

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

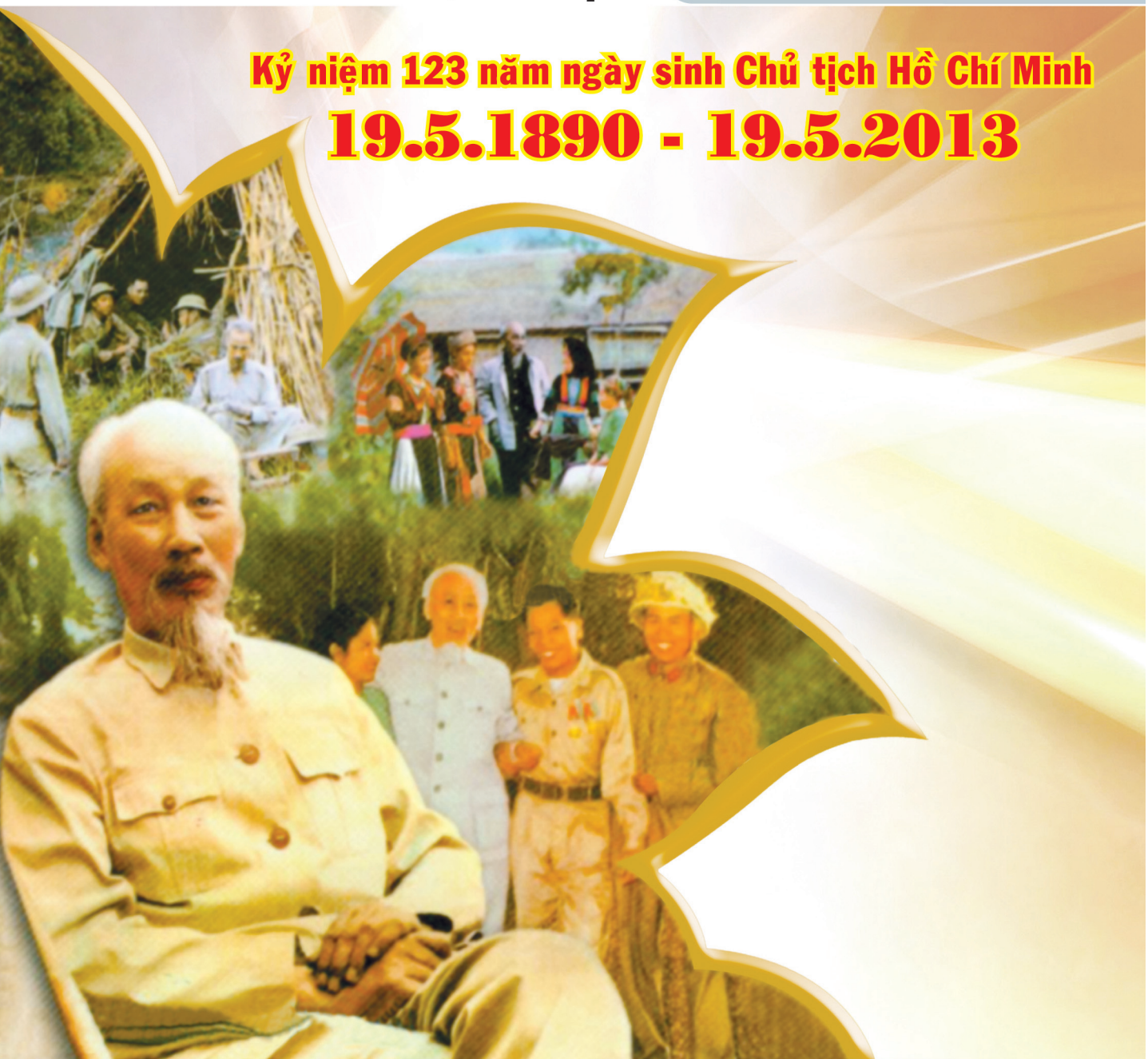
ISSN 1859 - 2953

www.nclp.org.vn

VĂN PHÒNG QUỐC HỘI

Số 09 (241)/Tháng 5/2013

**Kỷ niệm 123 năm ngày sinh Chủ tịch Hồ Chí Minh
19.5.1890 - 19.5.2013**



DIỄN ĐÀN VỀ NHÀ NƯỚC, PHÁP LUẬT, CHÍNH SÁCH

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn



Mục lục 5/2013

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT BÀN VỀ LẬP HIẾN

- 3** Góp ý các nội dung trong lời nói đầu và chủ quyền nhân dân của Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992

PGS, TS. Ngô Huy Cương

- 11** Những kiến nghị sửa đổi, bổ sung Hiến pháp năm 1992 về Quốc hội

TS. Bùi Ngọc Thanh

- 17** Về Điều 31 Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992

TS. Bùi Thị Đào

- 21** Chế độ kinh tế trong Hiến pháp phải đảm bảo nền kinh tế vận hành hiệu quả và dựa trên nền tảng quyền con người

ThS. Viên Thế Giang

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 27** Cần bổ sung phạm vi điều chỉnh của Dự án Luật giáo dục quốc phòng - an ninh

PGS, TS. Trần Vi Dân

- 31** Từ quy định về di sản dùng vào việc thờ cúng và di tặng

PGS, TS. Phùng Trung Tập

- 43** Trách nhiệm của nhà nước từ hiện tượng công ty thực tế

Phạm Thị Hương Giang

CHÍNH SÁCH

- 48** Hoàn thiện Luật Bảo vệ môi trường 2005 - nhìn từ yêu cầu phát triển bền vững

ThS. Võ Thị Mỹ Hương

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 56** Phát triển hoạt động đầu tư chứng khoán của doanh nghiệp bảo hiểm nhân thọ

ThS. Lê Thị Thảo

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 60** Mối quan hệ giữa pháp luật quốc tế và pháp luật quốc gia: nhìn từ góc độ hiến pháp trên thế giới và một số gợi mở cho Việt Nam

TS. Đặng Minh Tuấn

HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

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

TỔNG BIÊN TẬP

TS. PHẠM VĂN HÙNG

TRỤ SỞ:

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

THIẾT KẾ:

HOÀNG NHI

GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:

Số 117/GP-NGÀY 30-3-2001
CỦA BỘ VH TT

PHÁT HÀNH:

HÀ NỘI: 080-43364

TÀI KHOẢN:

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

IN TẠI CÔNG TY CỔ PHẦN IN TÂY HỒ

GIÁ: 19.500 ĐỒNG

Ảnh bìa: ST

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn



Legis 5/2013

STATE AND LAW

Discussion on Constitution

- 3** Comments for the content of the Preamble and the people's sovereignty of the Draft amendment to the 1992 Constitution
Prof, Dr. Ngo Huy Cuong
- 11** The recommendations to amend and to supplement to the 1992 Constitution on the National Assembly
Dr. Bui Ngoc Thanh
- 17** Regarding Article 31 of the Proposed Amendment to the 1992 Constitution
Dr. Bui Thi Dao
- 21** Economic regime in the Constitution have to ensure efficient operation of the economy that's based on the human rights
LLM. Vien The Giang

DISCUSSION OF BILLS

- 27** It should extend the scope of Law Project on defense and security education
Prof, Dr. Tran Vi Dan
- 31** From the provisions on estate used for the worship and testamentary donation
Prof, Dr. Phung Trung Tap
- 43** The responsibility of the State from the "de factor corporation" phenomena
Pham Thi Huong Giang

POLICIES

- 48** Completing the Law on Environmental Protection in 2005 - the view from the sustainable development requirements
LLM. Vo Thi My Huong

LEGAL PRACTICE

- 56** To develop investment securities of life insurance enterprise
LLM. Le Thi Thao

FOREIGN EXPERIENCE

- 60** The relationship between international laws and national laws: the view from the constitutions in the world and suggestion to Vietnam
Dr. Dang Minh Tuan

EDITORIAL:

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

EDITOR-IN-CHIEF:

Dr. PHAM VAN HUNG

OFFICE:

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

DESIGN:

HOANG NHI

LICENSE OF PUBLISHMENT:

N^o 117/GP-DATE 30-3-2001
MINISTRY OF CULTURE AND
INFORMATION

DISTRIBUTION:

HA NOI: 080-43364

ACCOUNT NUMBER:

0011000467735
LEGISLATIVE STUDY MAGAZINE
VIETCOMBANK

PRINTED BY: TAYHO PRINTING
JOINT STOCK COMPANY

Price: 19,500 VND

BÀN VỀ LẬP HIẾN

Góp ý các nội dung trong lời nói đầu và chủ quyền nhân dân CỦA DỰ THẢO SỬA ĐỔI HIẾN PHÁP 1992

NGÔ HUY CƯƠNG*

Trong nỗ lực cải cách nhằm đáp ứng các yêu cầu tất yếu của tiến trình xây dựng và bảo vệ đất nước, Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992 (Dự thảo) được đưa ra lấy ý kiến nhân dân. Dù đã có những cố gắng nhất định, song Dự thảo còn nhiều vấn đề mà không thể không cần tới sự nghiên cứu và thể hiện kỹ lưỡng hơn. Trong các vấn đề này, Lời nói đầu và chủ quyền nhân dân là hai vấn đề bộc lộ nhiều bất cập nhất.

I. Về lời nói đầu của Hiến pháp

1.1. Dẫn luận

Như một bộ phận không thể tách rời của Hiến pháp, Lời nói đầu của Hiến pháp có một ý nghĩa dẫn nhập quan trọng. Chỉ cần đọc Lời nói đầu của Hiến pháp người ta đã có thể hiểu được phần nào về cộng đồng xây dựng nên bản Hiến pháp đó.

Hầu hết các Lời nói đầu của Hiến pháp bị chi phối bởi bản chất chung của Hiến pháp. Có lẽ không một cộng đồng chính trị nào không nhận thức rằng: Hiến pháp là một đạo luật của nhân dân thể hiện sự tự nguyện chung sống của họ trong một cộng đồng chính trị nhất định, và tổ chức nên chính quyền của mình, đồng thời giới hạn quyền

lực của chính quyền đó nhằm bảo đảm tự do của mỗi thành viên trong cộng đồng chính trị ấy. Hiến pháp bởi lẽ đó không phải là một đạo luật từ “trên ban xuống”, mà là một khế ước giữa toàn dân. Vì vậy, Lời nói đầu của Hiến pháp nói chung thường phải bao gồm ba nội dung cơ bản sau: *thứ nhất*, những giá trị cơ bản khiến mọi người trong cộng đồng liên kết lại cùng nhau; *thứ hai*, căn nguyên và mục tiêu xây dựng cộng đồng; và *thứ ba*, thể hiện sự thống nhất ý chí tạo lập nên cộng đồng. Trong các nội dung trên, nội dung thứ ba là nội dung không thể thiếu, giống như người ta viết một hợp đồng không thể thiếu đoạn văn nói về sự thống nhất ý chí giữa các bên.

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

Câu chữ trong Lời nói đầu thường được chất lọc để bảo đảm sự trong sáng, ngắn gọn, dễ hiểu. Văn phong ở đó thường phải phù hợp với đặc tính của dân tộc, không “đánh bóng” theo tư tưởng riêng của người soạn thảo, và thể hiện được trí tuệ, tinh thần và tình cảm của dân tộc.

1.2. Bình luận

Sơ lược có thể nói, có hai cách thức chủ yếu thể hiện những giá trị cơ bản khiến mọi người trong cộng đồng liên kết lại cùng nhau tại các lời nói đầu của các bản văn Hiến pháp nói chung: *cách thức thứ nhất* theo hướng mô tả truyền thống liên kết cộng đồng (lịch sử); và *cách thức thứ hai* theo hướng liệt kê ngắn gọn các giá trị cơ bản khiến các thành viên cộng đồng cùng nhau liên kết. Và đương nhiên có *cách thức thứ ba* là cách thức kết hợp giữa hai cách thức nói trên. Dự thảo dù vô tình hay hữu ý đã thể hiện Lời nói đầu theo cách thức thứ ba. Tuy nhiên các giá trị liên kết cộng đồng chưa được chuyển tải đúng mức, chưa được làm rõ và chưa được dồn nén vào một chỗ để dễ dàng nhận biết. Căn nguyên và mục tiêu xây dựng cộng đồng trong Lời nói đầu của Dự thảo đơn thuần là sự sao chép lại một cách máy móc Cương lĩnh của Đảng, thiếu tính chất văn phạm của luật học. Dự thảo làm cho người đọc có cảm giác Lời nói đầu ở đó là một sự chấp vá, thiếu nhất quán, thiếu sự nghiên cứu kỹ lưỡng và có sự trộn lẫn khó lý giải giữa các vấn đề như: giá trị liên kết cộng đồng, căn nguyên xây dựng cộng đồng, và mục tiêu xây dựng cộng đồng.

Ví dụ lớn thứ nhất: Đoạn 1, Lời nói đầu của Dự thảo dường như cho rằng giá trị liên kết cộng đồng là “...nhân dân Việt Nam... đã hun đúc nên truyền thống đoàn kết, nhân

nghĩa, kiên cường, bất khuất của dân tộc...”, trong khi đó Đoạn 5 của Lời nói đầu này lại nhắc đến các giá trị khác làm căn nguyên xây dựng cộng đồng là “Nhân dân Việt Nam, với *truyền thống yêu nước, đoàn kết một lòng*¹, xây dựng và thi hành Hiến pháp vì mục tiêu dân giàu, nước mạnh, dân chủ, công bằng, văn minh”. Như vậy, phải chăng cộng đồng được xây dựng theo Dự thảo loại bỏ các đức tính “nhân nghĩa, kiên cường, bất khuất của dân tộc”?

Ví dụ lớn thứ hai: Đoạn 1, 3 và 5 của Dự thảo dùng từ ngữ “nhân dân Việt Nam”, trong khi đó Đoạn 2 của Dự thảo dùng từ ngữ “nhân dân ta”. Từ ngữ “nhân dân Việt Nam” khiến cho người đọc Việt Nam có cảm giác mình đang tuyên bố với thế giới về cộng đồng của mình. Còn từ ngữ “nhân dân ta” khiến cho người đọc Việt Nam có cảm giác mình đang “thù thi” với các thành viên khác của cộng đồng mình. Cần lưu ý rằng: Đoạn 2, Lời nói đầu này của Dự thảo nói về giai đoạn cách mạng từ năm 1930 tới giờ. Liệu có ai đó đặt câu hỏi: về giai đoạn cách mạng này, nhân dân Việt Nam không muốn tuyên bố với thế giới? Vậy vì lẽ gì?

1.3. Kiến nghị

Theo chúng tôi, Ủy ban sửa đổi Hiến pháp năm 1992 cần lắng nghe ý kiến và chất lọc các ý kiến của các chuyên gia trong các lĩnh vực khoa học xã hội khác (như lịch sử, dân tộc, xã hội học, văn hóa...) về những vấn đề cần thể hiện trong nội dung của Lời nói đầu của Hiến pháp.

Các giá trị cơ bản liên kết cộng đồng có thể bao gồm: (1) sự đùm bọc lẫn nhau (xuất phát từ sự sinh trưởng trong các cộng đồng làng xã); và (2) tinh thần yêu nước, thương nòi và bảo vệ đất nước (xuất phát từ truyền thống chống giặc ngoại xâm).

1 Lưu ý: Tác giả bài viết này (Ngô Huy Cường) dùng chữ nghiêng để nhấn mạnh

Căn nguyên xây dựng cộng đồng có thể bao gồm: (1) xây dựng cộng đồng vững mạnh, giữ vững chủ quyền và chung sống hòa bình với các dân tộc khác trên thế giới; (2) bảo đảm quyền tự do, dân chủ và sự ổn định.

Các mục tiêu xây dựng cộng đồng có thể bao gồm: (1) bảo đảm tất cả quyền lực của nhân dân; (2) nhân phẩm được tôn trọng và bảo vệ; (3) chính quyền của nhân dân, do nhân dân, vì nhân dân; (4) đa dạng văn hóa, tôn trọng cá tính; và (5) đại đoàn kết dân tộc.

Sinh ra từ các làng xã và đa số vẫn là nông dân nên người Việt vốn mộc mạc, chân thành. Vì thế Lời nói đầu của Hiến pháp nên viết giản dị, mộc mạc, dễ hiểu, không nên “đánh bóng”, khoa trương. Đoạn cuối cùng của Lời nói đầu phải có một câu thể hiện rõ ý chí chung sống của toàn dân và sự thống nhất ý chí trong việc tạo lập nên cộng đồng chính trị của mình, chẳng hạn như: “Chúng tôi, nhân dân Việt Nam cùng nhau xây dựng (hoặc thông qua) Hiến pháp như sau:...”.

II. Về chủ quyền nhân dân

2.1. Dẫn luận

Hiến pháp năm 1946 có một tuyên ngôn bất hủ rằng: “Tất cả quyền bính trong nước là của toàn thể nhân dân Việt Nam, không phân biệt nòi giống, gái trai, giàu nghèo, giai cấp, tôn giáo”. Tuyên ngôn này đã chạm tới nơi sâu nhất trong trái tim của người Việt, khiến họ xả thân vì nước, vì dân. Xét về mặt học thuật, đây là một nguyên tắc nền tảng chi phối toàn bộ các nguyên tắc và quy tắc khác của Hiến pháp. Có thể thấy, bất kể một lực lượng đấu tranh giành chính quyền nào cũng đều nhân danh nhân dân. Chẳng hạn trong cuộc xung đột vũ trang ở Syria hiện nay, cả chính quyền lẫn phe nổi dậy đều nhân danh nhân dân. Điều đó có nghĩa là: chỉ có nhân dân mới có quyền lực thực sự; và tính hợp pháp hay chính đáng của quyền lực chính quyền chỉ có thể có khi

được nhân dân ủy quyền. Bởi vậy, không một chính quyền nào không nói rằng mình được nhân dân ủy quyền. Tuy nhiên chính quyền đó có được ủy quyền thực sự hay không cần phải được xem xét từ thể thức trao quyền và các vấn đề liên quan. Vì vậy việc sửa đổi Hiến pháp lần này ở Việt Nam là một cơ hội quan trọng để củng cố lại vị thế của Đảng và Nhà nước là công bộc của nhân dân.

Chủ quyền nhân dân đặt ra ba vấn đề lớn buộc Hiến pháp phải thể hiện. Đó là: (1) thể thức nhân dân trao quyền lực của mình cho chính quyền (ủy quyền); (2) cơ chế bảo đảm chủ quyền vẫn thuộc về nhân dân; và (3) nền tảng kinh tế, xã hội của chủ quyền nhân dân. Mỗi vấn đề lớn này bao hàm trong nó các tiêu chuẩn cơ bản của Hiến pháp.

Trong vấn đề thể thức nhân dân trao quyền lực của mình cho chính quyền, có các tiêu chuẩn cơ bản sau: *thứ nhất*, Hiến pháp phải được xem là bản văn ủy quyền của nhân dân cho chính quyền, có nghĩa là ban tính hợp pháp cho quyền lực của chính quyền. Nếu Hiến pháp không phải do nhân dân làm ra thì quyền lực của chính quyền không phải là quyền lực được ủy quyền; *thứ hai*, Hiến pháp phải xác định rõ phạm vi của sự ủy quyền bằng cách nêu rõ một số vấn đề lớn của đất nước mà nhân dân vẫn giữ lại để trực tiếp quyết định thông qua phúc quyết toàn dân; *thứ ba*, Hiến pháp phải làm rõ cách thức trao quyền lực của nhân dân cho chính quyền. Cách thức này thường được thể hiện ở quy trình lập hiến mà tại đó bảo đảm cho nhân dân thực hiện quyền lập hiến của mình, và chính quyền được xây dựng trên nền tảng Hiến pháp.

Trong vấn đề cơ chế bảo đảm chủ quyền vẫn thuộc về nhân dân, có các tiêu chuẩn cơ bản sau: *thứ nhất*, Hiến pháp phải đặt ra các giới hạn mà chính quyền không thể vượt qua. Đó là quyền con người; *thứ hai*, Hiến

pháp phải thiết lập rõ ràng một cơ chế bảo đảm hiệu lực của Hiến pháp trên thực tế. Sự vi phạm Hiến pháp của các cơ quan công quyền đều bị xử lý thích đáng; *thứ ba*, Hiến pháp phải bảo đảm cho cơ quan đại biểu của nhân dân phản ánh đúng ý chí, nguyện vọng của nhân dân. Tiêu chuẩn này đòi hỏi Hiến pháp quy định các nguyên tắc cơ bản về bầu cử cơ quan đại biểu của nhân dân, hậu quả chính trị đối với cơ quan này do không tuân thủ Hiến pháp, và hậu quả chính trị đối với đại biểu của nhân dân do không hoàn thành nhiệm vụ đại biểu; *thứ tư*, Hiến pháp phải đặt ra nguyên tắc bãi bỏ sự ủy quyền của nhân dân cho chính quyền thông qua việc làm mới hoặc sửa đổi Hiến pháp.

Trong vấn đề nền tảng kinh tế, xã hội của chủ quyền nhân dân, có các tiêu chuẩn cơ bản sau: *thứ nhất*, Hiến pháp phải bảo đảm quyền sở hữu tư liệu sản xuất của người dân. Đây được xem là nguyên tắc quan trọng nhất để bảo đảm nền tảng kinh tế cho người dân có thể tự sinh sống và thực hiện chủ quyền của mình; *thứ hai*, Hiến pháp phải bảo đảm quyền tự do kinh doanh và chỉ cho phép giới hạn quyền này khi có lý do thật sự chính đáng từ phía cộng đồng và bằng một hình thức thỏa đáng; *thứ ba*, Hiến pháp phải tôn trọng và bảo đảm đa dạng văn hóa và cá tính. Thủ tiêu đa dạng văn hóa và cá tính đồng nghĩa với việc không cho mỗi người phát biểu ý kiến riêng của mình. Như vậy chủ quyền nhân dân mất đi ý nghĩa đích thực của nó là sự thỏa hiệp để sống thống nhất trong đa dạng; *thứ tư*, Hiến pháp phải bảo đảm sự bình đẳng về mọi phương diện của công dân. Sự phân biệt đối xử được xem là sự phân bổ chủ quyền không đồng đều và sự loại bỏ thỏa thuận chung sống. Cần lưu ý rằng sự thỏa thuận hay thỏa hiệp chỉ có thể có được giữa những con người cá biệt và hoàn toàn bình đẳng với nhau.

2.2. Bình luận

Các tiêu chuẩn cơ bản nêu trên chưa được Dự thảo thể hiện đủ và rõ ràng. Do đó việc đánh giá Dự thảo không thể theo hoàn toàn cấu trúc hệ thống của các tiêu chuẩn đó mà chỉ dựa vào đó để đánh giá từng mảng vấn đề lớn của Dự thảo.

2.2.1. Quyền lập hiến

Mặc dù Lời nói đầu của Dự thảo có đề cập tới việc nhân dân Việt Nam xây dựng Hiến pháp, song việc thực hiện quyền lập hiến, và quyền làm Hiến pháp và sửa đổi Hiến pháp vẫn được Dự thảo dành cho Quốc hội lập pháp (Điều 74 và Điều 75, khoản 1 của Dự thảo). Các quy định này của Dự thảo không thể xem là phù hợp với chủ quyền nhân dân. Như vậy toàn bộ quyền bính trong nước đều là của Nhà nước. Nhân dân chỉ có thể được hỏi ý kiến khi Quốc hội quyết định việc trưng cầu ý dân (Điều 75, khoản 15 và Điều 124, khoản 4 của Dự thảo). Ngoài ra Ủy ban dự thảo Hiến pháp cũng có thể “tổ chức lấy ý kiến nhân dân” (Điều 124, khoản 3).

2.2.2. Quyền lực của nhân dân và liên minh giai cấp

Điều 2 của Dự thảo tuyên bố: “Tất cả quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân mà nền tảng là liên minh giữa giai cấp công nhân với giai cấp nông dân và đội ngũ trí thức”. Theo lẽ thường, như trên đã phân tích, Nhà nước tự nó hoàn toàn không có quyền lực hoặc không có quyền lực hợp pháp hay chính đáng. Vì vậy đoạn văn “tất cả quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân” là vô nghĩa và làm cho người đọc cảm giác: nhân dân tự thân họ không có quyền lực, và quyền lực nhà nước bao trùm lên toàn bộ đời sống xã hội. Việc tuyên bố nền tảng nhân dân là “liên minh giữa giai cấp công nhân với giai cấp nông dân và đội ngũ trí thức” như trên là có sự phân biệt giữa những

người dân và gây mâu thuẫn với Điều 13, khoản 1 và Điều 17, khoản 2 của Dự thảo.

Quốc kỳ của Việt Nam (theo Điều 13, khoản 1 của Dự thảo) là cờ đỏ ở giữa có sao vàng năm cánh. Mọi người đều hiểu truyền thống, từ khi xuất hiện, năm cánh sao vàng trên quốc kỳ Việt Nam tượng trưng cho các giai tầng trong xã hội: sĩ, nông, công, thương, binh. Vậy phải chăng sao vàng hiện nay chỉ có ba cánh hoặc có năm cánh không đều nhau? Sự kế tiếp truyền thống phải được giải thích như thế nào? Trong nền kinh tế thị trường, thương nhân có vai trò hết sức quan trọng trong việc phát triển kinh tế, xây dựng đất nước và cạnh tranh với thế giới bên ngoài. Liệu có thể đạt được mục tiêu dân giàu, nước mạnh nếu thiếu đi sự đóng góp của thương nhân? Truyền thống giữ nước và việc bảo vệ biên cương, biên đảo của tổ quốc hiện nay không thể không kể đến các chiến sĩ. Vậy là công bằng nếu không nhắc tới họ?

Điều 17, khoản 2 của Dự thảo tuyên bố “Không ai bị phân biệt đối xử trong đời sống chính trị, dân sự, kinh tế, văn hóa, xã hội”. Thế nhưng Điều 2 của Dự thảo có sự phân biệt rõ ràng về mặt chính trị giữa các giai tầng hay giữa những người dân với nhau bởi tuyên bố về liên minh giai cấp. Việc tuyên bố liên minh giai cấp, về mặt hình thức cho thấy có sự phân bố không đồng đều trong chủ quyền nhân dân. Việc phân bố không đồng đều này gây khó khăn cho thỏa thuận chung sống và tạo dựng chính quyền của nhân dân, cũng như giám sát các hoạt động của chính quyền này. Ở đây cần phải nói thêm rằng: Đảng Cộng sản Việt Nam hiện đã trở thành Đảng của dân tộc Việt Nam (Điều 4, khoản 1 của Dự thảo). Vậy việc phân biệt giai cấp và tuyên bố liên minh giai cấp trong Hiến pháp là không cần thiết. Hãy cố gắng để mọi người dân đoàn kết cùng với sự lãnh đạo của Đảng xây dựng và gìn giữ đất nước!

2.2.3. Quyền con người

Cơ chế bảo đảm chủ quyền vẫn thuộc về nhân dân chưa được Hiến pháp quy định thỏa đáng. Trước hết, quyền con người vẫn có thể là một giới hạn dễ dàng vượt qua bởi chính quyền. Điều 15, khoản 2 của Dự thảo đưa ra các lý do mà quyền con người có thể bị chính quyền hạn chế một cách rất dễ dàng. Khoản này tuyên bố: “Quyền con người, quyền công dân chỉ có thể bị giới hạn trong trường hợp thật cần thiết vì lý do quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, đạo đức, sức khỏe của cộng đồng”. Tuyên bố này thoạt nhìn có vẻ như ủng hộ cho quyền con người, nhưng ngẫm qua là thấy ngay có khuynh hướng tạo điều kiện dễ dãi cho việc hạn chế quyền con người trong bất kể trường hợp nào. Quyền con người xuất phát từ nhân phẩm được sinh ra rất tự nhiên mà không ai có thể trao tặng hay ban cho. Trong Tuyên ngôn Độc lập do Chủ tịch Hồ Chí Minh đọc tại Quảng trường Ba Đình ngày 2/9/1945 có đoạn trích dẫn: “Tất cả mọi người đều sinh ra có quyền bình đẳng. Tạo hóa cho họ những quyền không ai có thể xâm phạm được; trong những quyền ấy, có quyền được sống, quyền tự do và quyền mưu cầu hạnh phúc”.

Các quyền tự nhiên này là đạo đức cao nhất của loài người đã được Chủ tịch Hồ Chí Minh suy rộng ra để đòi hỏi độc lập, tự do cho dân tộc Việt Nam và được thể hiện trong đoạn văn tiếp theo đoạn văn vừa dẫn của Tuyên ngôn Độc lập năm 1945 của Việt Nam. Do đó việc lấy lý do đạo đức để giới hạn các quyền tự nhiên như vậy của con người là thiếu xác đáng. Các lý do khác của Điều 15, khoản 2 của Dự thảo đưa ra đều rất mơ hồ, dễ giải thích theo hướng có lợi cho việc giới hạn quyền con người, chẳng hạn như: lý do trật tự, an toàn xã hội, sức khỏe cộng đồng. Đặc biệt điều khoản này không quy định cơ quan công quyền nào có thẩm quyền giới hạn quyền con người. Việc này

có thể dẫn tới bất kỳ cơ quan công quyền nào cũng có thể đặt ra các giới hạn đối với quyền con người. Phương thức bảo vệ quyền con người quan trọng nhất và hữu hiệu nhất không được Dự thảo đề cập tới. Phương thức đó chính là tố quyền (quyền khởi kiện) hay quyền tự do khởi kiện. Nếu không có các tố quyền và không có sự tiếp nhận các tố quyền về sự vi phạm quyền con người thì người dân không thể tiếp cận được công lý và các vi phạm quyền con người không thể bị loại bỏ. Điều 31, khoản 1 của Dự thảo chỉ đề cập tới “Mọi người có quyền khiếu nại, tố cáo với cơ quan nhà nước có thẩm quyền về những việc làm trái pháp luật của cơ quan, tổ chức, cá nhân”. Quyền tự do khởi kiện và tiếp cận tư pháp không được Dự thảo chú ý.

Theo kinh nghiệm của Thụy Sĩ, có sáu vấn đề trọng yếu liên quan tới hiệu lực thực sự của quyền con người: (1) tòa án độc lập; (2) quyền tiếp cận tòa án; (3) tính chính đáng của các quyền; (4) sự phân biệt giữa quyền, nghĩa vụ và mục tiêu xã hội; (5) sự tôn trọng và bảo đảm của mọi cơ quan công quyền đối với các quyền; và (6) sự hạn chế hợp lý các quyền. Theo kinh nghiệm này, có một câu tổng kết quan trọng là “luật không phải sinh ra để hạn chế các quyền con người”². Thực tế các vấn đề này đều được thể hiện rất rõ trong Hiến pháp năm 2002 của Thụy Sĩ.

Bản chất thực sự của quyền con người hay quyền tự do là sự lựa chọn. Đi liền với sự lựa chọn này là quyền phản kháng lại sự ngăn cản lựa chọn. Điều đó có nghĩa là: việc tước đi quyền khởi kiện sự vi phạm quyền tự do đồng nghĩa với việc không có quyền tự do. Vì vậy việc quy định quyền tự do khởi kiện và cơ chế tiếp nhận khởi kiện là một

phương thức quan trọng để bảo đảm quyền con người và quyền công dân.

Các quy định tại Chương II của Dự thảo đã không có sự tách bạch giữa quyền với nghĩa vụ và với mục tiêu xã hội. Việc thiếu tách bạch này có lẽ xuất phát từ sự hiểu sai về bản chất của Hiến pháp. Kể từ khi ra đời cho đến giờ, hiến pháp nói chung đều được xem là một đạo luật ràng buộc chính quyền (tạo lập và giới hạn quyền lực của chính quyền), chứ không phải một đạo luật ràng buộc trực tiếp công dân. Do đó tuyên bố “Quyền công dân không tách rời nghĩa vụ công dân” là vô nghĩa và thiếu thỏa đáng. Hiến pháp năm 1946 của Việt Nam chỉ quy định ba nghĩa vụ cơ bản của công dân được dồn nén vào Điều thứ 4, bao gồm: Bảo vệ Tổ quốc; tôn trọng Hiến pháp; và tuân theo pháp luật. Trong khi đó Hiến pháp này có tới mười một điều (từ Điều thứ 6 tới Điều thứ 16) quy định về quyền lợi của cơ bản của công dân.

2.2.4. Hội đồng Hiến pháp

Thông thường quyền con người được bảo vệ bằng cơ chế bảo đảm thi hành nghiêm chỉnh Hiến pháp. Thế nhưng Hội đồng Hiến pháp được quy định tại Điều 120 của Dự thảo không thể có khả năng bảo đảm cho việc thi hành nghiêm chỉnh Hiến pháp. Như vậy chủ quyền nhân dân, quyền con người khó có khả năng được bảo vệ tránh khỏi những xâm hại. Hội đồng Hiến pháp theo Dự thảo hầu như là một cơ quan chỉ có chức năng phát hiện và cảnh báo các vi phạm Hiến pháp. Bản thân cơ quan này lại bị phụ thuộc và bị giám sát bởi chính đối tượng của hoạt động kiểm tra của nó, mà đối tượng đó là Quốc hội (Điều 75, khoản 2 và khoản 7 của Dự thảo). Hội đồng này không được Dự thảo “ban tặng” nguyên tắc hoạt

2 Bài giảng của các giáo sư Đại học Luzern, Thụy Sĩ cho các giáo sư và giảng viên của Đại học Quốc gia Hà Nội, Viện Hàn lâm khoa học xã hội Việt Nam, Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh vào ngày 27/9/2012 tại Đại học Luzern, Thụy Sĩ.

động độc lập và chỉ tuân theo Hiến pháp và pháp luật - một nguyên tắc không thể thiếu trong việc làm cho Hiến pháp có hiệu lực trên thực tế.

2.2.5. Cơ quan đại biểu của nhân dân

Dự thảo tuyên bố: “Quốc hội là cơ quan đại biểu cao nhất của nhân dân” (Điều 74), có nghĩa là Quốc hội được nhân dân ủy quyền thay mặt nhân dân thi hành quyền lực của nhân dân. Thế nhưng Dự thảo lại quy định “Quốc hội thực hiện quyền lập hiến” (Điều 74 của Dự thảo), có nghĩa là Quốc hội tự thảo văn bản ủy quyền và cấp hiệu lực cho nó bằng việc thông qua Hiến pháp (Điều 124, khoản 4 của Dự thảo). Vì tự mình ủy quyền cho mình nên các nguyên tắc cơ bản về bầu cử và cơ chế giải tán Quốc hội và bãi miễn đại biểu Quốc hội không được đặt ra trong Dự thảo.

2.2.6. Quyền tư hữu và quyền tự do kinh doanh

Dự thảo đã rất tiên bộ bởi việc khẳng định quyền tư hữu tư liệu sản xuất và quyền tự do kinh doanh, đồng thời tuyên bố bảo hộ các quyền đó (Điều 33 và Điều 34). Tuy nhiên đất đai vẫn thuộc toàn quyền của Nhà nước theo quy định tại các Điều 57 và Điều 58 của Dự thảo. Từ thời La Mã cổ đại người ta có một cách phân chia tài sản thành: (1) Tài sản chung (res communes) là những tài sản mà không ai có thể chiếm hữu làm của riêng như không khí, biển, nước chảy...; (2) tài sản công (res publicae) là những tài sản thuộc nhà nước như đường xá, cầu, cống công cộng...; và (3) tài sản tư là những tài sản thuộc sở hữu tư nhân³. Các phân loại này còn được giữ lại trong các Bộ luật Dân sự hiện đại, kể cả Bộ luật Dân sự Louisiana (Hoa Kỳ). Điều 57 của Dự thảo tuyên bố

“Đất đai, tài nguyên nước, khoáng sản và tài nguyên thiên nhiên khác, nguồn lợi vùng biển, thềm lục địa, vùng trời và các tài sản khác do Nhà nước đầu tư, quản lý là tài sản công thuộc sở hữu toàn dân do Nhà nước đại diện chủ sở hữu và thống nhất quản lý theo quy định của pháp luật”. Tuyên bố này có mấy vấn đề phải bàn: *Thứ nhất*, không biết có hữu ý hay không, Dự thảo đã nhầm lẫn giữa tài sản chung và tài sản công; *thứ hai*, khi liệt kê các tài sản, Dự thảo đã không chú ý tới không gian ba chiều của quyền sở hữu đối với đất đai, do đó không nhắc tới lòng đất, trong khi nhắc tới vùng trời và đáy biển (sự thiếu chú ý này đã xuất hiện ở Điều 1 của Dự thảo khi nói về chủ quyền quốc gia); và *thứ ba*, Dự thảo thể hiện Nhà nước coi mình là đại diện chủ sở hữu đối với tài sản thuộc sở hữu toàn dân bởi Hiến pháp do Nhà nước (cụ thể là Quốc hội) làm ra.

2.2.7. Văn hóa và cá tính

Dự thảo thừa nhận sự đa dạng văn hóa thông qua tuyên ngôn “bảo tồn, kế thừa và phát huy những giá trị văn hóa của các dân tộc Việt Nam” (Điều 64). Tuy nhiên, sự thừa nhận này thiếu tính chất pháp lý bởi các khoản từ 1 tới 3, Điều 64 của Dự thảo mang nặng tính tuyên ngôn về tư tưởng, đường lối. Việc tôn trọng cá tính không được đặt ra trực tiếp trong Dự thảo, nhưng nhẽ ra có thể được hiểu thông qua việc giải thích các Điều liên quan tới quyền con người và quyền công dân.

2.3. Kiến nghị

Xét tổng thể, có thể thấy Dự thảo chưa xác định được mô hình Hiến pháp và thiếu tính logic nghiêm trọng trong việc thể hiện các tư tưởng lớn của Hiến pháp. Do đó kiến nghị sửa chữa cụ thể vào các điều khoản của

³ Andrew Borkowski & Paul du Plessis, *Textbook on Roman Law, Third Edition, Oxford University Press, 2005, p. 154*



Tiến vào Dinh Độc lập

Dự thảo theo các tiêu chuẩn cơ bản nói trên của Hiến pháp liên quan tới chủ quyền nhân dân khó hơn là viết lại Dự thảo. Việc đưa ra những kiến nghị lớn có tính nguyên tắc có lẽ là một việc làm phù hợp nhất trong phạm vi của một bài viết.

Kiến nghị lớn thứ nhất: Dự thảo nên lược bỏ chức năng thực hiện quyền lập hiến và quyền làm Hiến pháp và sửa đổi Hiến pháp của Quốc hội, đồng thời quy định các nguyên tắc cơ bản về quy trình lập hiến của nhân dân.

Kiến nghị lớn thứ hai: Điều 2 của Dự thảo cần khẳng định “Tất cả quyền lực là của nhân dân”, đồng thời lược bỏ tuyên bố về liên minh giai cấp. Vì vậy Điều 2 nên được viết lại như sau:

“Việt Nam là nước cộng hòa xã hội chủ nghĩa. Tất cả quyền lực trong nước là của nhân dân.

Nhà nước pháp quyền và dân chủ là các nguyên tắc tổ chức và hoạt động của Nhà nước”.

Kiến nghị lớn thứ ba: Dù muốn hay không thì khi xem xét sự vi hiến, Hội đồng

Hiến pháp vẫn phải giải thích các nguyên tắc và quy tắc của Hiến pháp. Do đó, Dự thảo nên xác định Hội đồng Hiến pháp có chức năng giải thích Hiến pháp, đồng thời quy định nguyên tắc hoạt động của Hội đồng Hiến pháp là độc lập và chỉ tuân theo Hiến pháp và pháp luật. Dự thảo cần loại bỏ việc giám sát của Quốc hội đối với Hội đồng Hiến pháp và loại bỏ việc buộc Chủ tịch Hội đồng Hiến pháp phải báo cáo trước Quốc hội.

Kiến nghị lớn thứ tư: Dự thảo cần khẳng định nhân phẩm và xác định quyền con người chỉ có thể bị giới hạn bởi luật và vì lý do trật tự công cộng, đồng thời quy định quyền tự do khởi kiện và cơ chế tiếp nhận quyền khởi kiện liên quan tới quyền con người.

Kiến nghị lớn thứ năm: Dự thảo nên xác lập các nguyên tắc chủ yếu về giải tán Quốc hội và bãi miễn đại biểu Quốc hội.

Kiến nghị lớn thứ sáu: Dự thảo nên xem xét lại các quy định về quyền sở hữu đất đai theo hướng cho tư nhân sở hữu hạn chế đối với đất đai, và loại bỏ sự nhầm lẫn giữa tài sản chung và tài sản công ■

NHỮNG KIẾN NGHỊ SỬA ĐỔI, BỔ SUNG HIẾN PHÁP NĂM 1992 VỀ QUỐC HỘI

BÙI NGỌC THANH*

Về hình thức và kỹ thuật lập hiến, ở Hiến pháp hiện hành, Quốc hội thuộc chế định thứ sáu, theo thứ tự là Chương VI, gồm 18 điều (từ Điều 83 đến Điều 100). Dự thảo sửa đổi, bổ sung Hiến pháp 1992 lần này (Dự thảo), Quốc hội thuộc chế định thứ năm, được xếp ở Chương V, gồm 17 điều (từ Điều 74 đến Điều 90), trong đó gộp Điều 88 và 93 cũ thành một điều mới là Điều 90, Dự thảo bỏ hẳn Điều 89 cũ, thêm một điều mới là Điều 83.

Dưới đây, chúng tôi kiến nghị một vài sửa đổi, bổ sung trong Dự thảo.

1- Điều 74 (sửa đổi, bổ sung Điều 83) nói về vị trí, vai trò của Quốc hội:

Có một nội dung thay đổi cơ bản, đó là: “Quốc hội là cơ quan duy nhất có quyền lập hiến và lập pháp” được sửa đổi, bổ sung thành “Quốc hội thực hiện quyền lập hiến, quyền lập pháp...”. Việc thay đổi từ “cơ quan duy nhất có quyền” thành cơ quan “thực hiện quyền lập hiến, lập pháp” trước hết là sự thay đổi về chất. Nếu nói “duy nhất có quyền”, thì sẽ có người hiểu là “độc quyền” và đặt vấn đề, với 500 đại biểu Quốc hội đại diện cho toàn dân (tám, chín chục triệu người trong cả nước), liệu duy nhất một mình Quốc hội có thể xây dựng được “đạo luật gốc” và các đạo luật khác có chất lượng thật sự không? Trên thực tế, Hiến pháp cũng như các đạo luật khác, nếu được

hiều người, nhiều cơ quan, tổ chức, đoàn thể và cá nhân đứng trên các góc độ khác nhau, với góc nhìn khác nhau, đóng góp các ý kiến đa chiều, nhiều phía và được tập hợp, chắt lọc lại như một lăng kính hội tụ, thì chắc chắn chất lượng sẽ cao hơn nhiều. Đó cũng chính là cách thức chúng ta đã và đang tiến hành đối với việc sửa đổi, bổ sung Hiến pháp và một số đạo luật quan trọng hiện nay. Thứ hai là sự thay đổi về phạm vi - mức độ cho đúng với thực tiễn đang diễn ra. Một đạo luật từ lúc “tạo hình” cho đến khi “ra lò”, theo Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2008 thì phải trải qua 6 công đoạn lớn: đưa vào Chương trình xây dựng luật (1); soạn thảo luật (2); thẩm tra dự án luật (3); Ủy ban thường vụ Quốc hội (UBTVQH) xem xét cho ý kiến (4); thảo luận, tiếp thu, chỉnh lý, thông qua (5); công

* TS. Nguyên Chủ nhiệm Văn phòng Quốc hội



bổ luật (6). Quốc hội tham gia và chịu trách nhiệm tất cả, nhưng thao tác trực tiếp, chủ yếu ở 3 công đoạn quan trọng ở giữa là (3), (4) và (5). Tuy nhiên trong 3 công đoạn đó, các chủ thể trình dự án luật, đặc biệt là Chính phủ (có tới gần 90% các dự án luật được trình ra Quốc hội) đều đã phải tham gia tận lực. Cũng cần phải nói thêm rằng, trước khi trình Quốc hội, Ban soạn thảo đã phải lấy ý kiến các đối tượng được luật điều chỉnh và đối tượng được áp dụng hoặc toàn thể nhân dân (tùy theo từng đạo luật); để phục vụ công tác thẩm tra thì cơ quan thẩm tra cũng thu thập ý kiến tương tự qua các đợt khảo sát, các cuộc giám sát. Như vậy trên thực tế đâu có phải “Quốc hội là cơ quan duy nhất có quyền lập hiến, lập pháp” mà rất nhiều cơ quan, đoàn thể, tổ chức, đơn vị và cá nhân (từ người dân đến các nhà khoa học) đều tham gia, thậm chí tham gia ngay từ đầu. Bởi vậy việc *sửa đổi như Dự thảo là hợp tình, hợp lý, đúng với thực tế khách quan.*

2- Điều 75 (sửa đổi, bổ sung Điều 84):

Điều này quy định nhiệm vụ, quyền hạn của Quốc hội. Điều 84 cũ quy định Quốc hội có 14 nhiệm vụ, quyền hạn (thể hiện trong 14 khoản); còn theo Điều 75 mới của Dự thảo thì Quốc hội có 15 nhiệm vụ, quyền hạn (thể hiện trong 15 khoản). Do có thêm

một nhiệm vụ (một khoản) và khoản này xếp thứ tự là thứ 8 nên từ khoản thứ 9 trở đi lùi xuống một số (khoản 8 cũ là khoản 9 mới... cho đến khoản 14 cũ là khoản 15 mới). Về nội dung, có một số điểm sửa đổi, bổ sung quan trọng, đáng quan tâm:

- Khoản 1, so với khoản 1 cũ thì Quốc hội không còn nhiệm vụ, quyền hạn “quyết định chương trình xây dựng luật, pháp lệnh”. Theo chúng tôi, không nên bỏ nhiệm vụ, quyền hạn này vì trên thực tế, từ Quốc hội khóa IX đến nay, chưa có khóa nào hay năm nào không phải sửa đổi chương trình xây dựng luật, pháp lệnh. Từ đó, vô hình chung, đã hình thành “tính tự do” trong việc thực hiện chương trình (thấy cần thì thêm dự án, thấy không làm được thì rút khỏi chương trình), ảnh hưởng xấu đến phong cách làm việc của Quốc hội. Để nâng cao tinh thần trách nhiệm của các chủ thể có quyền trình dự án luật và các Ban soạn thảo dự án, để bảo đảm tính chất ổn định của chương trình và tính nghiêm túc trong việc thực thi nhiệm vụ, quyền hạn của Quốc hội về việc này thì nên có quy định lại nhiệm vụ, quyền hạn, Quốc hội “quyết định chương trình xây dựng luật, pháp lệnh” hằng năm và toàn khóa.

- Khoản 4 có vấn đề mới bổ sung cần quan tâm là, Quốc hội *quyết định mức giới hạn an toàn nợ quốc gia, nợ công, nợ Chính*

phủ. Đây là nhiệm vụ, quyền hạn rất mới, có thể đặt vấn đề, vì sao Quốc hội phải quyết định mức giới hạn các loại nợ trên? Lấy nợ công làm ví dụ để lý giải điều này: hiện các nước trên thế giới đang lâm vào tình trạng khủng hoảng nợ công là những nước có tỷ lệ nợ công so với tổng sản phẩm trong nước hay là tổng sản phẩm quốc nội (GDP) ở mức quá cao (năm 2011 Hy Lạp là 159%; Bồ Đào Nha 125%; Ai Len 129%...) mà nguyên nhân chủ yếu là sử dụng nợ không hợp lý, kém hiệu quả và quản lý không chặt chẽ. Theo Cổng thông tin của Bộ Tài chính tuần thứ ba tháng Giêng năm 2013 thì *Bản tin nợ công Việt Nam* tới đây sẽ công khai toàn bộ nợ công. Cũng theo Bản tin này, tính đến 31/12/2012, nợ công của nước ta xấp xỉ 1,4 triệu tỷ đồng, bằng 54,9% GDP. Các nhà khoa học tài chính đã tính toán, với tốc độ tăng nợ công hằng năm trên 15% như những năm qua, nếu không được khống chế thì với tốc độ này, đến hết nhiệm kỳ (2011- 2016), nợ công nước ta sẽ vượt 100% GDP - con số dẫn đến nguy cơ khủng hoảng. Do đó, Quốc hội phải quyết định *mức giới hạn nợ quốc gia, nợ công, nợ chính phủ* là quy định mới, đúng đắn, hợp lý (nợ công chỉ là một bộ phận của nợ quốc gia; nợ công bao gồm nợ Chính phủ, nợ được Chính phủ bảo lãnh và nợ chính quyền địa phương).

- Khoản 8 có sửa đổi, bổ sung: “Lấy phiếu tín nhiệm, bỏ phiếu tín nhiệm đối với người giữ chức vụ do Quốc hội bầu hoặc phê chuẩn”. Lấy phiếu tín nhiệm là việc được bổ sung vào nhiệm vụ, quyền hạn thứ 7 (cũ) trong lần sửa đổi, bổ sung Hiến pháp năm 2001. Bổ sung này là một sự tiến bộ về giám sát, kiểm soát quyền lực, nhưng rất tiếc, từ khi bổ sung đến nay vẫn chưa được thực hiện. Nay việc này trở nên cấp bách, không thể không thực hiện. Vì thế, Quốc hội khóa XIII, kỳ họp thứ 4 đã thông qua Nghị quyết số 35/QH12 ngày 21/11/2012 về *lấy phiếu tín nhiệm, bỏ phiếu tín nhiệm đối với*

người do Quốc hội bầu hoặc phê chuẩn. Dự thảo sửa đổi, bổ sung Hiến pháp lần này từ “một chi tiết” nâng lên thành “một nhiệm vụ, quyền hạn” ngang hàng với các nhiệm vụ, quyền hạn khác của Quốc hội. Chỉ có khác là, có hai cấp độ, cấp độ một là lấy phiếu tín nhiệm (có tính chất đánh giá, thăm dò); nếu hai lần bị tín nhiệm thấp hoặc một lần mà có tới trên 2/3 số đại biểu không tín nhiệm thì mới tiến hành cấp độ 2 là bỏ phiếu tín nhiệm (để miễn nhiệm, bãi nhiệm hoặc phải từ chức).

Vì là lần đầu tiên thực hiện, để cho chắc chắn và để rút kinh nghiệm thì việc chia làm hai cấp độ cũng có phần hợp lý của nó (dự lệnh rồi mới động lệnh). Tuy nhiên cũng có mặt trái của nó, đó là duy trì sự yếu kém quá lâu, tạo ra sự trì trệ trong công việc, bởi mỗi năm chỉ thực hiện có một lần. Thực tiễn cho thấy, vào công việc mới, chỉ một quý hay nửa năm là người giữ chức vụ đó có thể bộc lộ được khả năng, trình độ và mọi người cũng có thể nhận biết được người giữ chức vụ đó có xứng đáng được nhiệm vụ hay không. Thường một người đã yếu kém, đã được “đặt ngòi nhằm ghé rồi” thì không chắc năm sau, năm sau nữa có khả dĩ hơn không. Rất có thể trong thời gian đó, “anh ta” lại có nhiều thủ đoạn, mưu mẹo, kể cả việc tính toán thu vén cho việc rời ghế. Vì vậy, có lẽ chỉ nên quy định một cấp độ như Hiến pháp hiện hành là “bỏ phiếu tín nhiệm” thì hay hơn, kịp thời hơn, mang tính thúc đẩy hơn và “răn đe” hơn.

- Khoản 14 (khoản 13 cũ), khoản này cũng liên quan đến việc bổ sung và làm rõ hơn thẩm quyền của Chủ tịch nước (tại khoản 6, Điều 93) trong việc quyết định đàm phán, ký kết điều ước quốc tế nhân danh Nhà nước; trình Quốc hội phê chuẩn điều ước quốc tế hoặc quyết định phê chuẩn, gia nhập điều ước quốc tế theo thẩm quyền do Quốc hội quy định. Việc sửa đổi, bổ sung nhiệm vụ, quyền hạn của Chủ tịch nước

không thuộc phạm vi chuyên đề này đang bàn, nhưng có liên quan đến nhiệm vụ, quyền hạn của Quốc hội. Riêng khoản 6, Điều 93 của Dự thảo về cơ bản là phù hợp với yêu cầu cải cách tư pháp. Trước đây, quy định Quốc hội “... phê chuẩn hoặc bãi bỏ điều ước quốc tế do Chủ tịch nước trực tiếp ký; phê chuẩn hoặc bãi bỏ các điều ước quốc tế khác đã được ký kết hoặc gia nhập theo đề nghị của Chủ tịch nước”. Nay trên cơ sở khoản 6 Điều 93, khoản 14 mới của Điều 75 được sửa đổi, bổ sung lại là Quốc hội “... phê chuẩn hoặc bãi bỏ điều ước quốc tế về chiến tranh và hòa bình, các vấn đề liên quan đến chủ quyền quốc gia, quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân, tư cách thành viên của Việt Nam tại các tổ chức quốc tế và khu vực, thương mại quốc tế”. Sửa đổi, bổ sung này là hoàn toàn cần thiết vì hai lý do cơ bản sau đây: *Một là*, có những vấn đề cực kỳ to lớn, đại sự như chiến tranh và hòa bình, như chủ quyền quốc gia, quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân mà Điều 84 Hiến pháp 1992 chưa nói cụ thể, nay trong điều kiện Cương lĩnh xây dựng đất nước trong thời kỳ quá độ lên chủ nghĩa xã hội (bổ sung, phát triển năm 2011) của Đảng đã chỉ rõ “bối cảnh quốc tế có những biến đổi to lớn và sâu sắc”, thậm chí là biến đổi khôn lường, thì những điều ước quốc tế (trực tiếp hoặc có liên quan) về những vấn đề trọng đại đó không thể không do Quốc hội xem xét có phê chuẩn hay không phê chuẩn. Bởi vậy, đây là nhiệm vụ, quyền hạn rất xác đáng của Quốc hội. *Hai là*, sau năm 1992, nước ta đã tham gia nhiều tổ chức quốc tế như ASEAN, ASEM, APEC, WTO và nhiều tổ chức của Liên hiệp quốc như UNDP, UNFPA, UNESCO),... Và tới đây chắc chắn nước ta còn tham gia những tổ chức quốc tế khác. Việc Quốc hội xem xét có nên tham gia tổ chức này hay tổ chức khác với tư cách gì cũng là cần thiết nhằm bảo vệ lợi ích quốc gia, dân tộc, vì một nước Việt Nam xã hội chủ nghĩa

giàu mạnh. Mặt khác, chúng ta cũng đã tuyên bố, Việt Nam “là bạn, đối tác tin cậy và thành viên có trách nhiệm trong cộng đồng quốc tế” (Văn kiện Đại hội XI của Đảng, trang 234). Bởi vậy, Quốc hội xem xét phê chuẩn là đúng tầm nhiệm vụ, quyền hạn của Quốc hội (như đã phê chuẩn Việt Nam gia nhập WTO năm 2007).

- Khoản 15 (khoản 14 cũ), không thay đổi nội dung, đó là Quốc hội “Quyết định trưng cầu ý dân”. Tuy nhiên ở Điều 124 (sửa đổi, bổ sung Điều 147), ở khoản 4 có quy định “Việc trưng cầu ý dân về Hiến pháp do Quốc hội quyết định”. Theo quan sát của chúng tôi thì có một số ý kiến còn băn khoăn với quy định này vì trưng cầu ý dân hay bỏ phiếu toàn dân là một cuộc bỏ phiếu trực tiếp, trong đó tất cả các cử tri phải thể hiện chính kiến của mình “đồng ý” hay “phủ quyết” một vấn đề liên quan đến toàn dân, đến sự phát triển của đất nước, thậm chí là vận mệnh quốc gia; xây dựng Hiến pháp là một vấn đề đặc biệt quan trọng như thế, do đó nên quy định trực tiếp, dứt khoát: Hiến pháp được làm ra, phải được trưng cầu ý dân thay vì phải được Quốc hội quyết định rồi mới trưng cầu ý dân.

3- Điều 79 (sửa đổi, bổ sung Điều 91):

Đây là điều quy định nhiệm vụ, quyền hạn của UBTVQH. Cả Hiến pháp năm 1992 và Dự thảo sửa đổi, bổ sung lần này đều quy định UBTVQH có 11 nhiệm vụ, quyền hạn, nhưng về nội dung thì có những sửa đổi, bổ sung cần quan tâm:

- Khoản 5 mới, quy định khái quát hơn. Nhưng có một vấn đề cần được bàn thêm là từ Quốc hội khóa XI đến nay, UBTVQH đã thành lập một số cơ quan trực thuộc, nhưng trong Dự thảo, Điều này, khoản này lại không quy định sự lãnh đạo của UBTVQH đối với các cơ quan đó. Xin đề nghị quy định bổ sung vào Điều này, ngay tại khoản này và viết lại trong Dự thảo như sau: “5-

Lãnh đạo công tác của Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban của Quốc hội và các cơ quan trực thuộc UBTVQH”. Đồng thời, cũng từ Quốc hội khóa XI đến nay, một số cơ quan của UBTVQH đã được thành lập và có cơ quan đã bị giải thể (Ban Công tác lập pháp), do đó phải nghiên cứu, bổ sung một khoản (một nhiệm vụ, quyền hạn) của UBTVQH về việc này. Xin được dự thảo về khoản này như sau: “Việc thành lập, giải thể, nâng cấp, đổi tên các cơ quan của UBTVQH do UBTVQH quyết định”. Khoản này có thể đặt ở vị trí thứ 7 hoặc thứ 8. Như vậy UBTVQH sẽ có 12 nhiệm vụ, quyền hạn thay vì chỉ có 11 như Dự thảo.

- Khoản 7 là hoàn toàn mới, “Quyết định thành lập mới, nhập, chia, điều chỉnh địa giới đơn vị hành chính dưới tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương”. Việc này trước đây thuộc nhiệm vụ, quyền hạn của Chính phủ. Qua thực thi cho thấy, có ít nhất hai tình huống không hợp lý. Thứ nhất, cùng là thành lập, chia tách, sáp nhập, điều chỉnh địa giới đơn vị hành chính mà một phần việc này do cơ quan lập pháp (Quốc hội) thực hiện, phần còn lại do cơ quan hành pháp (Chính phủ) tiến hành. Thứ hai là, do bất hợp lý trên mà có những việc cụ thể rất khó giải quyết như điều chỉnh địa giới hành chính huyện H của tỉnh T, nhưng huyện H lại giáp với tỉnh B (tức là vừa điều chỉnh địa giới hành chính huyện, đồng thời phải điều chỉnh địa giới hành chính tỉnh, nếu Chính phủ làm thì vướng về địa giới hành chính tỉnh, nếu Quốc hội làm thì lại trùng đẫm lên việc của Chính phủ là điều chỉnh địa giới hành chính huyện, nên sẽ xảy ra tình trạng lập pháp và hành pháp “đụng độ nhau”). Chính vì vậy, phải quy về một mối và có sự phân cấp: Quốc hội xử lý công việc đối với tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương, còn UBTVQH xử lý các đơn vị cấp huyện và báo cáo với Quốc hội. Sửa đổi này là hợp lý và chặt chẽ.

Rà soát và đối chiếu với các Điều 80 và 81 của Dự thảo cho thấy, UBTVQH được giao thêm nhiệm vụ, quyền hạn *phê chuẩn các Phó Chủ tịch Hội đồng dân tộc và các Ủy viên Hội đồng, phê chuẩn các Phó Chủ nhiệm và các Ủy viên các Ủy ban của Quốc hội* nhưng không ghi vào phần quy định về nhiệm vụ, quyền hạn của UBTVQH. Để bổ sung nhiệm vụ, quyền hạn này, có thể có hai phương án: phương án một là nối vào khoản 1 một đoạn và viết lại khoản 1 như sau, “1. Tổ chức việc chuẩn bị, triệu tập và chủ trì các kỳ họp Quốc hội; *phê chuẩn Phó Chủ tịch Hội đồng dân tộc và các Ủy viên Hội đồng, phê chuẩn Phó Chủ nhiệm và Ủy viên các Ủy ban của Quốc hội*”. Phương án hai là thêm hẳn một khoản (tức là một nhiệm vụ, quyền hạn độc lập với các khoản khác), có thể đặt ở vị trí số 2 (khoản 2) và lùi số thứ tự các khoản tiếp theo. Chúng tôi thiên về phương án hai, vì các chức vụ này rất quan trọng trong Quốc hội, trong Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban và nhiều người giữ các chức vụ đó. Nếu theo phương án này, UBTVQH sẽ có 13 nhiệm vụ, quyền hạn.

4- Điều 80 (sửa đổi, bổ sung Điều 94) quy định về Hội đồng Dân tộc; Điều 81 (sửa đổi, bổ sung Điều 95) quy định về các Ủy ban của Quốc hội:

Từ tính chất hoạt động của Quốc hội và yêu cầu của công tác cán bộ, dự thảo hai điều trên cần có sự đổi mới theo sự phân cấp quản lý cán bộ. Quốc hội chỉ bầu Chủ tịch Hội đồng Dân tộc và Chủ nhiệm các Ủy ban; còn Phó Chủ tịch Hội đồng Dân tộc, Phó Chủ nhiệm các Ủy ban và các Ủy viên Hội đồng, Ủy viên Ủy ban do UBTVQH phê chuẩn. Theo chúng tôi, phân cấp như thế là hợp lý, tương đồng với công tác quản lý cán bộ của Đảng (Bộ trưởng và tương đương thì do Bộ Chính trị quản lý, Thứ trưởng và tương đương thì do Ban Bí thư quản lý), song cũng phải tính đến thực tế quy trình tiến hành công việc này, ai giới

thiệu Phó Chủ tịch Hội đồng Dân tộc và các Ủy viên của Hội đồng cũng như Phó Chủ nhiệm các Ủy ban và các Ủy viên Ủy ban (trước đây do UBTVQH giới thiệu). Nếu sửa đổi, bổ sung này được chấp thuận thì khi xây dựng Luật Tổ chức Quốc hội (mới) phải cụ thể hóa việc này.

Ở Điều 81 (sửa đổi, bổ sung Điều 95) có một vài chi tiết cần lưu ý là: bỏ đoạn bốn của Điều 95 cũ, nghĩa là ở khoản 2 Điều 81 không còn quy định Ủy ban “trình Quốc hội, UBTVQH ý kiến về chương trình xây dựng luật, pháp lệnh”, vì ở Điều 75 đã quy định nhiệm vụ, quyền hạn của Quốc hội, dự kiến bỏ nhiệm vụ Quốc hội *quyết định chương trình xây dựng luật, pháp lệnh* nên các Ủy ban cũng không phải trình nữa. Tuy nhiên, như trên chúng tôi đã kiến nghị, nên giữ lại nhiệm vụ “Quốc hội quyết định chương trình xây dựng luật, pháp lệnh”. Nếu kiến nghị đó được chấp thuận thì phải ghi nhiệm vụ trình ý kiến về chương trình xây dựng luật, pháp lệnh cho Hội đồng Dân tộc và các Ủy ban của Quốc hội. Thứ hai, ở Điều này có thêm khoản 3 “Việc thành lập, giải thể các Ủy ban do Quốc hội quyết định”, vì vậy, Dự thảo nên quy định thành một nhiệm vụ, quyền hạn của Quốc hội tại Điều 75 hơn là đề ở Điều 8.

5- Điều 90 (sửa đổi, bổ sung Điều 88 và Điều 93):

Khoản 2 ghi “2. Luật, nghị quyết của Quốc hội, pháp lệnh, nghị quyết của UBTVQH phải được công bố chậm nhất là *mười lăm ngày*, kể từ ngày được thông qua”. Thực tế thực hiện có không ít trường hợp bị vi phạm quy định này (quá thời hạn 15 ngày). Ví dụ, các luật được thông qua tại kỳ họp thứ 3 Quốc hội khóa XIII được công bố làm hai đợt, đợt một vào ngày 26 tháng 7, chậm 11 ngày so với ngày biểu quyết thông qua, đợt hai chậm 15 ngày (gấp đôi thời gian

hiển định). Có tình trạng này là do sau kỳ họp Quốc hội, sau phiên họp của UBTVQH, các cơ quan hữu quan mới tiến hành các thủ tục công bố (hoàn thiện văn bản, có đủ chữ ký của 5 nơi và ký chứng thực của Chủ tịch Quốc hội, chuyển sang Chủ tịch nước, tiếp tục các thủ tục ở Văn phòng Chủ tịch nước). Vì vậy xin đề nghị lấy mốc thời gian công bố các văn bản trên *kể từ ngày bế mạc kỳ họp Quốc hội hoặc từ ngày kết thúc phiên họp của UBTVQH* thay vì *kể từ ngày được thông qua* để có đủ thời gian làm các thủ tục, phù hợp với thực tế.

6- Ngoài các chủ thể đã được đề cập trong Hiến pháp năm 1992 và Dự thảo sửa đổi bổ sung lần này như Quốc hội, UBTVQH, Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban của Quốc hội, đại biểu Quốc hội, còn một chủ thể quan trọng và ngày càng quan trọng hơn, đó là Đoàn đại biểu Quốc hội (của tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương), chưa được nói tới ở chế định về Quốc hội trong Hiến pháp. Đề nghị nên có một điều riêng hoặc một khoản trong Điều 84 của Dự thảo. Xin được “thiết kế” như sau: “Các đại biểu Quốc hội trong một tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương hợp thành Đoàn đại biểu Quốc hội; Đoàn đại biểu Quốc hội có Trưởng đoàn và có thể có Phó đoàn”. Có một lưu ý nhỏ, phải ghi là: *các đại biểu Quốc hội trong một tỉnh...* chứ không phải *được bầu trong một tỉnh...* vì các khóa Quốc hội vừa qua, có đại biểu được bầu ở tỉnh, thành phố này, nhưng sau đó lại được điều động sang công tác ở tỉnh, thành phố khác, phải chuyển cả hoạt động Quốc hội sang Đoàn khác. Trong hai phương án, chúng tôi thiên về phương án để thành một Điều (một thiết chế) cho xứng tầm■

VỀ ĐIỀU 31 DỰ THẢO SỬA ĐỔI HIẾN PHÁP 1992

BÙI THỊ ĐÀO*

Điều 31 Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992 (Dự thảo) quy định: “1. Mọi người có quyền khiếu nại, quyền tố cáo với cơ quan Nhà nước (CQNN) có thẩm quyền về những việc làm trái pháp luật của cơ quan, tổ chức, cá nhân. 2. Cơ quan, tổ chức, cá nhân có thẩm quyền phải tiếp nhận, giải quyết khiếu nại, tố cáo (KNTC). Người bị thiệt hại có quyền được bồi thường về vật chất, tinh thần và phục hồi danh dự theo quy định của pháp luật. 3. Nghiêm cấm việc trả thù người KNTC hoặc lợi dụng quyền KNTC để vu khống, vu cáo làm hại người khác”. Đây là quy định sửa đổi, bổ sung Điều 74 Hiến pháp 1992 “Công dân có quyền khiếu nại, quyền tố cáo với CQNN có thẩm quyền về những việc làm trái pháp luật của CQNN, tổ chức kinh tế, tổ chức xã hội, đơn vị vũ trang nhân dân hoặc bất cứ cá nhân nào. Việc KNTC phải được CQNN xem xét và giải quyết trong thời hạn pháp luật quy định. Mọi hành vi xâm phạm lợi ích của Nhà nước, quyền và lợi ích hợp pháp của tập thể và của công dân phải được kịp thời xử lý nghiêm minh. Người bị thiệt hại có quyền được bồi thường về vật chất và phục hồi danh dự. Nghiêm cấm việc trả thù người KNTC hoặc

lợi dụng quyền KNTC để vu khống, vu cáo làm hại người khác”. So với Điều 74 Hiến pháp 1992, Điều 31 Dự thảo đã gọn và chính xác hơn. Một là, Điều 74 liệt kê các đối tượng có hành vi trái pháp luật có thể bị KNTC gồm: CQNN, tổ chức kinh tế, tổ chức xã hội, đơn vị vũ trang nhân dân hoặc bất cứ cá nhân nào. Cách liệt kê như vậy vừa dài dòng không phù hợp với Hiến pháp, vừa không đầy đủ. Ví dụ, các đơn vị hành chính sự nghiệp không phải là CQNN, tổ chức kinh tế, tổ chức xã hội, đơn vị vũ trang và cũng không phải là cá nhân nhưng vẫn có thể có hành vi trái pháp luật, xâm phạm quyền, lợi ích chính đáng của Nhà nước, tổ chức, cá nhân cần phải bị KNTC. Dự thảo không sử dụng cách liệt kê chi tiết đó mà liệt kê nhóm lớn hơn, gồm: cơ quan, tổ chức, cá nhân. Cách quy định này đảm bảo không bỏ sót bất cứ chủ thể nào trong xã hội. Hai là, Điều 74 quy định việc KNTC phải được CQNN xem xét và giải quyết trong thời hạn pháp luật quy định. Quy định này sử dụng câu bị động là loại câu chú ý đến việc làm mà không chú ý đến người làm việc, tức là, nhấn mạnh vào việc KNTC sẽ được xem xét, giải quyết, ít chú trọng trách nhiệm giải quyết KNTC của CQNN có thẩm quyền.

* TS. Trường Đại học Luật Hà Nội

Khoản 2 Điều 31 Dự thảo sử dụng câu chủ động cơ quan, tổ chức, cá nhân có thẩm quyền phải tiếp nhận, giải quyết KNTC đã chuyển từ chú ý việc làm sang chú ý đến người làm việc, nhấn mạnh trách nhiệm giải quyết KNTC của cơ quan có thẩm quyền. Đây là quy định thể hiện sự thay đổi lớn trong tư duy pháp lý về mối quan hệ giữa Nhà nước và nhân dân. Tuy nhiên, Điều 31 Dự thảo cũng cần được bàn thêm về một số vấn đề sau:

1. Mọi người hay công dân có quyền khiếu nại, quyền tố cáo

Điều 31 nằm trong *Chương II- Quyền con người, quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân*. Các cá nhân được hưởng quyền hay phải làm nghĩa vụ được quy định trong Chương này có khi được nhắc đến với tư cách là một con người đơn thuần, có khi được nhắc đến với tư cách là một công dân. Lẽ dĩ nhiên, khi quyền công dân và quyền con người hòa quyện vào nhau thì không thể tách biệt hoàn toàn tư cách là một con người với một công dân. Tuy nhiên, khi cá nhân được đặt trong mối quan hệ trực tiếp với Nhà nước thì cần được gọi là công dân, khi cá nhân không đặt trong mối quan hệ trực tiếp với Nhà nước thì không nên gọi là công dân mà có thể được gọi là người, mọi người. Chẳng hạn, quy định: công dân đủ mười tám tuổi trở lên có quyền bầu cử và đủ hai mươi một tuổi trở lên có quyền ứng cử vào Quốc hội, Hội đồng nhân dân các cấp (Điều 28 Dự thảo), công dân có quyền biểu quyết khi Nhà nước tổ chức trưng cầu ý dân (Điều 30 Dự thảo). Những quy định này thể hiện rõ rệt cá nhân được xem xét trong mối quan hệ với Nhà nước nên được gọi là công dân. Các quy định: Mọi người có quyền sống (Điều 21 Dự thảo), mọi người có quyền hiến mô, bộ phận cơ thể người và hiến xác theo quy định của luật (Điều 22 Dự thảo) không thể hiện mối quan hệ trực tiếp giữa cá nhân với Nhà nước nên không gọi cá nhân là công

dân mà là người (mọi người). Việc gọi một cá nhân là gì không đơn giản là từ ngữ được sử dụng mà còn là vấn đề trách nhiệm. Nếu gọi là công dân thì hàm chứa cả trách nhiệm của cá nhân (công dân) đối với Nhà nước và ngược lại là trách nhiệm của Nhà nước với cá nhân (công dân). Nếu không gọi là công dân thì trách nhiệm của cá nhân với Nhà nước và ngược lại không rõ ràng. Trở lại với quyền KNTC: Khoản 1 Điều 2 Luật Khiếu nại năm 2011 quy định “Khiếu nại là việc công dân... đề nghị cơ quan, tổ chức, cá nhân có thẩm quyền xem xét lại quyết định hành chính, hành vi hành chính của cơ quan hành chính nhà nước, của người có thẩm quyền trong cơ quan hành chính nhà nước... khi có căn cứ cho rằng quyết định hoặc hành vi đó là trái pháp luật, xâm phạm quyền, lợi ích hợp pháp của mình”; Khoản 1 Điều 2 Luật Tố cáo năm 2011 quy định “Tố cáo là việc công dân theo thủ tục do Luật này quy định báo cho cơ quan, tổ chức, cá nhân có thẩm quyền biết về hành vi vi phạm pháp luật của bất cứ cơ quan, tổ chức, cá nhân nào gây thiệt hại hoặc đe dọa gây thiệt hại lợi ích của Nhà nước, quyền, lợi ích hợp pháp của công dân, cơ quan, tổ chức”. Các quy định trên đều nói đến người KNTC là công dân vì rõ ràng việc KNTC làm nảy sinh mối quan hệ trực tiếp giữa người KNTC với CQNN có thẩm quyền giải quyết KNTC. Nói cách khác, đây là quyền công dân, không phải là quyền con người. Vì vậy, cá nhân trong Điều 31 được gọi là công dân như Điều 74 Hiến pháp sẽ phù hợp hơn.

2. Công dân có phải tố cáo tới cơ quan nhà nước có thẩm quyền không?

Như trên đã nói, khiếu nại là việc công dân yêu cầu CQNN có thẩm quyền bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của mình khi có căn cứ cho rằng quyền, lợi ích đó bị xâm hại bởi hoạt động quản lý hành chính nhà nước. Người khiếu nại phải là người có quyền, lợi ích liên quan trực tiếp đến quyết định, hành

vi bị khiếu nại. Nếu nội dung khiếu nại là đúng thì người khiếu nại luôn được bảo đảm khôi phục quyền và lợi ích đã bị xâm hại. Do là người có quyền, lợi ích liên quan trực tiếp nên người có quyền khiếu nại có động cơ mạnh mẽ để thực hiện quyền khiếu nại, thậm chí họ khiếu nại ngay cả khi quyết định, hành vi hành chính hoàn toàn đúng đắn. Vì vậy, pháp luật quy định người khiếu nại phải có nghĩa vụ khiếu nại đến đúng người có thẩm quyền giải quyết¹. Quy định này đề cao trách nhiệm của người khiếu nại trong việc yêu cầu bảo vệ quyền, lợi ích của mình, giảm bớt tình trạng khiếu nại tùy tiện, khiếu nại tràn lan. Trong khi đó, tố cáo là việc báo về hành vi vi phạm pháp luật của bất cứ ai gây thiệt hại hoặc đe dọa gây thiệt hại lợi ích của Nhà nước, quyền và lợi ích hợp pháp của công dân, cơ quan, tổ chức. Khác với khiếu nại, người tố cáo là người có thể hoàn toàn không có quyền, lợi ích liên quan đến hành vi bị tố cáo. Tức là, người tố cáo thường không được hưởng lợi ích trực tiếp từ việc tố cáo, giải quyết tố cáo mà ngược lại có thể phải đối mặt với nhiều nguy hiểm từ người bị tố cáo do việc tố cáo của mình. Về căn bản, nếu người tố cáo không thực sự dũng cảm, có tinh thần trách nhiệm cao, vì sự an ổn của bản thân mình họ sẽ không tố cáo. Nếu đòi hỏi người tố cáo phải tố cáo đến đúng CQNN có thẩm quyền thì có thể vì không đủ hiểu biết về tổ chức bộ máy nhà nước mà người tố cáo không biết chính xác cơ quan, cá nhân nào có thẩm quyền giải quyết tố cáo, trong khi đó họ lại không được lợi ích gì từ việc tố cáo khiến họ nản lòng trong



việc tìm hiểu địa chỉ cần thiết để tố cáo. Hệ quả tất yếu sẽ là họ không tố cáo. Hiểu rõ điều này, khoản 2 Điều 10 Luật Tố cáo quy định 3 nghĩa vụ của người tố cáo nhưng không có nghĩa vụ tố cáo đến người có thẩm quyền giải quyết. Không buộc người tố cáo phải tố cáo đúng cơ quan có thẩm quyền là hợp lý và khả thi. Như vậy, Điều 31 quy định mọi người có quyền khiếu nại, quyền tố cáo với CQNN có thẩm quyền thì chỉ đúng với khiếu nại mà không đúng với tố cáo.

3. Tố cáo là quyền hay nghĩa vụ

Điều 31 Dự thảo quy định “Mọi người có quyền khiếu nại, quyền tố cáo...”. Theo đó thì cả khiếu nại và tố cáo đều là quyền. Quyền là “Điều mà pháp luật hoặc xã hội công nhận cho được hưởng, được làm, được đòi hỏi”. Người có quyền có thể thực hiện quyền và cũng có thể từ chối quyền. Việc không thực hiện quyền không bao giờ dẫn tới bất cứ trách nhiệm pháp lý nào. Với khiếu nại thì điều đó hoàn toàn đúng. Khi công dân có căn cứ cho rằng quyết định hành chính, hành vi hành chính trái pháp luật, xâm phạm quyền, lợi ích hợp pháp của

1 Điểm a khoản 2 Điều 12 Luật Khiếu nại.

mình thì có thể khiếu nại hoặc không khiếu nại và ngay cả khi đã thực hiện việc khiếu nại thì người khiếu nại vẫn có quyền rút khiếu nại ở bất cứ giai đoạn nào của quá trình giải quyết khiếu nại². Với tố cáo, trong nhiều trường hợp có thể coi là quyền nên công dân có thể lựa chọn thực hiện hoặc không thực hiện, đặc biệt là trong trường hợp hành vi bị tố cáo liên quan đến quyền, lợi ích hợp pháp của người tố cáo thì coi đây là quyền về cơ bản không có vấn đề gì vướng mắc vì khi đó người tố cáo cần đến CQNN bảo vệ quyền, lợi ích của mình thông qua việc giải quyết tố cáo. Khoản 4 Điều 2 Luật Tố cáo cũng định nghĩa “Người tố cáo là công dân thực hiện quyền tố cáo”. Tuy vậy, trong một số trường hợp, tố cáo chưa hẳn đã là quyền. Sở dĩ tố cáo không hoàn toàn là quyền vì hành vi bị tố cáo là hành vi nguy hiểm cho xã hội thể hiện ở chỗ nó gây thiệt hại hoặc đe dọa gây thiệt hại lợi ích của Nhà nước, quyền, lợi ích hợp pháp của công dân, cơ quan, tổ chức. Nếu coi tố cáo thuần túy là một quyền thì người biết hành vi trái pháp luật không nhất thiết phải báo cho CQNN biết. Nếu không báo cho CQNN biết thì sẽ khó phát hiện, xử lý kịp thời người vi phạm pháp luật và không ít trường hợp có hành vi trái pháp luật không bị phát hiện và không bị xử lý, những lợi ích hợp pháp bị xâm hại không có cơ hội được khôi phục. Điều đó sẽ gây bất lợi cho xã hội nói chung, cho người bị thiệt hại lợi ích nói riêng. Như vậy, bản thân hành vi không báo (không tố cáo) cho CQNN về hành vi trái pháp luật của người khác cũng là một hành vi nguy hiểm cho xã hội, thậm chí có mức độ nguy hiểm cho xã hội khá cao. Điều 314 Bộ Luật Hình sự năm 1999 quy định “Người nào biết rõ một trong các tội phạm được quy định tại Điều 313 của Bộ luật này đang được chuẩn bị, đang hoặc đã được thực hiện mà không

tố giác, thì bị phạt cảnh cáo, cải tạo không giam giữ đến ba năm hoặc phạt tù từ ba tháng đến ba năm”. Điều 313 quy định những tội phạm cụ thể mà công dân khi biết về hành vi đó phải tố giác với CQNN, nếu không tố giác thì bị buộc là tội không tố giác tội phạm (phạm vi những tội người là ông, bà, cha, mẹ, con, cháu, anh chị em ruột, vợ hoặc chồng của người phạm tội phải tố giác chỉ gồm các tội xâm phạm an ninh quốc gia hoặc các tội đặc biệt nghiêm trọng). Quy định này cho thấy, đối với những hành vi trái pháp luật được quy định ở Điều 313 Bộ luật Hình sự, công dân không được phép lựa chọn tố cáo hay không tố cáo nữa mà bắt buộc phải tố cáo. Việc không tố cáo lúc này dẫn tới hậu quả phải gánh chịu một trách nhiệm pháp lý rất nặng nề là trách nhiệm hình sự. Như vậy, trong trường hợp này tố cáo còn là nghĩa vụ quan trọng Nhà nước đòi hỏi công dân phải thực hiện hết sức nghiêm ngặt. Cũng theo cách tư duy như vậy, Luật Tố cáo không quy định quyền rút tố cáo sau khi công dân đã thực hiện việc tố cáo về hành vi trái pháp luật cụ thể rồi.

4. Kiến nghị sửa đổi Điều 31 Dự thảo

Điều 31 Dự thảo nên sửa đổi như sau:

Khoản 1 thay từ *mọi người* bằng từ *công dân*; không quy định tố cáo phải tới CQNN có thẩm quyền và tố cáo vừa là quyền, vừa là nghĩa vụ “Công dân có quyền khiếu nại với CQNN có thẩm quyền, có quyền và nghĩa vụ tố cáo về những việc làm trái pháp luật của cơ quan, tổ chức, cá nhân”.

Giữ nguyên khoản 2.

Khoản 3 bỏ từ quyền (KNTC) cho phù hợp với khoản 1 “Nghiêm cấm việc trả thù người KNTC hoặc lợi dụng KNTC để vu khống, vu cáo làm hại người khác” ■

2 Điểm 1 khoản 1 Điều 12 Luật Khiếu nại.

Chế độ kinh tế trong Hiến pháp phải đảm bảo nền kinh tế vận hành hiệu quả và dựa trên nền tảng quyền con người

VIÊN THẾ GIANG*

Thực tiễn đã chứng minh: không có một khuôn mẫu chung cho hiến pháp các nước. Tùy thuộc vào truyền thống, quan điểm chính trị và mức độ phát triển của đời sống kinh tế - xã hội mà các nhà nước xác định cơ cấu hiến pháp phù hợp. Có hai xu hướng ghi nhận chế độ kinh tế trong hiến pháp: trực tiếp ghi nhận chế độ kinh tế trong hiến pháp và không trực tiếp ghi nhận chế độ kinh tế trong hiến pháp. Mặc dù cách thức ghi nhận chế độ kinh tế trong hiến pháp các nước có khác nhau song có một điểm chung nhất là các quy định về chế độ kinh tế trong hiến pháp (ở những mức độ khác nhau) phải bảo đảm sự thuận lợi cho phát triển mô hình kinh tế quốc gia. Bài viết trao đổi một số nội dung liên quan đến chế độ kinh tế trong Hiến pháp 1992 (sửa đổi 2001) và Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992 đang được lấy ý kiến nhân dân.

1. Hiến định chế độ kinh tế phải bảo đảm cho nền kinh tế vận hành hiệu quả

Một nghiên cứu cho rằng, căn cứ vào mức độ, có thể phân định thành hai mô hình hiến pháp quy định về chế độ kinh tế: thứ nhất, Hiến pháp không quy định một cách trực tiếp chế độ kinh tế, hay chỉ quy định tối thiểu về chế độ kinh tế, mà Hiến pháp của Hoa Kỳ là một điển hình; Thứ hai, hiến định chế độ kinh tế. Hiến pháp sẽ dành một

chương riêng hay một số quy định về chế độ kinh tế, mà Hiến pháp của Liên Xô là điển hình. Theo mô hình này, mọi vấn đề có liên quan đến chế độ kinh tế đều phải được điều chỉnh từ phía nhà nước, từ nội dung của chế độ sở hữu cho đến các vấn đề khác như mục tiêu, vai trò của từng thành phần kinh tế, các chỉ tiêu phát triển kinh tế đều phải được quy định từ trên thông qua pháp luật và chỉ thị của cấp trên. Người ta gọi là mô hình chế độ kinh tế kế hoạch tập trung¹.

* **ThS. Khoa Luật - Đại học Huế**

¹ GS.,TS. Nguyễn Đăng Dung (2013), *Chế độ kinh tế trong Hiến pháp các nước và Hiến pháp Việt Nam*, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 2+3 (234+235)/tháng 1+2/2013 tr.13-18.

Từ thực tiễn xây dựng chế độ kinh tế trong Hiến pháp các nước, chúng ta có thể rút ra nhận định: dù có hiến pháp hóa hay không hiến pháp hóa chế độ kinh tế thì vấn đề bảo đảm hiệu quả vận hành nền kinh tế là vấn đề quan trọng, bởi lẽ, kinh tế thị trường (KTTT) là nền kinh tế đòi hỏi sự tồn tại của các chủ thể kinh tế độc lập dưới nhiều hình thức sở hữu khác nhau với một hệ thống đồng bộ các thị trường như thị trường đất đai, thị trường sức lao động, thị trường tài chính (thị trường tiền tệ, thị trường vốn, thị trường chứng khoán), thị trường hàng hoá, thị trường khoa học - công nghệ dựa trên nguyên tắc vận hành cơ bản là cạnh tranh tự do. Nhưng trong nền KTTT, cũng cần có sự can thiệp/tác động của nhà nước, nghĩa là, nhà nước vẫn có vai trò quan trọng trong vận hành nền KTTT. Vấn đề đặt ra là, Nhà nước tác động vào thị trường như thế nào?

Để giải quyết câu hỏi này, các nhà khoa học kinh tế đã khẳng định sự tác động/can thiệp của nhà nước vào nền KTTT là tất yếu, song mức độ can thiệp/tác động của nhà nước vào nền kinh tế có sự khác nhau đáng kể. Nếu như quan điểm của trường phái kinh tế học cổ điển cho rằng, nhà nước cần tạo ra môi trường thể chế cho phát triển kinh tế thông qua hệ thống pháp luật thì trường phái tân cổ điển cho rằng, sự can thiệp của nhà nước cần tạo môi trường pháp luật ổn định và chính sách thuế khóa hợp lý, khuyến khích người tiêu dùng; và trường phái Keynes khẳng định, muốn thoát khỏi khủng hoảng, thất nghiệp và suy thoái, nhà nước phải trực tiếp điều tiết nền kinh tế...

Các quan niệm về vai trò của nhà nước trong nền KTTT cho thấy, nhà nước là một hạt nhân trung tâm trong cấu trúc tổng thể nền kinh tế, trực tiếp tác động, định hướng

nền kinh tế phát triển theo những mục tiêu cụ thể. Tùy thuộc vào mức độ phát triển của nền kinh tế mỗi quốc gia, chính sách ưu tiên của từng giai đoạn như thúc đẩy tăng trưởng kinh tế, giải quyết nợ công hay khắc phục hậu quả của khủng hoảng kinh tế mà sự can thiệp của nhà nước có những thay đổi cho phù hợp. Như vậy, việc hiến định hay không hiến định chế độ kinh tế không ảnh hưởng đến việc xây dựng, vận hành thể chế kinh tế, nghĩa là việc hiến định hay không hiến định chế độ kinh tế trong Hiến pháp không hề ảnh hưởng đến hiệu quả vận hành nền KTTT trên thực tế.

Tuy nhiên, quyền lực nhà nước được thực hiện thông qua những con người cụ thể, mà con người là thực thể luôn có các sai lầm nên không có một thể chế nào có thể thoát khỏi sự sai lầm. Do đó, kiểm soát quyền lực nhà nước chính là kiểm soát bản tính hay tùy tiện của chính con người². Cũng vậy, các quyết định của nhà nước trong lĩnh vực kinh tế phải luôn tôn trọng và bảo đảm quyền của con người trong lĩnh vực kinh tế. Do vậy, *việc hiến pháp hóa chế độ kinh tế phải giải quyết hài hòa mối quan hệ giữa quyền lực nhà nước và quyền lực của thị trường; kiểm soát sự can thiệp của nhà nước đối với thị trường để bảo đảm cho nền kinh tế phát triển hài hòa lợi ích người dân - nhà kinh doanh và nhà nước - với tư cách là một hạt nhân trung tâm của cấu trúc nền kinh tế*. Để cho nền kinh tế vận hành hiệu quả chí ít cần phải có những bảo đảm sau đây:

Một là, có một mô hình kinh tế phù hợp: Hiện tại có ba mô hình kinh tế chính là: (i) mô hình KTTT tự do; (ii) mô hình KTTT - xã hội; (iii) mô hình KTTT định hướng xã hội chủ nghĩa - XHCN (ở Việt Nam) hay KTTT XHCN (ở Trung Quốc). Chế độ kinh tế trong hiến pháp phải thể chế hóa được

2 Nguyễn Đăng Dung (2012), *Hiến pháp phải là bản văn kiểm soát quyền lực nhà nước*, Tạp chí Kiểm sát số 18/2012.

những nét đặc trưng cơ bản của mô hình kinh tế đã được lựa chọn.

Hai là, nền kinh tế được tự do cạnh tranh. Không có cạnh tranh tự do, không thể nói đến KTTT, cơ chế cạnh tranh thị trường là cơ chế tự điều chỉnh. Thông qua cạnh tranh, các nguồn lực trong nền KTTT được phân bổ hợp lý hơn, người tiêu dùng có được nhiều lựa chọn với chi phí ít nhất.

Ba là, các chủ thể của nền kinh tế được tự do đưa ra các quyết định kinh doanh mà không chịu sự chi phối của bất kỳ thế lực nào, kể cả nhà nước, trừ trường hợp vì lợi ích công cộng.

Bốn là, nền KTTT phải hình thành đồng bộ các bộ phận của thị trường trên cơ sở thực hiện đầy đủ các nguyên tắc cơ bản của thị trường (chủ thể sở hữu độc lập, mục tiêu tối đa hoá lợi nhuận của doanh nghiệp, cơ chế phân bổ nguồn lực do các lực lượng thị trường quyết định là chính, thông qua cạnh tranh tự do,...).

Năm là, hệ thống luật pháp đầy đủ và sự can thiệp kịp thời của nhà nước. Đối với các quốc gia không quy định chế độ kinh tế trong Hiến pháp thì Hiến pháp của các quốc gia này vẫn can thiệp một cách gián tiếp bằng cách quy định các quyền cơ bản, quyền con người làm nền tảng cho chế độ kinh tế: quyền tư hữu tài sản, trong đó có quyền tư hữu đất đai, quyền lao động, quyền tự do nghề nghiệp, quyền lập hội, quyền tham gia công đoàn, hội hợp, quyền tự do kinh doanh, quyền bình đẳng trong các quan hệ kinh tế; bình đẳng giữa các thành phần kinh tế... Những quyền ấy là những quyền tự nhiên có tính chất phổ biến, không chuyên nhượng và không thể bị tước đoạt³.

2. Chế độ kinh tế trong Hiến pháp 1992 và những bất cập

Một cách khái quát, có thể khẳng định chế độ kinh tế trong Hiến pháp Việt Nam 1992, sửa đổi 2001 (sau đây gọi chung là Hiến pháp hiện hành) đã mang lại nhiều kết quả tích cực trong việc xây dựng, vận hành mô hình KTTT định hướng XHCN ở Việt Nam. Cụ thể:

- Chế độ kinh tế theo Hiến pháp hiện hành đã ghi nhận được những nguyên lý chung của nền KTTT định hướng XHCN. Theo đánh giá của một nhà nghiên cứu⁴, trên lĩnh vực kinh tế, Hiến pháp 1992 đã lạng lẽ xa rời một cách đáng kể mô hình hiến pháp Xô-viết.

- Vị trí, vai trò của các thành phần kinh tế đã được khẳng định, trong đó kinh tế nhà nước giữ vai trò chủ đạo. Trên cơ sở định hướng này, một mạng lưới khá đông đảo các doanh nghiệp Nhà nước được thành lập và vận hành, tạo nên những “quả đấm thép” của nhà nước trong điều tiết nền kinh tế vĩ mô. Vai trò của Nhà nước trong hoạt động kinh tế đã từng bước được khẳng định, trong đó thành công quan trọng nhất là tách chức năng kinh doanh ra khỏi chức năng quản lý nhà nước; hạn chế các can thiệp mang tính hành chính vào các quá trình kinh tế; đẩy mạnh quá trình cổ phần hóa doanh nghiệp nhà nước theo hướng Nhà nước chỉ sở hữu 100% vốn đối với các doanh nghiệp đặc biệt⁵.

- Chế độ kinh tế theo Hiến pháp hiện hành đã góp phần quan trọng vào việc thiết lập môi trường kinh doanh bình đẳng, an toàn và phát huy tối đa quyền độc lập, tự

3 GS, TS. Nguyễn Đăng Dung (2013), *Chế độ kinh tế trong Hiến pháp các nước và Hiến pháp Việt Nam*, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 2+3 (234+235)/tháng 1+2/2013 tr.13-18.

4 PGS, TS. Phạm Duy Nghĩa (2011), *Chế độ kinh tế trong Hiến pháp 1992 - phát hiện một số bất cập và kiến nghị hướng sửa đổi*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 22/2011, tr. 57-61.

5 Xem thêm: TS. Nguyễn Trí Hùng (2012), *Đóng góp sửa đổi Hiến pháp 1992 về vai trò kinh tế của Nhà nước và chế độ kinh tế*, Tạp chí Khoa học pháp lý số 1/2012.

chủ, tự chịu trách nhiệm của các thành phần kinh tế, nhất là thành phần kinh tế tư nhân.

- Sự ghi nhận chế độ sở hữu toàn dân về đất đai và các tài sản khác đã tạo ra sự ổn định trong đời sống kinh tế, chính trị thời kỳ đầu đổi mới, tạo tiền đề quan trọng cho Nhà nước sử dụng (thông qua việc giao cho người sử dụng đất, giao quyền khai thác tài nguyên thiên nhiên của quốc gia...) một cách có hiệu quả, tiết kiệm.

Mặc dù đã đạt được những kết quả kể trên, song chế độ kinh tế trong Hiến pháp hiện hành còn nhiều điểm bất cập sau:

Thứ nhất, còn tồn tại tư duy phân biệt đối xử. Mặc dù Hiến pháp khẳng định nền kinh tế nhiều thành phần, các thành phần kinh tế đều bình đẳng trước pháp luật, song lại quy định kinh tế nhà nước là chủ đạo, đầu tư nước ngoài được khuyến khích. Không những thế, việc xác định “sở hữu toàn dân và sở hữu tập thể là nền tảng, kinh tế nhà nước là chủ đạo” dường như là một khẩu hiệu mà “bỏ thì thương, vương thì tội”. Bởi lẽ, các doanh nghiệp nhà nước không biết vì lý do gì mà luôn kêu lỗ, các hợp tác xã thì không phát huy được vai trò thực sự trong nền kinh tế, vì thực tiễn vận hành và mức độ đóng góp của các hợp tác xã vẫn còn rất khiêm tốn.

Thứ hai, chế độ kinh tế trong Hiến pháp hiện hành chưa làm rõ giới hạn và quyền được can thiệp vào thiết chế KTTT. Lý luận và thực tiễn về mô hình KTTT định hướng XHCN ở nước ta đã khẳng định: mô hình

này chưa được định hình rõ nét và chưa hình thành cơ sở lý luận đồng bộ và hoàn chỉnh. Bởi vậy, sẽ là dễ hiểu để lý giải khi có hiện tượng can thiệp, điều tiết của các cơ quan quản lý nhà nước thì thị trường bị bóp méo, gây phương hại đến môi trường cạnh tranh lành mạnh và bình đẳng; phân bổ không hợp lý các nguồn lực xã hội, trong đó có tài nguyên quốc gia trong thời gian qua⁶. Do vậy, một trong những nội dung cần quan tâm sửa đổi hoặc ghi nhận trong Hiến pháp là cần giới hạn sự can thiệp của Nhà nước, tăng cường quyền lực thị trường và khuyến khích sự tự điều tiết của thị trường. Nhà nước chỉ can thiệp khi thị trường thất bại, mục đích can thiệp nhằm phân bổ phúc lợi thông qua chính sách điều tiết hoặc các chính sách thuế⁷.

Thứ ba, mặc dù Hiến pháp hiện hành cũng đã giao quyền đại diện quản lý và sử dụng tài sản thuộc sở hữu toàn dân và tài nguyên quốc gia, trong đó bao gồm⁸: (i) Thực thi quyền chủ sở hữu đối với toàn bộ tài nguyên đất đai, (ii) Thực thi quyền sở hữu đối với các doanh nghiệp có phần vốn góp của Nhà nước, (iii) Thực thi các quyền đầu tư công từ tài sản quốc gia. Nhưng các quy định này đã là một lỗ hổng lớn, là nguyên nhân dẫn đến sự thất thoát tài sản quốc gia như thời gian vừa qua⁹. Một điều chắc chắn rằng, toàn dân không thể hài lòng lời “xin lỗi” của người đứng đầu Chính phủ về những thất thoát từ những tập đoàn, tổng công ty đã gây ra. Như thế, các quy định của Hiến pháp về sở hữu đã không làm rõ: chủ

6 TS. Bùi Nguyên Khánh, Cơ sở lý luận và thực tiễn của việc sửa đổi, bổ sung Hiến pháp năm 1992, http://vssr.org.vn/index.php?option=com_content&view=article&id=570%3Aco-so-ly-luan-va-thuc-tien-cua-viec-sua-doi-bo-sung-hien-phap-nam-1992&catid=58%3Atriet-luat-tam-ly-xa-hoi-hoc&Itemid=154&limitstart=3

7 PGS, TS. Phạm Duy Nghĩa, *tđđ*.

8 Xem cụ thể tại:

- Khoản 4 Điều 112 Hiến pháp 1992

- Khoản 6 Điều 9 Luật Tổ chức Chính phủ 2001.

9 Xem thêm những bình luận liên quan đến vụ Vinashin, Vinalink và tình trạng đầu tư ngoài ngành của các doanh nghiệp, tập đoàn kinh tế nhà nước. Việc đầu tư ngoài ngành thiếu kiểm soát là nguyên nhân dẫn đến thua lỗ và thất thoát ngân sách nhà nước.

thể hưởng quyền; phạm vi bảo hộ của quyền; nội dung của quyền; phương thức thực hiện quyền; giới hạn Hiến pháp của quyền¹⁰. Nói khác đi, chế độ kinh tế trong Hiến pháp hiện hành chưa quy định rõ ai là đại diện cho sở hữu toàn dân và cơ chế giám sát việc sử dụng tài sản thuộc sở hữu toàn dân do Nhà nước là chủ đại diện

3. Hiến định chế độ kinh tế trong Hiến pháp cần phải dựa trên nền tảng quyền con người

Theo một nghiên cứu¹¹ thì “thể chế kinh tế hiến pháp” trong các Hiến pháp hiện đại ở đa số các nước châu Âu không được thể hiện một cách tập trung trong một chương riêng, mà nó được xác lập từ các nguyên tắc cơ bản của Hiến pháp và các quyền cơ bản của công dân (có liên quan đến các quá trình kinh tế) cụ thể là:

- Nguyên tắc Nhà nước pháp quyền
- Nguyên tắc trách nhiệm xã hội của Nhà nước
- Quyền tự do hành nghề
- Quyền sở hữu (đảm bảo về tài sản)
- Quyền tự do lập hội.

Lý luận và thực tiễn về mô hình KTTT định hướng XHCN ở nước ta đã khẳng định mô hình này chưa được định hình rõ nét và chưa hình thành cơ sở lý luận đồng bộ và hoàn chỉnh. Bởi vậy, sẽ là dễ hiểu để lý giải khi có hiện tượng can thiệp, điều tiết của các cơ quan quản lý nhà nước làm bóp méo thị trường, gây phương hại đến môi trường cạnh tranh lành mạnh và bình đẳng, phân bổ không hợp lý các nguồn lực xã hội, trong đó có tài nguyên quốc gia¹², nên việc hiến định chế độ kinh tế cần được cân nhắc một cách

rất thận trọng để tránh những bất cập đã tồn tại trong Hiến pháp hiện hành. Cụ thể:

Một là, phải làm rõ ý nghĩa, nội dung của cụm từ “định hướng XHCN” của mô hình KTTT trong Hiến pháp. Đây là nội dung theo chúng tôi là quan trọng nhất trong việc sửa đổi Hiến pháp lần này, nghĩa là phải cụ thể hóa “định hướng XHCN” là gì. Mục tiêu của nền KTTT định hướng XHCN ở nước ta là nhằm: thực hiện “dân giàu, nước mạnh, xã hội công bằng, dân chủ, văn minh”; giải phóng mạnh mẽ và không ngừng phát triển sức sản xuất, nâng cao đời sống nhân dân; đẩy mạnh xóa đói, giảm nghèo, khuyến khích mọi người vươn lên làm giàu chính đáng, giúp đỡ người khác thoát nghèo và từng bước khá giả hơn. Mục tiêu trên đã thể hiện mục đích của phát triển KTTT định hướng XHCN là vì con người. Con người đã được đặt vào vị trí trung tâm của sự phát triển. Tuy nhiên, mục tiêu chính trị này lại chưa được thể hiện trong Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992. Điều này được thể hiện ở khoản 1 Điều 54 Dự thảo sửa đổi Hiến pháp mới chỉ quy định “Nền kinh tế Việt Nam là nền KTTT định hướng XHCN với nhiều hình thức sở hữu, nhiều thành phần kinh tế”, trong khi đó, các quyền cơ bản của con người trong lĩnh vực kinh tế mới chỉ được khẳng định tại Điều 33, Điều 34 Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992. Chúng tôi thấy rằng, nội dung các quy định của Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992 chưa thể hiện được mục tiêu phát triển kinh tế vì con người. Do vậy, cần bổ sung vào khoản 1 Điều 54 Dự thảo như sau “Nhà nước bảo đảm và thực thi quyền con người trong phát triển nền KTTT định hướng XHCN”.

Hai là, khoản 1 Điều 55 Dự thảo quy định “Nhà nước xây dựng và hoàn thiện thể

10 TS. Bùi Nguyên Khánh, tđđ.

11 TS. Bùi Nguyên Khánh, tđđ.

12 TS. Bùi Nguyên Khánh, tđđ.

chế KTTT, bảo đảm cho nền kinh tế vận hành theo quy luật thị trường...” vẫn thể hiện sự can thiệp mạnh mẽ của nhà nước đối với thị trường, chưa tạo được cơ chế cho thị trường tự vận hành và nhà nước chỉ là người dẫn đường, chỉ lối, “định hướng”, nghĩa là, quyền tự do kinh doanh vẫn chưa được bảo đảm một cách trọn vẹn. Để bảo đảm cho thị trường tự vận hành, điều chỉnh, chúng tôi kiến nghị bổ sung từ “định hướng” của khoản 1 Điều 55 Dự thảo như sau: “Nhà nước *định hướng* xây dựng và hoàn thiện thể chế KTTT, bảo đảm cho nền kinh tế vận hành theo quy luật thị trường...”.

Ba là, Dự thảo chưa có quy định về trách nhiệm xã hội của doanh nghiệp trong kinh doanh và cơ chế bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng. Mặc dù pháp luật Việt Nam đã có quy định về bảo vệ người tiêu dùng, song việc bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng phải được coi là một triết lý kinh doanh, là một bộ phận không thể thiếu của chế độ kinh tế trong Hiến pháp. Do vậy, chúng tôi kiến nghị bổ sung khoản 1 Điều 56 Dự thảo như sau “Tổ chức, cá nhân được tự do kinh doanh... Tổ chức, cá nhân thực hiện hoạt động kinh doanh phải bảo đảm quyền lợi của người tiêu dùng theo quy định của pháp luật”.

Bốn là, chúng tôi đồng tình với các quan điểm không nên ghi nhận hình thức sở hữu toàn dân mà xác lập quyền sở hữu của Nhà nước, phân biệt sở hữu quốc gia với sở hữu của các pháp nhân công quyền khác, đặc biệt là chính quyền địa phương¹³; xác lập sở hữu của chính quyền trung ương, chính quyền địa phương, từng bước lùi dần khỏi quan niệm sở hữu toàn dân¹⁴. Trong trường hợp vẫn giữ nguyên chế độ sở hữu toàn dân

về đất đai do Nhà nước làm chủ đại diện, chúng tôi kiến nghị:

- Bổ sung thêm trách nhiệm của người ra quyết định thu hồi đất vì mục đích kinh tế làm tiền đề cho Luật Đất đai cụ thể hóa trách nhiệm của người có thẩm quyền thu hồi đất vì mục đích kinh tế khi để xảy ra thất thoát, lãng phí đất đai, khiếu kiện kéo dài như đã từng xảy ra trong thời gian vừa qua.

- Bổ sung thêm quy định việc thu hồi đất phải bảo đảm hài hòa và thỏa đáng quyền lợi của người bị thu hồi đất và chủ dự án kinh tế thương mại.

- Bổ sung quy định việc thu hồi đất để thực hiện dự án kinh tế cần phải công khai, rõ ràng về dự án, tiến độ triển khai; nghiêm cấm việc chuyển mục đích sử dụng đất của dự án đã được phê duyệt.

Năm là, ngoài các quy định về quản lý, sử dụng ngân sách nhà nước, dự trữ quốc gia, quỹ tài chính nhà nước và các nguồn tài chính công khác như trong Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992, chúng tôi cho rằng, cần phải bổ sung thêm các nội dung:

- Quy định cụ thể về quyền giám sát của nhân dân trong việc thực hiện quyền đại diện sở hữu toàn dân của Nhà nước trong quá trình thực hiện quyền đại diện;

- Bổ sung thêm quy định về “sử dụng tiết kiệm ngân sách nhà nước, dự trữ quốc gia, quỹ tài chính nhà nước và các nguồn tài chính công khác”.

- Bổ sung thêm quy định: Quốc hội có toàn quyền quyết định việc sử dụng, phân bổ ngân sách nhà nước. Tất cả các khoản chi ngoài dự toán ngân sách nhà nước phải được Quốc hội đồng ý phê chuẩn ■

13 TS. Bùi Nguyên Khánh, *tđđ*.

14 PGS.TS. Phạm Duy Nghĩa, *tđđ*.

Cần bổ sung phạm vi điều chỉnh của dự án LUẬT GIÁO DỤC QUỐC PHÒNG - AN NINH

TRẦN VI DÂN*

Dự án Luật Giáo dục quốc phòng - an ninh đã được trình Ủy ban Thường vụ Quốc hội khóa XIII tại phiên họp thứ 14 (từ ngày 14 đến ngày 16/01/2013). Nghiên cứu Dự án Luật, chúng tôi cho rằng, phạm vi điều chỉnh của Dự án Luật cần được bổ sung nội dung giáo dục kiến thức giữ gìn trật tự (GGTT), an toàn xã hội (ATXH), với tư cách là các yếu tố hợp thành công tác giáo dục quốc phòng, an ninh, từ đó xác định rõ hơn vai trò, vị trí của công tác giáo dục GGTT, ATXH trong điều kiện hiện nay, góp phần nâng cao kiến thức, ý thức, trách nhiệm đấu tranh phòng, chống vi phạm pháp luật (VPPL) và tội phạm, GGTT, ATXH của cán bộ, đảng viên và các tầng lớp nhân dân.

Bảo đảm quốc phòng, an ninh, GGTT, ATXH là nhiệm vụ trọng yếu, thường xuyên, liên quan trực tiếp đến sự tồn vong và phát triển của Tổ quốc Việt Nam xã hội chủ nghĩa (XHCN). Cả 3 nhiệm vụ bảo đảm quốc phòng, an ninh quốc gia (ANQG) và GGTT, ATXH đều hướng vào mục tiêu chung bảo vệ Tổ quốc trên cả hai phương diện tự nhiên - lịch sử và chính trị - xã hội. Nội dung rộng lớn và toàn diện của sự nghiệp bảo vệ Tổ quốc giai đoạn hiện nay được hiểu một cách cụ thể là bao hàm nhiệm vụ quốc phòng, nhiệm vụ bảo vệ ANQG và nhiệm vụ GGTT, ATXH. Đây là những

nhiệm vụ có mối quan hệ chặt chẽ, thống nhất, xen lồng và thâm nhập lẫn nhau, nhưng giữa chúng có tính độc lập tương đối và mục tiêu khác biệt.

Khác với khái niệm quốc phòng, an ninh, trật tự, ATXH là trạng thái xã hội bình yên, trong môi trường đó mọi người được sống yên ổn trên cơ sở các quy phạm pháp luật, các quy tắc và chuẩn mực đạo đức, pháp lý xác định. GGTT, ATXH là phòng ngừa, phát hiện, ngăn chặn, đấu tranh chống tội phạm và các hành vi VPPL về trật tự, ATXH. Bảo vệ trật tự, ATXH bao gồm các nội dung chủ yếu: phòng, chống tội phạm;

* Đại tá, PGS, TS. Phó Vụ trưởng Vụ Pháp chế, Bộ Công an

GGTT công cộng; phòng ngừa tai nạn; phòng chống tệ nạn xã hội; chống ô nhiễm môi trường, nhằm bảo đảm hoạt động bình thường, yên ổn, hợp pháp của các cơ quan nhà nước, các tổ chức xã hội và mọi công dân. Mục tiêu chuyên biệt của nhiệm vụ GGTT, ATXH là tạo thế chủ động chiến lược, đẩy lùi, ngăn chặn, loại bỏ VPPL và tội phạm, tạo môi trường thuận lợi để thực hiện các chương trình, kế hoạch phát triển kinh tế - xã hội.

Các văn kiện của Đảng, về cơ bản đã có sự tách bạch giữa nhiệm vụ bảo vệ ANQG và GGTT, ATXH. Ví dụ: Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XI của Đảng khi nói về định hướng phát triển kinh tế - xã hội đã xác định: “giữ vững hòa bình, ổn định chính trị và ANQG, trật tự, ATXH” là điều kiện căn bản để xây dựng đất nước. Mới đây, Bộ Chính trị đã ra Chỉ thị số 48-CT/TW ngày 22/10/2010 về tăng cường sự lãnh đạo của Đảng đối với công tác phòng, chống tội phạm trong tình hình mới, trong đó nhấn mạnh vào các giải pháp, định hướng chỉ đạo công tác đấu tranh phòng, chống các loại tội phạm hình sự nghiêm trọng, phức tạp, mới xuất hiện, xâm phạm đến trật tự, ATXH, tạo ra môi trường lành mạnh, phục vụ phát triển kinh tế - xã hội, bảo vệ cuộc sống hạnh phúc và bình yên của nhân dân. Thể chế hóa các quan điểm, chủ trương của Đảng về nhiệm vụ quốc phòng, bảo vệ ANQG và GGTT, ATXH, Hiến pháp năm 1992 (sửa đổi, bổ sung năm 2001), Luật ANQG năm 2004, Luật Quốc phòng năm 2005, Luật Công an nhân dân năm 2005... đều có sự phân biệt giữa nhiệm vụ bảo vệ ANQG và nhiệm vụ GGTT, ATXH. Ví dụ, trong Hiến pháp năm 1992, Điều 47 quy định: “Nhà nước xây dựng Công an nhân dân cách mạng, chính quy, tinh nhuệ, từng bước hiện đại, dựa vào nhân dân và làm nòng cốt cho phong trào nhân dân để bảo vệ ANQG, trật tự, ATXH, bảo đảm sự ổn định chính trị và các quyền

tự do, dân chủ của công dân, bảo vệ tính mạng, tài sản của nhân dân, tài sản XHCN, đấu tranh phòng ngừa và chống các loại tội phạm”; Điều 79 quy định: “Công dân có nghĩa vụ tuân theo Hiến pháp và pháp luật, tham gia bảo vệ ANQG, trật tự, ATXH, giữ gìn bí mật quốc gia, chấp hành những quy tắc sinh hoạt công cộng”... Các cơ sở chính trị, pháp lý nêu trên đã khẳng định, cũng như nhiệm vụ quốc phòng, bảo vệ ANQG, Đảng, Nhà nước ta rất coi trọng nhiệm vụ GGTT, ATXH. Bảo đảm được trật tự, ATXH cũng chính là giữ gìn trạng thái yên ổn từ bên trong, có vậy mới tăng cường sức đề kháng và sức khỏe phòng, chống sự tấn công từ bên ngoài. Trong bối cảnh tình hình trong và ngoài nước có nhiều phức tạp như hiện nay, không thể nói nhiệm vụ nào quan trọng hơn, việc nào làm trước, việc nào làm sau, mà phải đồng thời thực hiện cả 3 nhiệm vụ quốc phòng, bảo vệ ANQG và GGTT, ATXH mới đập tan được mọi âm mưu, thủ đoạn chống phá cách mạng của các lực lượng “thù trong, giặc ngoài”, giữ cho đất nước “trong ấm ngoài êm” để tập trung phát triển kinh tế - xã hội; cần tránh khuynh hướng đồng nhất nhiệm vụ GGTT, ATXH với nhiệm vụ bảo vệ ANQG hoặc coi trọng nhiệm vụ này mà xem nhẹ nhiệm vụ kia.

Trước đây, khi nói đến yêu cầu đảm bảo ANQG, trật tự ATXH, người ta thường nghĩ nhiều tới mối nguy cơ bên ngoài. Ngày nay điều đó vẫn đúng, song không chỉ có như vậy. Thực tiễn cho thấy, nguy cơ đe dọa ANQG, trật tự ATXH có khi nằm ngay ở bên trong. Có nước tưởng như không bị nước ngoài xâm lăng, song ANQG vẫn bị rối loạn, trật tự ATXH không được đảm bảo, lãnh thổ bị chia cắt. Trong thời gian qua và trong điều kiện hiện nay, khi các thế lực thù địch vẫn đang ráo riết đẩy mạnh âm mưu và hoạt động “diễn biến hoà bình” đối với nước ta trên mọi lĩnh vực chính trị, kinh tế, văn hoá, tư tưởng, thì bên cạnh nhiệm vụ bảo vệ

vững chắc ANQG, tuyệt đối không được buông lỏng, coi nhẹ nhiệm vụ GGTT, ATXH. Trong thực tiễn giai đoạn cách mạng hiện nay, nếu xét riêng mối quan hệ giữa ANQG với trật tự ATXH sẽ thấy yếu tố chính trị của trật tự ATXH ngày càng tăng; vấn đề trật tự ATXH nếu vi phạm nghiêm trọng hoặc nếu giải quyết không khéo thì sẽ ảnh hưởng xấu đến ANQG, biểu hiện cụ thể ở một số điểm như sau:

Một là, các thế lực thù địch có thể sử dụng cả bọn tội phạm hình sự, bọn lưu manh, côn đồ, tham nhũng, buôn lậu, sa đọa biến chất vào mục đích chính trị của chúng.

Hai là, có những vấn đề trật tự, ATXH nếu không được giải quyết tốt có thể chuyển hoá thành vấn đề chính trị như: tình hình khiếu kiện đông người, tranh chấp đất đai, mâu thuẫn trong nội bộ nhân dân, cán bộ thực hiện chính sách không đúng dẫn đến biểu tình, kẻ xấu có thể lợi dụng kích động chống chính quyền. Ví dụ như các vụ xảy ra ở Văn Giang (Hưng Yên), Đông Anh (Hà Nội), Tiên Lãng (Hải Phòng)... Ngược lại, có vấn đề chính trị ẩn giấu dưới dạng mâu thuẫn dân tộc, tôn giáo bộc lộ ra ngoài bằng các hoạt động gây rối trật tự công cộng, các thế lực thù địch sẽ lợi dụng thời cơ kích động quần chúng gây bạo loạn lật đổ chính quyền, như các vụ gây rối trật tự công cộng xảy ra ở giáo xứ Thái Hà, Nhà thờ Đồng Chiêm, Nhà thờ Lớn (Hà Nội), Tháp chuông Nhà thờ Tam Tòa (Quảng Bình)... gây ra nhiều phức tạp về trật tự, ATXH với mục đích chính trị. Hay trong vụ gây rối trật tự công cộng, chống người thi hành công vụ, cố ý hủy hoại tài sản xảy ra ở các tỉnh Tây Nguyên, bọn phản động trong tổ chức Fulrô lưu vong đã chỉ đạo một số đối tượng phản động lợi dụng tôn giáo, dân tộc ở địa bàn Tây Nguyên tiến hành các hoạt động phục hồi, phát triển đạo Tin Lành để nắm quần chúng; đồng thời lôi kéo kích động, lừa phỉnh, ép buộc quần chúng tổ chức biểu tình

gây bạo loạn, thực hiện ý đồ cho ra đời “Nhà nước Đề Ga độc lập”. Từ sau cuộc biểu tình tháng 2/2001 đến nay, tình hình ANQG, trật tự ATXH ở các tỉnh Tây Nguyên còn tiếp tục diễn biến phức tạp, đã liên tiếp xảy ra các vụ cắt dây cáp truyền dẫn, phá ổ cáp điện thoại ở Gia Lai, nhiều vụ rải chất độc ở Đắk Lắk...

Trên thế giới, các sự kiện bất ổn chính trị, bạo loạn ở một số quốc gia khu vực Bắc Phi, Trung Đông thời gian vừa qua cũng cho thấy, những vấn đề về trật tự, ATXH nếu không được giải quyết kịp thời sẽ bị nước ngoài và thế lực thù địch lợi dụng triệt để để can thiệp vào công việc nội bộ, kích động, cổ súy cho các phong trào đấu tranh, lật đổ chính phủ.

Ba là, thực tế hiện nay vẫn còn quan điểm coi nhẹ công tác GGTT, ATXH. Một bộ phận cán bộ, đảng viên và nhân dân chưa hiểu rõ, còn mơ hồ, mất cảnh giác trước âm mưu, thủ đoạn chống phá của các thế lực thù địch - bằng việc sử dụng các chiêu bài “dân chủ, nhân quyền” và những vấn đề xã hội phức tạp trong nước để tiến hành bạo loạn, lật đổ chính quyền. Một bộ phận cán bộ lãnh đạo cấp ủy đảng, chính quyền địa phương vẫn có tư tưởng coi công tác phòng, chống tội phạm là trách nhiệm của các cơ quan bảo vệ pháp luật nên có tư tưởng thờ ơ, đùn đẩy, thiếu quan tâm đôn đốc, chỉ đạo. Thậm chí, còn biểu hiện lệch lạc, xem nhẹ nhiệm vụ GGTT, ATXH như: yêu cầu giảm ngân sách nhà nước dành cho công tác này, giảm quân số, hạn chế quyền năng của các cơ quan trực tiếp đấu tranh phòng, chống VPPL và tội phạm. Còn biểu hiện của tư tưởng tách rời nhiệm vụ GGTT, ATXH với nhiệm vụ phát triển kinh tế - xã hội khi cho rằng, trong giai đoạn hội nhập kinh tế quốc tế cần ưu tiên cho phát triển kinh tế, không cần tập trung nhiều cho công tác GGTT, ATXH, kinh tế phát triển thì VPPL và tội phạm sẽ giảm. Những nhận thức này rất nguy hiểm cho sự nghiệp bảo vệ Tổ quốc XHCN và cho cả

công cuộc công nghiệp hóa, hiện đại hóa đất nước. Không thể thực hiện thắng lợi các chủ trương, chính sách phát triển kinh tế - xã hội của Đảng, Nhà nước khi tình hình trật tự xã hội không ổn định, tội phạm lộng hành, pháp luật không được tôn trọng, kỷ cương, phép nước không được giữ vững. Khi khái quát về thực trạng này, Chỉ thị số 48-CT/TW của Bộ Chính trị chỉ rõ: “Cấp ủy đảng, chính quyền một số nơi chưa thực sự quan tâm lãnh đạo, chỉ đạo nên chưa huy động được sức mạnh tổng hợp của cả hệ thống chính trị trong công tác phòng, chống tội phạm; lực lượng trực tiếp chống tội phạm ở nhiều nơi còn yếu; công tác quản lý xã hội, công tác tuyên truyền, giáo dục về pháp luật, về đạo đức, lối sống và vận động nhân dân tham gia phòng, chống tội phạm còn nhiều hạn chế. Hiệu quả phòng ngừa tội phạm do nguyên nhân xã hội còn thấp...”. Một trong những nguyên nhân của thực trạng này là do công tác giáo dục, bồi dưỡng kiến thức về GGTT, ATXH chưa thực sự được coi trọng, bị xem nhẹ, còn mang tính hình thức, phương pháp và nội dung chưa phù hợp, khô khan, chưa đi vào chiều sâu, tài liệu học tập nghèo nàn, đơn điệu, hiệu quả giáo dục, bồi dưỡng thấp.

Trong thời gian tới, các thế lực thù địch vẫn tiếp tục tăng cường thực hiện âm mưu chống, phá cách mạng Việt Nam với nhiều phương thức, thủ đoạn mới, sẽ gây cho ta nhiều khó khăn trong công tác nhận diện và đấu tranh. Nước ta đang chủ động hội nhập quốc tế, điều đó tạo cơ hội cho sự phát triển, đẩy mạnh tiến trình công nghiệp hóa, hiện đại hóa đất nước nhưng cũng đặt ra nhiều vấn đề mới trong việc giữ vững độc lập, tự chủ của nền kinh tế còn non trẻ, đang phát triển. Quá trình hội nhập không chỉ có thuận lợi và những thành tựu hào nhoáng mà còn chứa đầy khó khăn, thách thức, nhất là sự thâm nhập của các luồng tư tưởng chính trị, văn hóa, lối sống độc hại. Việc mở cửa hội nhập tạo điều kiện phát triển kinh tế, giao

lưu hội nhập quốc tế, cũng là cơ hội để các thế lực thù địch thực hiện âm mưu “diễn biến hòa bình” ở nước ta. Mưu đồ đó được che đậy rất tinh vi, kín đáo, dưới vỏ bọc quan hệ kinh tế, đầu tư, giao lưu văn hóa, giáo dục, đào tạo, du lịch, hỗ trợ xây dựng pháp luật, cải cách hành chính, cải cách tư pháp... Giữa nước ta với một số nước ngoài vẫn tồn tại nhiều vấn đề khác biệt về tôn giáo, dân tộc, dân chủ, nhân quyền và cách thức giải quyết, phân định đường biên giới trên đất liền, biển đảo. Tình hình tội phạm ở trong nước cũng đang có nhiều diễn biến phức tạp, xuất hiện nhiều loại tội phạm mới như: khủng bố, rửa tiền, mua bán người, sử dụng công nghệ cao để phạm tội, tội phạm trong lĩnh vực chứng khoán, ngân hàng... Một số cán bộ, đảng viên suy thoái về tư tưởng chính trị, đạo đức, lối sống, tham nhũng, tiêu cực, chỉ lo vun vén cho bản thân và gia đình nhưng chưa bị phát hiện, xử lý kịp thời, nghiêm minh, làm cho một bộ phận nhân dân bức xúc, chán nản, vô cảm trước tình hình đất nước, giảm niềm tin vào chế độ XHCN, dễ bị lợi dụng, lôi kéo vào các hoạt động chống phá chính quyền. Cùng với sự chống phá của thế lực thù địch từ bên ngoài kết hợp những vấn đề phức tạp về trật tự, ATXH trong nước tạo thành “gọng kìm” đặc biệt nguy hiểm, đe dọa đến vận mệnh của Tổ quốc Việt Nam XHCN.

Trong giai đoạn hiện nay, Đảng và Nhà nước ta xác định nhiệm vụ phát triển kinh tế - xã hội là trung tâm. Nhưng phát triển kinh tế - xã hội phải đi liền với củng cố tiềm lực quốc phòng, an ninh, không được say sưa với các quan hệ lợi ích mà lơ là, mất cảnh giác, buông lỏng công tác quản lý, GGTT xã hội. Điều đó, đòi hỏi công tác giáo dục, bồi dưỡng kiến thức, ý thức, trách nhiệm của cán bộ, đảng viên và nhân dân về nhiệm vụ quốc phòng, bảo vệ ANGG, GGTT, ATXH

(Xem tiếp trang 42)

TỪ QUY ĐỊNH VỀ DI SẢN DÙNG VÀO VIỆC THỜ CÚNG VÀ DI TẶNG

PHÙNG TRUNG TẬP*

I. Di sản dùng vào việc thờ cúng

Thờ cúng tổ tiên là phong tục đã có từ rất xa xưa của người Việt và hiện nay vẫn được coi trọng. Việc thờ cúng tổ tiên được thực hiện trên cơ sở của quan niệm mang tính chất đạo đức và văn hoá: tôn trọng và biết ơn công sinh thành, dưỡng dục; con người có nguồn cội, tổ tông vì vậy con, cháu phải tôn trọng và biết ơn những thế hệ cha ông đã sinh ra mình. Thờ cúng tổ tiên, di sản thờ cúng có ý nghĩa quan trọng, nó không chỉ có ý nghĩa về mặt vật chất mà còn có giá trị về mặt tinh thần. Vì vậy, đối với di sản dùng vào việc thờ cúng có những quy ước rất chặt chẽ của gia đình, dòng tộc, đồng thời Nhà nước cũng cũng có những quy định pháp luật cụ thể công nhận và bảo vệ quyền của cá nhân được để lại di sản dùng vào việc thờ cúng.

Di sản dùng vào việc thờ cúng theo quy định của pháp luật thời thực dân - phong kiến “là phần động sản hay bất động sản trong gia tài dùng vào việc cúng giỗ một người vợ hoặc người chồng người ấy và việc cúng giỗ tổ tiên bên nội người ấy”. Thông thường, di sản dùng vào việc thờ cúng được

chuyển giao cho người nối dõi hay được coi là nối dõi người đã chết để sử dụng thu hoa lợi dùng vào việc thờ cúng cho người để lại hương hoá và những người theo quan hệ huyết tộc của người đó. Phần tài sản dùng vào việc thờ cúng không quá 1/5 tổng giá trị tài sản của người để lại di sản đó. Di sản dùng vào việc thờ cúng được coi như trường tồn, do vậy không thể chia thừa kế. Tuy nhiên, di sản dùng vào việc thờ cúng có thể bị mất đi ngoài ý chí của cá nhân do bị tiêu huỷ hay bị trưng dụng do hội đồng gia tộc quyết định hoặc theo quy định của pháp luật. Luật pháp của chế độ thực dân - phong kiến còn quy định trong trường hợp một người vì không có con, cháu hoặc không có con trai thì việc thờ cúng người đó vẫn được thực hiện theo một trong hai hình thức xác lập, chuyển giao ruộng đất dùng vào việc thờ cúng người đó sau khi qua đời, được gọi là *hậu điền* và *kỵ điền*.

Hậu điền và kỵ điền khác nhau về căn cứ xác lập và điều khác *hương hoá*, mặc dù chúng đều được dùng vào mục đích thờ cúng người đã chết và tổ tiên của người đó. Nếu người hưởng hương hoá là con trai,

* PGS, TS. Trường Đại học Luật Hà Nội

cháu trai của người để lại hương hỏa thì đối với người được chuyển giao hậu điền hay ký điền lại là người có thể thuộc dòng họ bên nội hoặc chỉ là người cùng làng (thôn) của người đó.

Đối với hậu điền, trong trường hợp một người vì không có con, cháu, khi còn sống đã hiến ruộng đất cho dòng họ hoặc cho làng để làm công ích với mục đích khi người hiến ruộng đất chết thì dòng họ hoặc làng sẽ cúng giỗ người này. Hình thức xác lập và chuyển giao tài sản dùng vào việc thờ cúng trong trường hợp này gọi là “hậu điền”.

Ký điền là tài sản dùng vào việc thờ cúng, được hình thành do một người không có con trai nên con gái mua ruộng để hiến cho dòng họ của người cha hoặc cho làng với mục đích dòng họ hoặc làng có nghĩa vụ cúng giỗ cho cha, mẹ của người con gái đã hiến ruộng đó.

Như vậy, hậu điền là ruộng đất thuộc di sản của người chết để lại, còn ký điền không phải là ruộng đất thuộc di sản của người chết mà là tài sản của người con gái (do cha mẹ không sinh được con trai) đã hiến cho dòng họ của người cha hoặc cho làng để thực hiện việc cúng giỗ cho cha, mẹ của người con gái đó.

Từ sau năm 1945, việc thờ cúng tổ tiên, ông bà, cha mẹ của công dân được pháp luật thừa nhận và bảo vệ. Đặc biệt là từ khi Pháp lệnh Thừa kế được ban hành (có hiệu lực vào ngày 10/9/1990), di sản dùng vào việc thờ cúng đã được quy định cụ thể. Điều 21 của Pháp lệnh ghi rõ: “Nếu người lập di chúc có để lại di sản dùng vào việc thờ cúng thì di sản đó được coi như di sản chưa chia”. Tuy nhiên, dù có để lại di sản dùng vào việc thờ cúng thì theo nguyên tắc, nếu di sản khác của người chết để lại không bảo đảm thực hiện nghĩa vụ tài sản của người để lại di sản đó với người khác thì di sản dùng vào việc thờ cúng phải được coi là di sản chưa chia và cũng phải đưa vào khối tài sản thanh

toán nghĩa vụ tài sản mà người chết để lại.

Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 1995 quy định về di sản dùng vào việc thờ cúng tại Điều 673 và BLDS năm 2005 quy định về di sản dùng vào việc thờ cúng tại Điều 670. Các điều luật trên có nội dung khác và không được rõ ràng như quy định tại Điều 21 của Pháp lệnh Thừa kế. Theo quy định tại Điều 21 Pháp lệnh Thừa kế thì di sản dùng vào việc thờ cúng là di sản chưa chia. Khi việc thờ cúng không được thực hiện theo di chúc thì những người thừa kế theo pháp luật của người để lại di sản đó có quyền chia di sản đó... Nhưng theo quy định tại các Điều 673 BLDS năm 1995 và 670 BLDS năm 2005 thì di sản dùng vào việc thờ cúng không được chia thừa kế mà chỉ để dùng vào việc thờ cúng. Điều 670 BLDS năm 2005 quy định: “1. Trong trường hợp người lập di chúc có để lại một phần di sản dùng vào việc thờ cúng thì phần di sản đó không được chia thừa kế và được giao cho một người đã được chỉ định trong di chúc quản lý để thực hiện việc thờ cúng; nếu người được chỉ định không thực hiện đúng di chúc hoặc không theo thỏa thuận của những người thừa kế thì những người thừa kế có quyền giao phần di sản dùng vào việc thờ cúng cho người khác quản lý để thờ cúng.

Trong trường hợp người để lại di sản không chỉ định người quản lý di sản thờ cúng thì những người thừa kế cử một người quản lý di sản thờ cúng.

Trong trường hợp tất cả những người thừa kế theo di chúc đều đã chết thì phần di sản dùng để thờ cúng thuộc người đang quản lý hợp pháp di sản đó trong số những người thuộc diện thừa kế theo pháp luật.

2. Trong trường hợp toàn bộ di sản của người chết không đủ để thanh toán nghĩa vụ tài sản của người đó thì không được dành một phần di sản dùng vào việc thờ cúng”.

Theo quy định trên, những vấn đề pháp

lý có liên quan đến di sản dùng vào việc thờ cúng cần phải được xác định. Việc xác định những vấn đề pháp lý có liên quan đến di sản dùng vào việc thờ cúng rất quan trọng, vì chúng là cơ sở pháp lý để giải quyết những tranh chấp liên quan đến di sản dùng vào việc thờ cúng. Vì hiện nay ở nước ta không hẳn là không có những nhận thức sai những quy định pháp luật về loại di sản này.

1. Căn cứ xác lập di sản dùng vào việc thờ cúng: Do người lập di chúc định đoạt phần di sản dùng vào việc thờ cúng và chỉ rõ phần tài sản nào được dùng vào việc thờ cúng thì phần di sản đó là phần di sản dùng vào việc thờ cúng. Phần di sản này có thể là khoản tiền cụ thể, có thể là quyền tài sản, có thể là những vật, giấy tờ có giá khác. Về di sản dùng vào việc thờ cúng, không nên hiểu là chỉ những loại tài sản do người chết để lại theo di chúc, không chỉ là những tài sản do người lập di chúc xác định mà còn các loại tài sản khác được dùng vào việc thờ cúng. Điều 670 BLDS quy định về căn cứ xác lập di sản dùng vào việc thờ cúng trong trường hợp cụ thể liên quan đến việc cá nhân người để lại di sản đó với tư cách chủ sở hữu tài sản định đoạt tài sản của mình theo quy định của pháp luật. Như vậy, di sản dùng vào việc thờ cúng của gia đình, dòng họ còn do nhiều người lập di chúc để lại, nhưng xác định loại di sản này trong từng quan hệ độc lập việc người để lại di sản dùng vào việc thờ cúng định đoạt theo di chúc. Ngoài căn cứ xác lập di sản dùng vào việc thờ cúng do người lập di chúc định đoạt trong di chúc, di sản dùng vào việc thờ cúng còn do con, cháu tự sắm sửa trong một năm, nhiều năm để dùng vào việc thờ cúng, thậm chí di sản dùng vào việc thờ cúng còn do các con, cháu trong dòng họ hiến tặng cho nhà thờ họ hoặc di sản dùng vào việc thờ cúng do các thế hệ trước để lại một cách tự nhiên mà không có bất kỳ lời dặn dò hay văn bản xác định đó là di sản dùng vào việc thờ cúng. Có thể khẳng định, di sản dùng vào việc thờ cúng một người,

hay các thành viên đã chết của gia đình, dòng họ được xác lập từ nhiều căn cứ khác nhau, nhưng pháp luật quy định căn cứ xác lập di sản dùng vào việc thờ cúng do một người để lại theo di chúc và căn cứ này có ý nghĩa pháp lý trong việc giải quyết những tranh chấp liên quan đến di sản dùng vào việc thờ cúng do người lập di chúc để lại. Những loại tài sản khác là di sản dùng vào việc thờ cúng được hình thành từ các căn cứ khác nhau, vẫn là di sản dùng vào việc thờ cúng thuộc về một gia đình, trường họ dùng vào việc thờ cúng và loại tài sản này pháp luật không đề cập. Chỉ khi có nhận thức và sự thống nhất trong cách hiểu về di sản dùng vào việc thờ cúng như trên, mới có thể giải quyết được những tranh chấp liên quan đến căn cứ xác lập di sản dùng vào việc thờ cúng theo quy định tại Điều 670 BLDS.

2. Loại tài sản và giá trị tài sản dùng vào việc thờ cúng: Pháp luật không quy định loại tài sản nào được dùng vào việc thờ cúng mà Điều 670 BLDS quy định người lập di chúc có để lại một phần di sản dùng vào việc thờ cúng. Như vậy, tài sản theo quy định tại Điều 163 BLDS đều là đối tượng dùng vào việc thờ cúng. Về ngữ nghĩa của hai nhóm từ được dùng trong điều luật và nhóm từ thường dùng trong cuộc sống cần phải được hiểu đúng. Di sản dùng vào việc thờ cúng và di sản dùng để thờ cúng được hiểu rất khác nhau.

Di sản dùng vào việc thờ cúng được hiểu là tài sản được dùng vào mục đích thờ cúng. Tài sản này không nên hiểu theo nghĩa cơ học của chính nó mà phải hiểu bản chất tài sản, có chứa đựng bản chất giá trị tài sản dùng vào việc thờ cúng. Như vậy, di sản dùng vào việc thờ cúng trước hết là tài sản, tài sản này xét về giá trị phục vụ cho mục đích thờ cúng. Loại tài sản dùng vào việc thờ cúng không đồng nhất về cơ cấu hoá, lý, sinh nhưng đồng nhất về mặt tài sản được dùng với mục đích thờ cúng.

Di sản để thờ cúng: Nếu hiểu theo nghĩa vật chất của tài sản thì không phải vật nào cũng được dùng để thờ cúng. Vật (tài sản) được dùng để thờ cúng là vật được sử dụng trực tiếp để thờ cúng: Mâm cỗ, hoa, quả, rượu, nước, hương (nhang), nến, câu đối, lục bình, chân dung (ảnh) của những người đã chết, câu đối, rèm bàn thờ và bàn thờ... Còn những tài sản tồn tại dưới dạng vật chất cụ thể khác không thể đặt lên bàn thờ để thờ cúng: Xe hơi, xe mô tô, quyền sử dụng đất, quyền tác giả các sản phẩm thuộc quyền sở hữu trí tuệ, quyền đòi bồi thường thiệt hại, quyền đòi nợ, quyền hưởng khoản tiền bảo hiểm, một con vật nuôi cụ thể còn sống... Tuy nhiên, cách đặt vấn đề trên đây không nhằm mục đích phủ định những loại tài sản trên không thể được dùng vào việc thờ cúng. Cách giải thích từ ngữ trên đây là nhằm để xác định nghĩa của từ: *Di sản dùng vào việc thờ cúng và di sản để thờ cúng rất khác nhau.* Di sản dùng vào việc thờ cúng là tài sản, do vậy xe hơi, mô tô, con trâu, máy cày, quyền sử dụng đất, quyền tài sản là thành phần của di sản dùng vào việc thờ cúng nhưng chúng không phải là di sản được dùng trực tiếp để thờ cúng mà phải quy đổi giá trị để mua sắm lễ vật dùng để thờ cúng theo tôn giáo, theo phong tục.

Về giá trị kinh tế của di sản dùng vào việc thờ cúng: Nội dung Điều 670 BLDS không quy định cụ thể giá trị kinh tế của di sản dùng vào việc thờ cúng chiếm tỉ lệ nhất định nào trong tổng giá trị khối di sản của người chết để lại, do vậy xung quanh vấn đề di sản dùng vào việc thờ cúng (xét về kinh tế) theo tỉ lệ nào trong giá trị di sản của người chết để lại là hợp lý? Về vấn đề này, chúng tôi có những cách hiểu theo lập luận sau:

Cách hiểu thứ nhất, nếu theo câu chữ tại Điều 670 BLDS thì hiểu một phần di sản dùng vào việc thờ cúng là một phần nhỏ trong tổng giá trị tài sản (di sản) do người lập di chúc để lại. Theo cách hiểu này thì

một phần di sản dùng vào việc thờ cúng được xác định căn cứ vào cách chia di sản của người chết thành nhiều phần bằng nhau, chọn cách chia thành một trăm phần, theo đó một phần không thể lớn hơn năm mươi phần trăm của tổng giá trị di sản của người lập di chúc để lại. Nếu phần di sản dùng vào việc thờ cúng lớn hơn 1/2 tổng giá trị di sản của người chết để lại thì khi đó là phần lớn mà không thể hiểu là một phần. Cách hiểu này về hình thức tương đối phù hợp với thực trạng của đời sống xã hội.

Cách hiểu thứ hai, phủ nhận cách hiểu thứ nhất ở những căn cứ pháp luật quy định quyền tự định đoạt của chủ sở hữu tài sản. Với tư cách là chủ sở hữu tài sản, người lập di chúc có quyền định đoạt tài sản của mình theo di chúc cho người thừa kế, để lại di sản dùng vào việc thờ cúng theo luật định. Như vậy, người lập di chúc có quyền định đoạt một phần hoặc toàn bộ tài sản của mình sau khi chết để dùng vào việc thờ cúng. Quyền tự định đoạt của người lập di chúc định đoạt tài sản dùng vào việc thờ cúng chỉ bị hạn chế trong hai trường hợp:

Trường hợp thứ nhất, nếu sự định đoạt đó vi phạm quyền thừa kế không phụ thuộc vào nội dung của di chúc theo quy định tại Điều 669 BLDS. Nếu người lập di chúc định đoạt phần lớn hoặc toàn bộ di sản dùng vào việc thờ cúng mà xâm phạm đến quyền được hưởng 2/3 suất thừa kế được chia theo pháp luật của cha, mẹ, vợ, chồng, các con dưới 18 tuổi và các con tuy đã thành niên mà không có khả năng lao động thì trước hết tính phần thừa kế cho những người này theo quy định tại Điều 669 BLDS, phần còn lại là di sản dùng vào việc thờ cúng.

Trường hợp thứ hai, quyền của người lập di chúc định đoạt di sản dùng vào việc thờ cúng bị hạn chế trong trường hợp toàn bộ tài sản của người đó để lại không đủ để thanh toán nghĩa vụ tài sản của người đó thì không được dành một phần di sản dùng vào việc thờ cúng (khoản 2 Điều 699 BLDS).

Với những quan điểm khác nhau về một phần di sản dùng vào việc thờ cúng trên đây, sự cần thiết phải xác định phần di sản dùng vào việc thờ cúng nên được hiểu như thế nào cho phù hợp? Chúng tôi đồng ý với cách hiểu thứ hai về di sản dùng vào việc thờ cúng đã được lập luận trên đây. Tuy nhiên, cần phải xác định di sản dùng vào việc thờ cúng được quy định tại Điều 669 BLDS nên được hiểu như thế nào cho phù hợp với bản chất pháp luật quy định về loại di sản này. Cách hiểu thứ nhất về một phần di sản dùng vào việc thờ cúng mà chỉ dựa trên góc độ toán học thì không toàn diện. Tìm hiểu pháp luật mà chỉ dùng phương pháp toán học để lý giải vấn đề đặt ra thì không thể giải quyết thoả đáng. Pháp luật không những điều chỉnh những quan hệ xã hội thuộc đối tượng của luật mà còn có ý nghĩa phản ánh bản chất của quan hệ xã hội do nó điều chỉnh. Như vậy, một phần di sản dùng vào việc thờ cúng không nên hiểu theo cách chia nhỏ tổng giá trị di sản của người chết thành nhiều phần bằng nhau để có căn cứ xác định một phần theo cách chia nhỏ tài sản. Hiểu như vậy không thoả đáng, vì đã máy móc hiểu bản chất của vấn đề di sản dùng vào việc thờ cúng và quyền tự do định đoạt ý chí của người có để lại di sản dùng vào việc thờ cúng. Phần di sản dùng vào việc thờ cúng được hiểu là phạm vi giá trị di sản đó và di sản đó chỉ được dùng với mục đích duy nhất là dùng vào việc thờ cúng. Quyền định đoạt của người lập di chúc định đoạt mục đích sử dụng của di sản này chỉ bị hạn chế trong hai trường hợp như cách hiểu thứ hai trên đây. Ngoài ra, quyền định đoạt của người lập di chúc định đoạt tài sản dùng vào việc thờ cúng không bị ràng buộc vào bất kỳ quy định nào khác, trừ trường hợp di sản đó bị tiêu huỷ do có sự biến pháp lý tuyệt đối (bão lụt, động đất, hiện tượng thiên tai khác... và chiến tranh). Với những lập luận này, chúng tôi bảo vệ cách hiểu thứ hai về di sản dùng vào việc thờ cúng với nhận định: Người lập

di chúc có quyền để lại toàn bộ tài sản của mình để dùng vào việc thờ cúng. Quyền của người định đoạt di sản này chỉ bị hạn chế theo quy định tại Điều 669 và khoản 2 Điều 670 BLDS.

Với những lập luận trên, cũng nhằm phù hợp ý kiến cho rằng di sản dùng vào việc thờ cúng chỉ là một phần nhỏ trong tổng giá trị di sản của người chết để lại, vì di sản của người chết để lại phải được dùng vào sản xuất kinh doanh, phát sinh lợi nhuận để tránh lãng phí. Ý kiến này chỉ là sự suy đoán, bởi vì di sản dùng vào việc thờ cúng vẫn có thể được dùng để khai thác về mặt thương mại. Pháp luật không cấm dùng tài sản thờ cúng vào sản xuất kinh doanh, miễn sao di sản đó được dùng với mục đích thờ cúng.

3. Nghĩa vụ của người thực hiện thờ cúng theo di chúc và theo thoả thuận của những người thừa kế

- *Thực hiện nghĩa vụ thờ cúng theo di chúc*: Người được chỉ định quản lý di sản dùng vào việc thờ cúng để thực hiện nghĩa vụ thờ cúng theo sự định đoạt của người lập di chúc thì phải thực hiện nghĩa vụ của mình. Tuy nhiên, nếu người được chỉ định quản lý di sản dùng vào việc thờ cúng và thực hiện việc thờ cúng nhưng lại không thực hiện nghĩa vụ đó thì những người thừa kế có quyền giao phần di sản dùng vào việc thờ cúng cho người khác quản lý để thờ cúng. Cách thức chuyển giao di sản cho người khác quản lý dùng vào việc thờ cúng theo thoả thuận của những người thừa kế thì người được chỉ định có nghĩa vụ quản lý di sản đó để dùng vào việc thờ cúng theo thoả thuận. Như vậy, chủ thể quản lý di sản dùng vào việc thờ cúng được xác định dựa trên một trong hai căn cứ: Theo sự chỉ định của người lập di chúc để lại di sản đó và theo thoả thuận của những người thừa kế của người để lại di sản.

- *Thực hiện nghĩa vụ thờ cúng theo chỉ*

định của những người thừa kế theo pháp luật: Theo đoạn 2 khoản 1 Điều 670 BLDS thì “trong trường hợp người để lại di sản không chỉ định người quản lý di sản thờ cúng thì những người thừa kế cử một người quản lý di sản thờ cúng”. Những người thừa kế được quy định là những người thừa kế theo pháp luật của người để lại di sản thờ cúng. Kháng định này dựa trên cơ sở của phong tục, truyền thống thờ cúng những người thân thích đã tồn tại từ ngàn xưa trong nhân dân ta. Theo phong tục thì những người ngoài dòng tộc không có nghĩa vụ thờ cúng người thuộc dòng tộc khác.

Theo quy định tại khoản 1 Điều 670 BLDS, nếu người được chỉ định không thực hiện đúng di chúc hoặc không theo thoả thuận của những người thừa kế thì những người thừa kế có quyền giao phần di sản dùng vào việc thờ cúng cho người khác quản lý để thờ cúng.

Theo quy định trên, sự cần thiết phải xác định hành vi của người được chỉ định không thực hiện đúng di chúc hoặc không theo thoả thuận của những người thừa kế trong việc thực hiện nghĩa vụ thờ cúng?

Trước hết, người được chỉ định quản lý di sản dùng vào việc thờ cúng phải thực hiện nghĩa vụ đúng với nội dung của di chúc, do người để lại di sản đó yêu cầu. Như vậy, hành vi của người vi phạm nghĩa vụ thờ cúng được xác định do người đó đã không thực hiện đúng với nội dung của di chúc sử dụng di sản thờ cúng, để có căn cứ xác định người quản lý vi phạm nghĩa vụ thờ cúng.

Thứ hai, người quản lý di sản không thực hiện nghĩa vụ thờ cúng theo thoả thuận của những người thừa kế, là căn cứ để xác định người quản lý di sản thờ cúng vi phạm nghĩa vụ thờ cúng.

Việc thờ cúng phải được tiến hành như thế nào, pháp luật không quy định và không thể quy định vì tính phong phú của phong

tục, lễ giáo, tôn giáo... Theo chúng tôi, pháp luật thừa nhận và bảo vệ quan hệ về di sản thờ cúng trong nhân dân như một nét văn hoá, phong tục. Tuy nhiên, việc thờ cúng được hiểu là phong tục, nghi lễ phản ánh tình cảm của các con, các cháu với tổ tiên, ông bà, cha mẹ và những người thân thích khác đã chết cũng có chung một chuẩn mực, cho dù người thờ cúng tổ tiên thuộc dân tộc nào.

Ngày cúng giỗ người chết luôn luôn được xác định vào thời gian nhất định, vào đúng ngày trong tháng người đó đã chết cách đó một năm, ba năm, năm năm, hai mươi năm, năm mươi năm... Việc thờ cúng được thực hiện theo phong tục cúng tuần đầu kể từ ngày người để lại di sản thờ cúng chết. Thờ cúng vào ngày mùng một, ngày rằm hàng tháng, ngày thanh minh hàng năm... Cách thức thờ cúng có bàn thờ, thờ cúng ngoài trời (bàn thờ thiên), thờ cúng tại nơi mai táng người đó, thờ cúng người đó tại chùa... là phụ thuộc vào phong tục của nhân dân trong vùng đó, thậm chí theo quy ước của tôn giáo nhất định... Như vậy, pháp luật không thể quy định về thờ cúng tổ tiên, người đã chết phải tuân theo khuôn khổ cụ thể nào. Người thờ cúng có sắp cỗ hay không sắp cỗ, có hoa, nến, đèn thờ, bài cúng... cúng trong thời gian ngắn hay cúng trong thời gian dài, cúng vào ban ngày, ban đêm... là tùy thuộc vào phong tục nơi dân cư.

Theo chúng tôi, người có nghĩa vụ quản lý di sản dùng vào việc thờ cúng theo chỉ định của người để lại di sản hoặc theo thoả thuận của những người thừa kế cử ra nếu vi phạm những yêu cầu theo di chúc hoặc vi phạm những thoả thuận của những người thừa kế thì người quản lý di sản dùng vào việc thờ cúng bị xác định là vi phạm nghĩa vụ thờ cúng. Việc giao di sản dùng vào việc thờ cúng cho ai quản lý để sử dụng dùng vào việc thờ cúng là do những người thừa kế quyết định theo thoả thuận. Theo đó, khi có tranh chấp phát sinh liên quan đến di sản

dùng vào việc thờ cúng thì cơ quan áp dụng pháp luật phải căn cứ vào nội dung của di chúc định đoạt di sản này hoặc phải căn cứ vào thoả thuận của những người thừa kế của người để lại di sản thờ cúng để giải quyết tranh chấp. Khi giải quyết tranh chấp này, sự cần thiết phải xác định di sản dùng vào việc thờ cúng là loại di sản nào: là một khoản tiền, kim khí quý, đá quý, nhà thờ hay quyền tài sản... của người chết để lại. Khi xác định loại di sản dùng vào việc thờ cúng là vật cụ thể hay quyền tài sản hay một khoản tiền hoặc một khoản lợi tức, những hoa lợi thu được từ tài sản thì việc xác định những lợi ích tài sản thu được từ loại di sản này (nếu có) cũng cần phải xác định. Di sản dùng vào việc thờ cúng còn được xem xét ở dạng “động” mà không nên chỉ xem xét ở dạng “tĩnh” của tài sản.

4. Xử lý di sản dùng vào việc thờ cúng:

Theo quy định tại khoản 1 Điều 670 BLDS thì: “Trong trường hợp tất cả người thừa kế theo di chúc đều đã chết thì phần di sản dùng để thờ cúng thuộc về người đang quản lý hợp pháp di sản đó trong số những người thuộc diện thừa kế theo pháp luật”.

Theo quy định trên, di sản dùng vào việc thờ cúng không phải là loại di sản được coi là trường tồn mà loại di sản dùng vào việc thờ cúng chỉ tồn tại trong một thời hạn nhất định. Thời hạn di sản thờ cúng không được coi là di sản thờ cúng nữa, phụ thuộc vào sự kiện pháp lý tất cả người thừa kế theo di chúc đều đã chết, theo đó phần di sản thuộc về người đang quản lý hợp pháp trong số những người được thừa kế theo các hàng được quy định tại Điều 676 hoặc là người thừa kế thế vị theo quy định tại Điều 677 BLDS. Theo quy định này thì người đang quản lý di sản dùng vào việc thờ cúng cũng đồng thời là người thuộc diện thừa kế theo pháp luật của người để lại di sản là chủ sở hữu của di sản dùng vào việc thờ cúng, nếu tất cả những người thừa kế theo di chúc đều

đã chết. Trong trường hợp này, người là chủ sở hữu di sản có quyền định đoạt di sản theo ý chí của chủ sở hữu, di sản được coi là di sản được dùng vào việc thờ cúng không còn là di sản thờ cúng nữa mà là tài sản thuộc quyền sở hữu riêng của người được xác lập quyền sở hữu đối với loại di sản này, theo quy định của pháp luật. Điều 670 BLDS chỉ quy định về một trường hợp giải quyết di sản dùng vào việc thờ cúng mà không quy định trong trường hợp người quản lý di sản dùng vào việc thờ cúng không thuộc diện thừa kế của người để lại di sản mà tất cả những người thừa kế theo di chúc đều đã chết thì phần di sản dùng để thờ cúng sẽ được giải quyết như thế nào?

Nếu người quản lý di sản dùng vào việc thờ cúng không thuộc diện thừa kế theo pháp luật của người để lại di sản đó mà tất cả những người thừa kế theo di chúc đều đã chết thì di sản dùng vào việc thờ cúng được giải quyết như thế nào, pháp luật không quy định. Người lập di chúc có quyền chỉ định bất kỳ ai, người thuộc diện thừa kế theo pháp luật quản lý di sản dùng vào việc thờ cúng hoặc chỉ định người ngoài diện thừa kế của mình quản lý di sản. Trong trường hợp người lập di chúc chỉ định người ngoài diện thừa kế theo pháp luật quản lý di sản dùng vào việc thờ cúng và tất cả những người thừa kế theo di chúc đều đã chết thì di sản thờ cúng trong trường hợp này không thể thuộc về người quản lý. Theo chúng tôi, để giải quyết di sản dùng vào việc thờ cúng trong trường hợp này, cần thiết phải căn cứ vào nguyên tắc phân chia di sản thừa kế theo pháp luật đối với phần di sản dùng vào việc thờ cúng, vì sự kiện pháp lý phát sinh khi tất cả người thừa kế theo di chúc đều đã chết, phần di sản này được đem chia theo pháp luật. Vì điều kiện tất cả những người thừa kế theo di chúc đều đã chết là một căn cứ chấm dứt nghĩa vụ của người quản lý di sản dùng vào việc thờ cúng đồng thời quyền sở hữu đối với di sản đó ở người đang quản lý

trong số những người thừa kế theo pháp luật. Nhưng trong trường hợp người quản lý di sản dùng vào việc thờ cúng không thuộc diện thừa kế theo pháp luật, di sản đó được trả lại cho những người thừa kế theo pháp luật để họ xử lý theo ý chí của họ. Những người thừa kế trong trường hợp này có hai cách giải quyết:

Thứ nhất, họ tiếp tục thoả thuận với nhau để chỉ định người quản lý di sản và thực hiện nghĩa vụ thờ cúng và không cần tuân theo cách thức giải quyết di sản thờ cúng theo quy định của pháp luật. Cách thức này phù hợp với phong tục thờ cúng và là cách thức khác với quy định của pháp luật, không trái với nguyên tắc của pháp luật dân sự, không trái đạo đức xã hội.

Thứ hai, những người thừa kế trong hàng được hưởng có quyền chia di sản đó theo quy định tại Điều 676 BLDS.

Di sản dùng vào việc thờ cúng theo quy định tại Điều 670 BLDS hiện hành đã phân nào đáp ứng được phong tục tập quán tồn tại từ lâu đời trong nhân dân ta là thờ cúng tổ tiên và những người đã chết trong gia đình, dòng họ. Tuy nhiên, quy định này chưa thật sự phù hợp với quan hệ xã hội hiện đại và chưa đáp ứng triệt để mục đích và phong tục thờ cúng đã như một nét văn hoá độc đáo trong nhân dân. Quy định tại khoản 1 Điều 670 BLDS đã làm rắc rối vấn đề vốn rất đơn giản và rất được phổ biến trong nhân dân. Đó là quy định: “Trong trường hợp tất cả những người thừa kế theo di chúc đều đã chết thì phần di sản dùng vào việc thờ cúng thuộc về người đang quản lý hợp pháp di sản đó trong số những người thuộc diện thừa kế theo pháp luật”. Đây là quy định không những khó hiểu, khó áp dụng và thực tế không thể áp dụng được do quan niệm về phong tục thờ cúng trong nhân dân. Di sản thờ cúng không những chỉ đơn thuần là tài sản mà nó còn là đối tượng thiêng liêng không thể xâm phạm, không thể bán, tặng

cho... hoặc làm cho hao hụt vì nó gắn liền với danh dự của gia đình, dòng họ và thực tế nó không thể bị chiếm đoạt trái với ý chí của cả dòng họ, của các thành viên trong gia đình. Di sản dùng vào việc thờ cúng có thể mất đi do các sự biến pháp lý nhưng ngay lập tức hoặc có thời gian di sản đó lại được khôi phục nhanh chóng với quyết tâm của cả cộng đồng dòng họ, của các con, các cháu của người để lại di sản đó. Thậm chí nó luôn được bổ sung nhiều hơn và đầy đủ hơn theo quan niệm và phong tục thờ cúng trong nhân dân và nó còn được đổi mới, thay thế bằng những di sản khác với mục đích sử dụng trong việc thờ cúng. Như vậy, Điều 670 BLDS cần phải được sửa đổi, bổ sung cho phù hợp hơn với đời sống xã hội và phong tục tốt đẹp đã tồn tại từ rất lâu đời trong nhân dân, trong xã hội Việt Nam, không phụ thuộc vào hoàn cảnh lịch sử, điều kiện kinh tế, xã hội. Nên quy định rõ phạm vi di sản dùng vào việc thờ cúng chiếm tỉ lệ bao nhiêu phần trăm tổng giá trị di sản của người chết để lại; di sản dùng vào việc thờ cúng không những do người lập di chúc định đoạt từ tài sản của mình mà còn được xác định theo thoả thuận của những người thừa kế theo pháp luật của người để lại di sản đó. Ngoài ra, pháp luật nên có quy định thời hạn sử dụng di sản dùng vào việc thờ cúng để tránh sự xáo trộn trong việc sử dụng di sản đó và đồng thời cũng nhằm ngăn chặn những tranh chấp về di sản dùng vào việc thờ cúng trong dòng họ, trong gia đình của người để lại di sản đó nhằm giữ gìn sự bình ổn trong giao lưu dân sự và mối đoàn kết trong nhân dân và đó cũng là mục đích điều chỉnh của pháp luật.

II. Về di tặng

Trước năm 1945, ở nước ta vấn đề di tặng cũng đã được quy định trong các Bộ Dân luật Bắc Kỳ, Dân luật Trung Kỳ và trong các Sắc lệnh điền thổ ngày 21/7/1925 và ngày 29/3/1939. Tuy nhiên, những văn bản pháp luật nói trên đều có những quy

định phân biệt sự tặng giữ với di tặng; được gọi là sinh thời tặng giữ và di tặng nhân tử và đều được coi là cho.

Đối với sinh thời tặng giữ được thực hiện khi người tặng cho còn sống và người được tặng đồng ý nhận. Theo án lệ ở Nam Bộ trước đây thì sự tặng giữ bao giờ cũng có thể bị người tặng giữ bãi bỏ, trừ trường hợp người được tặng giữ đã chuyển giao tài sản tặng giữ cho người thứ ba thông qua một giao ước (hợp đồng). Nhưng theo quy định của Dân luật Bắc Kỳ, Dân luật Trung Kỳ và Sắc lệnh điền thổ nói trên thì sự tặng giữ không thể bị truất bãi. Tuy nhiên, trong trường hợp cụ thể (vợ hoặc chồng vi phạm đạo đức hoặc người vợ đã phạm vào một trong bảy điều “thất xuất” sau: không thể sinh con; dâm dật; không thờ cha, mẹ chồng; lảm điều; trộm cắp; ghen tuông; có ác tật thì sự tặng giữ bị bãi bỏ. Dân luật Trung Kỳ còn quy định: Sự tặng giữ giữa vợ và chồng trong thời kỳ hôn nhân có thể bị truất bãi bất cứ lúc nào và vô điều kiện, mặc dù khi cho đã có điều kiện cấm đòi lại (Điều 798).

Đối với di tặng nhân tử, di tặng nhân tử chỉ có thể thực hiện được sau khi người để lại di tặng chết. Người được di tặng có quyền sở hữu vật di tặng kể từ thời điểm nhận vật. Trong trường hợp người được di tặng chết trước người để lại di tặng thì sự di tặng đó không có hiệu lực thi hành. Theo quy định của pháp luật thì di tặng mang tính chất cá nhân, theo đó người nào được chỉ định đích danh thì được thụ hưởng. Nhưng từ sau năm 1945, ở nước ta không có quy định nào về di tặng. Chỉ đến khi BLDS năm 1995 được ban hành, về di tặng được quy định tại Điều 674. Khi BLDS năm 2005 được ban hành, thay thế BLDS năm 1995, về di tặng được quy định tại Điều 671, có nội dung tương tự như quy định tại Điều 674 BLDS năm 1995, tuy có thay đổi một số từ (Điều 674 BLDS năm 1995 quy định: “nghĩa vụ tài sản của người di tặng”, còn

BLDS năm 2005 quy định: “nghĩa vụ tài sản của người lập di chúc”). Như vậy, về di tặng chỉ được quy định từ BLDS năm 1995 và hiện nay, di tặng được quy định trong BLDS năm 2005.

Trước hết, bản chất của di tặng không phải là hợp đồng tặng cho, bởi vì: Hợp đồng tặng cho là sự thoả thuận giữa người được tặng cho và người tặng cho. Chủ thể tặng cho và chủ thể được tặng cho đều phải còn sống để thể hiện ý chí cho và nhận tài sản. Nhưng di tặng chỉ phát sinh từ cơ sở định đoạt của người có di sản lập di chúc và người được chỉ định nhận di tặng khi người để lại di tặng chết. Người được di tặng chỉ có thể là một người hay nhiều người cụ thể, là người này mà không phải là người khác, tùy thuộc vào sự định đoạt của người có di sản lập di chúc.

Theo nguyên tắc chung của pháp luật thừa kế, kể từ thời điểm mở thừa kế thì toàn bộ tài sản, nghĩa vụ tài sản của người chết để lại được chuyển dịch cho người thừa kế. Di tặng là phần di sản của một người được để lại để tặng cho người khác theo sự định đoạt của người có tài sản đó bằng cách lập di chúc. Quyền của người được chỉ định hưởng di tặng có được đáp ứng ngay hay không được đáp ứng ngay sau khi người để lại di sản chết? Địa vị của người được hưởng phần di tặng có tương tự như địa vị của người thừa kế theo di chúc trong quan hệ nhận di sản thừa kế? Giải đáp những vấn đề đặt ra, cần thiết phải xác định phạm vi và tính chất của di tặng trong mối liên hệ với di sản thừa kế như sau:

I. Di tặng là một phần tài sản trong khối di sản của người chết để lại; việc xác định giá trị của di tặng không thể vượt ra ngoài phạm vi giá trị khối di sản của người chết. Trước hết, phải thanh toán các nghĩa vụ về tài sản của người chết để lại từ khối di sản của người đó và tuân theo thứ tự ưu tiên đã được quy định tại Điều 683 BLDS năm

2005, phần di tặng được trừ từ di sản còn lại đó. Người được di tặng không phải là người được thừa kế di sản mà được hiểu là người có quyền tài sản từ khối di sản của người để lại di tặng. Như vậy, di tặng chỉ phát sinh từ căn cứ duy nhất - từ di chúc. Thực chất, phần di tặng đã được xác định theo sự định đoạt của người lập di chúc vẫn thuộc về người được di tặng; theo đó phần di sản sau khi đã trừ đi phần di tặng còn lại là di sản được chia thừa kế. Nhưng trong trường hợp toàn bộ di sản của người chết để lại không đủ để thanh toán nghĩa vụ về tài sản của người di tặng thì phần di tặng khi đó cũng được dùng để thực hiện phần nghĩa vụ còn lại của người này. Người được di tặng là ai cần phải được đặt ra, vì lợi ích của người được di tặng có sự liên quan trực tiếp đến lợi ích của những người được thừa kế không phụ thuộc vào nội dung của di chúc, theo quy định tại Điều 669 BLDS năm 2005. Nếu người được di tặng là người không thuộc diện thừa kế theo pháp luật thì phần người này được di tặng được khấu trừ để bảo đảm lợi ích của những người được thừa kế không phụ thuộc vào nội dung của di chúc; nếu phần di tặng đó chiếm phần lớn giá trị di sản của người lập di chúc. Phương thức trên cũng được áp dụng đối với người được di tặng khác đồng thời là người thuộc diện thừa kế theo pháp luật của người để lại di tặng. Trong trường hợp người được di tặng đồng thời là người thừa kế không phụ thuộc vào nội dung của di chúc mà giá trị phần di tặng đó ảnh hưởng trực tiếp đến lợi ích của những người khác - người thừa kế không phụ thuộc vào nội dung của di chúc thì giá trị di tặng do người này được hưởng cũng bị khấu trừ để bảo đảm lợi ích của những người nói trên (Điều 669 BLDS năm 2005).

2. Trong trường hợp toàn bộ khối di sản của người để lại di tặng chỉ còn một phần ngang bằng với phần di tặng hoặc thấp hơn phần di tặng xác định được (theo giá trị) sau khi đã thanh toán các nghĩa vụ về tài sản của

người chết để lại, thanh toán cho những người thừa kế không phụ thuộc vào nội dung của di chúc (nếu có) thì phần tài sản còn lại đó thuộc về người được di tặng. Tuy nhiên, theo Điều 671 BLDS năm 2005 thì: “Di tặng là việc người lập di chúc dành một phần di sản để tặng cho người khác. Việc di tặng phải được ghi rõ trong di chúc”. Một phần di sản mà người lập di chúc dành để di tặng cho người khác hưởng có thể được định lượng bằng một khoản tiền, có thể được chỉ định đích xác một vật cụ thể, khác tiền. Việc giải quyết di tặng trong tình huống trên cần phải dựa vào sự định đoạt của người để lại di tặng là tiền hay là vật khác tiền? Để giải quyết thoả đáng các tình huống trên, cần phải xác định rõ những trường hợp sau đây:

Di tặng là vật vẫn còn tồn tại vào thời điểm mở thừa kế, sau khi đã thanh toán toàn bộ khoản nợ của người chết để lại thì vật đó thuộc về người được di tặng. Ngược lại, vật mà người lập di chúc đã chỉ định dùng để di tặng không còn tồn tại vào thời điểm mở thừa kế của người để lại vật đó thì việc di tặng sẽ không thể thực hiện được (do đối tượng của di tặng không còn). Đối tượng của di tặng là vật (khác tiền) phải được hiểu là vật đặc định hoặc vật đã được đặc định hoá. Việc di tặng cũng không thể thực hiện được trong trường hợp vật được người lập di chúc chỉ định để di tặng cho một người hoặc di tặng cho nhiều người đã được dùng toàn bộ để thanh toán nghĩa vụ về tài sản của người đó với người khác.

Di tặng là một khoản tiền nhất định mà người di tặng đã ghi rõ trong di chúc và di sản vẫn còn thì người được di tặng hưởng khoản tiền đã xác định từ di sản.

Nhưng trong trường hợp toàn bộ di sản của người để lại di tặng không đủ để thanh toán nghĩa vụ về tài sản của người đó thì cho dù di tặng được xác định là một vật hay là một khoản tiền thì chúng đều được dùng để thanh toán nghĩa vụ về tài sản của người

chết để lại (quyền của các chủ nợ được ưu tiên thanh toán).

3. Người được di tặng có quyền nhận và cũng có quyền từ chối quyền hưởng di tặng mà không hạn chế quyền định đoạt như đối với người thừa kế. Người được di tặng không phải là người thừa kế theo di chúc và theo pháp luật của người để lại di tặng. Người thừa kế theo di chúc hay người thừa kế theo pháp luật chỉ được hưởng di sản sau khi đã thanh toán toàn bộ nghĩa vụ về tài sản của người chết để lại từ di sản của chính người đó. Người được di tặng không phải dùng di tặng để thanh toán nghĩa vụ tài sản của người chết, nếu di sản khác của người để lại di tặng vẫn còn đủ để thanh toán. Phần di tặng liên quan đến sự từ chối quyền hưởng của người được di tặng là di sản để chia thừa kế theo pháp luật - tương tự như phần di sản liên quan đến phần di chúc không có hiệu lực thi hành.

4. Quan hệ giữa người được di tặng với những người thừa kế khác là quan hệ giữa bên có quyền tài sản đối với bên thực hiện nghĩa vụ trong phạm vi di sản của người chết để lại di tặng. Người được di tặng không phải là chủ nợ của người để lại di sản. Phần di tặng không phải là một khoản trả nợ được chuyển giao cho người thừa kế thực hiện nghĩa vụ trả nợ trong phạm vi di sản, bởi vì nếu di tặng là một khoản nợ sẽ được ưu tiên thanh toán theo quy định tại Điều 683 BLDS năm 2005. Mối quan hệ giữa người được di tặng với những người thừa kế khác là quan hệ nghĩa vụ phát sinh trên cơ sở tự định đoạt ý chí của người để lại di tặng. Người thừa kế phải chuyển giao phần di tặng từ di sản của người để lại di tặng là thực hiện nghĩa vụ về tài sản bằng chính tài sản của người để lại di sản để lại nghĩa vụ đó. Điều kiện di sản còn tồn tại là căn cứ phát sinh nghĩa vụ của những người thừa kế chuyển giao phần di tặng cho người có quyền nhận theo sự định đoạt của người để lại di tặng. Nghĩa vụ của người thừa kế đối

với người được di tặng dựa trên căn cứ di chúc hợp pháp.

5. Trong trường hợp người lập di chúc đã định đoạt hết tài sản của mình để di tặng thì việc xác định kỹ phần bắt buộc cho những người thừa kế không phụ thuộc vào nội dung của di chúc được quy định tại Điều 669 BLDS năm 2005, cũng được giải quyết tương tự như trong trường hợp người lập di chúc định đoạt tài sản đối với các trường hợp khác không phải là di tặng. Phần còn lại sau khi đã trừ đi tổng số kỹ phần bắt buộc cho từng người thừa kế không phụ thuộc vào nội dung của di chúc, là phần di tặng được chuyển giao cho người được di tặng.

Những quy định về di tặng, pháp luật chỉ định lượng di sản mà không định tính tài sản, do vậy mọi tài sản xác định được giá trị về kinh tế đều có thể quy đổi thành giá trị của di tặng. Pháp luật quy định như trên nhằm tạo điều kiện cho người lập di chúc định đoạt tài sản của mình một cách tự do nhất và không bị ràng buộc vào tính chất của tài sản mà chỉ quan tâm đến giá trị của tài sản dùng để di tặng. Tuy nhiên, trên thực tế và theo truyền thống, phong tục, thói quen thì không phải mọi loại tài sản đều có thể được dùng để di tặng.

Về di tặng, một câu hỏi thực tế được đặt ra và cần phải giải quyết thoả đáng, Điều 671 BLDS năm 2005 quy định cho người lập di chúc có quyền dành một phần di sản để tặng cho người khác nhưng điều luật nói trên lại không quy định tính chất của phần di tặng đó. Như vậy, nếu theo sự suy đoán thông thường thì không phải mọi tài sản của người chết để lại đều được dùng để di tặng. Tài sản dùng để di tặng chỉ bao gồm những vật (tài sản) có giá trị kinh tế nhỏ mang ý nghĩa tinh thần là cơ bản và nó được xem như vật kỷ niệm dành cho người được di tặng. Cách hiểu như trên không đúng với nội dung của Điều 671 BLDS năm 2005, bởi vì tại khoản 1 Điều 671 BLDS đã quy định di

tặng là: “việc người lập di chúc dành một phần di sản để tặng cho người khác”. Nếu viện theo quy định tại Điều 163 BLDS năm 2005 thì các quyền tài sản của một người cũng là tài sản của người đó. Như vậy, quyền sử dụng đất của cá nhân cũng là tài sản và theo đó nó cũng có thể là đối tượng của di tặng (tuy nhiên phải phù hợp với những điều kiện do BLDS và Luật Đất đai quy định). Từ cách đặt vấn đề như trên thì di sản dùng để di tặng được hiểu không những bao gồm vật đặc định hoặc vật được đặc định hoá, khoản tiền mà còn là các quyền tài sản khác của người để lại di chúc nhằm để di tặng quyền đó cho người khác. Ngoài ra, người được di tặng không thể hiểu chỉ có thể là cá nhân. Cách hiểu như vậy không đúng, vì pháp luật không quy định người được di tặng chỉ có thể là cá nhân.

Theo cách hiểu về tài sản và di tặng như trên thì đối tượng của việc di tặng được xác

định trong phạm vi rộng bao gồm:

- Tài sản là vật đặc định hoặc tài sản được đặc định hoá;

- Các quyền tài sản của một người bao gồm: Quyền sử dụng đất, số dư trên tài khoản gửi tổ chức tín dụng bằng tiền Việt Nam (VNĐ), ngoại tệ, các trái phiếu, các giấy tờ có giá khác, quyền tài sản phát sinh từ quyền tác giả, quyền sở hữu công nghiệp, quyền đòi nợ, quyền nhận số tiền bảo hiểm, các quyền tài sản khác phát sinh từ hợp đồng hoặc từ các căn cứ pháp lý khác, quyền đối với phần vốn góp trong doanh nghiệp... Di tặng là một phần trong khối di sản của một người để lại khi qua đời, sau khi đã thanh toán toàn bộ nghĩa vụ về tài sản của người để lại di sản đó với người khác mà phần di sản còn lại đó vẫn bảo đảm được quyền của những người thừa kế không phụ thuộc vào nội dung của di chúc ■

CẦN BỔ SUNG...

(Tiếp theo trang 30)

phải được nâng cao, đổi mới. Cần nhận thức trong mỗi giai đoạn khác nhau, công tác giáo dục quốc phòng, an ninh, trật tự, ATXH có mục tiêu, cách thức tiến hành khác nhau. Trong bối cảnh công tác bảo đảm an ninh, trật tự đang còn nhiều khó khăn, phức tạp như hiện nay và để đạt được mục tiêu: “nâng cao nhận thức, trách nhiệm của cán bộ, đảng viên và nhân dân về phòng, chống tội phạm” như Chỉ thị số 48-CT/TW của Bộ Chính trị đã đặt ra, công tác giáo dục kiến thức GGTT, ATXH cần được coi trọng, đổi mới toàn diện cả về hình thức và nội dung. Do đó, với vai trò là cơ sở pháp lý cao nhất điều chỉnh trực tiếp hoạt động này, trước hết Luật Giáo dục quốc phòng - an ninh phải quy định rõ phạm vi điều chỉnh của Luật là giáo dục, bồi dưỡng kiến thức quốc phòng,

ANGG, trật tự, ATXH. Việc quy định như vậy cũng bảo đảm đồng bộ với hệ thống văn bản quy phạm pháp luật có liên quan và khắc phục những hạn chế, thiếu sót của công tác giáo dục quốc phòng, an ninh, trật tự, ATXH. Trong quá trình xây dựng Dự án Luật, cần tránh khuynh hướng đánh đồng, gò ép việc giáo dục an ninh với giáo dục trật tự, ATXH là một; phải coi trọng việc giáo dục trật tự, ATXH như công tác giáo dục quốc phòng, an ninh; quy định các hình thức tuyên truyền, giáo dục về đạo đức, lối sống, pháp luật, ý thức và trách nhiệm phòng, chống tội phạm, bảo vệ an ninh, trật tự phong phú, sinh động, thiết thực, hiệu quả để góp phần xây dựng lối sống lành mạnh và ý thức chấp hành pháp luật trong cán bộ, đảng viên và nhân dân; gắn giáo dục, tuyên truyền với việc tạo điều kiện cho cá nhân, tổ chức thực hiện quyền, nghĩa vụ trong công tác đấu tranh phòng, chống VPPL và tội phạm ■

TRÁCH NHIỆM CỦA NHÀ NƯỚC TỪ HIỆN TƯỢNG CÔNG TY THỰC TẾ

PHẠM THỊ HƯƠNG GIANG*

Nền kinh tế đang chuyển đổi ở nước ta hiện nay có nhiều hiện tượng bất thường mà trong quá trình phát triển, pháp luật chưa dự liệu được đầy đủ. Một trong số chúng là hiện tượng công ty thực tế. Việc xuất hiện của hiện tượng này đặt ra mấy thách thức sau: thứ nhất, thách thức Nhà nước trong việc bảo đảm tuân thủ pháp luật về đăng ký kinh doanh (ĐKKD) nhằm công khai hóa công ty trước cộng đồng; thứ hai, thách thức Nhà nước trong việc bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của người thứ ba trước các công ty thực tế; thứ ba, thách thức Nhà nước trong việc bảo đảm sự bình đẳng giữa các thương nhân trong việc thực hiện các nghĩa vụ đối với cộng đồng; và thứ tư, thách thức Nhà nước trong việc thu thuế. Sự ý thức được các thách thức này và tìm kiếm phương cách vượt qua chúng không thể không xuất phát từ việc tìm hiểu kỹ hiện tượng này.

Từ thời La Mã cổ đại, *societas* (công ty hay hội) được các luật gia xem là một hợp đồng ưng thuận theo đó hai hay nhiều người thỏa thuận liên kết với nhau trong một công cuộc kinh doanh chung nhằm cùng có lợi; và thường được thành lập nhằm tìm kiếm lợi ích về tài chính¹. Quan niệm này thể hiện rõ việc tự do lập hội để kinh doanh tìm kiếm lợi nhuận. Nói cách khác, công quyền không can thiệp vào sự kết lập thương hội của tư nhân, mà chỉ giữ vai trò trọng tài khi có sự tranh chấp giữa các thành viên của thương hội, bởi theo kỹ thuật pháp lý của luật tư, hợp đồng ưng thuận là loại hợp đồng được giao kết và có hiệu lực tại thời điểm các bên đạt được sự thỏa thuận về các điều kiện của hợp đồng (không đòi hỏi các bên phải tuân

theo một thủ tục giao kết đặc biệt). Sự lớn dần của các thương hội ngày càng có tác động lớn tới cộng đồng, khiến nhà nước phải tìm cách kiểm soát chúng ngay từ quá trình thành lập, nhất là vào thời kỳ đầu của phát triển chủ nghĩa tư bản ở Châu Âu². Nhà nước kiểm soát sự thành lập của các công ty (hay thương hội) bằng cách đặt ra cho chúng một nghĩa vụ quan trọng, cơ bản và đầu tiên là nghĩa vụ ĐKKD (hay đăng ký thương mại). Ngày nay, hầu hết các quốc gia đều yêu cầu các công ty phải ĐKKD. Trước kia, các luật gia Việt Nam xem ĐKKD là một hành vi tư pháp khẳng định tư cách pháp lý độc lập của thương nhân và khả năng được pháp luật bảo vệ trên thương trường³. Tuy nhiên, ngày nay, do ĐKKD được thực hiện

* **Viện Nhà nước và Pháp luật - Viện Hàn lâm Khoa học xã hội Việt Nam.**

1 Andrew Borkowski & Paul du Plessis, *Textbook on Roman Law*, Oxford University Press, Third Edition, 2005, p. 286

2 Xem Roger Houin & Michel Pédamon, *Droit Commercial*, Dolloz 11, Paris, 1990, p. 2

3 Nguyễn Như' Phát và Phạm Duy Nghĩa, *Giáo trình luật kinh tế Việt Nam*, Nxb Đại học Quốc gia Hà Nội, 2001, tr. 78

tại các cơ quan ĐKKD thuộc ngành hành pháp nên ĐKKD nhiều khi được quan niệm như một hoạt động quản lý nhà nước đối với công ty hay doanh nghiệp.

Từ yêu cầu ĐKKD, khái niệm công ty thực tế nảy sinh. Có thể chia công ty thực tế thành hai loại là *công ty thực tế* và *công ty được thành lập trên thực tế*:

(1) Công ty thực tế là công ty có ĐKKD nhưng sau đó bị hủy ĐKKD hoặc bị giải thể hoặc đã hết thời hạn hoạt động mà vẫn hoạt động.

(2) Công ty được thành lập trên thực tế là công ty không ĐKKD nhưng các thành viên công ty vẫn ứng xử với nhau như những thành viên của một công ty thực sự mặc dù không ý thức đầy đủ về điều đó.

Điều 7 Luật Thương mại 2005 của Việt Nam có quy định: “Thương nhân có nghĩa vụ ĐKKD theo quy định của pháp luật. Trường hợp chưa ĐKKD, thương nhân vẫn phải chịu trách nhiệm về mọi hoạt động của mình theo quy định của Luật này và quy định khác của pháp luật”.

Như vậy, Luật Thương mại 2005 đã đề cập tới thương nhân được thành lập trên thực tế, tức là thương nhân không thực hiện nghĩa vụ ĐKKD mà vẫn hoạt động. Thương nhân theo quan niệm của luật thương mại bao gồm hai loại là thương nhân thể nhân (hay còn gọi là cá nhân kinh doanh), và thương nhân pháp nhân (hay còn gọi là các công ty hay thương hội). Qua đây có thể thấy, Luật Thương mại 2005 mới chỉ dự liệu về công ty được thành lập trên thực tế, chứ chưa dự liệu về công ty thực tế. Hơn nữa, các quy định nói trên mới chỉ dừng lại ở vấn đề có tính định hướng, chứ chưa dẫn dắt tới các quy định cụ thể hơn về trách nhiệm, do

vậy, rất khó khăn trong việc áp dụng.

Trong thực tiễn, xã hội nào cũng phải đối diện với vấn đề công ty thực tế và công ty được thành lập trên thực tế, giống như phải đối diện với vấn đề hôn nhân thực tế. Tuy nhiên công ty thực tế và công ty được thành lập trên thực tế có tác động xã hội khác hơn và phức tạp hơn so với sự tác động của hôn nhân thực tế. Do đó, các nước khó có thể bỏ qua hiện tượng này. Ở Hoa Kỳ, người ta xây dựng học thuyết về “de factor corporation” nhằm bảo đảm đối xử công bằng đối với người thứ ba bị tác động bởi loại công ty này⁴. Ở Pháp có hệ thống các quy tắc pháp lý khá cụ thể về công ty thực tế (*la société de fait*) và công ty được thành lập trên thực tế (*la société créée de fait*)⁵.

Công ty thực tế và công ty được thành lập trên thực tế tác động tới các quan hệ xã hội trên hai phương diện: bên trong và bên ngoài công ty. Có thể lấy ví dụ khái quát như sau để thấy sự tác động của loại công ty này:

Ông Nguyễn Văn A và bà Đào Thị B liên kết cùng nhau chế biến thực phẩm để bán kiếm lời. Ông A bỏ tiền vốn chạy chợ mua đồ tươi sống mang về để bà B chuyên ở nhà chế biến. Số tiền lãi thu được chia nhau theo một tỷ lệ nhất định. Liên kết kinh doanh này không đăng ký. Xét về thực chất, ông A và bà B cùng nhau góp vốn (ông A góp bằng tiền và công sức chạy chợ; bà B góp bằng công sức và kỹ thuật chế biến thực phẩm), cùng nhau kinh doanh, và cùng nhau chia lãi. Như vậy, họ đã đối xử với nhau như các thành viên của một công ty thực sự. Thế nhưng đối với liên kết này, chúng ta cần phải xem xét một số trường hợp khái quát có thể phát sinh như sau: (1) Một hôm ông A không trả tiền lời cho bà B và đuổi bà B với lập

4 Xem Harry G. Henn & John R. Alexander, *Law of Corporations and Other Business Enterprises*, West Publishing Co., 1983, pp. 329- 336

5 Xem Maurice Cozian & Alain Viandier, *Droit des Societes, Litec, Cinquième édition*, pp. 463- 468

luận bà B chỉ là người làm thuê, trong khi bà B đòi hỏi phải xem mình như một thành viên của mỗi liên kết để được chia tài sản hình thành trong quá trình làm ăn; (2) thực phẩm chế biến có độc tố gây thiệt hại cho khách hàng; (3) ông A nợ tiền bà C, bà D và bà N khi mua đồ tươi sống để chế biến.

Trường hợp khái quát thứ nhất nêu trên liên quan tới mối quan hệ bên trong của liên kết giữa A và B. Trường hợp khái quát thứ hai và thứ ba liên quan tới mối quan hệ bên ngoài của liên kết giữa A và B. Còn một vấn đề quan trọng không thể bỏ qua đó là: liên kết A và B, và cá nhân ông A và cá nhân bà B có thể không bị xem xét tới việc nộp thuế.

Các tranh chấp liên quan tới quan hệ bên trong nêu trên có thể được giải quyết bằng các giải pháp của luật hợp đồng, dù rằng pháp luật không đưa ra giải pháp cụ thể trực tiếp để giải quyết nó. Các tranh chấp liên quan tới mối quan hệ bên ngoài của liên kết A và B ảnh hưởng tới người thứ ba - cộng đồng. Vậy cần có sự can thiệp sâu hơn của Nhà nước.

Ngân hàng Thế giới cho rằng, có hai lý do kinh tế căn bản khiến cho Nhà nước phải can thiệp vào đời sống kinh tế - xã hội: Đó là thất bại của thị trường và mối quan tâm về sự công bằng. Tiếp đó, tổ chức này khuyến nghị Nhà nước cần tăng cường việc cung cấp các hàng hóa công cộng⁶. Theo kinh tế học, hàng hóa công cộng là những hàng hóa và dịch vụ có hai đặc điểm là không loại trừ và không đổi dịch, tức là các cá nhân không thể bị loại trừ từ việc sử dụng hay hưởng lợi từ hàng hóa đó, và khi chúng bị sử dụng bởi một cá nhân không làm suy giảm sự sẵn sàng cho việc sử dụng của các

cá nhân khác⁷. Trong các hàng hóa công cộng này có thể thấy những dịch vụ bảo đảm an ninh, trật tự và an toàn xã hội do Nhà nước cung cấp. Theo quan niệm của Ngân hàng Thế giới, những sức mạnh độc nhất của Nhà nước là quyền lực đánh thuế, cấm đoán, trừng phạt và đòi hỏi tham gia đối với công dân; và quyền đánh thuế của Nhà nước tài trợ cho Nhà nước cung cấp các hàng hóa công cộng⁸. Từ các phân tích này cho thấy, Nhà nước phải quan tâm tới cộng đồng trong việc kiểm soát các công ty thực tế và công ty được thành lập trên thực tế. Việc bỏ qua sự kiểm soát này sẽ gây thiệt thòi đối với cộng đồng và không bảo đảm vai trò và trách nhiệm của Nhà nước. Vấn đề này có thể được xem xét trên hai phương diện xuất phát từ việc phân tích các quan hệ bên trong và bên ngoài của công ty thực tế và công ty được thành lập trên thực tế:

Thứ nhất, nó dẫn đến việc bỏ qua một số khoản thuế nhẽ ra phải thu để bảo đảm sự công bằng và tài trợ cho việc cung cấp hàng hóa công cộng;

Thứ hai, nó có khả năng lớn trong việc gây thiệt hại cho tài sản, tính mạng và sức khỏe của người thứ ba quan hệ với các công ty thực tế và công ty được thành lập trên thực tế như trong trường hợp các khách hàng và chủ nợ (các bà C,D,N) của liên kết A và B nói trên;

Thứ ba, nó có khả năng gây nên sự thiếu công bằng giữa các thành viên của liên kết với nhau như trong trường hợp tranh chấp giữa bà B với ông A; và

Thứ tư, nó có khả năng gây nên sự thiếu công bằng giữa công ty thực tế và công ty

6 *Ngân hàng Thế giới, Nhà nước trong một thế giới đang chuyển đổi (Báo cáo về tình hình phát triển thế giới 1997), Nxb Chính trị Quốc gia, H., 1998, tr. 41- 44*

7 *Bộ Tài chính & Dự án Việt Nam-Canada về quản lý tài chính, Những bài giảng về tài chính công, Nxb Tài chính, H., 2001, tr. 35; Wikipedia, the free encyclopedia, Public Good*

8 *Ngân hàng Thế giới, Nhà nước trong một thế giới đang chuyển đổi (Báo cáo về tình hình phát triển thế giới 1997), tldd, tr. 40*

được thành lập trên thực tế với người thứ ba như trong trường hợp tranh chấp giữa các khách hàng và chủ nợ (các bà C,D,N) với liên kết A và B nói trên.

Trong việc bảo vệ cộng đồng từ sự tác động xấu của các công ty thực tế và công ty được thành lập trên thực tế, Nhà nước cần phải tiến hành các công việc liên quan để bảo đảm trách nhiệm của mình đối với cộng đồng.

Trước hết, Nhà nước phải gắn gũi với xã hội và luôn luôn nắm bắt được các biến động và các hiện tượng tự nhiên, xã hội phát sinh. Hoạt động này có thể thực hiện được dễ dàng qua rất nhiều kênh khác nhau. Là một tổ chức rộng lớn nhất, Nhà nước có một hệ thống các cơ quan và các tổ chức trực thuộc trải rộng trên phạm vi toàn quốc và có khả năng rất lớn trong việc hợp tác với công dân và các tổ chức của họ. Do đó, khả năng nắm bắt thông tin về các biến động xã hội rất cao. Tuy nhiên, sự thiếu thốn về các hiểu biết liên quan đến hiện tượng phát sinh không cho phép đánh giá đúng tầm quan trọng hay sự ảnh hưởng xã hội của nó. Vì vậy Nhà nước nên chú ý tới các thông tin tới từ các kênh như: hoạt động nghiên cứu của các nhà khoa học; truyền thông đại chúng; xét xử của tòa án; xử lý khiếu nại, tố cáo; và kinh nghiệm nước ngoài... Việc quản lý xã hội bằng pháp luật không có nghĩa là chỉ quan tâm tới các vấn đề pháp luật đã quy định. Công ty thực tế và công ty được thành lập trên thực tế không được nhà làm luật dự liệu đúng và đầy đủ bởi thiếu thông tin và hiểu biết về các hiện tượng này.

Nhà nước là một tổ chức có quyền lực bao quát toàn xã hội, độc quyền trong việc ban hành pháp luật, do đó cần xem xét tới

một cách thích đáng nhu cầu điều chỉnh pháp luật đối với các hiện tượng xã hội mới phát sinh khi đã có các thông tin và hiểu biết đầy đủ về nó. Nhu cầu này không phải trong trường hợp nào cũng được đáp ứng ngay lập tức bởi lập pháp hay lập pháp ủy quyền mà được đáp ứng bởi tư pháp. Như vậy, tư pháp không chỉ đơn thuần là áp dụng các quy tắc do nhà làm luật dựng sẵn mà còn chủ động giải quyết các tranh chấp phát sinh trong đời sống xã hội mà nhà làm luật chưa tiên liệu được. Điều đó có nghĩa là cần thừa nhận và sử dụng án lệ để đáp ứng các nhu cầu điều chỉnh pháp luật mới phát sinh. Trong các tranh chấp liên quan tới công ty thực tế và công ty được thành lập trên thực tế, tòa án có thể đưa ra các phán quyết có thể dựa trên các học thuyết pháp lý hoặc lẽ công bằng. Chẳng hạn coi liên kết A và B là một công ty dự phần không có tư cách pháp nhân và các thành viên của nó phải chịu trách nhiệm liên đới và hạn định đối với các khoản nợ. Ngân hàng Thế giới đưa ra số liệu: “Tại các nước đang phát triển, hơn 70% số các nhà doanh nghiệp nói rằng tình trạng không thể đoán biết trước được của hoạt động tư pháp là một vấn đề lớn trong hoạt động kinh doanh của họ”⁹. Tư pháp tốt trước hết phải có trách nhiệm trong việc tiếp nhận các tố quyền của người dân và xét xử dù pháp luật chưa dự liệu được trường hợp tranh chấp đó, ví dụ như tranh chấp liên quan tới các quan hệ trong và ngoài của công ty thực tế và công ty được thành lập trên thực tế như trên đã nói. Muốn hoàn thành trách nhiệm này, nguồn của pháp luật phải được quan niệm rộng rãi hơn. Sau đó thẩm phán xét xử phải vô tư, khách quan và chỉ tuân theo pháp luật.

Thuế là phương thức tài trợ quan trọng nhất của việc cung cấp hàng hóa công cộng,

9 Ngân hàng Thế giới, Nhà nước trong một thế giới đang chuyển đổi (Báo cáo về tình hình phát triển thế giới 1997), t1đđ, tr. 53

Nhà nước có độc quyền trong việc thu thuế và có vai trò quan trọng trong việc cung cấp hàng hóa công cộng, vì vậy, Nhà nước không thể bỏ qua các khoản thu nhẽ ra phải thu. Vì thế, Nhà nước nên xem xét tới vấn đề thuế liên quan tới các công ty thực tế và công ty được thành lập trên thực tế.

Đã có những quan điểm cực đoan cho rằng, Nhà nước yêu cầu phải đăng ký kết hôn, nếu không thực hiện thì tuyệt nhiên không thể xem nam nữ kết hôn không đăng ký là vợ chồng. Cũng như vậy, công ty không ĐKKD không thể xem đó là công ty. Quan niệm đó không góp phần giải quyết các tranh chấp về tài sản, con chung của đôi nam nữ đó, và càng khó giải quyết đối với trường hợp công ty thực tế và công ty được thành lập trên thực tế khi người thứ ba ngay tình quan hệ với công ty đó và trở thành chủ nợ của công ty. Nếu coi công ty như vậy không tồn tại thì khác gì câu chuyện chủ nợ không có con nợ. Vì vậy, Nhà nước luôn

luôn phải có quan điểm thực tế, nhìn nhận hiện tượng đúng với vị trí của nó. Trong trường hợp công ty thực tế và công ty được thành lập trên thực tế, Nhà nước phải xuất phát từ giác độ của chủ nợ với nguyên tắc công bằng và bảo vệ quyền sở hữu của công dân. Nghĩa vụ ĐKKD phải được giải thích từ mục đích bảo vệ người thứ ba trong quan hệ luật tư, chứ không thể giải thích theo quan niệm nghĩa vụ của công ty đối với Nhà nước và xuất phát từ cách hiểu sai lệch về quản lý nhà nước đối với doanh nghiệp.

Trách nhiệm lớn nhất của Nhà nước là việc tạo lập ra một hệ thống pháp luật dự liệu được các tranh chấp xảy ra trong tương lai và cung cấp các giải pháp cho việc giải quyết các tranh chấp đó. Các giải pháp liên quan tới việc giải quyết các tranh chấp trong và ngoài công ty thực tế và công ty được thành lập trên thực tế cần được bổ sung vào các đạo luật như Luật Thương mại 2005, Luật Doanh nghiệp 2005 và Bộ luật Dân sự 2005■



Trẻ em ở đảo Song Tử Tây

Hoàn thiện Luật Bảo vệ Môi trường 2005 Nhìn từ yêu cầu phát triển bền vững

VÕ THỊ MỸ HƯƠNG*

1. Đánh giá nội dung quy định của Luật Bảo vệ môi trường dưới góc độ phát triển bền vững

1.1. Những kết quả đạt được

Luật Bảo vệ môi trường (BVMT) 2005 có nhiều quy định thể hiện quan điểm phát triển bền vững (PTBV) phù hợp với điều kiện hiện nay.

Một là, khẳng định việc BVMT là sự nghiệp của toàn xã hội, là quyền và trách nhiệm của cơ quan nhà nước, tổ chức, hộ gia đình, cá nhân. Đây là quy định vừa mang tính chính trị, tính pháp lý, vừa mang tính xã hội, bởi lẽ, để bảo vệ thành công môi trường không thể dựa vào từng cá nhân, tổ chức đơn lẻ mà cần phải có sự đồng thuận, liên kết của toàn xã hội. Không ai có thể sống mà không hít thở không khí, một địa điểm bị ô nhiễm môi trường (ONMT) chắc chắn sẽ ảnh hưởng đến các vùng xung quanh; bảo vệ tốt môi trường là hành trang và của cải quan trọng của thế hệ hôm nay dành cho thế hệ mai sau.

Hai là, Luật BVMT 2005 đã cụ thể hóa trách nhiệm của Nhà nước, tổ chức, hộ gia đình, cá nhân trong BVMT. Với tính chất là chủ thể của quyền lực công, Nhà nước đóng vai trò là trung tâm trong việc xây dựng, triển khai các chính sách về BVMT nhằm bảo đảm cho sự PTBV đất nước. Theo đó, chính sách BVMT của Nhà nước bao gồm: sử dụng hợp lý, tiết kiệm tài nguyên thiên nhiên, phát triển năng lượng sạch, năng lượng tái tạo; đẩy mạnh tái chế, tái sử dụng và giảm thiểu chất thải; ưu tiên giải quyết các vấn đề môi trường bức xúc; tập trung xử lý các cơ sở gây ONMT nghiêm trọng; phục hồi môi trường ở các khu vực bị ô nhiễm, suy thoái; chú trọng BVMT đô thị, khu dân cư; ưu đãi về đất đai, thuế, hỗ trợ tài chính cho các hoạt động BVMT và các sản phẩm thân thiện với môi trường; kết hợp hài hòa giữa bảo vệ và sử dụng có hiệu quả các thành phần môi trường cho phát triển...¹. Một trong những nội dung quan trọng của chính sách BVMT là Nhà nước ta đã khẳng định: “đầu tư BVMT là đầu tư phát triển”,

* *Ths. Khoa Luật Đại học Huế*

¹ Điều 5 Luật BVMT 2005.

nghĩa là, Nhà nước coi BVMT là một nội dung phát triển, không như giai đoạn trước đây chấp nhận mọi điều kiện để phát triển. Việc quy định rõ các hành vi bị cấm trong BVMT là tiền đề quan trọng cho việc xây dựng các quy định về xử lý vi phạm pháp luật (VPPL) về BVMT².

Đối với tổ chức, hộ gia đình, cá nhân, họ vừa là người gây ONMT ở những mức độ khác nhau, vừa là người gánh chịu các thiệt hại từ ONMT mang lại, vừa là chủ thể quan trọng của sự nghiệp BVMT quốc gia. Theo quy định của pháp luật hiện hành, tổ chức, hộ gia đình, cá nhân gây ô nhiễm, suy thoái môi trường có trách nhiệm khắc phục, bồi thường thiệt hại và chịu các trách nhiệm khác theo quy định của pháp luật³.

Ba là, các quy định về tiêu chuẩn môi trường (TCMT) trong Luật BVMT 2005 là cơ sở pháp lý quan trọng cho PTBV. TCMT được xây dựng trên các nguyên tắc: i) đáp ứng mục tiêu BVMT; phòng ngừa ô nhiễm, suy thoái và sự cố môi trường; ii) ban hành kịp thời, có tính khả thi, phù hợp với mức độ phát triển kinh tế - xã hội, trình độ công nghệ của đất nước và đáp ứng yêu cầu hội nhập kinh tế quốc tế; iii) phù hợp với đặc

điểm của vùng, ngành, loại hình và công nghệ sản xuất, kinh doanh, dịch vụ⁴. Bên cạnh đó, Luật BVMT 2005 còn quy định cụ thể về hệ thống TCMT quốc gia, yêu cầu đối với tiêu chuẩn về chất lượng môi trường xung quanh, yêu cầu đối với tiêu chuẩn về chất thải cũng như quy định về thẩm quyền ban hành và công bố áp dụng TCMT quốc gia để theo dõi và đánh giá hiện trạng môi trường nước ta đáp ứng các yêu cầu về PTBV.

Để bảo đảm thực thi TCMT trong thực tiễn, pháp luật BVMT Việt Nam đã: i) đưa yêu cầu BVMT vào trong toàn bộ quá trình phát triển ở tầm quốc gia thông qua quy định về đánh giá môi trường chiến lược cũng như quá trình lập, phê duyệt, triển khai các dự án đầu tư thông qua quy định về đánh giá tác động môi trường⁵; ii) cụ thể hóa yêu cầu BVMT theo ngành, lĩnh vực kinh doanh như: công nghiệp⁶, xây dựng⁷, giao thông vận tải⁸, thương mại⁹, khai thác khoáng sản¹⁰, du lịch¹¹, nông nghiệp¹², thủy sản¹³ kết hợp với quy định về BVMT theo địa bàn và khu vực như: khu vực đô thị¹⁴, khu dân cư tập trung¹⁵, nơi công cộng¹⁶, bệnh viện và cơ sở y tế khác¹⁷, khu vực sản xuất kinh doanh

2 Điều 7 Luật BVMT 2005.

3 Khoản 5 Điều 4 Luật BVMT 2005.

4 Khoản 1 Điều 8 Luật BVMT 2005.

5 Xem cụ thể tại Chương III từ Điều 14 đến Điều 27 Luật BVMT 2005.

6 Xem từ Điều 35 đến Điều 37 Luật BVMT 2005.

7 Xem Điều 40 Luật BVMT 2005.

8 Xem Điều 41 Luật BVMT 2005.

9 Xem từ Điều 42 đến Điều 43 Luật BVMT 2005.

10 Xem Điều 44 Luật BVMT 2005.

11 Xem Điều 45 Luật BVMT 2005.

12 Xem Điều 46 Luật BVMT 2005.

13 Xem Điều 47 Luật BVMT 2005.

14 Xem Điều 50, 51 Luật BVMT 2005.

15 Xem Điều 51 Luật BVMT 2005.

16 Xem Điều 52 Luật BVMT 2005.

17 Xem Điều 39 Luật BVMT 2005.

dịch vụ tập trung¹⁸, cơ sở sản xuất kinh doanh dịch vụ¹⁹, làng nghề²⁰...

Bốn là, để bảo đảm thực thi pháp luật về BVMT, Luật BVMT 2005 quy định cụ thể về thanh tra, kiểm tra, xử lý VPPL về môi trường. Các chế tài xử lý vi phạm môi trường cũng rất đa dạng như: xử phạt hành chính²¹, bồi thường thiệt hại²² và xử lý hình sự²³. Các quy định này đã tạo thành cơ chế đồng bộ cho việc phát hiện, xử lý nghiêm minh, có hiệu quả và kịp thời các VPPL môi trường.

Bên cạnh quy định về thanh tra, kiểm tra, xử lý VPPL về môi trường, pháp luật BVMT Việt Nam cũng đã quy định cụ thể các công cụ kinh tế về BVMT như quy định các loại phí môi trường nhất là Luật Thuế BVMT được thông qua năm 2010 có hiệu lực từ ngày 01/01/2012 là cơ sở cho việc khuyến khích sản xuất hàng hóa thân thiện với môi trường cũng như tạo nguồn thu quan trọng cho ngân sách nhà nước.

Năm là, pháp luật về BVMT Việt Nam đã góp phần vào việc huy động nguồn lực xã hội để BVMT. Thực tiễn đã chứng minh, phát triển kinh tế, trực tiếp hoặc gián tiếp sẽ có những tác động xấu đến môi trường sinh thái, ảnh hưởng tới đời sống của người dân không chỉ ở thế hệ hiện tại mà cả thế hệ tương lai. Do đó, việc huy động nguồn lực xã hội để BVMT là chủ trương đúng đắn và

thực sự đã mang lại hiệu quả rất lớn. Các tổ chức xã hội đã trở thành lực lượng chủ đạo trong giám sát thực thi pháp luật về BVMT. Công tác xã hội hóa nhiệm vụ BVMT đã phát huy tác dụng trong phản biện xã hội không chỉ đối với việc xây dựng, hoạch định chính sách, pháp luật về BVMT mà còn đối với việc thực thi pháp luật, nhất là việc phát hiện và đưa ra trước pháp luật các vụ VPPL môi trường...

1.2. Bất cập của Luật Bảo vệ môi trường 2005 nhìn từ góc độ phát triển bền vững

Thứ nhất, Luật BVMT chưa có quy định cụ thể về PTBV, nhưng nội dung các quy định về PTBV được quy định rải rác ở nhiều quy định của Luật BVMT. Để tìm hiểu về nội dung PTBV, chúng ta phải “dò tìm” trong từng quy định pháp luật và sau đó đối chiếu với tiêu chí PTBV làm cơ sở cho việc đánh giá mức độ đáp ứng yêu cầu PTBV trong từng quy định cụ thể. Nội dung vấn đề PTBV chưa đủ độ để “phủ” hết nội hàm của khái niệm này dẫn đến tình trạng cơ quan nhà nước có thẩm quyền phải giải thích nội dung PTBV, gây nên tình trạng không thống nhất, chông chéo trong cách hiểu và hướng dẫn về PTBV nhìn từ góc độ BVMT.

Thứ hai, Luật BVMT chưa đủ sức ngăn chặn tình trạng ONMT ngày càng tăng ở nước ta. Bên cạnh các khu công nghiệp và làng nghề gây ONMT, tại các đô thị lớn, tình

18 Xem Điều 36 Luật BVMT 2005.

19 Xem Điều 37 Luật BVMT 2005.

20 Xem Điều 38 Luật BVMT 2005.

21 Xem Nghị định 117/2009/NĐ-CP ngày 31/12/2009 của Chính phủ về xử lý VPPL trong lĩnh vực BVMT.

22 Xem thêm: Võ Thị Mỹ Hương (2012), *Pháp luật về bảo đảm quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại do VPPL môi trường ở Việt Nam*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật số 1/2012, tr 49 - 54.

23 Xem thêm:

- Chương XVII Bộ luật Hình sự năm 1999 (sửa đổi 2009) từ Điều 182 đến Điều 191a. Ngoài các tội theo Bộ luật Hình sự 1999, Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Bộ luật Hình sự năm 2009 bổ sung thêm 3 tội là: Tội vi phạm quy định về phòng ngừa sự cố môi trường (Điều 182a), Tội vi phạm quy định về quản lý chất thải nguy hại (Điều 182b) và Tội nhập khẩu, phát tán các loài ngoại lai xâm hại (Điều 191a).

- TS. Phạm Văn Lợi (Chủ biên, 2004), *Tội phạm về môi trường một số vấn đề lý luận và thực tiễn*, NXB Chính trị quốc gia, Hà Nội.

trạng ô nhiễm cũng ở mức báo động. Đó là ô nhiễm về nước thải, rác thải sinh hoạt, rác thải y tế, không khí, tiếng ồn... Những năm gần đây, dân số ở các đô thị tăng nhanh khiến hệ thống cấp thoát nước không đáp ứng được và xuống cấp nhanh chóng. Nước thải, rác thải sinh hoạt (vô cơ và hữu cơ) ở đô thị hầu hết đều trực tiếp xả ra môi trường mà không có bất kỳ một biện pháp xử lý nào ngoài việc vận chuyển đến bãi chôn lấp. Theo thống kê của cơ quan chức năng, mỗi ngày người dân ở các thành phố lớn thải ra hàng nghìn tấn rác; các cơ sở sản xuất thải ra hàng trăm nghìn mét khối nước thải độc hại; các phương tiện giao thông thải ra hàng trăm tấn bụi, khí độc. Trong tổng số khoảng 34 tấn rác thải rắn y tế mỗi ngày, thì Hà Nội và thành phố Hồ Chí Minh chiếm đến 1/3; bầu khí quyển của Hà Nội và thành phố Hồ Chí Minh có mức benzen và sunfua đioxit đáng báo động. Theo một kết quả nghiên cứu công bố năm 2008 của Ngân hàng Thế giới, trên 10 tỉnh thành phố Việt Nam, xếp theo thứ hạng về ô nhiễm đất, nước, không khí, thành phố Hồ Chí Minh và Hà Nội là những địa bàn ô nhiễm đất nặng nhất. Theo báo cáo của Chương trình môi trường của Liên hiệp quốc, Hà Nội và thành phố Hồ Chí Minh đứng đầu Châu Á về mức độ ô nhiễm bụi²⁴.

Thứ ba, trách nhiệm pháp lý đối với hành vi VPPL môi trường không đủ sức răn đe. Điều này được thể hiện ở tình trạng VPPL môi trường ở Việt Nam hiện nay không ngừng gia tăng về số vụ vi phạm. Theo thống kê của Cục Cảnh sát môi trường, trong năm 2010, lực lượng Cảnh sát môi trường các cấp đã phát hiện trên 6.500 vụ

VPPL về BVMT, so với năm 2009 tăng 43%, trong đó có tới gần 22% số vụ là các hành vi xả nước thải, khí thải độc hại chưa qua xử lý ra ngoài gây ONMT; 19% số vụ vi phạm xâm phạm nguồn tài nguyên, khoáng sản; 27% số vụ vi phạm không thực hiện đầy đủ nội dung báo cáo đánh giá tác động môi trường... Lực lượng công an các cấp đã khởi tố 88 vụ, 106 đối tượng, xử lý hành chính 2.288 vụ...²⁵.

Luật BVMT 2005 đã quy định rõ: “Người VPPL về BVMT thì tùy tính chất, mức độ vi phạm mà bị xử phạt vi phạm hành chính hoặc bị truy cứu trách nhiệm hình sự; nếu gây ô nhiễm, suy thoái, sự cố môi trường, gây thiệt hại cho tổ chức, cá nhân khác thì còn phải khắc phục ô nhiễm, phục hồi môi trường, bồi thường thiệt hại theo quy định của Luật này và các quy định khác của pháp luật có liên quan”²⁶. Từ quy định này cho thấy, biện pháp xử lý đối với hành vi VPPL môi trường có thể là xử phạt vi phạm hành chính hoặc xử lý hình sự. Việc xử phạt vi phạm hành chính đối với hành vi VPPL môi trường được thực hiện theo Nghị định 117/2009/NĐ-CP về xử lý VPPL trong lĩnh vực BVMT (sau đây gọi chung là Nghị định 117/2009/NĐ-CP) và các văn bản hướng dẫn thi hành. Việc xử lý hình sự đối với hành vi phạm tội được thực hiện theo quy định của Bộ luật Hình sự (BLHS) năm 1999 và Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của BLHS năm 2009.

Theo quy định của Nghị định 117/2009/NĐ-CP, mức phạt các cơ sở gây ONMT cao nhất có thể lên đến 500 triệu đồng/doanh nghiệp. Ngoài việc nộp phạt

24 TS. Trần Đắc Hiến (2010), ONMT ở nước ta hiện nay - Thực trạng và một số giải pháp khắc phục, http://www.khucongnghep.com.vn/news_detail.asp?ID=163&CID=163&IDN=2170&lang=vn, (Thứ sáu, 08/01/2010, 09:59 GMT+7).

25 Lê Bảo (2011), “Vi phạm pháp luật về môi trường: Chông chéo văn bản, khó khởi tố hình sự”, <http://www.baomoi.com/Home/PhapLuat/daidoanket.vn/Vi-pham-phap-luat-ve-moi-truong-Chong-cheo-van-ban-kho-khoi-to-hinh-su/6047422.epi> (11/04/2011)

26 Khoản 1 Điều 127 Luật BVMT 2005.

hành chính, tùy theo tính chất, mức độ vi phạm, các cá nhân, tổ chức, doanh nghiệp vi phạm hành chính trong lĩnh vực BVMT còn có thể bị áp dụng một hoặc các hình thức xử phạt bổ sung, tước quyền sử dụng đối với Giấy chứng nhận đạt TCMT, Giấy phép hành nghề vận chuyển và xử lý chất thải nguy hại; Giấy phép xả nước thải vào nguồn nước và các loại giấy phép, chứng chỉ hành nghề có nội dung liên quan về BVMT... đến tạm đình chỉ hoạt động, cấm hoạt động và buộc di dời. Đối với ô nhiễm nước thải, ngoài cảnh cáo thì mức phạt nhẹ nhất là từ 100 - 500 nghìn đồng trong trường hợp thải lượng nước thải nhỏ hơn 10m³/ngày đêm, mức phạt cao nhất là từ 400 - 500 triệu đồng cho các hành vi xả nước thải có chứa chất phóng xạ gây nhiễm xạ môi trường vượt tiêu chuẩn, quy chuẩn kỹ thuật cho phép. Mức phạt hành chính thấp nhất đối với vi phạm về thải khí, bụi là 500 nghìn đồng đến 2 triệu đồng cho hành vi thải mùi hôi thối, mùi khó chịu vào môi trường. Hành vi thải khí, bụi vượt tiêu chuẩn kỹ thuật về chất thải (dưới 1,5 lần) sẽ bị phạt từ 1 - 120 triệu đồng. Mức phạt tăng dần lên tới 500 triệu đồng trong trường hợp vi phạm thải khí, bụi có chứa chất phóng xạ gây nhiễm xạ môi trường vượt tiêu chuẩn, quy chuẩn kỹ thuật cho phép. Đối với các vi phạm về tiếng ồn, mức phạt thấp nhất là 2 triệu đồng và cao nhất là 100 triệu đồng. Mức phạt cao nhất áp dụng cho các hành vi gây tiếng ồn vượt tiêu chuẩn, quy chuẩn kỹ thuật về tiếng ồn từ 1,5 lần trở lên trong khoảng thời gian từ 22 giờ ngày hôm trước đến 6 giờ ngày hôm sau. Vi phạm các quy định về độ rung sẽ bị phạt tiền từ 15 - 50 triệu đồng. Các hành vi gây ô nhiễm đất, nước hoặc không khí bị phạt tiền từ 10 - 500 triệu đồng.

Nghiên cứu quy định về xử lý đối với hành vi VPPL môi trường của doanh nghiệp thời gian qua cho thấy, mức xử phạt vi phạm hành chính theo quy định của pháp luật hiện hành chưa đủ sức răn đe đối với doanh nghiệp. Đã có hiện tượng doanh nghiệp “chấp nhận” bị xử phạt vi phạm còn hơn là đầu tư hệ thống hạ tầng BVMT tốn kém. Việc xử lý VPPL môi trường nước ta thời gian qua đa phần là xử phạt vi phạm hành chính, còn việc xử lý hình sự cũng chỉ xử lý được 2/10 tội danh là tội Huy hoại rừng (Điều 189) và tội Vi phạm quy định bảo vệ động vật hoang dã, quý hiếm (Điều 190), còn các tội danh khác chưa đưa ra truy tố được vụ nào. Trong khi đó, nhiều vụ vi phạm rõ ràng là có đủ dấu hiệu để truy cứu trách nhiệm hình sự, song do vướng mắc về quy định pháp luật nên không thể xử lý hình sự được²⁷.

Thứ tư, Luật BVMT chưa bảo đảm quyền giám sát xã hội đối với hoạt động BVMT. Điều này được thể hiện ở những khía cạnh sau đây: i) sự tham gia của các tổ chức xã hội trong giám sát việc tuân thủ pháp luật về BVMT chưa được ghi nhận như là một nguyên tắc của Luật BVMT; ii) chính sách khuyến khích, tạo điều kiện thuận lợi để mọi tổ chức, cộng đồng dân cư, hộ gia đình, cá nhân tham gia hoạt động BVMT chưa được cụ thể hóa thành các chương trình hành động cụ thể, nhất là sự tham gia BVMT của các tổ chức chính trị, chính trị xã hội; iii) chưa quy định cụ thể về trách nhiệm của các tổ chức ngành nghề trong BVMT, điều này sẽ gây khó khăn đáng kể trong việc phát huy vai trò của các tổ chức này trong tập hợp và huy động nguồn lực của các thành viên trong BVMT...

27 Duy Tuấn (2008), “Đủ căn cứ khởi tố hình sự Công ty Vedan”, <http://vtc.vn/2-191391/xa-hoi/du-can-cu-khoi-to-hinh-su-cong-ty-vedan.htm> (17/09/2008 01:24).

Thứ năm, thực tiễn thực thi Luật BVMT 2005 đã phát sinh những bất cập như: i) hoạt động BVMT chưa được tiến hành thường xuyên, chưa trở thành nhận thức hành động của các doanh nghiệp mà nó còn mang nặng tính đối phó, thời vụ. Nghiên cứu các trường hợp VPPL môi trường ở nước ta thời gian qua cho thấy, việc đầu tư cho công tác BVMT mới thực hiện cho “có”, thậm chí có doanh nghiệp đầu tư hệ thống xử lý nước thải rất hiện đại nhưng hầu như không hoạt động mà tất cả nước thải của doanh nghiệp lại được xả thẳng ra môi trường qua kênh “không chính thức”; ii) hậu quả của các vụ việc VPPL môi trường của doanh nghiệp chưa được xử lý triệt để, kéo dài gây tâm lý hoang mang cho người bị thiệt hại. Chúng ta thật sự đau lòng trước hiện tượng: “Người phát bệnh, đồng ruộng phải bỏ hoang là những gì mà hơn 80 hộ dân xóm Vĩnh Ngọc, xã Hương Vĩnh, huyện Hương Khê (tỉnh Hà Tĩnh) đang phải gánh chịu bởi nước thải từ kho chứa mũ cao su của Nông trường Hàm Nghi (Công ty cao su Hà Tĩnh)”²⁸, hay bà con nông dân các tỉnh Đồng Nai, Bà Rịa - Vũng Tàu, thành phố Hồ Chí Minh quá vất vả trong việc đòi bồi thường thiệt hại do hành vi VPPL môi trường gây ra; iii) hoạt động BVMT tại các cơ sở sản xuất kinh doanh đôi khi chưa được thực hiện đồng bộ cùng với quy hoạch, chiến lược phát triển các khu chế xuất, khu công nghiệp, nhất là các cơ sở sản xuất kinh doanh hình thành từ trước. Điều này dẫn đến tình trạng các doanh nghiệp xây dựng cơ sở sản xuất đan xen trong khu dân cư, trên một đơn vị hành chính, một đoạn sông càng làm cho mức độ ONMT cũng như công tác xử lý gặp nhiều khó khăn do việc phân bố sản xuất không đồng đều, các doanh nghiệp thường tận

dụng tối đa diện tích để bố trí máy móc, thiết bị và các công đoạn sản xuất, hậu cần và trụ sở văn phòng, không chú trọng hoặc không dành quỹ đất cho xây dựng hệ thống xử lý chất thải gây ONMT.

2. Hoàn thiện Luật Bảo vệ môi trường Việt Nam nhìn từ góc độ phát triển bền vững

Chiến lược PTBV Việt Nam giai đoạn 2011 - 2020 đã xác định những ưu tiên trong chính sách về PTBV, trong đó có vấn đề tài nguyên môi trường. Theo đó, để bảo đảm PTBV cần: chống thoái hóa, sử dụng hiệu quả và bền vững tài nguyên đất; BVMT nước và sử dụng bền vững tài nguyên nước; khai thác hợp lý và sử dụng tiết kiệm, bền vững tài nguyên khoáng sản; BVMT biển, ven biển, hải đảo và phát triển tài nguyên biển; bảo vệ và phát triển rừng; giảm ô nhiễm không khí và tiếng ồn ở các đô thị lớn và khu công nghiệp; quản lý có hiệu quả chất thải rắn và chất thải nguy hại; bảo tồn và phát triển đa dạng sinh học; giảm thiểu tác động và ứng phó với biến đổi khí hậu, phòng chống thiên tai.

Để bảo đảm mục tiêu PTBV, một trong những giải pháp cần thực hiện là tập trung hoàn chỉnh hệ thống chính sách, pháp luật về BVMT, trước hết là sửa đổi Luật BVMT 2005” theo hướng: i) tăng cường hiệu quả quản lý nhà nước theo hướng đẩy mạnh cải cách hành chính, nâng cao tính minh bạch quản trị quốc gia và phòng chống tham nhũng. Tăng cường sự phối hợp giữa các bên liên quan trong tổ chức thực hiện. Kiện toàn hệ thống tổ chức bộ máy các cấp để đảm nhiệm công tác quản lý PTBV; ii) lồng ghép các quan điểm, nguyên tắc PTBV trong các chiến lược, chính sách, quy hoạch,

28 Hà Vy (2010), “Người phát bệnh, đồng ruộng bỏ hoang vì công ty cao su xả thải” <http://tamnhin.net/Canhbao/4531/Nguoi-phat-benh-dong-ruong-bo-hoang-vi-cong-ty-cao-su-xa-thai.html>, Thứ tư, 29/9/2010 16:01 GMT+7.

kế hoạch phát triển; đảm bảo việc xây dựng và tổ chức thực hiện các chương trình mục tiêu quốc gia phải gắn với Chiến lược đã được Chính phủ thông qua và phải được kiểm tra, đánh giá theo các tiêu chí, chỉ tiêu PTBV một cách thường xuyên, chặt chẽ; iii) xây dựng các chương trình/kế hoạch hành động các cấp để thực hiện Chiến lược; iv) tiếp tục nghiên cứu, bổ sung, cập nhật để hoàn thiện bộ chỉ tiêu giám sát, đánh giá PTBV cho phù hợp với từng giai đoạn phát triển; v) tăng cường sự lãnh đạo của Đảng và quản lý nhà nước trong thực hiện Chiến lược, thường xuyên thanh tra, kiểm tra, giám sát việc triển khai thực hiện các chính sách, các mục tiêu, chỉ tiêu PTBV; iv) áp dụng nghiêm minh các chế tài hình sự, hành chính có nội dung bảo đảm PTBV; chú trọng hoàn thiện chế tài xử lý các hành vi VPPL môi trường; có chính sách khen thưởng rõ ràng những tổ chức, cá nhân thực hiện nghiêm túc các quy định về bảo đảm PTBV.

Để thực hiện các giải pháp trên, theo chúng tôi, cần thực hiện tốt các nội dung sau:

Một là, bổ sung thêm Chương PTBV trong Luật BVMT sửa đổi nhằm tạo lập cơ sở pháp lý thống nhất cho việc thực hiện các mục tiêu PTBV trong lĩnh vực môi trường. Nội dung của chương này cần tập trung vào các nội dung: quy định các mục tiêu cụ thể về BVMT trong PTBV; thẩm quyền, trách nhiệm của các chủ thể đối với BVMT hướng tới sự PTBV.

Hai là, đẩy mạnh công tác giáo dục, phổ biến pháp luật về môi trường, nâng cao nhận thức của người dân, doanh nghiệp về BVMT, nhất là tuyên truyền, phổ biến tác hại của hành vi VPPL môi trường. Đây là

việc làm cần được tiến hành thường xuyên, liên tục với sự vào cuộc của toàn xã hội. Để cho giải pháp này có tính khả thi, cần tập trung vào một số vấn đề sau: i) thiết lập trang thông tin cập nhật doanh nghiệp bị xử lý VPPL môi trường để người dân và cộng đồng doanh nghiệp biết và giám sát; ii) yêu cầu các doanh nghiệp phải công khai tình trạng môi trường của đơn vị mình trên trang thông tin điện tử hoặc các ấn phẩm của doanh nghiệp. Kịp thời cập nhật tình trạng môi trường và báo cáo cơ quan nhà nước có thẩm quyền biết thực trạng môi trường để có biện pháp hỗ trợ khi cần thiết; iii) thường xuyên tôn vinh các doanh nghiệp BVMT tốt thông qua các biện pháp ưu đãi về thuế, phí liên quan đến môi trường; iv) thiết lập bản tin môi trường tại các khu chế xuất, khu công nghiệp để cập nhật tình trạng môi trường ở mỗi khu chế xuất, khu công nghiệp; v) đa dạng hóa các kênh tiếp nhận thông tin ONMT và nâng cao trách nhiệm của đơn vị tiếp nhận thông tin ONMT; vi) phát huy vai trò trách nhiệm của các hiệp hội ngành nghề trong việc BVMT, theo đó, hiệp hội ngành nghề phải thường xuyên theo dõi, đôn đốc các thành viên của mình trong việc BVMT, bổ sung thêm tiêu chí bảo vệ tốt môi trường mới được kết nạp là thành viên...

Ba là, nghiên cứu để truy cứu trách nhiệm hình sự đối với doanh nghiệp gây ONMT, hay thừa nhận pháp nhân là chủ thể của tội phạm²⁹. Vấn đề pháp nhân có thể là chủ thể của tội phạm hay không vẫn đang còn là tranh luận giữa các nhà nghiên cứu khoa học pháp lý không những ở nước ta mà ngay cả ở những nước đã coi pháp nhân như một trong những chủ thể của tội phạm. Ở nước ta, từ trước tới nay, pháp luật hình sự luôn luôn không coi pháp nhân là chủ thể

29 Tham khảo thêm, Trung tâm Con người và Thiên nhiên (2009), "Xử lý hình sự vi phạm môi trường: Những bất cập của pháp luật Việt Nam".

của tội phạm, mà vấn đề này được tiếp cận trên quan điểm tội phạm có tổ chức - một dạng đặc biệt của đồng phạm. Điều này được thể hiện ngay từ những sắc lệnh đầu tiên sau khi thành lập chính quyền dân chủ nhân dân, Nhà nước ta có thái độ cương quyết trừng trị đối với những hành vi phạm tội có tổ chức. Ví dụ, Sắc lệnh 267-SL ngày 15/6/1956 trừng trị những âm mưu và hành động phá hoại tài sản của Nhà nước và nhân dân, cản trở việc thực hiện chính sách, kế hoạch của Nhà nước; Sắc lệnh số 151-SL ngày 12/4/1953 trừng trị địa chủ chống pháp luật trong khi và ở những nơi phát động quần chúng thi hành chính sách ruộng đất;...

Trong những năm gần đây, vấn đề pháp nhân có thể là chủ thể của tội phạm hay không được bàn nhiều, đặc biệt, những hành vi VPPL của các công ty, xét về mức độ nguy hiểm cho xã hội phải bị truy cứu trách nhiệm hình sự, nhưng không bị truy cứu do Việt Nam không truy cứu trách nhiệm hình sự đối với pháp nhân, chẳng hạn trường hợp công ty Vedan Việt Nam gây thiệt hại cho môi trường và thiệt hại cho người dân.

Theo chúng tôi, nên coi pháp nhân là chủ thể của tội phạm vì những lý do sau đây: (i) nền kinh tế của chúng ta đang thực hiện là nền kinh tế thị trường, thì sự tham gia của các doanh nghiệp - với tư cách là chủ thể pháp luật - vào các quan hệ kinh tế ngày càng nhiều. Trong hệ thống các hành vi pháp lý mà chủ thể này thực hiện, có hành vi hợp pháp, có hành vi không hợp pháp/VPPL và những hành vi này cần được xử lý theo quy định của pháp luật, trong đó có chế tài hình sự; (ii) thực tiễn hành vi vi phạm của doanh nghiệp trong nền kinh tế, đôi khi được thực hiện theo quyết định của tập thể người quản

lý công ty như Hội đồng quản trị, Hội đồng thành viên và trở thành Nghị quyết để các bộ phận trong công ty triển khai. Do vậy, xét về bản chất, đây là ý chí của công ty được thực hiện thông qua người đại diện theo pháp luật, song nếu đó là quyết định trái pháp luật (buôn lậu, phát hành chứng khoán, mua lại chứng khoán của công ty với mục đích thao túng hoặc cố tình công bố thông tin sai lệch theo quyết định của công ty...) thì chỉ áp dụng đối với những người tham gia quyết định. Tuy nhiên, xét về bản chất, nếu thực hiện thành công, khoản lợi nhuận này sẽ chuyển vào cho công ty và những người này được “hưởng lợi” một phần, nhưng vẫn bị xử lý hình sự trong khi công ty chỉ bị xử phạt hành chính; (iii) trong thời gian qua, nhiều trung tâm thông tin đã sưu tầm tài liệu, đặc biệt đã biên dịch nhiều văn bản pháp luật hình sự của nước ngoài để Ban soạn thảo BLHS, các cơ quan giúp việc của Quốc hội, đại biểu Quốc hội và nhân dân tham khảo khi đóng góp ý kiến xây dựng BLHS và điều này đã gây không ít tranh luận trong giới khoa học cũng như các cán bộ làm công tác thực tiễn về chế định chủ thể tội phạm. Giờ đây, pháp nhân có thể được coi là chủ thể của tội phạm không đã và luôn là câu hỏi nghiêm túc trước những người làm công tác nghiên cứu khoa học pháp lý hình sự và nó cũng cần có câu trả lời nghiêm túc và khoa học. Vì vậy, đã đến lúc cùng với việc xử lý vấn đề trách nhiệm hình sự đối với tổ chức tội phạm, có thể và cần thiết giải quyết cả vấn đề trách nhiệm hình sự đối với các doanh nghiệp, tổ chức kinh tế, văn hóa, xã hội có tư cách pháp nhân trên cơ sở thừa nhận họ như một chủ thể của quan hệ pháp luật hình sự ■

Phát triển hoạt động đầu tư chứng khoán của DOANH NGHIỆP BẢO HIỂM NHÂN THỌ

LÊ THỊ THẢO*

Hoạt động đầu tư tài chính được xem là nguồn chủ yếu để hình thành lợi nhuận cho các doanh nghiệp bảo hiểm (DNBH). Sự ra đời và phát triển của thị trường chứng khoán (TTCK) Việt Nam đã tạo điều kiện và môi trường cho việc chuyển hướng danh mục đầu tư của DNBH rót vốn đầu tư vào nền kinh tế. Tham gia trên TTCK, DNBH với tư cách vừa là nhà phát hành chứng khoán, là định chế tài chính, vừa là nhà đầu tư chứng khoán (ĐTCK). Tuy nhiên, để thúc đẩy cũng như đảm bảo hiệu quả hoạt động đầu tư này, cần xây dựng cơ chế pháp lý phù hợp vừa khuyến khích thúc đẩy hoạt động sử dụng đầu tư vốn của DNBH vừa là cơ sở để đảm bảo quyền lợi của người tham gia bảo hiểm nói riêng và ổn định, phát triển thị trường vốn nói chung.

1. Vai trò đầu tư chứng khoán của doanh nghiệp bảo hiểm đối với thị trường chứng khoán

Ngày 15/02/2012, Chính phủ đã ban hành Quyết định 193/QĐ-TTg của Thủ tướng Chính phủ về “Chiến lược phát triển thị trường bảo hiểm Việt Nam” giai đoạn 2011 - 2020. Theo đó, mục tiêu đặt ra cho thị trường bảo hiểm đến năm 2015 phải đạt 2% - 3% GDP, đến năm 2020 đạt 3% - 4% GDP. Quy mô các quỹ dự phòng nghiệp vụ bảo hiểm nhằm đáp ứng nghĩa vụ chi bồi thường và trả tiền bảo hiểm cho khách hàng đến năm 2020 tăng gấp 3,5 lần và đến năm 2020 tăng gấp 4,5 lần so với năm 2010. Hoạt động kinh doanh bảo hiểm (KDBH) đóng góp không nhỏ cho nền kinh tế, dự kiến đến

năm 2015 nguồn vốn từ DNBH để đầu tư cho nền kinh tế chiếm 3-4%GDP. Để phát huy hơn nữa hiệu quả của các hoạt động đầu tư này, đòi hỏi các DNBH cần có chiến lược, danh mục đầu tư thích hợp phù hợp nhu cầu của nền kinh tế.

Hoạt động ĐTCK được xem là một tâm điểm của các doanh nghiệp trong việc tạo lợi nhuận cho nguồn vốn đầu tư cũng như mục tiêu của Nhà nước trong việc tập trung nguồn vốn cho nền kinh tế. Với đặc trưng của hoạt động ĐTCK mang tính sinh lợi nhưng cũng mang tính rủi ro, nguồn vốn đầu tư của DNBH vào TTCK được đánh giá như là nhân tố an toàn cao cho TTCK.

Thứ nhất, DNBH dưới góc độ là nhà đầu tư, việc thành lập các quỹ bảo hiểm để

* ThS. Khoa Luật, Đại học Huế

ĐTCK tạo nên chủ thể có nguồn vốn lớn và ổn định cho thị trường. Mặt khác, dưới phương diện là nhà phát hành, DNBH được xem là chủ thể có lợi thế và thị phần trong việc tham gia phát hành chứng khoán ra thị trường để tập trung và huy động nguồn vốn đầu tư.

Thứ hai, hoạt động ĐTCK đảm bảo ổn định đòi hỏi phải tập trung được nguồn vốn trung và dài hạn. Việc thực hiện hoạt động đầu tư thông qua DNBH được xem là chủ thể đầu tư vừa có tính dài hạn vừa đảm bảo ổn định cho thị trường đang chiếm uy tín ở các quốc gia.

Do vậy, việc tạo điều kiện và nền tảng pháp lý cho khuyến khích sự tham gia của các tổ chức đầu tư vào TTCK là mục tiêu hàng đầu trong việc ổn định TTCK nói chung và ổn định thị trường vốn nói riêng.

2. Nguyên tắc an toàn trong hoạt động đầu tư của doanh nghiệp bảo hiểm

KDBH là hoạt động kinh doanh có điều kiện, vì vậy cơ quan nhà nước cần có những quy định chặt chẽ để đảm bảo sự an toàn trong các hoạt động kinh doanh của DNBH, trong đó có quy định chặt chẽ về vốn và đầu tư vốn của DNBH, đảm bảo quyền lợi của người tham gia bảo hiểm. Trong chiến lược đầu tư, lợi nhuận cao không phải là mục tiêu hàng đầu của các doanh nghiệp bảo hiểm nhân thọ. Trong đa số các trường hợp, mục tiêu an toàn và tạo thu nhập ổn định là các ưu tiên hàng đầu. Bên cạnh đó, vì nguồn vốn huy động từ việc cung cấp dịch vụ bảo hiểm nhân thọ có kỳ hạn khá dài thường từ trên 10 năm và với những kỳ hạn khác nhau, sản phẩm đầu tư cũng phải thỏa mãn các yếu tố: dài hạn và đa dạng về kỳ hạn. Đồng thời, các khoản đầu tư còn phải mang tính dàn trải để phân tán các rủi ro có thể xảy ra.

Nhằm phát huy hiệu quả đồng vốn của DNBH, Bộ Tài chính chủ trương khuyến

khích các DNBH đa dạng hoá danh mục đầu tư. Theo quy định của Luật KDBH 2000 và Luật sửa đổi bổ sung Luật KDBH năm 2010, DNBH nhân thọ trong quá trình hoạt động kinh doanh được phép thực hiện các hoạt động đầu tư tài chính trong đó có hoạt động đầu tư mua bán chứng khoán theo quy định của pháp luật chứng khoán. Cụ thể là DNBH được phép sử dụng vốn chủ sở hữu và dự phòng nghiệp vụ của DNBH để đầu tư sinh lời nhưng tôn chỉ nguyên tắc “đầu tư vốn của DNBH phải bảo đảm an toàn, hiệu quả và đáp ứng được yêu cầu chi trả thường xuyên cho các cam kết theo hợp đồng bảo hiểm”¹.

Mặt khác, ĐTCK có tính thanh khoản cao giúp cho DNBH thuận tiện trong việc đảm bảo khả năng thanh toán cho khách hàng khi cần thiết. Ví như trong trường hợp đang nắm giữ chứng khoán, các DNBH cần chi trả cho khách hàng trong một thương vụ nào đó do rủi ro bảo hiểm xảy ra thì doanh nghiệp có thể bán chứng khoán trên thị trường để đảm bảo khả năng chi trả của mình.

3. Nguồn vốn và tỷ lệ sử dụng vốn để đầu tư chứng khoán

Theo luật định, nguồn vốn đầu tư của DNBH gồm: vốn điều lệ, các quỹ dự trữ, các khoản lãi của những năm trước chưa sử dụng và các quỹ được sử dụng để đầu tư hình thành từ lợi tức để lại doanh nghiệp và nguồn vốn nhàn rỗi từ dự phòng nghiệp vụ bảo hiểm. Mọi hoạt động đầu tư của doanh nghiệp bảo hiểm tại Việt Nam đều được Chính phủ kiểm soát rất chặt chẽ. Điều này được quy định rõ qua Luật KDBH cũng như các văn bản hướng dẫn có liên quan. Tỷ lệ quy định về hoạt động đầu tư vốn nhàn rỗi từ dự phòng nghiệp vụ bảo hiểm đối với các DNBH nhân thọ trong lĩnh vực ĐTCK là: (1) Mua trái phiếu Chính phủ, trái phiếu

1 Xem Điều 98, Khoản 1 Luật Kinh doanh Bảo hiểm.

doanh nghiệp có bảo lãnh gửi tiền tại các tổ chức tín dụng không bị hạn chế; (2) Mua cổ phiếu, trái phiếu doanh nghiệp không có bảo lãnh, góp vốn vào các doanh nghiệp khác tối đa là 50% vốn nhân rồi từ quỹ dự phòng nghiệp vụ². Như vậy, DNBH được phép sử dụng vốn nhân rồi của mình để đầu tư ở Việt Nam cho việc mua cổ phiếu, trái phiếu doanh nghiệp. Đây chỉ là một trong số các hoạt động đầu tư của DNBH mà pháp luật cho phép thực hiện. Tuy nhiên theo thống kê, trong thời gian qua hoạt động đầu tư tài chính của DNBH trong hoạt động chứng khoán còn chiếm tỷ trọng khiêm tốn. Số liệu thống kê từ DNBH bảo hiểm BIC cho thấy, tỷ lệ vốn của doanh nghiệp đầu tư vào TTCK chiếm tỷ trọng rất thấp. Năm 2009, cổ phiếu niêm yết là 42.858.377.391 đồng chiếm 2%, cổ phiếu chưa niêm yết là 54.641.250.000 đồng chiếm 3%. Năm 2010, tỷ trọng này giảm xuống còn 31.560.598.250 đồng chiếm 1,21% đối với cổ phiếu niêm yết và 50.982.426.636 đồng, chiếm 1,95%. Trong khi tỷ trọng gửi tiền ngân hàng chiếm đến 65% năm 2009 và 65,43% năm 2010. Và trái phiếu công ty ngắn hạn cũng chiếm tỷ trọng 2,4% năm 2010³. Đối với các DNBH khác, tỷ trọng ĐTCK trung bình cũng chỉ không quá 2%. Trong khi đó, các DNBH nước ngoài thì danh mục đầu tư của DNBH cho chứng khoán chiếm phần lớn tỷ trọng danh mục đầu tư. Các DNBH nhân thọ ở Mỹ tỷ lệ đầu tư này chiếm trên 60%, ở Pháp chiếm 63,9% giá trị đầu tư của các công ty bảo hiểm để ĐTCK.

4. Hình thức tổ chức đầu tư của doanh nghiệp bảo hiểm trong lĩnh vực chứng khoán

Thực tế hiện nay, sự thiết lập hình thức

tổ chức đầu tư cho các DNBH ĐTCK chưa có cơ chế phát huy hiệu quả. Trong thời gian qua, hoạt động đầu tư vốn của các DNBH đã được triển khai ở một số doanh nghiệp dưới hình thức thành lập công ty quản lý quỹ như: Công ty Quản lý Quỹ Bảo Việt (hoạt động từ năm 2005) thực hiện các hoạt động: Quản lý danh mục đầu tư ủy quyền toàn bộ; Quản lý danh mục đầu tư theo chỉ định; Các dịch vụ quản lý Quỹ dành cho các nhà đầu tư cá nhân và tổ chức. Chiến lược phát triển và ứng dụng hệ thống sẽ giúp Công ty Quản lý Quỹ Bảo Việt tăng cường năng lực, tiếp cận các lĩnh vực mới của thị trường thông qua việc mở rộng mạng lưới khách hàng tổ chức và liên kết với các nhà cung cấp bên ngoài. Kết quả kinh doanh năm 2011: tổng doanh thu đạt 54 tỷ đồng, lợi nhuận trước thuế đạt 16,4 tỷ đồng⁴. Các Công ty quản lý quỹ của Manulife, công ty quản lý quỹ của tập đoàn tài chính Prudential cũng đã được thành lập và hoạt động... Tuy nhiên, các DNBH đang còn dè dặt trong đầu tư dưới hình thức thành lập công ty quản lý quỹ hay quỹ ĐTCK.

5. Một số giải pháp phát triển hoạt động đầu tư chứng khoán của doanh nghiệp bảo hiểm

Thứ nhất, cần có các quy định nới lỏng nguồn vốn đầu tư cho hoạt động chứng khoán. Có thể cho phép doanh nghiệp KDBH nhân thọ sử dụng nguồn vốn huy động, nguồn vốn từ đóng góp phí bảo hiểm để đầu tư cho chứng khoán vì hoạt động đầu tư này mang tính thanh khoản và linh động cao. DNBH có thể bán để thanh toán cho khách hàng khi có rủi ro cần chi trả.

Thứ hai, khuyến khích các DNBH có đủ tiêu chuẩn thành lập quỹ đầu tư. Quỹ đầu tư

² Xem Điều 13, Nghị định 43/2001/NĐ-CP

³ Theo báo cáo thông kê của doanh nghiệp bảo hiểm nhân thọ BIC

⁴ [http://www.baoviet.com.vn/Uploads/Library/Document/Corporate%20profile/corporate%20profile%20design%20\(VNE%20ver\)%20-26032012.pdf](http://www.baoviet.com.vn/Uploads/Library/Document/Corporate%20profile/corporate%20profile%20design%20(VNE%20ver)%20-26032012.pdf)

là một định chế tài chính trung gian phi ngân hàng thu hút tiền nhàn rỗi từ các nguồn khác nhau để đầu tư vào các cổ phiếu, trái phiếu, tiền tệ, hay các loại tài sản khác... Các quỹ đầu tư được tổ chức dưới dạng một công ty, phát hành cổ phần. Việc thành lập quỹ đầu tư tạo cơ hội cho các nhà đầu tư cá nhân tham gia TTCK, bên cạnh đó thiết lập được các nhà đầu tư có tổ chức tạo nên tính ổn định và chuyên nghiệp của TTCK Việt Nam.

Tất cả các khoản đầu tư này đều được quản lý chuyên nghiệp, chặt chẽ bởi công ty quản lý quỹ, ngân hàng giám sát và cơ quan thẩm quyền khác. Các nhà quản lý đầu tư quỹ của công ty là người có nhiều kinh nghiệm và mối quan hệ trong thị trường tài chính luôn giám sát chặt chẽ để đưa ra quyết định danh mục đầu tư nào là tối ưu nhất: việc kết hợp đầu tư đồng thời một số loại cổ phiếu theo một cơ cấu nhất định giúp trung hoà tính rủi ro của các cổ phiếu này và tối đa hoá lợi nhuận. So với việc đầu tư (vào SXKD hay vào một loại chứng khoán nào đó) thì việc đầu tư vào chứng chỉ quỹ ít rủi ro hơn vì: (i) có sự tư vấn của các chuyên gia; (ii) việc đa dạng các loại cổ phiếu giúp giảm thiểu rủi ro. Nhưng cũng chính vì vậy, tổng lợi nhuận của cả danh mục đầu tư thường không cao. Tuy nhiên, so với lợi nhuận đem lại từ việc mua trái phiếu, gửi tiền vào ngân hàng hay mua bảo hiểm thì đầu tư vào các chứng chỉ quỹ vẫn có lợi hơn.

Mặt khác, các quỹ đầu tư của các DNBH còn có vai trò thúc đẩy sự phát triển của TTCK và tăng tính thanh khoản cho thị trường này. Do vậy, quỹ đầu tư được coi là chiếc cầu nối tốt nhất giữa các nguồn vốn ngắn hạn và nhu cầu vốn dài hạn trên TTCK, đặc biệt đối với TTCK còn non trẻ đang trong giai đoạn đầu phát triển của Việt Nam và nhất là khi mà các dự án đầu tư, các doanh nghiệp sản xuất, kinh doanh dịch vụ đang cần vốn. Do đó, đối với các DNBH có đủ điều kiện về vốn, quy mô dự phòng lớn, có khả năng đầu tư dài hạn thì cần được

khuyến khích thành lập các quỹ đầu tư theo luật định.

Tuy nhiên, cần có chính sách miễn, giảm thuế đối với doanh nghiệp KDBH và nhà đầu tư trong hình thức đầu tư này.

Thứ ba, tạo điều kiện cho việc thành lập quỹ tín thác ĐTCK của DNBH nhân thọ - là quỹ không có tư cách pháp nhân và hội đồng quản trị. Công ty quản lý quỹ đứng ra thành lập quỹ, tiến hành việc huy động vốn, thực hiện việc đầu tư theo những mục tiêu đã đề ra trong điều lệ quỹ. Bên cạnh đó, ngân hàng giám sát có vai trò bảo quản vốn và các tài sản của quỹ, quan hệ giữa công ty quản lý quỹ và ngân hàng giám sát được thể hiện bằng hợp đồng giám sát trong đó quy định quyền lợi và nghĩa vụ của hai bên trong việc thực hiện và giám sát việc đầu tư để bảo vệ quyền lợi của các nhà đầu tư. Nhà đầu tư là những người góp vốn vào quỹ nhưng không phải là cổ đông và ủy thác việc đầu tư cho công ty quản lý quỹ để bảo đảm khả năng sinh lợi cao nhất từ khoản vốn đóng góp của họ. Với việc tham gia vào quỹ tín thác tạo kênh đầu tư vốn chuyên nghiệp cho các nhà đầu tư để sử dụng hiệu quả đồng vốn và hạn chế rủi ro.

Thứ tư, tiếp tục tạo điều kiện cho phép các DNBH thành lập công ty quản lý quỹ theo quy định của pháp luật.

Thứ năm, bản thân các doanh nghiệp KDBH phải xác định và xây dựng danh mục đầu tư của DNBH cho phù hợp nhằm khai thác triệt để nguồn vốn đầu tư và giảm thiểu rủi ro trong hoạt động đầu tư kinh doanh thu hút khách hàng, niềm tin khi tham gia bảo hiểm.

Thứ sáu, đào tạo đội ngũ quản lý ĐTCK chuyên nghiệp nâng cao hiệu quả sử dụng vốn trong hoạt động ĐTCK và đa dạng hoá danh mục ĐTCK. Mặt khác, phổ biến các hình thức đầu tư của DNBH cho công chúng biết và có điều kiện để tham gia đầu tư ■

MỐI QUAN HỆ GIỮA PHÁP LUẬT QUỐC TẾ VÀ PHÁP LUẬT QUỐC GIA: Nhìn từ góc độ hiến pháp trên thế giới và một số gợi mở cho Việt Nam

ĐẶNG MINH TUẤN*

Mối quan hệ giữa pháp luật quốc tế và pháp luật quốc gia là một trong những vấn đề cơ bản của Luật quốc tế. Mối quan hệ này thường được quy định trong Hiến pháp của mỗi quốc gia. Mặc dù rất khác biệt trong việc xác định (1), Hiến pháp các nước có xu hướng công nhận tính áp dụng trực tiếp, ưu thế của các điều ước quốc tế (ĐUQT) so với pháp luật quốc gia (2), nhưng thấp hơn Hiến pháp (3). Qua những sự đa dạng và xu hướng chung về vị trí hiến định mối quan giữa pháp luật quốc tế và pháp luật quốc gia, một số gợi mở có thể hữu ích cho việc sửa đổi Hiến pháp ở nước ta hiện nay (4).

1. Tính đa dạng trong mối quan hệ giữa pháp luật quốc tế và pháp luật quốc gia

Hiến pháp hoặc các quy phạm có tính chất Hiến pháp của các nước thường quy định mối quan hệ giữa pháp luật quốc tế và pháp luật quốc gia xuất phát từ tầm quan trọng của nó. Tuy nhiên, các Hiến pháp khác nhau lại có những quy định rất khác nhau. Sự khác biệt cơ bản đầu tiên xuất phát từ các quan điểm khác biệt của hai trường phái: nhất nguyên và nhị nguyên¹. Tuy vậy, mức độ, tính chất áp dụng hai trường phái ở mỗi

nước lại khác nhau, phụ thuộc vào nhiều yếu tố, bao gồm:

Thứ nhất, Hiến pháp các nước quy định vị thế khác nhau của điều ước hay tập quán quốc tế trong mối quan hệ với pháp luật quốc gia. Hiến pháp Hà Lan (1983) xếp các ĐUQT cao hơn Hiến pháp, và tuyên bố rõ ràng rằng các đạo luật trái với luật quốc tế thì không có giá trị. Nhưng Hiến pháp này lại không đặt vị thế tương tự đối với các tập quán quốc tế. Trong khi đó, ở Đức, Italy, Áo, tập quán pháp luật quốc tế lại có giá trị cao

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

1 Trường phái nhất nguyên cho rằng luật quốc tế và luật quốc gia hợp thành một hệ thống pháp luật chung, trong đó luật quốc tế có vị trí ưu thế so với pháp luật trong nước. Hệ thống pháp luật trong nước phải phù hợp, không được trái với pháp luật quốc tế. Tính ưu thế này luôn được đảm bảo, dù luật quốc tế có được chuyển đổi/nội luật trong hệ thống pháp luật trong nước hay không. Điều này cũng có nghĩa, pháp luật quốc tế được áp dụng trực tiếp mà không cần phải nội luật hóa. Trái lại, trường phái nhị nguyên cho rằng luật quốc tế và luật quốc gia là hai hệ thống pháp luật riêng biệt. Không thể viện dẫn một ĐUQT trước Tòa án quốc gia, trừ khi điều ước đó đã được chuyển hóa vào nội luật bằng những quy định pháp luật trong nước cụ thể. Pháp luật quốc tế có giá trị ràng buộc giữa các quốc gia, nhưng để áp dụng đối với các chủ thể trong mỗi quốc gia thì cần phải có sự chuyển đổi/nội luật hóa vào hệ thống pháp luật trong nước. Khi không có sự chuyển hóa, có thể xảy ra trường hợp một hành vi được coi là phù hợp với quy định của pháp luật trong nước, nhưng lại trái với pháp luật quốc tế, và trong trường hợp này, trường phái nhị nguyên cho phép các tòa án áp dụng pháp luật quốc gia.

hơn so với các đạo luật trong nước, nhưng các điều ước lại chỉ có giá trị ngang với các đạo luật trong nước, được xác định tùy thuộc vào từng điều kiện, hoàn cảnh cụ thể. Theo Điều 9, Hiến pháp Áo, “Các nguyên tắc được chấp nhận chung của luật quốc tế” được coi là một bộ phận của luật quốc gia². Điều 25, Luật cơ bản của Đức quy định: “Các nguyên tắc cơ bản của Luật quốc tế là một bộ phận không tách rời của pháp luật Liên bang. Chúng có giá trị ưu tiên so với các đạo luật và trực tiếp làm phát sinh quyền và nghĩa vụ cho những người cư trú trên lãnh thổ Liên bang”. Hiến pháp của Nga khẳng định tính ưu thế của tất cả các quy tắc pháp luật quốc tế so với pháp luật quốc gia: “Các nguyên tắc và quy định pháp luật quốc tế được thừa nhận chung cũng như các thỏa thuận quốc tế của Liên bang Nga là một phần của pháp luật của Liên bang. Nếu một thỏa thuận quốc tế của Liên bang Nga đặt ra các quy tắc khác với các quy định trong nước, thì các quy tắc của thỏa thuận quốc tế được áp dụng”. Hiến pháp của Pháp coi các công ước có giá trị cao hơn so với các đạo luật, nhưng lại không quy định vị trí của các tập quán pháp luật quốc tế.

Thứ hai, việc áp dụng trực tiếp hay chuyển hóa luật pháp quốc tế trong pháp luật quốc gia không chỉ được quy định trong Hiến pháp, mà còn được quy định trong từng điều ước cụ thể hoặc một đạo luật chuyên biệt. Ở các nước cho phép áp dụng trực tiếp ĐUQT, Hiến pháp thường đặt ra các nguyên tắc chung áp dụng ĐUQT. Về nguyên tắc, thông qua việc chấp nhận hiệu lực và sự ràng buộc của ĐUQT, các quốc gia đã chấp nhận khả năng ĐUQT có thể phát sinh trực tiếp quyền và nghĩa vụ pháp lý đối

với các thể nhân, pháp nhân trong nước. Bên cạnh đó, một số nước quy định việc áp dụng trực tiếp hay nội luật hóa ĐUQT được quy định, tuyên bố cụ thể trong từng điều ước bởi cơ quan ký kết hoặc thông qua ĐUQT³.

Thứ ba, việc áp dụng trực tiếp hay phải nội luật hóa ĐUQT không chỉ căn cứ vào các quy định chung của Hiến pháp mà còn dựa vào những điều kiện, hoàn cảnh cụ thể. Mặc dù Hiến pháp có quy định chung, nhưng không phải đương nhiên có thể áp dụng được tất cả các quy tắc pháp luật quốc tế, mà cần phải có điều kiện áp dụng trực tiếp các quy tắc đó như đủ chi tiết, rõ ràng tạo ra quyền và nghĩa vụ để áp dụng cho các chủ thể pháp luật trong nước. Các tòa án (trong đó có Tòa án hiến pháp) thường được trao thẩm quyền phán xét về khả năng áp dụng trực tiếp các ĐUQT. Ngoài ra, việc áp dụng trực tiếp một điều ước cụ thể cũng được quyết định bởi cơ quan có thẩm quyền chấp nhận hoặc thông qua điều ước (thường là cơ quan lập pháp). Trong trường hợp này, vai trò chính không phải là tòa án, mà chính là cơ quan lập pháp (hoặc hành pháp được ủy quyền)⁴.

Thứ tư, ở các quốc gia theo hệ thống luật chung (common law) như Anh và Mỹ, các tập quán pháp luật quốc tế được coi là một phần của luật chung, và có giá trị áp dụng trực tiếp. Sự thay đổi trong tập quán pháp luật quốc tế đương nhiên được thừa nhận trong hệ thống luật chung. Tuy nhiên, Anh lại là nước theo trường phái nhị nguyên; theo đó, Nghị viện có thể ban hành các đạo luật trái với ĐUQT trước đó, và các quy định của điều ước chỉ có thể được áp dụng khi được chuyển hóa vào pháp luật trong nước. Nhưng khác với Anh, Mỹ lại ủng hộ

2 Hurst Hannum, *The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law*, Georgia Journal of International and Comparative Law, Vol.25, 1996, p. 293.

3 Nguyễn Tiến Vinh, *Áp dụng trực tiếp và chuyển hóa quy định của các ĐUQT về nhân quyền*, Tài liệu tham khảo, tr. 3.

4 Nguyễn Tiến Vinh, *ttđđ*.

việc áp dụng trực tiếp các ĐUQT trong Hiến pháp: “Hiến pháp này, các đạo luật được ban hành theo Hiến pháp này; mọi ĐUQT đã hoặc sẽ được ký kết dưới thẩm quyền của Hoa Kỳ sẽ là luật tối cao của quốc gia; thẩm phán ở mỗi bang phải tuân theo các quy định đó, mọi quy định trái ngược trong Hiến pháp cũng như luật của các bang đều không có giá trị” (Điều VI.2). Nhưng đặc biệt, các ĐUQT về nhân quyền không có giá trị áp dụng đương nhiên, mà được quyết định bởi cơ quan lập pháp. Khi phê chuẩn Công ước 1966 về các quyền dân sự và chính trị vào năm 1992⁵, Thượng viện Hoa Kỳ tuyên bố không áp dụng trực tiếp các quy định của Công ước⁶. Trong bản báo cáo về Công ước, Ủy ban đối ngoại Thượng viện Hoa Kỳ giải thích: “Vì những lý do cần trọng, chúng tôi đề nghị có một tuyên bố rằng những quy định về nội dung của Công ước không có giá trị tự thực thi (self-executing). Mục đích của Tuyên bố này là để làm rõ rằng Công ước không làm phát sinh quyền của các cá nhân trước các toà án của Hoa Kỳ”⁷. Tuyên bố tương tự về không thừa nhận giá trị áp dụng trực tiếp cũng được Thượng viện Hoa Kỳ đưa ra khi phê chuẩn tất cả các ĐUQT quan trọng khác về quyền con người⁸.

Như vậy, mặc dù nguyên tắc tận tâm thực hiện ĐUQT (Pacta sunt ser vanda) được ghi nhận chính thức trong Công ước Viên năm 1969 về Luật ĐUQT là một nguyên tắc cơ bản trong luật quốc tế, nhưng cách thức các quốc gia thực hiện các công ước quốc tế thì lại rất đa dạng. Luật quốc tế không quy định bắt buộc phương thức thực hiện các ĐUQT,

mà cho phép các quốc gia có thể lựa chọn cách thức phù hợp.

2. Xu hướng áp dụng trực tiếp và ưu thế của các điều ước quốc tế

Mặc dù có sự đa dạng trong mối quan hệ giữa pháp luật quốc tế và pháp luật quốc gia, ngày càng có nhiều Hiến pháp ủng hộ việc áp dụng trực tiếp các ĐUQT, đặc biệt khi mà ngày càng có nhiều các ĐUQT về nhân quyền. Việc công nhận áp dụng trực tiếp ĐUQT cho phép các chủ thể pháp luật trong nước có thể sử dụng ngay các quy tắc của ĐUQT để bảo vệ quyền và nghĩa vụ của mình mà không cần phải đợi đến khi có nội luật hóa các quy tắc đó.

Đặc biệt, quan niệm về các ĐUQT có nhiều thay đổi lớn từ sau Thế chiến thứ 2: ĐUQT không chỉ quy định về mối quan hệ giữa các quốc gia như trước kia mà ngày càng có nhiều các điều ước quy định về các quyền và tự do cá nhân. Sau Hiến chương Liên hiệp quốc năm 1945 và Tuyên ngôn thế giới về quyền con người 1948, nhiều văn kiện quốc tế về quyền con người đã ra đời. Mặc dù, cũng như các công ước quốc tế khác, các công ước quốc tế về quyền con người không yêu cầu các quốc gia bắt buộc áp dụng trực tiếp, mà có quyền lựa chọn phương thức áp dụng phù hợp. Tuy nhiên, với tính đặc thù quy định bảo vệ các quyền con người có mục đích, khả năng phát sinh và áp dụng trực tiếp quyền và nghĩa vụ cho các chủ thể pháp luật trong nước, ngày càng có thêm Hiến pháp thừa nhận giá trị áp dụng trực tiếp của các tập quán, công ước quốc tế

5 Hoa Kỳ phê chuẩn ngày 8/6/1992, Công ước có hiệu lực với Hoa Kỳ từ ngày 8/9/1992.

6 *Senate Comm. on Foreign Relations, Report on the Int'l Covenant on Civil and Political Rights, S. Exec. Rep. No. 23, 102d Cong., 2d Sess. 6-20 (1992).*

7 *Senate Comm. on Foreign Relations, tđđ.*

8 *David Sloss, The Domestication of International Human Rights: Non-Self-Executing Declarations and Human Rights Treaties, The Yale Journal of International Law, Vol. 24, 1999, pp. 129-221; David N. Cinotti, The New Isolationism: Non-Self-Execution Declarations and Treaties as the Supreme Law of the Land, Georgetown Law Journal, Vol. 91, 2003, pp. 1277- 1301. Xem thêm Nguyễn Tiến Vinh, tđđ.*

liên quan đến lĩnh vực này (từ 6% trước 1914 đến 9% trong giai đoạn 1914-1944, rồi tăng lên 13% sau năm 1944)⁹. Các quốc gia châu Âu đi đầu trong việc áp dụng trực tiếp luật nhân quyền quốc tế, đặc biệt là Công ước về các quyền dân sự và chính trị và các công ước nhân quyền khu vực, bởi các tòa án quốc gia¹⁰. Trên thực tế, các tòa án ở nhiều nước đã đóng vai trò quan trọng trong việc dẫn chiếu, sử dụng các ĐUQT trong hoạt động xét xử. Ví dụ ở Nam Phi, trong tổng số 359 phán quyết của Tòa án hiến pháp (tính đến cuối năm 2007), có 130 phán quyết dẫn chiếu Công ước quốc tế về các quyền dân sự và chính trị, 49 phán quyết dẫn chiếu đến Công ước quốc tế về các quyền kinh tế, văn hóa và xã hội¹¹.

đạo luật quốc nội. *Tính ưu thế của các ĐUQT về quyền con người trong trật tự pháp luật quốc gia còn thể hiện ở quá trình hiến pháp hóa các ĐUQT, thông qua hai con đường:*

Thứ nhất, một số nước còn dẫn chiếu hoặc sáp nhập các ĐUQT về quyền con người vào Hiến pháp. Theo kết quả của một nghiên cứu (xem bảng ở dưới), quá trình hiến pháp hóa các ĐUQT chủ yếu liên quan đến các công ước về quyền con người (chiếm khoảng 10% số các Hiến pháp thông qua từ năm 1945). Trong số các văn kiện quốc tế về quyền con người, Tuyên ngôn thế giới về quyền con người thường xuyên được dẫn chiếu hoặc sáp nhập vào Hiến pháp các

Vị trí hiến định của các tập quán pháp luật quốc tế (TQPLQT) và Công ước quốc tế¹²

	Trước 1914 (N=36)	1914-1944 (N=33)	Sau 1944 (N=296)	Tổng (N=365)
Các Hiến pháp đề cập TQPLQT	28% (10)	18% (6)	23% (67)	23% (83)
TQPLQT áp dụng trực tiếp	6% (2)	9% (3)	13% (37)	12% (42)
Các Công ước có giá trị cao hơn các đạo luật	0% (0)	0% (0)	23% (67)	18% (67)

Bảng trên cho thấy, cùng với việc quy định về các quyền con người cơ bản, các ĐUQT cũng ngày càng có ưu thế so với các

nước nhất, tiếp theo là Đại hiến chương của Liên hiệp quốc và Hiến chương châu Phi về các quyền con người. Ví dụ, Hiến pháp

9 Comparative Constitutions Project at the University of Illinois, trích từ Tom Ginsburg, Svitlana Chernykh, and Zachary Elkins, *Public international law and economics: Commitment and diffusion: How and why national Constitutions incorporate international law*, University of Illinois Law Review, 2008 U. Ill. L. Rev. 201.

10 Lã Khánh Tùng, *Quyền cá nhân trong Hiến pháp Việt Nam qua lăng kính của Bộ luật nhân quyền quốc tế*, trong Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội và Trung tâm TT, TV & NCKH, Văn phòng Quốc hội, *Sửa đổi, bổ sung Hiến pháp 1992: Những vấn đề lý luận và thực tiễn*, Tập II-Quyền con người, quyền công dân, Chế độ kinh tế, bảo hiến và một số vấn đề khác, Nxb. Hồng Đức, tr. 92.

11 Số liệu của Malcolm Langford, *South Africa: Constitutional Fault Lines, Courts and the ICCPR*, Trung tâm nhân quyền Na Uy, trích từ Lã Khánh Tùng, *Quyền cá nhân trong Hiến pháp Việt Nam qua lăng kính của Bộ luật nhân quyền quốc tế*, t.1, tr.96.

12 Comparative Constitutions Project at the University of Illinois, t.1, d.

Nicaragua tuyên bố “áp dụng đầy đủ các quyền được quy định tại Tuyên ngôn thế giới về quyền con người, Tuyên ngôn châu Mỹ về các quyền và nghĩa vụ của con người, Công ước quốc tế về các quyền kinh tế và xã hội, Công ước quốc tế về các quyền chính trị và dân sự, và Công ước châu Mỹ về quyền con người của Tổ chức các nước châu Mỹ”. Tương tự, Hiến pháp Cộng hòa Congo “tuyên bố... Đại hiến chương của Liên hiệp quốc, Tuyên ngôn thế giới về quyền

con người, Hiến chương châu Phi về các quyền con người là một phần không tách rời của Hiến pháp”. Hiến pháp của Tây Ban Nha năm 1978, tại Điều 10.2 quy định: “Các quy định về các quyền, tự do cơ bản được thừa nhận trong Hiến pháp này phải được giải thích phù hợp với Tuyên ngôn thế giới về nhân quyền và các điều ước, thoả thuận quốc tế có liên quan đã được phê chuẩn bởi Tây Ban Nha”.

Các Hiến pháp¹³ dẫn chiếu hoặc sáp nhập các Công ước quốc tế chọn lọc về quyền con người¹⁴

Các Công ước	Được dẫn chiếu trong Hiến pháp	Được sáp nhập vào Hiến pháp
<i>Tuyên ngôn thế giới về quyền con người của Liên hiệp quốc (1948)</i>	69	24
<i>Tuyên ngôn nhân quyền và dân quyền của Pháp (1789)</i>	10	0
<i>Đại hiến chương của Liên hiệp quốc (1945)</i>	27	6
<i>Công ước châu Âu về các quyền con người (1950)</i>	2	2
<i>Công ước quốc tế về các quyền chính trị và dân sự (1966)</i>	7	1
<i>Công ước quốc tế về các quyền kinh tế, văn hóa và xã hội (1966)</i>	4	1
<i>Công ước châu Mỹ về quyền con người (1969)</i>	2	1
<i>Hiệp ước Helsinki (1966)</i>	1	1
<i>Hiến chương châu Phi về các quyền con người (1981)</i>	23	4

13 Số Hiến pháp được thông qua từ năm 1945 đến nay là 283.

14 Comparative Constitutions Project at the University of Illinois, t.l.g.d.

Thứ hai, các quy định về quyền con người trong Hiến pháp các nước ngày càng có sự tương thích với các văn kiện quốc tế về quyền con người. Nói cách khác, các Hiến pháp đã được xây dựng, bổ sung để phù hợp với các quy tắc quốc tế về quyền con người. Hầu hết các quyền con người theo luật nhân quyền quốc tế đã được ghi nhận trong Hiến pháp của các quốc gia trên thế giới với những mức độ khác nhau. Trong các bản Hiến pháp đã được các quốc gia thông qua trên thế giới từ năm 1980 đến nay, các quyền con người được các Hiến pháp ghi nhận đã tăng liên tục để phù hợp với các công ước quốc tế về quyền con người mà các nước tham gia. Hiến pháp đóng vai trò là công cụ pháp lý cơ bản để hiện thực hóa các tiêu chuẩn quốc tế về quyền con người ở các quốc gia¹⁵.

Quá trình hiến pháp hóa các ĐUQT bằng việc sáp nhập các ĐUQT có giá trị áp dụng trực tiếp hoặc đưa các nội dung của điều ước vào Hiến pháp đã giúp nâng cao vị thế áp dụng của các ĐUQT trong xã hội. Khi đó, các quy tắc pháp luật quốc tế trở thành các quy tắc Hiến pháp, có giá trị pháp lý tối cao và bắt buộc đối với mọi chủ thể trong một quốc gia, kể cả các cơ quan nhà nước. Quá trình này phản ánh sự cam kết của các nhà lập hiến với các công ước quốc tế được thừa nhận có mục đích dân chủ hóa đời sống xã hội, đặt ra cho nhà nước các nghĩa vụ thực thi các công ước quốc tế, đảm bảo các quyền và lợi ích của các chủ thể khác nhau trong xã hội.

3. Mối quan hệ giữa Hiến pháp và điều ước quốc tế

Với tính cách là đạo luật có giá trị pháp lý cao nhất trong hệ thống pháp luật quốc

gia, Hiến pháp phản ánh mối quan hệ giữa pháp luật quốc gia với pháp luật quốc tế. Mặc dù các nước đều có những quy định rõ ràng về mối quan hệ giữa các ĐUQT và các đạo luật thường quốc nội, nhưng lại rất ít khi đề cập đến tính thứ bậc giữa Hiến pháp và các ĐUQT. Hiến pháp Hà Lan (1983) là một trong số rất ít Hiến pháp xếp các ĐUQT cao hơn Hiến pháp.

Hiến pháp của Pháp không quy định rõ về tính thứ bậc giữa Hiến pháp và ĐUQT, nhưng lại đặt ra vấn đề xử lý sự xung đột giữa hai loại quy phạm này trong quá trình gia nhập ĐUQT. Hiến pháp Pháp cho phép đưa vào nội dung của ĐUQT mà Pháp là một bên ký kết hoặc tham gia những điều khoản có nội dung trái với Hiến pháp; tuy nhiên, trước khi chấp nhận ràng buộc quy định này (phê chuẩn/phê duyệt) thì phải tiến hành sửa đổi Hiến pháp. Nếu việc sửa đổi Hiến pháp bị thất bại, thì coi như ĐUQT đó mặc dù đã được ký hoặc gia nhập nhưng không có hiệu lực pháp lý đối với Pháp. Trên thực tế, Pháp đã phải sửa đổi Hiến pháp bốn lần để ký kết hoặc gia nhập các ĐUQT sau: Hiệp ước Maxtrict, Hiệp ước Amxtecdam, Hiệp ước thành lập Tòa hình sự quốc tế (ICC), Hiến chương về các ngôn ngữ trong khu vực. Mặc dù không quy định trong Hiến pháp, nhưng cũng như Pháp, nhiều quốc gia thường có quy trình kiểm tra tính hợp hiến của các ĐUQT trước khi gia nhập, và chỉ phê chuẩn/phê duyệt điều ước khi các quy định của ĐUQT không trái với Hiến pháp. Trong trường hợp Hiến pháp xung đột với các ĐUQT, thì phải sửa đổi, bổ sung Hiến pháp trước khi phê chuẩn/phê duyệt ĐUQT.

Nước Anh là một trường hợp đặc biệt với truyền thống Hiến pháp bất thành văn và

¹⁵ TS. Vũ Công Giao, *Quyền con người, quyền công dân trong Hiến pháp trên thế giới và Hiến pháp Việt Nam: Sơ bộ phân tích so sánh*, trong *Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội và Trung tâm TT, TV & NCKH, Văn phòng Quốc hội, Sửa đổi, bổ sung Hiến pháp 1992: Những vấn đề lý luận và thực tiễn, Tập II-Quyền con người, quyền công dân, Chế độ kinh tế, bảo hiến và một số vấn đề khác*, Nxb. Hồng Đức, tr. 32, 34.

ngại viện tối cao. Theo những truyền thống này, Nghị viện có quyền làm luật, sửa đổi bất kỳ một đạo luật nào bất cứ khi nào; và hơn nữa, không ai, tổ chức nào được pháp luật Anh công nhận có quyền đình chỉ hoặc bãi bỏ các đạo luật của Nghị viện. Điều này có nghĩa, Nghị viện không bị giới hạn bởi các tòa án cũng như bởi các thể chế quốc tế; Nghị viện có quyền tự do thông qua các đạo luật trái với các công ước mà Anh đã phê chuẩn. Quan điểm này của Anh đã vấp phải sự phản đối của Cộng đồng châu Âu và Tòa án châu Âu về quyền con người khi mà Anh đã cam kết về tính ưu thế của pháp luật châu Âu. Tuy vậy, lý thuyết Nghị viện tối cao vẫn tiếp tục duy trì.

Trong quá trình áp dụng các ĐUQT có thể xảy ra xung đột giữa Hiến pháp với các ĐUQT mà các nước đã chấp nhận tham gia. Theo thông lệ, các nước đều tuyên bố Hiến pháp là đạo luật có giá trị pháp lý tối cao trong trật tự pháp luật, do đó có giá trị pháp lý cao hơn các công ước quốc tế. Theo trường phái nhất nguyên, Hiến pháp vẫn được coi là đạo luật tối cao của một trật tự pháp luật thống nhất. Hoa Kỳ theo trường phái này, theo đó Hiến pháp có giá trị pháp lý cao hơn các công ước quốc tế. Theo trường phái nhị nguyên, thì việc chuyển hóa các ĐUQT trong pháp luật quốc nội là bắt buộc cho phép đảm bảo tính phù hợp của các quy tắc pháp luật quốc nội, tính ưu thế của pháp luật quốc nội so với pháp luật quốc tế. Trong trường hợp này, Hiến pháp đương nhiên có giá trị tối cao so với các công ước quốc tế.

Mặc dù Hiến pháp có giá trị pháp lý tối cao so với các công ước quốc tế mà các nước tham gia, nhưng để phù hợp với nguyên tắc tận tâm thực hiện ĐUQT, các quốc gia phải có trách nhiệm nghiêm chỉnh thực hiện ĐUQT đã ký kết, chấp nhận sự ràng buộc, “không thể viện những quy định của pháp luật trong nước của mình làm lý do để không

thi hành một điều ước mà mình đã cam kết” (Điều 27 - Công ước Viên). Trong trường hợp có sự mâu thuẫn giữa Hiến pháp và các ĐUQT, ngày càng có nhiều quốc gia đã thực hiện quá trình hiến pháp hóa các ĐUQT để thể hiện cam kết đối với các ĐUQT mà họ đã chấp nhận tham gia.

4. Chuyển hóa các quy định của điều ước quốc tế vào Hiến pháp Việt Nam

Không giống Hiến pháp nhiều nước trên thế giới, Hiến pháp Việt Nam không quy định về mối quan hệ giữa pháp luật quốc tế và pháp luật quốc gia, mà chỉ quy định về thẩm quyền của Quốc hội, Chủ tịch nước và Thủ tướng Chính phủ trong quan hệ đối ngoại và ký kết, thực hiện ĐUQT. Trong khi đó, vấn đề này được đề cập tại Điều 6, Luật Ký kết, gia nhập và thực hiện ĐUQT 2005, cụ thể:

1. Trong trường hợp văn bản quy phạm pháp luật (VBQPPL) và ĐUQT mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên có quy định khác nhau về cùng một vấn đề thì áp dụng quy định của ĐUQT.

2. Việc ban hành VBQPPL phải bảo đảm không làm cản trở việc thực hiện ĐUQT mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên có quy định về cùng một vấn đề.

3. Căn cứ vào yêu cầu, nội dung, tính chất của ĐUQT, Quốc hội, Chủ tịch nước, Chính phủ khi quyết định chấp nhận sự ràng buộc của ĐUQT đồng thời quyết định áp dụng trực tiếp toàn bộ hoặc một phần ĐUQT đó đối với cơ quan, tổ chức, cá nhân trong trường hợp quy định của ĐUQT đã đủ rõ, chi tiết để thực hiện; quyết định hoặc kiến nghị sửa đổi, bổ sung, bãi bỏ hoặc ban hành VBQPPL để thực hiện ĐUQT đó.

Qua quy định trên đây, có thể rút ra một số nhận định sau:

- ĐUQT có giá trị cao hơn so với các VBQPPL (từ các đạo luật trở xuống). Việc

ban hành các VBQPPL phải phù hợp với các ĐUQT mà Việt Nam ký kết. Khi có mâu thuẫn giữa ĐUQT và các VBQPPL thì áp dụng các quy phạm ĐUQT;

- ĐUQT không có giá trị áp dụng trực tiếp một cách đương nhiên, mà được quyết định trong từng trường hợp cụ thể: *Thứ nhất*, Quốc hội, Chủ tịch nước, Chính phủ sẽ quyết định về việc áp dụng trực tiếp ĐUQT vào thời điểm chấp nhận sự ràng buộc của từng ĐUQT cụ thể trong trường hợp các quy định của ĐUQT đã đủ rõ, chi tiết để thực hiện; *Thứ hai*, các cơ quan nhà nước có thẩm quyền sẽ chuyển hóa các quy định của ĐUQT vào pháp luật quốc gia thông qua việc sửa đổi, bổ sung, bãi bỏ và ban hành các VBQPPL để thực hiện ĐUQT đó. Như vậy, việc xác định áp dụng trực tiếp phải được quyết định vào thời điểm chấp nhận sự ràng buộc của từng điều ước; trong trường hợp không chấp nhận áp dụng trực tiếp hoặc không có quy định về việc áp dụng trực tiếp các ĐUQT, thì ĐUQT đó phải được chuyển hóa trong pháp luật quốc gia.

Thực tiễn ở Việt Nam cho thấy, ít các điều ước quy định áp dụng trực tiếp, trong khi đa phần các điều ước đều phải được nội luật hóa để áp dụng. Các ĐUQT cho phép áp dụng trực tiếp thường liên quan đến thương mại quốc tế, như áp dụng trực tiếp các quy định của ĐUQT liên quan đến các cam kết của Việt Nam khi gia nhập WTO. Không giống với xu hướng áp dụng trực tiếp các ĐUQT về nhân quyền ở một số nước hiện nay, Việt Nam thường nội luật hóa các ĐUQT về nhân quyền. Việt Nam cũng tuyên bố không áp dụng trực tiếp Công ước chống tham nhũng của Liên hiệp quốc. Thực tế xét xử cũng cho thấy, các tòa án mới chỉ sử dụng luật thương mại quốc tế trong việc giải

quyết các tranh chấp về hợp đồng, thương mại, đầu tư, giao nhận, bảo hiểm, trong khi tòa án chưa bao giờ viện dẫn các văn kiện quốc tế về quyền con người để giải quyết các vụ việc dân sự và hình sự có liên quan.

Như vậy, Việt Nam chú trọng việc nội luật hóa các ĐUQT, đặc biệt các điều ước về quyền con người trong pháp luật quốc gia. Các quy định Bộ luật nhân quyền quốc tế cũng được chuyển hóa trong Hiến pháp và pháp luật của Việt Nam. Theo một nghiên cứu¹⁶, hầu hết các quyền cơ bản mà Bộ luật nhân quyền quốc tế đề cập đều đã được liệt kê trong Hiến pháp 1992. Tuy nhiên, Hiến pháp hiện hành cũng có nhiều thiếu hụt, bất cập cả về nội dung, hình thức quy định, cơ chế bảo vệ các quyền và tự do so với Bộ luật nhân quyền quốc tế. Những vấn đề này cũng được thảo luận ở nhiều diễn đàn khác nhau trong quá trình sửa đổi, bổ sung Hiến pháp đang diễn ra. Theo Dự thảo đã được công bố, các quy định về quyền con người trong Dự thảo đã đầy đủ hơn rất nhiều so với Hiến pháp hiện hành trong tương quan với Bộ luật nhân quyền quốc tế. Đó cũng là một xu hướng chung của thế giới.

Qua phân tích những kinh nghiệm thế giới và thực tiễn ở Việt Nam, chúng tôi kiến nghị:

Thứ nhất, bổ sung vào Hiến pháp quy định về mối quan hệ giữa pháp luật quốc tế và pháp luật quốc gia;

Thứ hai, Hiến pháp ghi nhận nguyên tắc áp dụng trực tiếp đương nhiên các ĐUQT khi đủ khả năng áp dụng, trừ các trường hợp khác được quy định trong từng công ước;

Thứ ba, sửa đổi, bổ sung Hiến pháp nhằm đảm bảo sự phù hợp của Hiến pháp với các công ước quốc tế mà Việt Nam tham gia, đặc biệt là các công ước về quyền con người ■

16 Lã Khánh Tùng, *Quyền cá nhân trong Hiến pháp Việt Nam qua lăng kính của Bộ luật nhân quyền quốc tế*, ttdđ, tr. 102-106.

VĂN PHÒNG QUỐC HỘI
TẠP CHÍ NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

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

PHIẾU MUA TẠP CHÍ
Năm : 2013

Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp xuất bản mỗi tháng 02 kỳ 64 trang vào các ngày 05 và 20 hàng tháng. Đề đăng ký mua ấn phẩm của Tạp chí trong năm 2013 xin đề nghị Độc giả điền vào mẫu dưới đây và gửi tới Tạp chí (qua bưu điện, fax)

Cơ quan/cá nhân đặt mua:

Tên và địa chỉ người nhận tạp chí :

Người liên hệ đặt và thanh toán:

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

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

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

• Phương thức thanh toán:

tiền mặt chuyển khoản chuyển qua bưu điện séc

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

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

, ngày tháng năm 20

Đơn vị đặt mua