

# NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

ISSN 1859 - 2953

[www.nclp.org.vn](http://www.nclp.org.vn)

**VĂN PHÒNG QUỐC HỘI**

**Số 6(214) / Tháng 3/2012**



**DIỄN ĐÀN VỀ NHÀ NƯỚC, PHÁP LUẬT, CHÍNH SÁCH**

# NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn



## Mục lục

### NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

#### BẢN VỀ LẬP HIẾN

- 3** Cơ quan nhân quyền quốc gia, vị trí của nó trong Hiến pháp trên thế giới và gợi ý cho Việt Nam

**TS. Vũ Công Giao**

- 14** Tiếp cận quyền để bổ sung, sửa đổi Hiến pháp năm 1992 thành bản Hiến pháp có giá trị bền vững

**PGS, TS. Nguyễn Thanh Tuấn**

- 19** Hướng đến một công cụ pháp lý vững chắc cho việc bảo đảm hòa bình trên Biển Đông

**TS. Lê Minh Phiếu**

### BẢN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 27** Đa dạng hóa loại hình đại học - một số góp ý xây dựng Luật Giáo dục đại học

**PGS, TS. Phạm Duy Nghĩa**

- 34** Hoàn thiện hơn nữa các quy định trong Dự thảo Luật phòng, chống tác hại của thuốc lá

**TS. Phạm Trí Hùng**

- 37** Thuốc lá và sự chậm phát triển của các nước đang phát triển

**ThS. Lê Tuấn Phong**

- 40** Bảo đảm công bằng trong thuế thu nhập cá nhân

**ThS. Trần Minh Đức**

### CHÍNH SÁCH

- 43** Vai trò, nhiệm vụ của Mặt trận Tổ quốc Việt Nam trong công tác tuyên truyền, phổ biến, giáo dục pháp luật về quyền làm chủ

**Nguyễn Thanh Bình**

### THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 48** Đăng ký bất động sản tại Việt Nam – các vấn đề lý luận và thực tiễn

**PGS, TS. Nguyễn Ngọc Điện**

- 54** Đánh giá sức mạnh thị trường trong Luật cạnh tranh năm 2004

**Lưu Hương Ly**

### KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 57** Bản chất pháp lý của Hội đồng Hiến pháp Cộng hòa Pháp

**TS. Võ Trí Hào**

#### **HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:**

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

#### **TỔNG BIÊN TẬP**

TS. PHẠM VĂN HÙNG

#### **PHÓ TỔNG BIÊN TẬP:**

NGUYỄN QUANG MINH

#### **TRỤ SỞ:**

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

#### **THIẾT KẾ:**

NGUYỄN ANH VŨ

#### **GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:**

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

#### **PHÁT HÀNH:**

HÀ NỘI: 080-43364  
TP. HỒ CHÍ MINH: 080-83558

#### **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: 15.000 ĐỒNG**

# NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn



## Legis 3/2012

### STATE AND LAW

#### DISCUSSION ON CONSTITUTION

- 3** National human rights institution, its place in the Constitution – Worldwide experience and suggestions for Vietnam

**Dr. Vu Cong Giao**

- 14** Supplementing and amending the Constitution 1992 - access from people's right of mastery in order to make it become the Constitution with the sustainable values

**Prof, Dr. Nguyen Thanh Tuan**

- 19** Toward a strong legal instrument for ensuring peace in the Eastern Sea

**Dr. Le Minh Phieu**

### DISCUSSION OF BILLS

- 27** Diversify university type - some constructive feedback to Higher Education Law

**Prof, Dr. Pham Duy Nghia**

- 34** Further improvement of the provisions in the draft Law on prevention of the harmful effects of tobacco

**Dr. Pham Tri Hung**

- 37** Tobacco and the slow development of developing countries

**LLM. Le Tuan Phong**

- 40** To ensure fairness in the personal income tax

**LLM. Tran Minh Duc**

### POLICIES

- 43** The role and tasks of the Vietnam Fatherland Front in the propagation, dissemination and education of legislation on mastery

**Nguyen Thanh Binh**

### LEGAL PRACTICE

- 48** Real estate registration in Vietnam - the theoretical and practical issues

**Prof, Dr. Nguyen Ngoc Dien**

- 54** Assessment of market power in the Competition Law 2004

**Luu Huong Ly**

### FOREIGN EXPERIENCE

- 57** Legal nature of the Constitutional Council of the French Republic

**Dr. Vo Tri Hao**

#### 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

#### VICE EDITOR-IN-CHIEF:

NGUYEN QUANG MINH

#### OFFICE:

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

#### DESIGN:

NGUYEN ANH VU

#### LICENSE OF PUBLISHMENT:

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

#### DISTRIBUTION:

HA NOI: 080-43364  
HO CHI MINH CITY: 080-83558

#### ACCOUNT NUMBER:

0011000467735  
LEGISLATIVE STUDY MAGAZINE  
VIETCOMBANK

PRINTED IN SCIENCE TECHNOLOGY  
PRINTING COMPANY

Price: 15,000 VND

# CƠ QUAN NHÂN QUYỀN QUỐC GIA, VỊ TRÍ CỦA NÓ TRONG HIẾN PHÁP TRÊN THẾ GIỚI VÀ GỢI Ý CHO VIỆT NAM

## ■ VŨ CÔNG GIAO\*

### 1. Khái quát về cơ quan nhân quyền quốc gia

Theo định nghĩa giản dị của Liên hiệp quốc (LHQ), “cơ quan nhân quyền quốc gia” (tiếng Anh: National Human Rights Institutions - NHRIs), hoặc National Institutions for Protection and Promotion of Human Rights) là “một cơ quan (body) được giao những chức năng cụ thể trong việc thúc đẩy và bảo vệ nhân quyền”<sup>1</sup>.

Rất nhiều người nhầm lẫn khi đồng nhất NHRIs với các tổ chức phi chính phủ (NGO), thậm chí với các tổ chức đối lập với nhà nước. Thực chất, các NHRIs là một thiết chế có tính chất của cơ quan nhà nước (quasi-governmental agency), có chức năng tư vấn, hỗ trợ các nhà nước trong việc bảo vệ, thúc đẩy nhân quyền. Nó có một vị thế rất đặc biệt, không giống với các NGO, đồng thời cũng không giống các cơ quan nhà nước thông thường. Cụ thể, các NHRIs: (i) không phải là một NGO (vì không hoàn toàn độc lập với chính phủ); (ii) không phải là một cơ quan lập pháp (vì không có chức năng đại diện, không có quyền ban hành văn bản quy phạm pháp luật...); (iii) không phải là một cơ quan tư pháp (vì không có chức năng tài phán); (iv) cũng không hẳn là một

cơ quan hành chính (trong một số trường hợp, NHRIs được đặt trong/dưới một cơ quan hành pháp, nhưng nó được hưởng mức độ độc lập nhất định về cơ cấu tổ chức, chức năng, nhiệm vụ và hoạt động).

Có những động lực và sức ép từ cả bên trong và bên ngoài các quốc gia thúc đẩy việc thành lập các NHRIs. Trên phương diện quốc tế, ngay từ khi thành lập, LHQ đã quan tâm và có nhu cầu tiếp nhận sự trợ giúp của càng nhiều càng tốt các chủ thể ở nhiều cấp độ (quốc tế, khu vực, quốc gia) vào hoạt động bảo vệ, thúc đẩy nhân quyền. Điều này dẫn tới việc vào năm 1946, Hội đồng Kinh tế-Xã hội của LHQ (ECOSOC) đã yêu cầu các quốc gia thành viên thành lập các nhóm hoặc ủy ban nhân quyền để phối hợp hoạt động với Ủy ban nhân quyền LHQ (nay đã được thay thế bởi Hội đồng Nhân quyền LHQ). Ở cấp độ quốc gia, các nhà nước đóng vai trò kép - vừa là chủ thể có nghĩa vụ chính trong việc bảo vệ, thúc đẩy nhân quyền, vừa là thủ phạm chính của các vi phạm nhân quyền - vì vậy, cần một cơ quan tư vấn có tính độc lập tương đối để góp ý và trợ giúp. Các NHRIs được thiết lập để đóng vai trò đó. Những cơ quan đặc biệt này giúp

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

(1) Xem United Nations, National Institutions for the Promotion and Protection of Human Rights, Factsheet 19, tại <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet19en.pdf>.



cân bằng giữa hai thái cực: sự quá hữu (bảo thủ, trì trệ...) của các cơ quan nhà nước và sự quá tả (cực đoan, một chiều...) của các NGO trong lĩnh vực nhân quyền.

Trên thực tế, không có một mô hình chung về NHRIs cho các quốc gia. Mỗi nước có những mô hình NHRIs khác nhau (về tên gọi, cơ cấu tổ chức, chức năng, nhiệm vụ...); tuy nhiên, các NHRIs thông thường được thiết lập theo ba hình thức chủ yếu đó là: (i) Cơ quan thanh tra Quốc hội (Ombudsman); Ủy ban nhân quyền quốc gia (National Human Rights Commission/Committee); (iii) Cơ quan chuyên trách về một vấn đề nhân quyền cụ thể (Specialized Institutions).

Các Ủy ban nhân quyền quốc gia thông thường thuộc nhánh hành pháp, do Chính phủ thành lập nhưng có tính độc lập tương đối với các cơ quan hành pháp khác và có thể có nhiệm vụ báo cáo thường kỳ với cơ quan lập pháp. Ủy viên của các ủy ban nhân quyền quốc gia có thể có chuyên môn khác nhau, tuy nhiên đều phải có uy tín, kinh nghiệm, được bầu ra trên cơ sở tính đến tính đại diện cho vùng, miền, nhóm người, đảng phái... của quốc gia.

Các Cơ quan Thanh tra Quốc hội thông thường thuộc nhánh lập pháp, được Nghị viện thành lập nhưng có tính độc lập tương đối với Nghị viện. Về bản chất, Thanh tra Quốc hội không phải là cơ quan giám sát nhánh hành pháp, mà chỉ đóng vai trò là cơ quan trung gian giữa cá nhân và các chính phủ (giống các ủy ban nhân quyền) trong các vấn đề nhân quyền. Chức năng chính của Cơ quan Thanh tra Quốc hội là bảo vệ sự công bằng và tính pháp lý trong hoạt động hành chính công (bao gồm nhưng rộng hơn việc bảo vệ quyền con người). Cơ quan Thanh tra Quốc hội có thể là một cá nhân hoặc một nhóm cá nhân (văn phòng/cơ quan thanh tra Quốc hội). Mặc dù các Cơ quan Thanh tra Quốc hội trên thế giới không hoàn toàn giống nhau về cách thức tổ chức nhưng khá đồng nhất về chức năng, nhiệm vụ và thủ tục hoạt động.

Ngoài hai dạng phổ biến kể trên, ở một số nước còn thành lập các cơ quan chuyên trách về một vấn đề nhân quyền cụ thể hoặc quyền của một số nhóm xã hội nhất định, cụ thể như các ủy ban quốc gia về người thiểu số, người bản địa, phụ nữ, trẻ em, người khuyết tật, người lao động di trú...

Mặc dù tồn tại dưới nhiều hình thức, song các NHRIs đều tuân thủ những nguyên tắc chung về tổ chức và hoạt động của các cơ quan nhân quyền quốc gia (các Nguyên tắc Pa-ri). Các Nguyên tắc Pa-ri là một văn kiện quốc tế có tính khuyến nghị (không có hiệu lực ràng buộc về pháp lý), được Đại hội đồng LHQ thông qua theo Nghị quyết 48/134 ngày 20/12/1993 tại thủ đô nước Pháp, trong đó xác định một tập hợp những nguyên tắc nền tảng cho việc thành lập, tổ chức và hoạt động của các NHRIs trên thế giới<sup>2</sup>. Văn kiện này đề cập đến các vấn đề: thẩm quyền và trách nhiệm của NHRIs; cơ cấu tổ chức và những bảo đảm về tính độc lập và đa nguyên của NHRIs; những cách thức hoạt động của NHRIs; các nguyên tắc bổ sung liên quan đến vị thế của NHRIs có thẩm quyền xử lý những khiếu nại vi phạm nhân quyền.

Về thẩm quyền, theo các Nguyên tắc Pa-ri, các NHRIs phải được pháp luật quốc gia giao quyền và nhiệm vụ thúc đẩy và bảo vệ nhân quyền càng rộng càng tốt. Về chức năng, các NHRIs đóng vai trò: tư vấn (theo yêu cầu) cho Chính phủ, Nghị viện và các cơ quan nhà nước khác về các vấn đề lập pháp, hành pháp, tư pháp và thực tiễn liên quan đến bảo vệ và thúc đẩy nhân quyền; soạn thảo và cung cấp cho các cơ quan kể trên báo cáo về tình hình nhân quyền quốc gia (khái quát và trên những vấn đề cụ thể); thúc đẩy việc bảo đảm sự hài hòa của pháp luật và thực tiễn quốc gia với các tiêu chuẩn quốc tế về nhân quyền; vận động nhà nước tham gia các điều ước quốc tế về nhân quyền; hỗ trợ xây dựng các báo cáo quốc gia về nhân quyền trình các cơ quan LHQ; hợp tác với các cơ quan nhân quyền của LHQ và các cơ

(2 Xem toàn văn văn kiện này (tiếng Anh) tại <http://www2.ohchr.org/english/law/parisprinciples.htm>.)

quan, tổ chức quốc gia hoạt động trên lĩnh vực nhân quyền; hỗ trợ xây dựng các chương trình nghiên cứu, giảng dạy nhân quyền ở quốc gia; phổ biến kiến thức, thông tin về nhân quyền.

Về thành phần, các NHRIs thường bao gồm đại diện của nhiều tầng lớp, nhóm lợi ích trong xã hội, ví dụ như các NGOs hoạt động trên lĩnh vực nhân quyền và chống phân biệt đối xử, bao gồm các tổ chức công đoàn; các tổ chức nghề nghiệp (luật sư, nhà báo, bác sĩ...); các cơ sở học thuật (trường đại học, viện nghiên cứu...); các chuyên gia có uy tín; thành viên của các Nghị viện; chuyên viên của các cơ quan chính phủ...

Tính độc lập (tương đối) là yếu tố không thể thiếu của các NHRIs. Theo các Nguyên tắc Paris, các NHRIs cần phải có tính độc lập với các cơ quan nhà nước khác; mức độ độc lập càng cao càng tốt. Có nhiều yếu tố bảo đảm cho tính độc lập của NHRIs, trong đó bao gồm: được cung cấp trụ sở, trang thiết bị làm việc; được nhận tài trợ để thực hiện những hoạt động thích hợp; việc thành lập, cơ cấu tổ chức, chức năng, nhiệm vụ được quy định trong luật.

Các NHRIs thường hoạt động theo những phương thức sau: xem xét giải quyết mọi vấn đề thuộc thẩm quyền, bất kể do chủ thể nào đề xuất; tiếp xúc với bất kỳ ai, thu thập bất kỳ thông tin, tài liệu nào cần thiết để giải quyết các tình huống thuộc thẩm quyền; trực tiếp hỏi đáp ý kiến công chúng hoặc thông qua bất kỳ cơ quan thông tin đại chúng nào; họp định kỳ hoặc bất kỳ các thành viên đương nhiệm khi

cần thiết; thành lập các nhóm công tác khi cần thiết; duy trì quan hệ tham vấn với các cơ quan khác có chức năng thúc đẩy và bảo vệ nhân quyền; phát triển quan hệ với các NGOs hoạt động trên lĩnh vực nhân quyền.

Không phải tất cả, song khá nhiều NHRIs được giao cả thẩm quyền tiếp nhận và xử lý những khiếu nại, tố cáo về vi phạm nhân quyền. Những NHRIs có thẩm quyền này sẽ được: tiếp nhận bất kỳ khiếu nại, tố cáo nào gửi tới, hoặc chuyển tiếp chúng đến các cơ quan có thẩm quyền khác theo quy định pháp luật; giải quyết các khiếu nại bằng biện pháp hòa giải, bao gồm việc đưa ra những quyết định có tính ràng buộc, trên cơ sở giữ kín thông tin về người khiếu nại; thông báo cho chủ thể khiếu nại các quyền của họ, các giải pháp đền bù có thể và hỗ trợ họ đạt được các giải pháp đó; đưa ra khuyến nghị với bất kỳ cơ quan có thẩm quyền nào về bất kỳ vấn đề nào liên quan đến lập pháp, hành pháp và thực tiễn về nhân quyền.

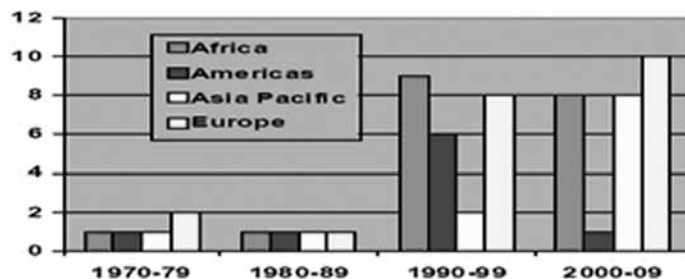
**2. Thực trạng các cơ quan nhân quyền quốc gia trên thế giới**

Khảo sát của Văn phòng Cao ủy LHQ về nhân quyền (OHCHR) với 61 NHRIs trên thế giới (công bố vào tháng 7/2009) cho thấy thực trạng của các cơ quan này như sau<sup>3</sup>:

*Về thời gian thành lập:* Xét chung, phần lớn các NHRIs trên thế giới mới được thành lập từ sau thập kỷ 1990 (xem biểu 1).

*Dạng tổ chức:* Đa số NHRIs được thành lập

*Biểu 1: Thời điểm thành lập các NHRIs trên thế giới*



**Figure 1: Year of Establishment**

(3) OHCHR, Survey on NHRIs: Report on the Findings and Recommendation of a Questionnaire Addressed to NHRIs Worldwide, Geneva, July 2009.

dưới dạng Ủy ban nhân quyền quốc gia (58%), tỷ lệ thành lập dưới hình thức Thanh tra Quốc hội cũng khá cao (30%), chỉ có một tỷ lệ nhỏ được thành lập dưới dạng thức khác (7%) hoặc theo cách thức hỗn hợp (5%) (xem biểu 2):

*Thẩm quyền:* 58/61 NHRIs được khảo sát có thẩm quyền trên toàn lãnh thổ; 4/61 chỉ có thẩm quyền giới hạn ở một số khu vực; hầu như tất cả có thẩm quyền với mọi cá nhân, bất kể vị thế công dân; 4/61 có thẩm quyền vượt ra khỏi quốc gia (extra-territorial jurisdiction) để bảo vệ công dân ở nước ngoài; 40% không phải là NHRIs duy nhất ở quốc gia đó (có thêm các NHRIs thuộc những hình thức khác, hoặc ở cấp địa phương...).

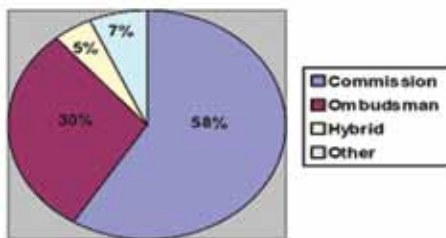
*Thành phần ủy viên:* Ở các khu vực khác nhau thành phần các ủy viên của NHRIs ít nhiều khác nhau. Tuy nhiên, xét chung ở tất cả các khu vực, ủy viên của các NHRIs bao gồm (tính từ trái sang phải trong biểu dưới đây): đại diện của các NGO trong nước; đại diện của các

tổ chức công đoàn; các chuyên gia pháp luật; các chuyên gia y tế; các nhà nghiên cứu; các đại biểu Quốc hội; đại diện của các cơ quan chính phủ. Trong số các đối tượng này, xét chung ở tất cả các khu vực, tỷ lệ thành viên cao nhất thuộc về các chuyên gia pháp luật và các nhà nghiên cứu (xem biểu 3).

*Việc đề cử thành viên các NHRIs:* Ở các khu vực khác nhau, việc đề cử người tham gia các NHRIs ít nhiều có sự khác nhau. Tuy nhiên, xét chung ở tất cả các khu vực, việc này thường do một số cơ quan sau đây thực hiện (tính từ trái sang phải trong biểu dưới đây): người đứng đầu nhà nước; Quốc hội; Tòa án; các tổ chức xã hội dân sự; tự ứng cử. Ngoài ra, trong một số trường hợp, thành viên của các NHRIs còn được đề cử theo cách khác (xem biểu 4).

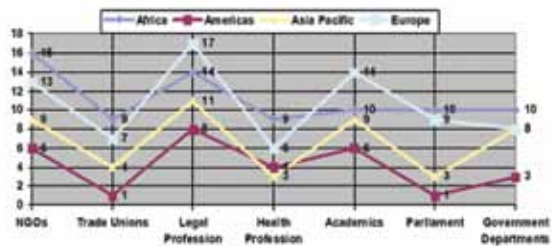
*Nhiệm kỳ của các thành viên NHRIs:* Ở các quốc gia khác nhau, nhiệm kỳ hoạt động của các ủy viên NHRIs ít nhiều khác nhau. Tuy

*Biểu 2: Hình thức tổ chức của các NHRIs trên thế giới*



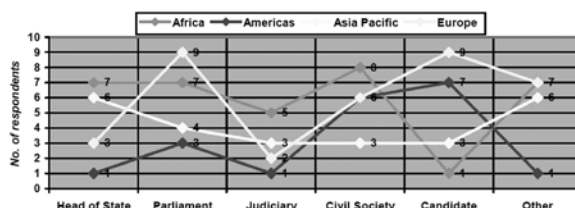
**Figure 3: Institutional Type**

*Biểu 3: Thành phần cấu thành các NHRIs trên thế giới*



**Figure 6: Professional Backgrounds of Members**

*Biểu 4: Việc đề cử thành viên của các NHRIs trên thế giới*



**Figure 9: Nomination of Candidates**

nhiên, xét chung, nhiệm kỳ được xác định trong khoảng 2-7 năm, trong đó các nhiệm kỳ 5, 3 và 4 năm mang tính phổ biến nhất (xem biểu 5).

*Số lượng cán bộ giúp việc:* Ở các quốc gia khác nhau, số lượng cán bộ giúp việc trong NHRIs ít nhiều khác nhau. Khoảng cách giữa các quốc gia trong vấn đề này là khá lớn (từ khoảng 20 đến hơn 200 cán bộ), tuy nhiên, phổ biến nhất là dưới 50 cán bộ (xem biểu 6).

*Về tự chủ và tính độc lập trong hoạt động và nguồn tài chính:* Về hoạt động, 70% trong số 61 NHRIs được khảo sát rất tự chủ về hoạt động, 40% chịu sự quản lý của một cơ quan hành chính, trong đó 20% bị cơ quan hành chính chi phối. Về tài chính, gần 50% thiếu kinh phí hoạt động. Đa số nhận hỗ trợ kinh phí qua một cơ quan Chính phủ và bị cơ quan này chi phối việc sử dụng nguồn kinh phí được cấp. Đánh giá về tính độc lập nói chung, có 45/61 (74%) được xếp loại độc lập cao (very),

10/61 (16%) khá độc lập (moderate); 4/61 có mức độ độc lập hạn chế (limited).

*Về khả năng tiếp cận của công chúng:* Nhìn chung, công chúng có thể tiếp cận với các NHRIs thông qua nhiều cách thức khác nhau, cụ thể như qua điện thoại (phone), thư tín (post), thư điện tử (email), trang web (website). Ở các khu vực khác nhau, khả năng tiếp cận của công chúng theo từng loại hình đã nêu có sự khác nhau. Tuy nhiên, xét chung, khả năng tiếp cận các NHRIs ở châu Âu là cao nhất (trên tất cả các loại hình, mức đánh giá đều là cao hoặc rất cao, chỉ có một tỷ lệ nhỏ là trung bình). Ở châu Mỹ xếp thứ hai (chỉ riêng việc tiếp cận thông qua email với một số NHRIs ở khu vực bị đánh giá thấp, còn lại đều được xếp loại cao và rất cao). Các NHRIs ở châu Phi và châu Á-Thái Bình Dương rõ ràng tụt hậu hơn so với ở hai châu lục đề cập trước, vì ở tất cả các loại hình đều tồn tại một tỷ lệ bị đánh giá thấp và rất thấp (xem biểu 7 trang sau).

*Biểu 5: Nhiệm kỳ của các thành viên NHRIs trên thế giới*

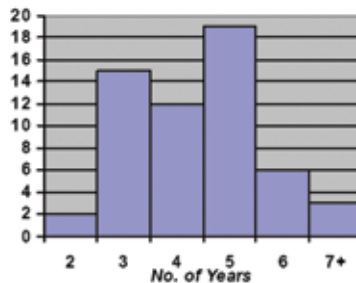


Figure 10: Length of Term

*Biểu 6: Số lượng cán bộ của các NHRIs trên thế giới*

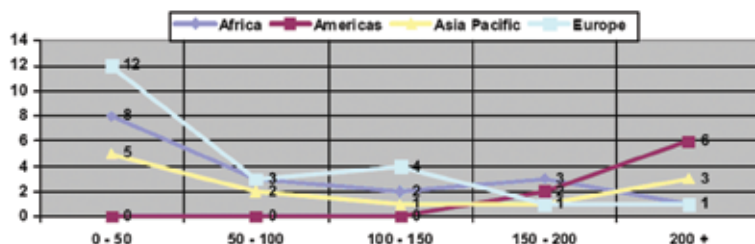
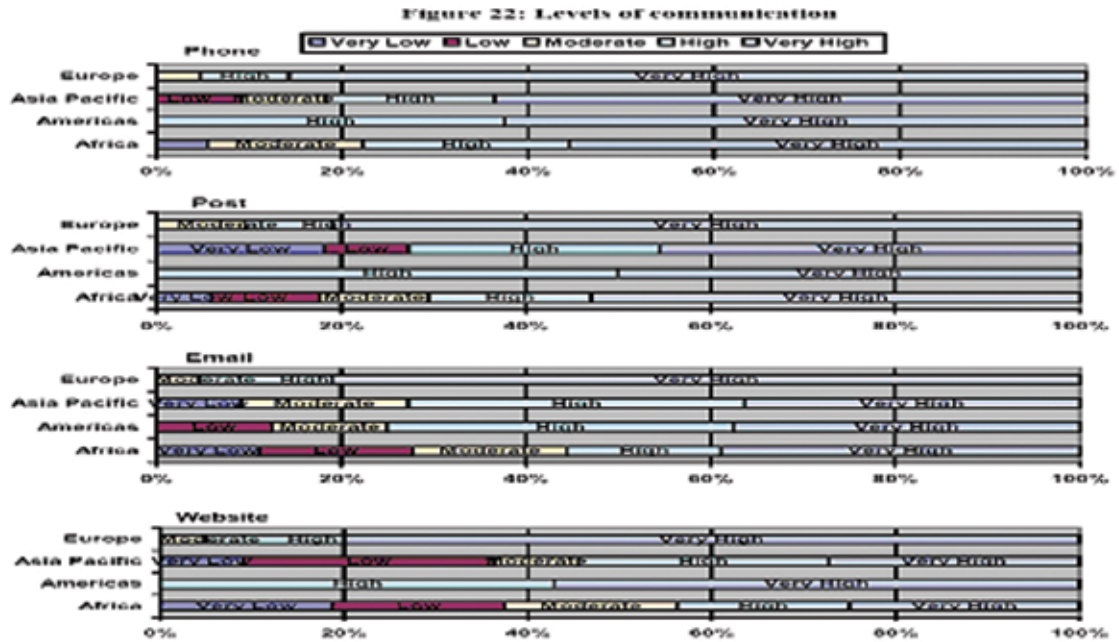


Figure 16: Number of Staff



*Biểu 7: Khả năng tiếp cận của công chúng với các NHRIs trên thế giới*



Về chức năng: Bảng thông kê dưới đây cho thấy chức năng của 61 NHRIs được khảo sát:

Chức năng	Theo yêu cầu của nhà chức trách liên quan	Theo sáng kiến của NHRIs	Theo cả hai hình thức
<b>Đưa ra những khuyến nghị với Nghị viện, Chính phủ và các cơ quan nhà nước có thẩm quyền khác về các vấn đề nhân quyền liên quan đến:</b>			
<i>Bất kỳ quy định pháp luật hay quyết định hành chính nào</i>	10 (16.3%)	22 (36%)	37 (60.6%)
<i>Các quy định, quyết định của các cơ quan tư pháp</i>	5 (8.1%)	22 (36%)	25 (40.9%)
<i>Các đạo luật và dự thảo luật</i>	4 (6.6%)	21 (34.4%)	34 (55.7%)
<i>Việc thông qua một văn bản pháp luật mới</i>	4 (6.6%)	21 (34.4%)	34 (55.7%)
<i>Việc sửa đổi một văn bản pháp luật đang có hiệu lực</i>	3 (5%)	26 (42.6%)	31 (50.8%)
<i>Việc đưa ra hoặc thay đổi các biện pháp hành chính đang có hiệu lực</i>	3 (5%)	25 (40.9%)	28 (45.9%)
<i>Báo cáo về tình hình nhân quyền của quốc gia hoặc về các vấn đề cụ thể khác</i>	0 (0%)	27 (44.2%)	31 (50.8%)

<i>Báo cáo về những vi phạm nhân quyền mà cơ quan sẽ thụ lý giải quyết</i>	2 (3.3%)	31 (50.8%)	25 (40.9%)
<i>Công bố những quan điểm, khuyến nghị và báo cáo</i>	0	35 (57.3%)	25 (40.9%)
<b>Thúc đẩy và vận động để:</b>			
<i>Làm hài hòa pháp luật và thực tiễn quốc gia với các văn kiện quốc tế về nhân quyền mà quốc gia là thành viên</i>	1 (1.6%)	31 (50.8%)	23 (37.7%)
<i>Thực hiện các khuyến nghị của các cơ chế quốc tế về nhân quyền mà quốc gia tham gia</i>	2 (3.3%)	34 (55.7%)	23 (37.7%)
<i>Tham gia các văn kiện quốc tế mới về nhân quyền</i>	1 (1.6%)	32 (52.4%)	24 (39.3%)
<i>Đóng góp vào việc xây dựng báo cáo định kỳ tổng thể về nhân quyền của quốc gia</i>	10 (16.3%)	24 (39.3%)	23 (37.7%)
<i>Nêu quan điểm về các báo cáo nhân quyền của quốc gia trước các cơ quan liên quan của LHQ</i>	2 (3.3%)	30 (48.3%)	22 (36.1%)
<i>Hợp tác với các cơ quan LHQ và các cơ chế khu vực, các NHRIs ở những quốc gia khác</i>	1 (1.6%)	37 (60.6%)	20 (32.7%)
<i>Hỗ trợ thiết lập và thực hiện các chương trình giảng dạy, nghiên cứu về nhân quyền</i>	1 (1.6%)	29 (47.5%)	29 (47.5%)
<i>Thực hiện các hoạt động nâng cao nhận thức của công chúng về nhân quyền, đặc biệt là việc phổ biến thông tin và các sáng kiến giáo dục, phối hợp với các cơ quan báo chí</i>	0 (0%)	37 (60.6%)	23 (37.7%)

*Thẩm quyền tiếp nhận và xử lý các khiếu nại, tố cáo vi phạm nhân quyền:* Trong số 61 NHRIs được khảo sát, có 47 (77%) được giao thẩm quyền này liên quan đến mọi quyền, 8 (13,1%) có quyền tiếp nhận, xử lý khiếu nại, tố cáo về một số quyền cụ thể. Số còn lại (6 cơ quan, chiếm 9,8%) không được giao thẩm quyền này. Điều đáng nói là khu vực châu Phi tỏ ra tiến bộ nhất trên khía cạnh này, khi có

100% NHRIs được khảo sát được giao thẩm quyền với mức cao nhất (với mọi quyền con người) (xem biểu 8 trang sau).

*Vai trò trong giáo dục nhân quyền:* Các NHRIs trên khắp thế giới đều đóng vai trò quan trọng trong giáo dục nhân quyền ở quốc gia, khi tham gia vào việc xây dựng chương trình giáo dục nhân quyền ở mọi cấp độ, từ cấp độ tiểu học (primary school), trung học

Biểu 8: Thẩm quyền giải quyết khiếu nại, tố cáo về nhân quyền của các NHRIs

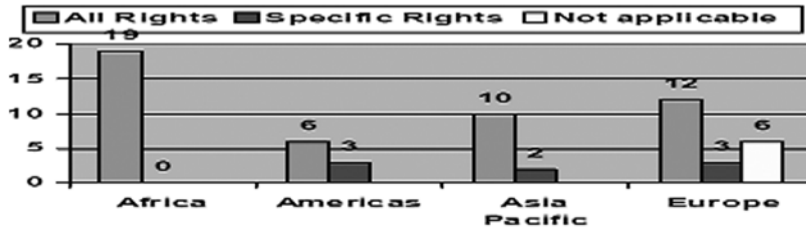
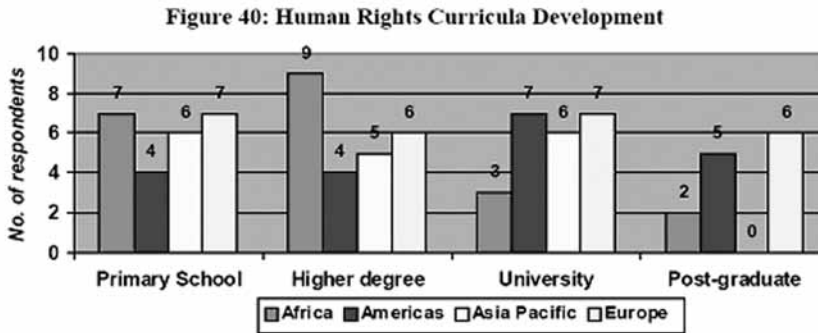


Figure 24: Complaints Handling Mandate

Biểu 9: Sự tham gia của các NHRIs trên thế giới vào việc xây dựng chương trình giáo dục nhân quyền ở các cấp độ giáo dục



(higher degree), đại học (university) đến sau đại học (post-graduate), tuy mức độ tham gia ở mỗi khu vực có sự khác nhau (xem biểu 9 trang sau).

Vai trò trong việc xây dựng Báo cáo định kỳ toàn thể về quyền con người của các quốc gia gửi Hội đồng Nhân quyền LHQ (UPR-Universal Periodic Report): UPR là văn kiện đặc biệt quan trọng để đánh giá tình hình thực thi các tiêu chuẩn quốc tế về nhân quyền của các nước trên thế giới. Các NHRIs trên khắp thế giới đều đóng vai trò quan trọng trong việc soạn thảo báo cáo này, từ việc tham gia soạn thảo, đóng góp ý kiến vào dự thảo, cung cấp thông tin cho các cơ quan có trách nhiệm soạn thảo, tham gia các phiên họp của ban soạn thảo, nêu quan điểm về báo cáo trong buổi xem xét báo cáo của Hội đồng Nhân quyền LHQ, phổ biến báo cáo cho công

chúng và tham gia thực hiện hoặc giám sát thực hiện những khuyến nghị của Hội đồng Nhân quyền LHQ sau khi quốc gia bảo vệ báo cáo. Mặc dù vậy, mức độ tham gia của các NHRIs vào tiến trình này ở mỗi khu vực có sự khác nhau (xem biểu 10 trang bên).

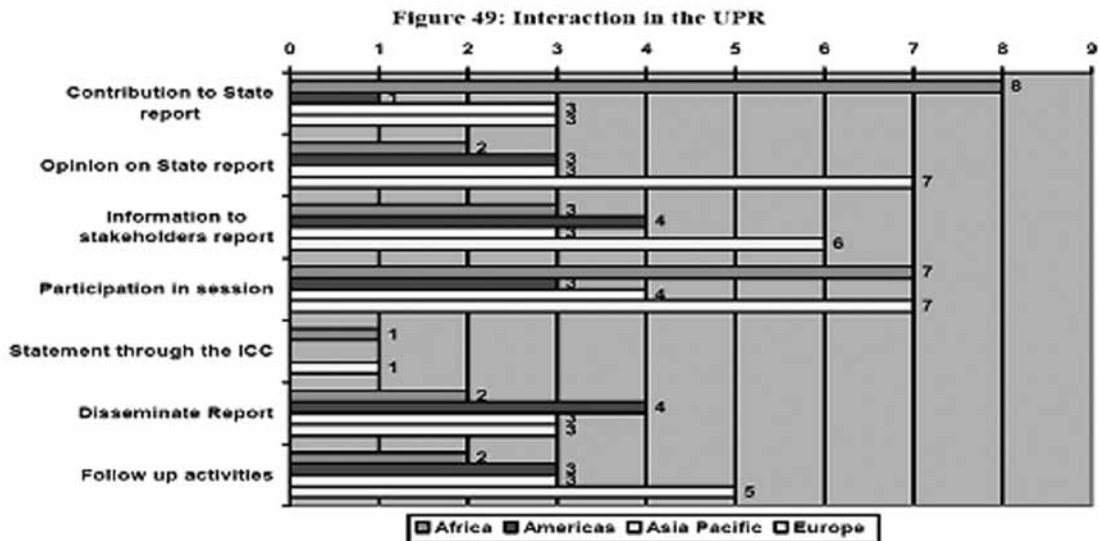
**2. Vị trí của NHRIs trong Hiến pháp các nước trên thế giới**

Cũng theo khảo sát của OHCHR, có 33% số NHRIs hiện hành trên thế giới được thành lập bởi một quy định trong Hiến pháp, 31% bởi quy định trong luật. Số được thành lập bởi nghị định hoặc một văn bản pháp luật khác chiếm 21%, còn lại (15%) được thành lập bởi nhiều dạng văn bản (hình thức hỗn hợp) (xem biểu 11 trang bên).

Một nghiên cứu khác gần đây (Dự án Hiến pháp so sánh - Comparative Constitutions

(4) CCP khảo sát 550/800 bản Hiến pháp thành văn đã được ban hành trên thế giới từ năm 1789, trong đó hơn 90% được thông qua sau Chiến tranh thế giới II. Số liệu khảo sát ở mục này cập nhật đến ngày 22/5/2008. Xem dữ liệu của CCP tại <http://www.constitutumaking.org/reports.html>.

Biểu 10: Sự tham gia của các NHRIs trên thế giới vào các tiến trình liên quan đến UPR



Biểu 11: Hình thức văn bản thành lập các NHRIs trên thế giới

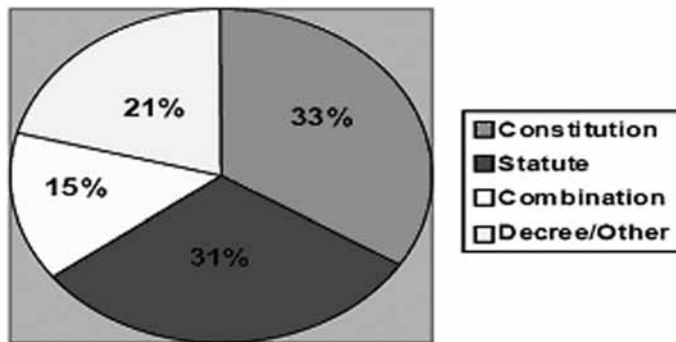


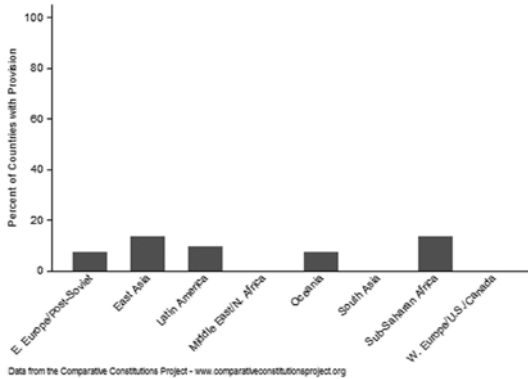
Figure 2: Founding document

Project - CCP)<sup>4</sup>, cho phép nhìn nhận rõ hơn về vị trí của NHRIs trong Hiến pháp các nước trên thế giới. Theo kết quả khảo sát của CCP, ở thời điểm năm 2000, xét chung ở các khu vực, có không quá 20% số Hiến pháp quy định việc thành lập Ủy ban nhân quyền quốc gia (xem biểu 12 trang sau). Trong khi đó, cũng ở thời điểm này, có đến hơn 30%

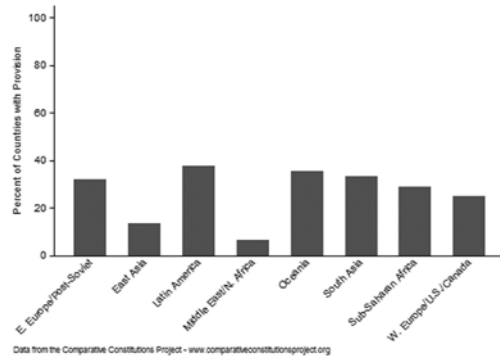
số Hiến pháp ở nhiều khu vực quy định việc thành lập Cơ quan Thanh tra Quốc hội (xem biểu 13 trang sau). Tổng hợp cả hai loại hình (chưa tính các dạng khác), có thể ước tính có khoảng 50% số Hiến pháp hiện hành trên thế giới quy định về việc thành lập cơ quan nhân quyền quốc gia (cao hơn so với nghiên cứu của OHCHR đề cập ở trên)<sup>5</sup>.

(5) Điều này có thể là do nghiên cứu của OHCHR là nghiên cứu chọn mẫu nhằm đa mục tiêu, với số lượng mẫu chọn ít hơn nhiều so với nghiên cứu của CCP.

*Biểu 12: Tỷ lệ Hiến pháp trên thế giới quy định về việc thành lập Ủy ban nhân quyền quốc gia (tính ở thời điểm năm 2000)*



*Biểu 13: Tỷ lệ Hiến pháp trên thế giới quy định về việc thành lập cơ quan Thanh tra Quốc hội (tính ở thời điểm năm 2000)*



**3. Những gợi ý cho Việt Nam**

Nếu xét đúng theo các tiêu chí được đề cập ở trên, Việt Nam hiện chưa có cơ quan nào có thể coi là NHRIs. Cụ thể, Việt Nam chưa có Ủy ban nhân quyền cũng như bất cứ thiết chế nào có thể coi là Thanh tra Quốc hội như ở nhiều nước khác. Các Hiến pháp Việt Nam từ trước đến nay cũng chưa từng quy định về NHRIs.

Có quan điểm cho rằng, một số cơ quan ở Việt Nam trên thực tế có thể coi là các cơ quan nhân quyền đặc biệt (một dạng của NHRIs - như đã đề cập ở trên), bao gồm: Ủy ban Bảo vệ, chăm sóc, giáo dục trẻ em (nay đã giải thể, sáp nhập vào Bộ Lao động-Thương binh và Xã hội và Bộ Y tế); Ủy ban vì sự tiến bộ của phụ nữ; Ủy ban Dân tộc (của Chính phủ); Hội đồng Dân tộc (của Quốc hội)... Ở đây, mặc dù các cơ quan này có chức năng thực hiện một số hoạt động theo kiểu NHRIs ở các nước, nhưng không thể được coi là các NHRIs thực sự, vì không phù hợp với các Nguyên tắc Pa-ri ở nhiều điểm cốt lõi, bao gồm tính độc lập và chức năng, nhiệm vụ.

Nguyên nhân chính khiến Việt Nam chưa có NHRIs có lẽ là do hiểu biết không chính xác về cơ chế này. Ở Việt Nam, các NHRIs

thường bị coi là một dạng NGO, thậm chí một hình thức tổ chức đối lập với chính quyền. Một số yếu tố khác có thể là nguyên nhân của tình trạng này, trong đó bao gồm cả việc thiếu chuyên gia làm việc cho các NHRIs, thiếu hiểu biết về vị trí, vai trò, cơ chế tổ chức và hoạt động của các NHRIs nên chưa biết thành lập và vận hành chúng như thế nào...

Một câu hỏi đặt ra là Việt Nam có nên thành lập NHRIs không? Từ những phân tích ở trên về NHRIs và tình hình thực tiễn trong nước, khu vực và quốc tế, có thể thấy, việc thành lập một hoặc một số cơ quan có chức năng của NHRIs hiện là cần thiết ở nước ta, vì những lý do sau:

*Thứ nhất*, thúc đẩy, bảo vệ nhân quyền hiện vừa là một nghĩa vụ quốc tế, vừa là một yêu cầu khách quan để bảo đảm sự tồn tại của các chính thể trên thế giới. Để thực hiện việc này, cần phải có cơ chế và bộ máy phù hợp. Thực tiễn trên thế giới cho thấy các NHRIs là một cấu phần không thể thiếu trong cơ chế, bộ máy đó.

*Thứ hai*, cũng như các nước khác, Việt Nam đã, đang và sẽ tiếp tục phải giải quyết ngày càng nhiều hơn các vấn đề về nhân quyền ở tất cả các cấp độ, quốc gia, khu vực và quốc





tế, đòi hỏi phải sớm hoàn thiện cơ chế, bộ máy hiện có về bảo vệ và thúc đẩy nhân quyền mà hiện đang thiếu một cấu phần cơ bản là các NHRIs.

*Thứ ba*, với vị thế đặc biệt của nó, NHRIs là cơ quan hữu ích giúp nhà nước giải quyết những yêu cầu khách quan, chủ quan kể trên, vì thiết chế này có thể: (i) cung cấp những tư vấn và trợ giúp độc lập, khách quan, có tính xây dựng cho nhà nước trong việc bảo vệ và thúc đẩy nhân quyền; (ii) đáp ứng nhu cầu hội nhập quốc tế, làm tăng uy tín của nhà nước trên trường quốc tế; (iii) là đầu mối cung cấp thông tin khách quan, tin cậy cho cộng đồng quốc tế về tình hình nhân quyền ở Việt Nam; (iv) làm trung gian giúp giảm thiểu và hóa giải những bất đồng giữa chính phủ - xã hội dân sự, chính phủ - tổ chức quốc tế trong vấn đề nhân quyền.

Việc thành lập NHRIs của Việt Nam theo dạng thức nào đòi hỏi phải có thêm những

nghiên cứu chuyên sâu; tuy nhiên, có ba dạng thức có thể xem xét (xếp theo thứ tự ưu tiên), đó là: (i) thành lập dưới dạng Cơ quan Thanh tra Quốc hội; (ii) thành lập dưới dạng một Ủy ban nhân quyền; (iii) khôi phục và/hoặc cải tổ một số ủy ban của Quốc hội và cơ quan của Chính phủ (đã nêu ở trên) theo hướng để trở thành các cơ quan nhân quyền đặc biệt. Đối với lựa chọn thứ hai (Ủy ban nhân quyền) có thể đặt dưới sự quản lý của Quốc hội và Chính phủ, tuy nhiên, từ những đặc điểm, tính chất của NHRIs như đã đề cập và phân tích trong bài viết này, việc đặt dưới quyền Quốc hội tỏ ra phù hợp hơn<sup>6</sup>.

Điều cuối cùng đó là việc thành lập NHRIs nên được quy định trong Hiến pháp. Đó là bởi vị thế hiến định giúp khẳng định và tăng cường vị trí, vai trò của thiết chế quan trọng này trong đời sống chính trị, xã hội của đất nước. Đây cũng là một yêu cầu, gợi ý mới cho việc sửa đổi Hiến pháp hiện hành năm 1992. ■

(6) Việc nêu ra ba lựa chọn ở trên không hàm ý giới hạn về số lượng. Việt Nam có thể thành lập nhiều hơn một NHRIs theo các dạng kể trên nếu có các điều kiện khách quan, chủ quan phù hợp (trên thế giới đã có một số quốc gia có hơn một NHRIs).

# TIẾP CẬN QUYỀN ĐỂ BỔ SUNG, SỬA ĐỔI HIẾN PHÁP NĂM 1992 THÀNH BẢN HIẾN PHÁP CÓ GIÁ TRỊ BỀN VỮNG

■ NGUYỄN THANH TUẤN\*

Hiện nay, vấn đề đặt ra là làm thế nào để xây dựng được bản Hiến pháp sửa đổi, bổ sung Hiến pháp năm 1992 (sau đây gọi là Hiến pháp mới) có giá trị bền vững. Muốn vậy cần phải chuyển từ cách tiếp cận theo nhu cầu và “trao” quyền cho mọi người sang cách tiếp cận “mặc định” quyền trong việc thể chế hóa bản Hiến pháp mới.

## 1. Để Hiến pháp mới là của dân, do dân và vì dân thì quyền lập hiến phải thuộc về toàn dân

Với tính cách là bộ luật nền tảng (hay bộ luật gốc) của đất nước, tính chất đặc biệt và duy nhất “ngoại hạng” của Hiến pháp là ở chỗ: thứ nhất, nó quy định những điều luật nền tảng cho toàn bộ nền luật pháp của chế độ xã hội, những điều luật này vừa được thực hiện một cách trực tiếp, vừa có thể được cụ thể hóa thành bộ luật hoặc luật để thực hiện tùy theo sự đòi hỏi của thực tế xã hội. Cần nhấn mạnh rằng, nếu Hiến pháp không được thực hiện trực tiếp trong xã hội và không được liên thông với các bộ luật và luật của đất nước thì nền tảng luật pháp của đất nước bị hạn chế căn bản. Và thông qua đó, thứ hai, Hiến pháp quy định cấu trúc (khuôn mẫu) cho nền luật pháp của một chế độ xã hội. Do đó, quyền lập hiến

phải trực tiếp thuộc về toàn thể nhân dân. Vì quyền lập hiến là một quyền thể hiện đầy đủ nhất tư tưởng “tất cả quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân”.

Có thể nói, các bản Hiến pháp năm 1959, 1980 và 1992 đã không kế thừa được tinh thần và lời văn của các quy định rất tiến bộ và dân chủ về quyền trưng cầu dân ý trong bản Hiến pháp năm 1946. Điều 83 của Hiến pháp năm 1992 quy định: “Quốc hội là cơ quan duy nhất có quyền lập hiến và lập pháp”. Như vậy, quyền lập hiến từ dân đã được chuyển sang Quốc hội. Đây là một sự chuyển đổi quyền lực rất lớn, rất căn bản. Quyền lập hiến chỉ thuộc về các đại biểu Quốc hội, tức chỉ thuộc về một bộ phận nhất định trong nhân dân, chứ không phải thuộc toàn thể nhân dân.

Trong thể chế nhà nước pháp quyền, quyền lực nhà nước thuộc về ai thì chủ thể đó có

(\*) PGS, TS. Viện phó Viện Nghiên cứu quyền con người.

quyền lập hiến. Do vậy, phải chuyển quyền lập hiến về cho nhân dân, chứ không phải cho Quốc hội. Tức là phải thể chế hóa về mặt pháp lý quyền lập hiến của toàn thể nhân dân theo Điều 2 Hiến pháp năm 1992 đã quy định: Nhà nước Việt Nam “là Nhà nước của nhân dân, do nhân dân, vì nhân dân”.

Xét về bản chất, Nhà nước ta là “Nhà nước của nhân dân, do nhân dân và vì nhân dân”. Nếu nhân dân chỉ được sử dụng quyền lực nhà nước thông qua bộ máy nhà nước thì chỉ có dân chủ đại diện, còn hình thức dân chủ trực tiếp bị hạn chế. Vì vậy, ngoài hình thức sử dụng quyền lực nhà nước thông qua các cơ quan nhà nước thì nhân dân cũng có thể trực tiếp thực hiện quyền lực nhà nước thông qua trưng cầu dân ý (hay quyền phúc quyết) đối với những vấn đề lớn, hệ trọng của đất nước, trước tiên là quyền lập hiến. Nhận thức được vấn đề này, từ Đại hội lần thứ IX (2001), Đảng ta đã xác định: “... mở rộng dân chủ trực tiếp ở cơ sở, tạo điều kiện để nhân dân tham gia quản lý xã hội, thảo luận và quyết định những vấn đề quan trọng. Khắc phục mọi biểu hiện dân chủ hình thức. Xây dựng Luật Trưng cầu dân ý”<sup>1</sup>.

Hiện nay, nguyên tắc “tất cả quyền lực thuộc về nhân dân” phải được coi là cách tiếp cận trọng tâm và xuyên suốt trong việc xác định và cách thức thể hiện nội dung của bản Hiến pháp mới, nhằm tôn trọng, bảo vệ, thúc đẩy quyền con người, quyền tự do dân chủ, gắn quyền con người với lợi ích dân tộc và quyền làm chủ của nhân dân, kèm theo trách nhiệm giải trình và trách nhiệm pháp lý một cách minh bạch phù hợp với việc xây dựng Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa (XHCN) của nhân dân, do nhân dân và vì nhân dân.

## **2. Cách tiếp cận quyền để xác định rõ nội dung, trách nhiệm thực hiện Hiến pháp**

Để xây dựng Hiến pháp mới theo nguyên tắc bảo đảm quyền lập hiến của toàn dân đạt hiệu quả cao thì trước tiên phải căn cứ vào nhu

cầu của người dân, đồng thời phải gắn với yêu cầu khách quan của đất nước ở một tầm nhìn rất cao, rất xa về sự tồn tại, phát triển bền vững của chế độ xã hội, thậm chí còn cao và rộng hơn cả Cương lĩnh, chiến lược phát triển đất nước. Tầm nhìn này không ở đâu xa mà ở ngay “quyền là chủ của nhân dân”, để từ đó nhân dân mới có thể “làm chủ”.

Cho đến nay, căn cứ xuất phát đồng thời là mục tiêu của Hiến pháp nói riêng và của tất cả các công tác khác liên quan đến “quyền là chủ của nhân dân” là cách tiếp cận dựa trên nhu cầu là chính. Đặc trưng của phương pháp tiếp cận này là Nhà nước dựa trên nhu cầu của nhân dân và Nhà nước có trách nhiệm đáp ứng mọi nhu cầu đó - bằng cách “trao” quyền cho người dân để người dân “được phép” thực hiện các quyền đó. Trong cách tiếp cận này, Nhà nước là chủ thể “trao” quyền, còn người dân là đối tượng được thụ hưởng một cách thụ động quyền đó. Đây thực chất là một biểu hiện của “cơ chế xin - cho” trong việc bảo đảm và thực hiện quyền lực của nhân dân, dẫn đến nhiều người thường trông chờ hoặc ỷ lại vào Đảng và Nhà nước trong việc “làm chủ”, chứ không tự mình chủ động thực hiện quyền của mình. Trong tình hình ấy đã xuất hiện sự lạm quyền và sự thờ ơ với trách nhiệm của Nhà nước, sự vô cảm với quyền của người dân, cả từ phía người dân lẫn không ít bộ phận Nhà nước (cơ quan và đội ngũ cán bộ, công chức, viên chức).

Về cơ bản, những quy định về nhân quyền trong các bản Hiến pháp Việt Nam là phù hợp với điều kiện và bối cảnh của từng thời kỳ lịch sử. Nhưng trong điều kiện xây dựng Nhà nước pháp quyền XHCN với sự tác động của nền kinh tế thị trường định hướng XHCN, hội nhập quốc tế như hiện nay, những quy định đó là không đầy đủ, thể hiện qua một số bất cập sau:

*Thứ nhất*, quyền con người đồng nghĩa với quyền công dân như quy định ở Điều 50 của Hiến pháp 1992 là thiếu chính xác, dễ gây sự hiểu lầm rằng ở Việt Nam, chỉ công dân Việt

(1) Đảng Cộng sản Việt Nam: Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ IX, Nxb. Chính trị quốc gia, HN, 2001, tr.134.

Nam mới có quyền con người, còn những người mất quyền công dân, người ngoại quốc, kể cả người có quốc tịch Việt Nam nhưng chưa đủ tuổi thành công dân, thì không được bảo đảm quyền con người.

*Thứ hai*, Hiến pháp chưa quy định rõ sở hữu tư nhân.

*Thứ ba*, Hiến pháp chưa quy định rõ chủ thể trách nhiệm trong việc tôn trọng, bảo vệ, thực hiện nhân quyền, nhất là trách nhiệm giải trình và ràng buộc pháp lý của các tổ chức xã hội, chủ yếu là Nhà nước, trong việc bảo đảm, thực hiện quyền con người.

*Cuối cùng*, công dân không có quyền bãi miễn đại biểu của mình theo nguyên tắc mà Hồ Chủ tịch đã khẳng định: Dân là chủ, Chính phủ là “công bộc” của dân<sup>2</sup>.

Chính vì thế, đòi hỏi phải chuyển sang phương pháp tiếp cận quyền là chủ của nhân dân nhằm thể chế hóa (xây dựng, thông qua, ban hành và thực hiện) Hiến pháp (và luật pháp nói chung). Cách tiếp cận quyền là chủ của nhân dân là nhằm bảo đảm cho tất cả mọi người dân, không loại trừ ai, kể cả những người hầu như không có khả năng thực hiện trách nhiệm pháp luật đối với quyền của mình, như trẻ em, người già, người bệnh, cũng được bảo đảm và thực hiện quyền là chủ của mình một cách bình đẳng.

Đương nhiên, phương pháp tiếp cận quyền là chủ của nhân dân vẫn xuất phát và hướng đến nhu cầu của người dân, nhưng đây là những nhu cầu cơ bản và ổn định lâu dài, chứ không phải những nhu cầu nhất thời, thoáng qua. Phương pháp này thúc đẩy việc thể chế hóa quyền của người dân được thụ hưởng quyền một cách tự nhiên (quyền mặc định), chứ không phải thông qua một “cơ chế xin - cho” nào cả. Bởi trước khi có thể “làm chủ” được thì người dân phải “là chủ”.

Phương pháp tiếp cận quyền là chủ của nhân dân chủ yếu dựa trên các quy định của pháp luật; trong đó Hiến pháp không chỉ là biểu tượng, mà là một thể chế luật pháp nền

tảng được thực hiện trực tiếp, đồng thời được thực hiện thông qua các bộ luật hoặc luật. Nó đặt con người - người dân - ở vị trí chủ thể quyền một cách đầy đủ, nguyên vẹn và không đòi hỏi phải xác định ngay các trách nhiệm kèm theo mỗi quyền, vì các trách nhiệm này được thực hiện trong quá trình thụ hưởng quyền, không phải ở bên ngoài mà bên trong khuôn khổ Hiến pháp và pháp luật. Chính Hiến pháp và pháp luật đã mặc nhiên xác định và giới hạn trách nhiệm trong việc thụ hưởng quyền. Theo chúng tôi, không nên quy định các trách nhiệm quyền con người trong Hiến pháp, mà nên tập trung quy định các trách nhiệm quyền công dân trong các bộ luật và luật.

Phương pháp tiếp cận quyền là chủ của nhân dân đặt nhân dân có trách nhiệm không chỉ bầu cử hoặc tự mình ứng cử vào chức danh đại biểu Quốc hội (hoặc đại biểu Hội đồng nhân dân), mà còn có trách nhiệm yêu cầu các đại biểu Quốc hội xây dựng các dự thảo luật đáp ứng được quyền của họ. Nếu các đại biểu Quốc hội không đáp ứng được yêu cầu của các cử tri thì bị chính cử tri của mình bãi nhiệm. Người dân có quyền giám sát việc hoạt động của các đại biểu Quốc hội cũng như quá trình thực hiện Hiến pháp nói riêng và luật pháp nói chung.

Phương pháp tiếp cận quyền là chủ của nhân dân đặt Nhà nước (cơ quan và đội ngũ cán bộ, công chức, viên chức) vào trách nhiệm phải tôn trọng, bảo vệ, thực hiện quyền của người dân gắn liền với trách nhiệm giải trình và trách nhiệm pháp lý (luật pháp, đạo đức) nhằm thực hiện trách nhiệm một cách minh bạch theo thể chế Nhà nước pháp quyền. Hai phương diện trách nhiệm của Nhà nước: i) tôn trọng, bảo vệ, thực hiện quyền; ii) giải trình và pháp lý - đều quan trọng như nhau và quy định lẫn nhau. Trong điều kiện quá trình dân chủ hóa được đẩy mạnh như hiện nay, trách nhiệm giải trình và pháp lý, thậm chí còn có ý nghĩa quan trọng hơn, để cả Nhà nước cũng như người dân đều có thể minh bạch trong việc thực thi trách nhiệm và thụ hưởng quyền của mình.

(2) Hồ Chí Minh Toàn tập, Tập 4, Nxb. Chính trị quốc gia, H., 1994, tr. 283.

Vì vậy trong bản Hiến pháp mới, vấn đề nhân quyền phải luôn luôn đi kèm với vấn đề bảo vệ quyền con người theo hai phương diện sau: Một mặt, phải ghi nhận đầy đủ tất cả các quyền con người có thể có, đồng thời ngăn chặn ngay sự vi phạm những quy định quyền con người từ bất cứ chủ thể nào. Trong đó phải ngăn ngừa ngay từ trước việc có thể vi phạm quyền con người từ chủ thể quan trọng nhất là Nhà nước. Phải thể chế hóa trách nhiệm thực hiện quyền con người của chủ thể Nhà nước gồm cơ quan nhà nước và đội ngũ cán bộ, công chức, viên chức nhà nước với tính minh bạch cao cả về nghĩa vụ thực hiện lẫn trách nhiệm pháp lý phải thực hiện đến cùng hoặc khi không thực hiện được nghĩa vụ đó. Mặt khác, Hiến pháp phải quy định những biện pháp trừng trị những chủ thể vi phạm quyền con người và cả những biện pháp khôi phục lại những quyền con người một khi các quyền đó bị vi phạm.

Hai phương diện trên gắn liền với nhau trong Hiến pháp với tính cách là một văn bản có hiệu lực pháp lý tối cao trong hệ thống pháp luật. Quyền được bảo vệ ngang nhau trước pháp luật là một yêu cầu công lý cơ bản của Nhà nước pháp quyền. Cho dù giàu hay nghèo, thiểu số hay đa số, tôn giáo hay không tôn giáo, cá nhân hay đoàn thể chính trị,... đều được pháp luật bảo vệ như nhau và được cụ thể hóa thành những quy định ngăn chặn sự lạm dụng nhằm hạn chế những bất công trong việc bảo vệ các cá nhân và nhóm thiểu số.

Cần lưu ý rằng, với những quy định ngăn chặn trên đây cũng như việc coi trọng thể chế hóa trách nhiệm của Nhà nước trong việc thực hiện quyền con người, không có nghĩa là Nhà nước sẽ bị thiếu những quyền hạn cần thiết để thi hành luật pháp và trừng phạt những kẻ phạm pháp. Trái lại, hệ thống hình sự trong một xã hội dân chủ sẽ phát huy hiệu quả khi thi hành và mọi người dân sẽ tuân thủ hiệu lực quản lý của Nhà nước, đó chính là quyền lực tối cao của Nhà nước.

Theo cách tiếp cận quyền, nhìn chung nhân quyền được thể hiện trong Hiến pháp theo hai cách:

*Thứ nhất*, cách tiếp cận quyền thâm sâu vào nội dung và hình thức diễn đạt trong toàn bộ Hiến pháp.

*Thứ hai*, nội dung nhân quyền được quy định theo ba hình thức: i) Nhân quyền được quy định trong một văn bản riêng được gọi là Tuyên ngôn nhân quyền, như Tuyên ngôn nhân quyền năm 1689 của Anh và Tuyên ngôn dân quyền và nhân quyền năm 1789 của Pháp; ii) Nhân quyền được quy định thành chương hoặc điều riêng trong Hiến pháp, như trong Chương V nói về quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân của Hiến pháp Cộng hoà XHCN Việt Nam năm 1992; iii) Nhân quyền được quy định trong bản phụ trương của Hiến pháp, như 10 Tu chính án của Hợp chúng quốc Hoa Kỳ được tất cả các tiểu bang thông qua vào năm 1791 và được gọi chung là Hiến pháp Hoa Kỳ.

Ba hình thức quy định trên cơ bản là giống nhau, quy định những quyền thiết yếu nhất của con người: quyền được sống, quyền được tự do và quyền được mưu cầu hạnh phúc,... Cụ thể đó là quyền sở hữu, quyền tự do chính trị, tự do cá nhân như: ngôn luận, tín ngưỡng, cư trú; quyền an toàn cá nhân như bất khả xâm phạm nơi cư trú, bất khả xâm phạm thân thể, không bị bắt, bị giam, khám xét và tịch thu tài sản một cách vô lý và không theo một thủ tục được quy định trước của pháp luật.

Chính vì xuất phát từ cách tiếp cận quyền mà văn kiện Đại hội XI của Đảng (2011) xác định: “Con người là trung tâm của chiến lược phát triển, đồng thời là chủ thể phát triển. Tôn trọng và bảo vệ quyền con người, gắn quyền con người với quyền và lợi ích của dân tộc, đất nước và quyền làm chủ của nhân dân”<sup>3</sup>.

### **3. Ý nghĩa của cách tiếp cận quyền đối với việc thể chế hóa Hiến pháp**

Phương pháp tiếp cận quyền trong việc thể chế hóa Hiến pháp, trước tiên, khắc phục được

(3) Đảng Cộng sản Việt Nam: Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XI, Nxb. Chính trị quốc gia, H., tr.76.



tình trạng coi Hiến pháp hầu như chỉ là biểu tượng, chứ không phải là một chế tài có tính nền tảng và có tính cấu trúc cho nền luật pháp của cả chế độ xã hội, bằng cách thể chế hóa trách nhiệm của Nhà nước và quyền của người dân trong việc bảo đảm và thực hiện quyền của mình. Nó khắc phục được tính thụ động của Hiến pháp và sự ỷ lại của người dân trong việc thực hiện Hiến pháp bằng hiệu lực, hiệu quả lãnh đạo của Đảng gắn liền với sự quản lý của Nhà nước. Tính hiệu lực, hiệu quả lãnh đạo của Đảng chỉ có thể gắn với sự quản lý của Nhà nước thông qua quá trình xây dựng, triển khai, thực hiện đường lối, chính sách (Nghị quyết) của Đảng chủ yếu bằng phương thức luật pháp, mà Hiến pháp là nền tảng và cấu trúc của nó.

Phương pháp tiếp cận quyền trong việc thể chế hóa Hiến pháp, sau nữa, góp phần phát huy được khối đại đoàn kết toàn dân. Chẳng hạn Điều 2 Hiến pháp năm 1992 xác định “tất cả quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân mà nền tảng là liên minh giai cấp công nhân với giai cấp nông dân và tầng lớp trí thức” - có thể tạo nên sự bất bình đẳng nào đó giữa các tầng lớp trong xã hội, bởi vô hình trung đã chia công dân thành hai hạng: công dân “nền tảng” và không “nền tảng”. Chính sự bình đẳng của mọi người, từ công nhân, nông dân, trí thức đến doanh nhân, viên chức... trong việc thụ hưởng quyền đã đặt trách nhiệm của Nhà nước vào vị thế: Phải bảo đảm và thực hiện quyền một cách bình đẳng cho mọi người dân, bất kể họ thuộc giai tầng xã hội nào. Thông qua đó mà khối đại đoàn kết toàn dân được bảo đảm và thực hiện bằng thể chế Hiến pháp.

Và cuối cùng, theo cách tiếp cận quyền thì bản Hiến pháp mới ngoài ý nghĩa pháp luật, còn có ý nghĩa xã hội. Nó bắt buộc và lôi cuốn tất cả các tổ chức pháp nhân (cơ quan nhà nước, tổ chức xã hội, công dân) tham gia một cách hiệu quả vào quá trình thực hiện Hiến pháp một cách trực tiếp bằng chính Hiến pháp và một cách gián tiếp bằng các bộ luật và luật trong khuôn khổ hành lang của Hiến pháp. Hiến pháp, do đó, thực sự trở thành bộ luật

nền tảng đồng thời cũng quyết định cấu trúc cho nền luật pháp của cả chế độ xã hội trong thực tế.

#### **4. Điều kiện bảo đảm và thực hiện cách tiếp cận quyền con người trong quá trình thể chế hóa Hiến pháp**

Để Hiến pháp thực sự là nền tảng và quyết định cấu trúc cho toàn bộ nền luật pháp của chế độ xã hội ở Việt Nam thì Đảng phải tự đổi mới rất nhiều về cơ chế cầm quyền, cơ bản là đổi mới cơ chế xây dựng, triển khai và thực hiện các nghị quyết của Đảng theo nguyên tắc: thông qua phương thức luật pháp. Các nghị quyết của Đại hội và Hội nghị Ban chấp hành Trung ương Đảng phải được coi là cơ sở định hướng để xây dựng luật pháp (tốt nhất là chúng được thể chế hóa thành các bộ luật hay luật với tính cách là “cánh tay nối dài” của Hiến pháp). Do đó, nên có cơ chế phối hợp, thậm chí hình thành một dạng thiết chế thống nhất, giữa Ủy ban Thường vụ Quốc hội và Ban chấp hành Trung ương Đảng trên cơ sở luật pháp, để đạt được sự thống nhất trong quá trình hoạch định, triển khai và thực hiện nghị quyết của Đảng và Hiến pháp, luật pháp trong khuôn khổ Nhà nước pháp quyền XHCN.

Để thể chế hóa Hiến pháp theo cách tiếp cận quyền con người, cần xây dựng và hoàn thiện pháp luật về đảm bảo quyền con người, quyền tự do dân chủ. Cụ thể khi Hiến pháp mới đã được xây dựng và ban hành, Ủy ban Thường vụ Quốc hội cần phải phối hợp với Ban chấp hành Trung ương Đảng tập trung nghiên cứu xây dựng, ban hành các luật về quyền được trưng cầu dân ý, quyền tự do lập hội, quyền tự do hội họp, quyền biểu tình, quyền tiếp cận thông tin, quyền sở hữu đất,... theo hướng mở rộng các hình thức dân chủ trực tiếp để người dân tham gia vào công việc của Nhà nước.

Để bảo đảm tính minh bạch trong việc thực hiện trách nhiệm quản lý của Nhà nước cho phù hợp với quá trình xây dựng Nhà nước

*Xem tiếp trang 28*

# HƯỚNG ĐẾN MỘT CÔNG CỤ PHÁP LÝ VỮNG CHẮC CHO VIỆC BẢO ĐẢM HÒA BÌNH TRÊN BIỂN ĐÔNG<sup>1</sup>

■ LÊ MINH PHIẾU\*

Việc xây dựng Bộ quy tắc ứng xử (Code of conduct - COC) trên Biển Đông giữa ASEAN – Trung Quốc đã chính thức khởi động tại Hội nghị hẹp Bộ trưởng ngoại giao ASEAN diễn ra vào hai ngày 10-11/1/2012, tại Campuchia. Tuy nhiên, COC có thể có giá trị ràng buộc về mặt pháp lý, có thể không. Việc có hay không tùy thuộc vào ý chí của các bên được thể hiện trong văn kiện. Để COC thật sự tiến bộ hơn Tuyên bố về ứng xử của các bên trên Biển Đông (Declaration on the conduct of Parties in the South China Sea - DOC) hiện tại, các nước ASEAN cần bảo đảm để COC đó có giá trị pháp lý bắt buộc. Hơn nữa, COC đó phải có một điều khoản *compromissory clause* để các bên có thể khởi kiện ra Tòa án Công lý Quốc tế (International Court of Justice - ICJ) trong trường hợp có tranh chấp liên quan đến việc giải thích hay thực thi COC. Để có thể đạt được một COC như vậy, việc đàm phán ký kết văn kiện này nên được thực hiện trong khuôn khổ Thượng đỉnh Đông Á, thay vì trong khuôn khổ ASEAN – Trung Quốc như hiện nay.

**N**gày 21/7/2011, các quốc gia ASEAN và Trung Quốc đã ký kết Hướng dẫn thực thi Tuyên bố về ứng xử của các bên trên Biển Đông - DOC. Tuy nhiên, ngay sau khi bản Hướng dẫn này được ký kết, có nhiều nước đã hối thúc ký kết COC. Đến nay, việc xây dựng COC giữa ASEAN - Trung Quốc đã chính thức khởi động tại Hội nghị hẹp Bộ trưởng ngoại giao ASEAN diễn ra vào hai ngày 10-11/1/2012, tại Campuchia<sup>2</sup>.

Lý do mà các nước phải nghĩ đến một văn kiện tiến xa hơn DOC là vì DOC, cũng như bản Hướng dẫn của nó, có rất nhiều hạn chế. Có thể kể ra ba hạn chế lớn nhất như sau<sup>3</sup>:

*Trước hết*, phạm vi áp dụng của DOC không rõ ràng. Văn bản này không phân định rõ vùng tranh chấp và vùng không tranh chấp. Do vậy, khi có một sự kiện xảy ra thì Trung Quốc nói rằng đó là vùng không tranh chấp, và không chịu sự điều chỉnh của DOC, trong khi các nước khác thì cho rằng sự kiện đó thuộc

(\*) *TS. Quý nghiên cứu Biển Đông.*

(1) Tác giả xin cảm ơn Giáo sư Nathalie ROS, Tổng thư ký Hiệp hội Quốc tế về Luật biển, đã có những ý kiến quý giá trong quá trình tác giả nghiên cứu vấn đề này. Tác giả cũng xin gửi lời cảm ơn đến Dương Danh Huy, Nguyễn Hồng Thao, Nguyễn Đăng Thắng, Vũ Hải Đăng về những trao đổi và nhận xét trong quá trình viết bài này.

(2) Linh Thư, Khởi động xây dựng bộ quy tắc ứng xử ở Biển Đông Vietnamnet, <http://www.vietnamnet.vn/vn/chinh-tri/56739/khoi-dong-xay-dung-bo-quy-tac-ung-xu-o-bien-dong.html>, truy cập ngày 16/1/2012.

(3) Những hạn chế này cũng là lý do mà trong DOC (Khoản 10), các Bên cũng đã cam kết hướng đến việc ban hành một COC để bảo đảm hơn nữa hòa bình và bền vững trên Biển Đông.

phạm vi điều chỉnh của DOC. Hoặc ngược lại, khi một sự kiện xảy ra trong những vùng biển rõ ràng thuộc các nước khác nhưng Trung Quốc lại cho rằng đó là thuộc vùng tranh chấp và Trung Quốc lại can thiệp.

*Thứ hai*, các quy định của DOC không rõ ràng và thiếu cụ thể. Do vậy, việc giải thích dễ dẫn đến sự tùy tiện theo mục đích của mỗi bên. Trên thực tế là Trung Quốc luôn lợi dụng kẽ hở này để giải thích theo hướng có lợi cho mình.

*Điểm thứ ba* và quan trọng nhất là DOC hiện tại không phải là một điều ước quốc tế và không có giá trị ràng buộc về mặt pháp lý. Nó chỉ là thể hiện sự cam kết chính trị, ràng buộc các quốc gia về mặt đạo đức.

Nhìn vào hồ sơ tranh chấp Biển Đông, chúng ta dễ dàng nhận thấy rằng Trung Quốc đã và đang bỏ qua rất nhiều quy định có giá trị pháp lý bắt buộc, thậm chí những quy định cơ bản nhất của luật quốc tế. Đã vậy, Trung Quốc càng ngày càng trở nên mạnh bạo hơn trong các tuyên bố và hành động liên quan đến tranh chấp. Do vậy, việc trông chờ một văn bản không có giá trị pháp lý như DOC để bảo đảm hòa bình trên Biển Đông là điều không thực tế.

Vì thế, việc ban hành một văn bản khác như COC là điều hết sức cần thiết. Việc khắc phục hạn chế về giá trị pháp lý của DOC là điều cơ bản mà COC cần giải quyết trước tiên. Ngoài ra, giả dụ như COC có giá trị ràng buộc về mặt pháp lý, các Bên cũng cần có thêm những quy định đảm bảo việc thi hành trên thực tế một cách hữu hiệu.

Do vậy, phạm vi của bài viết này giới hạn ở việc nghiên cứu về hạn chế thứ ba<sup>4</sup>, tức

phân tích cơ sở pháp lý và đề ra những giải pháp để bảo đảm văn kiện đang đàm phán có giá trị ràng buộc về mặt pháp lý. Đồng thời, bài viết này cũng nhằm đề ra những giải pháp để chế hiệu quả đảm bảo giá trị thi hành của văn kiện đó để từ đó có thể bảo đảm hòa bình trên Biển Đông.

### 1. Giá trị pháp lý của COC cần ký kết

Theo các nước ASEAN, Trung Quốc cũng như những quốc gia ngoài tranh chấp nhưng quan tâm như Hoa Kỳ, DOC cũng như hướng dẫn thực thi DOC chỉ là một bước để tiến tới ký kết một COC. Rất nhiều quốc gia trông chờ vào COC như là một công cụ pháp lý bảo đảm hòa bình trên Biển Đông<sup>5</sup>.

Tuy nhiên, việc COC có khả năng thực hiện được chức năng đó hay không còn phụ thuộc vào rất nhiều điều, xuất phát từ giá trị bắt buộc của COC. Vì vậy, điều cần thiết là cần nghiên cứu giá trị của COC theo luật quốc tế nói chung để tìm ra những giải pháp cho COC trên Biển Đông hiện đang đàm phán.

#### 1.1. Giá trị pháp lý bắt buộc của COC dưới ánh sáng của luật quốc tế

Có tác giả cho rằng, COC không có giá trị pháp lý bắt buộc<sup>6</sup>. Tuy nhiên, trên thực tế, mỗi COC có giá trị pháp lý bắt buộc<sup>7</sup> hay không tùy thuộc vào mong muốn của các bên và được thể hiện trong chính những COC đó cũng như bối cảnh ký kết nó.

Có một số COC do các chủ thể của công pháp quốc tế ký kết nhưng không có giá trị bắt buộc. Ví dụ, Bộ quy tắc ứng xử của Liên minh Châu Âu về việc thực thi Công ước về xóa bỏ việc đánh thuế hai lần trong trường hợp điều

(4) Đối với hạn chế thứ nhất và thứ hai nêu trên, xem: Nguyễn Thị Thanh Hà và Nguyễn Đăng Thắng, *Một số suy nghĩ về Bộ Quy tắc Ứng xử ở Biển Đông, trên mạng*, <http://nghiencuubiendong.vn/toa-dam-hoi-thao/hoi-thao-quoc-gia-ve-bien-dong-lan-thu-hai-ha-noi-42011/1429-mt-s-suy-ngh-v-b-quy-tc-ng-x-bin-ong>.

(5) Xem Jian Junbo, "China averts collision in South China Sea", *Asia Times*, trên mạng <http://www.atimes.com/atimes/China/MG29Ad01.html> (tất cả các đường dẫn trong bài viết này đều được truy cập lần cuối vào ngày 6/10/2011, trừ khi được nói rõ khác đi).

(6) Ví dụ: Lê Hồng Hiệp, "Đâu là giải pháp cho hòa bình Biển Đông?", *BBC Tiếng Việt*, ngày 20/7/2011, trên mạng, [http://www.bbc.co.uk/vietnamese/vietnam/2011/07/110720\\_asean\\_coc.shtml](http://www.bbc.co.uk/vietnamese/vietnam/2011/07/110720_asean_coc.shtml); Lê Hồng Hiệp, "Law and the South China Sea", *The Diplomat Blog*, ngày 19/7/2011, trên mạng <http://the-diplomat.com/new-leaders-forum/2011/07/19/law-and-the-south-china-sea/>.

(7) Cần phân biệt "giá trị pháp lý bắt buộc" với "giá trị pháp lý". Một văn kiện có thể có giá trị pháp lý nhưng không có giá trị bắt buộc về mặt pháp lý.

chính lợi nhuận của các doanh nghiệp thành viên<sup>8</sup>. Lời nói đầu của COC này quy định rằng COC là một cam kết chính trị và không ảnh hưởng đến quyền và nghĩa vụ của các quốc gia thành viên hoặc thẩm quyền liên quan của các Quốc gia thành viên và của Liên minh xuất phát từ công ước. Đối với COC của FAO về đánh cá có trách nhiệm<sup>9</sup>, mục 1.1 của COC này quy định rằng COC này là tự nguyện. Tuy nhiên một vài phần của COC này được dựa trên các quy tắc liên quan của luật quốc tế và do đó có tính ràng buộc các bên.

Tuy nhiên, điều đó không có nghĩa là tất cả các quy tắc ứng xử sẽ ký trong tương lai cũng sẽ không có giá trị bắt buộc giống như vậy. Một COC, hay một văn kiện pháp lý trong công pháp quốc tế nói chung, không có giá trị bắt buộc về mặt pháp lý được ký kết trong trường hợp các bên muốn đưa ra một nội dung pháp lý nhưng chưa muốn chuyển ngay nội dung đó thành cam kết pháp lý bắt buộc. COC cũng không có giá trị bắt buộc trong trường hợp nội dung của nó chưa chín muồi về mặt chính trị hay thậm chí về mặt pháp lý.

Nhưng điều đó không có nghĩa là tất cả các văn kiện pháp lý có tên gọi là bộ quy tắc ứng xử đều không có giá trị bắt buộc. Một số bộ quy tắc ứng xử vẫn có thể được xem là một điều ước quốc tế - và do vậy đương nhiên là có giá trị bắt buộc - nếu như nó thỏa mãn những tiêu chí được quy định bởi Công ước Viên 1969 về luật điều ước quốc tế<sup>10</sup> (Công ước Viên). Theo Công ước này, một văn bản được xem là một điều ước quốc tế thì sẽ có giá trị bắt buộc về mặt pháp lý. Tuy nhiên một văn bản được

xem là một điều ước quốc tế hay không không phụ thuộc vào tên gọi của văn bản đó, mà tùy thuộc vào bản chất của văn bản đó. Điều 2, khoản 1 điểm a của Công ước này quy định rõ: “Thuật ngữ “điều ước” dùng để chỉ một thỏa thuận quốc tế được ký kết bằng văn bản giữa các quốc gia và được pháp luật quốc tế điều chỉnh, dù được ghi nhận trong một văn kiện duy nhất hoặc trong hai hay nhiều văn kiện có quan hệ với nhau và với bất kể tên gọi riêng của nó là gì”<sup>11</sup>.

Rõ ràng rằng Công ước Viên chỉ ra rằng, ý chí của các bên là điều quyết định đến giá trị bắt buộc của một văn kiện. Nếu các bên muốn có một cam kết pháp lý và chuyển nó vào các điều khoản của COC, thì COC có thể không những có giá trị pháp lý mà còn cả giá trị pháp lý bắt buộc.

Tòa án Công lý Quốc tế cũng có nhiều án lệ mà ở đó Tòa đã nghiên cứu các điều khoản và bối cảnh ký kết của một văn kiện để công nhận và giải thích ý chí của các bên phù hợp với các điều khoản của Công ước Viên và xác định văn kiện đó có giá trị pháp lý bắt buộc hay không. Trong vụ án Thềm lục địa biển Egée, khi xem xét bản thông cáo chung giữa Hy Lạp và Thổ Nhĩ Kỳ ngày 31/5/1975, Tòa án Công lý Quốc tế đã ghi nhận rằng “không tồn tại bất kỳ một quy tắc nào trong luật quốc tế cấm việc một thông cáo chung tạo thành thỏa thuận quốc tế...”<sup>12</sup>.

Hoặc, trong vụ án Phân định biển và vấn đề lãnh thổ giữa Qatar và Bahrain<sup>13</sup>, Tòa án Công lý Quốc tế, bằng phán quyết ngày 1/7/1994<sup>14</sup>, đã nhận định rằng “một thỏa thuận quốc tế có

(8) Công báo của Liên minh Châu Âu C176/8, ngày 28/7/2006.

(9) Trên mạng : <http://www.fao.org/docrep/005/v9878e/v9878e00.HTM>.

(10) Trên mạng : [http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/francais/traites/1\\_1\\_1969\\_francais.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/francais/traites/1_1_1969_francais.pdf).

(11) Nguyên bản tiếng Pháp : “L’expression “traité” s’entend d’un accord international conclu par écrit entre Etats et régi par le droit international, qu’il soit consigné dans un instrument unique ou dans deux ou plusieurs instruments connexes, et quelle que soit sa dénomination particulière”.

(12) Nguyên văn: “qu’il n’existait pas de règle de droit international interdisant qu’un communiqué conjoint constitue un accord international destiné à soumettre un différend à l’arbitrage ou au règlement judiciaire”. Xem CIJ, arrêt du 19 décembre 1978, CIJ Recueil 1978, p. 39.

(13) Chi tiết của vụ án này, xem tại:

<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=1&search=%22qatar=&case=87&code=qb&p3=5>.

Có trên mạng:

<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?sum=441&code=qb&p1=3&p2=3&case=87&k=61&p3=5>

(14) Nguyên văn: “qu’un accord international peut prendre des formes variées et se présenter sous des dénominations diverses”, CIJ Recueil, 1994, tr. 120.

thể có những hình thức đa dạng và được thể hiện dưới nhiều tên gọi khác nhau<sup>15</sup>. Từ đó, Tòa đã công nhận những “thư trao đổi” và cả “biên bản” là những thỏa thuận quốc tế tạo ra quyền và nghĩa vụ giữa các bên<sup>16</sup>.

Từ những phân tích trên, có thể kết luận rằng, có nhiều COC không có giá trị bắt buộc về mặt pháp lý<sup>17</sup>. Nhưng, cũng không có cơ sở để kết luận rằng một văn kiện pháp lý sẽ không được xem là một điều ước quốc tế, tức không có giá trị bắt buộc, bởi vì nó có tên gọi là “bộ quy tắc ứng xử”. Nói cách khác, có một số COC không có giá trị bắt buộc về mặt pháp lý, và có một số COC có giá trị này. Việc có hay không là tùy vào ý muốn của các bên<sup>18</sup>, được thể hiện trong chính COC đó cũng như dựa vào bối cảnh ký kết COC đó.

### 1.2. Trường hợp COC trên Biển Đông

Áp dụng kết luận trên đây cho COC trên Biển Đông đang được đàm phán, rõ ràng rằng chúng ta chưa biết được COC này trong tương lai sẽ có giá trị bắt buộc về mặt pháp lý hay không. Điều đó tùy thuộc vào ý chí của các bên ký kết.

Nếu một COC trên Biển Đông không có giá trị bắt buộc về mặt pháp lý, thì nó sẽ chẳng tiến bộ hơn bao nhiêu so với DOC hiện tại. Và Trung Quốc vẫn cứ tiếp tục leo thang trong tranh chấp và gây căng thẳng, đe dọa hòa bình trong khu vực.

Để COC tiến bộ hơn DOC, điều cần thiết và cơ bản là COC đó phải có giá trị pháp lý bắt buộc. Để như thế, các nước ASEAN mà đặc biệt là Việt Nam, Philippines và Malaysia, vốn là những bên liên quan nhiều nhất trong tranh chấp, cần phải cố gắng để đưa một điều khoản để khẳng định tính bắt buộc về mặt pháp lý của COC. Đồng thời, các nước ASEAN cũng phải

né tránh bất cứ quy định nào hay bất kỳ một hành vi nào trong quá trình ký kết mà có thể bị diễn giải về sau rằng COC đó không có giá trị bắt buộc về mặt pháp lý.

Nếu có thể, thay vì dùng tên gọi là COC, các bên có thể dùng tên gọi khác phổ biến hơn được dùng cho điều ước quốc tế, ví dụ như hiệp ước hay hiệp định...<sup>19</sup> Điều đó sẽ giúp phòng ngừa khả năng một bên nào đó sẽ giải thích một cách sai lệch giá trị bắt buộc của văn kiện đó theo hướng có lợi cho mình trong quá trình thực thi.

Có một văn kiện pháp lý có giá trị bắt buộc như nêu ở phần trên hẳn sẽ là khó. Tuy nhiên, dù là có giá trị pháp lý bắt buộc, nó cũng sẽ có ý nghĩa rất ít cho việc bảo đảm hòa bình trên Biển Đông nếu như thiếu vắng một cơ chế bảo đảm thi hành khả thi và hiệu quả.

### 2. Cơ chế bảo đảm thi hành văn kiện

Hiến chương Liên hiệp quốc là một điều ước cơ bản, phổ quát trong luật quốc tế, có giá trị cao hơn các điều ước quốc tế khác. Hiến chương này nghiêm cấm việc sử dụng vũ lực và đe dọa dùng vũ lực và yêu cầu giải quyết các tranh chấp một cách hòa bình (Điều 2.3, 2.4 và chương VI của Hiến chương). Thế nhưng, bằng việc dùng vũ lực để chiếm đóng quần đảo Hoàng Sa năm 1974 và một phần Trường Sa năm 1988, cũng như chiếm đảo đá ngầm Vành Khăn của Philippines vào năm 1995, Trung Quốc đã vi phạm rõ ràng những quy định này. Hành động bạo lực này của Trung Quốc đã không bị áp dụng một chế tài pháp lý nào.

Công ước Liên hiệp quốc về Luật biển quốc tế (United Nations Convention on the Law of the Sea – UNCLOS) là một công ước vô cùng quan trọng, hoàn toàn mang tính ràng buộc về

(15) Nguyên văn: [The Court] “Finds that the exchanges of letters between the King of Saudi Arabia and the Amir of Qatar dated 19 and 21 December 1987, and between the King of Saudi Arabia and the Amir of Bahrain dated 19 and 26 December 1987, and the document headed “Minutes” and signed at Doha on 25 December 1990 by the Ministers for Foreign Affairs of Bahrain, Qatar and Saudi Arabia, are international agreements creating rights and obligations for the Parties”.

(16) Xem tại: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?sum=441&code=qb&p1=3&p2=3&case=87&k=61&p3=5>.

(17) Xem *supra*, tr. 3.

(18) Xem Jean-Paul Jacqué, *Acte et norme en droit international public, Recueil des cours, Volume 227, Issue II, 1991, tr. 391*.

(19) Để tránh sự rườm rà, từ COC trong bài viết này kể từ phần này trở đi cũng hàm ý chỉ văn kiện này.



mặt pháp lý, hiện đã được 162 quốc gia phê chuẩn<sup>20</sup>. Vậy mà, những yêu sách của Trung Quốc trên Biển Đông hoàn toàn trái với những quy tắc cơ bản của công ước này. Nổi bật nhất của việc vi phạm UNCLOS là Trung Quốc đã vẽ đường cơ sở thẳng xung quanh quần đảo Hoàng Sa<sup>21</sup> và ra yêu sách về đường đứt khúc 9 đoạn hình chữ U (đường lưỡi bò) chiếm trên 80% diện tích trên Biển Đông<sup>22</sup>. Thậm chí, yêu sách trái cơ sở pháp lý một cách rõ ràng này cũng đã được Trung Quốc đệ trình lên Liên hiệp quốc, khi họ gửi thư lên tổ chức này vào ngày 7/5/2009 để phản đối việc đăng ký thêm lục địa mở rộng của Việt Nam và Malaysia<sup>23</sup>. Sự vô lý này của Trung Quốc lại không được đưa ra xét xử.

Những quy định cơ bản của luật quốc tế có giá trị bắt buộc cao như vậy mà Trung Quốc vẫn bỏ qua, thì khó có thể tin rằng Trung Quốc là một chủ thể đáng tin cậy trong việc tuân thủ luật pháp quốc tế, và càng không đáng tin cậy khi họ hành xử trên Biển Đông, nơi mà nước này đã liên tục vi phạm luật pháp quốc tế và cũng là nơi mà họ tuyên bố là một trong những “lợi ích cốt lõi”. Do đó, dù là COC được ký trong tương lai có giá trị bắt buộc về mặt pháp lý, thì cũng chưa chắc gì COC đó sẽ được Trung Quốc tuân thủ nghiêm túc.

Do vậy, điều cần thiết là chúng ta phải tìm ra lỗ hổng trong khuôn khổ pháp lý hiện tại và từ đó rút kinh nghiệm cho COC trên Biển

Đông nhằm bảo đảm giá trị thi hành cho văn kiện này trong tương lai.

### 2.1. Lỗ hổng trong khuôn khổ pháp lý hiện tại

Một trong những lý do mà Trung Quốc phớt lờ hai văn kiện trên là bởi vì hiện tại, không có cơ chế nào để các bên có thể khởi kiện ra một tòa án hay trọng tài nào đó để yêu cầu giải quyết tranh chấp.

Các tòa án và trọng tài có thể có thẩm quyền giải quyết những tranh chấp trên Biển Đông là các tòa án và trọng tài theo UNCLOS đối với những tranh chấp liên quan đến luật biển. Ngoài ra, theo Hiến chương Liên hiệp quốc, Tòa án Công lý quốc tế cũng có thẩm quyền giải quyết các tranh chấp trên Biển Đông, liên quan đến đảo và biển.

Từ trước đến nay, đối với tranh chấp trên Biển Đông, chính sách của Trung Quốc là “ba không”: không nêu rõ yêu sách, không đàm phán đa phương<sup>24</sup> và không quốc tế hóa tranh chấp, trong đó không chấp nhận đưa tranh chấp ra bất kỳ cơ quan tài phán quốc tế nào<sup>25</sup>. Do vậy, Trung Quốc đã thực hiện những chiến lược để tránh bị các cơ quan tài phán quốc tế xét xử liên quan đến tranh chấp trên Biển Đông.

Trung Quốc đã tuyên bố vào ngày 25/8/2006 là không đồng ý chọn các cơ quan tòa án và trọng tài theo UNCLOS để giải quyết các tranh chấp liên quan đến việc phân định ranh giới biển<sup>26</sup>. Do vậy, sẽ rất khó để các cơ

(20) Theo UN, *Status of the United Nations Convention on the Law of the Sea, of the Agreement relating to the implementation of Part XI of the Convention and of the Agreement for the implementation of the provisions of the Convention relating to the conservation and management of straddling fish stocks and highly migratory fish stocks*, trên mạng, [http://www.un.org/Depts/los/reference\\_files/status2010.pdf](http://www.un.org/Depts/los/reference_files/status2010.pdf).

(21) Xem chi tiết về điều này tại Schaeffer Daniel, “Mer de Chine méridionale: Mythes et réalités du tracé en neuf traits”, *Diplomatie*, n° 36, 1-2/2009, tr. 72-82.

(22) Xem Phieu Le and Huy Duong, “China’s ‘Two No’s Policy’ on South China Sea disputes”, *Sunday Times Magazine (The Manila Times)*, 17/4/2011, tr. B1 and A2, trên mạng, <http://www.manilatimes.net/sunday-times/specialreport/china%E2%80%99s-%E2%80%98two-no%E2%80%99s-policy%E2%80%99-on-south-china-sea-disputes/>.

(23) Xem bản dịch của thư phản đối tại: [http://www.un.org/depts/los/clcs\\_new/submissions\\_files/mysvnm33\\_09/chn\\_2009re\\_mys\\_vnm\\_e.pdf](http://www.un.org/depts/los/clcs_new/submissions_files/mysvnm33_09/chn_2009re_mys_vnm_e.pdf)

(24) Chiến lược này của Trung Quốc càng ngày càng khó bảo đảm trước sức ép của các nước trong tranh chấp và các nước quan tâm yêu cầu giải quyết tranh chấp trên Biển Đông bằng con đường đa phương.

(25) Susan L. Shirk, *China Fragile Superpower*, New York: Oxford University Press, 2007, p. 144; Phieu Le and Huy Duong, “China’s ‘Two No’s Policy’ on South China Sea disputes”, loc. cit.; Mark J. Valencia, Jon M. Van Dyke, Noel A. Ludwig, *Sharing the Resources of the South China Sea*, The Hague, Boston, London: Martinus Nijhoff Publishers, 1997, p. 77; Michaela P. del Callar, “China drags feet on formalizing Spratly Code of Conduct”, *The Daily Tribune*, 31/10/2009, trên mạng, <http://www.tribune.net.ph/nation/20091031nat5.html>.

(26) Nguyễn Văn: “The Government of the People’s Republic of China does not accept any of the procedures provided for in Section 2 of Part XV of the Convention with respect to all the categories of disputes referred to in paragraph 1 (a) (b) and (c) of Article 298 of the Convention”. Xem UN – Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea, *Declarations and statements*, trên mạng: [http://www.un.org/depts/los/convention\\_agreements/convention\\_declarations.htm#China%20Upon%20ratification](http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/convention_declarations.htm#China%20Upon%20ratification)

quan tài phán được quy định trong mục 2 của Chương XV của UNCLOS được xét xử về tính hợp pháp trong yêu sách đường chữ U của nước này.

Còn đối với Tòa án Công lý Quốc tế, Tòa chỉ có thẩm quyền giải quyết một tranh chấp một khi tất cả các bên trong tranh chấp công nhận thẩm quyền của tòa cho vụ tranh chấp đó. Sự công nhận này có thể thực hiện theo những cách thức sau đây<sup>27</sup>:

*Cách thứ nhất:* Thông qua một thỏa thuận đặc biệt: hai hoặc nhiều Nhà nước trong tranh chấp về một vấn đề cụ thể có thể đồng ý cùng đưa tranh chấp ra Tòa và ký kết một thỏa thuận để đưa ra Tòa;

*Cách thứ hai:* Thông qua một điều khoản gọi là compromissory clauses trong một hiệp ước. Hiện có trên 300<sup>28</sup> điều ước quốc tế chứa compromissory clauses, theo đó các bên cam kết trước là sẽ chấp nhận thẩm quyền xét xử của Tòa nếu có tranh chấp phát sinh từ việc giải thích hoặc áp dụng điều ước đó;

*Cách thứ ba:* Một tuyên bố đơn phương: theo quy định tại Điều 36, Quy chế Tòa án Công lý Quốc tế - ICJ (vốn là một bộ phận không thể tách rời của Hiến chương Liên hiệp quốc), một quốc gia là thành viên của Quy chế Tòa án Công lý Quốc tế có thể tự nguyện ra một tuyên bố đơn phương công nhận thẩm quyền xét xử của Tòa là bắt buộc đối với bất kỳ quốc gia nào khác cũng có tuyên bố chấp nhận như vậy. Hệ thống điều khoản tùy nghi này đã tạo ra một nhóm các quốc gia công nhận thẩm quyền xét xử của Tòa đối với bất kỳ tranh chấp nào phát sinh giữa các quốc gia đó với nhau trong tương lai. Về nguyên tắc, bất kỳ nước nào trong nhóm này cũng có quyền đưa một hay nhiều quốc gia trong nhóm ra trước Tòa. Các tuyên bố có thể chứa các bảo lưu nhằm hạn chế thời hạn của tuyên bố hoặc loại trừ một số loại tranh chấp. Các quốc gia đăng ký

tuyên bố này với Tổng Thư ký Liên hiệp quốc.

Ngoài ra, theo quy tắc forum prorogatum, trong trường hợp một quốc gia chưa thừa nhận thẩm quyền của Tòa án Công lý Quốc tế, và nếu có một đơn kiện được một quốc gia khác nộp lên Tòa án Công lý Quốc tế để kiện quốc gia chưa thừa nhận đó, quốc gia bị kiện và chưa thừa nhận đó có thể chấp nhận thẩm quyền của Tòa án Quốc tế về biển (CIJ) và lúc đó, Tòa án Công lý Quốc tế sẽ có thẩm quyền để giải quyết vụ kiện đó.

Trong ba cách thức đầu tiên, Trung Quốc chưa hề thực hiện cách nào để công nhận thẩm quyền xét xử của Tòa cho tranh chấp Biển Đông. Vì vậy, các bên trong tranh chấp không thể khởi kiện Trung Quốc trước Tòa, ngay cả khi hành xử của Trung Quốc trong tranh chấp đó vi phạm rõ ràng Hiến chương Liên hiệp quốc và UNCLOS. Đối với cách thức thứ tư, sẽ khó có khả năng Trung Quốc chấp nhận một khi các quốc gia khác khởi kiện Trung Quốc lên Tòa án Công lý Quốc tế liên quan đến tranh chấp trên Biển Đông. Đây chính là lỗ hổng đối với việc thực thi hai văn kiện này. Một văn kiện về quy tắc ứng xử trên Biển Đông trong tương lai cần tránh vết xe đổ đó.

### **2.2. Kinh nghiệm rút ra cho văn kiện về quy tắc ứng xử trên Biển Đông**

Rút kinh nghiệm từ những vấn đề trên, để đảm bảo cho COC được tuân thủ nghiêm chỉnh, cần có cơ chế để các bên có thể khởi kiện ra Tòa án Công lý Quốc tế<sup>29</sup> trong trường hợp có tranh chấp liên quan đến việc giải thích hay thực thi COC.

Trong số ba cách thức để các bên công nhận thẩm quyền xét xử của Tòa án Công lý Quốc tế như được nêu trên, cách thứ nhất sẽ rất khó khả thi đối với việc giải thích và xét xử tranh chấp phát sinh từ việc thực thi COC. Bởi lẽ, một khi COC đã có hiệu lực, và một khi Trung Quốc đã muốn vi phạm nó, thì Trung Quốc sẽ khó

(27) Xem ICJ, *Frequently Asked Questions*, trên <http://www.icj-cij.org/information/index.php?p1=7&p2=2#2>

(28) *Ibid.*

(29) Lý do chỉ chọn Tòa án Công lý Quốc tế mà không chọn các cơ quan tài phán theo UNCLOS là bởi vì COC trên Biển Đông liên quan đến nhiều vấn đề vượt ra ngoài phạm vi điều chỉnh của UNCLOS. Do vậy, các cơ quan tài phán của UNCLOS sẽ không có thẩm quyền để xét xử hết tất cả những tranh chấp có thể phát sinh từ việc giải thích và thực thi COC.

mà chấp nhận thẩm quyền của Tòa để bị xét xử sự vi phạm này. Vì vậy, trông đợi vào việc Trung Quốc công nhận thẩm quyền của Tòa theo cách thứ nhất để giải thích và bảo đảm sự thi hành của COC hẳn sẽ rơi vào bế tắc, giống như sự bế tắc mà việc thực thi Hiến chương Liên hiệp quốc và UNCLOS đã và đang gặp phải trên Biển Đông.

Đối với cách thứ ba, hiện nay, chỉ có Philippines là đã tuyên bố đơn phương công nhận thẩm quyền xét xử bắt buộc của Tòa<sup>30</sup>, nhưng tuyên bố này lại loại trừ tranh chấp liên quan đến lãnh thổ, lãnh hải, nội thủy và các quyền được tuyên bố và thi hành bởi Philippines<sup>31</sup>. Những nước khác như Malaysia, Brunei, Trung Quốc và cả Việt Nam chưa đưa ra tuyên bố này và do vậy, chưa thuộc nhóm này. Trong khi đó, sẽ khó có khả năng Trung Quốc ra tuyên bố để đơn phương công nhận thẩm quyền xét xử của Tòa một cách bắt buộc. Trong trường hợp nếu Trung Quốc đưa ra một tuyên bố như vậy, thì khả năng rất cao là Trung Quốc sẽ đưa ra bảo lưu để loại trừ các tranh chấp trên Biển Đông. Nói cách khác, việc Trung Quốc công nhận thẩm quyền của Tòa đối theo cách thứ ba là khó xảy ra.

Như vậy, trong số ba cách thức công nhận thẩm quyền của Tòa như đã nêu trên, cách thứ hai là có khả thi nhất đối với việc giải thích COC và xét xử các tranh chấp liên quan đến việc thực thi COC. Do vậy, trong quá trình đàm phán và ký kết COC, các quốc gia trong tranh chấp cần đưa vào văn kiện này một compromissory clause. Điều khoản này sẽ giúp cho bất kỳ quốc gia ký kết nào của COC



cũng có quyền khởi kiện bên ký kết khác một khi bên ký kết khác đó không tuân thủ các quy định của COC.

Điều khoản compromissory clause sẽ giúp cho COC không chỉ trở thành một văn kiện cho những khẩu chiến ngoại giao, mà là một công cụ pháp lý thực sự cho việc bảo đảm hòa bình và ổn định trong khu vực. Bởi lẽ, khi có bất đồng liên quan đến việc giải thích hay thực thi COC, bên cho là bị vi phạm có thể đệ trình bất đồng lên Tòa án Công lý Quốc tế. Tòa sẽ thụ lý giải quyết mà không cần phải có sự chấp nhận của bên bị cho là vi phạm, và do vậy không cần có một thỏa thuận đặc biệt (theo cách thứ nhất).

### 3. Chiến lược đàm phán để đạt được một COC có giá trị ràng buộc và có cơ chế đảm bảo thi hành

Việc đạt được một COC có giá trị bắt buộc và có cơ chế bảo đảm thi hành cao như vậy hẳn sẽ là rất khó khăn. Việc đàm phán văn kiện đó trong khuôn khổ ASEAN-Trung Quốc như hiện nay hẳn sẽ khó khả thi, bởi

(30) Xem ICJ, *Declarations Recognizing the Jurisdiction of the Court as Compulsory*, trên mạng, <http://www.icj-cij.org/jurisdiction/index.php?p1=5&p2=1&p3=3>.

(31) Xem ICJ, *Idem*, trên mạng, <http://www.icj-cij.org/jurisdiction/index.php?p1=5&p2=1&p3=3&code=PH>.

lẽ các nước ASEAN sẽ không đủ mạnh để gây áp lực lên Trung Quốc và yêu cầu Trung Quốc phải chấp nhận những điều khoản ràng buộc nhiều như vậy.

Trong khi đó, những nước như Hoa Kỳ, Nhật Bản, Ấn Độ, Úc và các nước khác trong khu vực rất quan ngại đến tình hình tranh chấp trên Biển Đông, và có khi là đối tượng bị chính Trung Quốc quấy nhiễu trên Biển Đông<sup>32</sup>. Do vậy, để có thể đạt được một COC như được đề xuất trong nghiên cứu này, chúng tôi cho rằng, nên đàm phán văn kiện đó trong một khuôn khổ mà có sự tham gia hay xúc tác của Hoa Kỳ, Ấn Độ, Nhật Bản, Úc. Thượng đỉnh Đông Á là một khuôn khổ lý tưởng để thực hiện điều này.

Thượng đỉnh Đông Á hiện bao gồm 18 thành viên. Ngoài ASEAN ra, khuôn khổ này bao gồm Trung Quốc, Ấn Độ, Nhật, Hàn Quốc, Úc, New Zealand, và có thêm Mỹ và Nga kể từ ngày 19/11/2011.

Nguyên nhân ra đời của Thượng đỉnh Đông Á xuất phát từ thất bại của Nhật trong việc đối trọng với Trung Quốc trong khuôn khổ ASEAN+3 (ASEAN, Nhật, Hàn Quốc và Trung Quốc). Nhằm để xây dựng một khu vực mậu dịch tự do Đông Á mà không nằm dưới sự thống trị của Trung Quốc, Nhật đã ra sức vận động ngoại giao để kết nạp thêm những nước còn lại nhằm đủ khả năng đối trọng với Trung Quốc<sup>33</sup>.

Đối với tranh chấp trên Biển Đông, trong số những thành viên của Thượng đỉnh Đông Á, Trung Quốc là một bên tranh chấp mạnh bạo nhất trên Biển Đông. Các nước khác thì có quyền lợi thiết thân liên quan đến hòa bình và an ninh trên Biển Đông. Riêng Mỹ thì đã từng tuyên bố rằng an ninh trên Biển Đông là lợi ích quốc gia của họ.

Do vậy, việc đưa COC ra đàm phán trong khuôn khổ Thượng đỉnh Đông Á là một điều hết sức cần thiết.

Việt Nam cần học hỏi kinh nghiệm của Nhật Bản trong việc đối trọng Trung Quốc khi xây dựng Thượng đỉnh Đông Á<sup>34</sup>, nhằm đưa vấn đề Biển Đông, trong đó có việc đàm phán

COC với nội dung như được đề xuất ở trên, vào chương trình nghị sự của khuôn khổ này, nhằm đối trọng Trung Quốc trong tranh chấp trên Biển Đông.

Chỉ thông qua Thượng đỉnh Đông Á, các bên liên quan mới có thể buộc Trung Quốc chấp nhận đưa vào COC những điều khoản nhằm vừa đảm bảo giá trị ràng buộc về mặt pháp lý của COC, vừa có cơ chế để có thể khởi kiện ra Tòa án Công lý Quốc tế một khi có tranh chấp liên quan đến việc giải thích và thực thi COC trên Biển Đông đó. ■

(32) Ví dụ : sự kiện tàu USNS Impeccable của Mỹ bị Trung Quốc quấy nhiễu vào tháng 3 năm 2009, Xem Reuters, China-U.S. dispute called worst in 8 years, <http://www.welt.de/english-news/article3353531/China-U-S-dispute-called-worst-in-8-years.html>; hay sự kiện Trung Quốc yêu cầu tàu Airavat của Ấn Độ phải đổi hướng ngày 22/7/2011 trên Biển Đông, xem Ravi Velloor, "China warns off Indian ship in South China Sea", The Straits Times, <http://www.asianewsnet.net/home/news.php?sec=1&id=21307>

(33) Để xem phân tích về điều này, xem Lê Minh Phiếu, *Le Vietnam et le principe de non-discrimination dans le commerce international des services*, Luận án Tiến sĩ Luật, Bordeaux, 2011, 502 trang, từ trang 151 đến trang 167.

(34) *Ibid.*

## Tiếp Cận Quyền Để Bổ Sung, Sửa Đổi Hiến Pháp Năm 1992 ...

(Tiếp theo trang 20)

pháp quyền XHCN thì cần phải thể chế hóa trách nhiệm giải trình và trách nhiệm pháp lý của Nhà nước. Vì vậy, nên thành lập một cơ quan kiểm soát chung đối với các cơ quan nhà nước trong quá trình thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp để bảo đảm tính hợp hiến trong hoạt động. Đồng thời, để ngăn chặn sự nể nang, né tránh trong sự kiểm soát lẫn nhau giữa những cơ quan này, cần bổ sung vào Hiến pháp quy định về cơ quan bảo hiến nhằm thực hiện chủ trương của Đảng về xây dựng cơ chế phán quyết đối với những vi phạm Hiến pháp trong hoạt động lập pháp, hành pháp, tư pháp ở nước ta. ■



# ĐA DẠNG HÓA LOẠI HÌNH ĐẠI HỌC - MỘT SỐ GÓP Ý XÂY DỰNG LUẬT GIÁO DỤC ĐẠI HỌC

■ PHẠM DUY NGHĨA\*

Giáo dục đại học là nền tảng không thể thiếu để tạo nên nguồn nhân lực có chất lượng ở mỗi quốc gia. Đây cũng là một trọng tâm chính sách đã được Thủ tướng Chính phủ nhấn mạnh cho nhiệm kỳ mới 2011-2016, tầm nhìn tới 2020<sup>1</sup>. Để đáp ứng yêu cầu đó, việc hoàn thiện khung khổ chính sách, pháp luật cho các trường đại học công lập và tư thục là hết sức cần thiết. Dựa trên khung khổ của Luật Giáo dục 2005, một Dự luật Giáo dục đại học đang được soạn thảo. Bài viết góp một góc nhìn nhằm khái quát hóa các loại hình giáo dục đào tạo và tìm hiểu sâu thêm về mô hình đại học tư thục.

**D**ựa trên tiêu chí sở hữu, góp vốn và vai trò của các sáng lập viên, các trường đại học trên thế giới về cơ bản chia thành 03 loại: trường đại học công lập, trường đại học tư thục và trường đại học do các tổ chức tôn giáo thành lập và quản lý. Tùy theo điều kiện kinh tế, xã hội và lịch sử mỗi nước, tầm quan trọng của ba loại trường này trong hệ thống đào tạo quốc gia là khác nhau. Tại nhiều quốc gia Châu Âu như Áo, Đức, Pháp, Thụy Sĩ hay Anh Quốc, các trường đại học tổng hợp hầu hết là công lập, song được hưởng một chế độ

tự trị, tự quản rất cao. Ngược lại, ở Hàn Quốc, Nhật Bản hay Hoa Kỳ, các trường đại học tư thục chiếm vai trò và tỷ trọng lớn hơn, nhiều trường đại học tư thục trong các quốc gia này có chất lượng hàng đầu thế giới. Ở Hoa Kỳ, Châu Mỹ La tinh, và Philipines có những trường đại học được thành lập và quản lý bởi các tổ chức tôn giáo<sup>2</sup>. Từ gần ba thập kỷ nay, nhiều quốc gia, trong đó có cả các quốc gia đang phát triển, từng bước cho phép thành lập các trường đại học tư thục.

Các trường đại học tư thục lại chia thành hai loại, trường đại học tư thục vì lợi nhuận - được

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

(1) Xem thêm Báo Quân đội nhân dân số 579/2011/QĐ-TTg ngày 19/04/2011 về Chiến lược phát triển nhân lực Việt Nam thời kỳ 2011-2020.

(2) Khái niệm trường đại học được thành lập và quản lý bởi tổ chức tôn giáo rất đa dạng, bao gồm những trường có chức năng không khác các đại học công lập hoặc tư thục, cung cấp ngành đào tạo cho tất cả sinh viên không phụ thuộc vào tôn giáo, tín ngưỡng của họ, không nhằm mục đích gây ảnh hưởng cho một tôn giáo nhất định nào, không giảng dạy về tôn giáo: ví dụ Georgetown University and Loyola University Chicago ở Hoa Kỳ, Sophia University ở Nhật Bản, Ateneo de Manila University ở Philipippines. Ngoài ra cũng có những trường tôn giáo chú trọng đào tạo vì mục đích tôn giáo.



tổ chức và hoạt động không khác các công ty đối vốn - và các trường đại học tư thực phi lợi nhuận, không được tổ chức như các công ty cổ phần. Trong các quốc gia có hệ thống đào tạo đại học tiên tiến như Hoa Kỳ, các trường đại học tư thực tuy được tổ chức và có tên gọi như các công ty, song là các công ty hay tổ chức bất vụ lợi, không vì mục đích lợi nhuận, không được chia lãi, vì thế trong điều lệ các trường tư thực loại đó không có khái niệm cổ đông, không chia cổ tức cho người góp vốn tựa như công ty cổ phần. Sở dĩ có điều đó bởi pháp luật các quốc gia này chia công ty thành hai loại, có những công ty vì lợi nhuận (doanh nghiệp) và những công ty bất vụ lợi, hoạt động không vì lợi nhuận. Cách thức tổ chức và chế độ thuế áp dụng cho hai loại công ty này rất khác nhau.

Có thể khái quát ba xu hướng chính sách lớn về đại học tư thực. Một số quốc gia lo ngại về ảnh hưởng tiêu cực của việc thương mại hóa giáo dục hoặc cho rằng giáo dục là một dịch vụ công cộng mà nhà nước buộc phải cung cấp, cho nên người ta không cho phép thành lập trường đại học vì lợi nhuận. Người ta e ngại rằng, nếu vì lợi nhuận, các cổ đông sẽ hối thúc nhà trường chạy theo lợi nhuận mà bỏ qua chất lượng đào tạo, chỉ chạy theo các ngành đào tạo có vốn đầu tư thấp mà không đầu tư vào nghiên cứu hoặc các ngành có vốn đầu tư cao. Để tránh hiện tượng đó, người ta họ khuyến khích thành lập đại học tư thực phi lợi nhuận, không cho phép người góp vốn chi phối nhà trường như các cổ đông. Thực tế này dẫn đến việc đại học tư thực phi lợi nhuận chiếm đa số trong loại hình giáo dục đại học tư thực. Ngoài ra, một số nước khác công nhận và cho phép cả hai loại hình trường tư thực vì lợi nhuận và trường tư thực phi lợi nhuận.

Sau gần ba thập kỷ đổi mới, có thể thấy một thị trường giáo dục đại học đa dạng, mang tính cạnh tranh khốc liệt đã và đang hình thành ở nước ta. Bên cạnh các trường đại học công lập, đại học liên kết hoặc có vốn đầu tư nước ngoài,

đã xuất hiện ngày càng nhiều các trường đại học tư thực được tổ chức như các công ty cổ phần vì lợi nhuận, trong đó vốn được đóng góp bởi các cổ đông và đại hội cổ đông là cơ quan quyết định cao nhất về đường lối phát triển của nhà trường (*xem Quy chế đại học tư thực 2009, sửa đổi 2011*<sup>3</sup>).

Nhằm đa dạng hóa các loại hình trường đại học tư thực, góp phần cải thiện nền quản trị đại học, tăng tính cạnh tranh giữa các trường hướng tới chất lượng đào tạo ngày càng tốt hơn, cần nghiên cứu thêm về những thế mạnh và giới hạn của loại hình đại học tư thực vì lợi nhuận, nghiên cứu cho phép thí điểm thành lập mới hoặc chuyển đổi một số trường tư thực hoạt động không vì lợi nhuận. Nếu được ghi nhận, trường đại học tư thực không vì lợi nhuận hoạt động dựa trên cùng một khung khổ pháp luật hiện hành của Luật Giáo dục đại học. Việc thực hiện quản lý nhà nước, đặc biệt là thẩm quyền quản lý ngành của Bộ Giáo dục và đào tạo được duy trì và áp dụng chung; chế độ tài chính, kế toán, kiểm toán được áp dụng thống nhất đối với các loại hình đại học tư thực, không phân biệt có vì lợi nhuận hay không.

Mục tiêu quan trọng nhất của việc đa dạng hóa loại hình đại học, trong đó cần tham khảo loại hình đại học tư thực không vì lợi nhuận, là góp phần đa dạng hóa quản trị nội bộ của trường đại học, hướng tới dân chủ hóa và minh bạch cách quản lý nhà trường, giúp xác định mục tiêu phát triển của nhà trường không chỉ vì lợi nhuận của các thành viên góp vốn mà còn đại diện cho lợi ích của tập thể giảng viên và của các thế hệ sinh viên, đáp ứng mong đợi của cộng đồng vào một nền đại học tiên tiến. Trên thực tế, các nền đại học lớn trên thế giới như Anh, Đức, Pháp, Nhật, Mỹ, Hàn Quốc đều dựa chủ yếu vào các trường đại học công lập và tư thực không vì lợi nhuận, trong khi vai trò của các trường đại học vì lợi nhuận tương đối hạn chế.

(3) Theo Quy chế Tổ chức và hoạt động của trường đại học tư thực ban hành kèm theo Quyết định số 61/2009/QĐ-TTg ngày 17/04/2009 của Thủ tướng Chính phủ, sửa đổi bổ sung bởi Quyết định số 63/2011/QĐ-TTg ngày 10/11/2011.

Các quy định hiện hành ở nước ta mới chỉ có một quan niệm duy nhất xem trường đại học tư thực như một công ty cổ phần kinh doanh trong lĩnh vực giáo dục đại học. Mặc dù không sử dụng thuật ngữ “vi lợi nhuận” nhưng thực chất quy định trong quy chế tổ chức và hoạt động của đại học tư thực ở Việt Nam chỉ tập trung vào loại hình đại học tư thực vì lợi nhuận. Vì thế, trên thực tế có thể nói 100% đại học tư thực ở Việt Nam là vì lợi nhuận. Nhiều người cho rằng, nếu không phải là doanh nghiệp vì lợi nhuận, sẽ không có nhà đầu tư nào bỏ vốn vào lĩnh vực giáo dục. Đây chỉ là một xu thế và thậm chí là một xu thế còn nhiều tranh cãi trên thế giới, nhất là trước các nguy cơ thương mại hóa nền giáo dục và ảnh hưởng tiêu cực của mục tiêu tìm kiếm lợi nhuận của chủ đầu tư và các nhà quản trị công ty đối với nền giáo dục đại học vốn được xem là một dịch vụ công mà Nhà nước phải đảm bảo cung cấp cho quốc gia.

Trên thực tế các trường đại học tư thực vì lợi nhuận thường xuất hiện ở những lĩnh vực đào tạo có lợi nhuận, tránh đầu tư lớn và dài hạn như trong giáo dục cơ bản, thường khỏa lấp những nhu cầu về đào tạo nghề, ngoại ngữ, quản trị kinh doanh, kế toán hay những nghiệp vụ khác có nhu cầu từ thị trường. Những hạn chế do phải thỏa mãn yêu cầu về lợi nhuận của các cổ đông làm cho các đại học tư thực vì lợi nhuận không thể đáp ứng được những chức năng giáo dục thường có của một trường đại học công lập. Những hạn chế đó thường là thương mại hóa giáo dục, chạy theo lợi nhuận, chạy theo ngành đào tạo chi phí thấp, nhu cầu lớn, không có đầu tư lớn vào nghiên cứu cơ bản, thậm chí có những hành vi vi phạm quy chế tuyển sinh và quy chế đào tạo. Điều này có thể thấy trong thực tiễn hoạt động của các trường đại học tư thực vì lợi nhuận ở Việt Nam và nhiều quốc gia khác trên thế giới.

Ngoài ra, việc lập cơ sở đào tạo phi lợi nhuận đã có truyền thống lâu đời ở Việt Nam. Nền Nho học Việt Nam đã dựa trên những cơ sở giáo dục hoàn toàn phi lợi nhuận. Đầu thế kỷ XX, trong một cố gắng canh tân quốc gia,

hoặc theo mô hình Khánh Ưng Nghĩa Thục từ Nhật Bản, nhóm Đông Kinh Nghĩa Thục về thực chất cũng đã mở ra những trường nghĩa thực, tức là vì nghĩa, không vì lợi tức, tuy thời gian hoạt động rất ngắn nhưng để lại tiếng vang rất lớn và lâu dài trong thức tỉnh tinh thần dân tộc. Việc quyên góp tiền, tài trợ cho giáo dục là một thực tế phổ biến trên thế giới, cũng là một truyền thống lâu đời ở Việt Nam, không đợi đến khi quốc gia khá giả người ta mới quyên góp và tài trợ cho mục đích trồng người. Nếu chỉ xem đại học tư thực là doanh nghiệp cổ phần vì lợi nhuận, trên thực tế chúng ta đã ngăn chặn một nguồn vốn lớn trong xã hội được tài trợ, quyên góp thường cho những tổ chức giáo dục phi lợi nhuận, hoàn toàn vì lợi ích trồng người. Đã đến lúc Việt Nam phải tính tới việc khơi thông và nuôi dưỡng một nền giáo dục dân lập dựa trên những đóng góp vì nghĩa, không vì lợi nhuận, của cộng đồng dân cư, các nhà doanh nghiệp và những nhà tài trợ đa dạng khác nhau.

Trong trường đại học tư thực phi lợi nhuận, vì không có cổ đông, cho nên nhà trường không có Đại hội đồng cổ đông, không có cơ chế bỏ phiếu theo vốn góp như cổ phần. Ngược lại, trường đại học tư thực phi lợi nhuận được quản lý bởi một Hội đồng tín thác, gồm những người có uy tín được lựa chọn bởi các nhà tài trợ, các nhà quản lý giáo dục, cộng đồng giáo viên và cộng đồng sinh viên, bao gồm cả cựu học viên.

Những người này được tin tưởng và được ủy thác quản trị nhà trường theo những mục tiêu, nguyên tắc đã ghi nhận trong Điều lệ của trường. Các thành viên tín thác có trách nhiệm tuân thủ pháp luật và trung thành với lợi ích của nhà trường, tuân thủ Điều lệ nhà trường, song khác với thành viên trong Hội đồng quản trị công ty cổ phần, họ không vì lợi ích của những người đã tài trợ cho trường, họ không phục vụ lợi ích nhóm cổ đông nào. Mỗi thành viên tín thác đều có một phiếu bầu ngang nhau, không bị thúc ép bởi người góp vốn hay tài trợ, cũng không bị sức ép của tập thể giáo viên trong trường. Vì sự độc lập ấy,

Hội đồng tín thác có chức năng quản trị nhà trường, tuân thủ các quy định pháp luật và đảm bảo cho nhà trường có được sự tự quản, không chạy theo lợi nhuận và sức ép của cổ đông, cũng không chịu sức ỳ từ nội bộ tập thể giáo giới. Vì đặc trưng này, rất nhiều trường đại học tư thục phi lợi nhuận tránh được cái bẫy bị thương mại hóa, và có thể thực hiện được các chức năng giáo dục vì mục đích công tựa như các trường đại học công lập. Trên thực tế, nhiều trường đại học tư thục phi lợi nhuận đã trở thành những trường đại học danh tiếng bậc nhất trên thế giới, ví dụ Đại học Yonsei ở Hàn Quốc, Đại học Sophia và

Đại học Keio ở Nhật Bản, Đại học Harvard, Yale, hay Stanford ở Hoa Kỳ.

Ngoài ra, các thành viên tín thác tham gia hội đồng trường về nguyên tắc không nhận lương, họ tham gia hội đồng hoàn toàn vì việc nghĩa, vì danh dự và coi đó là một sự kính trọng của xã hội dành cho họ, cho dù đôi khi trên thực tế, họ được cấp một khoản phụ cấp kinh phí đi lại vừa đủ trang trải cho việc thực hiện nghĩa vụ mà họ đảm nhận.

Bảng dưới đây tóm tắt những nét tương đồng cũng như khác biệt về quản trị nội bộ giữa đại học tư thục vì lợi nhuận và mô hình đại học tư thục không vì lợi nhuận:

<b>ĐẠI HỌC TƯ THỰC VÌ LỢI NHUẬN</b>	<b>ĐẠI HỌC TƯ THỰC KHÔNG VÌ LỢI NHUẬN</b>
<p><b>Điểm chung:</b></p> <p>Đều là những đơn vị có tư cách pháp nhân độc lập, tự chủ về tài chính, không phụ thuộc vào ngân sách nhà nước, chịu trách nhiệm như nhau trước các cơ quan quản lý nhà nước ở trung ương và địa phương theo pháp luật Việt Nam.</p>	
<p>Đại hội đồng cổ đông là cơ quan có quyền cao nhất, thành lập và hoạt động theo nguyên tắc đối vốn giống như một công ty cổ phần, chỉ bao gồm những người góp vốn vào trường.</p>	<p>Nhà trường được quản trị bởi một Hội đồng trường có các quyền tương tự như Đại hội đồng cổ đông ở các trường tư thục vì lợi nhuận. Thành viên tham gia Hội đồng trường đa dạng hơn, gồm đại diện cho nhiều giới khác nhau:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>- Đại diện cho các cá nhân và tổ chức quyên góp, hiến tặng, tài trợ tài chính cho trường;</li><li>- Đại diện do tập thể giảng viên, cán bộ công nhân viên của nhà trường bầu ra;</li><li>- Đại diện do cơ quan quản lý giáo dục của Nhà nước chỉ định;</li><li>- Đại diện giới học giả có uy tín trong nước;</li><li>- Đại diện cho cộng đồng doanh nghiệp;</li><li>- Đại diện cho các cựu sinh viên của trường.</li></ul>

	<p>Hội đồng trường có số thành viên không quá 50 người. Tùy theo Điều lệ từng trường, có thể có thành viên danh dự, tham gia họp và phát biểu tại các phiên họp của Hội đồng trường, song không có quyền biểu quyết.</p>
<p>Đại hội cổ đông hoạt động theo nguyên tắc đối vốn, số phiếu của từng cổ đông phụ thuộc vào vốn góp. Cổ đông lớn có khả năng nắm nhà trường, biến đại học tư thục thành sở hữu của tư nhân.</p>	<p>Hội đồng trường hoạt động theo nguyên tắc dân chủ, mỗi thành viên tham dự Hội đồng có một phiếu biểu quyết ngang nhau. Không có nguy cơ biến nhà trường thành sở hữu tư nhân.</p>
<p>Học phí là nguồn thu chính yếu của nhà trường. Để đảm bảo bền vững về tài chính, hoạt động đào tạo phải dựa trên nguyên tắc tối đa hóa lợi nhuận, tập trung vào những chuyên ngành hấp dẫn nhiều sinh viên và không có gánh nặng chi phí quá cao.</p> <p>Sức ép vì lợi nhuận của người góp vốn làm cho đại học tư thục không phù hợp với các ngành đào tạo và nghiên cứu cơ bản cần đầu tư lớn và dài hạn, mà thường chỉ phù hợp với các ngành như quản trị kinh doanh, thương mại, kế toán, dịch vụ, ngoại ngữ... thường cần vốn đầu tư thấp hơn.</p>	<p>Học phí chỉ tài trợ một phần cho hoạt động của trường. Để hoạt động bền vững, nhà trường phải huy động được các nguồn đóng góp từ các quỹ, tài trợ từ doanh nghiệp, các tổ chức xã hội và Nhà nước trên cơ sở chứng minh được chất lượng đào tạo và nghiên cứu của mình.</p> <p>Các quỹ này (Endowment) được đóng góp từ các nhà hảo tâm và hiến tặng của các cá nhân, tổ chức, được đầu tư sinh lợi mang lại nguồn tài chính ổn định phục vụ cho hoạt động của trường.</p>
<p>Chiếu thuế thu nhập doanh nghiệp. Lợi nhuận sau thuế được chia cho các cổ đông giống như cổ tức trong công ty cổ phần.</p>	<p>Lợi nhuận không được chia cho thành viên góp vốn và nhà tài trợ, mà được tái đầu tư vào hoạt động của trường. Trường được miễn thuế thu nhập doanh nghiệp. Báo cáo tài chính phải được kiểm toán chặt chẽ hàng năm.</p>

Sau khi được Nhà nước mở đường, từ mô hình đại học dân lập, các trường đại học tư thục đã ra đời và hoạt động tựa như các công ty cổ phần. Điều ấy là một hướng đi đúng, song giới hạn bởi lợi nhuận, các trường này khó có thể thể đi xa. Muốn trở thành nơi truyền tinh thần tự do khám phá và trách nhiệm xã hội giữa các thế hệ, trường đại học phải được độc lập và chịu đựng

được sức ép can thiệp của cả Nhà nước và thị trường. Giữa ba thể lực định hình xã hội ngày nay (nhà nước, thị trường và xã hội dân sự), có lẽ trường đại học phải lùi dần về khu vực xã hội dân sự. Tự duy ấy cần một cuộc thay đổi quản trị đại học, trong đó ngoài các loại hình đại học hiện hành, có thể nên suy tính cho phép sự ra đời của các trường tư thục phi lợi nhuận.

*Tóm tắt về tình hình phát triển các trường đại học tư thục vì lợi nhuận và đại học tư thục không vì lợi nhuận ở một số quốc gia*

<b>(1) Cho phép thành lập đại học tư thục không vì lợi nhuận và không cho phép hoặc hạn chế thành lập trường đại học vì lợi nhuận</b>	
<b>Trung Quốc</b>	<p>Trong các năm 1992-2000, từ 490 trường đại học và đại học tổng hợp công lập, Trung Quốc đã sắp xếp sáp nhập thành 204 trường đại học, phần đầu trong số đó có 10 trường đạt tiêu chuẩn quốc tế. Trung Quốc khuyến khích các liên kết với đại học ngoại quốc.</p> <p>Trung Quốc không đặc biệt khuyến khích các trường đại học tư thục vì lợi nhuận; năm 2002 chỉ cho phép một mức lợi nhuận “hợp lý” nhưng để ngỏ cho các cơ quan thực thi pháp luật tự xác định mức độ “hợp lý”. Tuy nhiên đã xuất hiện một số trường, chuyên dạy ngoại ngữ, quản trị kinh doanh, tài chính hay kỹ thuật. Bộ Giáo dục nước này cam kết sẽ thiết lập những quy định buộc các cơ sở đào tạo vì lợi nhuận phải ghi rõ trong sứ mệnh của trường là “vì lợi nhuận”. Điểm đầu vào của sinh viên các trường đại học tư thục ở Trung Quốc thường là thấp, chất lượng giáo dục không cao, bằng cấp bị kiểm soát bởi một Ủy ban quốc gia về khảo thí đối với hệ đại học.</p>
<b>Nhật Bản</b>	<p>Vào năm 2007, Nhật Bản có 568 đại học tư thục, 89 đại học công lập và 87 đại học tổng hợp quốc gia, như vậy số trường đại học tư thục chiếm tới 3/4 về tổng số lượng các trường đại học ở Nhật Bản. Gần đây nước này mới cho phép hoạt động giáo dục đại học vì lợi nhuận ở một số khu vực và cho đến năm 2004 mới chỉ có 2 trường đại học vì lợi nhuận.</p>
<b>LB Nga</b>	<p>Nga là một trong những nước có luật giáo dục chỉ cho phép thành lập trường tư thục không vì lợi nhuận và không cho phép thu lợi nhuận từ học phí và lệ phí (mặc dù việc thực thi quy định này lại là một vấn đề khác). Tuy nhiên những năm gần đây đã bắt đầu áp dụng những sáng kiến cho phép một số trường đại học hoạt động vì lợi nhuận do áp lực từ ngân sách nhà nước.</p>
<b>Anh Quốc</b>	<p>Hầu hết các trường đại học tổng hợp ở Anh Quốc đều là công lập, được cấp kinh phí từ chính quyền, bị giám sát về mức thu học phí, song có một sự tự chủ đáng kể. Ngoài ra có những trường đại học tư thục như University of Buckingham, Richmond University.</p>
<b>Áo</b>	<p>Từ năm 1999 bắt đầu cho phép thành lập các trường đại học tư thục, cho đến 2010 đã thành lập 13 trường đại học tư thục, theo luật phải ghi trong tên là <i>Privatuniversität</i>, để phân biệt với các trường tổng hợp khác hầu hết là công lập. Hầu hết các đại học tư thục đều nhỏ, chỉ đào tạo một số chuyên ngành hẹp. Từ 2003-2009 có 3 trường tư thục bị rút giấy phép vì không đạt tiêu chuẩn.</p>
<b>Đức</b>	<p>Từ 1982 cho đến nay, ở Đức có 83 trường đại học tư thục (<i>Privathochschule</i>, không được gọi là Tổng hợp, vì tổng hợp là công lập), phải nhấn mạnh là trường tư thục trong bảng hiệu, 45 trường đại học của tổ chức tôn giáo (nhà thờ). Mặc dù có số lượng khá đông đảo, song các trường tư thục đều rất nhỏ so với công lập, có số lượng sinh viên chiếm chưa đến 1% tổng số sinh viên toàn quốc.</p>



<b>(2) Đại học tư thực vì lợi nhuận chiếm đa số do đại học tư thực không vì lợi nhuận không được khuyến khích hoặc không được cho phép thành lập</b>	
<i>Ukraine</i>	100% đại học tư thực của Ukraine, chiếm 16% tổng số sinh viên trên toàn quốc, là vì lợi nhuận do luật về giáo dục chỉ cho phép thành lập trường vì lợi nhuận và do các nhà hoạch định chính sách giáo dục của nước này quan ngại về động cơ không vì lợi nhuận. Trước năm 1996, các đơn vị giáo dục đại học tư thực đều là các công ty tư nhân hoặc công ty cổ phần, các đề xuất thành lập trường đại học không vì lợi nhuận đều bị bác bỏ.
<i>Brazil</i>	Khoảng 2/3 trường đại học tư thực ở nước này là vì lợi nhuận theo quy định của pháp luật.
<i>Malaysia</i>	Khoảng 90% trường đại học tư thực là vì lợi nhuận theo quy định của pháp luật.
<i>Nam Phi</i>	Hầu hết các trường tư thực ở nước này là vì lợi nhuận theo quy định của pháp luật.
<b>(3) Công nhận và cho phép cả hai loại hình thành lập và hoạt động, có khung pháp lý quy định rõ ràng.</b>	
<i>Hoa Kỳ</i>	<p>Ở Hoa Kỳ, từ vài trăm năm nay đã có truyền thống lâu đời hình thành các đại học công lập, đại học không vì lợi nhuận của tư nhân và tổ chức tôn giáo. Các tổ chức giáo dục đại học vì lợi nhuận xuất hiện từ đầu thế kỷ XIX, thường được gọi là “diploma mill” là những tổ chức giáo dục trá hình buôn bán bằng cấp mà không hoặc rất ít thực hiện hoạt động giáo dục. Từ sau thế chiến thứ hai, đại học vì lợi nhuận phát triển mạnh, mặc dù không có thế mạnh về nghiên cứu, nhưng cạnh tranh gay gắt với các trường đại học công và đại học tư thực không vì lợi nhuận để thu hút sinh viên. Tình trạng này xảy ra do đặc thù về chính sách hỗ trợ học phí và tín dụng sinh viên của nước này. Trong các năm 1990-2000 đã hình thành khoảng 200 tổ chức giáo dục vì lợi nhuận (200 for-profit postsecondary facilities), tương tự như đại học tư thực vì lợi nhuận, song chỉ chiếm khoảng 10% tổng số sinh viên được nhập học hàng năm trong toàn quốc. (Nguồn: 29/12/2010 <a href="http://www.bloomberg.com/news/2010-12-28/for-profit-college-slump-converging-with-student-life-debtors.html">http://www.bloomberg.com/news/2010-12-28/for-profit-college-slump-converging-with-student-life-debtors.html</a>).</p> <p>Hoa Kỳ liên tục thay đổi chính sách và quy định quản lý chặt chẽ loại hình tổ chức giáo dục vì lợi nhuận này nhưng các nhà hoạch định chính sách vẫn đầu đầu với những hành vi sai phạm trong các trường đại học tư thực vì lợi nhuận. Mặc dù được kiểm định chất lượng bởi các tổ chức kiểm định giáo dục quốc gia, bằng cấp của nhiều trường đại học tư thực vì lợi nhuận không được công nhận bởi các trường đại học công lập và tư thực không vì lợi nhuận. Nhiều trường đại học công lập và tư thực không vì lợi nhuận cũng không chấp nhận chuyển đổi tín chỉ từ các trường tư thực không vì lợi nhuận đã được kiểm định.</p>
<i>Australia</i>	Từ gần 03 thập kỷ nay bắt đầu cho phép thành lập trường đại học tư thực, ví dụ University of Notre Dame Australia, và Bond University, thành lập từ 1987. Nước này đã tiến hành nhiều nỗ lực xây dựng hệ thống giáo dục tư thực chất lượng cao bằng cách áp dụng những sáng kiến trong kinh doanh vì lợi nhuận và sở hữu gián tiếp nhưng vẫn giữ tính không vì lợi nhuận về mặt pháp lý của những trường này.

# HOÀN THIỆN HƠN NỮA CÁC QUY ĐỊNH TRONG

## DỰ THẢO LUẬT PHÒNG, CHỐNG TÁC HẠI CỦA THUỐC LÁ

■ PHẠM TRÍ HÙNG\*

Mục đích quan trọng của Luật Phòng, chống tác hại của thuốc lá (Luật PCTHTL) là chống lại những tác hại của việc sử dụng thuốc lá và bảo vệ sức khỏe của nhân dân<sup>1</sup>. Nhưng trong dự thảo Luật PCTHTL (Dự thảo Luật) chưa có điều khoản liệt kê tổng quát và rõ ràng các biện pháp<sup>2</sup> để đạt đến mục đích trên. Bài viết đưa ra một số ý kiến đóng góp về các biện pháp giảm nhu cầu sử dụng thuốc lá, chủ yếu là (i) các biện pháp ngăn ngừa sự tiếp xúc với môi trường khói thuốc lá làm ảnh hưởng đến sức khỏe con người; (ii) các biện pháp cấm tài trợ, quảng cáo và xúc tiến thương mại thuốc lá.

### 1. Các biện pháp ngăn ngừa sự tiếp xúc với môi trường khói thuốc lá làm ảnh hưởng đến sức khỏe con người

Dự thảo Luật PCTHTL dành 5 điều - từ Điều 9 đến Điều 13 để đưa ra các biện pháp nhằm ngăn ngừa sự tiếp xúc với môi trường khói thuốc lá làm ảnh hưởng đến sức khỏe con người bao gồm: quy định về các địa điểm cấm hút thuốc lá hoàn toàn (Điều 9), quy định về địa điểm cấm hút thuốc lá trong nhà nhưng được phép có nơi dành riêng cho người hút thuốc lá (Điều 10), quy định về quyền của người không hút thuốc lá (Điều 11), quy định về nghĩa vụ của người hút thuốc lá (Điều 12), quy định về quyền và trách nhiệm của người đứng đầu địa điểm cấm hút thuốc lá (Điều 13). Các biện pháp phòng ngừa này đã thể hiện rõ vai trò của Nhà nước trong việc bảo đảm quyền của công dân được hưởng bầu không khí trong lành,

không có khói thuốc lá; quyền được bảo vệ khỏi những tác hại của thuốc lá. Việc cấm hút thuốc cũng không hề làm ảnh hưởng tới các quyền công dân, quyền con người của người hút thuốc.

Theo chúng tôi, nhóm quy định về việc cấm hút thuốc lá ở địa điểm công cộng, nơi làm việc và quy định về quyền và nghĩa vụ của những người có liên quan tuy đã nêu ra được những nội dung cơ bản nhưng tính thực thi có thể sẽ chưa cao vì thiếu chế tài cụ thể liên quan đến các điều cấm trên. Bởi vậy, có thể bổ sung quy định về việc xử phạt hành chính với mức chế tài cụ thể và xác định rõ người có quyền xử phạt hành chính đối với người vi phạm các điều cấm này. Như vậy, có thể bổ sung thêm Khoản 4 Điều 9 nội dung sau: “Người vi phạm quy định điều cấm trên sẽ bị xử phạt theo quy định của pháp luật về xử phạt hành chính với

(\* TS, Khoa Luật Thương mại, Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.

(1) Liên bang Nga cũng đang thảo luận Dự thảo luật tương tự như Luật PCTHTL của Việt Nam, có tên là Luật Bảo vệ sức khỏe nhân dân chống lại những tác hại của việc sử dụng thuốc lá.

(Xem: <http://www.rg.ru/2011/08/19/antitabak-site-dok.html>).

(2) Bao gồm hai nhóm biện pháp chính là: (i) các biện pháp giảm nhu cầu sử dụng thuốc lá, (ii) các biện pháp kiểm soát nguồn cung cấp thuốc lá.

mức phạt cho lần vi phạm đầu tiên là 100.000 đồng, lần thứ hai là 500.000 đồng”<sup>3</sup>.

Đối với khoản 2 Điều 12 của Dự thảo Luật quy định “không hút thuốc lá trong nhà khi có trẻ em, phụ nữ” thì quy định này thực chất chỉ mang tính khuyến cáo. Bởi nếu khi có trẻ em, phụ nữ trong nhà mà người hút thuốc lá vẫn hút thuốc thì hoàn toàn chưa có biện pháp gì để xử lý thích hợp. Mặc dù có thể vận dụng Khoản 2 Điều 11 về quyền của người không hút thuốc lá là “yêu cầu người hút thuốc lá không được hút thuốc lá tại địa điểm có quy định cấm” nhưng nếu người hút thuốc lá vẫn cố tình không thực hiện yêu cầu này thì không có biện pháp xử lý, chế tài.

Tiếp theo, liên quan đến quy định này, là khi không được hút thuốc lá trong nhà, người hút thuốc lá có thể ra ngoài cửa, ra hành lang hút thuốc. Nhưng ở các khu chung cư, đây có thể là không gian kín và việc hút thuốc này cũng có thể ảnh hưởng đến những người xung quanh mà trong số này cũng có thể có phụ nữ và trẻ em. Tương tự, khi bị cấm hút thuốc lá trong nhà ở, nơi công cộng, nơi làm việc, người hút thuốc lá sẽ ra đứng ở cổng để hút và như vậy, khói thuốc lá có thể vẫn làm ảnh hưởng đến người không hút thuốc lá. Tham khảo quy định của Dự thảo Luật Bảo vệ sức khỏe nhân dân chống lại những tác hại của việc sử dụng thuốc lá của Liên bang Nga<sup>4</sup>, theo chúng tôi có thể bổ sung quy định “Cấm hút thuốc lá ở lối vào, hành lang khép kín ở các tòa nhà căn hộ chung cư. Cấm hút thuốc lá ở khu vực cách cổng vào các địa điểm cấm hút thuốc lá trong nhà 10 mét”.

Theo quy định tại Khoản 1 Điều 9 Dự thảo Luật, “Các địa điểm cấm hút thuốc lá hoàn toàn cả trong nhà và trong phạm vi khuôn viên bao gồm: a) Cơ sở y tế; b) Cơ sở giáo dục; c) Cơ sở vui chơi, giải trí dành riêng cho trẻ em; d) Cơ sở hoặc khu vực có nguy cơ cháy, nổ cao”. Theo chúng tôi, cần nêu chính xác ý

chí của nhà làm luật là cấm hút thuốc lá hoàn toàn - không chỉ trong nhà mà cả trong phạm vi khuôn viên của cơ sở y tế, cơ sở giáo dục, bệnh viện, khu vực vui chơi giải trí dành riêng cho trẻ em - để tránh việc người hút thuốc lá nêu gương xấu cho trẻ em, chứ không nhằm mục đích ngăn ngừa sự tiếp xúc với môi trường khói thuốc lá.

Ngoài ra, để đạt được mục đích của nhóm quy định ngăn ngừa sự tiếp xúc với môi trường khói thuốc lá làm ảnh hưởng đến sức khỏe con người, có thể bổ sung thêm vào Điều 12 về nghĩa vụ của người hút thuốc lá bằng quy định: “Ở địa điểm công cộng, nơi làm việc, người hút thuốc lá chỉ được hút thuốc nơi có biểu tượng được hút thuốc lá” và bổ sung vào Khoản 3 Điều 10 quy định: “Người đứng đầu địa điểm cấm hút thuốc lá trong nhà nhưng được phép có nơi dành riêng cho người hút thuốc lá có trách nhiệm treo biển có chữ hoặc biểu tượng “Nơi hút thuốc lá” tại địa điểm được hút thuốc lá”.

## 2. Các biện pháp cấm tài trợ, quảng cáo và xúc tiến thương mại thuốc lá

Mục đích của các quy định về cấm tài trợ, quảng cáo và xúc tiến thương mại thuốc lá là để hạn chế việc biết đến và kích thích nhu cầu sử dụng thuốc lá. Hiện tại, trong Dự thảo Luật chỉ có quy định tại Điều 15: “Các tổ chức, cá nhân kinh doanh thuốc lá không được thực hiện các hoạt động tài trợ dưới bất kỳ hình thức nào, trừ tài trợ vì mục đích nhân đạo và không được thông báo trên các phương tiện thông tin đại chúng về việc tài trợ của các tổ chức, cá nhân sản xuất, kinh doanh thuốc lá”.

Như vậy, hoạt động quảng cáo và xúc tiến thương mại thuốc lá được dự tính là sẽ được cấm/điều chỉnh cụ thể trong pháp luật về quảng cáo, trong pháp luật về thương mại và xúc tiến thương mại. Tuy nhiên trong các lĩnh vực pháp luật nói trên, quy định liên quan đến thuốc lá khá mờ nhạt và chung chung, ví dụ như chỉ có

(3) Nghị định số 45/NĐ-CP ngày 06/04/2005 quy định các hình thức xử phạt đối với hành vi hút thuốc nơi công cộng: “Cảnh cáo hoặc phạt tiền từ 50.000 đồng đến 100.000 đồng đối với hành vi hút thuốc lá, thuốc lào ở nơi công cộng như: trong rạp hát, rạp chiếu phim, phòng họp, phòng làm việc, bệnh viện, thư viện, phòng đợi của nhà ga, bến xe, sân bay, bến cảng, trên các phương tiện giao thông công cộng hoặc ở những nơi công cộng khác có quy định cấm” (Điều 16).

(4) <http://www.rg.ru/2011/08/19/antitabak-site-dok.html>

quy định cấm quảng cáo thuốc lá<sup>5</sup>; cấm khuyến mại hoặc sử dụng thuốc lá để khuyến mại dưới mọi hình thức<sup>6</sup>; đồng thời không có quy định cấm trưng bày, giới thiệu thuốc lá<sup>7</sup>. Một số quy định của pháp luật có liên quan chưa được làm rõ, giải thích cụ thể, ví dụ như quy định về cấm quảng cáo thuốc lá nhưng liệu có cấm quảng cáo cho thương hiệu của một công ty mà bên cạnh việc sản xuất/phân phối thuốc lá còn có những hoạt động khác hay không?

Trên thực tế, các nhà sản xuất và phân phối thuốc lá đã có nhiều cách thức để tài trợ, quảng cáo và xúc tiến thương mại thuốc lá như tham gia sản xuất các bộ phim, chương trình video mà có nhân vật chính có hút thuốc hay trong khuôn hình có hình ảnh bao thuốc, điều thuốc lá; sản xuất các sản phẩm khác nhưng mang hình thuốc lá (ví dụ sản xuất kẹo, đồ lưu niệm có hình điều thuốc...); xúc tiến thương mại thuốc lá thông qua các mạng xã hội...

Theo chúng tôi, trong dự thảo luật chuyên biệt về PCTHTL có thể có những quy định cụ thể liên quan đến tài trợ, quảng cáo và xúc tiến thương mại các sản phẩm thuốc lá chứ không nên quy định dẫn chiếu pháp luật có liên quan. Tên Điều 15 Dự thảo Luật có thể sửa thành “Hoạt động tài trợ, quảng cáo và xúc tiến thương mại thuốc lá” trong đó bổ sung thêm các quy định:

“Các tổ chức, cá nhân kinh doanh thuốc lá không được thực hiện các hoạt động quảng cáo thuốc lá dưới bất kỳ hình thức nào bao gồm quảng cáo tên/hình ảnh công ty kinh doanh thuốc lá, ngoại trừ quảng cáo các hoạt động khác của công ty hoàn toàn không liên quan đến kinh doanh thuốc lá”.

“Các tổ chức, cá nhân kinh doanh thuốc lá không được thực hiện trưng bày, giới thiệu thuốc lá ở các địa điểm công cộng”.

Việc quy định rõ ràng về cấm tài trợ, quảng cáo và xúc tiến thương mại thuốc lá thể hiện vai trò của Nhà nước trong việc nỗ lực làm giảm nhu cầu sử dụng thuốc lá, đặt ưu tiên bảo vệ sức khỏe của công dân lên trên lợi ích của các công ty kinh doanh thuốc lá. Quy định như vậy cũng đáp ứng khuyến cáo của Công ước khung về kiểm soát thuốc lá (Framework Convention on Tobacco Control, gọi tắt là FCTC) về việc ban hành chính sách triệt để cấm quảng cáo, khuyến mại và tài trợ thuốc lá<sup>8</sup>.

Cụ thể và nghiêm ngặt hơn nữa, có thể bổ sung các quy định như:

“Cấm không được sử dụng hình thức của thuốc lá cho các sản phẩm khác, bao gồm cả các sản phẩm quà tặng, lưu niệm”;

“Cấm đưa hình ảnh sản phẩm thuốc lá và quá trình tiêu dùng sản phẩm này (ngoại trừ trình chiếu quá trình tiêu dùng sản phẩm thuốc lá để cảnh báo về sự nguy hiểm của việc hút thuốc) vào các sản phẩm nghe nhìn, bao gồm phim, truyền hình, nhà hát và các cuộc biểu diễn; vào các chương trình truyền hình, video”<sup>9</sup>;

Đồng thời, nếu thấy cần thiết, có thể bổ sung quy định về chế tài đối với hành vi vi phạm là “Tổ chức, cá nhân vi phạm quy định trên sẽ bị xử lý nghiêm ngặt theo quy định của pháp luật”.

Dự thảo Luật PCTHTL sẽ là một cơ sở pháp lý quan trọng để bảo vệ sức khỏe của công dân khỏi những hậu quả của việc sử dụng thuốc lá bằng cách đưa ra một tập hợp các biện pháp hạn chế để giảm tiêu thụ các sản phẩm thuốc lá và hạn chế ảnh hưởng của việc sử dụng thuốc lá đối với sức khỏe con người. Chúng tôi hy vọng rằng một số đề xuất nêu trên sẽ góp phần vào việc hoàn thiện quy định về các biện pháp cụ thể để PCTHTL. ■

(5) Khoản 8 Điều 5 Pháp lệnh Quảng cáo năm 2001, Khoản 2 Điều 8 Dự thảo Luật Quảng cáo, Khoản 4 Điều 109 Luật Thương mại năm 2005.

(6) Khoản 4 Điều 100 Luật Thương mại năm 2005.

(7) Xem: Mục 4 Chương IV Luật Thương mại năm 2005.

(8) Xem Ngô Quý Linh, Công ước khung về kiểm soát thuốc lá và vấn đề chống buôn lậu thuốc lá bằng chính sách thuế, Tạp chí Khoa học pháp lý, Số 2/2004.

(9) Xem Rose Nathan, Model Legislation for Tobacco Control: A Policy Development and Legislative Drafting Manual, International Union for Health Promotion and Education, France, First Edition 2004, [http://www.iuhpe.org/uploaded/Publications/Books\\_Reports/tobacco\\_manual\\_final.pdf](http://www.iuhpe.org/uploaded/Publications/Books_Reports/tobacco_manual_final.pdf)

# THUỐC LÁ VÀ SỰ CHẬM PHÁT TRIỂN CỦA CÁC NƯỚC ĐANG PHÁT TRIỂN

■ LÊ TUẤN PHONG\*

**Tác hại của thuốc lá đối với sức khỏe con người thường không biểu hiện ra trước mắt và ngay lập tức, nhưng những tác hại này là khôn lường. Tổ chức Y tế Thế giới dự báo, đến năm 2020 số người chết vì sử dụng thuốc lá trên thế giới sẽ nhiều hơn tổng số người chết vì HIV/AIDS, bệnh lao và tai nạn giao thông đường bộ cộng lại. Tổ chức này cũng khuyến cáo thuốc lá chính là nguy cơ thứ hai trong số mười yếu tố nguy cơ hàng đầu đe dọa sức khỏe người dân ở các nước đang phát triển.**

**H**iện nay, thuốc lá đang trở thành một nguy cơ gây ảnh hưởng lớn đến đời sống xã hội cũng như sự phát triển kinh tế - xã hội ở các nước, đặc biệt là các nước đang phát triển. Cho dù không ai có thể phủ nhận lợi nhuận thu về cho ngân sách quốc gia từ ngành công nghiệp thuốc lá, nhưng sự hủy hoại về lâu dài của thuốc lá không chỉ dừng lại ở gánh nặng về bệnh tật do sử dụng thuốc lá mà còn bởi chi phí bỏ ra để sử dụng thuốc lá của người dân hàng năm quá lớn.

Theo tính toán, việc sử dụng thuốc lá gây thiệt hại hàng trăm tỷ USD cho nền kinh tế thế giới mỗi năm. Ở Albani, người hút thuốc lãng phí hai tháng lương cho thuốc lá hàng năm (số liệu năm 2009). Còn ở Bangladesh, hộ gia

đình nghèo hút thuốc gần gấp hai lần những hộ gia đình khá hơn và trung bình, người hút thuốc chi gấp hai lần cho thuốc lá so với chi tiêu bình quân đầu người cho quần áo, nhà, y tế, và giáo dục cộng lại (số liệu năm 2001). Ở Philippines, hộ gia đình nghèo nhất chỉ 2,5% tổng thu nhập cho thuốc lá, hơn cho quần áo, giáo dục và chăm sóc sức khỏe (2006). Con số này là 5% của hộ gia đình nghèo sống ở thành thị ở Myanmar. Ở Campuchia, số tiền chi hàng năm cho thuốc lá có thể bù đắp 69,44 triệu USD do thâm hụt ngân sách quốc gia (2008). Trong khi đó, chi phí điều trị các bệnh liên quan đến thuốc lá chiếm từ 6-15% tổng chi phí y tế. Chi phí xã hội cho việc sử dụng các sản phẩm thuốc lá tại Mỹ chiếm 1,6 GDP. Tại Canada, con số này là 2,2%; tại Trung Quốc

(\*) *ThS, Viện Kiểm sát Quân sự khu vực 53.*





là 1,7%. Còn tại Việt Nam, tổng số tiền người dân bỏ ra mua thuốc hút năm 1998 hơn 5.000 tỷ đồng, đến năm 2002 số tiền này đã tăng gấp đôi là 10.400 tỷ đồng và năm 2007 là 14.000 tỷ đồng.

Theo Tổ chức Y tế thế giới, từ lâu ngành công nghiệp thuốc lá đã nhắm vào giới trẻ để tạo ra một lớp người nghiện thuốc lá mới thay cho những người đã bỏ thuốc lá hoặc đã qua đời. Ở phương Tây, do tỷ lệ người hút thuốc lá suy giảm nên ngành công nghiệp này đã chuyển mục tiêu sang các nước đang phát triển.

Qua tài liệu của các tổ chức chuyên nghiên cứu về tác hại của thuốc lá thì gần nửa số người hút thuốc lá trên thế giới chủ yếu tập trung ở Trung Quốc, Ấn Độ và Indonesia, trong đó có rất nhiều người hút thuốc lá từ khi còn rất trẻ.

Ở Trung Quốc, cứ 10 thiếu niên 14 tuổi thì có một người nghiện thuốc lá. Ở Indonesia, 1/3 học sinh cho biết các em bắt đầu hút thuốc trước khi lên 10 tuổi.

Bà Susan Lawrence - người đứng đầu Chiến dịch Trẻ em Không hút thuốc lá ở Trung Quốc cho biết, có rất nhiều lý do khiến trẻ em Trung Quốc hút thuốc và một trong số đó là do Trung Quốc có tỉ lệ người hút thuốc lá rất cao khiến cho trẻ em bắt chước. Một nguyên nhân khác là do các em chịu ảnh hưởng quan niệm xã hội cho rằng hút thuốc lá là chuyện bình thường và thể hiện nam tính. Do đó, vì

có nhiều đàn ông hút thuốc nên những đứa trẻ muốn trông giống người lớn cũng tập hút theo. Mặc dù chính quyền Trung Quốc đã ban hành lệnh cấm quảng cáo thuốc lá, nhưng ngành công nghiệp thuốc lá vẫn không ngừng những chiến dịch khuyến mại và tài trợ hướng mục tiêu vào giới trẻ. Bà Susan Lawrence nói: “Rất nhiều trường học ở nông thôn mang tên các hãng thuốc lá. Họ tổ chức chiến dịch khuyến mại ở các khu siêu thị lớn, những buổi nhảy breakdance hoặc ca nhạc với sự tham gia của các ca sỹ nổi tiếng để thu hút đám đông, trong đó có rất nhiều trẻ em”.

Theo bà Susan Lawrence, ở Trung Quốc, thuế thuốc lá chỉ là 40% giá bán lẻ, trong khi tiêu chuẩn thế giới là 65%. “Một trong những vấn đề Trung Quốc đang phải đối mặt là để duy trì mức thuế thấp đối với mặt hàng thuốc lá, ngành công nghiệp nội địa đã bao cấp cho việc sản xuất thuốc lá giá rẻ. Họ cho rằng, nó sẽ đóng góp cho đất nước vì nó có thể đáp ứng nhu cầu của những người dân có thu nhập thấp ở khu vực nông thôn. Tuy nhiên, trên thực tế, điều này lại rất nguy hiểm và có hại vì nó đồng nghĩa với việc sẽ có rất nhiều thuốc lá giá rẻ xuất hiện ở nông thôn. Trẻ em là đối tượng rất nhạy cảm với vấn đề giá cả hàng hoá. Chúng thường không có nhiều tiền và vì vậy, việc duy trì giá thuốc lá cao thực sự là một biện pháp hữu hiệu để giảm tỉ lệ trẻ em hút thuốc, nhằm

giúp chúng tránh được việc nghiện thuốc trong suốt cuộc đời”, bà cho biết.

Tại Ấn Độ, Venkat Regunathan là một nhà hoạt động đã một mình vận động để có được không gian trường học và công sở không thuốc lá. Ấn Độ là nước tiêu thụ thuốc lá nhiều thứ ba trên thế giới, sau Trung Quốc và Indonesia. Regunathan nói: “Có rất nhiều quy tắc và quy định nhưng không được thực thi. Nếu Chính phủ quyết tâm thực hiện thì chắc chắn sẽ có thể làm rất nhiều điều nữa.”

Các ý kiến của chuyên gia đều cho rằng, người nghèo là nhóm người nhạy cảm với giá cả nhất, vì vậy nếu tăng thuế thuốc lá, sẽ có rất nhiều người bỏ thuốc lá hoặc hút ít hơn rất nhiều. Hơn nữa, nó không chỉ tác động tích cực tới thu nhập của các gia đình vì có rất nhiều người nghèo tiêu tốn 12-15% thu nhập để mua thuốc, mà nó còn giúp giảm tỷ lệ người mắc bệnh liên quan đến thuốc lá. Bệnh tật có thể nhanh chóng đẩy con người vào tình trạng đói nghèo do phúc lợi xã hội không thể chi trả nổi những khoản chi phí quá cao cho họ để điều trị bệnh. Việc tăng thuế thuốc lá và giảm bao cấp với ngành công nghiệp này sẽ không tác động tiêu cực tới người nghèo mà ngược lại, nó còn thực sự hữu ích cho họ về mọi mặt.

Còn ở Indonesia, khoảng gần một nửa các hộ gia đình chi tiền để mua thuốc lá nhiều hơn so với bất kỳ mục đích nào khác ngoài lương thực thực phẩm. Con số thống kê này cũng giống với nhiều vùng khác ở Đông Nam Á. Bà Dina Kania - tình nguyện viên thuộc Tổ chức Quốc gia Bảo vệ Trẻ em của Indonesia (Indonesia's National Commission for Child Protection) cho rằng, ngành công nghiệp thuốc lá đã hướng thẳng mục tiêu vào giới trẻ thông qua các chương trình tài trợ. “Chúng tôi đã đề ý họ từ năm 2008 và chúng tôi nhận thấy, họ đang hướng mục tiêu vào giới trẻ. Chúng tôi đã xem xét 1.350 sự kiện được ngành công nghiệp thuốc lá tài trợ và nhận thấy, hầu hết

những sự kiện trên đều có trẻ em và thiếu niên tham gia”, bà cho biết.

Hiệp định khung về Kiểm soát thuốc lá của Tổ chức Y tế Thế giới (WHO's Framework Convention on Tobacco Control) năm 2003 đã đề ra biện pháp để các nước kiểm soát ngành công nghiệp thuốc lá, bao gồm các chính sách về thuế, quảng cáo và phân phối thuốc lá. Nhưng một điều đáng nói là hiện nay, Indonesia hiện chưa phải là một thành viên ký kết Công ước khung về Kiểm soát Thuốc lá. Tiến sĩ Surin Pitsuwan đã từng là Ngoại trưởng Thái Lan và nay là Tổng thư ký ASEAN cho biết, công chúng nước này vẫn còn rất ít nhận thức về tác hại của thuốc lá. Chính phủ Indonesia hiện tại không hoạt động tích cực lắm trong lĩnh vực này, do đây không phải là vấn đề ưu tiên. Các cuộc phản biện xã hội ở Indonesia cũng ít đề cập đến nội dung này. “Hi vọng rằng khi chống thuốc lá trở thành một trong những vấn đề trọng tâm của ASEAN thì tình hình ở Indonesia có thể được cải thiện” Tiến sĩ Surin Pitsuwan nói thêm.

Bà Dina Kania cho biết, Chính phủ Indonesia đang lưỡng lự trong việc đề ra những quy định mới cho ngành công nghiệp thuốc lá, bởi đã từ lâu, thu nhập của Chính phủ chủ yếu dựa trên số thuế thu được từ ngành này. Bà phát biểu: “Đó là lý do tại sao Chính phủ không tán thành những đề nghị của chúng tôi về kiểm soát ngành công nghiệp thuốc lá, mặc dù đó là những lời đề nghị mang tính xây dựng. Chính phủ tin họ hơn tin chúng tôi”.

Tại Hội nghị về Thuốc lá và sức khỏe Châu Á - Thái Bình Dương diễn ra gần đây, Tiến sĩ Surin Pitsuwan đã chỉ ra rằng, nếu ASEAN thực sự mong muốn xây dựng một cộng đồng thịnh vượng và hạnh phúc vào năm 2015, các nước thành viên cần phải nỗ lực hơn trong việc tấn công vào ngành sản xuất thuốc lá, đồng thời giải quyết các vấn đề liên quan đến người nông dân. ■

*Tạp chí nghiên cứu Lập pháp trân trọng cảm ơn tổ chức HealthBridge đã phối hợp chuẩn bị nội dung và hỗ trợ xuất bản liên quan đến dự án luật phòng chống tác hại thuốc lá.*

[www.HealthBridge.ca](http://www.HealthBridge.ca)

**HealthBridge**  
RESEARCH • POLICY • ACTION • DEVELOPMENT

No. 15-16 Lane 32, Ton Duc Thang, Dong Da, Hanoi, Vietnam

# BẢO ĐẢM CÔNG BẰNG TRONG THUẾ THU NHẬP CÁ NHÂN

■ TRẦN MINH ĐỨC\*

**Đảm bảo công bằng trong việc đánh thuế dựa trên khả năng trả thuế của đối tượng nộp thuế, không mang tính tận thu và có xét đến điều kiện, hoàn cảnh sống của từng người là một nguyên tắc quan trọng của pháp luật về thuế. Ở đây, đòi hỏi công bằng phải là sự công bằng chung của xã hội, phù hợp với định hướng phát triển của nước ta và các nước trên thế giới, nên trong thuế thu nhập cần phải đưa ra những quy định về miễn, giảm thuế.**

## 1. Đối với các khoản thu nhập miễn thuế

Trước đây, trong các Pháp lệnh Thuế thu nhập đối với người có thu nhập cao năm 1991, 1994, 1997, 1999, 2001, 2004 khi quy định về thu nhập tính thuế đều liệt kê những khoản thu nhập của cá nhân thuộc diện chịu thuế thu nhập và những khoản thu nhập không thuộc diện chịu thuế. Cách tiếp cận về quy định thu thuế như vậy sẽ có bất cập vì đã loại một nhóm thu nhập ra khỏi phạm vi điều chỉnh của thuế thu nhập. Mặc dù, thu nhập không chịu thuế và thu nhập miễn thuế đều không phải nộp thuế, nhưng đối với thu nhập miễn thuế, cá nhân phải kê khai theo luật định, để Nhà nước nắm được thông tin phục vụ công tác quản lý, tạo ra trách nhiệm phải nộp thuế đối với mỗi cá nhân có thu nhập và thấy được tính nhân văn của Nhà nước trong vấn đề quy định thu nhập chịu thuế. Các khoản thu nhập miễn thuế được xác

định từ lý do chính trị, xã hội hay quản lý của Nhà nước. Luật Thuế thu nhập cá nhân năm 2007 quy định về các khoản thu nhập cá nhân được miễn thuế tại Điều 4, có một số vấn đề cần được xem xét lại. Cụ thể là:

*Thứ nhất*, pháp luật về lao động không khuyến khích người sử dụng lao động yêu cầu người lao động làm thêm giờ. Bộ luật Lao động năm 1994 (sửa đổi, bổ sung vào các năm 2002, 2006, 2007) quy định người lao động làm thêm không quá 4 giờ trong một ngày và 200 giờ trong một năm. Thời gian làm thêm giờ là sự thỏa thuận giữa người lao động và người sử dụng lao động. Do đó, việc quy định miễn thuế đối với phần tiền lương làm việc ban đêm, làm thêm giờ - được trả cao hơn so với tiền lương làm việc ban ngày, làm trong giờ theo quy định của pháp luật - sẽ tạo sự không công bằng. Để đảm bảo công bằng giữa các đối

(\*) *ThS. Giảng viên Trường Cao đẳng Kinh tế Kế hoạch Đà Nẵng.*

tượng lao động và không làm phức tạp trong quá trình tính thuế, theo chúng tôi, không nên quy định miễn thuế đối với phần tiền lương làm việc ban đêm, làm thêm giờ được trả cao hơn so với tiền lương làm việc ban ngày, làm trong giờ theo quy định của pháp luật.

*Thứ hai*, khi cá nhân có tài sản thì cá nhân có thể lựa chọn nhiều cách thức đầu tư để bảo toàn và phát triển nguồn vốn của mình. Cá nhân đó có thể lựa chọn kênh đầu tư là bất động sản, chứng khoán, gửi tiết kiệm... Những cá nhân có tiền lãi gửi từ các tổ chức tín dụng, lãi từ bảo hiểm nhân thọ thì không phải đối tượng có khó khăn về kinh tế. Theo quy định của Luật Thuế thu nhập cá nhân năm 2007, thu nhập có được từ những khoản đầu tư như bất động sản, chứng khoán... đều phải nộp thuế thu nhập cá nhân. Đa số các nước đều thu thuế thu nhập cá nhân trên tiền lãi tiết kiệm như Trung Quốc là 20%, In-đô-nê-xi-a là 20%, Phi-líp-pin là 20%, Thái Lan là 15%. Để tạo sự công bằng theo nguyên tắc khả năng trả thuế và nguyên tắc lợi ích giữa các cá nhân có tài sản, nên quy định thu nhập của các cá nhân từ tiền lãi tại các tổ chức tín dụng, lãi từ hợp đồng bảo hiểm nhân thọ không được miễn thuế thu nhập cá nhân.

## 2. Đối với quy định về giảm trừ gia cảnh

Việc quy định về giảm trừ gia cảnh theo Luật Thuế thu nhập cá nhân còn một số bất cập sau:

Thứ nhất, Luật Thuế thu nhập cá nhân còn gắn với nhiều chính sách xã hội, nên vấn đề xác định những ai là người phụ thuộc mà đối tượng nộp thuế được giảm trừ để đảm bảo nguyên tắc công bằng giữa những đối tượng có người phụ thuộc và đối tượng không có người phụ thuộc theo quy định của pháp luật là vấn đề cần thiết. Nếu hai cá nhân có thu nhập chịu thuế như nhau, nhưng có đối tượng phụ thuộc khác nhau thì mức độ đóng góp vào ngân sách nhà nước sẽ khác nhau. Theo quan điểm của chúng tôi, phải xác định đối tượng phụ thuộc dựa trên những mối quan hệ gắn bó với đối tượng nộp thuế có trách nhiệm nuôi dưỡng,

để luật thuế thu nhập cá nhân tương thích với các luật khác. Đó là, mỗi quan hôn nhân, nuôi dưỡng đang tồn tại, quan hệ huyết thống trong phạm vi ba đời. Tuy nhiên, những đối tượng đó chỉ nên xác định là đối tượng phụ thuộc với điều kiện đối tượng là con chưa thành niên hoặc những cá nhân đó không có khả năng lao động, không có thu nhập mà người nộp thuế phải trực tiếp nuôi dưỡng. Vì nếu trong luật thuế quy định nhiều đối tượng phụ thuộc thì sẽ dẫn đến sự không công bằng theo chiều dọc và theo chiều ngang, dễ dẫn đến việc kê khai gian dối về đối tượng phụ thuộc và không khuyến khích được trách nhiệm lao động của cá nhân sống trong xã hội. Theo tinh thần của Luật Thuế thu nhập cá nhân năm 2007, chúng tôi thấy có một số điểm không hợp lý về việc quy định đối tượng phụ thuộc như sau:

- Khoản 3 Điều 19 Luật Thuế thu nhập cá nhân năm 2007 quy định con thành niên đang học đại học, cao đẳng, trung học chuyên nghiệp hoặc học nghề nếu không có thu nhập hoặc thu nhập không vượt quá mức quy định thì coi là người phụ thuộc để giảm trừ gia cảnh cho cha mẹ. Quy định này dẫn đến sự không công bằng giữa những đối tượng nộp thuế thu nhập cá nhân vì việc học tập là vấn đề phải làm suốt đời người, Nhà nước khuyến khích học tập và đã có chính sách cho vay vốn đối với những người đi học đại học, cao đẳng, trung học chuyên nghiệp và học nghề. Nên người học có thể vay vốn của chính sách này để trang bị tri thức cho mình và sau này đi làm sẽ trả dần cho Nhà nước. Việc học là quá trình đầu tư cho tương lai, khi nói về thị trường lao động thì người sử dụng lao động sẽ phải trả lương gồm cả phần bù đắp chi phí đào tạo, ai được đào tạo nhiều, có trình độ cao thì sẽ có cơ hội nhận được lương cao hơn. Nên để công bằng cho những người có con thành niên đi học hoặc vừa học vừa làm hoặc đi làm trước học sau, theo chúng tôi, nên bỏ quy định ở khoản 3 Điều 19 Luật Thuế thu nhập cá nhân năm 2007.

- Để khuyến khích thực hiện kế hoạch hóa dân số và gia đình, mỗi cặp vợ chồng chỉ nên



sinh từ một đến hai con, nên theo chúng tôi, đối với con thứ ba trở lên không tính là đối tượng phụ thuộc để giảm thuế cho cha mẹ. Bởi vì nếu chúng ta quy định trường hợp này sẽ gây mất công bằng giữa những người nộp thuế. Những người chấp hành chính sách dân số và kế hoạch hóa gia đình tốt, thực hiện sinh từ 01 đến 02 con thì có thể phải nộp thuế nhiều hơn đối với những người không chấp hành chính sách dân số và kế hoạch hóa gia đình của Nhà nước khi những đối tượng này có cùng mức thu nhập.

- Đối với cha mẹ, ông bà đã hết tuổi lao động thì thông thường thu nhập sẽ rất thấp hoặc có thể không có, nhưng những người này có thể đã tích lũy được số tài sản rất lớn, đủ để nuôi sống họ suốt đời. Nên nếu đưa vào Luật Thuế thu nhập cá nhân những người này là đối tượng phụ thuộc thì sẽ không đảm bảo nguyên tắc công bằng và không đúng ý nghĩa của cụm từ “đối tượng phụ thuộc”. Vì vậy, theo chúng tôi, những người này phải có trách nhiệm kê khai là không có tài sản gì để đảm bảo nguồn sống ở dưới mức thu nhập GDP bình quân đầu người thì mới được xem xét là đối tượng phụ thuộc để tính giảm trừ gia cảnh cho những đối tượng trực tiếp nuôi dưỡng.

Thứ hai, việc áp dụng giảm trừ gia cảnh chỉ áp dụng đối với những cá nhân cư trú có thu nhập từ kinh doanh, từ tiền lương, tiền công mà không áp dụng đối với những người có thu nhập từ đầu tư vốn, chuyển nhượng vốn, chuyển nhượng bất động sản, từ trúng thưởng, từ nhượng quyền thương mại, từ thừa kế, quà tặng trong Luật Thuế thu nhập cá nhân năm 2007 là không đảm bảo công bằng về mặt đối xử với những cá nhân trong xã hội. Vì mỗi cá nhân đều phải chi tiêu cho nhu cầu sống của bản thân và những người phụ thuộc, việc lựa chọn nghề nghiệp để mưu sinh là tùy vào bản thân người đó. Chủ trương, chính sách của Đảng và Nhà nước ta đều hướng tới sự phát triển con người và gia đình của họ. Trong thực tế, đa số nhà đầu tư chứng khoán, bất động sản ở Việt Nam là những nhà đầu tư nhỏ lẻ. Nên để

tạo ra sự công bằng cho các cá nhân nộp thuế cần đưa ra quy định: tất cả các cá nhân cư trú có thu nhập thì đều được giảm trừ gia cảnh khi tính thu nhập chịu thuế.

Thứ ba, về nguyên tắc thì Luật Thuế thu nhập cá nhân 2007 không phải luật thuế thu nhập đối với người có thu nhập cao nên việc quy định về giảm trừ gia cảnh đối với cá nhân tạo ra thu nhập và người phụ thuộc xét về bản chất là đánh thuế vào người có thu nhập ở một mức độ nhất định. Việc xác định mức giảm trừ gia cảnh trong Luật Thuế thu nhập cá nhân năm 2007 còn gây nhiều tranh cãi vì trong luật đưa ra mức giảm trừ gia cảnh đối với đối tượng nộp thuế là 04 triệu đồng, một con số cố định như vậy là không hợp lý vì chưa tính tới yếu tố lạm phát ở nước ta nên luật sẽ phải thường xuyên thay đổi. Như, năm 2007 chỉ số giá tiêu dùng (CPI) tăng là 12,63%, năm 2008 chỉ số CPI 22,97%, năm 2009 chỉ số CPI 6,52%, năm 2010 CPI là 11,75%, đến tháng 9/2011 chỉ số CPI tăng so với năm 2010 là 16,63%. Như vậy, từ năm 2007 đến tháng 9/2011, tổng CPI của Việt Nam tăng 70,5%, nên điều này cũng ảnh hưởng rất nhiều đến đời sống của người dân. Theo chúng tôi, nên xác định mức thu hợp lý trên nguyên tắc mở rộng diện thu, hạ thấp mức thu thì vẫn đảm bảo được nguồn thu cho ngân sách nhà nước và tạo được sự công bằng trên diện rộng cho những người có thu nhập. Để đảm bảo nguyên tắc công bằng thì thu thuế nên thu từ đồng thu nhập đầu tiên, nhưng phải xét tới điều kiện, hoàn cảnh sống của cá nhân, nên lấy mức lương tối thiểu làm cơ sở đưa ra mức giảm trừ gia cảnh. Vì khi Chính phủ đưa ra mức lương tối thiểu thì Chính phủ đã phải xem xét mức sống trung bình của người dân, trong đó có tính đến chỉ số lạm phát. Tương tự như vậy, khi xác định mức giảm trừ gia cảnh, Luật Thuế thu nhập cá nhân 2007 đưa ra con số 1,6 triệu cho những người phụ thuộc cũng là không có cơ sở và khó ổn định lâu dài. Những người phụ thuộc cũng căn cứ vào mức lương tối thiểu để làm cơ sở tính số tiền giảm trừ cho người nộp thuế. ■



# VAI TRÒ, NHIỆM VỤ CỦA MẶT TRẬN TỔ QUỐC VIỆT NAM TRONG CÔNG TÁC TUYÊN TRUYỀN, PHỔ BIẾN, GIÁO DỤC PHÁP LUẬT VỀ QUYỀN LÀM CHỦ

■ NGUYỄN THANH BÌNH\*

**L**uật Khiếu nại và Luật Tố cáo đã quy định rõ, Ủy ban Mặt trận Tổ quốc Việt Nam (MTTQVN), các tổ chức thành viên của Mặt trận động viên nhân dân nghiêm chỉnh thi hành pháp luật về quyền làm chủ; giám sát việc thi hành pháp luật về quyền làm chủ theo quy định của Luật.

Chương trình phổ biến, giáo dục pháp luật từ năm 2003 đến năm 2010 và những năm tiếp theo của Hội đồng phối hợp công tác phổ biến, giáo dục pháp luật của Chính phủ (mà MTTQVN là một thành viên nòng cốt) cũng nêu nội dung chung về tuyên truyền, phổ biến, giáo dục pháp luật cho các tầng lớp nhân dân là tiếp tục phổ biến sâu rộng các quy định của pháp luật gắn trực tiếp với cuộc sống của nhân dân như: các quy định của pháp luật về quyền làm chủ, đất đai, an toàn giao thông, phòng chống ma túy, các tệ nạn xã hội, bảo vệ môi trường; các chế độ mà người dân được hưởng, các nghĩa vụ mà người dân phải thực hiện; các quy định của Quy chế dân chủ ở cơ sở xã, phường; các quy định của pháp luật về phòng, chống tham nhũng, luật thực hành tiết kiệm, chống lãng phí để nhân dân thực hiện và giám

sát việc thực hiện, góp phần vào cuộc đấu tranh chống tham nhũng, lãng phí hiện nay; các quy định của Bộ luật Dân sự v.v.. Những văn bản quy phạm pháp luật này đều ít nhiều liên quan đến việc giải quyết tốt việc phát huy quyền làm chủ của người dân. Như vậy, tuyên truyền, phổ biến, giáo dục pháp luật về quyền làm chủ của người dân là một trong những nhiệm vụ trọng tâm mang tính chức năng của MTTQVN.

## **I. Các phương thức tuyên truyền, phổ biến, giáo dục pháp luật về quyền làm chủ của Mặt trận Tổ quốc Việt Nam**

### **1.1. Vai trò, nhiệm vụ của MTTQVN trong công tác giải quyết khiếu nại tố, cáo được pháp luật quy định như sau:**

- MTTQVN có trách nhiệm tổ chức việc tiếp công dân đến kiến nghị, phản ánh; khi nhận được ý kiến của người dân thì nghiên cứu, chuyển đến người có thẩm quyền giải quyết.
- MTTQVN phối hợp với cơ quan nhà nước, các tổ chức thành viên trong việc giải quyết.
- MTTQVN động viên nhân dân nghiêm

(\*) Ban Dân chủ - Pháp luật, Ủy ban Trung ương Mặt trận Tổ quốc Việt Nam.

chính thi hành pháp luật về quyền làm chủ. Để làm được điều này, MTTQVN các cấp tuyên truyền, phổ biến, giáo dục, giải thích rộng rãi trong nhân dân pháp luật về quyền làm chủ.

- MTTQVN giám sát thi hành pháp luật về quyền làm chủ.

Trong mọi khâu, mọi việc của MTTQVN đối với công tác tham gia giải quyết khiếu nại, tố cáo đều có liên quan đến việc tuyên truyền, động viên, phổ biến, giáo dục pháp luật đối với các tầng lớp nhân dân và đối với bản thân cán bộ, công chức nhà nước. Điều đó phản ánh chức năng mang tính tự nhiên của MTTQVN với tư cách là một tổ chức quần chúng rộng lớn nhất, đại diện cho quyền làm chủ của nhân dân.

**1.2.** Các phương thức tuyên truyền, phổ biến, giáo dục pháp luật nói chung đã được tổng kết, riêng phương thức tuyên truyền, phổ biến, giáo dục pháp luật khiếu nại tố cáo và phương thức tuyên truyền, phổ biến, giáo dục pháp luật của MTTQVN với tính cách là một chủ thể tuyên truyền, phổ biến, giáo dục pháp luật ngoài những điểm tương đồng có đặc thù riêng.

Các phương thức tuyên truyền, phổ biến, giáo dục pháp luật nói chung bao gồm 10 hình thức sau: phổ biến, giáo dục pháp luật trực tiếp (thường gọi là tuyên truyền miệng về pháp luật); phổ biến, giáo dục pháp luật thông qua hoạt động của các tổ hòa giải; phổ biến, giáo dục pháp luật thông qua các phương tiện thông tin đại chúng; phổ biến, giáo dục pháp luật thông qua hệ thống loa truyền thanh; phổ biến, giáo dục pháp luật bằng các tiểu phẩm văn hóa, văn nghệ liên quan đến nội dung thực hiện pháp luật để phổ biến pháp luật đến người dân; phổ biến, giáo dục pháp luật thông qua tổ chức các cuộc thi tìm hiểu pháp luật; phổ biến, giáo dục pháp luật bằng cách lồng ghép nội dung pháp luật vào các buổi sinh hoạt của Ủy ban MTTQVN và các tổ chức thành viên của Mặt trận và các cuộc họp nhân dân ở khu dân cư; phổ biến, giáo dục pháp luật thông qua phát hành tờ gấp về nội dung pháp luật thật cụ thể ngắn gọn, dễ nhớ, dễ hiểu, dễ thực hiện;

phổ biến, giáo dục pháp luật bằng cách biên dịch tài liệu tìm hiểu pháp luật bằng tiếng dân tộc; phổ biến, giáo dục pháp luật thông qua hoạt động của các trung tâm trợ giúp pháp lý, tư vấn pháp luật.

MTTQVN giữ vai trò động viên nhân dân nghiêm chỉnh thi hành pháp luật về quyền làm chủ. Để làm được điều này, MTTQVN các cấp phải tuyên truyền, phổ biến, giải thích rộng rãi trong nhân dân pháp luật về quyền làm chủ thông qua các hình thức:

- Phối hợp với chính quyền cùng cấp tổ chức cho nhân dân học tập, quán triệt nội dung cơ bản của pháp luật về quyền làm chủ: quyền, nghĩa vụ của công dân; thủ tục, trình tự phát huy quyền làm chủ; trách nhiệm cơ quan nhà nước trong việc giải quyết khiếu nại, tố cáo của công dân. Việc tổ chức học tập trong dân cần lồng ghép với các cuộc họp của thôn, xóm, ấp, bản, tổ dân phố, các cuộc họp của các tổ chức chính trị - xã hội, của Ban công tác Mặt trận và của Ban Thanh tra nhân dân. Ủy ban MTTQVN phối hợp với chính quyền và các tổ chức thành viên của MTTQ tuyên truyền phổ biến sâu rộng trong nhân dân ở cơ sở những chủ trương, chính sách của Đảng, những quy định của Nhà nước về quyền làm chủ của nhân dân. Tổ chức để nhân dân học tập quán triệt các quan điểm của Đảng đối với việc phát huy quyền làm chủ, giúp nhân dân sử dụng đúng quyền và trách nhiệm của mình.

- Tổ chức học tập trong các đối tượng xã hội do MTTQ trực tiếp vận động: các chức sắc tôn giáo, người tiêu biểu trong các dân tộc, thân nhân Việt kiều; thông qua các vị tiêu biểu để tuyên truyền, động viên nhân dân thi hành nghiêm chỉnh pháp luật về quyền làm chủ. Mặt trận chủ trì tổ chức học tập cho những người tiêu biểu: nhân sĩ, trí thức, già làng, chức sắc, chức việc trong tôn giáo, người tiêu biểu trong các dân tộc để học tập nắm vững nội dung pháp luật về quyền làm chủ, qua đó các vị sẽ giúp Mặt trận tuyên truyền, vận động, giải thích trong giới mình, tổ chức mình thực hiện.

- Tổ chức học tập trong cán bộ chuyên trách của Ủy ban MTTQ các cấp; trong Ban Thường

trực Ủy ban MTTQ các xã, phường để nắm vững, sau đó tuyên truyền, động viên nhân dân thi hành nghiêm chỉnh pháp luật về quyền làm chủ; thực hiện tốt nhiệm vụ khi tiếp xúc với nhân dân; tiếp dân, xử lý đơn thư và tham gia với cơ quan nhà nước khi giải quyết khiếu nại tố cáo. Ủy ban MTTQ chủ trì tổ chức cho cán bộ chuyên trách công tác Mặt trận; cán bộ trong Ban Thường trực Mặt trận xã, phường, Trưởng ban công tác Mặt trận ở thôn, làng, ấp, bản, khu phố; Trưởng Ban thanh tra nhân dân nghiên cứu, học tập để quán triệt các quy định của pháp luật về quyền làm chủ và các văn bản pháp luật liên quan để tham gia thực hiện và tổ chức thực hiện từng cấp và địa bàn dân cư.

- Ủy ban MTTQVN phối hợp với tổ chức thành viên thống nhất kế hoạch tuyên truyền, phổ biến rộng rãi trong đoàn viên, hội viên; giáo dục hội viên, đoàn viên gương mẫu thực hiện và vận động nhân dân thực hiện pháp luật.

- Ngoài các hình thức trên, MTTQ các cấp phối hợp với cơ quan nhà nước hữu quan, các cơ quan thông tin đại chúng, các tổ chức thành viên cùng cấp tổ chức việc tuyên truyền, động viên nhân dân thi hành nghiêm chỉnh pháp luật về quyền làm chủ.

Trong quá trình tiếp dân, xử lý, tham gia với chính quyền giải quyết đơn thư khiếu nại, tố cáo, cán bộ Mặt trận có trách nhiệm tuyên truyền, phổ biến, giải thích để công dân hiểu pháp luật; hướng dẫn công dân thực hiện đúng thủ tục, trình tự; động viên nhân dân thi hành đúng quyền và nghĩa vụ của mình; chấp hành các quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền; thi hành nghiêm chỉnh pháp luật. Ở những tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương, MTTQVN đã thành lập trung tâm tư vấn pháp luật, cần có thêm trách nhiệm tuyên truyền, động viên nhân dân nghiêm chỉnh thi hành pháp luật về quyền làm chủ.

Trong việc tuyên truyền, phổ biến, giáo dục pháp luật, Mặt trận cần quán triệt tư tưởng và đồng thời là bài học mà Đảng ta đã tổng kết: phát huy quyền làm chủ của nhân dân vừa là mục tiêu, đồng thời là động lực bảo đảm cho thắng lợi của sự nghiệp cách mạng, nhất là

trong công cuộc đổi mới đất nước. Mở rộng dân chủ xã hội chủ nghĩa, từng bước thực hiện quyền dân chủ của nhân dân một cách trực tiếp và rộng rãi nhất là bản chất tốt đẹp của Nhà nước, nhằm thu hút mọi tầng lớp nhân dân tham gia quản lý nhà nước, quản lý xã hội, tham gia kiểm tra, giám sát hoạt động của Nhà nước, của chính quyền các cấp, khắc phục tình trạng suy thoái, quan liêu, tẻ tham nhũng và vi phạm quyền làm chủ của dân. Dân chủ phải đi đôi với kỷ cương, kỷ luật, chống khuynh hướng dân chủ cực đoan, quá khích. Dân chủ phải trong khuôn khổ của pháp luật.

Công tác tuyên truyền, phổ biến, giáo dục pháp luật về quyền làm chủ của Mặt trận phải đến từng địa bàn dân cư, thông qua các Ban công tác Mặt trận ở thôn, làng, ấp, bản, tổ dân phố để từ đó phổ biến tới từng hộ gia đình. Đây là thế mạnh của công tác Mặt trận và tổ chức Mặt trận, để truyền đạt chủ trương, chính sách pháp luật tới từng người dân, tổ chức các hoạt động phong trào nhân dân vì lợi ích của Đảng và Nhà nước.

## **II. Tăng cường công tác tuyên truyền, phổ biến, giáo dục pháp luật về quyền làm chủ của Mặt trận Tổ quốc Việt Nam trong giai đoạn hiện nay**

**2.1.** Thời gian qua, công tác tuyên truyền, phổ biến trong nhân dân về những chủ trương của Đảng, quy định của Nhà nước về phát huy quyền làm chủ đã được UBMTTQ các cấp đặc biệt chú trọng; coi đây là một nhiệm vụ trọng tâm của công tác Mặt trận.

Công tác tuyên truyền, phổ biến, giáo dục pháp luật về quyền làm chủ của MTTQVN được thực hiện bằng nhiều hình thức đa dạng, phong phú, thường xuyên có sự đổi mới như: qua hệ thống thông tin đại chúng; qua đội ngũ báo cáo viên trực tiếp xuống tận thôn, làng để phổ biến và truyền đạt tại các hội nghị nhân dân; qua các pa-nô, áp phích, khẩu hiệu... Bên cạnh việc thường xuyên phối hợp với các cấp ủy đảng, chính quyền, Mặt trận các cấp - nhất là cấp cơ sở - đã chủ động tuyên truyền, phổ biến các chủ trương của Đảng và Nhà nước về

quyền làm chủ tới nhân dân. Nhiều nơi, Mặt trận cấp tỉnh, cấp huyện đã ban hành kế hoạch tuyên truyền riêng trong hệ thống các cơ quan Mặt trận, xác định rõ những nội dung tuyên truyền, phương thức tiến hành công tác tuyên truyền pháp luật về quyền làm chủ sao cho đạt hiệu quả tốt nhất; đặc biệt trong quá trình thực hiện, các cấp MTTQ đã xác định phương châm: không cầu toàn, nóng vội, không làm ào, làm lướt mà kiên trì, thường xuyên, kết hợp với việc tổ chức những việc làm cụ thể.

Sau khi tổng kết 5 năm công tác MTTQVN tham gia phát huy quyền làm chủ của công dân (được tổ chức vào năm 2005), cho đến nay, công tác tuyên truyền, phổ biến, giáo dục pháp luật về quyền làm chủ cũng có những đổi mới tích cực. Đó là ngoài việc tiếp tục thực hiện những hình thức tuyên truyền thông thường, phổ biến; thì ở nhiều nơi, công tác này đã có nhiều hình thức đổi mới, phong phú và đa dạng hơn; chú trọng tới chất lượng và hiệu quả của công tác tuyên truyền. Mặt trận các cấp một số nơi đã cử cán bộ biết tiếng dân tộc trực tiếp xuống tuyên truyền cho nhân dân là đồng bào dân tộc; sử dụng các băng đĩa nhạc có nội dung hay, hấp dẫn, dễ tập hợp được dân để tuyên truyền; hoặc thông qua những quần chúng tốt, có uy tín, sinh sống tại địa bàn dân cư để vận động quần chúng khác thực hiện pháp luật về quyền làm chủ; tổ chức các hội nghị để biểu dương những người tiêu biểu trong các dân tộc thiểu số ngay tại cấp huyện, để qua đó, giúp công tác tuyên truyền, vận động đồng bào các dân tộc thiểu số thực hiện các chính sách của Đảng, pháp luật của Nhà nước theo quy định của pháp luật. Tại nhiều địa phương, Mặt trận các cấp đã rất chú trọng tới việc tổ chức học tập, tuyên truyền cho những đối tượng là người cao tuổi, chức sắc tôn giáo, già làng, trưởng thôn, người tiêu biểu, người có uy tín trong cộng đồng dân cư; nhằm tạo sự hiểu biết và ủng hộ rộng rãi mọi thành viên trong xã hội cho công tác triển khai, thực hiện pháp luật, bởi họ sẽ là những người gương mẫu thực hiện; đồng thời thông qua các vị này sẽ giúp Mặt trận tuyên truyền, vận động, giải thích trong giới mình,



tổ chức mình thực hiện pháp luật. Việc phối hợp giữa Mặt trận với các tổ chức thành viên để tuyên truyền, phổ biến rộng rãi trong đoàn viên, hội viên tích cực thực hiện và vận động nhân dân thực hiện pháp luật về quyền làm chủ cũng được đẩy mạnh.

Nhìn chung, việc tham gia tổ chức và thực hiện các phương thức tuyên truyền, phổ biến pháp luật của Mặt trận các cấp là tích cực, có hiệu quả, nhiều nơi được các cấp ủy đảng, chính quyền và nhân dân ghi nhận. Việc phối hợp trong công tác tuyên truyền, phổ biến pháp luật được UBMTTQ các cấp chú trọng, nên đã góp phần nâng cao ý thức chấp hành pháp luật tới đông đảo các tầng lớp nhân dân. Nhiều nơi, chính quyền, UBMTTQ và các đoàn thể đã xây dựng được kế hoạch phối hợp tuyên truyền. Bám sát vào nội dung của pháp luật về quyền làm chủ và các văn bản hướng dẫn của cấp trên, UBMTTQ các cấp đã chủ động tổ chức hoặc phối hợp với chính quyền và các đoàn thể để tổ chức các hoạt động tuyên truyền thiết thực, phù hợp để đưa các nội dung của pháp luật tới từng hộ gia đình, từng người dân. Qua đó, mối quan hệ giữa chính quyền với UBMTTQ được tăng cường, tạo điều kiện cho chính quyền cũng như UBMTTQ hoạt động có hiệu quả, thực hiện tốt chức năng, nhiệm vụ của mình.

Tuy nhiên, công tác tuyên truyền, vận động, phổ biến, giáo dục pháp luật về quyền



làm chủ của UBMTTQ các cấp vẫn còn nhiều hạn chế. Nhiều nơi hoạt động còn mang tính hình thức, tính phong trào, UBMTTQ một số nơi còn chưa thực sự chủ động, sáng tạo trong tuyên truyền; hình thức tuyên truyền còn đơn điệu, nội dung chưa sâu; nên hiệu quả chưa cao, chưa đủ sức hấp dẫn; hơn nữa trình độ một bộ phận cán bộ Mặt trận cấp xã còn yếu, nên việc tổ chức thực hiện và giải thích các nội dung pháp luật còn lúng túng, chưa thật sự thuyết phục được nhân dân. Một số nơi, hoạt động phối hợp với các tổ chức thành viên trong tuyên truyền còn yếu, đòi hỏi phải có biện pháp khắc phục trong thời gian tới.

**2.2.** Tăng cường công tác tuyên truyền, phổ biến, giáo dục pháp luật về quyền làm chủ của MTTQVN trong giai đoạn hiện nay đòi hỏi công tác tuyên truyền, phổ biến, giáo dục pháp luật phải được tiến hành thường xuyên, liên tục, không làm lướt, làm vội, mà phải kiên trì; nên lấy việc tổ chức những việc làm cụ thể thay thế cho công tác tuyên truyền, phổ biến thông thường. Mặt trận các cấp cần thường xuyên bổ sung, nâng cao thêm nhận thức về chủ trương, chính sách của Đảng, pháp luật của Nhà nước về vấn đề này. Thực tế cho thấy trong các cuộc họp dân, người dân thường quan tâm tới các vấn đề liên quan trực tiếp tới quyền lợi của mình như: công tác đền bù giải phóng mặt bằng, việc hỗ trợ để phát triển kinh tế gia đình, các chính sách thuế của Nhà nước, thu chi các khoản đóng góp của dân... Những cuộc họp như vậy sẽ thu hút đông đảo nhân dân tham gia, còn các cuộc họp khác thì tỷ lệ tham gia rất thấp. Vì vậy, ngoài phương pháp vận động truyền thống, Mặt trận các cấp, nhất là cấp cơ sở, cần lồng ghép các nội dung chương trình có liên quan đến đời sống nhân dân một cách hài hoà, sinh động, có sức hấp dẫn hơn vào trong các cuộc họp; qua đó thu hút được đông đảo nhân dân tham gia. Phải lồng ghép các nội dung của Luật Khiếu nại, tố cáo trong các phong trào, các cuộc vận động, nhất là cuộc vận động “Toàn dân đoàn kết xây dựng đời sống văn hoá ở khu dân cư” để phát huy quyền làm chủ trực tiếp của dân và dân

chủ đại diện thông qua hoạt động của Mặt trận các cấp.

Tăng cường công tác tuyên truyền, phổ biến, giáo dục pháp luật về quyền làm chủ của MTTQVN trong giai đoạn hiện nay cần:

1. Phải quán triệt sâu sắc chỉ thị 09-CT/TW ngày 06/03/2002 của Ban Bí thư Trung ương Đảng về “Một số vấn đề cấp bách cần thực hiện trong việc giải quyết quyền làm chủ hiện nay” để có nhận thức đúng, từ nhận thức đúng mới có sự tập trung chỉ đạo, có giải pháp tổ chức thực hiện việc giải quyết quyền làm chủ sát thực và có hiệu quả cao.

2. Tăng cường sự phối hợp đồng bộ giữa chính quyền - Mặt trận Tổ quốc, các đoàn thể nhân dân, các ngành chức năng, giữa cấp trên và cấp dưới để tạo sự thống nhất về nhận thức, quan điểm, phương pháp giải quyết, chống tư tưởng đùn đẩy, né tránh, gán với cán nhân, vi nề, bao che.

3. Đẩy mạnh công tác tuyên truyền, phổ biến, giáo dục pháp luật trong nhân dân để công dân thực hiện đúng quyền và nghĩa vụ của mình; khắc phục được tình trạng bị lợi dụng, bị kích động; tổ chức thực hiện tốt Quy chế dân chủ ở cơ sở, xây dựng hương ước, quy ước ở địa bàn khu dân cư; thực hiện tốt công khai, dân chủ, công bằng.

4. Chăm lo công tác tiếp công dân, thông báo công khai lịch tiếp dân, ít nhất là hàng tháng đối với cấp tỉnh, huyện. Các đồng chí lãnh đạo chủ chốt phải dành thời gian tiếp dân, nghe dân nói, đối thoại trực tiếp với dân, nhất là những vụ việc dân bức xúc, khiếu kiện kéo dài; phải chọn, cử được đội ngũ cán bộ tiếp dân có kiến thức và am hiểu chính sách pháp luật, có phẩm chất đạo đức, có kinh nghiệm vận động quần chúng. Đồng thời có chính sách, chế độ hỗ trợ, phụ cấp cho cán bộ tiếp dân và cán bộ tham mưu, giải quyết các nội dung liên quan đến quyền làm chủ của công dân.

5. Quan tâm, củng cố xây dựng các Tổ hoà giải ở thôn, làng, ấp, bản, tổ dân phố để tham gia hoà giải kịp thời những vướng mắc, mâu thuẫn trong nhân dân ngay tại địa bàn dân cư; khắc phục được tình trạng từ “bé xé ra to”. ■



# ĐĂNG KÝ BẤT ĐỘNG SẢN TẠI VIỆT NAM- CÁC VẤN ĐỀ LÝ LUẬN VÀ THỰC TIỄN

■ NGUYỄN NGỌC ĐIỆN\*

## 1. Tổng quan

### 1.1. Sự cần thiết của việc đăng ký quyền

#### *Thông tin và bảo đảm thực hiện quyền.*

Đăng ký, theo nghĩa hẹp của từ ngữ, là việc ghi chép một sự việc vào một quyển sổ nhằm chính thức hoá sự việc ấy trong mối quan hệ đối với toàn xã hội. Cũng theo nghĩa ấy mà việc đăng ký một quyền nói chung, đăng ký quyền đối với bất động sản nói riêng được ghi nhận, và chế định đăng ký được xây dựng trong luật của các nước.

Điều kiện cần để một quyền chủ thể được tôn trọng và được bảo đảm thực thi bằng sức mạnh của công lực là nó phải được xã hội biết đến. Các quyền có thể rất đa dạng về chủng loại, tính chất, giá trị, thứ tự ưu tiên...; bởi vậy, việc quyền được nhận dạng đầy đủ thông qua sự mô tả theo một bộ tiêu chí nào đó sẽ có tác dụng làm rõ thông tin về sự hiện hữu của quyền, qua đó, tạo điều kiện thuận lợi cho việc bảo đảm thực hiện quyền trong quan hệ xã hội.

### 1.2. Xác định ý nghĩa của việc tổ chức đăng ký

*Lý thuyết.* Trong điều kiện chủ thể sử dụng dịch vụ đăng ký với mong muốn quyền của

minh được thừa nhận và bảo vệ, thì hệ thống đăng ký tốt nhất phải bảo đảm được các tiêu chí sau đây.

*Thứ nhất*, nó cho phép nhận dạng tài sản một cách chính xác, cũng như làm rõ nội dung của quyền đối với tài sản đó. Sổ đăng ký có những mô tả bằng câu chữ và nếu cần, cả bằng bản vẽ cho phép phân biệt rạch ròi tài sản đăng ký cũng như quyền được đăng ký với bất kỳ tài sản nào, quyền nào khác.

*Thứ hai*, nó cho phép khẳng định sự hiện hữu không thể tranh cãi của quyền, đặc biệt về chủ thể và nội dung của quyền. Nói khác đi, việc đăng ký có tác dụng tạo ra chứng cứ chính thức và tuyệt đối về quyền, hay khác đi nữa, đăng ký có tác dụng tạo lập quyền. Tất nhiên, muốn đạt được điều này, thì việc đăng ký phải được tiến hành trên cơ sở kết quả thẩm định tích cực và đáng tin cậy được nhà chức trách có thẩm quyền thực hiện theo một trình tự chặt chẽ, cho phép tránh được rủi ro đăng ký nhầm một quyền không tồn tại hoặc đăng ký quyền cho một người không phải là chủ thể đích thực của quyền.

*Thực tế.* Mong muốn xây dựng hệ thống

(\*) PGS, TS, Phó hiệu trưởng trường Đại học Kinh tế-Luật, Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh.

đăng ký hiệu quả nhất về phương diện bảo vệ quyền chủ thể và sự bình ổn, trật tự trong cuộc sống dân sự, nhưng không phải nhà chức trách nào cũng có đầy đủ điều kiện để đạt được mục tiêu đó, nhất là các điều kiện khách quan. Quá trình tìm kiếm giải pháp khả thi cho các vấn đề đặt ra đã dẫn đến sự hình thành và phát triển nhiều mô hình đa dạng. Tiêu biểu nhất là hai mô hình: đăng ký xác lập quyền và đăng ký để đối kháng quyền với người thứ ba.

### 1.3. Các hệ thống đăng ký bất động sản tiêu biểu

Đăng ký xác lập quyền. Trong hệ thống đăng ký xác lập quyền, chính việc ghi nhận quyền trên sổ sách đăng ký có tác dụng tạo ra quyền. Do tính chất, ý nghĩa quyết định của việc đăng ký đối với sự hiện hữu của quyền trong tay một chủ thể, các yêu cầu đăng ký quyền, như đã nói, phải được thẩm tra một cách chặt chẽ để tránh rủi ro đăng ký quyền cho người không có quyền.

Tất nhiên, trong trường hợp yêu cầu đăng ký không có đủ các căn cứ để có thể được đáp ứng thuận lợi, thì cơ quan chịu trách nhiệm đăng ký phải từ chối tiến hành đăng ký. Trái lại, một khi được đăng ký, quyền được chính thức thừa nhận thuộc về người có tên trong sổ đăng ký. Người nào cho rằng việc đăng ký là không chính xác và gây thiệt hại cho mình, thì phải chứng minh điều đó trong khuôn khổ một vụ khiếu kiện yêu cầu cải chính sổ địa bạ, một loại khiếu kiện rất phức tạp và khó khăn. Tuy nhiên, nếu không thành công trong việc cải chính sổ đăng ký, người thực sự có quyền mà không có lỗi trong việc để cho quyền được đăng ký cho người khác sẽ có quyền yêu cầu Nhà nước bồi thường thiệt hại.

Theo đúng logic của hệ thống, người chịu trách nhiệm chính trong công tác đăng ký phải là thẩm phán và cơ quan đăng ký là toà án<sup>1</sup>.

Chỉ có người này, cơ quan này mới có quyền khẳng định rằng một giao dịch hoặc một sự kiện nào đó có thực sự là căn cứ xác lập một quyền theo đúng quy định của pháp luật.

**Hệ thống đăng ký để đối kháng quyền với người thứ ba.** Hệ thống đăng ký này được xây dựng trong điều kiện việc xác lập quyền được ghi nhận dựa vào các căn cứ trong luật chung, như hợp đồng, thừa kế, xác lập theo thời hiệu... Việc đăng ký không có tác dụng tạo ra quyền, mà chỉ có tác dụng thông tin cho người thứ ba về sự hiện hữu theo giả thiết của một quyền đã được tạo lập trước đó.

Với ý nghĩa pháp lý được xác định như thế cho việc đăng ký, thì nếu thủ tục đăng ký không được thực hiện, quyền vẫn có thể được xác lập (do hiệu lực của giao dịch hoặc của sự kiện pháp lý) trong mối quan hệ giữa những người tham gia vào việc xác lập quyền đó. Một người bán nhà cho một người khác và hợp đồng mua bán không được đăng ký; quyền sở hữu nhà trong trường hợp này vẫn được chuyển cho người mua theo đúng hợp đồng; nhưng việc chuyển quyền đó chỉ có hiệu lực trong mối quan hệ giữa hai bên mua và bán; đối với người thứ ba, nhà vẫn thuộc về người bán<sup>2</sup>.

Trong điều kiện việc đăng ký chỉ mang ý nghĩa thông tin để đối kháng với người thứ ba, việc chứng minh sự hiện hữu của quyền được thực hiện theo luật chung về chứng cứ. Nếu dựa vào các điểm mốc là những vụ chuyển giao quyền đã được đăng ký, thì tư tưởng chủ đạo là: việc chuyển giao một quyền được đăng ký, bởi vì việc chuyển giao trước đó cũng đã được đăng ký; người được chuyển giao được thừa nhận có quyền nếu chính người chuyển giao cũng được thừa nhận có quyền. Logic của hệ thống đòi hỏi trong trường hợp có tranh chấp về sự tồn tại xác thực của quyền, người ta

(1) Như ở Đức: M. Fromont và A. Rieg, *Introduction au droit allemand*, T. III, Cujas, Paris, 1991, tr. 165 và kế tiếp. Ở Úc, hệ thống đăng ký Torrens, có tác dụng xác lập quyền, là một phần của bộ máy hành chính công, chứ không thuộc Toà án. Thế nhưng, đó là vì tất cả các đăng ký ban đầu đều có nguồn gốc từ việc Nhà nước tiến hành phân phối hành chính đất đai vô chủ (nghĩa là thuộc sở hữu nhà nước) cho tư nhân để khai thác.

(2) Tuy nhiên, luật của Pháp, áp dụng hệ thống đăng ký này, nói rằng nếu người thứ ba biết hoặc buộc phải biết rằng giao dịch đã được xác lập, thì việc chuyển quyền sở hữu cũng có hiệu lực đối với họ, dù hợp đồng mua bán không được đăng ký: P. Malaurie và L. Aynès, *Droit civil. Les biens. La publicité foncière*, Cujas, Paris, 1999, tr. 382.

phải đi ngược dòng đăng ký cho đến lần đăng ký đầu tiên và phải thẩm định giá trị pháp lý của giao dịch hoặc tính xác thực của sự kiện đặt cơ sở cho việc đăng ký lần đầu đó. Nếu kết quả thẩm định cũng chưa thuyết phục, thì lại phải tiếp tục đi ngược thời gian cho đến thời điểm mà tài sản được tạo ra, hoặc khi tài sản được công nhận thuộc về một người do xác lập quyền sở hữu theo thời hiệu<sup>3</sup>.

Không có tác dụng xác lập quyền, nhưng hệ thống đăng ký để đối kháng với người thứ ba có thể giải quyết được sự cạnh tranh giữa hai quyền có cùng tính chất, đối với cùng một tài sản. Chẳng hạn, trong trường hợp có hai người cùng một lúc tự xưng là chủ nợ có bảo đảm bằng quyền đối vật (ví dụ, quyền nhận thế chấp) đối với cùng một tài sản, thì người nào có quyền được đăng ký trước sẽ được ưu tiên thực hiện quyền của mình. Bởi vậy, chính người nào có quyền sẽ tự động nhận thấy lợi ích của việc đăng ký quyền đó một cách nhanh nhất có thể được, nhằm giành ưu thế trong việc cạnh tranh.

**Đăng ký suy đoán quyền.** Dung hoà giữa hai hệ thống đó là hệ thống đăng ký có tác dụng suy đoán tích cực: việc đăng ký không làm cho quyền trở nên không thể tranh cãi, nhưng ít nhất nó cho phép tuyên bố rằng một mặt, quyền được đăng ký được cho là có thật và mặt khác, người được đăng ký với tư cách chủ thể quyền được coi là người thực sự có quyền; tất cả điều đó được thừa nhận cho đến khi có ai đó trình ra được bằng chứng ngược lại. Hệ thống đăng ký suy đoán quyền đầy hết trách nhiệm trong chứng minh cho nguyên đơn. Hệ thống đăng ký bất động sản ở Alsace-Lorraine là ví dụ tiêu biểu cho giải pháp này<sup>4</sup>.

## 2. Đăng ký bất động sản ở Việt Nam

Đăng ký phục vụ quản lý. Theo một quan niệm thống trị trong xã hội hành chính hoá, quyền chủ thể không phát sinh từ cuộc sống dân sự mà được luật pháp, nghĩa là Nhà nước, tạo ra và trao cho chủ thể. Bởi vậy, việc đăng ký quyền trước hết được coi là một hoạt động giao tiếp chính thức giữa người tự xưng là có quyền và Nhà nước nhằm giúp nhà chức trách nhận dạng người có quyền, từ đó có thái độ ứng xử thích hợp trong quá trình can thiệp vào các mối quan hệ giữa người này và các chủ thể khác liên quan đến quyền được đăng ký. Đó trước hết là công việc của nhà chức trách công trong khuôn khổ công tác quản lý đối với xã hội: nhà chức trách thực hiện công việc với mục tiêu nắm bắt thông tin cần thiết liên quan đến tình hình tài sản trong tay dân cư nhằm phục vụ cho việc xây dựng và thực hiện chính sách quản trị quốc gia.

**Không đối kháng cũng không xác lập quyền.** Người làm luật, khi xây dựng các quy tắc tạo thành chế độ pháp lý về đăng ký tài sản nói chung và đăng ký bất động sản nói riêng, không đặt thẳng và trả lời thẳng câu hỏi liệu đối tượng đăng ký, tức là quyền đó và người đăng ký, là một quyền có thật và người đăng ký thực sự là người có quyền. Đơn giản, coi việc đăng ký là một phần của hoạt động quản lý nhà nước, người làm luật thừa nhận cho người đăng ký một số lợi thế trong việc thực hiện quyền được đăng ký trong quá trình giao dịch, đặc biệt là trong các giao dịch mà cơ quan nhà nước có đóng một vai trò chính thức nhất định<sup>5</sup>. Trong chừng mực nào đó, sự thừa nhận này được xem như là phần thưởng đối với người đã có thái độ hợp tác tích cực trong

(3) Trên thực tế, không có trường hợp nào mà việc dựng lại lịch sử của một bất động sản được thực hiện hoàn hảo theo cách này. Đến lúc nào đó, người ta không còn biết đi đâu, làm gì, để chứng minh, do sự việc đã bị xoá sạch dấu vết.

(4) Ph. Simler và Ph. Delebecque, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, Dalloz, Paris, 2009, tr. 731.

(5) Theo Luật Nhà ở, Điều 16 khoản 1, "Giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà ở quy định tại Luật này là cơ sở pháp lý để chủ sở hữu nhà ở thực hiện các quyền và nghĩa vụ của mình đối với nhà ở đó theo quy định của pháp luật". Luật Đất đai có những cam kết mạnh mẽ hơn với quy định "Đăng ký quyền sử dụng đất là việc ghi nhận quyền sử dụng đất hợp pháp đối với một thửa đất xác định vào hồ sơ địa chính nhằm xác lập quyền và nghĩa vụ của người sử dụng đất". Tuy nhiên, cũng chính người làm luật, tại điều 136 khoản 1 Luật Đất đai lại nói "Tranh chấp về quyền sử dụng đất mà đương sự có giấy chứng nhận quyền sử dụng đất hoặc có một trong các loại giấy tờ quy định tại các khoản 1, 2 và 5 Điều 50 của Luật này và tranh chấp về tài sản gắn liền với đất thì do Tòa án nhân dân giải quyết". Chính điều luật sau này có tác dụng phủ nhận giá trị tuyệt đối của giấy chứng nhận quyền sử dụng đất về phương diện chứng cứ.

việc thực thi pháp luật thông qua hành vi đăng ký tài sản.

Nói cách khác, Nhà nước không cam kết, như trong hệ thống Torrens hay hệ thống Đức, về việc bảo đảm rằng một mặt, người đăng ký được thừa nhận là người có quyền một cách không thể tranh cãi; mặt khác, bất kỳ ai có quyền, nhưng vì lý do gì đó không phải là lỗi của mình mà quyền của mình không được đăng ký cho mình, lại được đăng ký cho người khác, thì sẽ được Nhà nước bồi thường thỏa đáng.

Nhà nước cũng không nói thẳng rằng mình không có khả năng tạo ra quyền tuyệt đối và do đó, việc đăng ký chỉ mang ý nghĩa thông tin và đối kháng với người thứ ba. Đó có lẽ bởi vì Nhà nước không muốn xuất hiện trước dân trong một diện mạo yếm thế. Dẫu sao, Nhà nước cũng là chủ sở hữu đất đai và là người quyết định có giao hay không giao, có cho thuê hay không cho thuê đối với đất. Trên nguyên tắc, quyết định giao đất hay cho thuê đất của Nhà nước là căn cứ duy nhất tạo ra quyền sử dụng đất. Bởi vậy, nếu nói rằng việc đăng ký quyền sử dụng đất chỉ có ý nghĩa thông tin, Nhà nước mặc nhiên phủ nhận tư cách chủ sở hữu đất của mình.

Đáng nói nữa là Nhà nước không trao cho người đăng ký bất kỳ lợi thế nào rõ ràng trong trường hợp có tranh chấp về quyền đối với tài sản được đăng ký, tương tự như trong hệ thống đăng ký Alsace-Lorraine. Không có một quy định chính thức nào trong luật viết nói rằng người đăng ký được suy đoán là người có quyền và ai phản đối thì phải chứng minh được điều ngược lại<sup>6</sup>.

**Hệ thống đăng ký manh mún.** Phục vụ việc quản lý nhà nước, trong điều kiện sự phối hợp giữa các cơ quan chức năng tỏ ra yếu kém do nhiều nguyên nhân, việc đăng ký bất động

sản đã từng chẳng khác một chiếc bánh bị chia thành nhiều phần thuộc về nhiều người, mảnh ai nấy hưởng. Đơn giản, dưới sự thôi thúc của việc tìm kiếm, thoả mãn lợi ích, tự nhiên hình thành xu hướng cơ quan nào được giao quản lý lĩnh vực nào, thì tìm cách thiết lập và củng cố quyền hạn của mình đối với việc quản lý các tài sản gắn với lĩnh vực đó.

Trước đây việc đăng ký quyền sử dụng đất được giao cho Bộ Tài nguyên và Môi trường (TNMT); còn việc đăng ký quyền sở hữu nhà ở thuộc thẩm quyền của Bộ Xây dựng. Đối với người có quyền sử dụng đất đồng thời là chủ sở hữu nhà, cơ chế phân công này khiến người ta phải tách một bất động sản trên thực tế là một thể thống nhất thành hai tài sản được theo dõi bằng hai bộ hồ sơ độc lập.

Trước sự đòi hỏi của xã hội, các cơ quan có liên quan đã phải ngồi lại đi đến thống nhất việc tổ chức đăng ký quyền sử dụng đất và quyền sở hữu nhà từ ngày 01/08/2009, theo một điều khoản của Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của các luật liên quan đến đầu tư xây dựng cơ bản<sup>7</sup>, và giao việc đăng ký cho Bộ TNMT. Tuy nhiên, việc “thống nhất một giấy” chỉ mới giải quyết được tình trạng cát cứ giữa các cơ quan trong việc tổ chức đăng ký. Bản thân hệ thống đăng ký được xây dựng dựa theo hệ thống phân cấp hành chính vẫn khiến cho việc đăng ký bị manh mún ở góc nhìn của người dân.

Trong khung cảnh của luật hiện hành, hệ thống quản lý đất đai được tổ chức theo khuôn mẫu quản lý hành chính công. Bộ TNMT được xác định là cơ quan nhà nước có thẩm quyền cao nhất, có các cơ quan thuộc quyền, theo thứ tự tôn ti, là Sở TNMT ở cấp tỉnh và Phòng TNMT ở cấp huyện.

Thẩm quyền đăng ký được xác định tùy theo người đăng ký quyền sử dụng đất là pháp

(6) Theo một số ý kiến, hiện có hẳn một xu hướng của Tòa án thừa nhận rằng người có giấy chứng nhận quyền sử dụng đất và quyền sở hữu nhà được suy đoán là người có quyền và không bị buộc phải chứng minh trước về quyền của mình trong trường hợp có tranh chấp. Tuy nhiên, ngay trong trường hợp xu hướng này có thật, thì đó cũng chỉ là một xu hướng thực tế và không vững chắc trong khung cảnh của luật thực định: nếu Tòa án yêu cầu người có giấy chứng nhận chứng minh quyền của mình, thì người này không thể từ chối bằng cách dẫn một điều luật nào đó.

(7) Xem Điều 4 của Luật, sửa đổi các điều khoản liên quan của Luật Đất đai.

nhân hay cá nhân<sup>8</sup>: pháp nhân đăng ký ở cấp tỉnh, còn cá nhân, trừ người Việt Nam định cư ở nước ngoài mà không mua nhà ở gắn liền với đất ở, đăng ký ở cấp huyện.

Không khó để chỉ ra một khuyết tật rất cơ bản của giải pháp đăng ký trong luật hiện hành: trong điều kiện cơ quan có thẩm quyền cấp chứng nhận được xác định tùy theo thân phận của chủ sở hữu, mỗi khi thân phận ấy thay đổi do hiệu lực của một vụ chuyển dịch, thì có khả năng cơ quan có thẩm quyền cấp chứng nhận cũng phải thay đổi. Chẳng hạn, nếu bất động sản thuộc về một cá nhân được chuyển cho một tổ chức, thì việc cấp chứng nhận quyền sở hữu (bao gồm cả việc đăng ký) phải được chuyển từ cấp huyện lên cấp tỉnh; ngược lại, khi một tổ chức chuyển quyền sở hữu bất động sản cho một cá nhân, thì việc đăng ký và cấp chứng nhận phải được chuyển từ cấp tỉnh xuống cấp huyện.

Và lại, khó có thể giải thích một cách thấu đáo tại sao hệ thống cơ quan nghiệp vụ đăng ký lại được tổ chức theo mô hình cấp trên - cấp dưới và tại sao lại giao cho cấp tỉnh đăng ký cho những chủ thể loại này, cấp huyện đăng ký cho những chủ thể loại khác. Trong logic tổ chức bộ máy hành chính được chấp nhận ở Việt Nam từ bao nhiêu năm nay, thì đối với công việc có cùng tính chất, cấp trên được giao các công việc có quy mô và tầm quan trọng, tính chất phức tạp lớn hơn so với cấp dưới. Nếu theo logic đó, thì việc đăng ký quyền cho pháp nhân, người nước ngoài vượt quá khả năng đảm đương của cấp huyện. Nhưng tại sao lại như thế thì chẳng ai nói được.

Suy cho cùng, sự phân cấp, dựa trên sự phân biệt giữa pháp nhân và cá nhân, trong việc thực hiện cùng một quyền dân sự, không phù hợp với nguyên tắc bình đẳng giữa các chủ thể được thiết lập trong luật cơ bản. Sự phân cấp dựa trên sự phân biệt giữa người Việt Nam và người nước ngoài trong việc thực hiện cùng một

quyền, về phần mình, sẽ không phù hợp với các yêu cầu hoàn thiện pháp luật trong khung cảnh hội nhập và mở cửa.

### **3. Hướng hoàn thiện hệ thống đăng ký**

#### **3.1. Tổ chức lại hệ thống đăng ký**

Lựa chọn đăng ký hành chính. Đăng ký mà thuộc chức năng của nhà chức trách tư pháp chỉ có thể là đăng ký xác lập quyền. Trong điều kiện toà án là chỗ dựa cuối cùng của xã hội trong trường hợp có tranh chấp, xung đột, thì việc toà án đăng ký quyền cũng hàm nghĩa rằng toà án đã chính thức thừa nhận tư cách chủ thể quyền cho người đăng ký và bác bỏ tất cả những yêu cầu ngược lại.

Có vẻ như người làm luật Việt Nam đang bị giằng xé giữa những mong muốn mâu thuẫn nhau: một mặt, việc đăng ký bất động sản nên có tác dụng xác lập quyền và thiết lập chứng cứ không thể tranh cãi về quyền; nhưng mặt khác, việc đăng ký nên thuộc chức năng của cơ quan hành chính. Về mặt lý thuyết, vẫn có thể hình dung việc đăng ký xác lập quyền được giao cho cơ quan hành chính, theo kinh nghiệm của Úc, như trong trường hợp nhà nước phân phối đất đai chưa được khai phá cho từng người dân, từ đó, có điều kiện kiểm soát sự ra đời và lưu thông của quyền sở hữu. Nhưng khả năng này không thể xảy ra ở Việt Nam: phần lớn đất đai ở các thị tứ đã được chiếm giữ, khai thác từ nhiều trăm năm qua và có lịch sử pháp lý phức tạp. Nếu dùng hệ thống đăng ký để sàng lọc và thừa nhận quyền không thể tranh cãi cho người này, người kia, Nhà nước có nguy cơ đương đầu với cả một trào lưu phản ứng xã hội bất lợi.

Đầu sao, việc thừa nhận chức năng đăng ký cho cơ quan hành chính phù hợp với chế độ sở hữu toàn dân về đất đai: Nhà nước, thông qua bộ máy quản lý đất đai, tiến hành giao đất hoặc cho thuê đất; bởi vậy, bộ máy quản lý đất đai có khả năng theo dõi việc xác lập và lưu thông của quyền sử dụng đất.

(8) Thực ra, người làm luật đất đai, khi đề cập đến các chủ thể của quyền sử dụng đất, đã dùng từ "tổ chức", thay vì pháp nhân, để chỉ những người sử dụng đất không phải là cá nhân hay hộ gia đình. Suy cho cùng, không thể hình dung khả năng một tổ chức nào đó có một quyền sử dụng đất định giá được bằng tiền mà lại không có tư cách chủ thể theo pháp luật dân sự để có thể xác lập giao dịch liên quan đến quyền đó.



Tính độc lập của hệ thống đăng ký so với hệ thống quản lý hành chính theo lãnh thổ. Phải coi đăng ký là hoạt động chuyên nghiệp của viên chức nhà nước, một loại dịch vụ của nhà chức trách công nhằm phục vụ cho việc thực hiện một nhóm quyền dân sự cùng loại. Mà nếu vậy, thì không lý do gì lại thiết lập sự phân biệt cơ quan đăng ký theo cấp hành chính như hiện nay: trong điều kiện hệ thống pháp luật được xây dựng dựa trên nguyên tắc bình đẳng giữa các chủ thể, không có cách nào lý giải việc một chủ thể phải thực hiện quyền dân sự ở một cấp hành chính nào đó, trong khi một chủ thể khác phải thực hiện đúng quyền đó ở một cấp hành chính cao hơn.

Giả sử mô hình văn phòng đăng ký bất động sản độc lập với hệ thống hành chính công được chấp nhận. Các văn phòng đăng ký nên được xây dựng theo quận hạt; trong phạm vi quận hạt, văn phòng đăng ký đảm nhận chức năng đăng ký cho tất cả các bất động sản, tất cả các chủ thể. Tất nhiên, nhà chức trách hành chính có thể thiết lập một hệ thống cơ quan quản lý nhà nước đối với mạng lưới văn phòng đăng ký. Song, hệ thống này chỉ nên được giao các chức năng điều hoà, phối hợp, giám sát... chứ không trực tiếp thực hiện việc đăng ký.

### 3.2. Xác định ý nghĩa của việc đăng ký

Chọn đăng ký có tác dụng suy đoán quyền và đăng lý đối kháng quyền. Không thể xây dựng chế độ đăng ký xác lập quyền, nhưng người làm luật cũng không nên chỉ bằng lòng với hệ thống đăng ký đối kháng, bởi điều đó hoàn toàn không hợp với tư thế của người duy nhất có quyền sở hữu đất và do đó, có quyền tạo ra quyền sử dụng đất trao cho các chủ thể khác, thông qua việc giao hoặc cho thuê đất.

Trong khung cảnh của luật thực định, ít nhất cũng có thể quy định chính thức rằng giấy chứng nhận quyền sử dụng đất thiết lập sự suy đoán pháp lý về quyền cho người có tên trên

giấy đó và người nào bác bỏ điều này thì phải chứng minh trong khuôn khổ một án kiện trước toà án. Một quy định như thế có tác dụng hạn chế những vụ kiện tiến hành tùy thích, chỉ nhằm mục đích phá rối cuộc sống đang bình yên của người khác.

Nhưng tất nhiên, để xứng đáng được hưởng sự suy đoán đó, giấy chứng nhận quyền sử dụng đất phải được cấp dựa vào kết quả thẩm định đáng tin cậy đối với hồ sơ đăng ký quyền sử dụng đất tại cơ quan quản lý đất đai. Nói rõ hơn, cần hoàn thiện bộ máy đăng ký bất động sản về phương diện cơ sở vật chất và đặc biệt là con người: các văn phòng đăng ký phải được trang bị các phương tiện hiện đại cho phép lập; các nhân viên tác nghiệp phải được đào tạo bài bản, tác phong chuyên nghiệp, mẫn cán và trong sạch. Bên cạnh đó, cần hoàn thiện hệ thống công chứng với đội ngũ công chứng viên tinh thông về chuyên môn, nghiệp vụ, đủ sức đảm nhận chức năng sàng lọc trước khi giới thiệu cho cơ quan đăng ký các hồ sơ đăng ký được, nhằm giảm thiểu rủi ro tranh chấp về quyền sau khi việc đăng ký đã hoàn tất.

Trong trường hợp việc đăng ký được thực hiện chung đối với quyền sử dụng đất và quyền sở hữu nhà, nên thừa nhận hiệu lực suy đoán quyền cả đối với đất và nhà, bởi thông thường, khi đó, người đăng ký quyền sử dụng đất cũng đồng thời là người đăng ký quyền sở hữu nhà<sup>9</sup>.

Riêng trong trường hợp việc đăng ký chỉ được thực hiện đối với nhà và trong điều kiện người đăng ký không có quyền sử dụng đất, thừa nhận tác dụng đối kháng của việc đăng ký quyền đối với người thứ ba là giải pháp tốt nhất. Lý do chủ yếu là khác với quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà không do Nhà nước tạo ra mà phát sinh từ chính cuộc sống dân sự. Việc chứng minh quyền này, trong khung cảnh hệ thống đăng ký hành chính, chỉ có thể được thực hiện theo luật chung về chứng cứ. ■

(9) Trong luật La Mã có quy tắc *superficies solo cedit* tạm được hiểu là quy tắc cho phép quyền sở hữu đất thu hút quyền sở hữu đối với các tài sản gắn liền với đất. Với quy tắc này, người có quyền sở hữu đất được suy đoán là chủ sở hữu của các tài sản có trên đất đó. Thông thường, các nước thừa nhận quy tắc này chỉ thiết lập sự suy đoán giản đơn về quyền sở hữu, nghĩa là chủ sở hữu đất được cho là có quyền sở hữu đối với các tài sản gắn với đất, đến khi có ai chứng minh được điều ngược lại. Ví dụ điển hình là luật của Pháp: F. Terré và Ph. Simler, *sđd*, số 243 và kế tiếp. Một số nước, như Nhật, Italia, không thừa nhận quy tắc này: Travaux de l'Association Henri Capitant, *Journées vietnamiennes. La propriété, LGDJ, Paris, 2006*, tr. 161 và 162.

# ĐÁNH GIÁ SỨC MẠNH THỊ TRƯỜNG TRONG LUẬT CẠNH TRANH NĂM 2004

■ LƯU HƯƠNG LY\*

Sức mạnh thị trường, trong luật cạnh tranh các nước, thường được hiểu là khả năng duy trì giá cả trên mức giá cạnh tranh hoặc giảm chất lượng hoặc sản lượng xuống dưới mức cạnh tranh mà vẫn thu được lợi nhuận<sup>1</sup>. Nói cách khác, sức mạnh thị trường phát sinh khi một hay một số doanh nghiệp không phải chịu sức ép cạnh tranh đáng kể nào. Thuật ngữ “sức mạnh thị trường” tuy không được quy định trong pháp luật cạnh tranh của Việt Nam, nhưng dấu ấn của nó có thể được tìm thấy trong các quy định quan trọng nhất, đặc biệt là các quy định cấm của Luật Cạnh tranh 2004. Bài viết này sẽ xem xét những quy định hiện hành của Luật Cạnh tranh 2004 về sức mạnh thị trường (có so sánh với kinh nghiệm quốc tế), đồng thời phân tích việc áp dụng luật trong thực tiễn và đưa ra một số nhận xét, kiến nghị nhằm hoàn thiện pháp luật cạnh tranh về vấn đề này.

## 1. Đánh giá sức mạnh thị trường trong Luật Cạnh tranh 2004

Pháp luật cạnh tranh của Việt Nam chủ yếu dựa vào thị phần của các doanh nghiệp liên quan để đánh giá sức mạnh thị trường và thống nhất lấy mức thị phần 30% làm thước đo để suy đoán sức mạnh thị trường của (các) doanh nghiệp đó. Các thỏa thuận, giao dịch hay hành vi phản cạnh tranh được cho là chỉ có thể gây tác hại đáng kể đến cạnh tranh trên thị trường nếu các doanh nghiệp tham gia thỏa thuận, giao dịch hay hành vi đó có sức mạnh đủ lớn trên thị trường (tức là có thị phần trên 30%), do vậy, trong tám loại thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm, chỉ trừ ba loại thỏa thuận<sup>2</sup> bị

cấm trong mọi trường hợp, bất kể sức mạnh thị trường của các doanh nghiệp tham gia thỏa thuận, năm loại thỏa thuận còn lại chỉ bị cấm khi thị phần kết hợp của các bên tham gia thỏa thuận có thị phần kết hợp trên thị trường liên quan từ 30% trở lên<sup>3</sup>. Doanh nghiệp được coi là có vị trí thống lĩnh thị trường nếu có thị phần từ 30% trở lên trên thị trường liên quan hoặc có khả năng gây hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể<sup>4</sup>. Nhóm doanh nghiệp được coi là có vị trí thống lĩnh thị trường nếu cùng hành động nhằm gây hạn chế cạnh tranh và có tổng thị phần từ 50% trở lên (đối với hai doanh nghiệp), hoặc 65% (đối với ba doanh nghiệp), hoặc 75% (đối với bốn doanh nghiệp)

(\*) NCS tại Khoa Luật, Đại học quốc gia Singapore.

(1) Ví dụ, xem Hướng dẫn về sáp nhập theo chiều ngang của Bộ Tư pháp và Ủy ban Thương mại công bằng Hoa Kỳ 1992 và Hướng dẫn của Cục Thương mại công bằng Anh về Đánh giá sức mạnh thị trường 2004 (OFT 415).

(2) Bao gồm thỏa thuận ngăn cản, kim hãm, không cho doanh nghiệp khác tham gia thị trường; thỏa thuận loại bỏ khỏi thị trường những doanh nghiệp không phải là các bên của thỏa thuận; và thỏa thuận thông đồng trong đấu thầu.

(3) Xem Điều 8 và Điều 9 Luật Cạnh tranh.

(4) Khoản 1 Điều 11 Luật Cạnh tranh.

trên thị trường liên quan<sup>5</sup>. Pháp luật Việt Nam cũng quy định về việc thông báo bắt buộc đối với các vụ tập trung kinh tế khi thị phần kết hợp của các doanh nghiệp tham gia tập trung kinh tế từ 30% đến 50% trên thị trường liên quan. Các vụ tập trung kinh tế có thị phần kết hợp trên 50% trên thị trường liên quan sẽ bị cấm trừ phi vụ việc đó được hưởng miễn trừ theo Điều 19 của Luật Cạnh tranh hoặc doanh nghiệp sau khi thực hiện tập trung kinh tế vẫn thuộc loại doanh nghiệp nhỏ và vừa. Việc lấy mức thị phần 30% làm ‘ngưỡng’ để áp dụng các quy định cấm trong Luật Cạnh tranh của Việt Nam được giải thích như sau: “mức 30% là mức đã được nhiều nước trên thế giới áp dụng và Pháp lệnh Bru chính viển thông hiện nay cũng đang sử dụng để xác định một doanh nghiệp có vị trí chi phối thị trường... một doanh nghiệp có thị phần trên thị trường liên quan đạt từ 30% trở lên sẽ bị coi là có vị trí thống lĩnh thị trường và cần phải được kiểm soát”<sup>6</sup>. Nghị định số 116/2005/NĐ-CP ngày 15/9/2005 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Cạnh tranh cũng không đưa thêm quy định nào để hướng dẫn cụ thể hơn việc xác định sức mạnh thị trường ngoài việc quy định cách thức xác định doanh thu, doanh số để xác định thị phần của doanh nghiệp<sup>7</sup>.

Như vậy, khác với Luật Cạnh tranh của các nước, trong Luật Cạnh tranh của Việt Nam thì thị phần đóng vai trò trung tâm trong việc đánh

giá sức mạnh thị trường. Trong pháp luật cạnh tranh của các nước như Hoa Kỳ hay Liên minh châu Âu<sup>8</sup>, để xác định sức mạnh thị trường của một (một số) doanh nghiệp, cơ quan cạnh tranh thường phải tiến hành những nghiên cứu toàn diện và phức tạp dựa trên việc phân tích rất nhiều yếu tố như cấu trúc thị trường<sup>9</sup>, thị phần, tỷ lệ tập trung, chỉ số HHI<sup>10</sup>, rào cản gia nhập thị trường (entry barriers)<sup>11</sup>, rào cản mở rộng thị trường<sup>12</sup>, sức mạnh của người mua<sup>13</sup>, khả năng loại bỏ cạnh tranh<sup>14</sup>...

Trong thực tiễn áp dụng Luật Cạnh tranh, các cơ quan cạnh tranh Việt Nam chủ yếu căn cứ vào yếu tố thị phần và cấu trúc thị trường để suy đoán sức mạnh thị trường của doanh nghiệp. Yếu tố rào cản thị trường cũng được tập trung phân tích mặc dù việc phân tích này là nhằm xác định thị trường địa lý liên quan chứ không phải để đánh giá sức mạnh thị trường. Chẳng hạn, trong vụ Vinapco, dựa trên việc phân tích cấu trúc thị trường (khi đó Vinapco là doanh nghiệp duy nhất cung ứng nhiên liệu bay cho máy bay dân dụng tại Việt Nam) và rào cản gia nhập thị trường (Cục hàng không Việt Nam xác nhận ngoài Vinapco chưa có doanh nghiệp nào khác được cấp Giấy phép cung cấp dịch vụ hàng không trong lĩnh vực xăng dầu hàng không), Hội đồng Xử lý vụ việc cạnh tranh đã kết luận Vinapco là doanh nghiệp độc quyền trên thị trường dịch vụ cung cấp xăng dầu hàng không dân dụng tại các sân bay dân dụng và sân bay dùng chung dân

(5) Khoản 2 Điều 11 Luật Cạnh tranh.

(6) Tờ trình của Chính phủ về Dự án Luật Cạnh tranh, tháng 4/2004, tr.8 - 9.

(7) Mặc dù Điều 22 của Nghị định số 116 có quy định một số cơ sở khác để xác định khả năng gây hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể của doanh nghiệp liên quan, quy định này không áp dụng trong trường hợp doanh nghiệp đó có thị phần trên 30%.

(8) Ví dụ, xem Hướng dẫn về sáp nhập theo chiều ngang của Bộ Tư pháp và Ủy ban Thương mại công bằng Hoa Kỳ 1992; Quy định của Hội đồng châu Âu về kiểm soát tập trung giữa các doanh nghiệp (EC) 139/2004.

(9) Tức là tổng số các doanh nghiệp đang cạnh tranh trên thị trường liên quan.

(10) Viết tắt của Herfindhal-Hirschman Index, chỉ số này được tính bằng tổng của bình phương thị phần của tất cả các doanh nghiệp trên thị trường liên quan và cho biết mức độ tập trung trên thị trường đó.

(11) Rào cản gia nhập thị trường là tất cả các yếu tố cản trở một doanh nghiệp mới gia nhập thị trường khi giá cả của một sản phẩm trên thị trường đó tăng lên một cách đáng kể, ví dụ như các yêu cầu về giấy phép, khả năng tiếp cận các kênh phân phối...

(12) Rào cản mở rộng thị trường là tất cả các yếu tố cản trở một doanh nghiệp hiện hành trên một thị trường có thể tăng sản lượng một cách nhanh chóng và hiệu quả.

(13) Khi bên mua có đủ sức mạnh thị trường làm đối trọng với sức mạnh của bên bán thì bên bán không còn khả năng tăng giá hàng hóa hay dịch vụ của mình trên mức giá cạnh tranh mà vẫn thu được lợi nhuận nữa, bởi lẽ bên mua có thể chuyển sang nhà cung cấp có mức giá thấp hơn.

(14) Khả năng loại bỏ cạnh tranh cũng được coi là một biểu hiện của sức mạnh thị trường (ngoài khả năng tăng giá).

dụng và quân sự của Việt Nam. Trong vụ xử phạt 19 doanh nghiệp bảo hiểm, căn cứ vào số lượng các doanh nghiệp tham gia ký kết thỏa thuận hạn chế cạnh tranh (19 trên tổng số 25 doanh nghiệp của toàn thị trường) và thị phần kết hợp của các doanh nghiệp ấy (được xác định là 99,79%), Cục Quản lý cạnh tranh cho rằng “bằng việc ký kết Bản thỏa thuận, 19 doanh nghiệp bảo hiểm bị điều tra đã triệt tiêu cạnh tranh về mức phí bảo hiểm trên phạm vi lớn, gần như toàn bộ thị trường... vì vậy, khả năng gây hạn chế cạnh tranh của hành vi thỏa thuận do các doanh nghiệp bảo hiểm bị điều tra thực hiện là đáng kể”<sup>15</sup>. Đồng ý với nhận định này, Hội đồng Xử lý vụ việc cạnh tranh đã căn cứ vào thị phần kết hợp của 19 doanh nghiệp bị điều tra (trên 30%) để kết luận các doanh nghiệp này vi phạm khoản 2 Điều 9 Luật Cạnh tranh về các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm và ra quyết định xử phạt. Đặc biệt, trong vụ việc này, các yếu tố như sản phẩm nhập khẩu, sức mạnh của người mua đã bắt đầu được các cơ quan cạnh tranh đề cập tới, tuy chúng không đóng vai trò quyết định trong việc kết luận hành vi vi phạm của các doanh nghiệp tham gia thỏa thuận.

## 2. Một số nhận xét và kiến nghị

Chưa nói đến việc mức thị phần 30% là quá thấp<sup>16</sup>, việc pháp luật Việt Nam quy định một cách quá giản đơn về việc phân tích sức mạnh thị trường và lấy thị phần hay tỷ lệ tập trung (cũng dựa trên thị phần) làm công cụ duy nhất để suy đoán sức mạnh thị trường của một (một số) doanh nghiệp có thể dẫn đến kết luận rất phiến diện về sức mạnh thị trường của (các) doanh nghiệp đó, dẫn đến việc xử phạt một hay một số doanh nghiệp hay cấm một số vụ việc tập trung kinh tế khi mà những thỏa thuận, giao dịch hay hành vi đó không có khả năng gây tác hại đến môi trường cạnh tranh.

Một doanh nghiệp dù có mức thị phần trên 30% cũng chưa chắc đã có đủ sức mạnh thị trường để có thể được coi là có vị trí thống lĩnh thị trường, chẳng hạn, nếu rào cản gia nhập thị trường liên quan rất thấp và việc tham gia thị trường đối với các doanh nghiệp mới là tương đối dễ dàng thì một doanh nghiệp dù có thị phần trên 30% cũng không có khả năng gây hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể trên thị trường ấy. Tương tự như vậy, quy định cấm tập trung kinh tế chỉ dựa trên thị phần kết hợp của các doanh nghiệp liên quan trong Luật Cạnh tranh 2004 với lý do “doanh nghiệp đó chắc chắn có khả năng khống chế thị trường”<sup>17</sup> là không thuyết phục. Tác động tiềm tàng của một vụ tập trung kinh tế đối với cạnh tranh trên thị trường cần phải dựa trên những phân tích kinh tế toàn diện (trong đó có việc cân nhắc và so sánh giữa hiệu quả kinh tế mà vụ tập trung kinh tế mang lại và tác hại của vụ tập trung kinh tế đối với cạnh tranh) chứ không phải chỉ dựa trên việc tính toán thị phần kết hợp.

Vấn đề cơ quan cạnh tranh của Việt Nam vẫn còn rất non trẻ và thiếu kinh nghiệm trong việc áp dụng luật cạnh tranh, việc quy định lấy thị phần làm thước đo sức mạnh thị trường sẽ tạo điều kiện thuận lợi hơn cho cơ quan này áp dụng luật, tuy thế, việc quá đề cao vai trò của thị phần có thể dẫn đến những kết luận không chính xác. Một quyết định sai lầm trong áp dụng luật cạnh tranh cũng gây tác hại cho nền kinh tế không kém gì một thỏa thuận hay hành vi phản cạnh tranh bị cấm. Do vậy, chúng ta cần sớm bổ sung thêm vào pháp luật cạnh tranh các quy định về các yếu tố khác cần xem xét khi đánh giá sức mạnh thị trường (như chỉ số HHI, rào cản gia nhập thị trường, rào cản mở rộng sản xuất, sức mạnh của người mua, khả năng loại bỏ cạnh tranh...) để việc phân tích sức mạnh thị trường trở nên toàn diện và chính xác hơn. ■

(15) Xem Quyết định số 14/QĐ-HĐXL của Hội đồng Xử lý vụ việc cạnh tranh ngày 29/7/2010 về việc xử lý vụ việc cạnh tranh KNCT-HCCT-0009.

(16) Trong lịch sử thực thi luật cạnh tranh tại Hoa Kỳ và Châu Âu cho tới nay, chưa bao giờ một công ty có thị phần thấp như vậy lại được coi là có vị trí thống lĩnh thị trường.

(17) Tờ trình của Chính phủ về Dự án Luật Cạnh tranh, tháng 4/2004, tr.9.

# BẢN CHẤT PHÁP LÝ CỦA HỘI ĐỒNG HIẾN PHÁP CỘNG HÒA PHÁP

■ **VÕ TRÍ HẢO\***

## 1. Bối cảnh hình thành Hội đồng Hiến pháp Cộng hòa Pháp

Vào đầu năm 1958, Pháp kiều sống tại thuộc địa Algeria của Pháp bất mãn với chính sách chiến tranh Algeria của mẫu quốc và lo lắng cho số phận của họ, nên đã nổi loạn chống lại chính phủ mẫu quốc. Chính phủ của Pfilmin - mặc dầu được sự ủng hộ của Nghị viện, nhưng không có khả năng chấm dứt cuộc nổi loạn nên đã tuyên bố từ chức. Thời kỳ này, nước Pháp cũng chứng kiến cảnh hỗn loạn của hệ thống chính trị có quá nhiều đảng, nên trong một thời gian chưa đầy mười năm sau chiến tranh thế giới thứ II, nước Pháp đã phải thay đến gần mười chính phủ. Dân chúng chán ngán với các cuộc cãi cọ triền miên giữa các đảng phái, mặt khác cục diện thất bại trong chiến tranh Algeria đang đến gần, thúc đẩy Tổng thống của nền Cộng hòa đệ tứ kêu gọi General de Gaulle (tướng Đờ-Gôn)<sup>1</sup> đứng ra thành lập một chính phủ hoàn toàn mới.

General de Gaulle tiếp nhận lời đề nghị và bắt tay vào việc soạn thảo một bản hiến pháp mới. Ngày 28/9/1958 bản hiến pháp do General de Gaulle soạn thảo được nhân dân nồng nhiệt tiếp nhận thông qua cuộc trưng cầu dân ý với 80% số phiếu ủng hộ. Bản hiến pháp này thiết lập nên một nền cộng hòa mới, gắn liền với tên tuổi của General de Gaulle - nền cộng hòa đệ ngũ.

Lo lắng trước sự lộng quyền của Nghị viện và sự hỗn độn của hệ thống chính trị quá nhiều đảng của nền cộng hòa đệ tứ đã để lại dấu ấn trong Hiến pháp 1958 của nước Pháp. General de Gaulle đã có hai phát kiến khắc phục hiện tượng này, đồng thời tăng quyền cho mình với tư cách là vị tổng thống đầu tiên của nền cộng hòa đệ ngũ: (i) tăng quyền cho Tổng thống, có nhiệm kỳ độc lập với Nghị viện và không bị Nghị viện bỏ phiếu bất tín nhiệm. Điều này giúp Tổng thống đứng ngoài cuộc chiến giữa các đảng phái trong Nghị viện, tạo nên

(\*) TS, Khoa Luật Kinh tế, trường Đại học Kinh tế thành phố Hồ Chí Minh.

(1) General de Gaulle là anh hùng trong thế chiến II, và là một vị tướng rất có uy tín trong chiến tranh Algeria. Ông ta từ đầu đã rất khôn ngoan đứng tách mình ra khỏi đám cãi cọ hỗn độn giữa các đảng phái và tạm rút lui khỏi chính trường, sau đó đột ngột quay lại chính trường.



một nhân tố ổn định cho hệ thống chính trị; (ii) thành lập Hội đồng Hiến pháp (Conseil de Constitution) để loại bỏ hay cản trở những đạo luật, những chính sách không làm hài lòng Tổng thống dưới danh nghĩa xem xét tính hợp hiến của đạo luật hay chính sách đó. Để đạt được mục đích này, cần phải thành lập Hội đồng Hiến pháp, sao cho về mặt cơ cấu tổ chức, thì phải “cài” được càng nhiều người của Tổng thống vào trong Hội đồng Hiến pháp càng tốt; về mặt thủ tục hoạt động thì phải dành ưu tiên quyền khiếu kiện lên Hội đồng Hiến pháp cho Tổng thống và hạn chế quyền này đối với nhóm chính trị đối lập với Tổng thống (cụ thể là phe thiểu số trong nghị viện).

Mong muốn hàng đầu của nhân dân Pháp cũng là mục tiêu hàng đầu của General de Gaulle lúc đó thể hiện qua Hiến pháp 1958 là khắc phục khủng hoảng chính trị do hiện tượng thay đổi xoành xoạch thành phần đảng phái trong Nghị viện, cũng như trạng thái quá tập quyền của Nghị viện gây ra, bằng cách hạn chế bớt quyền của Nghị viện.

Tuy nhiên, nhân dân Pháp mới chỉ chán ngán cảnh “sáng nắng chiều mưa” của Nghị viện Pháp lúc bấy giờ, nhưng may mắn không phải trải qua một Nghị viện chà đạp lên nhân phẩm con người như Nghị viện của Hitler ở Đức Quốc xã. Nhân dân Pháp có thể cũng đã đoán rằng, sẽ có ngày Nghị viện của Cộng hòa đệ ngũ sẽ ban hành một đạo luật trái hiến pháp và lo lắng trước hiện tượng đó. Nhưng nỗi lo này của người Pháp chưa lớn như người Đức láng giềng, hay nói cách khác, nhu cầu kiểm tỏa Nghị viện chưa lớn đến mức cần một thiết chế thực hiện quyền tài phán hiến pháp mạnh mẽ như Tòa hiến pháp của Cộng hòa Liên bang Đức.

Mặt khác, việc đặt đạo luật của Nghị viện dưới sự phán xét của Tòa án như người Mỹ vẫn làm từ năm 1803 là hoàn toàn xa lạ với quan niệm của người Pháp và người Âu châu lục địa nói chung lúc bấy giờ. Vì nguyên

tắc tam quyền phân lập, kim chế đối trọng (separation of power, check and balance) của người Mỹ trái với quan niệm “Nghị viện toàn năng” (Souveränität de Parlament) đang thống trị nước Pháp lúc đó.

Với những nhân tố lịch sử này, General de Gaulle đã tạo ra một Hội đồng Hiến pháp khác cơ bản với Tòa Hiến pháp Cộng hòa Liên bang Đức và nền tài phán hiến pháp (Judicial Review) của người Mỹ.

## 2. Hội đồng Hiến pháp Cộng hòa Pháp: Cơ quan tài phán hiến pháp hay cơ quan chính trị?

Nếu như Tòa án Hiến pháp Đức và các Tòa án của Liên bang Hoa Kỳ<sup>2</sup> được tất cả các luật gia trên thế giới công nhận là cơ quan tài phán hiến pháp, nhưng với Hội đồng Hiến pháp của Cộng hòa Pháp thì khác. Rene Marcic - trong tác phẩm *Verfassung und Verfassungsgericht* (Hiến pháp và Tòa án Hiến pháp)<sup>3</sup> - cho rằng, Hội đồng Hiến pháp của Cộng hòa Pháp không phải là cơ quan tài phán hiến pháp dưới bất kỳ góc độ nào. Nhưng đa số các giáo sư luật học Pháp lại cho rằng, Hội đồng Hiến pháp có một số tính chất của một cơ quan tài phán hiến pháp như: nó xem xét dự luật chỉ dưới góc độ tính hợp hiến và kết luận của nó có giá trị pháp lý bắt buộc; nhưng xét về tổng thể thì không phải là một cơ quan tài phán hiến pháp, mà là một cơ quan chính trị, bởi các lý do sau:

### a. Thành phần của Hội đồng Hiến pháp không phải là thẩm phán

Những người được gọi là thẩm phán trên khắp thế giới đều phải trải qua quá trình đào tạo và có trình độ luật học tương ứng nếu người đó làm việc tại Tòa án của nhà nước hoặc được hai bên tranh chấp phối hợp lựa chọn nếu người đó làm việc tại một Tòa trọng tài. Điểm độc nhất vô nhị của thành viên Hội đồng Hiến pháp là không có đặc điểm này.

Thành phần của Hội đồng Hiến pháp được quy định tại Điều 57 Hiến pháp 1958, Nghị

(2) Chỉ có các Tòa án của Liên bang Hoa Kỳ (tất cả các cấp) là có quyền phán quyết về tính hợp hiến của một đạo luật theo Hiến pháp liên bang Hoa Kỳ 1787. Còn các Tòa án tiểu bang thì việc có quyền này hay không là phụ thuộc vào Hiến pháp của từng tiểu bang.

(3) Rene Marcic, *Verfassung und Verfassungsgericht*, Verlag Wien/Springer, 1963, Seite 88.

định số 58-1067 ban hành ngày 7/9/1958 và sau đó được bổ sung thêm bởi Sắc lệnh ban hành ngày 13/9/1959. Theo đó, thành viên Hội đồng Hiến pháp sẽ bao gồm hai nhóm, từ hai nguồn khác nhau: nguồn thứ nhất (membres nomme's), do bổ nhiệm bởi Tổng thống, Chủ tịch Thượng viện (Senat), Chủ tịch hạ viện (Assemblée Nationale)<sup>4</sup> và nguồn thứ hai (membres de droit), việc trở thành thành viên Hội đồng Hiến pháp là quá trình tự động do trước đó, người được bổ nhiệm đã giữ một chức vụ khác.

Để được bổ nhiệm vào Hội đồng Hiến pháp, không đòi hỏi điều kiện tuổi tác, kinh nghiệm, đào tạo chuyên môn, cũng như tuyệt nhiên không đòi hỏi phải trải qua đào tạo luật học; điều kiện duy nhất là có thể làm hài lòng người bổ nhiệm mình bằng một cách nào đó, đặc biệt là về phương diện bảo đảm lợi ích chính trị của người bổ nhiệm<sup>5</sup>.

Điểm đặc biệt tiếp nằm ở Điều 56 khoản 2 Hiến pháp 1958, điều khoản quy định về thành viên thuộc nhóm thứ hai. Theo đó, Tổng thống Pháp khi hết nhiệm kỳ, thì đương nhiên trở thành thành viên suốt đời của Hội đồng Hiến pháp, trừ khi ông ta làm đơn từ chối. Điều này dẫn đến điều kỳ lạ tiếp theo: tổng số lượng thành viên của Hội đồng Hiến pháp luôn không cố định, do số thành viên được bổ nhiệm thì cố định, nhưng số thành viên do kế thừa thì tùy thuộc vào ý thích của các nguyên Tổng thống có muốn tham gia Hội đồng Hiến pháp hay không. Và khi một vị nguyên Tổng thống đồng ý tham gia thì số lượng thành viên

của Hội đồng Hiến pháp lại tùy thuộc vào việc ông ta sống dai hay chết yểu. Đặc điểm kế thừa chức vụ mang đậm tính chất phong kiến này hình thành do bối cảnh văn hóa và chính trị của nước Pháp tại thời điểm ra đời Hiến pháp năm 1958.

Có người phân tích từ góc độ tinh thần hào hiệp của General de Gaulle, thì Điều 56 Khoản 2 của Hiến pháp 1958 là sự bày tỏ lòng biết ơn của General de Gaulle đối với hai người Tổng thống tiền bối của nền cộng hòa đệ tứ - René Coty và Vincent Auriol, là hai người đã tìm cách chuyển giao quyền lực một cách hòa bình cho General de Gaulle, và làm cho việc xây dựng nền cộng hòa đệ ngũ được nhẹ nhàng hơn<sup>6</sup>.

Cũng có người phân tích từ lợi ích của Tổng thống khi về hưu, vì điều khoản này bảo đảm một vị trí về hưu danh giá sau khi tổng thống mãn nhiệm. Ở vị trí này, cựu tổng thống vẫn dễ dàng tham dự vào chính trường, bởi ông ta có quyền bỏ phiếu hoàn toàn bình đẳng với các thành viên do bổ nhiệm và có thể giữ chức Chủ tịch Hội đồng Hiến pháp<sup>7</sup>.

Nhưng nếu phân tích kỹ bối cảnh chính trị đương thời và sự khôn ngoan của General de Gaulle, thì điều khoản kỳ lạ này là biện pháp “dùng phong bì quyền lực dán miệng” các vị tổng thống tiền bối, những người mà ảnh hưởng chính trị vẫn còn rất lớn trong lúc quyền lực chính trị của General de Gaulle chưa vững vàng<sup>8</sup>.

**b. Hội đồng Hiến pháp được yêu cầu xem xét tính hợp hiến khi đạo luật chưa hoàn**

(4) Mỗi người bổ nhiệm tương ứng một phần ba tổng số thành viên nhóm này.

(5) Về mặt luật pháp, hoàn toàn không có gì cản trở khi Tổng thống Pháp bổ nhiệm bất kỳ người thành niên nào vào Hội đồng Hiến pháp. Tuy nhiên trên thực tế, để giữ uy tín riêng của mình, cũng như uy tín của đảng mình, thì Tổng thống Pháp, cũng như Chủ tịch Thượng viện, Chủ tịch Hạ viện thường lựa chọn những người có uy tín khoa học, có cùng quan điểm chính trị để bổ nhiệm vào Hội đồng Hiến pháp. Trong số này, các nhà luật học chiếm tỷ lệ khá cao.

(6) Philipp Mels, *Bundesverfassungsgericht und Conseil de Constitution: ein Vergleich der Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Frankreich im Spannungsfeld zwischen der Euphorie für die Krönung des Rechtsstaats und der Furcht vor einem „gouvernement de judges“*, Verlag Franz Vahlen München, 2003, trang 130.

(7) Philipp Mels, *Bundesverfassungsgericht und Conseil de Constitution: ein Vergleich der Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Frankreich im Spannungsfeld zwischen der Euphorie für die Krönung des Rechtsstaats und der Furcht vor einem „gouvernement de judges“*, Verlag Franz Vahlen München, 2003, trang 132.

(8) Avril/Gicquel, *Le Conseil constitutionnel*, trang 83; Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, trang 38; Rousillon, *Le Conseil constitutionnel*, trang 10, theo Philipp Mels, *Bundesverfassungsgericht und Conseil de Constitution: ein Vergleich der Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Frankreich im Spannungsfeld zwischen der Euphorie für die Krönung des Rechtsstaats und der Furcht vor einem „gouvernement de judges“*, Verlag Franz Vahlen München, 2003, trang 133.

### *thành (là hoạt động phòng hiến chứ không phải là hoạt động tài phán hiến pháp)*

Hoạt động tài phán thông thường, cũng như hoạt động tài phán hiến pháp chỉ hướng vào các hành vi vi phạm pháp luật hay hành vi vi hiến đã hoàn thành, hoặc các hành vi chuẩn bị phạm tội, những đã chấm dứt. Nhưng hoạt động của Hội đồng Hiến pháp Pháp hướng vào một đạo luật đã được Nghị viện thông qua, nhưng chưa được Tổng thống công bố. Ở giai đoạn này, hoạt động làm luật vẫn chưa kết thúc; đối với dân chúng thì đạo luật này chưa ra đời. Hội đồng Hiến pháp không đứng ngoài, mà thay vào đó, trực tiếp tham gia vào quá trình làm luật.

Nếu so sánh hoạt động xem xét tính hợp hiến của Bộ Tư pháp Việt Nam đối với các dự thảo luật, pháp lệnh do Chính phủ trình thì Hội đồng Hiến pháp của Cộng hòa Pháp khác ở hai điểm. Thứ nhất, nếu Bộ Tư pháp Việt Nam xem xét tính hợp hiến một cách mặc nhiên đối với tất cả các dự thảo thì Hội đồng Hiến pháp Pháp chỉ xem xét thụ động, khi được yêu cầu. Thứ hai, cả hai cơ quan đều tư vấn cho cơ quan hành pháp tối cao về vấn đề hợp hiến - Bộ Tư pháp tư vấn cho Chính phủ về việc liệu có nên trình dự thảo lên Quốc hội Việt Nam hay không, Hội đồng Hiến pháp Pháp tư vấn cho Tổng thống Pháp về việc liệu có nên công bố đạo luật hay không - nhưng ý kiến của Bộ Tư pháp chỉ mang tính chất tham khảo để Chính phủ xem xét, còn ý kiến của Hội đồng Hiến pháp lại có giá trị pháp lý ràng buộc.

Nếu so sánh với chu trình làm luật của Quốc hội liên bang Hoa Kỳ thì ở giai đoạn này, dự luật do Nghị viện Pháp thông qua rất giống với Bill (dự luật) của Nghị viện Hoa Kỳ: cả hai đều phải trình lên Tổng thống mới có thể trở thành luật (Act). Nhưng khác nhau ở điểm, Tổng thống Hoa Kỳ có thể trực tiếp dùng quyền hiến định của mình để phủ quyết đạo luật (Veto), còn Tổng thống Pháp chỉ có thể “sử dụng quyền này gián tiếp” thông qua các

thành viên Hội đồng Hiến pháp do mình bổ nhiệm và các thành viên khác - tuy do Chủ tịch Thượng viện và Chủ tịch Hạ viện bổ nhiệm, nhưng lại chịu sự ảnh hưởng của đảng phái của Tổng thống trong Nghị viện.

Bởi những đặc điểm nêu trên, Hội đồng Hiến pháp của Pháp được gọi là Viện thứ ba thực hiện chức năng phòng hiến (cơ quan lập pháp thụ động nằm sau Hạ viện và Thượng viện Pháp).

### *c. Không có luật tố tụng hiến pháp tương ứng; hoạt động của Hội đồng Hiến pháp thiếu đặc tính công khai của trình tự tố tụng*

Tất cả các cơ quan tài phán hiến pháp trên thế giới, khi xem xét tính hợp hiến của một đạo luật, hay một hành vi của các cơ quan nhà nước, đều phải tuân theo trình tự tố tụng chặt chẽ. Tài phán Hiến pháp Hoa Kỳ phải tuân theo thủ tục tố tụng thông thường<sup>9</sup> hoặc Tòa án Hiến pháp Cộng hòa liên bang Đức phải tuân theo một đạo luật tố tụng riêng (Verfassungsgerichtsgesetz). Nhưng trình tự hoạt động xem xét tính hợp hiến của Hội đồng Hiến pháp Pháp không bị một văn bản nào điều chỉnh, ngoại trừ một quy định của Hiến pháp, yêu cầu Hội đồng Hiến pháp phải đưa ra ý kiến sau 20 ngày, kể từ ngày nhận được yêu cầu.

Đặc điểm của hoạt động tố tụng là công khai và có sự tranh luận giữa hai bên có quyền lợi bị ảnh hưởng, nhưng hoạt động của Hội đồng Hiến pháp Pháp về cơ bản là họp kín, chỉ có tranh luận giữa các thành viên Hội đồng Hiến pháp trong phòng kín với nhau mà thôi. Sau khi họp kín kết thúc, Hội đồng Hiến pháp đưa ra một bản kết luận, trong đó không nêu tỷ lệ số phiếu ủng hộ, số phiếu phản đối và ý kiến bảo lưu của các thành viên thiểu số cũng không được phép ghi vào như điều thường thấy ở các bản án. Các thành viên Hội đồng Hiến pháp thậm chí không được phép bày tỏ quan điểm riêng của mình về vụ việc với báo chí, cho dù vụ việc đang diễn ra hay đã kết thúc.

Hoàn toàn họp kín là đặc trưng của một cơ

(9) Tố tụng hình sự, dân sự... bởi vì tính hợp hiến được xem xét bởi các tòa án thường của Liên bang Hoa Kỳ trong một vụ án thông thường.

quan đảng phái, chứ không phải là đặc trưng của một cơ quan tài phán.

**d. Không bảo vệ quyền cơ bản của công dân – thiếu yếu tố quan trọng so với thẩm quyền của một cơ quan tài phán hiến pháp thông thường**

Hiến pháp ra đời là thành tựu của cách mạng tư sản, nhằm chấm dứt hiện tượng độc tài của các ông vua phong kiến, nhằm kiểm soát quyền lực nhà nước. Tài phán hiến pháp ra đời đầu tiên ở Hoa Kỳ nhằm bảo vệ các quyền cơ bản của công dân đã được ghi nhận trong hiến pháp, làm cho hiến pháp không còn thuần túy là bản văn đăng tải các khẩu hiệu về tự do, công bằng, bác ái, mà là đạo luật tối cao.

Thế nhưng Hội đồng Hiến pháp Cộng hòa Pháp hoàn toàn không có thẩm quyền này. Sự thiếu hụt trầm trọng này làm ta liên tưởng tới việc đưa trẻ sinh ra thiếu một bộ phận mà tất cả các đứa trẻ còn lại đều có, dẫn đến không còn xác định được giới tính của đứa trẻ là trai hay gái nữa.

**e. Không xem xét tính hợp hiến đối với hành vi của Tổng thống, Thủ tướng**

Nếu các cơ quan tài phán hiến pháp trên thế giới có nhiệm vụ bảo vệ hiến pháp trước bất kỳ hành vi vi hiến của bất kỳ cơ quan nhà nước nào, không phân biệt đó là cơ quan lập pháp, hành pháp, tư pháp, cơ quan trung ương hay cơ quan địa phương, thì Hội đồng Hiến pháp Cộng hòa Pháp chỉ hướng vào hành vi của một chủ thể: Nghị viện. Hội đồng Hiến pháp không xem xét tính chất hợp hiến trong hành vi của Tổng thống và Thủ tướng Pháp.

Tính chất là một công cụ chính trị của Tổng thống Pháp để chống lại phe đa số trong Nghị viện còn thể hiện qua quyền đưa vụ việc lên Hội đồng Hiến pháp. Theo Điều 61 khoản 2 Hiến pháp năm 1958, thì chỉ có bốn chủ thể có quyền này: Tổng thống, Chủ tịch Thượng viện, Chủ tịch Hạ viện, Thủ tướng. Nhưng ba chủ thể sau thì luôn thuộc về phe đa số trong Nghị viện, nên không có lý do gì để họ sử dụng quyền này để chống lại dự luật do chính phe đa số của họ thông qua. Nên về thực chất thì quyền này chỉ có giá trị với Tổng thống mà

thôi và ông ta cũng chỉ sử dụng trong trường hợp đảng của ông ta không nắm được phe đa số trong Nghị viện.

Năm 1974, Hiến pháp 1958 có một sửa đổi quan trọng, theo đó ngoài bốn chủ thể nêu trên thì phe thiểu số (một nhóm tối thiểu từ 60 nghị sĩ trở lên) cũng có quyền này. Nhưng tính chất chính trị của Hội đồng Hiến pháp không vì thế mà giảm đi, ngược lại, nó trở thành “sân khấu chính trị” cho phe thiểu số đấu tranh “vòng ba” về nội dung của dự luật - vòng một ở Hạ viện, vòng hai ở Thượng viện, vòng ba ở Hội đồng Hiến pháp. Nhưng ở vòng ba này thì phe thiểu số chỉ được phép đấu tranh trên danh nghĩa tính hợp hiến của dự luật.

Một câu hỏi đặt ra, tại sao có nhiều khiếm khuyết như vậy và bị nhiều chỉ trích, nhưng Hội đồng Hiến pháp vẫn tồn tại suốt 50 năm qua? Theo chúng tôi, có hai lý do chính:

- Hội đồng Hiến pháp gắn liền với quyền lợi chính trị của Tổng thống, người có quyền lực nhất trong hệ thống chính trị Pháp. Ngoài cựu Tổng thống Pháp với tư cách là thành viên mặc nhiên, thì Hội đồng Hiến pháp bao gồm rất nhiều chính trị gia lão thành khác. Họ tìm thấy Hội đồng Hiến pháp là nơi “dưỡng già” rất lý tưởng. Cắt bỏ quyền lợi của nhóm người có quyền lực nhất nước Pháp thật không dễ dàng chút nào.

- Về phía người dân Pháp thì quyền lợi của họ đã được bảo vệ tương đối tốt bởi một thiết chế được hình thành trong thập kỷ 90 của thế kỷ 20: Tòa án Cộng đồng chung châu Âu (EUGH). Các quyền cơ bản của công dân Pháp theo Hiến pháp năm 1958 về cơ bản đã được thể hiện đầy đủ trong Hiến chương EU. Vì vậy, khi một đạo luật của Nghị viện Pháp xâm phạm đến quyền cơ bản của công dân thì người bị xâm phạm có thể khởi kiện đạo luật đó ra trước Tòa án Cộng đồng chung châu Âu. Tòa án này có thể tuyên bố đạo luật tương ứng là vô hiệu với lý do trái với Hiến chương châu Âu. Vì vậy, nhu cầu của cử tri Pháp về việc thay đổi Hội đồng Hiến pháp là không cao. ■

VĂN PHÒNG QUỐC HỘI  
TẠP CHÍ NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP  
27A - Phố: Võng Thị - Quận: Tây Hồ - TP: Hà Nội  
ĐT: 080.43364; Fax : 080.48486; Email : [nclp@qh.gov.vn](mailto:nclp@qh.gov.vn)

## PHIẾU MUA TẠP CHÍ

Năm:

Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp xuất bản 02 kỳ, mỗi kỳ 60 trang vào các ngày 05 và 20 hàng tháng. Để đăng ký mua ấn phẩm của Tạp chí, 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 /1 KỶ	THÀNH TIỀN
NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP	15.000đ	30.000đ	360.000đ		

**Ghi chú:**

• 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; ĐD: 0913519875.*

, ngày tháng năm 20  
Đơn vị đặt mua