuất có nguy cơ mất cân đối trong tương lai gần, tỷ trọng giữa số tiền chi trả chế độ so với số thu từ đóng góp của người lao động và người sử dụng lao động hàng năm có xu hướng tăng nhanh, nếu như năm 2007 tỷ trọng số chi so với số thu chỉ chiếm 57,2% thì sang năm 2008 con số này là 73,7%, năm 2009 là 81,8%, năm 2010 là 76,3%; năm 2011 là 77,0%; năm 2012 là 68,56% và ước năm 2013 là 76,6% (năm 2010 và năm 2012 tỷ trọng chi so với thu có giảm xuống là do tác động của việc thực hiện quy định về điều chỉnh tăng tỷ lệ đóng góp thêm 2% ở mỗi năm).

Theo dự báo của Tổ chức Lao động quốc tế (ILO), với các chính sách hiện hành, quỹ hưu trí và tử tuất đến năm 2021 thu trọng năm không đủ chi trong năm, do vậy, để đảm bảo khả năng chi trả, phải lấy từ nguồn kết dư của quỹ. Đến năm 2034, phần kết dư không còn, số chi lớn hơn rất nhiều so với số thu.

Nguy cơ về mất cân đối quỹ hưu trí và tử tuất là do cơ chế đóng - hưởng BHXH còn mất cân đối, mức đóng chưa tương ứng với mức hưởng: tỷ lệ đóng góp vào quỹ hưu trí và tử tuất còn thấp so với mức hưởng lương hưu; từ năm 2014 trở đi tỷ lệ đóng vào quỹ hưu trí và tử tuất là 22%, trong khi tỷ lệ hưởng lương hưu tối đa là 75% mức bình quân tiền lương, tiền công làm căn cứ đóng BHXH trong khi mức tiền lương, tiền công làm căn cứ đóng BHXH còn khoảng cách lớn với mức tiền lương, tiền công thực tế của người lao động (chỉ bằng 66% tiền lương, tiền công thực tế năm 2012); tỷ lệ hưởng lương hưu cao và công thức tính tỷ

lệ hưởng lương hưu còn chưa hợp lý (75% cho 25 năm đóng BHXH đối với nữ và 30 năm đối với nam). Tỷ lệ tính hưởng lương hưu bình quân của nam là 2,5% cho một năm đóng, của nữ là 3% cho một năm đóng là quá cao (bình quân các nước trên thế giới là 1,7%). Tỷ lệ giảm lương hưu do nghỉ hưu trước tuổi chỉ 1% là thấp. Tiền lương bình quân làm căn cứ tính lương hưu của người lao động trong khu vực nhà nước chỉ tính bình quân trên một số năm cuối (là giai đoạn người lao động có mức lương cao nhất). Số người đóng BHXH cho một người hưởng lương hưu ngày càng giảm, nếu như năm 1996 có 217 người đóng BHXH cho 1 người hưởng lương hưu, con số này giảm xuống còn 34 người vào năm 2000, 19 người vào năm 2004, 14 người vào năm 2007, 11 người vào năm 2009, 9,9 người vào năm 2011 và đến năm 2012 chỉ có 9,3 người đóng BHXH cho 1 người hưởng lương hưu. Tuổi nghỉ hưu thấp, dẫn tới thời gian đóng BHXH ngắn (số năm đóng BHXH bình quân đối với nam là 28 năm và nữ là 23 năm) và thời gian hưởng lương hưu dài. Theo kết quả Tổng điều tra dân số và nhà ở Việt Nam năm 2009 thì số năm trung bình còn sống thêm của nam ở tuổi 60 là 18,1 năm và của nữ ở tuổi 55 là 24,5 năm (trên thực tế tuổi nghỉ hưu bình quân năm 2012 chỉ là 54,2 tuổi, trong đó nam là 55,6 tuổi và nữ là 52,6 tuổi).

Thứ tư, do sự chậm đổi mới trong việc tổ chức thực hiện và cơ chế quản lý BHXH trong nhiều năm qua. Là một tổ chức sự nghiệp có mục tiêu phục vụ người dân trong việc bảo đảm an sinh xã hội và thay mặt người dân, nhà nước để quản lý quỹ BHXH nhưng việc cải cách thủ tục hành chính, cách thức phục vụ người dân trong việc tham gia, thụ hưởng chế độ BHXH nhiều năm qua còn nhiều hạn chế. Người lao động gặp nhiều khó khăn, cản trở trong việc tiếp cận các dịch vụ BHXH; thiếu thông tin về cách thức tham gia, thụ hưởng, lợi ích của BHXH, đặc biệt BHXH tự nguyện; tiếp cận, theo dõi các thông tin về BHXH liên quan đến việc đóng - hưởng của bản thân người lao động, người

sử dụng lao động và nhà nước; việc cải cách thủ tục hành chính, ứng dụng công nghệ thông tin trong quản lý bảo hiểm xã hội còn chậm; chưa hình thành quản lý BHXH bằng *thẻ BHXH điện tử* để mọi người lao động đều có thể truy cập tìm hiểu, kiểm tra tất cả những thông tin liên quan tới tài khoản BHXH của mình, do vậy, nhiều trường hợp người lao động bị doanh nghiệp không đóng hoặc nợ BHXH đã rất lâu nhưng không biết.

Thứ năm, chế tài và việc xử phạt các vi phạm pháp luật trong lĩnh vực BHXH chưa nghiêm khắc nên tình trạng nợ đóng, chậm đóng BHXH còn xảy ra khá phổ biến, đặc biệt ở các doanh nghiệp ngoài quốc doanh và các doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài (chiếm trên 70% tổng số nợ), ảnh hưởng trực tiếp đến quyền lợi hợp pháp của người lao động và nguồn thu quỹ BHXH. Theo Báo cáo của BHXH Việt Nam, đến 31/12/2013, tổng số nợ đọng BHXH và bảo hiểm thất nghiệp là 6.449 tỷ đồng, chiếm 4,47% số phải thu. Việc người sử dụng lao động trốn đóng, chậm đóng BHXH vừa ảnh hưởng đến tình hình tài chính của quỹ BHXH, nhưng quan trọng hơn là nó làm cho người lao động có nguy cơ không được thụ hưởng các chế độ ASXH, đặc biệt là chế độ bảo hiểm hưu trí do việc doanh nghiệp trốn đóng BHXH gây ra.

Với những lý do khách quan nêu trên, cần thiết phải đổi mới căn bản, toàn diện pháp luật về BHXH để đáp ứng yêu cầu phát triển hệ thống ASXH phù hợp với nền kinh tế thị trường, hội nhập quốc tế trong tình hình mới. Nếu không mở rộng diện bao phủ BHXH tới đông đảo người lao động thì trong tương lai, đất nước sẽ phải đối mặt với hàng triệu người lao động bước vào tuổi nghỉ hưu không có thu nhập từ lương hưu, gánh nặng này sẽ thuộc về Nhà nước, đó là phải trợ cấp xã hội cho hàng triệu người để hỗ trợ cho cuộc sống của họ (năm 2011, tổng số người từ 80 tuổi hưởng trợ cấp xã hội là 1.331.449 người với kinh phí là 2.954 tỷ đồng). Đây là vấn đề cần phải quan tâm trong quá trình sửa đổi Luật BHXH ■

KIẾN NGHỊ HOÀN THIỆN LUẬT THI HÀNH ÁN DÂN SỰ

NGUYỄN DUY PHƯƠNG*

Công tác thi hành án dân sự (THADS) giữ vai trò quan trọng trong việc bảo đảm hiệu lực pháp luật của các bản án, quyết định của Tòa án và các cơ quan có thẩm quyền khác, góp phần bảo vệ lợi ích của Nhà nước, quyền lợi ích hợp pháp của tổ chức, cá nhân, giữ gìn trật tự an toàn xã hội. Từ thực trạng THADS ở nước ta trong hơn bốn năm qua (2008 -2013), bài viết chỉ ra những hạn chế, đồng thời kiến nghị những giải pháp để góp phần vào việc hoàn thiện Luật THADS.

Luật THADS đã được Quốc hội thông qua ngày 14/11/2008, có hiệu lực thi hành kể từ ngày 01/7/2009. Qua hơn bốn năm triển khai thực hiện luật, công tác THADS đã có những chuyển biến tích cực, không ngừng được tăng cường, nâng cao hiệu quả và số vụ việc thi hành án xong với số tiền, tài sản thu được năm sau cao hơn năm trước, nhiều vụ việc thi hành án phức tạp đã được giải quyết dứt điểm. Tuy nhiên, bên cạnh những thành tựu đạt được, công tác thi hành án vẫn còn những hạn chế nhất định. Để có cơ sở cho việc sửa đổi, bổ sung Luật THADS, ngày 19/11/2013, Bộ trưởng Bộ Tư pháp đã ban hành Quyết định số 2836/QĐ-BTP về việc ban hành kế hoạch tổng kết thi hành Luật THADS năm 2008 với mục đích “Trên cơ sở đánh giá một cách khách quan, toàn diện các quy định của Luật THADS năm 2008 và các văn bản hướng dẫn thi hành qua hơn bốn năm thi hành: (1) Làm rõ tác động của Luật THADS tới công tác THADS nói riêng và sự phát triển kinh tế - xã hội của đất nước nói chung; tác động

của phát triển kinh tế - xã hội đến công tác THADS, đến quy định của Luật THADS; (2) Môi liên hệ giữa Luật THADS với các luật, pháp lệnh, điều ước quốc tế có liên quan; (3) Những thành công và hạn chế trong quy định và tổ chức thực hiện Luật THADS; làm rõ tính phù hợp, khả thi của các quy định hiện hành; xác định những vấn đề mới nảy sinh trong thực tiễn công tác THADS cần được điều chỉnh; (4) Đưa ra các kiến nghị, giải pháp cụ thể trong sửa đổi, bổ sung Luật THADS, đáp ứng các yêu cầu phát triển kinh tế - xã hội của đất nước, của công tác THADS, phù hợp với hội nhập quốc tế”¹. Do đó, việc nghiên cứu về thực trạng THADS ở nước ta là hết sức cần thiết để từng bước hoàn thiện pháp luật về THADS.

1. Thực trạng công tác thi hành án dân sự

Theo Báo cáo của Bộ Tư pháp, trong giai đoạn 2009-2012, với sự ra đời của Luật THADS năm 2008, công tác THADS đã có nhiều chuyển biến tích cực. Số việc đã giải

* TS. Khoa Luật, Đại học Huế.

1 Quyết định số: 2836/QĐ-BTP ngày 19/11/2013 của Bộ trưởng Bộ Tư pháp về việc ban hành kế hoạch tổng kết thi hành Luật THADS năm 2008.

quyết xong (thi hành xong, ủy thác, đình chỉ, trả đơn, miễn thi hành án) trên tổng số việc có điều kiện thi hành chiếm tỉ lệ trung bình 82% hàng năm, đặc biệt năm 2011 đạt 88% và năm 2012 đạt 89%.

Năm 2009, tổng số việc thụ lý (cũ chuyển sang và thụ lý mới) là 635.951, số việc có điều kiện thi hành là 430.026, số việc đã giải quyết xong 351.143, chiếm tỷ lệ 82%. Năm 2010, tổng số việc thụ lý (cũ chuyển sang và thụ lý mới) là 629.453, số việc có điều kiện thi hành 406.896, số việc đã giải quyết xong 351.373, chiếm tỷ lệ 86%. Năm 2011, tổng số việc thụ lý (cũ chuyển sang và thụ lý mới) là 646.667, số việc có điều kiện thi hành 431.979, số việc đã giải quyết xong 379.990, chiếm tỷ lệ 88%. Năm 2012, tổng số việc thụ lý (cũ chuyển sang và thụ lý mới) là 657.165, số việc có điều kiện thi hành 446.255, số việc đã giải quyết xong 395.284, chiếm tỷ lệ 89%.

Riêng năm 2013, tính đến 18/9/2013, tổng số việc phải thi hành là 656.111 việc, tăng 76.193 việc (13%) so với cùng kỳ năm 2012. Kết quả xác minh, phân loại có 520.674 việc có điều kiện thi hành (chiếm tỷ lệ 79,36%), tăng 123.258 việc (10,86%) so với cùng kỳ và 135.133 việc chưa có điều kiện thi hành. Đã thi hành xong 356.701 việc, tăng 65.863 việc (22,6%) so với cùng kỳ năm 2012, đạt tỷ lệ 68,51% (thấp hơn 4,67% so với cùng kỳ năm 2012)².

Số liệu thống kê cho thấy, công tác THADS ngày càng có hiệu quả hơn. Có được điều này là do, kể từ khi Luật THADS 2008 có hiệu lực, tổ chức bộ máy cơ quan THADS được kiện toàn hơn, trình độ chuyên môn của Chấp hành viên, cán bộ thi hành án được nâng lên, cải cách hành chính trong công tác thi hành án được đẩy mạnh

với những thủ tục đơn giản, chặt chẽ đúng theo quy định của pháp luật. Cơ sở vật chất của các cơ quan thi hành án được tăng cường; sự lãnh đạo, chỉ đạo của các cấp ủy Đảng, Chính quyền địa phương và sự giám sát của Hội đồng nhân dân các cấp, Mặt trận tổ quốc, các đoàn thể và Đoàn đại biểu Quốc hội tiếp tục được quan tâm. Ban chỉ đạo thi hành án các địa phương hoạt động có hiệu quả, góp phần không nhỏ trong việc giải quyết dứt điểm các vụ việc thi hành án phức tạp.

Tuy nhiên, số liệu thống kê cũng phản ánh một thực trạng là số vụ việc tồn đọng hàng năm lên đến 50 ngàn vụ, “hiện cả nước đang tồn đọng hơn 300.000 vụ án dân sự có hiệu lực, mà chưa thi hành được”³.

2. Một số vướng mắc trong áp dụng Luật Thi hành án dân sự và hướng giải quyết

Luật THADS có nhiều quy định mới đã khắc phục được những hạn chế của Pháp lệnh THADS. Để cụ thể hóa Luật THADS 2008, Chính phủ ban hành các Nghị định 58/2009/NĐ-CP ngày 13/7/2009 Quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật THADS; Nghị định 74/2009/NĐ-CP ngày 9/9/2009 Quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật THADS về cơ quan quản lý THADS, cơ quan THADS và công chức làm công tác THADS. Những văn bản này là cơ sở pháp lý thuận lợi cho việc tổ chức THADS, giúp cho công tác thi hành án đạt hiệu quả cao hơn.

Tuy nhiên, qua 4 năm triển khai thực hiện, Luật THADS 2008 cũng đã bộc lộ những nhược điểm quan trọng: nhiều quy định trong luật không chặt chẽ, không rõ ràng, thiếu tính khả thi, làm ảnh hưởng đến chất lượng thi hành án, cụ thể:

2 Kết quả thực hiện công tác THADS năm 2013. Trang thông tin điện tử tổng hợp Ban Nội chính Trung ương. noichinh.vn, noichinh.org.vn

3 Ngọc Dũng, THADS còn nhiều khó khăn, VTV News Thứ sáu 9/07/2013 22:37

Thứ nhất, về thẩm quyền ra quyết định thi hành án

Theo quy định của Luật THADS 2008, việc ra quyết định thi hành án do thủ trưởng cơ quan thi hành án thực hiện. Tuy nhiên, qua nghiên cứu kinh nghiệm một số nước trên thế giới thì ở đa số các quốc gia, việc ra quyết định thi hành án là do tòa án (thẩm phán) thực hiện. Việc này theo chúng tôi là hợp lý vì “bản chất của THADS là hoạt động tư pháp, là giai đoạn cuối cùng của quá trình tố tụng, do đó, Tòa án phải có trách nhiệm đến cùng với bản án, quyết định mà mình ban hành; không để tình trạng cắt khúc, tách rời các giai đoạn tố tụng làm hạn chế mối quan hệ giữa hoạt động xét xử với hoạt động THADS, giữa Tòa án với cơ quan thi hành án”⁴.

Mặt khác, cơ quan THADS hiện nay trực thuộc Bộ Tư pháp - là cơ quan hành chính nhà nước, do đó quyết định do cơ quan thi hành án đưa ra là một loại quyết định hành chính, không thuộc đối tượng kiểm sát của Viện kiểm sát nhân dân (KSND). Hiến pháp 1992 quy định “Viện KSND thực hành quyền công tố, kiểm sát hoạt động tư pháp”. Thế nhưng tại khoản 2 Điều 12 Luật THADS 2008 quy định: “Viện kiểm sát các cấp trong phạm vi nhiệm vụ, quyền hạn của mình kiểm sát việc tuân theo pháp luật về thi hành án của cơ quan THADS, Chấp hành viên, cơ quan, tổ chức và cá nhân có liên quan đến việc thi hành án nhằm bảo đảm việc thi hành án kịp thời, đầy đủ, đúng pháp luật”⁵. Hay Điều 160 quy định về quyền kháng nghị của Viện kiểm sát: “Viện kiểm sát kháng nghị đối với quyết định, hành vi của Thủ trưởng cơ quan THADS, Chấp hành viên cơ quan THADS cùng cấp và cấp dưới theo quy định của Luật Tổ chức Viện KSND”⁶. Như đã phân tích,

quyết định THADS là một quyết định hành chính, nếu Viện KSND kháng nghị là không đúng chức năng. Do đó theo chúng tôi, cần quy định Tòa án là cơ quan có thẩm quyền ban hành quyết định thi hành án.

Thứ hai, về xác minh điều kiện thi hành án

Theo quy định tại Điều 31 Luật THADS “đơn yêu cầu thi hành án phải nêu thông tin về tài sản hoặc điều kiện thi hành án của người phải thi hành án”. Với quy định này, người được thi hành án phải tự mình xác minh điều kiện thi hành án của người phải thi hành án để cung cấp thông tin cho cơ quan thi hành án, điều này là không có tính khả thi. Người được thi hành án khó có thể yêu cầu cơ quan chức năng cung cấp thông tin về tài sản của người phải thi hành án. Vì tài sản, tài khoản là bí mật thông tin của cá nhân được pháp luật bảo vệ, mặt khác, nếu cơ quan, tổ chức, cá nhân từ chối cung cấp thông tin cho người được thi hành án hoặc cố tình cung cấp sai, thì chưa có biện pháp xử lý, do đó quyền lợi hợp pháp và yêu cầu chính đáng của người dân chưa được đảm bảo đúng quy định của pháp luật. Để khắc phục điểm này, Điều 44 quy định: “Trường hợp chủ động ra quyết định thi hành án, Chấp hành viên phải tiến hành xác minh điều kiện thi hành án của người phải thi hành án. Trường hợp thi hành án theo đơn yêu cầu, nếu người được thi hành án đã áp dụng các biện pháp cần thiết mà không thể tự xác minh được điều kiện thi hành án của người phải thi hành án thì có thể yêu cầu Chấp hành viên tiến hành xác minh”. Thực tế cho thấy việc Chấp hành viên xác minh điều kiện thi hành án của người phải thi hành án cũng gặp phải nhiều trở ngại, khó khăn vì người phải thi hành có thể ở khác nơi cư trú với người được thi hành; họ có thể

4 Thu Hằng, Sửa đổi Luật THADS: Quy định rõ cơ chế bảo đảm bản án có tính khả thi?...

5 Luật THADS 2008.

6 Luật THADS 2008.



làm việc và có thu nhập ở một nơi khác; tài sản của họ có thể nằm ở nhiều địa phương hoặc ở nước ngoài... Chấp hành viên khó có khả năng đi tất cả các địa phương hoặc ra nước ngoài để xác minh. Mặt khác, để xác minh được tài sản của người phải thi hành án cần có sự phối hợp của các cơ quan tổ chức, đặc biệt là chính quyền cơ sở (xã, phường, thị trấn), tuy nhiên hiện nay, pháp luật lại không quy định rõ trách nhiệm, nghĩa vụ và cơ chế phối hợp. Do đó, cần có các chế tài cụ thể đối với các cơ quan, tổ chức, cá nhân đang nắm giữ thông tin không cung cấp hoặc cung cấp chậm trễ thông tin khi người được chấp hành viên yêu cầu mà không có lý do chính đáng, không có văn bản trả lời người yêu cầu.

Thứ ba, về việc kê biên quyền sử dụng đất

Theo quy định tại Điều 110 Luật THADS: “Chấp hành viên chỉ kê biên quyền sử dụng đất của người phải thi hành án thuộc trường hợp được chuyển quyền sử dụng theo quy định của pháp luật về đất đai”. Tuy nhiên, việc kê biên, xử lý tài sản là quyền sử dụng (đất nông nghiệp, lâm nghiệp, nuôi trồng thủy sản hay đất làm muối), đa số những người phải thi hành án là người trực tiếp lao động sản xuất trên mảnh đất đó và thu nhập của họ có được là từ hoạt động sản xuất đó, ngoài ra họ không còn bất kỳ tài sản hoặc thu nhập nào khác. Do đó, việc kê biên,

xử lý quyền sử dụng đất đó để thi hành án sẽ ảnh hưởng nghiêm trọng đến cuộc sống của người phải thi hành án, ảnh hưởng đến trật tự an toàn xã hội. Trước đây, theo quy định của Nghị định 164/2004/NĐ-CP ngày 14/9/2004 của Chính phủ về kê biên, đấu giá quyền sử dụng đất để đảm bảo thi hành án “trường hợp người phải thi hành án là người trực tiếp lao động nông nghiệp, lâm nghiệp, nuôi trồng thủy sản, làm muối mà nguồn sống chủ yếu của họ là thu nhập có được từ

hoạt động sản xuất đó và được UBND cấp xã nơi có đất được kê biên xác nhận thì khi kê biên, Chấp hành viên phải để lại cho người phải thi hành án diện tích đất nhất định đủ đảm bảo cho họ sản xuất để có lương thực sinh sống trong 6 tháng đối với người sử dụng đất trồng cây hàng năm, đất làm muối; trong 12 tháng đối với người sử dụng đất trồng cây lâu năm, đất rừng sản xuất, đất nuôi trồng thủy sản hoặc đất nông nghiệp khác” (Điều 4). Nhưng Luật THADS và các văn bản hướng dẫn thi hành mới được ban hành lại không quy định về nội dung này. Vì vậy, việc kê biên xử lý tài sản của người phải thi hành án trong các trường hợp này là rất khó khăn, nhiều trường hợp không thi hành được vì sự thiếu hợp tác của đương sự và chính quyền địa phương, mà nếu có cưỡng chế thi hành án thành công cũng ảnh hưởng đến trật tự xã hội và quyền sống tối thiểu của người dân, làm giảm hiệu quả thực hiện bản án, quyết định của Tòa án.

Do đó, theo chúng tôi, để đảm bảo điều kiện sống tối thiểu của người phải thi hành án, cần bổ sung vào Luật THADS quy định “phải để lại cho người phải thi hành án diện tích đất đủ đảm bảo cho họ sản xuất để sinh sống trong một thời hạn nhất định trong trường hợp kê biên quyền sử dụng đất nông nghiệp, lâm nghiệp, nuôi trồng thủy sản, đất làm muối của người phải thi hành án là người trực tiếp lao động nông nghiệp, lâm nghiệp, nuôi trồng thủy sản, làm muối ■

NÊN THỪA NHẬN CHẾ ĐỊNH KẾT HỢP DÂN SỰ GIỮA HAI NGƯỜI CÙNG GIỚI TÍNH

CAO VŨ MINH*

NGUYỄN ĐỨC NGUYỄN VY**

1. Đi tìm lời giải cho quy định “cấm kết hôn giữa những người cùng giới tính”

Trong rất nhiều nội dung cần sửa đổi của Luật Hôn nhân và gia đình (Luật HNVD) thì vấn đề hôn nhân giữa những người cùng giới tính (NCGT) đang nhận được quan tâm sâu sắc của toàn xã hội. Vấn đề nên hay không nên thừa nhận hôn nhân đồng giới (HNĐG) đang phát sinh những quan điểm trái chiều nhau. Hiện nay có hai quan điểm chủ đạo: i) không nên công nhận HNĐG vì điều này trái với quy luật tự nhiên của cuộc sống; ii) nên công nhận HNĐG vì mọi người sinh ra là bình đẳng bất kể người đó có xu hướng tính dục và bản dạng giới như thế nào.

Liên quan đến vấn đề giới tính trong kết hôn, Luật HNVD hiện hành của nước ta quy định cấm kết hôn giữa những NCGT¹. Như vậy, nếu đặt câu hỏi: “theo pháp luật Việt Nam, người đồng tính (NĐT) có quyền kết hôn hay không?” thì lời đáp sẽ rất đơn giản và rõ ràng: “có”. Tuy nhiên, nếu hỏi rằng: “NĐT có được kết hôn một cách tự nguyện, theo ý muốn thực sự, theo nhu cầu mang tính bản năng của họ không?” thì câu trả lời sẽ là ngược lại. Thực ra, quy định cấm kết hôn “giữa những NCGT” không nhằm

riêng vào NĐT². Tuy vậy, việc cấm kết hôn giữa những NCGT đã hạn chế hầu như tất cả những khả năng kết hôn mà NĐT có nhu cầu.

NĐT bị hấp dẫn về mặt giới tính bởi NCGT với họ và thường có nhu cầu quan hệ tình dục với người cùng giới. Với thiên hướng tình dục này, có bốn khả năng kết hôn có thể đặt ra với NĐT.

Trường hợp thứ nhất: kết hôn giữa NĐT nam với NĐT nữ (kết hôn khác giới tính giữa hai NĐT). Trường hợp này không có nhiều khả năng xảy ra trên thực tế vì xu hướng tình dục của hai người này không hướng vào nhau.

Trường hợp thứ hai: kết hôn giữa NĐT nam (hoặc đồng tính nữ) với người nữ (hoặc nam) không đồng tính (kết hôn khác giới tính giữa một NĐT với một người không đồng tính). Trường hợp này trên thực tế rất ít xảy ra vì NĐT không hướng nhu cầu vào đối tượng trong khi đó nhu cầu đối tượng còn lại hướng đến thì NĐT lại không thể đáp ứng được. Thực tế việc kết hôn trong trường hợp này xảy ra chỉ nhằm che đậy thân phận đồng tính hoặc vì một lý do khác chứ không xuất phát từ nhu cầu tình cảm, tình dục cũng như mục đích xây dựng gia đình.

* *ThS., Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.*

** *Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.*

¹ Khoản 5 Điều 10 Luật HNVD năm 2000.

² Trên thực tế thì hai người dị tính luyến ái không có nhu cầu kết hôn với nhau nhưng nếu họ muốn kết hôn với nhau thì vẫn bị coi là trái pháp luật.

Trường hợp thứ ba: NĐT nữ kết hôn với NĐT nữ hoặc NĐT nam kết hôn với NĐT nam (còn được gọi là kết hôn đồng giới giữa hai NĐT). Khả năng này có thể xảy ra trên thực tế vì người này thuộc nhóm đối tượng mà xu hướng tình dục của người kia hướng đến.

Trường hợp thứ tư: kết hôn giữa NĐT nam (hoặc đồng tính nữ) với một người nam (hoặc một người nữ) không đồng tính (còn được gọi là kết hôn đồng giới giữa một NĐT với một người không đồng tính). Đây là khả năng thường xảy ra trên thực tế vì người còn lại chính là đối tượng mà thiên hướng tình dục của NĐT hướng đến³.

Như vậy, ở nước ta, NĐT vẫn được quyền kết hôn với người khác giới tính của mình như trường hợp thứ nhất và thứ hai, tuy nhiên, NĐT không bị hấp dẫn bởi người khác giới nên khả năng kết hôn với người khác giới là rất thấp. Ngược lại, họ có nhu cầu kết hôn với người cùng giới như trường hợp thứ ba và thứ tư thì lại bị pháp luật cấm.

Vậy lý do gì pháp luật Việt Nam lại cấm kết hôn giữa những NCGT? Trong thực tế có rất nhiều lý do được viện dẫn nhằm bảo vệ cho quy định: “cấm kết hôn giữa những NCGT” như: i) HNĐG không được chấp nhận vì quan hệ hôn nhân giữa những người đồng giới không thể sinh con để duy trì nòi giống; ii) cho phép kết hôn giữa những người đồng giới sẽ làm tăng quan hệ tình dục đồng giới - một loại tình dục được coi là không an toàn; iii) HNĐG sẽ ảnh hưởng xấu đến quyền lợi của trẻ em; iv) HNĐG vi phạm các chuẩn mực đạo đức trong xã hội; v) HNĐG đi ngược với quy luật tự nhiên, không phù hợp với đa số dân số trong xã hội⁴.

Tuy nhiên, các lập luận trên chưa thật thuyết phục và toàn diện bởi những lý do sau:

Thứ nhất, hôn nhân là sự xác lập quyền và nghĩa vụ vợ chồng của những người yêu thương nhau, mong muốn quan hệ trên được hợp thức hóa và được xã hội công nhận. Đó cũng là ý nghĩa đầu tiên và quan trọng nhất của việc kết hôn. Mục đích sinh con đẻ cái, duy trì nòi giống chỉ là điều mà xã hội mong muốn khi một quan hệ hôn nhân được xác lập, nhưng đó không phải là nghĩa vụ bắt buộc với các bên khi kết hôn. Nếu chúng ta cho rằng HNĐG không thể duy trì nòi giống nên không được thừa nhận vậy tại sao chúng ta vẫn cho phép những người vô sinh kết hôn dị giới? Nếu vấn đề tăng dân số quan trọng thì tại sao ở những nước đông dân như Trung Quốc chỉ cho phép mỗi cặp vợ chồng sinh một đứa con nhưng vẫn cấm kết hôn đồng giới? Tại sao pháp luật HNGĐ Việt Nam một mặt yêu cầu “vợ chồng có nghĩa vụ thực hiện chính sách dân số và kế hoạch hoá gia đình”⁵ nhưng mặt khác lại cấm kết hôn đồng giới? Bên cạnh đó, không có một căn cứ khoa học nào cho rằng, việc không thể sinh con giữa những NĐT kết hôn vốn chỉ chiếm một số lượng ít trong xã hội, là một trong những nguyên nhân quan trọng dẫn đến sự thoái hóa, tuyệt diệt giống nòi của nhân loại.

Thứ hai, quan điểm cho rằng kết hôn đồng giới sẽ làm gia tăng các quan hệ tình dục đồng giới không an toàn là chưa thực sự chính xác. Từng có thời kỳ thế giới coi quan hệ tình dục đồng giới là nguyên nhân lây lan đại dịch HIV trên toàn cầu. Luận điểm trên không hợp lý bởi HIV xuất phát từ nhiều nguyên nhân, quan hệ tình dục chỉ là một trong số đó, hơn nữa không chỉ riêng gì tình dục đồng giới mà tất cả các loại quan hệ tình dục đều không an toàn nếu các bên không sử dụng các biện pháp an toàn. Mặt khác có

3 Dương Hoán, “Quyền kết hôn của NĐT”, Kỷ yếu Hội thảo khoa học “Vai trò của Nhà nước trong việc bảo đảm quyền của các nhóm xã hội dễ bị tổn thương” do Trường ĐH Luật TP.HCM tổ chức ngày 04/12/2010, tr.134.

4 Trường Đại học Luật TP.HCM, Tập bài giảng Luật HNVGD, 2009, tr.67.

5 Chính sách dân số của Nhà nước ta là mỗi gia đình nên có từ 1 đến 2 con để nuôi dạy cho tốt. Từ chính sách này mà Ủy ban Thường vụ Quốc hội ban hành Pháp lệnh Dân số năm 2003 và Chính phủ ban hành Nghị định số 20/2010/NĐ-CP ngày 8/3/2010 quy định chi 7 trường hợp ngoại lệ được quyền sinh con thứ 3. Ngoài 7 trường hợp này thì người nào sinh con thứ 3 đều bị xem là vi phạm pháp luật.

thể thấy điểm vô lý trong việc giải thích như trên là nếu cho rằng tình dục đồng giới là không lành mạnh thì không có lý do gì để lý giải cho việc pháp luật chỉ cấm kết hôn đồng giới mà không cấm các quan hệ tình dục đồng giới.

Thứ ba, quan điểm cho rằng kết hôn đồng giới sẽ ảnh hưởng đến quyền và lợi ích hợp pháp của trẻ em là thiếu cơ sở. Quyền lợi của trẻ em chịu ảnh hưởng từ các mối liên hệ đa chiều, phức hợp trong xã hội chứ không chỉ từ quan hệ hôn nhân đồng tính. Nếu nói quyền lợi của trẻ em sẽ bị ảnh hưởng nghiêm trọng thì sao pháp luật lại không cấm những người nhiễm HIV kết hôn và sinh con? Theo nghiên cứu của ngành y tế, tỷ lệ người mẹ có HIV dương tính lây truyền sang con nếu không được điều trị dự phòng là từ 30-35%, có nghĩa là trung bình cứ 100 đứa trẻ sinh ra từ những bà mẹ bị nhiễm HIV thì có tới 30-35 đứa trẻ bị nhiễm HIV⁶. Trong trường hợp này, quyền lợi của trẻ em ít nhiều đã bị ảnh hưởng, thế thì tại sao pháp luật không cấm người nhiễm HIV kết hôn⁷? Nếu vậy, cũng nên đối xử công bằng với NĐT và không nên sử dụng lý do này để khước từ quyền kết hôn của họ.

Thứ tư, lý do cho rằng HNĐG không phù hợp chuẩn mực đạo đức xã hội cũng không thực sự thuyết phục. Khi nhiều người chưa có nhận thức đầy đủ về nguồn gốc của đồng tính thì sự kỳ thị là điều tất yếu. Không ít người trong xã hội dễ dàng chấp nhận và tin rằng hầu hết những NĐT là do bị bạn bè rủ rê để thử nghiệm các lối sống mới, chạy theo những thói ăn chơi đua đòi. Do đó xã hội thiếu sự cảm thông đối với tình trạng

đồng tính. Cũng chính vì quan niệm rằng đồng tính là do ảnh hưởng từ lối sống, sinh hoạt của những NĐT trước đó nên cộng đồng đã bỏ mặc và xa lánh NĐT để tránh khỏi bị “lây lan”.

Cuối cùng, đa số không phải lúc nào cũng đúng, ý kiến của số đông không phải lúc nào cũng là chân lý. Khi cả Giáo hội công giáo và số đông tin đồ cho rằng mặt trời quay quanh trái đất thì chỉ có Giordano Bruno mạnh dạn nói lên chân lý là trái đất quay quanh mặt trời. Kết quả của lời nói ấy là việc Giordano Bruno phải lên giàn hỏa thiêu nhưng ông đã khẳng định một chân lý là số đông không phải lúc nào cũng đúng. Với tư duy đó thì thật khó để thuyết phục rằng số ít NĐT phải chấp hành theo số đông người dị tính.

Chúng tôi cho rằng, lý do quan trọng của việc cấm kết hôn đồng giới chính là quan niệm của xã hội về hôn nhân. Việt Nam là đất nước chịu nhiều ảnh hưởng từ tôn giáo, tín ngưỡng. Trong suốt các triều đại phong kiến Việt Nam, tư tưởng Nho giáo đã được du nhập và đề cao, trong đó, hôn nhân mang tính quy luật của âm - dương. Truyền thuyết Lạc Long Quân và Âu Cơ sinh trăm con cũng đề cao thuyết âm dương giao hòa sinh ra vạn vật⁸. Hôn nhân với hai chủ thể nam và nữ tham gia đã là triết lý ổn định, khó thay đổi trong tư duy của người Việt Nam. Do đó, nếu quy định quyền kết hôn giữa những NCGT sẽ rất khó đạt được sự đồng thuận của xã hội nói chung cũng như của các cơ quan xây dựng pháp luật nói riêng⁹. Không phải ngẫu nhiên mà trong Công văn số 3460/BTP-PLDSLTT gửi các

6 Báo Đồng Nai (Cơ quan của Đảng Bộ Đảng Cộng sản Việt Nam tỉnh Đồng Nai), "Người nhiễm HIV có nên sinh con?", Thứ ba, ngày 07/02/2012.

7 Đối với những đứa trẻ này, 15-20% sẽ tiến triển thành AIDS trong 12 tháng đầu, một số tiến triển trong 2-3 năm sau. Nếu tiến triển thành AIDS toàn phát, trẻ sẽ chết vì các bệnh như viêm phổi kẽ, tưa lưỡi nặng, gan to, lách to, nhiều hạch, tiêu chảy kéo dài... Có trường hợp trẻ tử vong ngay lúc còn là bào thai trong bụng mẹ. Những trẻ may mắn không bị nhiễm HIV thì cũng bị nguy cơ cao phải mồ côi mẹ.

8 Cao Ngọc Lân - Cao Vũ Minh, "Tìm hiểu các triều đại Việt Nam" (sách tham khảo), Nxb. Lao Động, 2011, tr.19.

9 Đỗ Gia Thăng, "Một số quy định của pháp luật liên quan đến quyền của chuyển giới (LGBT) trong pháp luật dân sự, thực trạng và một số kiến nghị", Tài liệu Hội thảo "NĐT, song tính và chuyển giới: Những quy định pháp luật và quan điểm cộng đồng" do Viện Nghiên cứu Lập pháp và Viện Nghiên cứu Xã hội, Kinh tế và Môi trường tổ chức ngày 27/7/2013 tại TP.HCM.

ban, ngành, đoàn thể xã hội, Bộ Tư pháp nhận định: “Mặc dù trên thế giới đã có một số nước và vùng lãnh thổ hợp pháp hóa hôn nhân đồng tính nhưng ở Việt Nam đây vẫn là một vấn đề nhạy cảm và còn nhiều quan điểm trái ngược”.

2. Những hình thức chung sống giữa hai người cùng giới trên thế giới

Hiện chưa có cuộc điều tra nào thống kê một cách chính xác số NĐT ở nước ta. Do các nguyên nhân khác nhau mà nhiều NĐT không muốn công khai xu hướng tính dục của mình. Tuy nhiên, nếu lấy tỉ lệ trung bình mà nhiều nhà khoa học thừa nhận là 3% thì số NĐT và song tính tạm tính ở Việt Nam trong độ tuổi từ 15 đến 59 vào khoảng 1,65 triệu người¹⁰. Ngoài ra, theo điều tra của Viện nghiên cứu Xã hội, Kinh tế và Môi trường (ISEE) năm 2012 thì 92% người được hỏi (mẫu nghiên cứu là 2.401 người) muốn pháp luật cho phép kết hôn cùng giới. Nghiên cứu đồng tính nam cho kết quả: 71% mong muốn được pháp luật cho phép kết hôn đồng giới, 25% muốn được chung sống có đăng ký, 4% muốn sống chung không đăng ký. Nghiên cứu đồng tính nữ cho thấy: Nếu pháp luật cho phép thì 77% trong số họ muốn kết hôn, 3% không muốn, 16% không thấy kết hôn là quan trọng¹¹. Jean Jacques Rousseau từng viết: “Muôn cho một ý chí trở thành ý chí chung, không nhất thiết lúc nào cũng phải tuyệt đối trăm người như một, nhưng điều cần thiết là mỗi tiếng nói đều được đếm xia tới. Nếu gạt bỏ dù là hình thức, một số tiếng nói nào đó, thì ý chí chung sẽ bị tan rã”¹².

Có thể nhận thấy nhu cầu kết hôn của những NĐT là chính đáng và cần được pháp luật thừa nhận. Ngay trong công văn lấy ý kiến sửa đổi Luật HNVGD, Bộ Tư pháp cũng nhìn nhận rằng: “xét về bảo đảm quyền tự do cá nhân thì việc kết hôn giữa những

NCGT cần được công nhận”. Tuy nhiên, do rất nhiều rào cản khác nhau nên có quốc gia công nhận và hợp pháp hóa HNĐG, có quốc gia lại không công nhận. Ngay cả ở Mỹ, quốc gia nổi tiếng về tự do và bản thân Tổng thống Barack Obama cũng tuyên bố ủng hộ việc kết hôn đồng tính, thì hình thức hôn nhân này vẫn bị coi là bất hợp pháp tại rất nhiều bang.

Cách đây không lâu, khi trả lời phỏng vấn trước báo giới, ông Trưởng Ban biên tập Dự thảo Luật HNVGD (sửa đổi) cho biết: “Chúng ta chưa thừa nhận HNĐG ở thời điểm này nhưng phải có giải pháp để họ có môi trường pháp lý khi sống chung và xử lý được các hậu quả phát sinh từ việc sống chung đó”¹³. Đồng quan điểm với ý kiến này, chúng tôi cho rằng, ở nước ta hiện nay, hợp pháp hóa hôn nhân giữa những NCGT là điều chưa thể, tuy nhiên, pháp luật cũng cần dự liệu những vấn đề phát sinh trong quá trình chung sống của những NĐT và nên cân nhắc thừa nhận các hình thức thay thế hôn nhân (alternatives), trong đó có hình thức là kết hợp dân sự - KHDS (civil union) và đối tác chung nhà - ĐTCN (domestic partnership).

KHDS và ĐTCN là những hình thức thay thế hôn nhân theo nghĩa tuy không được công nhận hôn nhân, nhưng hai NĐT có quyền chung sống với nhau, được hưởng một số quyền lợi và nghĩa vụ nào đó trong luật hôn nhân tùy theo quy định của từng quốc gia. KHDS và ĐTCN được quy định khác nhau theo pháp luật của mỗi quốc gia, giữa chúng có những nét tương đồng và cũng tồn tại nhiều điểm khác biệt.

Sự tương đồng giữa KHDS và ĐTCN

Thứ nhất, KHDS và ĐTCN được hình thành trên cơ sở sự thỏa thuận giữa hai bên. Cũng như bao giao dịch dân sự khác, hai hình thức thay thế hôn nhân này đều là sự lựa

10 Tính theo dân số Việt Nam năm 2007 có 55,38 triệu người trong độ tuổi từ 15 đến 59.

11 VnExpress.net, “Cửa cho hôn nhân đồng tính vẫn còn khép chặt”, Thứ sáu, ngày 13/7/2012.

12 Jean Jacques Rousseau, “Bàn về kế ước xã hội”, Thanh Đạm dịch, Nxb. TP. Hồ Chí Minh, năm 1992, tr.15.

13 Báo Sài Gòn giải phóng, “Về dự thảo Luật HNVGD (sửa đổi): Không ngại “sốc” văn hóa”, Thứ bảy, ngày 20/04/2013.

chọn của hai người đồng giới hay khác giới để chung sống với nhau như vợ chồng và để hưởng một số quyền lợi, nghĩa vụ nhất định.

Thứ hai, việc chung sống dưới hình thức KHDS và ĐTCN phải thỏa mãn những điều kiện luật định¹⁴. Các điều kiện luật định này có thể là độ tuổi (hầu hết các nước đều quy định phải trên 18 tuổi), giới tính (một số nước chỉ dành các hình thức thay thế hôn nhân này cho người đồng giới như Cộng hòa Czech, Vương quốc Anh, Thụy Điển, Đan Mạch, Na Uy...), tình trạng quan hệ (chẳng hạn không được có mối quan hệ KHDS hay ĐTCN với người khác khi đăng ký) và một số trường hợp cấm khác tùy theo pháp luật mỗi nước.

Thứ ba, các bên quan hệ phải đăng ký việc chung sống theo hình thức KHDS hay ĐTCN theo trình tự luật định và việc đăng ký này nhằm công khai hóa về mối quan hệ giữa họ để từ đó nhận được sự bảo hộ của pháp luật¹⁵. Chỉ khi các bên chung sống theo hai hình thức thay thế hôn nhân này đã đăng ký cho cơ quan có thẩm quyền theo một trình tự, thủ tục luật định thì khi đó mối quan hệ của họ mới chính thức được công nhận bởi pháp luật. Đây là cơ sở vô cùng quan trọng để hình thành nên quyền và nghĩa vụ của họ đối với hình thức KHDS và ĐTCN. Tuy nhiên, trong trường hợp không đăng ký,

pháp luật một số nước (như bang South Australia của Australia) vẫn công nhận hình thức hôn nhân thực tế theo một trong hai hình thức thay thế hôn nhân này khi có tranh chấp xảy ra.

Thứ tư, các bên phải cam kết có trách nhiệm hỗ trợ cho nhau cả về mặt tinh thần lẫn vật chất trong cuộc sống chung như vợ chồng¹⁶. Tuy KHDS và ĐTCN chưa phải là hôn nhân nhưng pháp luật thực định của nhiều nước yêu cầu các bên khi chung sống với nhau theo một trong hai hình thức này phải có nghĩa vụ nhất định đối với nhau như vợ chồng. Bên cạnh một số quyền và nghĩa vụ luật định, khi đăng ký sống chung dưới hình thức ĐTCN hay lập hợp đồng KHDS, pháp luật các nước đòi hỏi các bên phải cam kết hỗ trợ cho nhau ở mức nhất định cả về mặt vật chất lẫn tinh thần. Mức độ cam kết của các bên sẽ được pháp luật từng nước dự liệu ở các chuẩn mực khác nhau.

Thứ năm, các bên trong KHDS hay ĐTCN đều có quyền và nghĩa vụ nhất định đối với nhau theo luật định nhưng không đầy đủ như hôn nhân¹⁷. KHDS và ĐTCN tuy không được công nhận hôn nhân, nhưng hai NĐT có quyền chung sống với nhau, được hưởng một số quyền lợi và nghĩa vụ nào đó trong luật hôn nhân tùy theo quy định của từng quốc gia. Vì thế, một hệ quả tất yếu

- 14 Điều 4 Đạo luật KHDS của Nam Phi; Dự luật về KHDS đã được thông qua của Cộng hòa Czech; Điều 297 Điểm b Khoản 1 của Bộ luật Gia đình bang California - Hoa Kỳ; Điều 8 Đạo luật KHDS của New Zealand; Điểm b Khoản 1 Điều 3 Đạo luật KHDS của Vương quốc Anh năm 2004; Điều 3 Đạo luật KHDS của Thụy Điển; Điều 2 Luật KHDS của Nauy; Khoản 5 và 6 Điều 53 Đạo luật Thống kê thiết yếu của bang Nova Scotia - Australia; Khoản 3 Điều 26.60.030 Đạo luật về Đăng ký ĐTCN của bang Washington Hoa Kỳ; Đạo luật ĐTCN của Thụy Sĩ; Khoản 1 Điều 3 Đạo luật về Tài sản trong ĐTCN 1996 của bang South Australia; Điều 122A.100 Khoản 2 Điểm b Đạo luật ĐTCN bang Nevada.
- 15 Điều 12 Đạo luật KHDS của Nam Phi; Dự luật về KHDS đã được thông qua của Cộng hòa Czech; Điều 297.5 Điểm a Bộ luật gia đình bang California - Hoa Kỳ; Điều 14 Đạo luật KHDS của New Zealand; Điều 2 Đạo luật KHDS của Anh quốc 2004; Điều , Đạo luật sửa đổi Đạo luật Hôn nhân gia đình 1989 của Đan Mạch; Điều 7 Đạo luật KHDS của Thụy Điển; Điều 3 Luật KHDS của Nauy; Điều 54 Đạo luật Thống kê thiết yếu của bang Nova Scotia - Australia; Khoản 3 Điều 26.60.60 Đạo luật về Đăng ký ĐTCN của bang Washington Hoa Kỳ; Đạo luật ĐTCN 2007 của Thụy Sĩ; Điều 122A.100 Khoản 1 Đạo luật ĐTCN bang Nevada.
- 16 Denis Clifford, 2010, *A Legal Guide for Lesbian & Gay Couples*, 15th edition, Nolo publisher, tr:39; Dự luật về KHDS đã được thông qua của Cộng hòa Czech; Điều 297 Khoản a Bộ luật Gia đình bang California - Hoa Kỳ; Điều 65 Đạo luật KHDS của Anh quốc 2004; Điều 54 Khoản 2 Đạo luật Thống kê thiết yếu của bang Nova Scotia - Australia; Điều 26.60.010 Đạo luật về Đăng ký ĐTCN của bang Washington Hoa Kỳ; Đạo luật ĐTCN của Thụy Sĩ; Điều 3 Khoản 1 Định nghĩa về "Domesitic partnership" Đạo luật về Tài sản trong ĐTCN 1996 của bang South Australia; Điều 122A.200 Đạo luật ĐTCN bang Nevada; Điều 1 Dự luật đã được thông qua của bang Victoria - Australia.
- 17 Điều 13 Đạo luật KHDS của Nam Phi; Dự luật về KHDS đã được thông qua của Cộng hòa Czech; Điều 297 Bộ luật Gia đình bang California - Hoa Kỳ; Điều 16 Khoản 2 Đạo luật KHDS của New Zealand; Điều 3 Đạo luật sửa đổi Đạo luật Hôn nhân gia đình 1989 của Đan Mạch; Điều 1 và 2 Chương 3 Đạo luật KHDS của Thụy Điển; Điều 3 Luật KHDS của Nauy; Điều 54 Khoản 2 Đạo luật Thống kê thiết yếu của bang Nova Scotia - Australia; Điều 26.60.100 Đạo luật về Đăng ký ĐTCN của bang Washington Hoa Kỳ; Đạo luật ĐTCN của Thụy Sĩ; Phần 3 Đạo luật về Tài sản trong ĐTCN 1996 của bang South Australia; Điều 122A.200 Khoản 2 Điểm b Đạo luật ĐTCN bang Nevada; Điều 1 Dự luật về Quan hệ hôn nhân đã được thông qua của bang Victoria - Australia.

rằng quyền và nghĩa vụ của các bên trong hai hình thức này sẽ không được hưởng đầy đủ như khi họ kết hôn với nhau. Đơn cử, tại Pháp, cặp đôi đồng tính đăng ký KHDS không thể được cấp Sổ gia đình (Livret familial), không được hưởng quy chế quốc tịch của nhau, không có quyền thừa kế tài sản của nhau. Tại Đức, các cặp đôi đồng tính sống chung với nhau dưới hình thức ĐTCN không được giảm các khoản thuế mà các cặp vợ chồng khác được hưởng, chẳng hạn như thuế về thừa kế, các cặp vợ chồng bình thường chỉ phải trả từ 7-30% thuế thừa kế trong khi đó những cặp đồng tính phải trả từ 17-50% tiền thuế¹⁸. Quyền nhận nuôi con nuôi của họ cũng bị hạn chế hơn.

Thứ sáu, quan hệ KHDS hay ĐTCN chấm dứt theo ý chí của một trong hai hoặc cả hai bên, một bên chết, hay việc đăng ký

bị tuyên vô hiệu¹⁹. KHDS và ĐTCN đều là những giao dịch dân sự giữa hai bên và chấm dứt trong những trường hợp tương tự như các giao dịch khác. Tuy nhiên, hai hình thức thay thế hôn nhân này mang tính tự nguyện rất cao, vì thế chỉ cần một trong hai bên không muốn tiếp tục chung sống theo hai hình thức này thì có quyền thực hiện các thủ tục luật định để tiến hành đơn phương chấm dứt mà không chịu nhiều ràng buộc như một hợp đồng dân sự thông thường.

Sự khác biệt giữa KHDS và ĐTCN

Bên cạnh những nét tương đồng thì KHDS và ĐTCN vẫn mang những điểm khác biệt. Nhìn chung, theo pháp luật thực định của nhiều nước, KHDS và ĐTCN có những điểm khác biệt như được liệt kê trong bảng dưới đây.

KHDS	ĐTCN
<i>KHDS giống như một dạng hợp đồng giữa hai bên và hợp đồng này phải thỏa mãn các điều kiện luật định dành riêng cho hợp đồng KHDS.</i>	<i>Quan hệ pháp lý giữa hai cá nhân đang cư trú cùng nhau được đăng ký dưới hình thức là thủ tục hành chính.</i>
<i>Mục đích của KHDS nhằm ràng buộc hai người chung sống bởi các quyền và nghĩa vụ về nhân thân và tài sản.</i>	<i>Mục đích chủ yếu của chế định ĐTCN là công nhận sự đóng góp của một đối tác đối với tài sản của người khác.</i>
<i>Các bên tự chủ trong việc quản lý, định đoạt tài sản riêng của mình và chịu trách nhiệm riêng về các giao dịch do mình thực hiện nếu giao dịch đó không quy định các bên phải chịu trách nhiệm liên đới.</i>	<i>Một số cặp đồng giới tham gia quan hệ ĐTCN nhằm tạo ra những quyền và lợi ích hợp pháp liên quan đến bất động sản, tài chính, thừa kế, chăm sóc sức khỏe.</i>
<i>Đây là sự thừa nhận “ban đầu” của một quốc gia trước khi hợp pháp hóa HNĐG. Nói cách khác, KHDS là một bước đệm của hôn nhân cùng giới.</i>	<i>Quan hệ ĐTCN là sự công nhận ở mức thấp nhất của một quốc gia đối với mối quan hệ của các cặp đôi đồng tính. Vì vậy, sự bảo vệ và lợi ích của các bên trong quan hệ ĐTCN thường được quy định tối thiểu nhất. Sự công nhận quan hệ ĐTCN thường mang tính biểu tượng. Nó mang tính biểu tượng vì thể hiện quốc gia không kỳ thị NĐT nhưng cũng chưa sẵn sàng cho việc hợp pháp hóa hôn nhân đồng tính²⁰.</i>

18 <http://www.stalbertgazette.com/article/GB/20100817/CP01/308179964/-1/SAG0806/german-court-gay-couples-entitled-to-equal-treatment-on-inheritance&template=cpArt>.

19 Điều 9 Đạo luật KHDS của Nam Phi; Dự luật về KHDS đã được thông qua của Cộng hòa Czech; Điều 28 Đạo luật KHDS của New Zealand; Điều 44 và 49 Đạo luật KHDS của Anh quốc 2004; Điều 5 Đạo luật sửa đổi Đạo luật Hôn nhân gia đình 1989 của Đan Mạch; Chương 2 Đạo luật KHDS của Thụy Điển; Điều 7 Dự luật về KHDS đã được thông qua của Iceland; Điều 55 Đạo luật Thống kê thiết yếu của bang Nova Scotia - Australia; Khoản 3 Điều 26.60.100 Đạo luật về Đăng ký ĐTCN của bang Washington Hoa Kỳ; Đạo luật ĐTCN 2007 của Thụy Sĩ; Điều 7 Đạo luật về Tài sản trong ĐTCN 1996 của bang South Australia; Điều 122A.300 Đạo luật ĐTCN bang Nevada.

20 *Marriage, Civil Unions and Domestic Partnerships: A Comparison*. Xem thêm: <http://equalitymaine.org/marriage-civil-unions-and-domestic-partnerships-comparison>.

3. Thừa nhận “kết hợp dân sự” - sự “ban phát” hay “khởi đầu” cho quy định hôn nhân đồng giới?

Có thể nhận thấy rằng, việc thừa nhận hôn nhân cùng giới là một xu hướng tất yếu của xã hội phát triển. Tuy nhiên, ở nước ta hiện nay, hợp pháp hóa hôn nhân giữa những NCGT là điều không thể thực hiện trong tương lai gần, do đó, trước khi cho phép NĐT được kết hôn thì cần có những bước “thí điểm” đầu tiên. Theo chúng tôi, mô hình KHDS mang tính khả thi và phù hợp nhất đối với Việt Nam hiện nay. Có 2 lý do thuyết phục chúng tôi đề xuất lựa chọn mô hình “KHDS” thay vì “ĐTCN” là:

Một là, mô hình KHDS đã được áp dụng và đạt được những thành công nhất định tại nhiều quốc gia trước khi các quốc gia này hợp pháp hóa hôn nhân đồng tính. Nhìn chung, hầu hết quốc gia thừa nhận HNĐG đều quy định quá độ trong luật từ việc KHDS của cặp đôi đồng tính rồi mới “nâng cấp” thành chế định HNĐG. Hiện có 14 quốc gia trên thế giới công nhận HNĐG²¹ thì có đến 9 quốc gia trước đó đã thừa nhận KHDS giữa các cặp đôi đồng tính.

Hai là, như đã trình bày, quan hệ ĐTCN là sự công nhận ở mức thấp nhất của một quốc gia đối với mối quan hệ của các cặp đôi đồng tính. Sự công nhận quan hệ ĐTCN thường mang tính biểu tượng. Nó mang tính biểu tượng vì thể hiện quốc gia không kỳ thị NĐT nhưng cũng chưa sẵn sàng cho việc hợp pháp hóa hôn nhân đồng tính. Trong khi đó, theo chúng tôi, vấn đề hợp pháp hóa HNĐG chỉ là vấn đề thời gian. Quyền được yêu thương, mưu cầu hạnh phúc là quyền cơ bản của mỗi con người, xét cả về góc độ tự nhiên và khoa học. Vì vậy, một người sinh ra nếu có xu hướng tính dục và bản dạng giới khác người bình thường thì đâu phải là lỗi của họ, nên việc cấm kết hôn giữa những NĐT đã làm hạn chế quyền tự do cá nhân của họ. Trên thực tế, pháp luật không cấm những NĐT được chung sống với nhau, pháp luật cũng không cấm họ tổ chức đám

cưới, vậy tại sao những hậu quả pháp lý phát sinh trong quá trình chung sống của họ lại không được pháp luật điều chỉnh? Trước đây, chúng ta từng quan niệm: “bất hiếu hữu tam, vô hậu vi đại” (Tội bất hiếu có 03 điều thì tội không có con trai là nặng nhất). Thế rồi khi xã hội phát triển, chúng ta đã không xem nặng việc “có con trai nối dõi tông đường”. Thậm chí pháp luật Việt Nam còn xem hành vi phân biệt “giới tính” là vi phạm pháp luật. Trước đây, chuyện một bà mẹ không có chồng mà có con là trái với thuần phong mỹ tục. Hình phạt của tội “chửa hoang” là bị “cạo đầu bôi vôi”... Thế rồi sau đó, luật cũng công nhận chuyện một người phụ nữ không có chồng mà có con. Pháp luật vẫn bảo hộ người mẹ và đưa bé ấy như những người phụ nữ có chồng rồi mới sinh con. Qua hai câu chuyện trên, có thể thấy, khi pháp luật thừa nhận và bảo vệ thì xã hội cũng có những góc nhìn thông thoáng, cởi mở hơn. Vậy tại sao chúng ta không công nhận hôn nhân đồng tính với khởi đầu là việc thừa nhận “KHDS”?

Hiện nay, vẫn có ý kiến cho rằng công nhận quyền kết hôn của NĐT dưới hình thức KHDS được coi như là “ban phát” quyền cho NĐT²². Nhà nước được thành lập ra là để bảo vệ các “quyền tự nhiên” cho con người chứ không phải là ban phát quyền cho con người như cách ghi nhận KHDS. Trái với ý kiến trên, chúng tôi cho rằng KHDS không phải là sự “ban phát” quyền cho NĐT mà chỉ là “khởi đầu” cho quy định HNĐG. Hình thức KHDS là mô hình của kỹ thuật lập pháp “tách biệt nhưng bình đẳng” (separate but equal), với ý tưởng là không làm đụng chạm đến những chế định truyền thống, nhạy cảm mà vẫn tạo ra sự công bằng cho mọi người một cách hợp pháp. Điều này đặc biệt có ý nghĩa khi hiện nay đa số người dân Việt Nam vẫn duy trì tư tưởng “hôn nhân là sự kết hợp giữa hai bên nam - nữ” và mục đích của hôn nhân là “sinh con, duy trì nòi giống”.

Bên cạnh đó, có ý kiến cho rằng “tại sao

21 Tính đến ngày 30/4/2013, có 14 quốc gia công nhận HNĐG là Đan Mạch, Na Uy, Nam Phi, Thụy Điển, Iceland, Hà Lan, Canada, Bỉ, Pháp, Bồ Đào Nha, Argentina, Tây Ban Nha, New Zealand, Uruguay.

22 Trương Hồng Quang, “Một số góc nhìn về hôn nhân giữa những NCGT”. Truy cập ngày 05/8/2012 từ trang: <http://tao-anh.net/forum/showthread.php?242862-M%E1%BB%99t-s%E1%BB%91-g%C3%B3c-nh%C3%ACn-v%E1%BB%81-h%C3%B4n-nh%C3%A2n-gi%E1%BB%Afa-nh%E1%BB%AFng-ng%C6%B0%E1%BB%9Dc-c%C3%B9ng-gi%E1%BB%9Bi-t%C3%ADnh>

lại “mặc cả” với pháp luật”? Tại sao không yêu cầu Nhà nước công nhận HNĐG mà phải trải qua giai đoạn là KHDS. Chúng tôi cho rằng KHDS là một bước đệm của HNĐG. Một điều chắc chắn là sẽ không có Luật Bình đẳng giới hay Luật Phòng, chống bạo lực gia đình nếu như trước đó không có những phong trào đấu tranh chỉ ra vị trí không bình đẳng của nữ giới so với nam giới trong xã hội. Kết quả của những cuộc đấu tranh này đã được ghi nhận “từng bước” để rồi trở nên hoàn thiện hơn, đầy đủ hơn trong tư duy những nhà lập pháp. Với cách nhìn nhận ấy thì thật khó để bất cứ một xã hội nào ngay lập tức công nhận HNĐG trong một thời gian ngắn. Bên cạnh đó, các nhà lập pháp cũng muốn có một bước đệm, một khoảng thời gian chuyển tiếp để xã hội có thể thay đổi dần suy nghĩ cố hữu về hôn nhân là mối quan hệ giữa nam và nữ. Một khi nhận thức của con người vẫn chưa vượt qua “điểm nghẽn” về xu hướng tính dục và bản dạng giới thì chưa thể đòi hỏi ngay việc công nhận HNĐG. Nhiều nước trên thế giới đã đi theo cách này để tiến tới đề xuất công nhận hôn nhân không phân biệt giới tính. Và đây là một kinh nghiệm quý báu cần được tiếp thu ở Việt Nam.

Cuối cùng có quan điểm bản khoản cho rằng: việc Nhà nước thừa nhận chế định KHDS để làm gì? NĐT chẳng cần Nhà nước thừa nhận vợ chồng thì họ vẫn có thể có con nuôi, có tài sản chung do hai bên thỏa thuận, có thừa kế do hai bên di chúc cho nhau. Như vậy thừa nhận chế định KHDS thực chất không giúp được gì cho việc mưu cầu hạnh phúc của NĐT.

Điều dễ dàng nhận thấy ở đây là NĐT chưa bao giờ và không bao giờ từ bỏ quyền được kết hôn của mình. Trên thực tế có nhiều cặp đôi đồng tính sống với nhau như vợ chồng nhưng lại không khác gì những người xa lạ. Đơn cử, khi một người đột ngột qua đời mà không để lại di chúc thì người còn sống hoàn toàn không có quyền thừa kế.

Tài sản do hai người tạo lập ra trong thời kỳ chung sống nhưng chỉ một người có quyền sở hữu hợp pháp với tài sản đó. Trong quá trình chung sống hai người nhận con nuôi nhưng chỉ có một người là cha/mẹ hợp pháp của đứa con nuôi, còn người kia hoàn toàn không có quyền gì. Để góp phần giải quyết những vấn đề này và để xã hội có sự thích nghi dần dần thì có lẽ, hình thức KHDS vẫn là một lựa chọn hợp lý nhất trong tình hình của Việt Nam hiện nay.

Nghị quyết của Hội đồng Nhân quyền Liên hợp quốc (tháng 6/2011) đã khẳng định “mọi người đều có quyền bình đẳng, bất kể thiên hướng tình dục như thế nào”²³. Đến ngày 7/3/2012, tại Phiên họp thứ 19 của Hội đồng Nhân quyền, Tổng thư ký Liên hợp quốc đã có bài phát biểu lịch sử kêu gọi các quốc gia trên toàn thế giới không phân biệt đối xử hoặc có những rào cản đối với NĐT. Cần phải thấy rằng, xu hướng tính dục và bản dạng giới là một yếu tố nằm ngoài tầm kiểm soát của con người bởi khi được sinh ra, chẳng ai có thể lựa chọn được xu hướng tính dục và bản dạng giới cho mình. Chính vì vậy, một người có xu hướng tính dục và bản dạng giới khác biệt những người khác thì đó không chỉ là nỗi đau của một con người mà còn là nỗi đau của nhiều người và của toàn xã hội. Không chỉ bản thân người có xu hướng tính dục và bản dạng giới khác biệt phải chịu một sự thiệt thòi to lớn từ khi mới chào đời mà cha mẹ, người thân, họ hàng của họ cũng đau khổ. Trên phương diện công ước và pháp quyền, con người tuy không đồng đều nhau về thân thể và trí tuệ vẫn được hoàn toàn bình đẳng như nhau²⁴. Chính vì vậy, theo chúng tôi, trong lần sửa đổi Luật HNVDG này, Quốc hội nên thừa nhận chế định “KHDS” bởi suy cho cùng luật là sự thống nhất cái tổng thể của ý chí với tổng thể của đối tượng²⁵. Việc thừa nhận chế định “KHDS” sẽ tạo nền tảng pháp lý vững chắc cho việc thúc đẩy cơ hội bình đẳng và chống phân biệt đối xử với NĐT ■

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

24 Jean Jacques Rousseau, *Tlđđ*, tr.51.25

Jean Jacques Rousseau, *Tlđđ*, tr.69.

TÌM LỜI GIẢI CHO BÀI TOÁN VỀ ĐỘC QUYỀN VÀ CẠNH TRANH

DƯƠNG VĂN HẬU*

1. Một số biểu hiện tình trạng độc quyền và cạnh tranh không lành mạnh

Từ khi nước ta phát triển nền kinh tế thị trường, định hướng XHCN, trong hoạt động kinh doanh đã xuất hiện và tồn tại một số biểu hiện về tình trạng độc quyền và cạnh tranh không lành mạnh. Xin đơn cử một số ví dụ dưới đây.

- *Vụ tranh chấp giữa Tổng công ty Viễn thông quân đội (Viettel) và Tổng công ty Bưu chính Viễn thông Việt Nam (VNPT) tháng 6/2005*: Theo Bộ Quốc phòng, đơn vị chủ quản của Viettel, Viettel và VNPT đã ký các cam kết, theo đó VNPT có nghĩa vụ đáp ứng đủ nhu cầu kết nối vào mạng của mình cho Viettel để phát triển mạng điện thoại di động của Viettel. Tuy nhiên, khi thuê bao Viettel tăng lên thì mạng bị nghẽn mạch do VNPT không tăng dung lượng kết nối. Việc nghẽn mạch đã khiến nhiều khách hàng ngưng sử dụng dịch vụ của Viettel; số lượng thuê bao mới giảm đi khoảng 50%. Hai bên phát sinh tranh chấp.

Trước vụ việc tranh chấp kết nối giữa mạng di động của Viettel và mạng viễn thông của VNPT, Bộ Bưu chính Viễn thông đã tổ chức họp và giải quyết ngay sự cố sau khi nhận được đề nghị của doanh nghiệp. Ngay sau khi nhận được công văn số 3428/TCTVTQĐ ngày 23/6/2005 của Viettel và công văn số 3114/BQP ngày 25/6/2005 của Bộ Quốc phòng, ngày 29/6/2005, Bộ Bưu chính Viễn thông đã tổ chức cuộc họp hiệp thương giữa hai doanh nghiệp để thống nhất giải pháp giải quyết tranh chấp.

Ngày 4/7/2005, Bộ Bưu chính Viễn thông đã ra Thông báo số 40/TB-BBCVT kết luận phiên họp. Đến ngày 10/7/2005, hai

doanh nghiệp đã bàn bạc chi tiết và thực hiện kết nối được 29 luồng E1 tại 07 điểm kết nối và đến ngày 03/8/2005, theo báo cáo của hai doanh nghiệp, VNPT đã thực hiện kết nối được 50 luồng E1 tại 24 điểm kết nối trên toàn quốc.

Như vậy, sau một tháng xảy ra sự cố tranh chấp kết nối, Bộ Bưu chính Viễn thông đã giải quyết xong tranh chấp, sau khi tổ chức hiệp thương giữa hai doanh nghiệp và các doanh nghiệp đã thực hiện xong kết luận giải quyết tranh chấp này. Tuy nhiên, đây là tranh chấp giữa hai doanh nghiệp lớn đều có tiềm lực mạnh, lại do yêu cầu của cơ quan quản lý nhà nước (Thủ tướng Chính phủ có văn bản thông báo yêu cầu các bên giải quyết dứt điểm chuyện kết nối và báo cáo trước ngày 15/8/2005) nên vụ việc tranh chấp mới được giải quyết ổn thỏa.

- *Vị thế độc quyền của Đài truyền hình Việt Nam (VTV) trong thị trường truyền hình cáp*: Theo ước tính sơ bộ, các đơn vị thuộc VTV như VCTV hiện đang nắm hơn 1 triệu thuê bao, SCTV nắm 1,5 triệu thuê bao còn K+ có trong tay hơn 400.000 thuê bao. Tức là VTV đã kiểm soát hơn 3 triệu thuê bao trên tổng số khoảng 4,5 triệu thuê bao truyền hình trả tiền (THTT) của cả nước (hơn 70% thị phần truyền hình cáp). Cũng trong 3 năm qua, VCTV và SCTV đã nhiều lần tăng cước thuê bao, từ 44.000 đồng/tháng lên 110.000 đồng/tháng hiện nay. Cũng có nghĩa là giá cước thuê bao đã tăng gấp gần 3 lần.

Với quy mô thị trường THTT tại Việt Nam còn nhỏ, đang phát triển và có nhiều tiềm năng, nhiều doanh nghiệp viễn thông, hạ tầng thông tin muốn gia nhập thị trường này, như Viettel và FPT. Tuy nhiên, trong khi

* TS. Bộ Tư pháp

không gặp bất cứ khó khăn nào về mặt công nghệ, hạ tầng kỹ thuật vì các doanh nghiệp này chỉ cần tận dụng mạng lưới mình đang có để triển khai cung cấp dịch vụ, thì họ lại vướng phải vấn đề giấy phép kinh doanh. Nguyên nhân là vì trước đó, VCTV, SCTV cùng với Hiệp hội THTT đã kiến nghị với các Bộ, ngành chức năng không cấp thêm giấy phép dịch vụ truyền hình cáp, với lý do các doanh nghiệp bên ngoài VTV không được sản xuất nội dung truyền hình. Đại diện của Viettel, FPT đã có những phản ứng khá gay gắt trước quan điểm này. Ông Trương Gia Bình, nguyên Chủ tịch Hội đồng quản trị FPT cho rằng, VTV không thể cô tình đồng nhất nội dung truyền hình với hạ tầng công nghệ để cung cấp dịch vụ truyền hình. Trên thực tế, với sự phát triển chóng mặt của công nghệ hiện nay, các hãng công nghệ có đầy đủ điều kiện để nắm bắt các công nghệ truyền hình mới để cung cấp cho người dùng với mức giá tối ưu nhất. Ngược lại, các đài truyền hình chỉ mạnh về làm nội dung chứ không thể cập nhật xu hướng công nghệ nhanh bằng các hãng hạ tầng, viễn thông¹.

- *Một ví dụ khác:* Tập đoàn Điện lực Việt Nam (EVN) đã nhiều lần tăng, giảm giá điện bất hợp lý khiến cho khách hàng là người dân và doanh nghiệp kêu ca nhiều. Việc tăng giá bán điện chủ yếu do EVN xây dựng đề án, trình Chính phủ (cụ thể là trình Bộ Công thương) phê duyệt. Và hầu như phương án giá nào đưa trình cũng được chấp thuận. Việc Bộ Công thương trao quyền cho EVN tự tính toán các yếu tố đầu vào để làm căn cứ điều chỉnh giá bán điện càng khiến cho Tập đoàn này tăng cấp độ độc quyền. Mới đây nhất, ngày 31/7/2013, với sự chấp thuận của Bộ Công thương, EVN đã công bố tăng 5% giá điện và áp dụng ngay ngày 1/8 khiến dư luận rất bất ngờ. Chi phí, giá cả do EVN đưa ra, công bố, đều mang tính áp đặt một chiều. Giá điện qua các kỳ điều chỉnh còn mang nặng dấu ấn của cơ chế hành chính, thiếu cơ sở khoa học, thiếu minh bạch, nên khó thuyết phục được sự đồng thuận của khách hàng sử dụng điện.

Như vậy, việc điều chỉnh giá bán điện ngày 31/7/2013 là lần tăng giá thứ năm của EVN kể từ năm 2011 (hai lần tăng năm 2011,

hai lần tăng năm 2012). Theo EVN, năm 2012 tổng doanh thu bán điện của Tập đoàn này lên tới trên 143.000 tỉ đồng (tức khoảng 7 tỉ USD), lợi nhuận trên 5.000 tỉ đồng. Với việc tăng giá điện lần thứ năm, nhiều chuyên gia ước tính, EVN đã có thêm vài ngàn tỉ doanh thu nữa trong riêng năm 2013².

- *Gần đây nhất,* 3 nhà mạng VinaPhone, MobiFone và Viettel đều tăng cước đồng loạt vào ngày 16/10/2013. Việc cả 3 nhà mạng cùng bắt tay nhau tăng giá cước đã gây ra những hiệu ứng không tốt, ảnh hưởng lớn đến nền kinh tế và túi tiền người dân, gián tiếp tác động đến việc tăng giá ở nhiều lĩnh vực dịch vụ trong xã hội, điển hình như trong ngành giao thông vận tải. Khi các đơn vị nói trên thực hiện việc điều chỉnh giá cước với cách tính cước tăng “nhảy vọt” gấp nhiều lần, hàng vạn thiết bị giám sát hành trình đã ngừng hoạt động do không truyền phát dữ liệu về máy chủ được, khiến cho hàng loạt lái xe có nguy cơ bị tước giấy phép.

Những hiện tượng nêu trên đang ngày càng gây bức xúc trong dư luận, mặc dù các cơ quan quản lý, trước hoặc sau khi đưa ra các chính sách tăng, giảm giá đều có giải thích. Nhưng các lập luận đều chưa làm thỏa mãn mong đợi của người dân, của các doanh nghiệp, tổ chức có liên quan.

Các hiện tượng tương tự như vậy đều là biểu hiện của sự độc quyền trong nền kinh tế. Trên thị trường độc quyền, doanh nghiệp độc quyền kiểm soát toàn bộ (hoặc phần lớn) lượng cung hàng hóa, dịch vụ nên có thể quyết định giá sản phẩm của mình để hưởng lợi nhuận siêu ngạch.

Nếu như trên thị trường, có nhiều doanh nghiệp bán cùng một mặt hàng, cung cấp một loại dịch vụ, thì mỗi doanh nghiệp riêng lẻ sẽ không thể gây ảnh hưởng được tới giá bán sản phẩm, mà phải chấp nhận giá theo quy luật cạnh tranh của thị trường.

Độc quyền và cạnh tranh đã và đang được nhắc đến nhiều hiện nay ở nước ta vì những khái niệm này - xét về thực tiễn - vẫn còn nhiều tranh cãi. Thực tế đã chứng minh rằng, có độc quyền thì không có cạnh tranh. Còn nếu cạnh tranh lành mạnh thì hạn chế được độc quyền, khiến cho độc quyền khó

1 Theo VietnamNet ngày 11/03/2013.

2 TS. Nguyễn Hoàng Hiến, Học viện Hành chính Quốc gia; Nhìn lại tiến trình “phá” thế độc quyền của EVN; Tạp chí Kinh tế và Dự báo số 15/2013.

có cơ hội để phát triển. Tuy nhiên, nếu cạnh tranh không lành mạnh thì tác hại của nó cũng chẳng khác gì độc quyền.

Vì là nhà độc quyền nên doanh nghiệp độc quyền tùy ý áp đặt giá cả mà không cần quan tâm đến nhu cầu của khách hàng vì khách hàng không có sự lựa chọn nào khác. Hơn nữa, độc quyền khiến cho các doanh nghiệp nhỏ cùng ngành kinh doanh không có khả năng cạnh tranh do bị doanh nghiệp độc quyền áp giá.

Độc quyền không chỉ gây ra việc tăng giá tùy tiện mà còn cung cấp những sản phẩm kém chất lượng. Độc quyền cũng có tác động xấu tới nền kinh tế bởi nhà sản xuất và cung cấp dịch vụ không có động cơ đổi mới và cung cấp các sản phẩm “mới và cải tiến”.

Trong khi đó, cạnh tranh là hành động ganh đua, đấu tranh chống lại các cá nhân hay các nhóm vì mục đích giành được sự tôn tại, sống còn, giành được lợi nhuận, địa vị, sự kiêu hãnh, các phần thưởng hay những thứ khác. Thuật ngữ cạnh tranh được sử dụng cho nhiều lĩnh vực khác nhau như lĩnh vực kinh tế, thương mại, luật, chính trị, sinh thái, thể thao... Trong lĩnh vực kinh tế, cạnh tranh có thể được hiểu là sự ganh đua giữa các chủ thể kinh tế bằng các biện pháp, thủ đoạn khác nhau nhằm đạt mục tiêu tối đa lợi ích trong quá trình sản xuất - kinh doanh.

Ngày nay, hầu hết các quốc gia trên thế giới đều phải thừa nhận trong mọi hoạt động kinh tế đều phải có cạnh tranh và coi cạnh tranh không những là môi trường, động lực của sự phát triển nói chung, thúc đẩy sản xuất kinh doanh phát triển và tăng năng suất lao động, hiệu quả của các doanh nghiệp nói riêng, mà còn là yếu tố quan trọng làm lành mạnh hoá các quan hệ xã hội. Trong nền kinh tế thị trường định hướng XHCN, cạnh tranh vừa là môi trường vừa là động lực của sự phát triển.

2. Làm thế nào để giải bài toán độc quyền và cạnh tranh hiện nay ở nước ta?

Trên thực tế, rất khó để xác định hành vi độc quyền ở Việt Nam. Nếu các hành vi cạnh tranh không lành mạnh chưa được xác định thì khó làm rõ được độc quyền trong cạnh tranh.

Theo quy định của Luật Cạnh tranh Việt Nam hiện hành, có thể xác định hai loại hành vi “hạn chế cạnh tranh” và hành vi

“cạnh tranh không lành mạnh”. Theo đó, “Hành vi hạn chế cạnh tranh là hành vi của doanh nghiệp làm giảm, sai lệch, cản trở cạnh tranh trên thị trường, bao gồm hành vi thoả thuận hạn chế cạnh tranh, lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường, lạm dụng vị trí độc quyền và tập trung kinh tế” (Khoản 3 Điều 3 của Luật Cạnh tranh).

“Hành vi cạnh tranh không lành mạnh là hành vi cạnh tranh của doanh nghiệp trong quá trình kinh doanh trái với các chuẩn mực thông thường về đạo đức kinh doanh, gây thiệt hại hoặc có thể gây thiệt hại đến lợi ích của Nhà nước, quyền và lợi ích hợp pháp của doanh nghiệp khác hoặc người tiêu dùng. Các hành vi đó bao gồm: chỉ dẫn gây nhầm lẫn; xâm phạm bí mật kinh doanh; ép buộc trong kinh doanh; gièm pha doanh nghiệp khác; gây rối hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp khác; quảng cáo nhằm cạnh tranh không lành mạnh; khuyến mại nhằm cạnh tranh không lành mạnh; phân biệt đối xử của hiệp hội; bán hàng đa cấp bất chính; các hành vi cạnh tranh không lành mạnh khác theo tiêu chí xác định tại khoản 4 Điều 3 của Luật này do Chính phủ quy định (Điều 39).

Nhưng để xác định được một hành vi là hành vi “hạn chế cạnh tranh” hay hành vi “cạnh tranh không lành mạnh” là điều không dễ, khi mà cơ quan quản lý cạnh tranh là cơ quan của Nhà nước và các điều tra viên do Bộ trưởng Bộ Thương mại bổ nhiệm theo đề nghị của Thủ trưởng Cơ quan quản lý cạnh tranh (Điều 49, 50, 51 Luật Cạnh tranh) và đôi khi, các doanh nghiệp có dấu hiệu vi phạm lại là cơ quan trực thuộc phạm vi quản lý của mình.

Trở lại với việc giải quyết các tranh chấp đã nêu trên đây, chúng ta thấy rằng, về tranh chấp kết nối giữa mạng di động của Viettel và mạng viễn thông của VNPT, một cơ quan quản lý Nhà nước (Bộ Bưu chính - Viễn thông) đã đứng ra làm trung gian tổ chức cuộc họp hiệp thương giữa hai doanh nghiệp để thống nhất giải pháp giải quyết tranh chấp. Còn đối với các vụ việc các doanh nghiệp viễn thông nhỏ khác khiếu nại VTV độc quyền thị trường truyền hình cáp, cản trở không cho các doanh nghiệp này tham gia thị trường này, thì lại do Bộ Thông tin - Truyền thông giải thích. Gần đây nhất, là việc khiếu nại tăng giá điện, cước 3G lại

do Bộ Thương mại, Cục Viễn thông (Bộ Thông tin - Truyền thông) - với tư cách là cơ quan phê duyệt phương án tăng giá từ trước đó - đương nhiên phải có động thái để lập luận cơ sở cho việc tăng giá. Như vậy thì việc giải quyết không thể khách quan.

Và thực tế đã diễn ra đúng như vậy. Ngày 27/12/2013, Cục Quản lý cạnh tranh và Bộ Công thương đã gửi kết quả báo cáo đến Phó Thủ tướng theo Công văn yêu cầu xác minh giá cước trước đó của Văn phòng Chính phủ ngày 18/12/2013. Cục Quản lý cạnh tranh cho rằng, chưa phát hiện thấy các dấu hiệu bất thường của sự cấu kết, bắt tay nhau hay thỏa thuận giữa ba doanh nghiệp: Viettel, Mobifone và VinaPhone trong đợt điều chỉnh giá cước từ ngày 16/10/2013. Và theo Cục này, hiện cũng chưa đủ cơ sở để coi việc tăng giá này là hành vi áp đặt giá bán hàng hóa, dịch vụ bất hợp lý gây thiệt hại cho khách hàng³.

Các chuyên gia và quan chức của Cục Quản lý cạnh tranh cũng thừa nhận, với chế độ sổ sách, kế toán và thông kê hiện nay ở Việt Nam, không dễ để có thể tính toán và xác định thế nào là chiếm lĩnh thị phần, độc quyền hay lạm dụng vị trí thống lĩnh.

Chính vì thế, hiện tượng Luật Cạnh tranh phải “khoanh tay” đứng nhìn độc quyền cũng là một tình trạng dễ hiểu⁴. Theo TS. Lê Đăng Doanh, chống độc quyền ở Việt Nam phức tạp hơn nhiều so với các quốc gia khác, vì các công ty có được vị trí độc quyền không từ quá trình cạnh tranh, mà do sự ủng hộ của Nhà nước.

Nếu nghiên cứu các quy định của Luật Cạnh tranh thì thấy rằng, Luật đã tạo ra khá đầy đủ các cơ sở pháp lý để xác định hành vi độc quyền và lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường, và trên thực tế đã có dấu hiệu cho thấy những hành vi đó đã có, nhưng điều tra và xác định nó có độc quyền hay không, đến mức nào, thì còn tùy thuộc các cơ quan có thẩm quyền của Nhà nước có muốn “đụng” đến những doanh nghiệp độc quyền nhà nước và doanh nghiệp hoạt động trong lĩnh vực công ích mà lâu nay họ thường ủng hộ hay không.

Cần phải khẳng định rằng, chủ trương,

chính sách đúng đắn của Đảng và Nhà nước về việc khu vực kinh tế nhà nước chiếm vị trí chủ đạo trong nền kinh tế⁵ không đồng nghĩa với việc khuyến khích sự độc quyền để cho các doanh nghiệp này lợi dụng vị trí của mình để trục lợi gây thiệt hại đến lợi ích của Nhà nước, quyền và lợi ích hợp pháp của doanh nghiệp khác hoặc người tiêu dùng. Hơn thế nữa, các doanh nghiệp nhà nước có vị trí thống lĩnh thị trường cần phải là những doanh nghiệp đi đầu trong việc thực thi các quy định của Luật Cạnh tranh và các quy định liên quan. Có như thế, các doanh nghiệp này mới thể hiện vai trò tiên phong của mình trong việc thực thi chủ trương, chính sách của Đảng và Nhà nước theo đúng bản chất vai trò chủ đạo, then chốt của doanh nghiệp nhà nước trong nền kinh tế thị trường để các doanh nghiệp này vững mạnh và là chỗ dựa vững chắc cho các doanh nghiệp ở các khu vực khác. Sự tồn tại của các doanh nghiệp này là để phục vụ lợi ích công chứ không phải chỉ để phục vụ riêng cho doanh nghiệp này hay ai khác. Nếu mục tiêu ban đầu là phục vụ lợi ích công nhưng sau đó do kinh doanh thua lỗ gây thiệt hại cho Nhà nước và các doanh nghiệp khác hoặc người tiêu dùng thì thử hỏi nó có còn “ích nước, lợi dân nữa” hay không?

Vậy thì ai được lợi bởi độc quyền kinh doanh? Rõ ràng, đó chỉ là những doanh nghiệp giữ vị thế độc quyền. Trong một môi trường cạnh tranh lành mạnh, mọi doanh nghiệp kinh doanh đều phải nỗ lực hết mức để phát triển thông qua việc nâng cao chất lượng và hạ giá thành sản phẩm. Giá cả không tăng hoặc tăng ít nhưng chất lượng được cải thiện thì chắc chắn sẽ có lợi cho người tiêu dùng, cho các doanh nghiệp khác và cho cả xã hội nói chung.

Trong khi đó, các doanh nghiệp chiếm giữ độc quyền thì lại không chịu sức ép phải cải tiến chất lượng sản phẩm và giảm giá thành để cạnh tranh. Tệ hơn nữa, họ có thể đưa toàn bộ sự yếu kém, sự thua lỗ, kể cả nhu cầu tái đầu tư của mình vào giá cả. Bằng cách này, vô hình trung, tất cả những người tiêu dùng sản phẩm của doanh nghiệp độc

3 Ngọc Lan - Cục Quản lý cạnh tranh: Tăng giá cước 3G không phạm luật, Thời báo Kinh tế Sài Gòn Online, 30/12/2013

4 Lê Châu - Luật Cạnh tranh “khoanh tay” nhìn độc quyền? VnEconomy ngày 11/11/2013.

5 Khoản 1 Điều 51 Hiến pháp mới 2013 khẳng định vai trò chủ đạo của khu vực kinh tế nhà nước trong nền kinh tế. Quy định như vậy không ảnh hưởng đến sự vận hành của nền kinh tế thị trường và vị trí, vai trò của các thành phần kinh tế khác.

quyền (và cả những người nộp thuế) đều trở thành những người bù lỗ hoặc những người mua cổ phần mà không bao giờ được hưởng cổ tức⁶.

Trong khi đó, các doanh nghiệp tư nhân thì lại đang gặp nhiều khó khăn vì khả năng cạnh tranh thấp do bị “che khuất” bởi những tập đoàn, nhóm doanh nghiệp lớn của Nhà nước, dù có nỗ lực đến mấy cũng chưa có điều kiện để tiếp cận các nguồn lực kinh tế lớn, nên không thể đầu tư lâu dài để trở thành những doanh nghiệp có quy mô đáng kể hơn. Đó là nguyên nhân vì sao cho tới nay các doanh nghiệp tư nhân quy mô lớn, dựa trên sản phẩm có sức cạnh tranh cao, hay sản phẩm riêng biệt tạo ra nhiều giá trị gia tăng cho xã hội gần như chưa xuất hiện trong nền kinh tế nước ta. Có chăng, chỉ một số ít các doanh nghiệp tư nhân phát lên nhờ có mối quan hệ thân hữu, tiếp cận được sự hỗ trợ cơ chế tài chính - ngân hàng, hoặc được ưu đãi nhất định nào đó trong việc tiếp cận với tài nguyên (đất, rừng, biển, mỏ).

Theo Phó Thủ tướng Nguyễn Xuân Phúc tại Đối thoại về phòng, chống tham nhũng lần thứ 12 giữa Chính phủ Việt Nam với cộng đồng các nhà tài trợ, đối tác phát triển quốc tế diễn ra ngày 12/11/2013 ở Hà Nội đề cập vai trò của doanh nghiệp và khu vực tư trong phòng, chống tham nhũng, thì “Còn một thực tế khác là nhiều doanh nghiệp thường chủ động hối lộ nhằm đạt được lợi thế không chính đáng trong cạnh tranh trên thương trường hoặc để trốn tránh trách nhiệm pháp lý khi có sai phạm”⁷.

Lại có một nghịch lý khác là, các doanh nghiệp tư nhân hoạt động trong lĩnh vực tài nguyên, bất động sản, ngân hàng đã trở thành doanh nghiệp lớn nhưng chưa có đóng góp lớn đáng kể (về công nghệ, trình độ quản trị doanh nghiệp, nộp ngân sách) cho nền kinh tế. Nhìn chung, đa phần các doanh nghiệp của khu vực kinh tế tư nhân không có khả năng cạnh tranh ngay trong nước chứ chưa nói gì đến nước ngoài. Thậm chí, “các yếu kém về thể chế đã giải thích sự phát triển thiên lệch và nguy cơ tiềm ẩn dẫn tới đổ vỡ hàng loạt trong khu vực doanh nghiệp tư nhân ở Việt Nam”⁸.

Chúng ta đang hội nhập kinh tế quốc tế ngày càng sâu rộng vào các tổ chức như ASEAN, APEC, WTO, AFTA, sắp tới sẽ là Hiệp định thương mại xuyên Thái Bình Dương (TTP). Đe cạnh tranh trên trường quốc tế với các nước và tổ chức, nước ta cần phải nâng cao năng lực cạnh tranh của toàn bộ nền kinh tế bao gồm các doanh nghiệp thuộc mọi thành phần. Đặc biệt cần phải nâng cao năng lực cạnh tranh của các doanh nghiệp nhà nước và tư nhân, phải phát huy các lợi thế cạnh tranh. Quả thật là khó để làm như vậy khi mà nhiều doanh nghiệp đóng vai trò chủ đạo trong nền kinh tế không những không làm đòn bẩy cho sự phát triển của nền kinh tế mà ngược lại đáng buồn hơn là làm ăn không hiệu quả, còn trì trệ, tình trạng tham nhũng và thất thoát vốn nhà nước khá nghiêm trọng trong khi nhận được nhiều sự ưu đãi và hỗ trợ từ phía Nhà nước.

Đứng trước tình hình đó, trước hết chúng ta cần có một chính sách thực thi pháp luật cạnh tranh đúng đắn và từng bước hạn chế độc quyền.

Để giải bài toán cạnh tranh và độc quyền ở nước ta không thể chỉ là một sớm, một chiều mà còn cần phải có một lộ trình và quyết tâm thực hiện. Lộ trình đó xuất phát từ nhận thức của các cơ quan quản lý, các doanh nghiệp có liên quan và cả xã hội nói chung về sự hài hòa giữa lợi ích công cộng và lợi ích bộ phận và rồi đi đến áp dụng các quy định đang tồn tại như thế nào một cách hợp pháp, minh bạch và công khai.

Để các quy định của Luật Cạnh tranh thực sự đưa vào được cuộc sống, Nhà nước phải tích cực thúc đẩy thi hành luật và phải hành động quyết liệt như đã làm đối với Luật Doanh nghiệp trước đây.

Trong thông điệp đầu năm mới 2014, Thủ tướng Nguyễn Tấn Dũng đã khẳng định: “Mọi doanh nghiệp thuộc các thành phần kinh tế phải hoạt động theo cơ chế thị trường. Xóa bỏ tình trạng độc quyền doanh nghiệp và những cơ chế chính sách tạo ra sự bất bình đẳng trong kinh doanh, nhất là trong tiếp cận các nguồn lực”. Đó là một tín hiệu đáng mừng ■

6 Báo Lao Động điện tử; Số 243, Thứ hai 21/10/2013

7 Nguồn: Linh Thư - Hồng Nhi - Báo VietnamNet ngày 12/11/2013

8 Tư Giang - Các doanh nghiệp tư nhân khó lớn, vì sao? Thời báo Kinh tế Sài Gòn Online ngày 17/10/2013.

THỰC TRẠNG PHÁP LUẬT VỀ GIÁM SÁT TÀI CHÍNH CÔNG VÀ KIẾN NGHỊ HOÀN THIỆN

TRẦN VŨ HẢI*

HOÀNG MINH THÁI**

1. Quan niệm về giám sát tài chính công

Trên thế giới cũng như ở nước ta hiện nay, nhận thức về giám sát trong lĩnh vực tài chính công (GSTCC) là không thống nhất. Nếu có định nghĩa thì hầu hết đều tập trung định nghĩa về hoạt động giám sát của Quốc hội nói chung. Walter J. Oleszek, chuyên gia cao cấp của Chính phủ Mỹ dẫn lại của Joel D. Aberbach (1990) cho rằng: có nhiều khái niệm khác nhau về giám sát tùy thuộc vào các nhà chính trị, trong đó có một khái niệm hẹp đáng chú ý, theo đó giám sát của Quốc hội được hiểu là việc Quốc hội xem xét các hành vi của các cơ quan hành chính liên bang và các chương trình, chính sách mà họ quản lý, bao gồm đánh giá diễn ra trong khi thực hiện cũng như đánh giá sau đó¹. Trong khi đó, Yamamoto (2007) lại định nghĩa: Giám sát của Quốc hội là việc rà soát, theo dõi và giám sát của chính phủ và các cơ quan công quyền, bao gồm cả việc thực hiện các chính sách và pháp luật. Định nghĩa này

tập trung vào mục đích và tính chất của hoạt động giám sát chứ không phải trên các giai đoạn thực hiện². Cụ thể hơn, Karolina Buzaljko và cộng sự (2010) cho rằng mục đích của giám sát tài chính là để xác định trách nhiệm của Chính phủ trong việc sử dụng công quỹ bằng cách phát hiện gian lận, lãng phí, nhằm đảm bảo tính hiệu quả, tiết kiệm trong hoạt động của chính phủ³.

Qua khảo cứu cho thấy, các định nghĩa đều mô tả hoạt động giám sát nói chung, mà hầu như không có định nghĩa riêng về giám sát tài chính. Điều này có lẽ xuất phát từ một vài lý do. Một là, tài chính công tự thân nó đã có những yêu cầu của sự minh bạch, do đó vấn đề giám sát, đánh giá hoạt động tài chính công thường được coi là song hành với nội dung của hoạt động tài chính công. Quy trình quyết định và thực hiện các hoạt động tài chính công đòi hỏi những mối quan hệ khá đa dạng và thường có sự kiểm soát lẫn nhau. Ví dụ: các hoạt động chi tiêu của

*, ** **Đại học Luật Hà Nội**

1 Walter J. Oleszek (2010), *Congressional Oversight: An Overview*, Congressional Research Service, <http://www.fas.org/sgp/crs/misc/R41079.pdf>, tr.4

2 Yamamoto (2007), *Tools for parliamentary Oversight: A comparative study of 88 National Parliaments*, Inter-Parliamentary Union, <http://www.ipu.org/PDF/publications/oversight08-e.pdf>, tr.9

3 Karolina Buzaljko, Anna Marlene Kanis, Alexandra Tamasan, Frans Verkaart (2010), *Public Financial Oversight: A Comparative Analysis of Parliamentary Committees Across Europe*, Maastricht University

Chính phủ sẽ do Quốc hội quyết định, hay việc kiểm tra điều kiện thanh toán của đơn vị sử dụng ngân sách sẽ do Kho bạc Nhà nước (KBNN) thực hiện. *Hai là*, hoạt động giám sát thường được hiểu là của một chủ thể thứ ba “từ bên trên” thực hiện việc theo dõi, đánh giá và can thiệp để đảm bảo hoạt động nào đó, ví dụ như việc giám sát thị trường ngân hàng, chứng khoán hay bảo hiểm. Với cách hiểu này thì rõ ràng việc GSTCC rất khó được giải thích vì tài chính công là hoạt động của nhà nước, do đó, việc giám sát tài chính cũng là của nhà nước chứ không phải là một chủ thể độc lập nào khác. Chính vì vậy, khi nói đến hoạt động giám sát tài chính, hầu như các nghiên cứu bỏ qua nội dung giám sát trong lĩnh vực tài chính công⁴.

Từ những quan niệm khác nhau về GSTCC, có thể đưa ra một số cách tiếp cận theo nghĩa rộng và nghĩa hẹp. Theo nghĩa rộng, GSTCC được hiểu là các phương thức đánh giá từ bên trong và bên ngoài nhằm đảm bảo cho hoạt động tài chính công đạt hiệu quả. Còn theo nghĩa hẹp, GSTCC là hoạt động của các cơ quan nhà nước có thẩm quyền trong việc đảm bảo sự tuân thủ chính sách và pháp luật trong lĩnh vực tài chính công.

Trong hệ thống pháp luật về tài chính công hiện hành ở Việt Nam, pháp luật về GSTCC chưa có văn bản điều chỉnh độc lập vì nhiều nguyên nhân, trong đó có thể được giải thích là trong các văn bản điều chỉnh về ngân sách nhà nước (NSNN), quỹ tài chính ngoài ngân sách (TCNNS) hoặc nợ công đều có những quy định về giám sát. Tuy nhiên, có lẽ cần nhận thức lại về vai trò của hoạt động GSTCC và từ đó, cần xác định pháp luật về GSTCC cần được coi là một bộ phận pháp luật quan trọng và độc lập tương đối so với những bộ phận còn lại trong cấu trúc pháp luật tài chính công ở Việt Nam vì

những lý do cơ bản sau đây:

Thứ nhất, hoạt động GSTCC có tính độc lập tương đối. Hoạt động tài chính công cần phải được giám sát một cách tương đối độc lập nhằm đánh giá một cách hiệu quả việc sử dụng các nguồn lực tài chính công. Tính độc lập tương đối được thể hiện ở hai khía cạnh: (i) việc giám sát được thực hiện từ các cơ quan bên ngoài và do đó có tính độc lập với chủ thể bị giám sát, ví dụ như Quốc hội giám sát Chính phủ hoặc các chương trình ngân sách lớn, HĐND giám sát hoạt động quản lý ngân sách của UBND, v.v.. (ii) ngay cả trong trường hợp các cơ quan, đơn vị quản lý và sử dụng nguồn lực tài chính công thực hiện tự giám sát thì cũng cần phải tuân thủ những yêu cầu nhất định, từ yêu cầu chung về giám sát đến các tiêu chuẩn đặc thù.

Thứ hai, GSTCC giữ một vai trò hết sức quan trọng. Do vai trò của tài chính công là rất lớn đối với nền kinh tế xã hội, trong điều kiện nguồn lực hạn chế thì việc thực hiện tốt công tác giám sát sẽ đảm bảo việc sử dụng các nguồn lực xã hội một cách hiệu quả. Điều này không những đảm bảo về khía cạnh chính trị cho Chính phủ, mà còn đảm bảo cho phát triển ổn định về kinh tế và xã hội.

Thứ ba, GSTCC liên quan đến sự phối hợp vận hành giữa các bộ phận tài chính công. Rõ ràng, trọng tâm của hệ thống tài chính công là NSNN, tuy nhiên NSNN chỉ có thể hoạt động hiệu quả nếu có sự hỗ trợ đắc lực từ Quỹ TCNNS và bộ phận nợ công. Do đó, GSTCC phải “vượt lên” để không những có khả năng điều chỉnh hoạt động giám sát từng bộ phận tài chính công, mà còn điều chỉnh việc giám sát tổng thể cấu trúc tài chính công sao cho đạt hiệu quả như mong đợi.

4 Cách tiếp cận này được chứng minh bởi nhiều nghiên cứu. Ví dụ: nghiên cứu của PGS, TS Tô Ngọc Hưng (2010), "Lộ trình xây dựng và hoàn thiện hệ thống giám sát tài chính Việt Nam tới năm 2020", Tạp chí Ngân hàng, số 102 (2010); hoặc nghiên cứu của Diane Stamm (2008), "The Structure of Financial Supervision: Approaches and Challenges in a Global Marketplace", <http://www.group30.org/images/PDF/The%20Structure%20of%20Financial%20Supervision.pdf>

2. Tổng quan pháp luật về giám sát tài chính công

Hệ thống các quy định về GSTCC hiện nay rải rác ở nhiều văn bản pháp luật khác nhau như Luật Tổ chức Quốc hội, Luật Hoạt động giám sát của Quốc hội, Luật Tổ chức Chính phủ, Luật Tổ chức HĐND và UBND, Luật NSNN, Luật Phòng, chống tham nhũng, Luật Thực hành tiết kiệm và chống lãng phí, Luật Kiểm toán nhà nước (KTNN), Luật Kế toán, Luật Thanh tra v.v..

Xét một cách tổng quát, có thể xem xét pháp luật về GSTCC theo hai phương diện. Phương diện thứ nhất là xem xét dựa vào nội dung quan hệ pháp luật về giám sát tài chính, theo đó pháp luật về giám sát tài chính quy định về chủ thể giám sát, nội dung giám sát và phương thức giám sát. Phương diện thứ hai là xem xét dựa trên hoạt động giám sát của từng chủ thể, tập trung vào các nhóm chính bao gồm giám sát của các cơ quan dân cử (Quốc hội, HĐND), giám sát của các cơ quan quản lý tài chính công (Chính phủ, UBND các cấp) và giám sát từ các cơ quan chuyên môn (KBNN và KTNN).

Chủ thể giám sát

Tùy thuộc vào từng mức độ giám sát mà chủ thể GSTCC khá đa dạng, bao gồm những cơ quan có thẩm quyền giám sát ở trung ương và địa phương.

Quốc hội có thẩm quyền giám sát chung đối với tất cả các lĩnh vực, trong đó có lĩnh vực tài chính công. Theo Hiến pháp và Luật Tổ chức Quốc hội, Quốc hội có quyền giám sát đối với lĩnh vực tài chính công thông qua việc giám sát tại kỳ họp hoặc thông qua các cơ quan chuyên trách (như Ủy ban Thường vụ Quốc hội, Ủy ban Kinh tế, Ủy ban Tài chính - Ngân sách, v.v..) hoặc thành lập các đoàn giám sát chuyên trách.

HĐND các cấp có thẩm quyền giám sát đối với hoạt động tài chính công địa phương theo quy định của Hiến pháp và Luật Tổ chức HĐND và UBND. Việc giám sát của

HĐND các cấp cũng tương tự như Quốc hội nhưng về quy mô và thẩm quyền chỉ giới hạn trong phạm vi địa phương.

Chính phủ, UBND các cấp là cơ quan giám sát đối với hoạt động quản lý ngân sách của chính mình. Xét về ý nghĩa, việc giám sát của các chủ thể này có tính chất là “tự giám sát” để đảm bảo thực hiện đúng và hiệu quả hoạt động tài chính công theo quy định của pháp luật với tư cách là cơ quan chấp hành. Hoạt động giám sát của Chính phủ, UBND các cấp thực hiện thông qua các hoạt động thanh tra, kiểm tra là chủ yếu.

KBNN là cơ quan chuyên môn thực hiện quản lý Quỹ NSNN và các Quỹ TCNNs. Với tư cách là cơ quan có chức năng kế toán công và quản lý ngân quỹ, KBNN là có thẩm quyền giám sát các khoản chi tiêu công để đảm bảo đúng pháp luật tài chính công thông qua việc đánh giá với các điều kiện chi theo quy định của pháp luật. Do đó, KBNN luôn được xem là “bức tường thành” trong việc đảm bảo chi tiêu công đúng pháp luật.

KTNN là cơ quan của Quốc hội được thành lập để hoạt động kiểm toán nhằm đánh giá việc quản lý, sử dụng ngân sách, tiền và tài sản nhà nước, góp phần thực hành tiết kiệm, chống tham nhũng, lãng phí và các vi phạm pháp luật khác nhằm nâng cao hiệu quả sử dụng ngân sách. Báo cáo kiểm toán của KTNN là căn cứ quan trọng để các cơ quan nhà nước các cấp sử dụng trong quá trình quản lý NSNN và quyết định các dự án đầu tư cũng như chấn chỉnh các sai phạm, khắc phục những tồn tại và yếu kém trong quản lý tài chính của các đơn vị được kiểm toán. Hoạt động kiểm toán được thực hiện một cách khách quan, độc lập và chỉ tuân theo pháp luật nên KTNN luôn được xem là một thiết chế quan trọng đối với hoạt động GSTCC.

Nội dung giám sát

Các quy định về GSTCC hiện hành thường xác định nội dung giám sát theo mục

đích giám sát. Theo đó, nội dung giám sát bao gồm giám sát sự tuân thủ và giám sát phù hợp.

Giám sát sự tuân thủ là việc giám sát mà theo đó, cơ quan giám sát xác định sự tuân thủ các quy định pháp luật trong hoạt động tài chính công. Giám sát tuân thủ thường được thực hiện bởi các cơ quan chấp hành pháp luật hoặc các cơ quan chuyên môn nhằm phát hiện, ngăn ngừa và xử lý các vi phạm pháp luật về tài chính công. Giám sát tuân thủ thường có hai nội dung là giám sát về tuân thủ quy trình tài chính và giám sát về tuân thủ định mức, tiêu chuẩn thu, chi.

Giám sát sự phù hợp là việc giám sát mà theo đó, cơ quan giám sát sẽ đánh giá mức độ phù hợp, hiệu quả và hợp lý trong việc thực hiện. Hoạt động giám sát trên góc độ này thường gắn với trách nhiệm giải trình và công tác hậu kiểm. Trên thực tế, hoạt động giám sát không chỉ là đối chiếu giữa các con số dự tính và các con số đạt được. Nếu chỉ làm phép so sánh giản đơn như vậy thì sẽ có nhiều cách thức để các con số này khớp với nhau mà không cần tới sự nỗ lực của Chính phủ trong hoạt động tài chính công. Hay nói cách khác, tính hiệu quả của hoạt động ngân sách phải đạt được cả hai tiêu chí là phù hợp với dự toán và phục vụ lợi ích công cộng. Do đó, hoạt động giám sát sự phù hợp thường được thực hiện bởi các cơ quan quyền lực như Quốc hội, HĐND các cấp với sự hỗ trợ của các cơ quan chuyên môn như KTNN và các ủy ban chuyên trách.

Phương thức giám sát

Để đảm bảo hiệu quả giám sát trong lĩnh vực tài chính công, hoạt động giám sát cần được thực hiện bằng nhiều phương thức khác nhau. Nhìn chung, pháp luật các quốc gia trên thế giới cũng quy định những phương thức giám sát cơ bản sau đây:

Phương thức giám sát trực tiếp được thực hiện bởi các cơ quan giám sát với hình thức trực tiếp thực hiện việc giám sát. Phương thức giám sát trực tiếp được pháp luật quy định rất đa dạng, tùy thuộc vào chức năng của cơ quan giám sát. Ví dụ: Quốc hội có thể thực hiện giám sát trực tiếp thông qua các phiên chất vấn, hoặc quá trình giám sát của các ủy ban lâm thời⁵; cơ quan Thanh tra tổ chức thanh tra tại các đơn vị theo Luật Thanh tra, KTNN thực hiện kiểm toán tại đơn vị theo Luật KTNN, v.v..

Phương thức giám sát gián tiếp hay còn gọi là giám sát từ xa, theo đó cơ quan giám sát đánh giá dựa vào những thông tin có được từ nhiều nguồn khác nhau. Theo quy định của pháp luật, phương thức giám sát gián tiếp được thực hiện qua việc yêu cầu báo cáo, giải trình, cung cấp thông tin theo quy định. Phương thức giám sát gián tiếp luôn gắn liền với nghĩa vụ cung cấp thông tin của đối tượng giám sát. Ví dụ: Bộ Tài chính có quyền xem xét các báo cáo của các Bộ, địa phương về hoạt động tài chính công theo quy định.

Phương thức giám sát qua chủ thể thứ ba là phương thức mà chủ thể có quyền giám sát ủy thác cho chủ thể thứ ba thực hiện. Chủ thể thực hiện làm công tác giám sát do có được sự ủy thác từ chủ thể có thẩm quyền giám sát. Ví dụ: Quốc hội có thể thực hiện giám sát thông qua việc ủy thác cho Ủy ban Thường vụ Quốc hội hoặc các Ủy ban khác của Quốc hội; Chính phủ thực hiện việc giám sát việc chấp hành pháp luật thu ngân sách thông qua cơ quan thuế, giám sát việc chấp hành chi ngân sách thông qua KBNN, v.v.. Suy cho cùng, phương thức giám sát qua chủ thể thứ ba là một cách “trung gian” để thực hiện quyền giám sát trực tiếp hoặc gián tiếp của chủ thể giám sát.

5 Luật Hoạt động giám sát của Quốc hội năm 2003, Điều 7

3. Một số bất cập cơ bản của pháp luật giám sát tài chính công ở một số cơ quan giám sát chủ yếu và giải pháp hoàn thiện

Giám sát của Quốc hội và HĐND

Thứ nhất, các quy định về hoạt động chất vấn còn nhiều bất cập đã hạn chế hiệu quả của hoạt động chất vấn.

Theo quy định của pháp luật hiện hành, đối tượng chất vấn của Quốc hội bao gồm Chủ tịch nước, Chủ tịch Quốc hội, Thủ tướng Chính phủ, Bộ trưởng và các thành viên khác của Chính phủ, Chánh án TAND tối cao, Viện trưởng VKSND tối cao, tức là chỉ trong phạm vi các chức danh do Quốc hội bầu hoặc phê chuẩn⁶. Như vậy, Quốc hội đã tự hạn chế quyền giám sát tối cao của mình trong việc chất vấn các chủ thể khác như Chủ tịch UBND cấp tỉnh, Tổng KTNN hoặc Tổng Giám đốc KBNN, v.v.. Mặc dù những chủ thể này có thể phải chịu trách nhiệm trước những chủ thể thuộc đối tượng bị chất vấn theo pháp luật hiện hành, nhưng việc thực hiện chất vấn trực tiếp đối với những chủ thể này sẽ đảm bảo cho Quốc hội có đánh giá cụ thể hơn, chính xác hơn về nội dung chất vấn. Ví dụ: pháp luật quy định Quốc hội có quyền giám sát đối với hoạt động của KTNN, thậm chí được thành lập Ủy ban lâm thời để điều tra⁷, nhưng không có văn bản nào quy định về việc chất vấn đối với Tổng KTNN.

Tại địa phương, pháp luật hiện hành quy định HĐND có quyền chất vấn Chủ tịch HĐND, Chủ tịch UBND, các thành viên khác của UBND, Thủ trưởng cơ quan chuyên môn thuộc UBND, Viện trưởng VKSND, Chánh án TAND cùng cấp⁸. Như vậy, rất nhiều chủ thể liên quan đến hoạt

động tài chính công tại địa phương không thuộc đối tượng bị chất vấn như Cục trưởng Cục thuế, Giám đốc KBNN cấp tỉnh v.v..., trong khi đó, những cơ quan như Cục thuế, KBNN có vai trò hết sức quan trọng trong hoạt động quản lý tài chính công tại địa phương.

Bên cạnh những bất cập về quy định chủ thể bị chất vấn, pháp luật hiện hành cũng quy định hết sức sơ sài về việc tổ chức hoạt động chất vấn. Nhiều nội dung cần thiết như việc chuẩn bị chất vấn, thực hiện trả lời chất vấn, ra nghị quyết sau khi chất vấn và trách nhiệm thực hiện các cam kết của người bị chất vấn đã không được quy định. Do đó, hoạt động chất vấn nói chung, trong đó có chất vấn trong lĩnh vực tài chính công đã không đạt hiệu quả như mong đợi.

Thứ hai, còn thiếu các quy định về hoạt động của Ủy ban điều tra lâm thời của Quốc hội và HĐND.

Mặc dù Quốc hội có quyền thành lập Ủy ban điều tra lâm thời về một vấn đề nhất định⁹, nhưng hiện nay, việc thành lập và hoạt động của cơ quan này lại không có quy định cụ thể. Do đó, trên thực tế chưa bao giờ Quốc hội thành lập Ủy ban điều tra lâm thời, mặc dù đã từng có đề nghị về việc thành lập Ủy ban này sau một số vụ việc gây ảnh hưởng lớn đến kinh tế và xã hội¹⁰. Trong khi đó, ở các quốc gia khác, việc thành lập các ủy ban điều tra là khá thường xuyên nhằm đảm bảo quyền giám sát tối cao của Quốc hội. Pháp luật cũng không quy định việc HĐND được thành lập Ủy ban điều tra lâm thời, nên đã hạn chế quyền giám sát của HĐND. Về pháp lý, ngân sách địa phương là độc lập tương đối với ngân sách trung

6 Luật Hoạt động giám sát của Quốc hội, Điều 2.

7 Luật Kiểm toán nhà nước năm 2005, Điều 72.

8 Luật Tổ chức HĐND và UBND năm 2003, Điều 57.

9 Luật Hoạt động giám sát của Quốc hội, Điều 12.

10 Ví dụ: đề xuất của Đại biểu Quốc hội Nguyễn Minh Thuyết đối với vụ Vinashin. Thông tin tham khảo từ Báo Tuổi trẻ điện tử, <http://tuoitre.vn/Chinh-tri-Xa-hoi/408770/De-nghi-lap-uy-ban-lam-thoi-dieu-tra-vu-Vinashin.html>.

ương, do đó cần có những cơ chế giám sát hiệu quả. Đối với những vấn đề phức tạp, cần thời gian nghiên cứu như hoạt động tài chính công, thì việc sử dụng Ủy ban điều tra lâm thời là hết sức phù hợp để đảm bảo tính hiệu quả trong hoạt động giám sát.

Thứ ba, pháp luật về hoạt động giám sát của Quốc hội hiện nay không có phương thức điều trần (Hearings). Theo Walter J. Oleszek (2010) thì phương thức điều trần và phương thức điều tra là khác nhau, theo đó hoạt động điều trần thường tập trung vào tính hiệu quả, trong khi hoạt động điều tra thường tập trung vào việc tuân thủ các quy định pháp luật¹¹. Việc điều trần được thực hiện với những chương trình chuẩn bị công phu và đối tượng được điều trần khá đa dạng để đảm bảo khả năng đánh giá của Quốc hội đối với những nội dung cần giám sát.

Từ những bất cập nêu trên, việc hoàn thiện các quy định về hoạt động giám sát của Quốc hội và HĐND các cấp theo hướng sau đây:

- Mở rộng quyền chất vấn của Quốc hội để cơ quan này thực hiện đúng chức năng giám sát tối cao của cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất. Trong lĩnh vực tài chính công, Luật Hoạt động giám sát của Quốc hội cần sửa đổi để cho phép Quốc hội thực hiện chất vấn trực tiếp với những chủ thể sau đây: Tổng KTNN, Tổng Giám đốc KBNN, thậm chí có thể chất vấn Chủ tịch UBND cấp tỉnh đối với những nội dung gây ảnh hưởng nghiêm trọng tới địa phương.

- Tương tự như vậy, Luật Tổ chức HĐND và UBND cần sửa đổi để cho phép HĐND thực hiện quyền giám sát đối với một số chủ thể quan trọng đối với hoạt động tài chính công địa phương như Cục trưởng Cục Thuế, Giám đốc KBNN cấp tỉnh.

- Bổ sung quy định trong Luật Hoạt động giám sát của Quốc hội về quy trình thực hiện hoạt động chất vấn, giám sát quá

trình thực hiện kết luận sau các buổi chất vấn của chủ thể bị chất vấn để hoạt động chất vấn có hiệu quả cao hơn.

- Bổ sung những quy định trong Luật Hoạt động giám sát của Quốc hội về tổ chức thành lập, nhiệm vụ và quyền hạn của Ủy ban điều tra lâm thời để có cơ sở pháp lý thực hiện trên thực tế. Luật Tổ chức HĐND và UBND cần bổ sung cho phép thành lập Ủy ban điều tra lâm thời để tiến hành giám sát với chức năng cụ thể.

- Bổ sung quy định về phương thức điều trần. Phương thức này được thực hiện làm cơ sở để Quốc hội, Ủy ban Thường vụ Quốc hội, Hội đồng và các Ủy ban của Quốc hội có điều kiện đánh giá về tính hiệu quả trong chính sách, nội dung pháp luật và năng lực quản lý nhà nước nói chung, trong đó có lĩnh vực tài chính công.

Giám sát của KBNN

Thứ nhất, địa vị pháp lý của KBNN chưa được khẳng định trong Luật NSNN và cũng không có văn bản luật nào quy định về vấn đề này.

Hiện nay, trong các văn bản luật về bộ máy nhà nước và trong Luật NSNN điều chỉnh hoạt động tài chính công, địa vị pháp lý của KBNN đang được “bỏ trống”, không có quy định cụ thể ngoại trừ Quyết định 108/2009/QĐ-TTg ngày 26/8/2009 của Thủ tướng Chính phủ quy định chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của KBNN trực thuộc Bộ Tài chính. Nếu xét về vị trí pháp lý thì điều này có thể được chấp nhận, nhưng nếu xét về vai trò của KBNN thì thực trạng pháp lý hiện nay có nhiều bất cập. Với tư cách là cơ quan có thực hiện kế toán công, giữ vai trò phản ánh các hoạt động thu, chi của từ các Quỹ tài chính công, KBNN cần được quy định cụ thể về địa vị pháp lý nhằm đảm bảo tính độc lập tương đối trong hoạt động của mình.

11 Walter J. Oleszek (2010), *Congressional Oversight: An Overview*, Congressional Research Service, <http://www.fas.org/sgp/crs/misc/R41079.pdf>, tr.10.

Thứ hai, pháp luật hiện hành chưa tách biệt chức năng kế toán công ra khỏi chức năng ngân quỹ đối với KBNN.

Với chức năng kế toán công, KBNN thực hiện việc quản lý thông qua việc ghi chép trên các tài khoản của các đơn vị sử dụng ngân sách và các cấp ngân sách cũng như các Quỹ TCNNS. Với chức năng quản lý ngân quỹ, KBNN nắm giữ các nguồn tiền, ngoại tệ của các đối tượng nêu trên. Như vậy sẽ không đảm bảo sự minh bạch giữa chức năng kế toán vì về nguyên tắc đối với hoạt động kế toán (kể cả kế toán khu vực công hoặc kế toán khu vực tư) đều cần phải tách bạch giữa việc quản lý kế toán và quản lý ngân quỹ. Theo thông lệ quốc tế, KBNN không nên giữ ngân quỹ mà phải đảm bảo việc quản lý ngân quỹ tại Ngân hàng Nhà nước theo mô hình Tài khoản KBNN duy nhất (TSA). Chính vì chưa xây dựng và triển khai được tài khoản thanh toán tập trung cùng với hệ thống thông tin chưa hoàn chỉnh, nên thực tế trong thời gian qua, ngân quỹ KBNN vẫn bị chia cắt bởi các quỹ tiền mặt tại các đơn vị KBNN trong hệ thống và các tài khoản tiền gửi của các đơn vị này tại ngân hàng. Điều đó đã làm cho tính thanh khoản của cả hệ thống KBNN bị giảm sút đáng kể, ảnh hưởng đến năng lực của hệ thống tài chính công.

Thứ ba, hệ thống các chuẩn mực kế toán công của Việt Nam còn nhiều khác biệt so với tiêu chuẩn quốc tế.

Chuẩn mực kế toán công quốc tế (International Public Sector Accounting Standards, viết tắt là IPSAS) do Liên đoàn Kế toán Quốc tế (IFA) ban hành là một bước đi tích cực trong việc thống nhất hệ thống chuẩn mực kế toán trong lĩnh vực công trên toàn thế giới. Theo IPSAS, các đơn vị hoạt động trong lĩnh vực công được coi là những đơn vị kinh tế và hàng năm phải lập báo cáo tài chính khi kết thúc năm tài chính, bao gồm Bảng cân đối kế toán (phản ánh tình hình tài chính); Báo cáo kết quả hoạt động

(phản ánh quá trình hoạt động và xác định thặng dư hoặc thâm hụt thuần); Báo cáo lưu chuyển tiền tệ và Thuyết minh Báo cáo tài chính.

Luật Kế toán năm 2003 của Việt Nam hiện hành áp dụng cho cả khu vực công (tức là đối với các cơ quan nhà nước) và khu vực tư (doanh nghiệp, các tổ chức khác không thuộc nhà nước). Mặc dù đối với khu vực công, Chính phủ và Bộ Tài chính có hướng dẫn chi tiết, tuy nhiên so với IPSAS thì còn có khoảng cách đáng kể. Ví dụ như *đổi tượng áp dụng*, kế toán trong lĩnh vực nhà nước của Việt Nam áp dụng hoạt động kế toán Quỹ NSNN, các quỹ TCNNS, các cơ quan hành chính, đơn vị sự nghiệp công lập; các đơn vị kế toán thuộc các tổ chức chính trị, chính trị - xã hội có sử dụng kinh phí NSNN. Trong khi đó, IPSAS chỉ áp dụng cho các cấp chính quyền, các đơn vị sử dụng ngân sách thường xuyên. Về *báo cáo tài chính của Chính phủ*, quy định hiện hành của Luật NSNN yêu cầu việc lập báo cáo quyết toán NSNN của các cấp ngân sách nhưng chưa quy định việc lập báo cáo tài chính của Chính phủ và của chính quyền địa phương. Còn theo IPSAS thì toàn bộ các đơn vị dưới sự kiểm soát của Chính phủ trong và ngoài nước hoặc đơn vị mà Chính phủ phải chịu trách nhiệm về tài sản và công nợ khi giải thể, phá sản đều được tổng hợp vào Báo cáo tài chính của Chính phủ. Như vậy, IPSAS quy định 2 loại báo cáo: Báo cáo tài chính hợp nhất của Chính phủ với tư cách là đơn vị chi tiêu thường xuyên và báo cáo quyết toán ngân sách hàng năm.

Từ những phân tích trên đây, việc hoàn thiện pháp luật quy định về KBNN nên theo hướng sau:

- Bổ sung một cách có hệ thống các quy định về địa vị pháp lý của KBNN, ít nhất là trong Luật NSNN hoặc trong một văn bản luật khác có tính chất bao quát hơn. KBNN không đơn giản chỉ là cơ quan của Bộ Tài chính, mà là bộ máy kế toán công của nhà

nước nên cần có những quy định cụ thể, nhằm đảm bảo cho KBNN hoạt động hiệu quả, đồng thời tăng cường tính minh bạch trong hoạt động tài chính công.

- Từng bước xây dựng lộ trình tách bạch chức năng kế toán công với chức năng quản lý ngân quỹ của KBNN. Việc quản lý ngân quỹ được tập trung tại Ngân hàng Nhà nước với mô hình Tài khoản KBNN duy nhất (TSA). Hiện nay, Việt Nam mới ở giai đoạn đầu của việc chuyển đổi và việc này cần được đẩy nhanh tốc độ hơn nữa.

- Nghiên cứu và ban hành Chuẩn mực kế toán công Việt Nam dựa theo Chuẩn mực kế toán công quốc tế (IPSAS). Những sai biệt giữa các phương pháp ghi nhận giá trị kế toán hiện hành cần được nghiên cứu và sửa đổi để đảm bảo phù hợp.

- Xây dựng lộ trình để yêu cầu tất cả các cấp ngân sách đều phải thực hiện lập Báo cáo tài chính, trong đó Báo cáo của cơ quan cấp trên phải được hợp nhất với cơ quan cấp dưới trực thuộc. Báo cáo tài chính của Chính phủ là báo cáo hợp nhất phản ánh toàn bộ hoạt động tài chính của nhà nước. Điều này chỉ có thể thực hiện được nếu Chính phủ xây dựng xong mô hình Tài khoản KBNN duy nhất. Trước mắt, cần quy định UBND cấp tỉnh và các Bộ, ngành ở trung ương phải thực hiện Báo cáo tài chính. Chắc chắn, những thông tin trên báo cáo tài chính sẽ rất ích lợi để các cơ quan có thẩm quyền quyết định và điều hành NSNN.

Giám sát của KTNN

Thứ nhất, chức năng của KTNN bao gồm cả kiểm toán nội bộ của bản thân các cơ quan quản lý ngân sách.

Hiện nay, pháp luật Việt Nam chưa có quy định về hoạt động kiểm toán nội bộ của

các cơ quan quản lý tài chính, ví dụ như Bộ Tài chính hoặc Sở Tài chính. Các quy định về việc tự giám sát của các cơ quan chấp hành chỉ thể hiện ở hai khía cạnh: đánh giá từ bên trong theo quy định về tự kiểm tra tài chính¹² và đánh giá từ bên ngoài thông qua hoạt động thanh tra, kiểm tra. Trong khi đó, KTNN có chức năng kiểm toán sự tuân thủ và chức năng này đôi khi nhầm lẫn với hoạt động thanh tra, kiểm tra của nhà nước khi kiểm toán có quyền đánh giá việc tuân thủ các quy chế nội bộ của đơn vị sử dụng ngân sách. Theo Tuyên bố Lima về hướng dẫn các nguyên tắc kiểm toán, tại Điều 3 có ghi nhận: “Kiểm toán nội bộ được thiết lập bên trong các bộ ngành, cơ quan chính phủ, trong khi đó kiểm toán từ bên ngoài không phải là một phần cơ cấu tổ chức của đơn vị được kiểm toán. Cơ quan kiểm toán tối cao là cơ quan kiểm toán từ bên ngoài”. Do đó, theo Wescott và cộng sự (2009) thì đã đến lúc cần xem xét việc chuyển giao chức năng kiểm toán nội bộ từ KTNN sang cho Bộ Tài chính, tức là cần có sự phân tách rõ ràng giữa chức năng kiểm toán và chức năng tự đánh giá của Chính phủ¹³.

Thứ hai, Luật KTNN quy định quyền hạn của KTNN chồng lấn lên quyền kiểm tra của cơ quan quản lý nhà nước.

Tại Điều 16 Luật KTNN quy định KTNN có quyền yêu cầu đơn vị được kiểm toán thực hiện các kết luận, kiến nghị của KTNN đối với các sai phạm trong báo cáo tài chính và các sai phạm trong việc tuân thủ pháp luật, kiến nghị thực hiện các biện pháp khắc phục yếu kém trong hoạt động của đơn vị do KTNN phát hiện và kiến nghị. KTNN cũng có quyền kiểm tra đơn vị được kiểm toán trong việc thực hiện kết luận và kiến nghị của KTNN.

¹² Quyết định 67/2004/QĐ-BTC ngày 13/8/2004 của Bộ Tài chính về việc ban hành Quy chế về tự kiểm tra tài chính, kế toán tại các cơ quan, đơn vị có sử dụng kinh phí NSNN.

¹³ Clay G. Wescott, PhD (Trưởng nhóm), Nguyễn Hữu Hiếu, Vũ Quỳnh Hương (2009), Quản lý tài chính công: Tăng cường hiệu quả điều hành và quản lý nhà nước, UNDP Việt Nam ấn hành, tr.21.

Đây là những quyền hạn về bản chất thuộc về chức năng quản lý nhà nước chứ không phải thuộc về chức năng kiểm toán. Tại Điều 9 Luật KTNN có quy định, Báo cáo kiểm toán của KTNN xác nhận tính đúng đắn, trung thực của báo cáo tài chính, báo cáo quyết toán ngân sách; đánh giá việc tuân thủ pháp luật, tính kinh tế, hiệu lực và hiệu quả trong quản lý, sử dụng ngân sách, tiền và tài sản nhà nước và là căn cứ để các cơ quan có thẩm quyền thực hiện chức năng của mình. Kết luận kiểm toán có tính chất bắt buộc thực hiện khi đã được cơ quan, người có thẩm quyền chấp nhận, như vậy việc kiểm tra thực hiện kết luận và kiến nghị của KTNN phải do cơ quan có thẩm quyền thực hiện chứ không phải là KTNN. Ví dụ: Bộ Tài chính chấp thuận kết luận của KTNN thì Bộ Tài chính phải có trách nhiệm kiểm tra việc thực hiện kết luận đó. Chính vì Luật KTNN chưa có quy định cụ thể về mối quan hệ giữa KTNN với HĐND, UBND các cấp và một số cơ quan như Sở Tài chính, Phòng Tài chính nên vẫn còn tồn tại sự chông chéo trong kết luận, kiến nghị xử lý giữa Thanh tra và Kiểm toán. Ở một số nơi, KTNN đã không chuyển cơ quan thuế địa phương ra quyết định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực thuế mà tự tính tiền phạt chậm nộp, tiền xử phạt vi phạm hành chính và kiến nghị xử lý trong báo cáo kiểm toán. Do đó, khi báo cáo kiểm toán lưu hành, Cục Thuế địa phương không nắm được để triển khai thực hiện, đơn vị cũng không có căn cứ thực hiện phạt chậm nộp do KTNN không có thẩm quyền xử phạt vi phạm hành chính về thuế¹⁴.

Thứ ba, việc KTNN ban hành Chuẩn mực KTNN là không hợp lý.

Theo quy định của pháp luật hiện hành thì Tổng KTNN xây dựng và ban hành hệ thống chuẩn mực KTNN trên cơ sở quy định của Ủy ban thường vụ Quốc hội¹⁵. Điều đó có nghĩa KTNN vừa là chủ thể ban hành các chuẩn mực kiểm toán, vừa thực hiện kiểm toán nên sẽ không đảm bảo tính khách quan¹⁶. Việc ban hành các chuẩn mực kiểm toán sẽ dễ sa vào nguyên tắc “chỉ quy định những gì cần phải làm”, hơn là quy định những gì cần phải làm. Do đó, cần có sự thay đổi trong việc chủ thể nào có thẩm quyền ban hành chuẩn mực KTNN để đảm bảo KTNN là cơ quan thực hiện các chuẩn mực kiểm toán, chứ không đồng thời là cơ quan ban hành chuẩn mực kiểm toán.

Thứ tư, quyền hạn của KTNN bị hạn chế trong một số trường hợp.

Luật KTNN quy định KTNN chỉ xem xét, quyết định việc kiểm toán khi Thường trực HĐND, UBND tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương có yêu cầu¹⁷. Quy định này đã hạn chế vai trò của KTNN với chức năng là cơ quan giám sát của Quốc hội. Về chức năng, theo quy định hiện hành thì KTNN được quyền thực hiện chức năng kiểm toán ở bất cứ nơi nào có quản lý, sử dụng ngân sách, tiền và tài sản của nhà nước nên không thể bị giới hạn trong điều kiện phải được các cơ quan địa phương yêu cầu.

Bên cạnh đó, Điều 64 Luật NSNN năm 2002 quy định đối với những dự án, nhiệm vụ quy mô lớn, cơ quan có thẩm quyền được đề nghị cơ quan KTNN tiến hành kiểm toán hoặc sử dụng dịch vụ kiểm toán để có thêm

14 Nguyễn Văn Hoan (2012), Một số vấn đề bất cập của Luật Kiểm toán nhà nước hiện hành, Tạp chí Kiểm toán, số 10/2012

15 Luật Kiểm toán Nhà nước, Điều 8.

16 Chuẩn mực kiểm toán nhà nước được ban hành kèm theo Quyết định số 06/2010/QĐ-KTNN ngày 9/11/2010 của Tổng Kiểm toán Nhà nước.

17 Luật Kiểm toán Nhà nước, Điều 15.

căn cứ xét duyệt quyết toán. Quy định như vậy là không hợp lý bởi lẽ, chức năng KTNN phải thống nhất do KTNN thực hiện để tránh việc các cơ quan có dự án sử dụng kiểm toán bên ngoài để dễ thao túng, gây thất thoát tài sản của nhà nước. Nếu cần sự hỗ trợ thêm thì phải do cơ quan KTNN yêu cầu theo quy định của Luật KTNN chứ không phải do chính đơn vị sử dụng ngân sách yêu cầu.

Thứ năm, các quy định cho phép KTNN tiến hành kiểm toán đối với hoạt động quản lý nợ công là chưa rõ ràng trong Luật KTNN. Bên cạnh đó, không có quy định cho phép KTNN thực hiện kiểm toán đối với Quỹ TCNNS, nhất là những loại Quỹ mà sự tham gia đóng góp của nhà nước là hạn chế. Trong khi đó, hai bộ phận này của hệ thống tài chính công đang có vai trò hết sức quan trọng đối với nền tài chính quốc gia và hỗ trợ đắc lực cho NSNN.

Từ những phân tích trên đây, việc hoàn thiện chức năng giám sát của KTNN nên theo hướng sau:

- Phân tách rõ những trường hợp tiến hành kiểm toán tuân thủ nhằm tránh việc chồng lấn giữa chức năng kiểm toán của cơ quan KTNN với chức năng kiểm toán nội bộ của đơn vị quản lý hoặc sử dụng ngân sách. Bộ Tài chính cần nghiên cứu ban hành quy chế thành lập và hoạt động của bộ phận kiểm toán nội bộ tại Bộ Tài chính, các Bộ, ngành trung ương và Sở Tài chính để thực hiện chức năng kiểm toán nội bộ.

- Bãi bỏ quy định tại Điều 16 về việc KTNN có quyền yêu cầu và kiểm tra các đơn vị được kiểm toán thực hiện các kết luận, kiến nghị của mình. Kết luận, kiến nghị của KTNN cần bắt buộc thực hiện nhưng việc kiểm tra phải là trách nhiệm của cơ quan quản lý nhà nước cấp trên của đơn vị được kiểm toán. Cơ quan quản lý nhà

nước cấp trên có trách nhiệm công bố với KTNN về việc thực hiện của đơn vị được kiểm toán đối với các kết luận, kiến nghị của KTNN.

- Sửa đổi quy định cho phép KTNN ban hành Chuẩn mực KTNN. Việc ban hành Chuẩn mực KTNN phải do một cơ quan độc lập của Quốc hội thực hiện, ví dụ như Ủy ban Thường vụ Quốc hội hoặc Ủy ban Tài chính - Ngân sách Quốc hội. Cơ chế để ban hành văn bản này có thể cần xem xét cho phù hợp, nhưng chắc chắn sẽ đảm bảo tính khách quan hơn so với việc bản thân KTNN được ban hành Chuẩn mực KTNN như quy định hiện nay.

- Tăng quyền hạn cho KTNN trong việc kiểm toán ngân sách địa phương. Cần sửa đổi quy định tại Điều 15 Luật KTNN theo hướng bất cứ nơi nào có quản lý, sử dụng ngân sách, tiền và tài sản của nhà nước thì đều có thể được kiểm toán. KTNN có thẩm quyền tiến hành kiểm toán theo kế hoạch mà không nhất thiết phải có sự yêu cầu của Thường trực HĐND hoặc UBND cấp tỉnh.

- Quy định rõ quyền hạn của KTNN trong việc kiểm toán đối với hoạt động quản lý nợ công và Quỹ TCNNS vì thực chất, hai bộ phận tài chính công này có ảnh hưởng rất lớn đến hiệu quả của Quỹ NSNN.

- Sửa đổi quy định tại Điều 64 Luật NSNN theo hướng bãi bỏ nội dung cho phép cơ quan có thẩm quyền sử dụng dịch vụ kiểm toán độc lập để xét duyệt quyết toán. Thống nhất thực hiện nguyên tắc quy định tại Điều 16 Luật KTNN, theo đó chỉ KTNN mới có thẩm quyền ủy thác hoặc thuê doanh nghiệp kiểm toán thực hiện kiểm toán đối với các dự án, nhiệm vụ quy mô lớn, đồng thời KTNN phải chịu trách nhiệm về tính chính xác của số liệu, tài liệu và kết luận kiểm toán do doanh nghiệp kiểm toán được thuê thực hiện ■

MỘT SỐ VẤN ĐỀ VỀ BẢO ĐẢM THỰC HIỆN NGHĨA VỤ CỦA HỘ GIA ĐÌNH

ĐÀO HOÀNG THẮNG*

LÊ THỊ HƯƠNG THỦY - NGUYỄN THỊ THU**

Mặc dù có tiềm năng và điều kiện phát triển, nhưng tốc độ phát triển của kinh tế hộ gia đình khu vực nông nghiệp, nông thôn so với tốc độ tăng trưởng chung của nền kinh tế cũng như thu nhập của hộ gia đình khu vực nông nghiệp, nông thôn chưa tương xứng với sự đóng góp của hộ gia đình cho xã hội. Bài viết tập trung làm rõ những quy định chưa thực sự phù hợp về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ của hộ gia đình, kiến nghị những giải pháp góp phần thúc đẩy các giao dịch của hộ gia đình, nhất là trong lĩnh vực nông nghiệp, nông thôn.

1. Địa vị pháp lý của hộ gia đình

Theo Đại từ điển Tiếng Việt thì: hộ là nhà, đơn vị để quản lý dân số¹. Theo Từ điển Luật học, hộ gia đình là “tập hợp nhóm người có quan hệ hôn nhân, huyết thống và nuôi dưỡng”².

Điều 106 Bộ luật Dân sự (BLDS) quy định: “Hộ gia đình mà các thành viên có tài sản chung, cùng đóng góp công sức để hoạt động kinh tế chung trong sản xuất nông, lâm, ngư nghiệp hoặc một số lĩnh vực sản xuất, kinh doanh khác do pháp luật quy định là chủ thể khi tham gia quan hệ dân sự thuộc các lĩnh vực này”.

Như vậy, hộ gia đình bao gồm những người có quan hệ huyết thống, nuôi dưỡng và hôn nhân, sinh sống bằng nghề nông, lâm, ngư, diêm nghiệp, là đơn vị sản xuất cơ bản, sản xuất ổn định, là điều kiện quan trọng để tăng trưởng và phát triển kinh tế nông nghiệp. Do đó, hộ gia đình có đặc

trung riêng biệt, không giống như những đơn vị kinh tế khác, cũng vì thế mà hộ gia đình là đơn vị kinh tế - xã hội khá đặc biệt.

Về khía cạnh pháp lý, hộ gia đình thỏa mãn các điều kiện sau sẽ có thể là chủ thể quan hệ pháp luật dân sự: Các thành viên có tài sản chung; Cùng đóng góp công sức để hoạt động kinh tế chung trong sản xuất nông, lâm, ngư nghiệp hoặc một số lĩnh vực sản xuất, kinh doanh khác do pháp luật quy định.

Theo quy định này, hộ gia đình có thể được hình thành bằng một nhóm người nếu thỏa mãn hai tiêu chí: có tài sản chung và cùng đóng góp công sức để hoạt động kinh tế chung trong sản xuất nông, lâm, ngư nghiệp hoặc một số lĩnh vực sản xuất, kinh doanh khác do pháp luật quy định, còn mọi hộ gia đình nói chung không đương nhiên là chủ thể trong quan hệ dân sự. Đồng thời, chỉ trong các quan hệ sản xuất nông, lâm, ngư nghiệp hoặc một số lĩnh vực sản xuất, kinh doanh khác như: vay vốn, mua vật tư

* Luật sư, Đoàn luật sư TP Hà Nội.

** Ban Pháp chế - Ngân hàng Nông nghiệp và phát triển nông thôn.

1 Nxb Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh, 2010, tr 733.

2 Nxb Tư pháp và Nxb Từ điển Bách khoa. Hà Nội 2006, tr. 373.

nguyên liệu sản xuất... của gia đình, thì hộ gia đình mới là chủ thể của giao dịch dân sự. Nếu như tham gia vào các hoạt động khác, chẳng hạn như mua bán xe ô tô hoặc mua bán nhà ở... không vì mục đích kinh doanh, thì không xuất hiện chủ thể hộ gia đình trong quan hệ dân sự. Đây là điều bất hợp lý, vì ô tô, nhà ở... cũng là tài sản chung và là giao dịch liên quan đến tài sản chung của hộ gia đình nhưng lại không phải là giao dịch của hộ gia đình. Tất nhiên, các điều khoản liên quan khác vẫn quy định việc định đoạt tài sản là tư liệu sản xuất, tài sản chung có giá trị lớn của hộ gia đình thì phải được sự đồng ý của các thành viên trong hộ gia đình.

Như vậy, theo quy định của BLDS thì chủ thể hộ gia đình trong quan hệ dân sự chỉ là chủ thể của quan hệ pháp luật trong một số giao dịch sản xuất, kinh doanh theo quy định tại Điều 106: *trong sản xuất nông, lâm, ngư nghiệp hoặc một số lĩnh vực sản xuất, kinh doanh khác do pháp luật quy định*. Điều đó không những làm kém đi tính hấp dẫn của loại hình chủ thể này đối với các thành phần kinh tế khác trong xã hội, mà còn không phản ánh được đầy đủ hoạt động kinh tế của các hộ gia đình. Trên thực tế, một hộ gia đình không chỉ tham gia vào các quan hệ trong các lĩnh vực nông, lâm, ngư nghiệp..., mà còn tham gia vào các lĩnh vực kinh doanh, thương mại, dịch vụ, thủ công nghiệp và tiểu thủ công nghiệp, kể cả các quan hệ pháp luật phát sinh từ các hoạt động đó. Ví dụ: mua nguyên vật liệu, tiêu thụ sản phẩm, thuê mướn mặt bằng, sử dụng các dịch vụ kinh tế - xã hội, vay vốn ngân hàng để sản xuất, ký hợp đồng ủy thác xuất khẩu hàng hóa làm ra, thuê nhân công... Quy định này làm cho tư cách pháp lý của hộ gia đình so với các chủ thể độc lập khác trở nên bất bình đẳng, vì họ không được quyền lựa chọn các quan hệ pháp luật dân sự để tham gia. Do đó, không khuyến khích được các cá nhân lập ra nhiều hộ gia đình hoặc tự thừa nhận mình là hộ gia đình, bởi như vậy cũng có nghĩa là họ tự “trói chân” mình, tự đặt mình vào một quy chế chủ thể bất lợi. Việc

hạn chế sự tham gia giao dịch dân sự của hộ gia đình đã đồng thời làm hạn chế hoạt động kinh doanh của hộ kinh doanh là hộ gia đình.

2. Tài sản chung và hoạt động kinh tế chung của hộ gia đình

Khái niệm tài sản chung của hộ gia đình được hiểu theo quy định tại Điều 108 BLDS: “Tài sản chung của hộ gia đình gồm: quyền sử dụng đất, quyền sử dụng rừng, rừng trồng của hộ gia đình, tài sản do các thành viên đóng góp, cùng nhau tạo lập nên hoặc được tặng cho chung, được thừa kế chung và các tài sản khác mà các thành viên thỏa thuận là tài sản chung của hộ”. Như vậy, các thành viên hộ gia đình “có tài sản chung”, nhưng không phải là bất cứ tài sản nào cũng được coi là tài sản chung của hộ gia đình, mà chỉ trong trường hợp có tài sản chung theo quy định tại Điều 108 về “Tài sản chung của hộ gia đình” mới được coi là tài sản chung của hộ gia đình.

Tài sản chung là tài sản do các thành viên của cả hộ *tạo lập nên* trong quá trình tiến hành các hoạt động kinh tế chung và các tài sản mặc dù thuộc sở hữu cá nhân nhưng có thỏa thuận góp vào khối tài sản chung hoặc các tài sản được sử dụng vào mục đích hoạt động kinh tế chung³. Tài sản chung này bao gồm: quyền sở hữu nhà ở, quyền sử dụng đất (gồm cả đất ở và đất canh tác), rừng, rừng trồng của hộ khi được nhà nước giao đất canh tác, trồng rừng cho hộ và các tài sản chung được tạo thành theo các căn cứ được quy định tại Điều 170 BLDS bao gồm: Do lao động, do hoạt động sản xuất, kinh doanh hợp pháp; Được chuyển quyền sở hữu theo thỏa thuận hoặc theo quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền; Thu hoa lợi, lợi tức; Tạo thành vật mới do sáp nhập, trộn lẫn, chế biến; Được thừa kế tài sản; Chiếm hữu trong các điều kiện do pháp luật quy định đối với vật vô chủ, vật bị đánh rơi, bị bỏ quên, bị chôn giấu, gia súc, gia cầm bị thất lạc, vật nuôi dưới nước di chuyển tự nhiên; Chiếm hữu tài sản không có căn cứ pháp luật nhưng ngay tình, liên

3 Bình luận khoa học BLDS năm 2005, Nxb Chính trị quốc gia, HN, 2013.

tục, công khai phù hợp với thời hiệu quy định tại khoản 1 Điều 247 Bộ luật này; Các trường hợp khác do pháp luật quy định.

Hoạt động kinh tế chung có thể hiểu là việc cùng sản xuất trên một diện tích mặt đất, mặt nước, cùng làm một nghề thủ công như: làm giấy, in tranh, đồ mộc, đồ sành sứ, làm đồ thủ công mỹ nghệ, cùng sản xuất một loại sản phẩm... mà mỗi thành viên phụ trách một công đoạn trong quá trình sản xuất hoặc cùng tạo ra một nhóm sản phẩm và tiến hành phân phối, bán, cho thuê trong một tổng thể... và cùng được hưởng lợi từ các hoạt động kinh tế chung nêu trên. Việc hưởng lợi có thể là trực tiếp (nhận tiền, tài sản chia cho từng người) hoặc thông qua việc thụ hưởng chung các lợi ích như nhà ở, ăn uống, đi lại bằng tài sản chung. Như vậy, các hoạt động đơn lẻ của thành viên hộ gia đình như mua bán phục vụ tiêu dùng cá nhân không được coi là quan hệ của hộ gia đình và hộ gia đình không phải chịu trách nhiệm với hành vi của cá nhân đó (trong trường hợp cá nhân đã thành niên và có đầy đủ năng lực pháp luật dân sự).

Việc xác định tài sản chung, các hoạt động kinh tế chung của hộ gia đình có ý nghĩa rất quan trọng trong việc xác định trách nhiệm của hộ gia đình khi tham gia các quan hệ pháp luật dân sự.

Việc phân chia lợi nhuận, lợi ích từ hoạt động kinh tế chung của hộ gia đình không được pháp luật về hộ gia đình quy định cụ thể, nhưng có thể hiểu rằng, các thành viên hộ gia đình được hưởng lợi từ hoạt động kinh doanh của hộ gia đình một cách bình đẳng và ngang bằng nhau. Tuy nhiên, trên thực tế khó có thể tách bạch giữa tài sản của hộ gia đình sử dụng vào mục đích sản xuất, kinh doanh với tài sản để sinh hoạt cá nhân. Do đó, rất khó có thể phân biệt được rạch ròi hoạt động của các thành viên hộ gia đình với hoạt động kinh tế chung của hộ gia đình.

3. Thời điểm định đoạt tài sản bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự của hộ gia đình

Pháp luật chưa có hệ thống văn bản quy định cụ thể cách thức, trình tự, trách nhiệm của từng thành viên hộ gia đình khi hộ gia đình tham gia thực hiện các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ của chính hộ gia

đình hoặc cho người thứ ba. Do vậy, khi hộ gia đình tham gia thực hiện các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự sẽ rất khó cho các chủ thể (bên bảo đảm - hộ gia đình; bên nhận bảo đảm) thực hiện.

Điều 109 BLDS quy định về Chiếm hữu, sử dụng, định đoạt tài sản chung của hộ gia đình: 1. Các thành viên của hộ gia đình chiếm hữu và sử dụng tài sản chung của hộ theo phương thức thỏa thuận; 2. Việc định đoạt tài sản là tư liệu sản xuất, tài sản chung có giá trị lớn của hộ gia đình phải được các thành viên từ đủ mười lăm tuổi trở lên đồng ý; đối với các loại tài sản chung khác phải được đa số thành viên từ đủ mười lăm tuổi trở lên đồng ý”.

Như vậy, khi hộ gia đình tham gia thực hiện các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự: thế chấp, cầm cố, bảo lãnh,... thì phải được các thành viên của hộ gia đình định đoạt theo phương thức thỏa thuận. Trong trường hợp hộ gia đình định đoạt tài sản là tư liệu sản xuất, tài sản chung có giá trị lớn của hộ gia đình phải được các thành viên từ đủ mười lăm tuổi trở lên đồng ý; đối với các loại tài sản chung khác phải được đa số thành viên từ đủ mười lăm tuổi trở lên đồng ý.

Khi hộ gia đình tham gia giao dịch dân sự thì thời điểm định đoạt tài sản rất quan trọng, nó sẽ làm phát sinh trách nhiệm của các thành viên hộ gia đình. Theo đó, thời điểm định đoạt tài sản có thể là thời điểm giao kết giao dịch dân sự hoặc là thời điểm thực hiện nghĩa vụ bảo đảm (xử lý tài sản bảo đảm).

Quy định này cần được pháp luật làm rõ, bởi xung quanh quy định này, có rất nhiều vấn đề phức tạp và tranh chấp phát sinh mà nguyên nhân là các bên tham gia giao dịch và thậm chí các cơ quan tư pháp cũng còn hiểu khác nhau. Có một số ý kiến cho rằng, thời điểm định đoạt là thời điểm giao kết giao dịch, nhưng ý kiến khác lại cho rằng, thời điểm định đoạt là thời điểm thực hiện nghĩa vụ chuyển giao tài sản. Nội dung này đối với cá nhân và pháp nhân thì không cần có sự phân biệt nhưng đối với hộ gia đình thì có sự khác biệt rất lớn, do quy định định đoạt tài sản với các thành viên đủ 15

tuổi như đã nêu. Rất nhiều tranh chấp đã xảy ra do khi giao kết hợp đồng, nhiều thành viên gia đình chưa đủ 15 tuổi nên không cần có ý kiến nhưng qua thời gian thực hiện giao dịch đến khi phải thực hiện nghĩa vụ (ví dụ giao tài sản hoặc chuyển nhượng tài sản để thực hiện nghĩa vụ) thì thành phần hộ gia đình đã có sự thay đổi số thành viên đủ 15 tuổi.

Bên cạnh đó, khái niệm “lớn” trong quy định “Việc định đoạt tài sản là tư liệu sản xuất, tài sản chung có giá trị lớn” cũng cần có quy định cụ thể, vì ở mỗi địa phương - theo mức độ phát triển khác nhau - khái niệm “lớn” cũng có những giá trị rất khác nhau.

Theo chúng tôi, pháp luật nên quy định thời điểm định đoạt tài sản là thời điểm giao kết giao dịch dân sự vì theo quy định tại Điều 281 BLDS thì nghĩa vụ dân sự phát sinh từ các căn cứ sau: “1. Hợp đồng dân sự; 2. Hành vi pháp lý đơn phương; 3. Thực hiện công việc không có ủy quyền; 4. Chiếm hữu, sử dụng tài sản hoặc được lợi về tài sản không có căn cứ pháp luật; 5. Gây thiệt hại do hành vi trái pháp luật; 6. Những căn cứ khác do pháp luật quy định”.

Như vậy, khi hộ gia đình giao kết giao dịch dân sự thì cũng chính là thời điểm công khai việc định đoạt tài sản của các thành viên hộ gia đình và là thời điểm phát sinh nghĩa vụ dân sự của các thành viên hộ gia đình.

Việc xác định thời điểm phát sinh nghĩa vụ dân sự của hộ gia đình không chỉ căn cứ vào thời điểm định đoạt tài sản, mà còn căn cứ vào phương thức định đoạt tài sản của các thành viên hộ gia đình. Theo quy định thì đối với tài sản là tư liệu sản xuất, tài sản chung có giá trị lớn của hộ gia đình phải được các thành viên từ đủ mười lăm tuổi trở lên đồng ý; đối với các loại tài sản chung khác phải được đa số thành viên từ đủ mười lăm tuổi trở lên đồng ý.

Đối với trường hợp đại diện hộ gia đình xác lập giao dịch dân sự không có ý kiến của các thành viên hộ gia đình, nhưng sau đó, các thành viên hộ gia đình đồng ý hoặc biết nhưng không phản đối hoặc không có ý kiến, thì theo quan điểm của chúng tôi, giao dịch dân sự đó vẫn phát sinh nghĩa vụ đối với hộ gia đình, đối với các thành viên hộ gia đình.

Tương tự, pháp luật cũng cần có quy định đối với trường hợp hoặc giao dịch dân sự do người đại diện hộ gia đình xác lập, thực hiện vượt quá phạm vi đại diện, hoặc người không có thẩm quyền đại diện hộ gia đình xác lập, thực hiện giao dịch dân sự nhưng đại diện hộ gia đình và các thành viên khác của hộ gia đình đồng ý hoặc biết nhưng không phản đối hoặc không có ý kiến về việc đại diện của người đó, thì vẫn phát sinh nghĩa vụ dân sự đối với hộ gia đình, đối với các thành viên hộ gia đình tương tự như quy định tại Điều 145, Điều 146 BLDS. Việc định đoạt tài sản của hộ gia đình có ý nghĩa rất quan trọng trong việc xác định nghĩa vụ dân sự của các thành viên hộ gia đình, xác định tư cách chủ thể của hộ gia đình trong các giao dịch dân sự. Nhưng các nội dung này lại chưa được pháp luật quy định cụ thể. Do đó, sẽ rất khó khăn cho các chủ thể tham gia, thực hiện trong giao dịch, đặc biệt là bên nhận bảo đảm sẽ gặp nhiều rủi ro khi nhận tài sản bảo đảm của hộ gia đình. Do vậy, pháp luật cần phải có quy định cụ thể, rõ ràng về việc định đoạt tài sản của hộ gia đình để các bên tham gia giao dịch có căn cứ, cơ sở để thực hiện, bảo vệ quyền, lợi ích của bên nhận bảo đảm khi tham gia giao dịch.

4. Chế độ chịu trách nhiệm của hộ gia đình

Để tham gia vào các quan hệ pháp luật dân sự, hộ gia đình phải có năng lực chủ thể. Năng lực chủ thể của hộ gia đình có những nét tương đồng với năng lực chủ thể của pháp nhân ở chỗ: năng lực pháp luật và năng lực hành vi của hộ gia đình phát sinh đồng thời với việc hình thành hộ gia đình với tư cách chủ thể. Tuy nhiên, hộ gia đình không có tư cách chủ thể đầy đủ, trọn vẹn như pháp nhân vì thời điểm phát sinh, chấm dứt tư cách chủ thể của hộ gia đình là khó xác định và không rõ ràng như pháp nhân (ở pháp nhân, thời điểm phát sinh và chấm dứt tư cách chủ thể là thời điểm thành lập, đăng ký hoạt động và thời điểm chấm dứt pháp nhân), pháp luật không quy định cách thức phát sinh, trình tự phát sinh hay chấm dứt một hộ gia đình mà phải căn cứ vào điều kiện thực tế tồn tại trong hộ gia đình đó để xác nhận. Có thể tồn tại trong một ngôi nhà có nhiều

hộ gia đình với tư cách chủ thể, nhưng cũng có thể có hộ gia đình mà các thành viên sống ở nhiều ngôi nhà khác nhau, thậm chí thành viên của hộ gia đình có nơi cư trú khác nhau, nhưng thỏa mãn điều kiện: “có tài sản chung để hoạt động kinh tế chung”.

Thời điểm ra đời, chấm dứt hộ gia đình còn phụ thuộc vào việc tham gia hoặc không tham gia vào một quan hệ dân sự. Khi đó, hộ gia đình là một tổ chức tự phát, tự sinh rồi tự diệt; pháp luật không có căn cứ quy định sự khai sinh hoặc chấm dứt tư cách chủ thể của hộ gia đình. Bất cập này khiến cho các bên liên quan không thể trừ tính được thời điểm chấm dứt tư cách chủ thể của hộ gia đình, bản thân các thành viên của hộ cũng không thể biết rõ thời điểm tồn tại và chấm dứt hộ gia đình. Ví dụ, khi những người trong hộ hùn vốn để đóng một chiếc thuyền đánh cá chung, họ là hộ gia đình. Đến khi họ dùng chiếc thuyền đó thế chấp để vay vốn ngân hàng, họ lại thành một hộ gia đình khác trong quan hệ vay vốn, lúc trả hết vốn thì chấm dứt tư cách hộ gia đình. Như vậy, tư cách chủ thể của hộ sẽ luôn thay đổi và không ổn định.

Hộ gia đình chấm dứt trong các trường hợp như tài sản chung không còn hoặc các thành viên trong hộ đều đã chết, hoặc ly hôn, tách hộ để ra sống riêng, hoặc các thành viên thỏa thuận chấm dứt hoạt động của hộ gia đình... Do vậy, việc quy định căn cứ phát sinh năng lực chủ thể và chấm dứt tư cách chủ thể của hộ gia đình là hết sức cần thiết và ảnh hưởng lớn tới việc xác định tư cách thành viên, trách nhiệm của các thành viên hộ kinh doanh.

BLDS cũng đã không quy định về các căn cứ làm phát sinh, chấm dứt tư cách của các thành viên trong hộ gia đình dẫn đến nhiều trường hợp, các thành viên không thể biết được mình có phải là thành viên của hộ gia đình hay không. Khi có sự tranh chấp trong hộ gia đình, cơ quan có thẩm quyền giải quyết tranh chấp cũng khó có cơ sở pháp lý để buộc một người phải chịu trách nhiệm pháp lý với tư cách là thành viên của hộ về các nghĩa vụ tài sản của hộ gia đình. Việc quy định căn cứ làm phát sinh, chấm dứt tư cách thành viên hộ gia đình rất có ý

nghĩa trong việc xác định trách nhiệm của các thành viên hộ gia đình đối với trách nhiệm chung của hộ gia đình.

Hộ gia đình tham gia các giao dịch dân sự thông qua đại diện là chủ hộ. Tại Điều 107 BLDS quy định: “1. Chủ hộ là đại diện của hộ gia đình trong các giao dịch dân sự vì lợi ích chung của hộ. Cha, mẹ hoặc một thành viên khác đã thành niên có thể là chủ hộ. Chủ hộ có thể ủy quyền cho thành viên khác đã thành niên làm đại diện chủ hộ trong quan hệ dân sự. 2. Giao dịch dân sự do người đại diện của hộ gia đình xác lập, thực hiện vì lợi ích chung của hộ làm phát sinh quyền, nghĩa vụ của cả hộ gia đình”.

Theo quy định trên thì chủ hộ gia đình đương nhiên là người đại diện của hộ gia đình để xác lập các giao dịch dân sự vì lợi ích chung của hộ. Tuy nhiên, theo quy định tại Điều 109 về chiếm hữu, sử dụng, định đoạt tài sản chung của hộ gia đình, thì chủ hộ gia đình không đương nhiên có quyền xác lập, thực hiện giao dịch dân sự, mà còn phải đáp ứng được một số điều kiện như: “1. Các thành viên của hộ gia đình chiếm hữu và sử dụng tài sản chung của hộ theo phương thức thỏa thuận; 2. Việc định đoạt tài sản là tư liệu sản xuất, tài sản chung có giá trị lớn của hộ gia đình phải được các thành viên từ đủ mười lăm tuổi trở lên đồng ý; đối với các loại tài sản chung khác phải được đa số thành viên từ đủ mười lăm tuổi trở lên đồng ý”.

Giao dịch dân sự do người đại diện của hộ gia đình xác lập, thực hiện vì lợi ích chung của hộ làm phát sinh quyền, nghĩa vụ của cả hộ gia đình. Do vậy, việc chỉ định chủ hộ phải được pháp luật xác định một cách rõ ràng và minh bạch. BLDS mới chỉ quy định chủ hộ gia đình là người đã thành niên, nhưng chưa chỉ rõ đích danh ai là chủ hộ và cũng không có quy định nào liên quan đến việc thay đổi, chấm dứt tư cách của chủ hộ gia đình. Điều này dễ làm cho đối tác của hộ gia đình cũng như những người trong hộ khó nhận biết được cụ thể thời gian một người có còn hay không còn tư cách chủ hộ. Điều này có ý nghĩa quan trọng trong việc xác

định trách nhiệm của các thành viên hộ gia đình đối với các giao dịch dân sự do chủ hộ gia đình xác lập.

Chủ hộ của hộ gia đình trong BLDS khác với chủ hộ trong sổ hộ khẩu được quy định tại Luật Cư trú. Chủ hộ của hộ gia đình có thể đồng thời hoặc không đồng thời là chủ hộ trong Sổ hộ khẩu và vì thế chủ hộ trong Sổ hộ khẩu không thể đương nhiên dùng tư cách chủ hộ của hộ gia đình để thực hiện các giao dịch dân sự đại diện cho cả hộ (trừ trường hợp được cả hộ gia đình ủy quyền). Tuy nhiên, trong thực tế, nếu có bất kỳ giao dịch dân sự nào liên quan đến hộ gia đình thì cơ quan quản lý nhà nước cũng như người dân luôn yêu cầu người đại diện phải là chủ hộ trong Sổ hộ khẩu. Thực tế trên đã và đang làm các giao dịch dân sự liên quan đến hộ gia đình bị hiểu và thực hiện lệch lạc so với quy định pháp luật về hộ gia đình.

Việc phân biệt giao dịch dân sự do chủ hộ với tư cách là đại diện của hộ gia đình xác lập với giao dịch dân sự do chủ hộ tham gia với tư cách là cá nhân có ý nghĩa đặc biệt quan trọng để xác định là trách nhiệm của hộ gia đình hay trách nhiệm cá nhân.

BLDS quy định về trách nhiệm dân sự của hộ gia đình tại Điều 110 như sau: “1. Hộ gia đình phải chịu trách nhiệm dân sự về việc thực hiện quyền, nghĩa vụ dân sự do người đại diện của hộ gia đình xác lập, thực hiện nhân danh hộ gia đình. 2. Hộ gia đình chịu trách nhiệm dân sự bằng tài sản chung của hộ, nếu tài sản không đủ để thực hiện nghĩa vụ chung của hộ thì các thành viên phải chịu trách nhiệm liên đới bằng tài sản riêng của mình”.

Theo đó, khi chủ hộ với tư cách là người đại diện hộ gia đình xác lập, thực hiện quan hệ dân sự nhân danh hộ gia đình sẽ làm phát sinh quyền, nghĩa vụ dân sự cho cả hộ gia đình. Hộ gia đình phải chịu trách nhiệm thực hiện những quyền và nghĩa vụ dân sự đó bằng tài sản chung của hộ, nếu tài sản chung không đủ để thực hiện nghĩa vụ thì các thành viên phải chịu trách nhiệm liên đới bằng tài sản riêng của mình. Tuy nhiên, nếu không đáp ứng đầy đủ các điều kiện quy định tại khoản 2 Điều 109, thì có thể dẫn đến giao dịch dân sự vô hiệu và hộ gia đình không

phải chịu trách nhiệm dân sự theo quy định tại Điều 110 này.

Nếu chủ hộ tham gia quan hệ dân sự với tư cách cá nhân thì sẽ chỉ cá nhân đó phải chịu trách nhiệm bằng tài sản riêng của mình.

Tuy nhiên, vấn đề này pháp luật đã có quy định nhưng chưa rõ ràng, rất khó để phân định rõ ràng được trách nhiệm của chủ hộ với tư cách là cá nhân với trách nhiệm của hộ gia đình do chủ hộ xác lập nhân danh hộ gia đình. Để quy trách nhiệm cho các thành viên hộ gia đình thì cần phải xác định được các thành viên của hộ gia đình, tuy nhiên không có căn cứ pháp lý để khẳng định những người nào là thành viên của hộ gia đình.

Trên thực tế, thường xác định các thành viên của hộ gia đình dựa vào sổ hộ khẩu gia đình, mặc dù, sổ hộ khẩu không phải là căn cứ pháp lý để xác định quyền và nghĩa vụ chung của các thành viên, mà để phục vụ cho mục đích quản lý nhân khẩu thường trú. Thành viên đăng ký trong sổ hộ khẩu thường xuyên có biến động do việc tách, nhập hộ; nhập cư, chuyển khẩu do sinh, tử, di chuyển, thậm chí đăng ký cư trú nhờ... Theo quy định tại Điều 19 về “Điều kiện đăng ký thường trú tại tỉnh”, Luật Cư trú năm 2006, thì ai cũng có thể được đăng ký vào sổ hộ khẩu của gia đình khác, chỉ cần người cho thuê, cho mượn, cho ở nhờ nhà đồng ý bằng văn bản. Riêng việc nhập vào sổ hộ khẩu tại thành phố trực thuộc trung ương thì đòi hỏi có thêm điều kiện về quan hệ hôn nhân, nuôi dưỡng hoặc họ hàng ruột thịt. Do vậy, để xác định thành viên hộ gia đình làm cơ sở cho giao dịch dân sự theo đúng quy định của pháp luật, thì thường phải phát huy hết khả năng suy đoán để tìm ra mọi tình huống có thể.

5. Chế độ chịu trách nhiệm liên đới của các thành viên trong hộ gia đình

Khoản 2 Điều 107 BLDS quy định: “Giao dịch dân sự do người đại diện của hộ gia đình xác lập, thực hiện vì lợi ích chung của hộ gia đình xác lập, thực hiện vì lợi ích chung của hộ làm phát sinh quyền, nghĩa vụ của cả hộ gia đình”.

Trên thực tế, một hay nhiều thành viên

của hộ gia đình sinh sống, làm việc tại một nơi khác nhưng vẫn có tên trong sổ hộ khẩu gia đình, khi người đại diện của hộ gia đình/hộ kinh doanh xác lập quan hệ dân sự thì liệu thành viên đang làm việc ở nơi khác đó có phải chịu trách nhiệm trả nợ liên đới với các thành viên khác của hộ gia đình hay không? Bên có quyền liệu có quyền yêu cầu những thành viên đó thực hiện nghĩa vụ trả nợ không?

Vấn đề này pháp luật không quy định rõ nên rất khó xác định trách nhiệm của từng thành viên hộ gia đình, rất khó cho người có quyền thực hiện các quyền trong việc yêu cầu hộ kinh doanh do một hộ gia đình làm chủ thực hiện nghĩa vụ trả nợ.

Theo chúng tôi, trách nhiệm chung của hộ gia đình và trách nhiệm liên đới của các thành viên hộ gia đình đối với việc thực hiện nghĩa vụ do người đại diện hộ gia đình xác lập vì lợi ích chung của hộ gia đình được thực hiện theo quy định tại khoản 2 Điều 107 BLDS “Giao dịch dân sự do người đại diện của hộ gia đình xác lập, thực hiện vì lợi ích chung của hộ làm phát sinh quyền, nghĩa vụ của cả hộ gia đình”. Theo đó, tất cả các thành viên của hộ gia đình đã thành niên hay chưa thành niên đều phải chịu trách nhiệm trả nợ bằng tài sản chung và tài sản riêng của mình.

Trường hợp, một hay nhiều thành viên khác của hộ gia đình sinh sống, làm việc ở địa phương khác nhưng vẫn đứng tên trong sổ hộ khẩu gia đình thì sẽ không phải chịu trách nhiệm liên đới trả nợ với các thành viên khác của hộ gia đình. Bởi, tại Điều 106 BLDS quy định tư cách chủ thể pháp luật của hộ gia đình như sau: “Hộ gia đình mà các thành viên có tài sản chung, cùng đóng góp công sức để hoạt động kinh tế chung trong sản xuất nông, lâm, ngư nghiệp hoặc một số lĩnh vực sản xuất, kinh doanh khác do pháp luật quy định là chủ thể khi tham gia quan hệ dân sự thuộc các lĩnh vực này”.

Như vậy, chỉ những thành viên của hộ gia đình có tài sản chung, cùng đóng góp công sức để hoạt động kinh tế chung trong sản xuất nông, lâm, ngư nghiệp hoặc một số lĩnh vực sản xuất, kinh doanh khác do pháp luật quy định mới tạo thành chủ thể của

quan hệ pháp luật dân sự với tư cách là hộ gia đình. Do đó, với những thành viên sinh sống, làm việc ở địa phương khác thì không thể có điều kiện tham gia, cùng đóng góp công sức vào hoạt động kinh tế chung. Mặt khác, thành viên đó lại làm việc trong lĩnh vực khác so với hoạt động kinh tế chung của hộ gia đình. Vì vậy, không thể quy trách nhiệm trả nợ liên đới của thành viên hộ gia đình sinh sống, làm việc ở một địa phương khác với trách nhiệm liên đới của các thành viên khác của hộ gia đình.

Theo quy định tại Điều 298 về trách nhiệm thực hiện nghĩa vụ liên đới, bên có quyền có quyền yêu cầu một thành viên của hộ gia đình thực hiện toàn bộ nghĩa vụ trả nợ của hộ gia đình. Trường hợp một người đã thực hiện toàn bộ nghĩa vụ trả nợ cho cả hộ gia đình thì có quyền yêu cầu những người có nghĩa vụ liên đới khác phải thực hiện phần nghĩa vụ liên đới của hộ với mình.

Trong các quy định của BLDS không có quy định về phân nghĩa vụ liên đới của các thành viên hộ gia đình. Do đó, khi một thành viên đã đứng ra thực hiện nghĩa vụ trả nợ thay cho hộ gia đình bằng tài sản riêng thì được thực hiện quyền yêu cầu các thành viên khác phải trả tiền lại cho mình theo “phân nghĩa vụ liên đới” mà không xác định được phân nghĩa vụ liên đới của các thành viên còn lại như thế nào, nên sẽ xảy ra các tranh chấp về trách nhiệm thực hiện các nghĩa vụ dân sự của từng thành viên trong hộ gia đình.

Như vậy, việc xác định tư cách đại diện, tài sản của hộ gia đình không đơn giản, ảnh hưởng đến quyền lợi của các tổ chức, cá nhân khác khi tham gia giao dịch với hộ gia đình. Nếu các chủ thể khác tham gia giao dịch dân sự với hộ gia đình không xác định đúng tư cách đại diện, tài sản chung của hộ thì sẽ xảy ra nhiều rủi ro trong việc thực hiện quyền của mình.

Tóm lại, để đảm bảo nguyên tắc các bên đều bình đẳng trước pháp luật, tạo điều kiện cho kinh tế hộ gia đình nói riêng và kinh tế nông nghiệp nông thôn nói chung phát triển thì pháp luật cần quy định cụ thể về hộ gia đình: tư cách hộ gia đình, trách nhiệm của hộ gia đình, của các thành viên hộ gia đình ■

SO SÁNH CÁC QUY ĐỊNH VỀ THỦ TỤC XÉT HỎI VÀ TRANH LUẬN TẠI PHIÊN TÒA HÌNH SỰ SƠ THẨM CỦA MỸ, PHÁP, NGA VÀ VIỆT NAM

NGUYỄN NGỌC KIẾN*

Khi nguyên tắc tranh tụng được Hiến pháp năm 2013 ghi nhận chính thức, thì nhiệm vụ sửa đổi Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2003 (BLTTHS) theo hướng tiếp thu những hạt nhân hợp lý của mô hình tố tụng tranh tụng trở nên vô cùng cần thiết. Về mặt lý luận, việc đổi mới phiên tòa hình sự phải gắn liền với đổi mới thủ tục xét xử, trong đó đổi mới thủ tục xét hỏi và tranh luận là quan trọng nhất. Vì thủ tục xét hỏi và tranh luận có vị trí trung tâm trong tiến trình xét xử, nó phản ánh mô hình tố tụng và nguyên tắc tranh tụng được áp dụng. Bài viết góp phần làm rõ quy định về xét hỏi và tranh luận tại phiên tòa hình sự sơ thẩm (HSST) ở một số nước trên thế giới có nền pháp luật tố tụng hình sự (TTHS) tiêu biểu, phát triển (có so sánh với pháp luật TTHS Việt Nam).

1. Hợp chúng quốc Hoa Kỳ

Ở Hoa Kỳ, hoạt động xét hỏi và tranh luận dựa trên Quy tắc tố tụng hình sự Liên bang, Quy tắc Liên bang về Bằng chứng (FRE) và Quy tắc Miranda. Thủ tục TTHS Hoa Kỳ không phân chia thành hai phần xét hỏi và tranh luận như ở Việt Nam.

Phần chất vấn, còn được gọi là phần lấy chứng cứ do công tố viên và luật sư đảm trách. Thẩm phán sẽ giải quyết bất cứ vấn đề pháp lý nào được công tố viên hoặc luật sư bào chữa đặt ra. Tuy nhiên, trong giới hạn về quyền của mình, thẩm phán cũng có thể đặt ra một số câu hỏi để làm rõ vấn đề với một nhân chứng nhất định được gọi¹ (trên thực tế, thẩm phán họa hoàn lăm mới thực hiện việc này). Các bồi thẩm viên không được hỏi bất cứ câu hỏi nào trong phiên tòa, mà chỉ lắng nghe lời khai và xem xét chứng cứ. Về phía bị can (ở Việt Nam, khi đã mở phiên tòa thì gọi là bị cáo) không có vai trò gì trong phần lấy chứng cứ, ngoài việc cung khai như một nhân chứng và được trao đổi riêng với luật sư trong cả phiên tòa. Quyền

im lặng của bị can xuất phát từ cơ sở pháp lý của Hiến pháp Hoa Kỳ, tại Tu chính án thứ Năm bảo đảm cho cá nhân quyền giữ im lặng, không ai bị bắt buộc phải buộc tội mình. Bị can có quyền từ chối cung khai, từ chối đưa ra bất cứ chứng cứ nào. Thay vào đó, bị can có quyền lập luận rằng công tố viên đã không đưa ra chứng cứ nào kết luận về tội của mình. Đó cũng được xem là chiến thuật của bị can, nếu công tố viên không chứng minh được lý lẽ của mình thì bị can được tha bổng². Bị can cũng không được nói và đặt câu hỏi trong phiên tòa. Mặt khác, bị can không cần trả lời bất cứ câu hỏi nào của bất cứ ai, trừ phi họ quyết định khai báo như một nhân chứng thì họ phải trả lời trước tòa. Cả nạn nhân (bị hại) và luật sư (được thuê) đều không được phép đặt câu hỏi cho bất cứ ai trong phiên tòa. Nạn nhân chỉ được đưa ra lời khai như một nhân chứng trong phần lấy chứng cứ, nếu họ được công tố viên hoặc luật sư triệu tập tới như một nhân chứng³. Tang vật, chứng cứ vụ án đều được xuất trình công khai trước tòa, không có hồ sơ vụ

* **ThS, Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.**

- 1 Quy tắc Liên bang về Bằng chứng (Quy tắc 614(b)), xem tại địa chỉ http://www.UScourts.gov/UScourts/Quy_tacsAndPolicies/quy_tacs/2010%20Quy_tacs/Evidence.pdf
- 2 Phan Văn Ba và Phan Xuân Thảo (2012), *Everyday American Law*, Nxb Tổng hợp TP. Hồ Chí Minh, tr.43.
- 3 Tham khảo tác giả Richard S. Shine, bài "Mô hình tố tụng hình sự Hoa Kỳ", tại Hội thảo Mô hình TTHS một số nước trên thế giới- Kinh nghiệm đối với việc hoàn thiện mô hình TTHS Việt Nam, do Chương trình Đối tác tư pháp và Viện kiểm sát nhân dân tối cao tổ chức, Hà Nội ngày 15-16 tháng 11/2011.

án được thành lập trước phiên xử để cho thẩm phán hay bồi thẩm đoàn tra cứu riêng; các nhân chứng được thẩm vấn riêng và không ai được tiếp xúc với ai⁴.

Quy trình chất vấn (còn được gọi là *Chính phủ cung cấp chứng cứ*): Công tố viên gọi các nhân chứng vào phiên tòa và “trực vấn” (hỏi cung) nhân chứng. Luật sư bào chữa có quyền phản đối ngay câu hỏi hoặc câu trả lời của công tố viên vì tin rằng nó vi phạm FRE, và thẩm phán sẽ quyết định về sự phản đối đó bằng cách cấm câu hỏi hoặc câu trả lời, hoặc cho phép đưa ra câu hỏi hoặc câu trả lời⁵. Ngay sau khi công tố viên thẩm vấn, luật sư “chất vấn chéo” (hỏi cung) nhân chứng đó. Thông thường, luật sư (cũng như công tố viên) chỉ được phép đặt câu hỏi “dẫn dắt” trong lúc chất vấn chéo. Tuy nhiên, luật sư có thể từ chối chất vấn chéo nhân chứng, như vậy họ có thể mất cơ hội thẩm vấn nhân chứng đó. Song pháp luật TTHS Hoa Kỳ vẫn cho phép luật sư bào chữa được triệu tập lại chính người đó làm nhân chứng trong phần bào chữa, nhưng lúc này chỉ được trực vấn chứ không được đặt những câu hỏi thông thường⁶. Ngược lại nếu công tố viên cho rằng, luật sư khi chất vấn chéo hoặc câu trả lời có thể có vi phạm quy định của FRE, được phản đối, và thẩm phán sẽ quyết định chấp thuận hoặc bác bỏ sự phản đối đó bằng cách giống như trường hợp của luật sư nêu trên. Mặt khác, công tố viên có quyền đặt câu hỏi bổ sung với nhân chứng khi “tái trực vấn” sau khi luật sư kết thúc “chất vấn chéo”, và luật sư có quyền đặt câu hỏi bổ sung với nhân chứng khi “tái chất vấn chéo,” nhưng chỉ dừng lại ở những vấn đề mới được đưa ra trong lúc tái trực vấn. Công tố viên sau khi thực hiện nghĩa vụ chứng minh, sẽ tuyên bố đóng vụ án của chính phủ⁷.

Phần bào chữa, với thủ tục luật sư cho gọi nhân chứng để lần lượt lấy lời khai. Quá trình này của luật sư có thể bị công tố viên phản đối và việc chấp nhận hay không phụ thuộc vào thẩm phán, tương tự như thủ tục thẩm vấn của công tố viên trong phần cung cấp chứng cứ của chính phủ. Đồng thời công tố viên được quyền chất vấn chéo nhân chứng sau khi luật sư trực vấn xong. Lúc này luật sư lại có cơ hội phản đối việc chất vấn chéo của công tố viên, và tất nhiên việc chấp nhận cho tiếp tục đặt ra câu hỏi và câu trả lời hay không phụ thuộc vào thẩm phán, xét trên quy tắc FRE. Tiếp đến, luật sư có quyền tái trực vấn nhân chứng bào chữa, sau đó công tố viên được tái chất vấn chéo. Cuối cùng, luật sư bào chữa sẽ tuyên bố kết thúc phần bào chữa của mình⁸. Đó là một quy trình lập luận liên tục, làm cho phiên tòa trở nên gay cấn.

Ở phần đưa ra lời lập luận cuối cùng (“quy trình lập luận”), với thủ tục công tố viên sẽ trình lên bồi thẩm đoàn lập luận cuối cùng đầu tiên. Tiếp theo, luật sư bào chữa sẽ làm tương tự như vậy. Sau đó, công tố viên sẽ trình lên bồi thẩm đoàn lập luận bác bỏ⁹. Nếu phiên tòa không có bồi thẩm đoàn, công tố viên và luật sư sẽ trình bày lập luận cuối cùng của mình lên cho riêng thẩm phán, chủ thể này một mình quyết định về chứng cứ và pháp luật áp dụng. Thủ tục lập luận cuối cùng là khá đơn giản. Có thể lý giải là, sau khi kết thúc phần lập luận cuối cùng, thẩm phán sẽ đọc cho bồi thẩm đoàn nghe chỉ dẫn của mình về các quy định trong luật mà bồi thẩm đoàn sẽ áp dụng đối với các tình tiết của vụ án vì các tình tiết đó sẽ do bồi thẩm đoàn quyết định¹⁰. Lưu ý là thẩm phán có quyền bình luận hoặc không bình luận về các chứng cứ trong khi đọc chỉ dẫn. Tuy vậy, hầu như các thẩm phán không thực hiện quyền nhận xét này, vì nó có thể can thiệp vào chức năng của bồi thẩm đoàn, và dẫn

4 Tham khảo tác giả E. Allun Furnswarth, cuốn "Introduction to the U.S legal system"; Columbia University law , Oceana Publications, New York, year 1963.

5 Tham khảo tác giả Richard S. Shine, như trên.

6 Quy tắc Liên bang về Bằng chứng (Quy tắc 611).

7 Tham khảo tác giả Richard S. Shine, như trên.

8 Tham khảo tác giả Richard S. Shine, như trên.

9 Quy tắc TTHS Liên bang (Quy tắc 29.1), xem tại địa chỉ [http://www.UScourts.gov/UScourts/Quy tắc sAndPolicies/quy](http://www.UScourts.gov/UScourts/Quy%20tắc%20sAndPolicies/quy%20tắc/2010%20Quy%20tắc/Criminal%20Procedure.pdf)

10 Quy tắc TTHS Liên bang (Quy tắc 30(c)).

đến khả năng xử phúc thẩm bác bỏ phán quyết và khiến tòa phải mở phiên xét xử mới cho vụ án¹¹.

Quá trình thẩm vấn và tranh biện tại phiên xét xử hình sự sơ thẩm ở Hoa Kỳ biểu hiện các đặc điểm như sau:

Thứ nhất, việc thẩm vấn bị cáo tại phiên xét xử hình sự được đảm trách bởi công tố viên và người bào chữa; thẩm phán có vai trò mờ nhạt trong hoạt động này. Phần triệu tập nhân chứng cũng do hai bên buộc tội và gỡ tội quyết định. Người bị hại và bị cáo trở thành vai trò là người làm chứng khi được triệu tập với tư cách là nhân chứng ra phiên tòa. Phương pháp thẩm vấn và thủ tục cách ly nhân chứng rất được coi trọng. Đồng thời, các bên lập luận liên tục tại phiên xét xử được dựa trên chứng cứ trực tiếp trung diện. Không có hồ sơ vụ án được thành lập trước. Những vấn đề này hoàn toàn khác biệt với quy định và thực tiễn pháp luật TTHS Việt Nam.

Thứ hai, tính đối tụng thể hiện rất cao tại phiên xét hỏi và tranh luận, nó trở thành điểm đặc sắc của mô hình TTHS tranh tụng ở Hoa Kỳ. Cả ở phần thẩm vấn cũng như tranh luận, vai trò của thẩm phán rất mờ nhạt, họ có nhiệm vụ dẫn dắt, điều khiển phiên tòa, hướng dẫn luật áp dụng cho bồi thẩm đoàn, mà không được can thiệp vào quá trình cung cấp chứng cứ và lập luận của bên buộc tội và bên bào chữa. Các chức năng cơ bản của TTHS được phân biệt rõ tại phiên tòa. Yêu tố tranh tụng công bằng thể hiện rất đậm nét trong phần xét hỏi, làm cho phiên tòa đảm bảo tính dân chủ, sinh động, quyền con người của bị can được bảo vệ. Điều thú vị là, ngay trong phần cung cấp chứng cứ, hai bên buộc tội và gỡ tội đã thể hiện yếu tố tranh biện trong đó. Đó là chất vấn chéo và tái chất vấn chéo nhân chứng của nhau để làm rõ chứng cứ, và quy trình này cho phép thẩm phán ngắt lời việc xét hỏi và trả lời từ hai bên, nếu phản đối của họ là hợp lý. Nhưng thủ tục xét hỏi và tranh luận tại phiên tòa HSST của Hoa Kỳ có hạn chế là phải trải qua nhiều thủ tục, rườm rà, phiên tòa phải kéo dài thời gian, hao tổn sức lực, tiền của. Sự bị động thái quá của bị can trước phiên tòa cũng chưa hẳn đã là tích cực trong

việc tranh tụng, vì thiếu đi sự hợp tác và khai thác triệt để từ bị can sẽ gây khó khăn cho hoạt động chứng minh, có thể bỏ lọt hành vi, bỏ lọt tội phạm và người đồng phạm.

2. Cộng hoà Pháp

Ở Pháp, hệ thống tòa án xét xử gồm: Tòa vi cảnh - chuyên xét xử loại tội vi cảnh (loại tội ít nghiêm trọng); Tòa tiểu hình - chuyên xét xử loại khinh tội (mức hình phạt dưới 10 năm tù, hoặc bị phạt chịu sự giám sát, yêu cầu lao động công ích, hoặc bị tước quyền về tài sản hoặc các đặc quyền); Tòa đại hình - chuyên xét xử loại trọng tội (loại tội nghiêm trọng với mức hình phạt trên 10 năm tù, tù chung thân hoặc tử hình).

BLTTHS Pháp - có hiệu lực thi hành vào năm 1958, và qua nhiều lần sửa đổi, bổ sung¹² - dành Chương 6 quy định về “Thủ tục tranh luận tại phiên tòa”. Các Điều 309, Điều 310, Điều 311 và Điều 312 đã định hình hoạt động tranh luận như: chủ tọa phiên tòa giữ gìn trật tự phiên tòa và điều khiển phiên tranh luận; chủ tọa phiên tòa áp dụng mọi biện pháp cần thiết để xác định sự thật của vụ án, như có quyền ra lệnh áp giải bất cứ người nào đến để lấy lời khai và cung cấp tài liệu; các thẩm phán thành viên HĐXX và bồi thẩm có thể hỏi bị cáo và người làm chứng, nhưng phải được chủ tọa phiên tòa cho phép. Bộ luật cũng quy định cho phép đại diện Viện công tố, bị cáo, nguyên đơn dân sự, luật sư của các bên được tham gia xét hỏi nhưng phải thông qua chủ tọa phiên tòa. Đối với người làm chứng, họ bắt buộc phải tuyên thệ trước khi đưa ra lời khai, sau đó chủ tọa phiên tòa xét hỏi họ tuân tự từng người một. Người làm chứng không bị ngắt lời khi cung khai. Tuy nhiên, công tố viên và các bên đương sự có thể phản đối việc lấy lời khai của một người làm chứng nếu người này không được tổng đạt hoặc tổng đạt không hợp lệ. Nếu việc phản đối có căn cứ thì chủ tọa phiên tòa quyết định rằng lời khai của người làm chứng chỉ có giá trị là thông tin mà không có giá trị buộc tội. Người làm chứng phải ở lại phòng xử án cho đến khi kết thúc phiên tòa (Điều 330, Điều 331, Điều 332). Trong quá trình xét hỏi, chủ tọa phiên tòa có thể cho bị cáo hoặc những

11 Quy tắc TTHS Liên bang (Quy tắc 30(d)).

12 Bộ luật TTHS Cộng hòa Pháp, Nxb Chính trị Quốc gia (1998).

người làm chứng xem xét các vật chứng và nghe lời nhận xét của họ (Điều 341). Ngoài ra, thủ tục xét xử ở Pháp còn cho phép đại diện viện công tố, bị cáo, nguyên đơn dân sự có quyền yêu cầu chủ tọa phiên tòa cho người làm chứng tạm thời rời phòng xử án, để nghe những lời khai khác, sau đó cho họ trở lại cung khai, dù có thể xảy ra việc đổi chất hay không (Điều 338). Thủ tục xét hỏi được đặt ra đối với người làm chứng rất được pháp luật TTHS Pháp coi trọng, vì cho rằng, lời khai của họ có giá trị chứng minh cao. Về thủ tục cách ly người làm chứng trong quá trình xét hỏi, ở Pháp quy định tương đối giống với Việt Nam, như chủ tọa phiên tòa ra lệnh cho một hoặc nhiều bị cáo rời khỏi phòng xử án để hỏi riêng từng người làm chứng về một số tình tiết vụ án. Mặt khác, ở Điều 340 cho phép các thẩm phán và bồi thẩm ghi chép những điểm quan trọng trong lời khai của người làm chứng và lời bào chữa của bị cáo. Ở Việt Nam, mặc dù thực tế không cấm việc ghi chép nhưng chưa được luật quy định chính thức. Thủ tục này khác biệt với phiên tòa HSST ở Hoa Kỳ, bồi thẩm đoàn hoàn toàn không được ghi chép. Pháp luật TTHS Pháp chứng tỏ sự tiến bộ khi cấm các chủ thể tham gia xét hỏi bày tỏ quan điểm, chính kiến của mình trong quá trình xét hỏi; nhưng lại không đặt ra quyền được ghi chép của bị cáo và người tham gia tố tụng khác tại phiên tòa.

Về cơ bản, thủ tục xét hỏi tại phiên tòa HSST ở Pháp rất giống với Việt Nam, ví dụ như chủ tọa phiên tòa vẫn chịu trách nhiệm chính trong việc xét hỏi; là chủ thể có quyền hạn rất lớn trong việc làm rõ chứng cứ; vai trò của viện công tố và người bào chữa và các chủ thể khác khi tham gia xét hỏi rất mờ nhạt, v.v.. Điểm khác biệt rõ là phiên tòa HSST ở Pháp rất coi trọng vai trò người làm chứng (quy định chặt chẽ thủ tục cách ly và lấy lời khai người làm chứng), chứ không phải chỉ đặt nặng vào lời khai của bị cáo trước tòa như ở nước ta.

Khi cuộc thẩm vấn kết thúc, nguyên đơn dân sự (hoặc luật sư của họ) được trình bày ý kiến. Viện công tố trình bày kết luận của mình. Tiếp đến bị cáo (hoặc luật sư của họ)

trình bày lời bào chữa. Như vậy, nếu như phiên tòa hình sự ở Việt Nam - chính công tố viên là người trình bày lời buộc tội trước, còn ở Pháp là người bị hại. Viện công tố theo pháp luật Pháp cũng chỉ trình bày lời kết luận, chứ không phải là luận tội. Nội hàm của kết luận và luận tội là khác nhau. Mặt khác, pháp luật TTHS Pháp quy định khá đơn giản về thủ tục đối đáp khi các bên đưa ra các kết luận buộc tội và gỡ tội, đó là: “Nguyên đơn dân sự và Viện công tố được quyền đáp lại, nhưng bị cáo hay luật sư của bị cáo luôn được nói lời sau cùng” (Điều 346). Có thể lý giải cho sự đơn giản trong thủ tục trình bày kết luận và đối đáp ở Pháp là ở đó coi trọng phân tâm vấn do chủ tọa phiên tòa đảm trách. Vừa thẩm vấn vừa tranh luận, mà không có sự tách bạch rõ ràng như ở Việt Nam.

Pháp luật TTHS Pháp coi việc xét hỏi là thể hiện sự tranh luận, là thủ tục của quá trình tranh luận tại phiên tòa. Điều này chứng tỏ, ngày nay pháp luật TTHS ở Pháp dù vẫn giữ các đặc điểm của mô hình tố tụng thẩm vấn nhưng lại đan xen mạnh mẽ các yếu tố tranh tụng, và đã làm nên một mô hình tố tụng hỗn hợp.

3. Liên bang Nga

Bộ luật TTHS Liên bang Nga năm 2001, được sửa đổi, bổ sung nhiều lần, cho đến lần sửa đổi, bổ sung bởi Luật liên bang số 153/LLB ngày 27/7/2006¹³. Chương IX - Thủ tục tố tụng tại tòa án cấp sơ thẩm quy định về xét hỏi và tranh luận.

Pháp luật Nga không gọi là hoạt động xét hỏi (hoặc thẩm vấn) như ở Việt Nam và ở nhiều nước khác, mà gọi là “điều tra tại tòa án”. Vì thế, tại phiên tòa HSST ở nước này, ngoài hoạt động xét hỏi còn có các hoạt động khác mang tính chất điều tra. Trước khi tiến hành hoạt động xét hỏi, công tố viên công bố lời buộc tội. Đối với vụ án tư tố thì bắt đầu bằng việc tư tố viên công bố lời buộc tội. Sau đó chủ tọa phiên tòa hỏi bị cáo xem họ có hiểu nội dung buộc tội hay không, họ có nhận tội hay không và họ (kể cả người bào chữa của họ) có cần bày tỏ thái độ với lời buộc tội hay không (Điều 273). Việc công

13 Tham khảo tại địa chỉ http://tks.edu.vn/law/detail/1028_0_Bo-luat-to-tung-hinh-su-Lien-bang-Nga.html.

bổ lời buộc tội rõ ràng là hợp lý, giảm thời gian không cần thiết, nó khác hẳn với phiên tòa HSST ở Việt Nam là kiểm sát viên đọc nguyên bản cáo trạng trước khi bắt đầu xét hỏi, cho dù trước đó cáo trạng bắt buộc phải tổng đạt công khai. Trong việc đưa ra chứng cứ tại tòa, pháp luật TTHS Nga quy định rất cụ thể là, bên buộc tội có nghĩa vụ đưa ra chứng cứ trước để xem xét rồi mới đến bên bào chữa. Tiếp theo bị cáo là người được đưa ra chứng cứ. Tuy nhiên, nếu vụ án có nhiều bị cáo thì trình tự đưa ra chứng cứ của các bị cáo do chủ tọa quyết định trên cơ sở ý kiến các bên (Điều 274). Cách thức đưa ra chứng cứ như vậy sẽ bảo đảm quyền bình đẳng, dân chủ trong quá trình tranh tụng. Điều 243 đã đặt trách nhiệm của chủ tọa phiên tòa là điều khiển phiên tòa và áp dụng tất cả những biện pháp để bảo đảm sự tranh tụng và bình đẳng của các bên. Quyền bình đẳng của các bên còn được ghi nhận cụ thể tại Điều 244 (Bình đẳng về quyền giữa các bên), đó là: “Tại phiên tòa, bên buộc tội và bên bào chữa bình đẳng về quyền đề nghị thay đổi người tham gia tố tụng và đưa ra các yêu cầu, đưa ra chứng cứ, tham gia vào việc xem xét chứng cứ, phát biểu khi tranh luận...”. Đồng thời, yếu tố tranh tụng được thể hiện rõ ngay trong quy định bị cáo không bắt buộc phải đưa ra lời khai. Nếu họ đồng ý đưa ra lời khai thì thủ tục xét hỏi được tiến hành, bằng việc trước tiên người bào chữa và những người tham gia tố tụng thuộc bên bào chữa hỏi bị cáo, sau đó mới đến lượt bên buộc. Sau khi các bên đã hỏi bị cáo thì tòa án đặt câu hỏi sau cùng. Lưu ý là chủ tọa phiên tòa không chấp nhận những câu hỏi của các bên có tính chất gợi ý (mớm cung) và không liên quan đến nội dung vụ án. Tuy nhiên, tòa án vẫn có quyền thay đổi trình tự hỏi bị cáo nếu trong vụ án có nhiều bị cáo và phải có yêu cầu của một trong các bên (Điều 275).

Như vậy, theo pháp luật TTHS Liên bang Nga thì bên bị buộc tội là người hỏi trước tiên đối với bị cáo, chủ tọa phiên tòa hỏi sau cùng mà không phải là bên buộc tội hoặc chủ tọa tòa án chịu trách nhiệm chính trong việc xét hỏi và là người hỏi trước (như ở Việt Nam và ở Pháp). Có thể thấy, trách nhiệm xét hỏi được chia đều cho hai bên buộc tội và gỡ tội; tòa án là người hỏi sau cùng. Điều này cho thấy tính tranh tụng rất

cao. Tuy nhiên, hạn chế có thể thấy là pháp luật TTHS ở Nga chỉ quy định chủ tọa phiên tòa không chấp nhận những câu hỏi có tính gợi ý và không liên quan đến vụ án mà không đặt ra quyền của chủ tọa trong trường hợp này được cắt ngang ý kiến. Điều này dẫn đến việc phiên xét hỏi có thể bị kéo dài. Mặt khác, với quy định tòa án đưa ra câu hỏi đối với bị cáo, nhưng không giới hạn phạm vi hỏi của chủ tọa, nên có thể bị lạm dụng trong việc hỏi.

Hoạt động xét hỏi người bị hại và người làm chứng (theo Điều 277, Điều 278), đáng chú ý là bên nào yêu cầu triệu tập người bị hại, người làm chứng đến phiên tòa thì bên đó đặt câu hỏi đối với họ trước, cuối cùng thẩm phán mới đưa ra câu hỏi. Trong khi đó, tại phiên tòa HSST ở nước ta thì chủ tọa phiên tòa chịu trách nhiệm chính trong việc xét hỏi và là người hỏi trước. Ở Nga, khi hỏi người làm chứng tại phiên tòa là phải lấy lời khai riêng từng người làm chứng, và không cho phép sự có mặt những người làm chứng khác chưa được lấy lời khai; tòa án không được tiết lộ những thông tin thực về nhân thân người làm chứng và có quyền tiến hành lấy lời khai của họ trong những điều kiện để những người khác tham gia vào quá trình xét xử không nhìn thấy họ; khi họ đã khai báo, chủ tọa có thể cho phép họ rời phòng xử án trước khi kết thúc việc điều tra tại tòa (sau khi đã tham khảo ý kiến các bên). Đây là thủ tục bắt buộc, khác với pháp luật TTHS nước ta (quy định chưa cụ thể việc cách ly người làm chứng trong trường hợp cần thiết, do Hội đồng xét xử quyết định). Và điểm tiến bộ là việc giữ bí mật lai lịch cho người làm chứng, việc xét hỏi họ trong điều kiện cần phải bảo đảm sự an toàn. Nó có ý nghĩa tích cực trong việc khuyến khích người làm chứng cung cấp chứng cứ, làm rõ nội dung vụ án.

Bên cạnh đó, cần lưu ý đến quy định bị cáo và người bị hại có quyền đưa ra lời khai vào bất cứ thời điểm nào của quá trình điều tra tại tòa; bị cáo, người bị hại và người làm chứng có quyền sử dụng những ghi chép được trình ra trước tòa theo yêu cầu của họ. Các quy định này theo hướng mở, không cứng nhắc trong việc khép lại việc hỏi và trả lời đối với chủ thể bị xét hỏi nào đó. Có nghĩa là tại phần thủ tục xét hỏi, các chủ thể bị xét hỏi có quyền lựa chọn thời điểm đưa

ra câu trả lời vì một chiến thuật có lợi cho mình hoặc chỉ đơn giản là họ trả lời vào thời điểm tùy thích.

Việc lấy lời khai người giám định tại phiên tòa tương tự như lấy lời khai của người bị hại và người làm chứng: các bên buộc tội và bào chữa chịu trách nhiệm chính, bên nào đã yêu cầu trung câu giám định đưa ra câu hỏi trước, tòa án hỏi sau cùng. Ở Nga còn quy định, nếu cần thiết, tòa án có quyền dành thời gian cho người giám định đề họ chuẩn bị cho việc đưa ra câu trả lời của các bên và tòa án. Điều này giúp làm rõ kết luận giám định hoặc bổ sung kết luận giám định mà không phải mọi lúc có thể trả lời được ngay.

Ở Nga, các trường hợp được công bố lời khai, xem xét vật chứng, xem xét chỗ ở và địa điểm, khá tương tự như ở Việt Nam. Ví dụ như công bố lời khai của người bị hại, người làm chứng khi họ vắng mặt, khi có mâu thuẫn trong lời khai. Tuy nhiên pháp luật Nga ghi nhận rõ ràng, cụ thể hơn việc công bố ảnh, băng ghi âm (hoặc ghi hình), phim. Mặt khác, việc công bố lời khai chỉ xảy ra khi có yêu cầu và sự đồng ý của các bên. Riêng đối với hoạt động xem xét chỗ ở và địa điểm thì khi đến nơi cần xem xét, tòa án có quyền đặt câu hỏi đối với bị cáo, người bị hại, người làm chứng, người giám định và nhà chuyên môn. Những vấn đề này chứng tỏ thêm về tính dân chủ trong hoạt động tranh tụng, một yếu tố bảo đảm nguyên tắc tranh tụng. Về thủ tục tòa án thực nghiệm điều tra, nhận dạng, xem xét dấu vết trên thân thể thì hầu hết các hoạt động này có sự tham gia của các bên, nếu cần thiết thì có cả người làm chứng, người giám định và nhà chuyên môn tham gia. Các bên cũng như thẩm phán được đặt ra câu hỏi để làm rõ (Điều 288, Điều 289, Điều 290).

Giống như ở Việt Nam, ở Nga thủ tục tranh luận được tách riêng khỏi thủ tục xét hỏi - thành một phần kế tiếp sau phần xét hỏi (Điều 292). Khái niệm “tranh luận” được nêu ngay tại khoản 1 Điều 292 BLT-THS Liên bang Nga. Luật coi tranh luận của các bên bao gồm phát biểu của người buộc tội và của người bào chữa. Trường hợp người bào chữa vắng mặt thì bị cáo tham gia vào tranh luận của các bên. Về trình tự phát biểu, trong mọi trường hợp người buộc tội

phát biểu đầu tiên, bị cáo và người bào chữa phát biểu sau. Sau đó mới đến nguyên đơn dân sự và người đại diện của họ phát biểu, bị đơn dân sự và người đại diện của họ phát biểu tiếp theo. Như vậy tranh luận chỉ bao gồm hai bên buộc tội và bào chữa thực hiện. Giống như ở Việt Nam, pháp luật TTTHS Nga không cho phép người tham gia tranh luận dựa vào những chứng cứ không được xem xét tại phiên tòa hoặc chứng cứ mà tòa án không chấp nhận. Đồng thời, tòa án không có quyền hạn chế thời gian tranh luận của các bên, có quyền cắt ngang ý kiến nếu các bên đề cập đến tình tiết không liên quan đến vụ án. Ở Việt Nam, tòa án còn có quyền cắt ngang ý kiến nếu ý kiến đó vòng vo, lặp đi lặp lại kéo dài thời gian không cần thiết. Và có thể thấy, phiên tranh luận ở Nga không được mở đầu bằng việc đọc bản luận tội như ở Việt Nam. Thủ tục tranh luận ở Nga quy định: sau khi tất cả những người tham gia tranh luận đã phát biểu, mỗi người trong số họ có thể phát biểu đối đáp một lần nữa; quyền đối đáp sau cùng thuộc về bị cáo hoặc người bào chữa của họ. Quy định quyền đối đáp cuối cùng thuộc về bên bị buộc tội nhằm tạo lợi thế cho họ về mặt ngôn từ khi khép lại một cuộc tranh luận. Tuy nhiên, với quy định mỗi người chỉ được phát biểu đối đáp một lần thì vô hình trung đã mâu thuẫn với quy định không hạn chế thời gian tranh luận và nếu chỉ được đối đáp một lần thì trong nhiều trường hợp không làm rõ hết được chứng cứ, tình tiết vụ án.

Có thể thấy, thủ tục xét hỏi và tranh luận ở phiên tòa HSST Liên bang Nga có tính tranh tụng cao. Tòa án thực hiện vai trò dẫn dắt phiên xét hỏi và tranh luận, chỉ đóng vai trò thứ yếu trong hoạt động xét hỏi. Các bên dân chủ, bình đẳng trong hoạt động chứng minh tại tòa như việc triệu tập, việc đưa ra chứng cứ, v.v.. Dù cho tòa án có tham gia vào một số hoạt động điều tra tìm kiếm chứng cứ buộc tội, không chỉ đơn thuần làm chức năng xét xử, nhưng đó là đặc trưng của mô hình tố tụng hỗn hợp, với xu hướng tăng cường tính tranh tụng tại phiên tòa. Đáng chú ý là tòa án tiến hành một số hoạt động điều tra có sự tham gia của các bên buộc tội và bào chữa, người làm chứng và nhà chuyên môn - sự khách quan trong hoạt động điều tra của tòa vẫn được bảo đảm ■