

# NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

ISSN 1859 - 2953

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

**VĂN PHÒNG QUỐC HỘI**

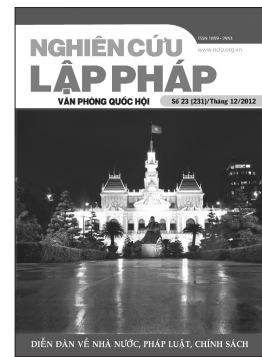
**Số 23 (231)/Tháng 12/2012**



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

# NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn



## Mục lục 12/2012

### NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT BÀN VỀ LẬP HIẾN

- 3** Tiền đề lý luận và yếu tố chính trị trong việc thiết lập cơ chế bảo hiến

**PGS, TS. Nguyễn Ngọc Điện**

- 7** Nguyên tắc "khi xét xử, thẩm phán và hội thẩm độc lập và chỉ tuân theo pháp luật" - thực tiễn và kiến nghị hoàn thiện

**TS. Nguyễn Quang Hiến**

- 13** Một xu hướng mới về quyền con người

**ThS. Nguyễn Linh Giang**

- 19** Giải quyết hòa bình các tranh chấp quốc tế trên Biển Đông

**PGS, TS. Nguyễn Trung Tín**

### BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 26** Hoàn thiện pháp luật về thu hồi đất, bồi thường, hỗ trợ, tái định cư trong giai đoạn hiện nay

**TS. Phan Trung Hiến**

- 37** Về việc ban hành văn bản quy phạm pháp luật của hội đồng nhân dân các cấp

**Phạm Thái Quý**

### CHÍNH SÁCH

- 43** Tự do hóa thị trường lao động: trở ngại từ pháp luật hành chính, kinh tế và biện pháp khắc phục

**Vũ Văn Huân**

**Võ Trí Hào**

### THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 47** Những bất cập và các kiến nghị hoàn thiện pháp luật đấu thầu

**TS. Hồ Xuân Thắng**

- 55** Thực hiện pháp luật dân chủ của cán bộ tự quản thôn, buôn, tổ dân phố các tỉnh Tây Nguyên và những vấn đề đặt ra

**ThS. Đỗ Văn Dương**

### KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 61** Thu hồi tài sản dân sự trong pháp luật các nước và yêu cầu của thực tiễn nước ta

**Đinh Trương Anh Phương**

#### HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

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

#### TỔNG BIÊN TẬP

TS. PHẠM VĂN HÙNG

#### PHÓ TỔNG BIÊN TẬP:

NGUYỄN QUANG MINH

#### TRỤ SỞ:

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

#### THIẾT KẾ:

HOÀNG NHI

#### GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:

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

#### PHÁT HÀNH:

HÀ NỘI: 080-43364

#### TÀI KHOẢN:

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

IN TẠI CÔNG TY CỔ PHẦN IN TÂY HỒ

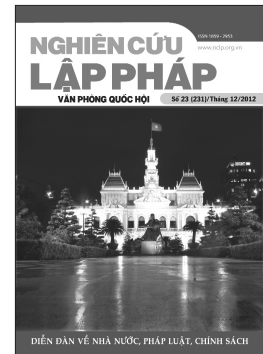
GIÁ: 15.000 ĐỒNG

*Ảnh bìa: Ủy ban nhân dân Thành phố Hồ Chí Minh*

*Ảnh ST.*

# NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn



## Legis 12/2012

### STATE AND LAW

#### Discussion on Constitution

- 3** Theoretical background and political factors in setting mechanism for constitutional review  
**Prof, Dr. Nguyen Ngoc Dien**

#### Discussion on Constitution

- 7** Principle of " During trial, judges and lay judges are independent and abide by law only" - Practices and proposals to improve  
**Dr. Nguyen Quang Hien**

- 13** A new trend of human rights  
**LLM. Nguyen Linh Giang**

- 19** Peaceful settlement of international disputes in the Eastern Sea  
**Prof, Dr. Nguyen Trung Tin**

### DISCUSSION OF BILLS

- 26** Improve the law on land acquisition, compensation, support for resettlement in the current period  
**Dr. Phan Trung Hien**

- 37** Promulgating legal documents of the People's Council at all levels  
**Pham Thai Quy**

### POLICIES

- 43** Labor market liberalization: obstacles from the administrative, economic legislation and measures to overcome  
**Vu Van Huan - Vo Tri Hao**

### LEGAL PRACTICE

- 47** Gaps and recommendations for improving the procurement legislation  
**Dr. Ho Xuan Thang**

- 55** Implementation of the grassroots democratic law of self-management staff of villages, hamlets, and population groups in the Central Highlands and the problems posed  
**LLM. Do Van Duong**

### FOREIGN EXPERIENCE

- 61** Asset recovery in civil law countries and the practical requirements of our country  
**Dinh Truong Anh Phuong**

#### 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: 080-43362 / 44078  
FAX: 080-48486  
Email: nclp@qh.gov.vn  
Website: www.nclp.org.vn

#### DESIGN:

HOANG NHI

#### LICENSE OF PUBLISHMENT:

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

#### DISTRIBUTION:

HA NOI: 080-43364

#### ACCOUNT NUMBER:

0011000467735  
LEGISLATIVE STUDY MAGAZINE  
VIETCOMBANK

PRINTED BY: TAYHO PRINTING  
JOINT STOCK COMPANY

Price: 15,000 VND

## BÀN VỀ LẬP HIẾN

# TIỀN ĐỀ LÝ LUẬN VÀ YẾU TỐ CHÍNH TRỊ TRONG VIỆC THIẾT LẬP CƠ CHẾ BẢO HIẾN

NGUYỄN NGỌC ĐIỆN\*

**B**ảo đảm sự tôn trọng đối với hiến pháp là điều kiện cốt lõi cho sự hình thành Nhà nước pháp quyền. Chắc chắn không thể có một xã hội thượng tôn luật pháp chừng nào hiến pháp, đạo luật gốc của toàn bộ hệ thống pháp luật, ở trong tình trạng dễ bị tổn thương bởi hành vi của các chủ thể trong đời sống chính trị, pháp lý.

Khi đã xác định mục tiêu xây dựng Nhà nước pháp quyền, thì cần phải thiết lập một cơ chế cho phép thẩm định, phán xét một cách hữu hiệu thái độ ứng xử nhân danh quyền lực dưới ánh sáng của các quy tắc lập hiến, từ đó đề ra các biện pháp ngăn chặn và xử lý thích hợp đối với các trường hợp vi phạm hiến pháp. Tính hữu hiệu của cơ chế, về phần mình, được đánh giá không chỉ ở góc độ chuyên môn mà còn ở góc độ kinh tế, thể hiện qua sự vận hành nhanh, gọn, trơn tru và với chi phí xã hội hợp lý.

Tất nhiên, một khi hiến pháp được dùng làm căn cứ để phân tích, thẩm định trong quá trình tài phán, thì bản chất, nội dung tài phán cũng tùy thuộc vào bản chất, nội dung của hiến pháp<sup>1</sup>. Điều chắc chắn là theo truyền thống, tất cả hiến pháp đều đặt cơ sở cho việc phân giao quyền lực cho các vị trí đứng đầu và trọng yếu trong bộ máy nhà nước (BMNN). Việc sử dụng quyền lực đó cũng là đối tượng của hoạt động bảo hiến: xem xét tính hợp hiến của một đạo luật đã được nghị viện thông qua, của một quyết định do người đứng đầu bộ máy hành pháp đưa ra, của quá trình xây dựng và tổ chức thực hiện một kế hoạch bầu cử... là những trường hợp bảo hiến điển hình.

Vấn đề là trong điều kiện quyền lực nhà nước (QLNN) được thừa nhận là tối thượng trên phạm vi lãnh thổ quốc gia, hoạt động bảo hiến, với ý nghĩa là hoạt động bảo đảm sự thống nhất trong tổ chức và vận hành của

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

1 Có thể có những hiến pháp đề cập đến các chủ thể quyền lực chính trị, quyền lực xã hội, thậm chí quyền lực tôn giáo như ở các nước theo đạo Hồi. Khi đó, hoạt động bảo hiến, theo lý thuyết, có thể vượt tới các lĩnh vực ngoài khuôn khổ đời sống chính trị, pháp lý, thậm chí ngoài khuôn khổ đời sống thể tục.

BMNN trên cơ sở hiến pháp, cũng chỉ có thể là một hoạt động mang tính chất nhà nước, nhân danh nhà nước và dựa vào QLNN. Nó không thể tách rời hệ thống nhà nước, đứng riêng như một thể lực độc lập, đứng trên các thiết chế nhà nước để phân xử.

Vấn đề nữa là trong một thể chế dân chủ, QLNN thuộc về nhân dân: nó được nhân dân thực hiện trước hết bằng lá phiếu để đặt những con người cụ thể, các nhà chính trị đồng thời là các ứng viên, vào các vị trí cụ thể trong BMNN và sau đó, thông qua các hoạt động cụ thể của những con người ấy trong khuôn khổ thực hiện các chức năng tương ứng. Định chế bảo hiến, được hiểu là một phần trong tổ chức nhà nước, cũng phải hình thành và vận hành theo đúng nguyên tắc cơ bản đó.

### 1. Tổ chức bảo hiến như là một phần của bộ máy nhà nước

*Vị trí quyền lực nào cho cơ quan bảo hiến?* Ở các quốc gia mà BMNN được tổ chức theo nguyên tắc phân quyền, cơ quan bảo hiến thường được coi là một chủ thể được trao quyền phán xét nhân danh công lý. Tuy theo mối liên hệ giữa cơ quan bảo hiến với quyền tư pháp đích thực, được hiểu như là một đối trọng của quyền lập pháp và quyền hành pháp, có thể hình dung ba loại tổ chức bảo hiến.

Loại thứ nhất là kết quả sự đồng nhất giữa tài phán bảo hiến và tài phán tư pháp thông thường. Hoạt động bảo hiến được coi là một trong các chức năng xét xử của toà án. Hệ thống bảo hiến của Mỹ là một ví dụ điển hình cho sự lựa chọn này. Một trong những ưu điểm của mô hình này là sự đơn giản của thủ tục và khả năng tiếp cận thiết chế bảo hiến được thừa nhận cho tất cả các chủ thể, kể cả dân thường, cũng như khả năng áp dụng trực tiếp các quy tắc lập hiến để xem xét một vụ việc thông thường. Tuy nhiên, hệ thống này cũng bộc lộ nhiều hạn

chế. Một trong những nhược điểm cơ bản có nguồn gốc từ nguyên tắc phân quyền: thực thi quyền tư pháp độc lập với quyền lập pháp và quyền hành pháp; toà án, khi tiến hành hoạt động bảo hiến, không có quyền chế tài đối với các chủ thể quyền lực đó. Trước một đạo luật của nghị viện hoặc một quyết định của người đứng đầu hành pháp bị cho là vi hiến, toà án chỉ có quyền từ chối việc bảo đảm thực thi đạo luật hoặc quyết định đó bằng quyền lực do mình nắm giữ.

Loại thứ hai vẫn mang dáng dấp của cơ quan tài phán tư pháp, nhưng được tách riêng và trở thành một thiết chế độc lập với hệ thống toà án tư pháp thông thường, chuyên thực hiện chức năng bảo hiến. Toà án hiến pháp của Đức là trường hợp điển hình của việc áp dụng giải pháp này. Tính chuyên biệt tạo ra ưu điểm vượt trội của mô hình này so với mô hình thống nhất chức năng tài phán tư pháp và tài phán hiến pháp của Mỹ. Nó tạo điều kiện phát triển đội ngũ thẩm phán bảo hiến chuyên nghiệp, có khả năng thực hiện hoạt động bảo hiến với chất lượng cao, đồng thời cho phép giải quyết nhanh và dứt khoát vụ án bảo hiến chỉ với một cấp xét xử mang tính chung quyết. Tuy nhiên, cũng như bất kỳ chủ thể quyền tư pháp nào, nó bị ràng buộc bởi nguyên tắc phân quyền và do đó, không có quyền chế tài đối với chủ thể quyền hành pháp và quyền lập pháp bị cho là có hành vi vi phạm hiến pháp.

Loại thứ ba đặc trưng bởi tính độc lập tương đối của cơ quan bảo hiến với cả ba QLNN cơ bản. Nó đứng riêng và được trao thẩm quyền giám sát hiến pháp đối với việc tổ chức và vận hành của BMNN. Hội đồng bảo hiến của Pháp tiêu biểu cho trường phái này. Trong chừng mực nào đó, Hội đồng bảo hiến được coi là kết quả sự pha trộn (đúng hơn là sự hoà hiệp) giữa quyền hành pháp và quyền lập pháp nhằm tạo ra một quyền lực trung gian có chức năng kiểm tra và phán

xét đối với cả hai quyền lực đã tạo ra nó<sup>2</sup>. Ưu điểm của mô hình này là khả năng giải quyết dứt khoát vụ án bảo hiến: một đạo luật, một quyết định bị cho là vi hiến phải bị huỷ bỏ chứ không chỉ đơn giản bị từ chối áp dụng bởi các chủ thể liên quan. Tuy nhiên, một trong những thách thức lớn nhất trong việc lựa chọn mô hình này là sự thiếu vắng cơ chế giám sát nhà nước đối với Hội đồng bảo hiến, có thể khiến Hội đồng này trở thành quan toà tối thượng đối với các quyền lực. Vấn đề được đặt ra là làm thế nào để ngăn chặn sự lạm quyền của nó? Thực ra vấn đề chỉ có ý nghĩa một khi nó gắn với việc bảo vệ một lợi ích chính đáng để lợi ích ấy không bị hy sinh một cách oan uổng nhằm bảo đảm sự toàn vẹn của một hoặc nhiều lợi ích khác đứng đối lập trong một cuộc xung đột gay gắt.

## 2. Tính dân chủ của cơ chế bảo hiến

### *Dân chủ trong xây dựng cơ quan bảo hiến*

Xác định bảo hiến là hoạt động mang tính QLNN, thì phải làm thế nào để việc thiết lập cơ quan bảo hiến phản ánh được ý chí, nguyện vọng của nhân dân. Lý tưởng nhất là để người dân trực tiếp bầu ra các thành viên của cơ quan bảo hiến. Tuy nhiên, không có quốc gia nào lựa chọn giải pháp này. Đó không hẳn vì lý do tài chính, dù mỗi cuộc bầu cử ở quy mô quốc gia đều rất tốn kém. Có thể, khác với các vị trí dân cử, thành viên cơ quan bảo hiến là một vị trí mang tính chuyên môn cao, đặc biệt là phải có kiến thức sâu rộng về luật. Việc đánh giá năng lực chuyên môn của ứng viên vào cơ quan bảo hiến thường vượt quá khả năng của cử tri phổ thông.

Nói khác đi, việc bảo đảm dân chủ trong thành lập cơ quan bảo hiến chỉ nên được thực hiện thông qua cơ chế đại diện. Kinh nghiệm của các nước cho thấy, cơ quan bảo hiến thường được cơ quan lập pháp tạo ra hoặc từ việc kết hợp những mảnh ghép quyền lực nằm trong tay các cơ quan hành pháp, lập pháp, đôi khi cả tư pháp<sup>3</sup>. Trong mọi trường hợp, cơ quan lập pháp, thiết chế đại diện dân cử cao nhất, luôn phải giữ một vai trò quan trọng trong việc cắt cử người vào các vị trí thành viên cơ quan bảo hiến.

### *Dân chủ trong hoạt động bảo hiến*

Bảo đảm dân chủ trong hoạt động bảo hiến phải được ghi nhận về cả hai phương diện: xác định phạm vi hoạt động bảo hiến, xác định các chủ thể có quyền tiếp cận thiết chế bảo hiến.

Trên nguyên tắc, căn cứ tiến hành hoạt động bảo hiến phải là toàn bộ nội dung của hiến pháp, từ các quy định về tổ chức nhà nước, về bầu cử và ứng cử, đến các quyền cơ bản của công dân trong cuộc sống dân sự, chính trị. Tất cả các hành vi của các chủ thể quyền lực trong khuôn khổ chức năng công được phân giao theo hiến pháp hoặc theo luật, thể hiện thành các văn bản quy phạm, văn bản áp dụng pháp luật, thậm chí thành các mệnh lệnh bằng lời nói, đều có thể được xem xét trong trường hợp cần thiết dưới ánh sáng của hiến pháp.

Hoạt động bảo hiến, bởi vậy, phải bao trùm toàn bộ hệ thống tổ chức nhà nước, chứ không chỉ tập trung nhắm đến các vị trí cao nhất trong các nhánh quyền lực, đồng

2 Một cách duy lý, cơ quan bảo hiến độc lập với mọi quyền lực thậm chí có thể giám sát cả quyền tư pháp thông qua việc kiểm tra tính hợp hiến của các bản án do toà án tư pháp tuyên. Tuy nhiên, trong điều kiện các bản án được kiểm tra qua các cấp xét xử, việc giám sát của cơ quan bảo hiến tỏ ra là sự "chăm sóc" trên mức cần thiết. Bởi vậy, trong hầu hết các hệ thống, cơ quan bảo hiến không làm công việc giám sát đối với các bản án của toà án tư pháp. Chính sự giới hạn chức năng này làm cho hoạt động bảo hiến mang tính chất chính trị rõ nét.

3 Ở Mỹ, thẩm phán Tối cao pháp viện được Tổng thống bổ nhiệm, nhưng chỉ được phép thực hiện chức năng sau khi có sự xác nhận của Thượng viện; ở Đức, thẩm phán bảo hiến được bổ nhiệm bởi Thượng viện và Hạ viện; ở Pháp, thành viên Hội đồng bảo hiến được bổ nhiệm bởi Tổng thống, Thượng viện và Quốc hội. Ở Hàn Quốc, Toà án bảo hiến được thiết lập từ việc bổ nhiệm thẩm phán trên cơ sở chia sẻ quyền lực giữa Quốc hội, Tổng thống và Toà án tối cao: Kỳ yếu Hội thảo về "Tổ chức QLNN - Kinh nghiệm từ hiến pháp của một số nước", VP & KAS, Hà Nội, 28 và 29/02/2012.

thời phải quán xuyên công việc chuyên môn được thực hiện nhân danh quyền lực của tất cả các vị trí trong hệ thống<sup>4</sup>. Ở Pháp, để Hội đồng bảo hiến không phải đứng trước các vụ xung đột lợi ích tế nhị và nhạy cảm, nhất là những vụ xung đột đặt lợi ích riêng tư của người dân đứng đối lập với lợi ích của cơ quan nhà nước, người ta chọn giải pháp giới hạn chức năng bảo hiến trong một phạm vi nào đó, chẳng hạn, chỉ bao gồm các vụ việc thuộc tầm vĩ mô: bầu cử vào các chức vụ trong BMNN, tranh chấp thẩm quyền giữa các chủ thể quyền lực, kiểm tra tính hợp hiến của các đạo luật... Giải pháp này chỉ phát huy được tác dụng nếu các xung đột công - tư đã được "chăm sóc" tương đối tốt bởi hệ thống tài phán khác, như ở Pháp, đó là hệ thống toà án hành chính.

Hơn nữa, để mọi hành vi của các vị trí trong bộ máy quyền lực đều có thể chịu sự kiểm tra của cơ quan bảo hiến, điều cần thiết là phải thừa nhận và tạo điều kiện thuận lợi nhất để bất kỳ chủ thể nào chịu sự tác động của hành vi đó cũng đều có thể tiếp cận dễ dàng với cơ quan bảo hiến. Trong trường hợp chủ thể chịu tác động ấy là công dân, thì một mặt, chủ thể phải có quyền trực tiếp phát đơn kiện tại cơ quan bảo hiến, mặt khác, chủ thể có quyền kiện thông qua vai trò của người đại diện cho mình tại cơ quan lập pháp hoặc thông qua các tổ chức xã hội, nghề nghiệp mà mình là thành viên.

### 3. Mô hình nào cho Việt Nam

*Tính tương thích của mô hình Hội đồng bảo hiến với hoàn cảnh, điều kiện đặc thù của Việt Nam.* Việc giao chức năng bảo hiến cho toà án tư pháp hẳn không phải là sự lựa chọn được ủng hộ rộng rãi ở Việt Nam. Một trong những lý do chính là bản thân hệ thống tư pháp Việt Nam đang trong lộ trình cải cách để tự khẳng định và do đó, còn phải

giải quyết nhiều vấn đề, trong đó nổi cộm là vấn đề năng lực chuyên môn của thẩm phán. Chức năng xét xử trong lĩnh vực tư pháp còn chưa được làm trọn; việc đảm nhận thêm chức năng bảo hiến là không hợp lý. Cũng vì mặt bằng năng lực chuyên môn của thẩm phán còn phải được nâng lên mà trước mắt, khả năng thành lập một toà bảo hiến chuyên trách không có tính hiện thực cao.

Có thể nói, mô hình Hội đồng bảo hiến, được giới thiệu ở trên, tỏ ra phù hợp hơn cả với hoàn cảnh, điều kiện hiện tại của Việt Nam.

Trong điều kiện các thiết chế quyền lực hành pháp và tư pháp đều do cơ quan lập pháp thành lập, như ở Việt Nam, thì có thể cân nhắc giữa hai phương án xây dựng Hội đồng bảo hiến: hoặc do cơ quan lập pháp bầu ra, hoặc do sự thoả thuận (hiệp thương) giữa cơ quan lập pháp và các tổ chức chính trị - xã hội. Phương án thứ hai tỏ ra phù hợp với việc giao cho cơ quan bảo hiến chức năng thẩm định, kiểm tra tính hợp hiến của các đạo luật được cơ quan lập pháp thông qua. Nó càng phù hợp với khung cảnh xã hội hiện tại của Việt Nam, đặc trưng bởi tính chất chính trị của tất cả thiết chế công cộng trong đời sống thế tục.

Hội đồng bảo hiến phải có quyền xem xét tính hợp hiến của mọi hoạt động nhà nước, từ việc xây dựng văn bản quy phạm đến việc áp dụng pháp luật. Để đối phó với nguy cơ lạm quyền tiềm ẩn trong mô hình này, có thể cân nhắc về việc thiết lập một cơ chế giám sát hỗn hợp cũng trên cơ sở hợp tác giữa BMNN và các tổ chức chính trị - xã hội. Với cơ chế giám sát đó, thành viên Hội đồng bảo hiến có thể bị bãi miễn trong khuôn khổ hiệp thương giữa cơ quan lập pháp và các tổ chức chính trị - xã hội, theo cùng một thể thức như khi hiệp thương đề bổ nhiệm thành viên đó ■

<sup>4</sup> Trong trường hợp cần xem xét một văn bản hoặc quyết định của cơ quan hành chính hoặc cơ quan đại diện dân cử ở địa phương, thì nên có hai con đường để lựa chọn: kiện ra toà án hành chính hoặc kiện trước cơ quan bảo hiến.

## BÀN VỀ LẬP HIẾN

# NGUYÊN TẮC

## “KHI XÉT XỬ, THẨM PHÁN VÀ HỘI THẨM ĐỘC LẬP VÀ CHỈ TUÂN THEO PHÁP LUẬT”

### - THỰC TIỄN VÀ KIẾN NGHỊ HOÀN THIỆN

NGUYỄN QUANG HIỀN \*

#### I. Đặt vấn đề

1. Độc lập xét xử được xuất hiện từ tư tưởng phân chia quyền lực nhà nước thành quyền lập pháp, quyền hành pháp, quyền tư pháp của Montesquieu. Ông cho rằng “không có gì là tự do nếu quyền tư pháp không được tách khỏi quyền lập pháp và quyền hành pháp”, độc lập xét xử là một thuộc tính không thể thiếu trong bất kỳ quốc gia nào. Quyền tư pháp thực hiện sự phán quyết về những vấn đề mang tính tư pháp, thông thường và chủ yếu là do Tòa án thực hiện.

Độc lập xét xử bao gồm các thành tố cơ bản sau: độc lập của quyền tư pháp, độc lập của thiết chế thực hiện quyền tư pháp, độc lập của những người thực hiện quyền lực tư pháp. Hay nói một cách khác, độc lập của quyền tư pháp với các quyền lực nhà nước khác, độc lập của cơ quan Tòa án với các cơ quan quyền lực khác cũng như giữa các cơ quan Tòa án với nhau, độc lập của Thẩm phán.

Tòa án được thiết lập để thực hiện quyền tư pháp, nên:

- Tòa án phải độc lập với cơ quan lập pháp, cơ quan hành pháp, không bị giám sát, kiểm soát, lệ thuộc về mặt nhận định, tổ chức, nhân sự, kinh phí...

- Mọi quan hệ giữa các cấp Tòa án phải là mối quan hệ tố tụng, Tòa án cấp 2 (phúc thẩm) có thẩm quyền xem xét lại quyết định hoặc bản án của Tòa án cấp 1 (sơ thẩm) theo quy định của pháp luật. Như vậy, sẽ không có khái niệm Tòa án cấp trên hay Tòa án cấp dưới theo mối quan hệ chấp hành và điều hành của hệ thống cơ quan quản lý nhà nước. Cho nên, Tòa án cấp 2 không thể có chức năng quản lý về mặt tổ chức, nhân sự, nghiệp vụ, kinh phí... đối với Tòa án cấp 1.

- Thẩm phán độc lập, không chịu ảnh hưởng bởi các yếu tố tác động từ bên ngoài cũng như từ bên trong ngành Tòa án, đồng thời độc lập với các chủ thể tiến hành tố tụng và các chủ thể tham gia tố tụng.

Khái niệm “độc lập” có nghĩa là một mình tự lập, hành động không phụ thuộc vào người khác. Độc lập xét xử không ngoài mục

\* TS. Tòa án nhân dân TP. Hồ Chí Minh



đích đảm bảo tính tối cao của pháp luật, giữ vững sự cân bằng và kiểm soát các quyền lực của nhà nước, bảo vệ quyền con người.

Tòa án là một thiết chế không thể tự thực hiện được quyền tư pháp (xét xử) mà phải thông qua con người cụ thể thay mặt Tòa án thực hiện quyền tư pháp, đó là Thẩm phán. “Khi xét xử” có nghĩa là, toàn bộ hoạt động tiến hành tố tụng của Thẩm phán từ khi được phân công giải quyết vụ án cho đến khi vụ án được phán quyết bằng quyết định hoặc bản án.

2. Ở Việt Nam, ngày 24/01/1946, Chủ tịch Chính phủ lâm thời Việt Nam dân chủ cộng hòa đã ban hành Sắc lệnh 13/SL về tổ chức Tòa án và ngạch Thẩm phán. Sắc lệnh 13/SL lần đầu tiên quy định về độc lập xét xử, theo đó, Điều 47 Sắc lệnh 13/SL quy định: “Tòa án tư pháp sẽ độc lập đối với các cơ quan hành chính, các vị Thẩm phán sẽ chỉ trọng pháp luật và công lý, các cơ quan khác không được can thiệp vào việc tư pháp”.

Để bảo đảm sự độc lập của Thẩm phán, Điều 50 Sắc lệnh 13/SL quy định: “Mỗi Thẩm phán xử án quyết định theo pháp luật và lương tâm của mình, không quyền lực nào được can thiệp trực tiếp hay gián tiếp vào công việc xử án”.

Việc tuyển chọn Thẩm phán được Sắc lệnh 13/SL ghi rõ: “Tuyển bổ vào ngạch tư pháp sau này sẽ khó khăn để gây cho ngạch ấy một uy tín được tôn trọng”. Bộ trưởng Bộ Tư pháp Vũ Trọng Khánh khi trình Chủ tịch Hồ Chí Minh đã nhấn mạnh: “Thà không có Thẩm phán còn hơn có người mà vô tài, vô hạnh. Khi lập một hạng người có quyền xét xử và làm tội người khác, bản Bộ thấy rõ trách nhiệm đối với nội trị và cả đối với ngoại giao nữa. Bản Bộ không quên rằng, người ngoại quốc khi tới một nước, trước khi hoạt động về kinh tế hay làm một việc gì vẫn tự hỏi luật lệ và Thẩm phán ở nước ấy có đủ minh bạch và công bằng để bảo đảm cho họ không?”

Để bảo đảm Thẩm phán xét xử độc lập và công minh, Điều 75 Sắc lệnh 13/SL quy định: “Không ai có thể bắt bớ, giam cầm một Thẩm phán bất cứ lý lẽ gì, nếu không được Bộ trưởng Bộ Tư pháp thỏa thuận trước. Nếu một Thẩm phán can trọng tội hay khinh tội thì Chương lý Tòa thượng thẩm tự mình hay giao cho một Thẩm phán Công tố viện đi điều tra rồi đệ trình lên Bộ trưởng Bộ Tư pháp để vị này quyết định có nên hay không nên truy tố”.

Điều 63 Hiến pháp năm 1946 quy định: “Cơ quan tư pháp của nước Việt Nam dân chủ cộng hòa gồm có: Tòa án tối cao, Các Tòa án phúc thẩm, Các Tòa án đệ nhị cấp và sơ cấp” và tiếp tục khẳng định: “Trong khi xét xử, các viên Thẩm phán chỉ tuân theo pháp luật, các cơ quan khác không được can thiệp”.

Như vậy chúng ta có thể thấy rằng, trong giai đoạn đầu tiên hình thành hệ thống Tòa án ở Việt Nam, tư tưởng về độc lập xét xử và chỉ tuân theo pháp luật đã được quy định trong Sắc lệnh 13/SL và Hiến pháp năm 1946.

3. Tháng 4/1958, Quốc hội quyết định thành lập Tòa án nhân dân tối cao (TANDTC) và Viện công tố nhân dân trung ương, tách hệ thống Tòa án và Viện công tố ra khỏi Bộ Tư pháp. Quyết định này sau đó được ghi nhận trong Hiến pháp 1959, đánh dấu mốc hình thành và phát triển ngành Tòa án. Điều 100 Hiến pháp 1959 quy định: “Khi xét xử, Tòa án có quyền độc lập và chỉ tuân theo pháp luật”.

4. Điều 131 Hiến pháp 1980 quy định: “Khi xét xử, Thẩm phán và Hội thẩm độc lập và chỉ tuân theo pháp luật”, Điều 6 Luật tổ chức Tòa án năm 1981 cũng quy định: “Khi xét xử, Thẩm phán và Hội thẩm độc lập và chỉ tuân theo pháp luật”.

5. Điều 130 Hiến pháp 1992 quy định: “Khi xét xử, Thẩm phán và Hội thẩm độc lập và chỉ tuân theo pháp luật”, đặc biệt khi Hiến pháp năm 1992 được sửa đổi, bổ sung năm 2001 tại Điều 2 đã ghi nhận: “Quyền lực nhà nước là thống nhất, có sự phân công và phối

hợp giữa các cơ quan nhà nước trong việc thực hiện quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp”. Như vậy, mặc dù Hiến pháp năm 1992 khẳng định quyền lực nhà nước là thống nhất nhưng đã thừa nhận một thực tế tồn tại các quyền lập pháp, quyền hành pháp, quyền tư pháp. Điều 127 Hiến pháp 1992 quy định: “Tòa án là cơ quan xét xử của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam”. Điều đó cho thấy, Hiến pháp đã ghi nhận Tòa án là cơ quan thực hiện quyền tư pháp, nhưng không quy định Tòa án là cơ quan duy nhất thực hiện quyền tư pháp, nên chưa có sự thừa nhận chính thức trên thực tế về sự độc lập của quyền tư pháp.

## **II. Thực tế thực hiện nguyên tắc “Khi xét xử, Thẩm phán và Hội thẩm độc lập và chỉ tuân theo pháp luật”**

### **1. Mối quan hệ giữa Tòa án và sự lãnh đạo của Đảng**

Điều 4 Hiến pháp năm 1992 quy định: “Đảng cộng sản là lực lượng lãnh đạo Nhà nước và xã hội. Mọi tổ chức của Đảng hoạt động trong khuôn khổ Hiến pháp và pháp luật”. Vai trò lãnh đạo của Đảng thông qua các nghị quyết, Đảng lãnh đạo về chủ trương và đường lối đối với hoạt động xét xử là cần thiết, nhằm góp phần nâng cao chất lượng và hiệu quả của hoạt động xét xử, đáp ứng nhu cầu đòi hỏi của xã hội. Theo ông Nguyễn Văn Hiến, Chủ nhiệm Ủy ban Tư pháp Quốc hội khóa XIII: “Đảng chỉ đạo hoặc cho ý kiến về nguyên tắc chung trên cơ sở quy định của pháp luật trong việc giải quyết, xử lý tội phạm liên quan đến cán bộ, đảng viên, các vụ án nghiêm trọng, phức tạp về chính trị, kinh tế, xã hội, các vụ án tham nhũng có liên quan đến cán bộ thuộc diện quản lý của các cấp ủy đảng, các vụ án có liên quan đến quan hệ đối ngoại... và trực tiếp quản lý công tác cán bộ, trong đó có việc xem xét, quyết định nhân sự cán bộ lãnh đạo và Thẩm phán Tòa án các cấp”. Tuy nhiên hiện nay, chúng ta:

- Chưa có tiêu chí xác định rõ, cụ thể, thế nào là vụ án nghiêm trọng, phức tạp về chính

trị, kinh tế, xã hội, các vụ án tham nhũng, các vụ án có liên quan đến quan hệ đối ngoại... từ đó, có thể dẫn đến sự lạm dụng lãnh đạo hoạt động xét xử.

- Chưa có cơ chế và hướng dẫn cụ thể trong việc xin ý kiến tổ chức đảng về xử lý một số vụ án cụ thể, nên có thể dẫn đến lạm dụng việc xin ý kiến hoặc ngược lại lạm dụng yêu cầu báo cáo và chỉ đạo.

- Chưa có quy định rõ ràng về phạm vi và nội dung việc kiểm tra của các cấp ủy đảng đối với hoạt động xét xử

Do đó, Nhà nước cần phải có các quy định rõ ràng, cụ thể về vai trò lãnh đạo của Đảng trong hoạt động xét xử của Tòa án nói chung cũng như đối với từng vụ án cụ thể nói riêng, để bảo đảm nguyên tắc: “Khi xét xử, Thẩm phán và Hội thẩm độc lập và chỉ tuân theo pháp luật”.

### **2. Mối quan hệ giữa Tòa án và cơ quan lập pháp**

Theo quy định của pháp luật hiện hành, Quốc hội bầu, miễn nhiệm, bãi nhiệm, bổ nhiệm, tin nhiệm Chánh án TANDTC. Quốc hội hoặc Ủy ban thường vụ Quốc hội xem xét báo cáo của TANDTC về hoạt động xét xử của ngành Tòa án. Quốc hội có quyền hủy bỏ văn bản của TANDTC nếu trái với Hiến pháp, luật hoặc nghị quyết của Quốc hội. Quốc hội quyết định phân bổ ngân sách cho ngành Tòa án. Quyền lực nhà nước là tập trung và thống nhất, nên Quốc hội có quyền cho ý kiến và đánh giá lại quyết định của Hội đồng Thẩm phán TANDTC - cơ quan xét xử cao nhất mà Hiến pháp quy định. Như vậy, chưa có sự thừa nhận một cách đầy đủ về địa vị pháp lý cũng như về thẩm quyền, tính độc lập của Tòa án trong hệ thống quyền lực nhà nước.

### **3. Mối quan hệ giữa Tòa án và cơ quan hành pháp**

Trong thực tế, thành phần cấp ủy các cấp luôn có sự cơ cấu, tham gia của người lãnh đạo cơ quan hành pháp. Cho nên, Tòa án tất yếu phải chịu sự lãnh đạo của cấp ủy tương

ứng, và đương nhiên thì lãnh đạo cơ quan Tòa án thường là “cấp dưới” của những người lãnh đạo cơ quan hành pháp. Mọi quan hệ giữa Tòa án và cơ quan hành pháp còn thể hiện ở việc, cơ quan hành pháp có thẩm quyền tham gia hoặc quyết định những vấn đề về ngân sách, cơ sở vật chất, điều kiện hoạt động của Tòa án. Do đó dẫn đến một thực tế là, cơ quan Tòa án khó có thể độc lập, mà chịu sự chi phối và lệ thuộc cơ quan hành pháp.

### 4. Mọi quan hệ giữa các cấp Tòa án

Hiến pháp hiện hành không quy định mối quan hệ hành chính giữa Tòa án các cấp, mối quan hệ giữa Tòa án các cấp là mối quan hệ tố tụng, có nghĩa là không có Tòa án cấp trên và không có Tòa án cấp dưới mà chỉ có Tòa án cấp sơ thẩm (cấp 1), Tòa án cấp phúc thẩm (cấp 2) “thực hiện chế độ hai cấp xét xử”. Thế nhưng, Luật tổ chức Tòa án lại quy định: “TANDTC quản lý các Tòa án địa phương về mặt tổ chức có sự phối hợp chặt chẽ với Hội đồng nhân dân địa phương”, từ đó đặt ra vấn đề về tính độc lập của Tòa án, của Thẩm phán liệu có được đảm bảo không, bởi vì:

- Quản lý Tòa án địa phương là quản lý toàn diện, bao gồm: quyết định và phân bổ biên chế; quy định tiêu chuẩn, điều kiện bổ nhiệm, miễn nhiệm, điều động, khen thưởng, kỷ luật Thẩm phán; xây dựng chế độ chính sách tiền lương; thanh tra, kiểm tra, giải quyết khiếu nại, tố cáo...

- Hướng dẫn đường lối xét xử dẫn đến mất tính độc lập của Tòa án địa phương.

### 5. Mọi quan hệ giữa Tòa án và các cơ quan khác

Hiện nay, Nhà nước ta chưa có quy định rõ ràng, cụ thể cơ quan nào thực hiện quyền tư pháp. Cho nên thực tế cho thấy, vẫn còn một số trường hợp cơ quan điều tra, cơ quan kiểm sát cùng cơ quan Tòa án họp bàn thống nhất về đường lối xử lý vụ án trước khi đưa vụ án ra xét xử (họp liên ngành). Đây cũng là nguyên nhân dẫn đến việc không bảo đảm tính độc lập của Tòa án và của Thẩm phán.

### 6. Mọi quan hệ giữa Thẩm phán và lãnh đạo

Thẩm phán cũng là công chức, nên lãnh đạo cơ quan Tòa án được coi là cấp trên của Thẩm phán. Mọi quan hệ giữa cấp trên và cấp dưới là quan hệ lệ thuộc và nhạy cảm, nên điều đó không thể không làm ảnh hưởng đến sự độc lập của Thẩm phán khi tiến hành tố tụng. Do đó, mặc dù pháp luật không quy định Thẩm phán phải báo cáo án cho lãnh đạo, nhưng trên thực tế đang tồn tại quy ước Thẩm phán phải báo cáo án trước khi xét xử. Những bất cập đó trước hết là xuất phát từ việc Nhà nước chưa xác định vị trí, vai trò và địa vị pháp lý đặc thù của Tòa án, cũng như đặc thù của nghề Thẩm phán. Mặt khác, trong ngành Tòa án cũng chưa có sự nhận thức sâu sắc và xử lý đúng các mối quan hệ quản lý, mối quan hệ tố tụng, ảnh hưởng của nó trong hoạt động tố tụng. Do đó, cần phải nghiên cứu, xây dựng mô hình hoạt động của ngành Tòa án theo hướng các mối quan hệ phải được “tố tụng hóa”.

### 7. Quy trình tuyển chọn Thẩm phán

Quy trình tuyển chọn Thẩm phán hiện đang có những bất cập sau:

- Pháp luật hiện hành không quy định phải công bố công khai, rộng rãi việc tuyển chọn Thẩm phán, nên không tạo được tính cạnh tranh. Mặt khác, không có cơ chế khuyến khích những người có đủ tiêu chuẩn, điều kiện tự đăng ký dự thi hoặc tuyển chọn làm Thẩm phán. Từ đó dẫn đến việc tuyển chọn Thẩm phán cơ bản là quy trình khép kín trong nội bộ ngành Tòa án, không thu hút được người tài, giỏi.

- Quy định bổ nhiệm Thẩm phán phải có “bản nhận xét, đánh giá của lãnh đạo đơn vị” tạo nên quyền uy, sức mạnh của lãnh đạo đối với cán bộ Tòa án khi họ làm hồ sơ bổ nhiệm, đây là nguyên nhân tất yếu dẫn đến sự lệ thuộc.

- Quy định bổ nhiệm Thẩm phán phải lấy ý kiến của tập thể, xét về bề ngoài thì được

coi là công khai, dân chủ, khách quan. Nhưng mặt trái của nó lại rất dễ tạo nên tình trạng “tranh thủ”, “dĩ hòa vi quý” hoặc cơ hội.

- Quy định tuyển chọn, bổ nhiệm hiện hành thiêu vãng cơ chế quan trọng và cơ bản, đó là việc kiểm tra công khai, khách quan, minh bạch trình độ nghiệp vụ và năng lực của người được tuyển chọn, bổ nhiệm.

### **8. Nhiệm kỳ của Thẩm phán**

Quy định của pháp luật hiện hành về nhiệm kỳ của Thẩm phán là 5 năm và cơ chế xem xét tái bổ nhiệm của Thẩm phán khi hết nhiệm kỳ có ảnh hưởng nhất định đến sự độc lập của Thẩm phán. Nhiệm kỳ 5 năm là quá ngắn, tạo ra sự “phụ thuộc”, “lo lắng”, “sợ hãi” của Thẩm phán khi tới thời gian làm hồ sơ tái bổ nhiệm. Do vậy, Nhà nước cần nghiên cứu, xây dựng một cơ chế hợp lý về nhiệm kỳ của Thẩm phán để tạo hành lang bảo đảm tính độc lập khi xét xử.

### **9. Chế độ lương của Thẩm phán**

Lương hiện nay của Thẩm phán cấp quận (sơ cấp) gồm cả phụ cấp trách nhiệm, phụ cấp thâm niên và các phụ cấp khác thì trung bình hàng tháng được trên dưới 03 triệu đồng, Thẩm phán cấp tỉnh (trung cấp) được trên dưới 04 triệu đồng, Thẩm phán cấp tối cao (cao cấp) được trên dưới 06 triệu đồng. Ngoài ra không còn bất cứ một chế độ cũng như đặc quyền, đặc lợi nào khác. Với mức lương như vậy, Thẩm phán khó có thể bảo đảm được mức sống tối thiểu của bản thân, chưa nói đến trách nhiệm với gia đình, chi phí cho giáo dục, y tế và các chi phí xã hội khác. Điều đó làm cho Thẩm phán dễ bị tác động, bị cám dỗ hoặc tham nhũng khi tiến hành tố tụng.

### **III. Kiến nghị**

Xây dựng Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa (XHCHN) ở nước ta hiện nay đang đặt ra yêu cầu xây dựng cơ chế vận hành nhà nước, bảo đảm nguyên tắc tất cả quyền lực thuộc về nhân dân. Để thực hiện được yêu cầu này, quyền tư pháp cần phải được tổ chức, thực hiện theo nguyên tắc độc lập trong phạm

vi đã được phân công và chịu sự giám sát của nhân dân.

### **1. Cần xác định cụ thể nội dung và phạm vi của quyền tư pháp**

Sự phân công quyền lực nhà nước hiện nay là chưa khoa học và hợp lý, quyền tư pháp chưa được thừa nhận về tính độc lập trong hệ thống quyền lực nhà nước: lập pháp, hành pháp, tư pháp. Xây dựng nhà nước pháp quyền XHCN dù có áp dụng nguyên tắc phân quyền hay tập quyền thì cũng phải thừa nhận tính độc lập của quyền tư pháp, có như vậy mới có thể bảo đảm sự cân bằng và kiểm soát quyền lực nhà nước, là điều kiện bảo đảm cho nguyên tắc “Khi xét xử, Thẩm phán và Hội thẩm độc lập và chỉ tuân theo pháp luật”. Từ đó:

- Hiến pháp cần khẳng định quyền tư pháp được thực hiện bởi Tòa án: các quyết định cuối cùng của Tòa án không thể bị đưa ra xem xét lại bởi cơ quan ngoài Tòa án. Một Tòa án xét xử không đúng chỉ có thể được khắc phục bằng một cấp Tòa án khác có thẩm quyền được pháp luật quy định và phải có điểm dừng. Bởi vì, hoạt động xét xử được thực hiện bằng những con người cụ thể và đã là con người thì không phải luôn hoàn hảo, cho nên nếu có sai sót cũng là lẽ tất nhiên.

- Cần mở rộng thẩm quyền tư pháp: Tòa án có quyền giải thích pháp luật, có quyền xem xét tính hợp pháp của các văn bản quy phạm pháp luật. Tất cả các quyết định của cơ quan hành pháp xâm phạm đến quyền và lợi ích hợp pháp của nhân dân phải đều được coi là đối tượng khiếu kiện tại Tòa án.

### **2. Hoạt động giám sát của Quốc hội, Hội đồng nhân dân**

Quốc hội, Hội đồng nhân dân chỉ giám sát, xem xét và đánh giá báo cáo hoạt động xét xử hàng năm của Tòa án, chứ không nên yêu cầu giải trình về những vụ án cụ thể. Việc chất vấn chỉ ở nội dung liên quan đến việc thực hiện các thẩm quyền tố tụng và quản lý của chánh án.

### 3. Cơ chế bảo đảm độc lập của Thẩm phán khi xét xử

Quyền lực tư pháp được vận hành bởi Tòa án, Tòa án được vận hành bởi những con người cụ thể mà đối tượng chủ yếu và trọng tâm là Thẩm phán. Do vậy:

- Cần khẳng định địa vị pháp lý đặc thù của Thẩm phán, từ đó, chế độ lương và đãi ngộ được thiết kế theo một ngạch riêng, không đồng nhất với ngạch công chức chung. Lương, phụ cấp, điều kiện làm việc hợp lý sẽ làm giảm thiểu khả năng Thẩm phán bị tác động, lệ thuộc và sẽ khích lệ họ trong quá trình làm việc.

- Việc tuyển chọn và bổ nhiệm Thẩm phán cần phải công khai, minh bạch, nghiêm ngặt, khắt khe và cạnh tranh. Cho phép tất cả mọi người có đủ điều kiện, tiêu chuẩn, tự do nộp hồ sơ tham gia tuyển chọn, để đảm bảo tuyển chọn được Thẩm phán có tri thức, bản lĩnh, theo tiêu chí “thà ít mà chất lượng”.

- Bảo đảm sự ổn định nhiệm kỳ của Thẩm phán, quy định đương nhiên tái nhiệm trừ khi Thẩm phán bị kỷ luật ở mức cách chức, không nên dựa vào số án hủy, sửa làm căn cứ để xem xét tái nhiệm Thẩm phán. Đề xuất này nhằm hạn chế thông lệ xin đường lối xét xử, xin “thỉnh thị” trước khi xét xử.

- Hạn chế sự ảnh hưởng trong quan hệ hành chính, khi phân hồ sơ nên theo phương pháp ngẫu nhiên, từ đó sẽ triệt tiêu được mối quan hệ lệ thuộc giữa Thẩm phán với lãnh đạo và cơ hội tạo lập đường dây “chạy án” trong chính Tòa án.

- Việc chuyển chuyên và đề bạt cán bộ phải có sự đồng ý của chính người được chuyển chuyên hoặc đề bạt, trừ trường hợp việc chuyển chuyên và đề bạt là cần thiết. Việc chuyển chuyên và đề bạt cần phải có một quy trình minh bạch, công khai và khách quan. Nếu không, việc chuyển chuyên và đề bạt có thể được coi là một hành vi “trùng phạt” tiềm ẩn áp dụng đối với cán bộ.

- Cần quy định cụ thể, rõ ràng về trình tự xem xét kỷ luật, cách chức Thẩm phán. Nên chăng, chỉ nên quy định một hội đồng xem xét kỷ luật Thẩm phán ở tất cả các cấp. Hội đồng xem xét kỷ luật Thẩm phán phải có sự tham gia rộng rãi của đại diện các cơ quan, ban ngành liên quan. Thẩm phán là đối tượng bị xem xét kỷ luật phải được mời tham dự, được trình bày ý kiến, giải trình và phản biện.

- Cần quy định việc giải trình việc ra quyết định hoặc bản án của Thẩm phán, nội dung phán quyết phải được phân tích, lập luận rõ ràng về tất cả các vấn đề có liên quan tới vụ án. Bên cạnh đó, cũng cần phải công bố, công khai tất cả các phán quyết của Tòa án để công chúng được biết, giám sát, phản biện, góp phần tăng cường tính thống nhất trong hoạt động xét xử.

- Điều 130 Hiến pháp năm 1992 ghi “Khi xét xử, Thẩm phán và Hội thẩm độc lập và chỉ tuân theo pháp luật” nên đổi thành “Thẩm phán và Hội thẩm độc lập và chỉ tuân theo pháp luật khi tiến hành tố tụng”.

Độc lập xét xử là nguyên tắc hiến định, là cốt lõi của quyền tư pháp trong nhà nước pháp quyền, có vai trò đặc biệt quan trọng trong việc bảo đảm tính tối cao của pháp luật, đảm bảo sự cân bằng và kiểm soát các quyền lực nhà nước và bảo vệ quyền con người. Việc tăng cường cơ chế giám sát của nhân dân trong hoạt động xét xử của Tòa án, của Thẩm phán thông qua việc công khai rộng rãi các phán quyết của Tòa án là nhu cầu thiết thực. Điều đặc biệt quan trọng để đạt được mục tiêu xây dựng nhà nước pháp quyền XHCN ở Việt Nam là phải nhận thức một cách toàn diện về quyền tư pháp, nâng cao vị thế của quyền tư pháp, của Tòa án, của Thẩm phán. Có như vậy, thì nguyên tắc “Khi xét xử, Thẩm phán và Hội thẩm độc lập và chỉ tuân theo pháp luật” mới có ý nghĩa và được bảo đảm một cách đích thực ■

# MỘT SỐ XU HƯỚNG MỚI VỀ QUYỀN CON NGƯỜI

NGUYỄN LINH GIANG \*

**N**ày nay, quyền con người (QCN) đã được thừa nhận một cách rộng rãi và được xem là giá trị chung của toàn nhân loại. Tuy nhiên, để có được vị trí như hiện nay, QCN phải trải qua một quá trình phát triển lâu dài với biết bao thăng trầm của lịch sử. Từ những tư tưởng sơ khai đầu tiên, khái niệm về QCN đã phát triển và không ngừng được mở rộng. Từ những văn bản ghi nhận các quyền cá nhân chỉ được giới hạn trong phạm vi các quốc gia<sup>1</sup>, QCN đã được ghi nhận trong các văn kiện mang tính quốc tế. Cùng với sự phát triển không ngừng của các ngành khoa học và quá trình toàn cầu hóa, mỗi con người đều đã trở thành “công dân toàn cầu”, thì QCN đã và đang xuất hiện các xu hướng phát triển mới, gắn liền với sự phát triển không ngừng của xã hội loài người.

## 1. Quyền con người và phát triển bền vững

Con người là trung tâm của mọi sự phát triển. Nếu như trước đây, người ta chỉ đặt ra vấn đề về quyền được phát triển hay phát triển dựa trên quyền, thì hiện nay vấn đề QCN và phát triển bền vững lại được nhắc đến nhiều trong các diễn đàn về QCN. Sự phát triển bền vững trên các lĩnh vực của đời sống là tiền đề cho sự phát triển về QCN, đồng thời, bảo đảm QCN cũng là tiền đề quan trọng để phát triển bền vững mọi mặt.

- *QCN và phát triển bền vững về môi trường.* Nếu như giai đoạn trước, người ta thường chỉ nhắc đến quyền được sống trong

môi trường trong lành của con người, thì ngày nay, đứng trước các vấn đề về biến đổi khí hậu, việc bảo vệ nguồn tài nguyên thiên nhiên, tiết kiệm năng lượng, quyền được tham gia vào các quyết định về môi trường... đã trở thành vấn đề thường trực hàng ngày của mỗi đất nước, mỗi cộng đồng xã hội. Đồng thời, phát triển bền vững về môi trường còn để đảm bảo quyền “công bằng giữa các thế hệ” – một quyền được nhắc đến thường xuyên trong thời gian gần đây. Đó không chỉ là quyền của những người đang sống, mà đó là quyền cho thế hệ mai sau, những người còn chưa xuất hiện trên trái đất này nhưng họ cũng có quyền được hưởng những nguồn tài nguyên không phải

\* *Ths, Viện Nhà nước và Pháp luật, Viện Khoa học xã hội Việt Nam.*

1 *Magna Carta (1215), Luật về các quyền của Anh (1689), Tuyên ngôn độc lập của Mỹ (1776), Tuyên ngôn Nhân quyền và Dân quyền Pháp (1789) và Hiến pháp Mỹ năm 1791 là những văn bản đã tạo cảm hứng cho phần lớn các văn kiện về quyền con người ngày nay.*

là vô tận của trái đất. Quyền công bằng giữa các thể hệ đặt ra vấn đề của những người đang sống hiện nay phải “cư xử” và khai thác thiên nhiên như thế nào để đảm bảo quyền công bằng với thế hệ tương lai.

- *QCN và phát triển bền vững về văn hóa.* Trong một thế giới phẳng, với nỗ lực “hòa nhập nhưng không hòa tan” đã đặt mỗi con người, mỗi cộng đồng, mỗi quốc gia, mỗi khu vực trong quá trình phát triển nhưng vẫn giữ vững những nét đặc trưng về văn hóa, bảo vệ bền vững các giá trị văn hóa, gìn giữ ngôn ngữ và văn hóa của các dân tộc thiểu số...

- *QCN và phát triển bền vững về kinh tế.* Phát triển kinh tế cũng là để đảm bảo phát triển QCN. Hơn nữa, phát triển kinh tế cũng là tạo tiền đề để thực hiện QCN trong các lĩnh vực khác nhau, không chỉ riêng trong lĩnh vực kinh tế. Vì thế, QCN luôn gắn với sự phát triển bền vững về kinh tế, đặc biệt là trong các lĩnh vực như: xóa đói giảm nghèo, trách nhiệm xã hội của doanh nghiệp, thực hiện an sinh xã hội, xây dựng nhà nước phúc lợi...

Việc gắn QCN với phát triển bền vững mọi mặt của đời sống xã hội đã trở thành một xu thế tất yếu hiện nay. Chính vì thế, tại nhiều nước trên thế giới các chiến lược phát triển con người, QCN luôn được gắn với các chiến lược phát triển bền vững kinh tế, xã hội.

## 2. Quyền con người gắn với sự phát triển của khoa học kỹ thuật

### 2.1. Quyền con người gắn với sự phát triển của Internet

Có thể nói, chưa bao giờ Internet lại có thể tác động mạnh mẽ đến đời sống của con người như hiện nay. Cuộc cách mạng về công nghệ đã khiến cho QCN có những hình thức mới. Các phương tiện truyền thông và công nghệ mới đã góp phần bảo vệ QCN,

đến với những người chưa được bảo vệ, nhưng đồng thời các phương tiện này cũng trở thành nguy cơ đe dọa đến QCN nếu nó không được quản lý tốt. Dựa vào công nghệ truyền thông, nhiều hoạt động của các chính phủ, khu vực tư nhân hoặc của các tổ chức khác có khả năng được thực hiện và mở rộng tầm ảnh hưởng. Tuy nhiên, những hoạt động đó có thể được thực hiện trong sự thiếu hiểu biết về các tiêu chuẩn QCN.

Internet đã có những đóng góp rất tích cực cho các phong trào nhân quyền trên thế giới, tăng cường giáo dục về QCN cho người dân ở khắp nơi trên thế giới, đồng thời nhờ có Internet mà quyền tiếp cận thông tin của người dân được mở rộng hơn, đỡ mất thời gian, công sức và tiền bạc hơn. Tuy nhiên, Internet cũng đặt ra cho các nhà quản lý những vấn đề nhạy cảm và rất khó giải quyết. Chẳng hạn, chỉ sau 5 năm thành lập, facebook đã trở thành mạng xã hội thành công nhất thế giới với trên 500 triệu tài khoản được mở (con số thống kê năm 2010)<sup>2</sup>. Vì thế, cũng không lạ khi thời gian vừa qua nhiều cuộc biểu tình, tuần hành lớn tại nhiều nơi trên thế giới đã gắn với cộng đồng của mạng xã hội này.

Với sự mở rộng của Internet, các vấn đề nhạy cảm đã không còn là của riêng ai mà nó đã được mang lên mạng, "mồ xẻ", bình luận và thậm chí gây áp lực cho các đối tượng có liên quan. Chưa bao giờ đời sống riêng tư của con người, đặc biệt là của những người nổi tiếng lại dễ bị xâm phạm đến như bây giờ. Thậm chí trên nhiều trang web, người ta còn lập ra cả các forum chuyên chỉ để bình luận về hình thức cũng như đời sống riêng tư của người khác với lời lẽ đôi khi là xúc phạm và bôi nhọ danh dự. Trên thế giới và ở Việt Nam đã có những vụ án hình sự cũng như dân sự liên quan đến lĩnh vực này. Việc thời gian vừa qua đã xảy ra hàng loạt các vụ tử tự của các ngôi sao trong giới giải

2 Theo Dominique Boullier, "Avec internet, un monde commun... mais pluriel" trong "Questions internationales" số 47, tháng 1-2/2011, Documentation française, Paris 2011.

trí ở Hàn Quốc do liên quan đến các tin đồn trên mạng, đã đặt ra không chỉ cho Chính phủ nước này mà còn cả các nước khác, trong đó có Việt Nam về nhu cầu nghiên cứu việc quản lý các nguy cơ và đối phó với các tin đồn trên mạng Internet.

Do vậy, việc phát triển của Internet đã đặt ra cho chúng ta rất nhiều vấn đề liên quan đến QCN như tự do thông tin, quyền tự do hội họp (cả khi trên mạng), quyền bảo vệ đời sống riêng tư, cũng như đặt ra cho các nhà quản lý một bài toán về việc quản lý các blog, mạng xã hội, quản lý các vấn đề phát sinh trên mạng như thế nào để vừa đảm bảo mục tiêu quản lý nhưng vẫn đảm bảo tôn trọng cao nhất các chuẩn mực về QCN.

## 2.2. Quyền con người gắn với sự phát triển của y học

### (i) Quyền nhờ/ thuê người mang thai

Cùng với sự phát triển của y học, đặc biệt là trong lĩnh vực thụ tinh nhân tạo, ngày nay, rất nhiều người đã có thể thực hiện ước mơ được làm cha mẹ khi điều kiện sức khỏe của họ không cho phép. Tuy nhiên, thành tựu y học này cũng đã kéo theo một vấn đề có liên quan đến quyền con người, đó là quyền được nhờ hoặc thuê người mang thai hộ.

Đã từ lâu, tại Việt Nam và nhiều nước trên thế giới, “nghe” đẻ thuê đã ra đời và tồn tại. Đặc biệt, tại một số nước như Ấn Độ thì việc đẻ thuê đã trở thành một nghề hợp pháp và thu được nhiều ngoại tệ. Nhưng đồng thời, tại nhiều nước, trong đó có Việt Nam thì vấn đề này vẫn là một câu hỏi khó có đáp án. Việc 14 cô gái Việt Nam được giải thoát khỏi đường dây đẻ thuê tại Thái Lan<sup>3</sup> đã cho thấy vấn đề này đã mang tính quốc tế, chứ không phải là chuyện riêng của mỗi nước.

Thực tiễn pháp luật tại nhiều nước trên thế giới cho thấy, nhiều nước đã coi đẻ thuê

là một nghề hợp pháp, trong khi một số nước khác nghiêm cấm gắt gao và xử phạt nặng hành vi này. Vào những năm 1980, hình thức đẻ thuê thương mại được liệt vào một dạng tội phạm ở Australia. Song đến nay, hầu hết các tiểu bang tại Australia lại cho phép phụ nữ sinh con thuê và được nhận “những chi phí hợp lý”. Theo đó, mỗi lần sinh con thuê, người mẹ được thuê có thể nhận khoảng 50.000 USD. Dịch vụ mang thai thuê bắt đầu phát triển ở Ấn Độ vào đầu thập kỷ 1990. Đến năm 2002, Ấn Độ hợp pháp hóa chuyện mang thai hộ mang tính thương mại để thúc đẩy du lịch y tế. Nga, Ukraina cũng nằm trong số những nước cho phép phụ nữ được mang thai hộ có trả tiền. Trong khi đó, Đài Loan, Hungary, Italia, Nhật Bản, Ả rập Xê út, Anh... không cho phép đẻ thuê<sup>4</sup>.

Tại Việt Nam, Chính phủ đã ban hành Nghị định 12/2003/NĐ-CP ngày 12/2/2003 đề cập đến quyền sinh con theo phương pháp khoa học và nghiêm cấm các hành vi mang thai hộ và sinh sản vô tính. Tuy nhiên, việc thuê người mang thai hộ vẫn đang ngày càng phát triển, và dường như “thị trường” này lúc nào cũng “nóng”.

Vấn đề này đã đặt ra một số điểm khó giải quyết liên quan đến QCN. Một mặt, đó là quyền của những người mong muốn có con nhưng vì lý do sức khỏe mà không thể mang thai và sinh con bình thường. Mặt khác, đó cũng là quyền của những người được nhờ hoặc thuê mang thai hộ. Đồng thời, cũng phải chống lại các trường hợp có sức khỏe bình thường đẻ mang thai nhưng vì lý do nào đó mà họ dùng tiền để thuê người mang thai hộ cho mình.

Nhiều ý kiến cho rằng không thể coi dịch vụ đẻ thuê là một dịch vụ bình thường. Dù lý do kinh tế đã được mang ra để biện minh cho hành vi này thì việc làm này cũng làm tổn thương đến đạo đức xã hội<sup>5</sup>.

3 Giải cứu 14 cô gái trong đường dây đẻ thuê tại Thái Lan, <http://vtc.vn/10-278429/quoc-te/tin-tuc/giai-cuu-14-co-gai-trong-duong-day-de-thue-o-thai-lan.htm>, tham khảo ngày 14/4/2012.

4 Xem H.Long (tổng hợp), *Thế giới cũng mâu thuẫn, Lao động cuối tuần, số 12, ngày 1-3/4/2011, tr. 7.*

5 Vũ Quỳnh Hương, *Quản để chống, Lao động cuối tuần, số 12, ngày 1-3/4/2011, tr. 7.*



### (ii) Quyền được chuyển đổi giới tính

Một lần nữa, sự phát triển của y học lại đặt ra một vấn đề liên quan đến QCN, đó là quyền xác định lại giới tính và chuyển đổi giới tính. Hiện nay, vẫn chưa có những nghiên cứu và điều tra xã hội học về nhu cầu xác định lại giới tính hoặc phẫu thuật chuyển đổi giới tính của một số người ở Việt Nam rõ ràng và trên thế giới nói chung. Nhưng cho dù con số này có không lớn lắm thì cũng không thể chối cãi được rằng đây là một vấn đề cần được quan tâm và đã làm “nóng” nghị trường của nhiều nước và cả ở Việt Nam trong thời gian gần đây.

Thực tế ở Việt Nam gần đây, nhu cầu được xác định lại giới tính và chuyển đổi giới tính đã trở thành vấn đề mà xã hội quan tâm và bình luận. Đứng ở khía cạnh QCN, việc xác định lại giới tính là việc nên làm và cần phải làm để bảo đảm mỗi người được sống theo đúng giới tính của mình. Tuy nhiên, rất nhiều người sau khi chuyển đổi giới tính đã gặp rất nhiều khó khăn trong cuộc sống, không kể đến những tổn thương tâm lý mà họ gặp phải do sự kỳ thị của mọi người<sup>6</sup>, thì các giao dịch hàng ngày mà cần đến giấy tờ tùy thân cũng đã khiến họ gặp không ít rắc rối.

Hiện nay, pháp luật nhiều nước đã có các quy định về việc xác định lại giới tính. Ở Việt Nam Nghị định 88/2008/NĐ-CP ngày 5/8/2008 về xác định lại giới tính đã có quy định việc xác định giới tính đối với người có khuyết tật bẩm sinh về giới tính hoặc giới tính chưa được định hình chính xác và Nghị định cấm thực hiện chuyển đổi giới tính đối với các trường hợp đã hoàn thiện về giới tính.

Vấn đề đặt ra hiện nay không phải là việc có cho phép việc chuyển đổi giới tính và xác định lại giới tính hay không, mà các

quốc gia, trong đó có Việt Nam cần phải hoàn thiện khung pháp lý liên quan đến vấn đề này để đảm bảo quyền cho những người chuyển đổi giới tính, nhưng cũng ngăn chặn được hiện tượng “làm trống” về tâm lý hoặc chỉ chuyển đổi giới tính theo sở thích, lối sống hoặc vì mục đích nào đó<sup>7</sup>.

### 3. Quyền của các đối tượng dễ bị tổn thương

Trước đây, nếu như nói đến quyền của các đối tượng dễ bị tổn thương, người ta thường nghĩ tới vấn đề quyền của phụ nữ và trẻ em. Nhưng hiện nay, chúng ta đã có thể yên tâm phần nào khi nói tới các vấn đề về quyền của phụ nữ và trẻ em vì các đối tượng này đã và đang tiếp tục nhận được sự quan tâm của cộng đồng thế giới, đặc biệt là trong lĩnh vực bình đẳng giới, mở rộng quyền tham gia của phụ nữ vào chính trị và quyền được chăm sóc và giáo dục của trẻ em. Còn với xu hướng hiện nay, khi nhắc đến quyền của các đối tượng dễ bị tổn thương thì đã xuất hiện một số đối tượng mới, đó là người đồng tính, người cao tuổi và người tàn tật.

#### 3.1. Quyền của người đồng tính

Mặc dù chưa có thống kê chính xác về số người đồng tính hiện nay trên thế giới, nhưng theo một nghiên cứu gần đây của Gallagher và Baker tiến hành tại bang Massachusetts, Mỹ thì ước tính có khoảng 2,3% đàn ông và 1,3% phụ nữ là người đồng tính<sup>8</sup>. Như vậy, đây là một con số không nhỏ và không ai có thể phủ nhận được là có một bộ phận những người này trong từng cộng đồng. Khoa học cũng đã chứng minh rằng đây là hiện tượng có thể xảy ra trong thế giới tự nhiên và cả trong xã hội loài người.

Mặc dù quan điểm của xã hội đối với hiện tượng người đồng tính vẫn còn rất khác nhau và chủ yếu là chông lại hiện tượng này, cho rằng đó là bệnh hoạn, bệnh tâm lý hay

6 Có trường hợp một người ở thành phố Hồ Chí Minh đã bị buộc thôi việc sau khi làm phẫu thuật chuyển đổi giới tính.

7 Như để biểu diễn nghệ thuật, thi đấu thể thao...

8 Xem "Echec des mariages homosexuels", <http://qe.catholique.org/11193-echec-des-mariages-homosexuels> (tham khảo ngày 22/4/2011).

là trái tự nhiên. Tuy vậy, cũng không thể phủ nhận rằng đã đến lúc cần phải quan tâm đến những QCN cơ bản của người đồng tính. Đó là các quyền không bị phân biệt đối xử, quyền được chuyển đổi giới tính, quyền được kết hôn như những người bình thường và quyền được làm việc, được tham gia vào các hoạt động xã hội<sup>9</sup>.

Thực tế, để có được quyền không bị phân biệt đối xử, quyền được tham gia vào các hoạt động xã hội cho người đồng tính sẽ là một chặng đường dài vì cần phải thay đổi quan niệm đạo đức xã hội và cần có được sự cảm thông thật sự của xã hội. Nhưng bằng các công cụ pháp lý, các nhà nước hoàn toàn có thể đảm bảo được quyền chuyển đổi giới tính, quyền làm việc và quyền được kết hôn của người đồng tính.

Liên quan đến quyền được làm việc, cần phải có chế tài đối với người sử dụng lao động có hành vi phân biệt đối xử với người đồng tính. Ở đây, xin được tập trung vào phân tích quyền được kết hôn của người đồng tính.

Ở Việt Nam hiện nay, Luật Hôn nhân và gia đình cấm hôn nhân đồng giới. Tuy nhiên, thực tế ở Việt Nam đã có các đám cưới đồng tính diễn ra. Đám cưới đồng tính được xem là đầu tiên ở Việt Nam được tổ chức vào tháng 4/1997 tại thành phố Hồ Chí Minh giữa hai nam giới. Tháng 3/1998, một đám cưới đồng tính nữ đã được tổ chức ở Vĩnh Long, hai người này đã xin làm giấy đăng ký kết hôn nhưng không được chấp nhận. Và gần đây nhất, đám cưới của hai cô gái 19 tuổi ở Hà Nội và đám cưới của hai cô gái ở độ tuổi 20 ở Cà Mau đã gây ra rất nhiều tranh luận với các luồng ý kiến trái chiều về vấn đề này. Có thể thấy, mặc dù pháp luật chưa cho phép nhưng cũng không thể phủ nhận nhu cầu tình cảm và kết hôn của người đồng tính. Và vấn đề quyền kết hôn của

người đồng tính vẫn còn đang được tranh luận tại nhiều nơi trên thế giới.

Nếu như trước đây, đồng tính luyến ái bị xem là phạm pháp, thì từ vài chục năm gần đây ở châu Âu và châu Mỹ, nhiều quy định cấm đoán quan hệ đồng tính đã bị bãi bỏ. Quan trọng nhất, năm 1973, Hiệp hội Tâm thần Hoa Kỳ đã đưa đồng tính luyến ái ra khỏi danh sách các rối loạn tâm thần, và từ đó nhiều quốc gia khác đã đưa ra các quy định cấm kỳ thị người đồng tính trong công việc, cư trú và dịch vụ. Tuy nhiên, vấn đề kết hôn của người đồng tính vẫn là một “câu hỏi khó” với các nhà lập pháp ở khắp nơi trên thế giới.

Vào năm 2001, Hà Lan trở thành quốc gia đầu tiên trên thế giới công nhận hôn nhân đồng giới. Tiếp sau đó, 9 quốc gia khác như Bỉ, Tây Ban Nha, Ca-na-đa, Nam Phi, Na Uy, Thụy Điển, Bồ Đào Nha, Ai-xơ-len, và Ác-hen-ti-na lần lượt thừa nhận hôn nhân của những người đồng tính. Ngoài ra, thủ đô Mexico city (Mexico) và một số tiểu bang tại Mỹ như Massachusetts, Iowa, Connecticut, Vermont, New Hampshire cũng cho phép hôn nhân đồng giới. Ở một vài quốc gia khác, người đồng tính có thể sống với nhau theo tình trạng kết hợp dân sự và họ được hưởng quyền lợi ngang bằng như các đôi vợ chồng khác giới. Đan Mạch là nơi đầu tiên có đạo luật này năm 1989, tiếp đến là Pháp, Đức, Anh<sup>10</sup>.

Như vậy, đã có sự phát triển về việc pháp điển hóa quyền được kết hôn đồng giới trên thế giới. Tuy nhiên, có vẻ các xã hội Á châu không ủng hộ quan điểm trên và chưa có nước nào ở châu Á có quy định ủng hộ vấn đề này. Điều đó, dường như trái quá nhiều với quan điểm đạo đức của các nước này. Tuy nhiên, nên nhìn nhận vấn đề dưới góc độ khoa học và cũng phải thấy rằng việc cho phép người đồng tính kết hôn cũng

9 Phần lớn những người đồng tính đều phải giấu diếm “thân phận” của mình vì sợ bị phân biệt đối xử và khó tìm việc làm. Rất nhiều quán bar, các câu lạc bộ của người đồng tính trên thế giới bị cảnh sát tấn công và yêu cầu đóng cửa với lý do đó là tệ nạn xã hội.

10 Xem Diễm Thư (tổng hợp) trong Thanh niên tuần san số 24/1/2011, tr.50.

không ảnh hưởng gì đến môi trường chính trị, kinh tế và nêu con người sinh ra vốn được và cần được tôn trọng tự do cá nhân thì quyền tự do kết hôn (cho dù là giữa những người đồng giới) cũng cần được tôn trọng. Hơn nữa, việc cho phép những người đồng tính kết hôn cũng có thể giúp Nhà nước bảo vệ tốt hơn quyền của những đối tượng này bằng công cụ pháp luật, vì nếu không cho phép họ vẫn cố tình chung sống với nhau, và khi có mâu thuẫn xảy ra thì quyền của các bên lại không được bảo đảm bằng pháp luật, như vậy còn nguy hiểm hơn. Nhưng đồng thời cũng cần tính đến các yếu tố tâm lý xã hội khác để tránh gây “sốc” khi các văn bản luật có liên quan được thông qua.

### 3.2. Quyền của người cao tuổi

Ngày nay, dân số thế giới đang già đi, tỉ lệ người lớn tuổi trong cơ cấu dân số của toàn thế giới đang tăng, điều này đặt ra một thực tế là cần phải quan tâm ngày một nhiều hơn đến các quyền của đối tượng này. Hiện nay, theo ước tính, có gần 20% người cao tuổi trên toàn thế giới được hưởng tiền trợ cấp. Điều này có nghĩa là có khoảng 607 triệu người tuổi từ 60 trở lên thiếu sự đảm bảo về thu nhập<sup>11</sup>. Nhiều người cao tuổi vẫn phải làm các công việc nặng nhọc để kiếm sống, nhiều người bị bỏ rơi trong các nhà dưỡng lão thiếu các tiện nghi chăm sóc cá nhân. Thậm chí, tại nhiều nơi cũng không có nhà dưỡng lão để đảm bảo chăm sóc đối tượng người cao tuổi và nhiều người cao tuổi vẫn phải sống trong tình trạng không nhà cửa, lang thang kiếm sống.

Trước tình hình ở nhiều nơi, nhiều nước trên thế giới, vai trò của người cao tuổi đã không được nhìn nhận đúng đắn và được quan tâm. Đồng thời người cao tuổi cũng là những đối tượng dễ bị tổn thương do vấn đề về sức khỏe và thu nhập. Nhiều nước cũng đã có những đề xuất sửa đổi pháp luật nhằm bảo vệ

quyền của người cao tuổi, xác định rõ hơn rằng những người trẻ tuổi phải có bổn phận thăm nom và chăm sóc cho cha mẹ mình.

Theo Tổng thư ký Liên hợp quốc Ban Ki Moon, đã đến lúc các nước trên thế giới cần đưa ra các biện pháp tài chính, xã hội và luật pháp nhằm giúp hàng triệu người cao tuổi thoát khỏi cảnh nghèo đói, đảm bảo quyền có cuộc sống khỏe mạnh và được tôn trọng. Những người này đều có quyền được tiếp cận các dịch vụ xã hội; các nước cần đưa ra các chương trình lương hưu cho người cao tuổi, xây dựng hệ thống pháp luật và chính sách nhằm ngăn chặn sự phân biệt đối xử về tuổi tác và giới tính tại nơi làm việc.

Cao ủy Nhân quyền Liên hiệp quốc Navi Pillay cũng cho rằng, với việc 2/3 số người cao tuổi trên thế giới sống ở các nước có thu nhập thấp và trung bình, chính phủ các nước cần đưa ra các chương trình lương hưu cho người già cũng như các biện pháp phù hợp trong các lĩnh vực nhà ở, y tế, giao thông, nước sạch để đảm bảo rằng họ không bị bỏ rơi và phân biệt đối xử. Dự kiến, đến năm 2050, số người cao tuổi trên toàn thế giới sẽ tăng lên 2 tỷ người<sup>12</sup>.

Như vậy, rõ ràng, đã đến lúc chúng ta cần quan tâm hơn nữa đến các quyền của người cao tuổi, đặc biệt là quyền được đảm bảo mức sống tối thiểu cũng như quyền được chăm sóc về sức khỏe của họ.

### 3.3. Quyền của người khuyết tật

Hiện nay, số người khuyết tật chiếm khoảng 5% dân số thế giới, vì thế việc quan tâm và đảm bảo quyền của đối tượng này là việc đương nhiên phải tính đến. Nếu như trước đây, quyền của người khuyết tật chỉ được quan tâm ở mức độ đảm bảo cho họ có được mức sống tối thiểu và được chăm sóc về y tế, thì hiện nay, trong điều kiện kinh tế,

*(Xem tiếp trang 36)*

11 Xem Kiều Giang (Theo Xinhua), Liên hợp quốc đề cao vai trò của người cao tuổi trong cuộc chiến chống đói nghèo, [http://www.cpv.org.vn/cpv/Modules/News/NewsDetail.aspx?co\\_id=30480&cn\\_id=439273](http://www.cpv.org.vn/cpv/Modules/News/NewsDetail.aspx?co_id=30480&cn_id=439273), tham khảo ngày 17/12/2010.

12 Thông tấn xã Việt Nam, Liên hợp quốc kêu gọi các nước tăng cường hỗ trợ người già, ngày 3/10/2010.

# GIẢI QUYẾT HÒA BÌNH CÁC TRANH CHẤP QUỐC TẾ TRÊN BIÊN ĐÔNG

NGUYỄN TRUNG TÍN \*

**H**iện nay, giữa một số quốc gia ven biển Đông vẫn còn một số tranh chấp về lãnh thổ và biển. Việc giải quyết thỏa đáng các tranh chấp đó sẽ tạo thêm điều kiện thuận lợi cho sự hợp tác, hòa bình, hữu nghị giữa các quốc gia trong khu vực và cả với các quốc gia khác trên thế giới. Bài viết mong muốn làm sáng tỏ một số cơ sở pháp lý quốc tế của các phương thức giải quyết các tranh chấp.

Có thể thấy, hiện nay có hai loại tranh chấp đang tồn tại ở biển Đông. Loại thứ nhất là các tranh chấp về các vùng biển và loại thứ hai là các tranh chấp về các đảo. Đối với loại tranh chấp thứ nhất, nền tảng pháp lý quốc tế chung để giải quyết trước hết phải là luật biển quốc tế (trong đó Công ước quốc tế về Luật Biển năm 1982 có ý nghĩa quan trọng nhất). Đối với loại tranh chấp thứ hai, nền tảng pháp lý quốc tế chung để giải quyết, trước hết là luật quốc tế về lãnh thổ quốc gia (trong đó các quy định mang tính chất tập quán vẫn còn là cơ sở pháp lý quan trọng). Ngoài ra, cần nhìn nhận rằng các nguyên tắc cơ bản của luật quốc tế hiện hành là nền tảng bao trùm cho quá trình giải quyết các tranh chấp đó, cả về luật nội dung, cả về luật tố

tụng. Việc quốc gia nào đó không dựa vào các nền tảng pháp lý như vậy để đưa ra cách giải quyết riêng của mình là một điều hoàn toàn không thể chấp nhận được về mặt pháp lý quốc tế.

Để làm rõ các cơ sở pháp lý quốc tế trong việc giải quyết các tranh chấp trên, chúng tôi xin bàn về một số vấn đề pháp lý quốc tế hiện hành tạo nền tảng cho các cơ sở ấy.

## 1. Luật biển quốc tế và các tranh chấp trên biển Đông

### 1.1. Luật biển quốc tế và sự phát triển quan hệ quốc tế

Theo đà phát triển của khoa học - kỹ

\* PGS, TS. nguyên Phó Tổng biên tập Tạp chí Nhà nước và pháp luật, Viện Khoa học Xã hội Việt Nam

thuật trên thế giới, con người ngày càng mở rộng tri thức không chỉ về những nguồn tài nguyên khổng lồ và quý giá của biển mà còn về các cách thức khai thác và chế biến chúng. Sự nghiên cứu một cách tích cực và sử dụng các tài nguyên quý đó đặt ra một loạt vấn đề liên quan tới lợi ích sống còn của nhiều quốc gia và dân tộc như các vấn đề kinh tế, chính trị, quốc phòng, pháp lý và các vấn đề khác. Trước hết, đó là việc hoàn thiện hơn nữa chế độ pháp lý đối với các vùng không phận trên biển và trên không, điều chỉnh một loạt hoạt động của các thành viên cộng đồng quốc tế trong việc sử dụng và khai thác chúng.

Việc điều chỉnh pháp lý quốc tế đối với các quan hệ quốc tế, trước hết là đối với quan hệ giữa các quốc gia, cần phải được hình thành trên cơ sở có tính đến việc giữ gìn các giá trị văn minh của nhân loại, củng cố hòa bình và an ninh quốc tế, bảo đảm sự cân bằng sinh thái và giữ gìn điều kiện môi sinh thuận lợi cho các thế hệ mai sau.

Sự hình thành luật quốc tế nói chung và luật biển quốc tế nói riêng đã có từ xa xưa trong lịch sử nhân loại. Trong các giai đoạn khác nhau của lịch sử loài người, luật quốc tế cũng như luật biển quốc tế đã có những thay đổi không nhỏ. Mỗi một hình thái kinh tế - xã hội tương ứng với một hệ thống các nguyên tắc và các quy phạm luật quốc tế của nó.

Luật quốc tế hiện hành đã có sự phát triển đáng kể so với luật quốc tế trước đây ở nhiều điểm. Một trong các điểm đó là việc luật quốc tế có nhiều ngành, trong đó, mỗi ngành bao gồm tổng thể các nguyên tắc và quy phạm pháp luật quốc tế điều chỉnh các quan hệ giữa các chủ thể luật quốc tế với nhau về một lĩnh vực nhất định của đời sống quốc tế.

Sự phát triển của các ngành luật quốc tế phụ thuộc vào các điều kiện khách quan và chủ quan, trong đó, các điều kiện khách quan có ý nghĩa quyết định.

Mỗi một ngành luật quốc tế là một nhóm các nguyên tắc và các quy phạm luật quốc tế riêng biệt được hình thành trên cơ sở thỏa thuận của các chủ thể luật quốc tế một cách tự nguyện và bình đẳng để điều chỉnh các quan hệ giữa các chủ thể luật quốc tế trong một lĩnh vực nhất định của đời sống.

Luật biển quốc tế với tính chất là một ngành của luật quốc tế bao gồm tổng thể các nguyên tắc và các quy phạm của luật quốc tế điều chỉnh các quan hệ giữa các chủ thể luật quốc tế với nhau (chủ yếu là các quốc gia) trong lĩnh vực khai thác và sử dụng biển.

Luật biển quốc tế đã xuất hiện từ rất sớm trong lịch sử nhân loại. Luật biển quốc tế hiện hành được xây dựng trên nền tảng của các nguyên tắc cơ bản của luật quốc tế hiện hành. Các nguyên tắc đó là thành quả của nền văn minh nhân loại đã được hình thành sau nhiều thiên niên kỷ của các cuộc chiến tranh tàn khốc, đẫm máu và nước mắt.

Chính vì thế, các nguyên tắc và các quy phạm của luật biển quốc tế hiện hành đã đáp ứng được nhu cầu hợp tác bình đẳng và chính đáng của các quốc gia trong việc khai thác và sử dụng biển. Các nguyên tắc và quy phạm chung của luật biển quốc tế được ghi nhận chủ yếu trong Công ước về Luật biển quốc tế năm 1982 có hiệu lực từ ngày 16/11/1994 (sau đây gọi tắt là Công ước 1982). Công ước 1982 được ví như Bộ luật của cộng đồng thế giới trong việc khai thác và sử dụng biển.

Tuy nhiên, Công ước 1982 không phải là bộ luật được hình thành một lần, một cách bất di bất dịch, mà nó sẽ tiếp tục được hoàn

thiện và phát triển. Mức độ hoàn thiện và phát triển đó phụ thuộc vào các điều kiện khách quan và chủ quan trong quan hệ giữa các quốc gia.

Luật biển quốc tế đã trải qua một thời kỳ phát triển đầy sóng gió. Nếu trong lĩnh vực chiến tranh và hòa bình, cuộc đấu tranh được tiến hành giữa hai lực lượng: yêu chuộng hòa bình và gây chiến, thì trong lĩnh vực phân chia lợi ích quốc gia trên biển, các quốc gia đấu tranh với nhau vì quyền lợi của chính mình không phụ thuộc vào trình độ phát triển, xu hướng chính trị... và vì vậy, việc tìm ra tiếng nói chung là vô cùng nan giải. Các nguyên tắc và quy phạm của luật biển quốc tế hiện hành đã được xây dựng trên cơ sở đó, dù rằng công việc này gặp không ít khó khăn.

### ***1.2. Một số quy định của luật quốc tế về giải quyết tranh chấp trên biển***

Công ước 1982 quy định các quốc gia thành viên có nghĩa vụ giải quyết các tranh chấp về giải thích và áp dụng Công ước trên cơ sở trước hết là Hiến chương Liên hiệp quốc.

Theo Hiến chương Liên hiệp quốc, các tranh chấp quốc tế bao gồm: các tranh chấp đe dọa hòa bình và an ninh, các tranh chấp mang tính chất pháp lý là các tranh chấp về giải thích các điều ước, các vấn đề bất kỳ của luật quốc tế, các sự kiện vi phạm các cam kết quốc tế, bồi thường thiệt hại.

Các tranh chấp đó, theo Hiến chương (Điều 33), cần phải được giải quyết bằng các biện pháp hòa bình. Cụ thể, các tranh chấp loại thứ nhất cần được giải quyết bằng các biện pháp đàm phán, điều tra, trung gian, hòa giải, trọng tài, các tổ chức quốc tế hoặc các biện pháp hòa bình khác mà các bên lựa chọn. Các tranh chấp loại thứ hai, về nguyên tắc, cần được đưa ra tòa án quốc tế giải quyết

trên cơ sở quy chế Tòa án Quốc tế. Tuy nhiên, các quốc gia có thể thỏa thuận giải quyết bằng các biện pháp hòa bình khác.

Đại hội đồng Liên hiệp quốc có quyền thảo luận bất cứ vấn đề gì về hòa bình và an ninh, đưa ra khuyến nghị về bất cứ vấn đề gì cho quốc gia hữu quan hoặc Hội đồng Bảo an.

Hội đồng Bảo an có vai trò quan trọng trong việc giải quyết các tranh chấp quốc tế bằng các biện pháp hòa bình. Khi xét thấy cần thiết, Hội đồng Bảo an có quyền yêu cầu các bên giải quyết tranh chấp bằng các biện pháp được ghi nhận trong Hiến chương hoặc kiến nghị một biện pháp cụ thể.

Tòa án quốc tế là cơ quan tư pháp của Liên hiệp quốc. Tòa án quốc tế giải quyết các tranh chấp do các quốc gia thành viên thỏa thuận đưa ra Tòa án trên cơ sở luật quốc tế. Tất cả các quốc gia thành viên Liên hiệp quốc là các quốc gia thành viên Quy chế Tòa án quốc tế. Các quốc gia đó có thể vào bất kỳ khi nào tuyên bố rằng mình thừa nhận quyền tài phán của Tòa án quốc tế mà không cần một thỏa thuận riêng biệt sau này trong quan hệ với các quốc gia cũng có tuyên bố tương tự.

Như vậy, Đại hội đồng, Hội đồng Bảo an và Tòa án Quốc tế của Liên hiệp quốc có quyền giải quyết bất kỳ tranh chấp gì về luật biển quốc tế.

Theo Công ước 1982, các quốc gia thành viên có quyền đi đến thỏa thuận giải quyết vào bất cứ lúc nào, bằng bất kỳ phương pháp hòa bình nào theo lựa chọn của mình một vụ tranh chấp xảy ra giữa họ về các vấn đề đã nêu trên.

Trong quan hệ giữa các quốc gia xảy ra các tranh chấp trên, khi các quốc gia ấy đã thỏa thuận tìm cách giải quyết các tranh chấp

đó bằng một phương pháp hòa bình thì các biện pháp đó được áp dụng. Nếu không thỏa thuận được thì các bên phải tiến hành thủ tục giải quyết bắt buộc mà Công ước 1982 quy định.

Công ước 1982 không cấm các quốc gia thành viên ký kết các điều ước quốc tế song phương hoặc đa phương quy định về cách thức hòa bình và giải quyết các tranh chấp đã nêu trên.

Theo Công ước 1982, khi có một tranh chấp xảy ra giữa các quốc gia thành viên liên quan đến việc giải thích hay áp dụng Công ước, các bên tranh chấp cần tiến hành trao đổi quan điểm về cách giải quyết tranh chấp bằng thương lượng hay bằng các phương pháp hòa bình khác.

Như vậy, nếu một quốc gia nào đó không giải quyết các tranh chấp quốc tế ở biển Đông bằng hòa bình thì có nghĩa là chính quốc gia đó vi phạm thô bạo luật quốc tế. Ngoài ra, Công ước 1982 còn bắt buộc các quốc gia phải giải quyết theo các phương thức được Công ước đưa ra trong trường hợp các quốc gia không thỏa thuận với nhau được về biện pháp hòa bình. Như vậy, con đường giải quyết các tranh chấp ở biển Đông hiện nay theo chúng tôi là nên chọn các phương thức được quy định trong Công ước 1982.

### 2. Các tranh chấp về các đảo ở biển Đông

Các tranh chấp về lãnh thổ hiện nay thường xảy ra trong ba trường hợp: (i) các tranh chấp thường xoay quanh vấn đề điểm mốc của đường biên cụ thể trên bộ (thường là trong các trường hợp không có các điều ước quốc tế về hoạch định biên giới); (ii) các tranh chấp thường liên quan tới vấn đề áp dụng điều ước quốc tế nào trong số các điều ước đều đề cập tới vấn đề hoạch định biên giới, hoặc là vấn đề giải thích khác nhau về

quy định hoạch định biên giới; (iii) vấn đề tranh chấp đề cập tới chủ quyền của các quốc gia đối với một vùng lãnh thổ (thường là các hòn đảo).

Tranh chấp lãnh thổ được hình thành do quan điểm của các quốc gia hữu quan về sự tồn tại hoặc sự điều chỉnh của các quy phạm luật quốc tế chung, các quy phạm dưới dạng điều ước hoặc dưới dạng tập quán pháp về chủ quyền của các quốc gia đối với phần lãnh thổ tranh chấp. Khi một quốc gia đã có sự thừa nhận về việc tồn tại tranh chấp lãnh thổ có nghĩa là đã thừa nhận một bộ phận lãnh thổ là lãnh thổ tranh chấp. Tuy nhiên, không thể có tranh chấp lãnh thổ khi một bên đơn phương yêu cầu thay đổi lãnh thổ với việc tuyên bố không xuất phát từ các quy phạm luật quốc tế xác định địa vị pháp lý bộ phận lãnh thổ ấy.

Các tranh chấp lãnh thổ nói riêng cũng như các tranh chấp quốc tế nói chung phải được giải quyết bằng các biện pháp hòa bình. Tuy vậy, cũng không ít trường hợp các quốc gia đã vi phạm pháp luật quốc tế về vấn đề này - sử dụng lực lượng vũ trang để giải quyết.

Trong việc giải quyết các tranh chấp lãnh thổ, các chứng cứ có ý nghĩa quyết định. Trong các chứng cứ về chủ quyền của mỗi quốc gia đối với bộ phận lãnh thổ, ý nghĩa quyết định nhất thuộc về các điều ước quốc tế xác định biên giới quốc gia. Ngoài ra, các bản đồ cũng đóng vai trò quan trọng trong việc xác định đường biên giới. Trong số các loại bản đồ địa lý, bản đồ có ý nghĩa quyết định nhất là bản đồ được hình thành trên cơ sở điều ước quốc tế về hoạch định biên giới giữa các quốc gia hữu quan. Các bản đồ được xuất bản đơn phương từ một phía quốc gia kém giá trị pháp lý hơn. Tuy nhiên, trong một số trường hợp, có thể chúng

cũng đóng vai trò đáng kể. Về nguyên tắc, sự xuất bản bản đồ chính thức của nhà nước là sự thừa nhận hoặc phủ nhận quan điểm của quốc gia tranh chấp kia về đường biên giới.

Trong quá trình tồn tại tranh chấp lãnh thổ, đôi khi xuất hiện trường hợp một trong các bên thừa nhận đường biên giới đang tồn tại trên thực tế hoặc sự chiếm hữu thực tế một bộ phận lãnh thổ tranh chấp. Việc thừa nhận đó có ý nghĩa rất quan trọng vì nó dẫn tới loại trừ tranh chấp trên. Việc thừa nhận đó có thể được thể hiện một cách rõ ràng hoặc im lặng. Việc thừa nhận rõ ràng thường được tiến hành dưới dạng văn bản hoặc bằng miệng. Cả hai trường hợp như vậy đều là sự thể hiện việc đồng ý với đường biên giới hiện tại hoặc với phần lãnh thổ đang được chiếm hữu thực tế. Sự thừa nhận một cách im lặng được hiểu là việc thiếu vắng sự phản đối cần thiết trong trường hợp khi cần phải thực hiện chúng. Quan điểm về việc thừa nhận im lặng thường được áp dụng tại Tòa án quốc tế khi giải quyết các tranh chấp về lãnh thổ.

Bằng chứng về việc không thừa nhận đường biên giới với sự chiếm hữu hiện hữu là tuyên bố về vấn đề đó. Đó là tuyên bố đơn phương của một bên về hành vi của phía bên kia trong mối quan hệ đối với đường biên giới hoặc vùng lãnh thổ tranh chấp. Sự phản đối như vậy là chứng tỏ việc khẳng định quan điểm của quốc gia về vùng lãnh thổ tranh chấp. Điều đó sẽ có ý nghĩa đáng kể trong việc giải quyết tranh chấp về vùng lãnh thổ đó.

Trong việc giải quyết các tranh chấp về lãnh thổ, đặc biệt là các tranh chấp về các đảo trên biển nói chung và trên biển Đông nói riêng, việc xem xét các phương thức thụ đắc lãnh thổ được thừa nhận trong luật quốc

tế có ý nghĩa đặc biệt quan trọng (điều này giống như việc xem xét các cơ sở xác lập quyền sở hữu trong việc giải quyết tranh chấp về quyền sở hữu).

Thực tiễn luật quốc tế tồn tại rất nhiều hình thức thụ đắc lãnh thổ khác nhau tạo nên những lãnh thổ thuộc chủ quyền của mỗi quốc gia. Việc thụ đắc các lãnh thổ của các quốc gia phụ thuộc vào điều kiện, hoàn cảnh, thời gian của mỗi dân tộc. Có hình thức thụ đắc phù hợp với giai đoạn lịch sử phát triển này của luật pháp quốc tế, nhưng lại không phù hợp với giai đoạn kia. Mỗi một hình thức thụ đắc lãnh thổ có một loạt những đòi hỏi cấu thành được gọi là những đặc điểm của hình thức thụ đắc. Tùy từng điều kiện lịch sử, những đòi hỏi ấy cũng có sự thay đổi. Có đòi hỏi của hình thức thụ đắc phù hợp với thời kỳ này, nhưng lại không phù hợp với giai đoạn tiếp theo của lịch sử.

Thực tiễn của luật pháp quốc tế tồn tại năm hình thức thụ đắc lãnh thổ cơ bản sau: thụ đắc bằng chiếm hữu; thụ đắc bằng chuyển nhượng; thụ đắc bằng chiếm hữu theo thời hiệu; thụ đắc bằng xâm chiếm; thụ đắc bằng sự tác động của thiên nhiên.

Chiếm hữu (occupation) là hành động của quốc gia thiết lập và thực hiện quyền lực của mình trên một lãnh thổ vốn chưa thuộc chủ quyền về một quốc gia nào khác. Đây là một hình thức thụ đắc lãnh thổ cơ bản luôn là cơ sở cho việc hình thành lãnh thổ của đa số các quốc gia hiện nay. Điều kiện tiên quyết cho việc thụ đắc lãnh thổ là lãnh thổ chiếm hữu phải là lãnh thổ vô chủ. Tuy rằng, hiện nay không còn lãnh thổ vô chủ để các quốc gia có thể tiến hành chiếm hữu, nhưng những đặc điểm của nó trở thành tiêu chí để phán xét các tranh chấp lãnh thổ hiện nay của nhiều quốc gia trên thế giới.

Thụ đắc bằng chuyển nhượng (conces-



sion) là sự chuyển giao một cách tự nguyện chủ quyền lãnh thổ từ một quốc gia này sang một quốc gia khác. Thông thường hình thức chuyển nhượng được hợp thức thông qua các điều khoản của một hiệp định chính thức mà trong đó ghi chú một cách tỉ mỉ về vùng đất được chuyển nhượng cũng như các điều kiện để chuyển nhượng được hoàn thành.

Thụ đắc bằng chiếm hữu theo thời hiệu (precriptio acquisitive) là sự thực hiện liên tục và hòa bình trong một thời gian dài quyền lực của một quốc gia đối với một vùng lãnh thổ vốn dĩ là chủ quyền của một quốc gia khác hoặc không rõ ràng bị tranh chấp.

Thụ đắc bằng xâm chiếm (conquest) là một hình thức thụ đắc lãnh thổ diễn ra sau các cuộc chiến tranh (sử dụng lực lượng vũ trang). Theo đó, một quốc gia chiến thắng sáp nhập lãnh thổ hoặc một phần lãnh thổ của một quốc gia bại trận vào lãnh thổ của mình. Phương thức này tồn tại trong thời kỳ phong kiến, hiện nay phương thức này hoàn toàn bị bác bỏ vì trái với nguyên tắc không sử dụng vũ lực hoặc đe dọa sử dụng vũ lực trong các quan hệ quốc tế.

Thụ đắc bằng các sự tác động của thiên nhiên (accretion) là một hình thức thụ đắc lãnh thổ mà theo đó, một quốc gia có quyền mở rộng diện tích lãnh thổ thông qua việc bồi đắp một cách tự nhiên vào lãnh thổ chính hoặc sự xuất hiện của đảo. Các vùng lãnh thổ này không chỉ trở thành một bộ phận lãnh thổ của quốc gia đó mà còn tạo nên sự mở rộng ra ngoài của đường biên giới quốc gia trên biển.

Ngoài những hình thức thụ đắc lãnh thổ trên, còn một số hình thức thụ đắc lãnh thổ khác, nhưng theo thời gian, chúng ngày càng mất hết ý nghĩa thực tế. Ví dụ, như việc cho tặng, việc thừa kế lãnh thổ của các vua chúa

thời phong kiến. Những hình thức này trước đây cũng là những cơ sở tạo nên sự thụ đắc lãnh thổ của nhiều quốc gia. Chúng đã tồn tại khi mà hai khái niệm “chủ quyền” và “quyền sở hữu” của nhà vua không có sự phân biệt. Do vậy, việc tặng cũng như cho và thừa kế lãnh thổ như một thứ của hồi môn trở thành một trong những hình thức thụ đắc lãnh thổ quan trọng thời phong kiến. Thực tế đã xảy ra nhiều trường hợp vị hôn thê đã mang về với danh nghĩa của hồi môn một vùng lãnh thổ rộng lớn để thêm vào lãnh thổ của vị hôn phu.

Với việc cấm đe dọa bằng vũ lực và sử dụng vũ lực trong quan hệ quốc tế, xuất hiện nguyên tắc bất khả xâm phạm và toàn vẹn lãnh thổ quốc gia cùng nguyên tắc quyền dân tộc tự quyết, các hình thức thụ đắc lãnh thổ bằng xâm chiếm, chuyển nhượng đã không còn tồn tại trên thực tế.

Ngoài những hình thức thụ đắc nêu trên, còn nhiều hình thức khác như hình thức kế cận địa lý, hình thức này đã được dùng để vạch đường biên giới cho vùng Bắc Cực. Nhưng cho đến nay, hình thức này không có ý nghĩa thực tế nữa, vì trên trái đất không còn có những vùng tương tự như Bắc Cực.

Như vậy, hình thức thụ đắc lãnh thổ rất đa dạng, được xuất hiện, tồn tại và phát triển phù hợp với từng điều kiện hoàn cảnh lịch sử cụ thể. Trong số những hình thức thụ đắc lãnh thổ nêu trên thì việc thụ đắc bằng chiếm hữu là cơ bản và quan trọng nhất trong luật pháp và tập quán quốc tế.

Vì vậy, cần thiết phải phân tích sâu sắc các tiêu chí của luật quốc tế đối với việc chiếm hữu lãnh thổ. Có các tiêu chí sau:

- *Điều kiện cần thứ nhất:* vùng lãnh thổ chiếm hữu phải là vô chủ, không nằm trong hệ thống địa lý hành chính của bất kỳ quốc gia nào. Lãnh thổ vô chủ (terra nullius) là

lãnh thổ chưa từng đặt dưới sự quản trị của một quốc gia nhất định nào. Nói một cách khác, lãnh thổ đó chưa có một tổ chức quốc gia (có thể có cư dân sống trong vùng lãnh thổ đó nhưng chưa có một tổ chức nhà nước nào ở trên đó). Sự chiếm hữu lãnh thổ vô chủ là một hình thức thụ đắc hợp pháp. Điều này xuất phát từ nguyên tắc cổ điển của luật dân sự là “mọi người đều có quyền ngang nhau đối với vật chưa thuộc quyền sở hữu của bất cứ ai và vật này sẽ thuộc về quyền sở hữu của người nào chiếm hữu nó trước nhất”.

Trong khoa học luật pháp quốc tế, lãnh thổ vô chủ còn được hiểu là lãnh thổ bị bỏ rơi. Tức là, vùng lãnh thổ trước kia vốn dĩ từng bị chiếm hữu, sau đó nhà nước chiếm hữu tự từ bỏ quyền chiếm hữu của mình. Lãnh thổ vô chủ được hiểu ở dưới dạng rộng hơn khi một quốc gia nào đó thực hiện chủ quyền nhà nước của mình trên một vùng lãnh thổ trong một thời gian dài liên tục bằng biện pháp hòa bình và không bị các quốc gia khác phản đối.

- *Điều kiện cần thứ hai:* việc chiếm hữu phải là hành động nhân danh quốc gia hoặc được quốc gia ủy quyền, tức là không phải hành động của tư nhân. Bất kỳ một hành động nào từ phía những người không mang danh nghĩa nhà nước đều không đủ tư cách hành động thực hiện chủ quyền lãnh thổ của nhà nước (không thể làm thay đổi tính chất chủ quyền ngay cả khi các cá nhân hợp thành một tập thể hay một công ty trừ khi được nhà nước ủy quyền).

- *Điều kiện thứ ba:* sự chiếm hữu phải thông qua một loạt các hành động thể hiện chủ quyền quốc gia một cách hiện thực rõ ràng và liên tục.

- *Điều kiện thứ tư:* tính hòa bình của sự chiếm hữu và việc chiếm hữu phải được dư luận đương thời chấp nhận không phản đối.

Trong vụ đảo Palmas, trọng tài M.Huy-be tuyên bố việc thực hiện quyền lực trên thực tế một cách hòa bình trong một thời gian dài và đầy đủ là cần thiết cho việc xác lập chủ quyền đối với một vùng lãnh thổ vô chủ.

Tóm lại, chiếm hữu thực sự là một loại hình thụ đắc lãnh thổ quan trọng tạo nên chủ quyền quốc gia trên một vùng lãnh thổ vô chủ. Hình thức này được biểu hiện bằng một loạt các đòi hỏi phức tạp và đa dạng có liên quan chặt chẽ đến nhau: từ chỗ chiếm hữu đầu tiên bằng con đường hòa bình do các cá nhân quốc gia ủy quyền thực hiện sau đó được tiếp tục bằng việc thực hiện chủ quyền quốc gia trên lãnh thổ đó một cách liên tục với một phương pháp vừa đủ phù hợp với điều kiện hoàn cảnh của vùng lãnh thổ chiếm hữu.

Đến nay, các cứ liệu lịch sử đều cho thấy, Nhà nước Việt Nam đã chiếm hữu thực sự hai quần đảo Hoàng Sa và Trường Sa ít nhất từ thế kỷ thứ XVII, tức là trước khi có sự công bố bản đồ của Đỗ Bá năm 1686. Điều này có nghĩa là, Nhà nước Việt Nam đã sử dụng hình thức chiếm hữu thực sự cho việc thụ đắc hai quần đảo Hoàng Sa và Trường Sa phù hợp với bốn điều kiện trên của luật quốc tế hiện hành. Điều này hoàn toàn phù hợp với công bố Nhà nước trong sách trắng của Nhà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam.

Ngoài ra, các chứng cứ lịch sử cũng cho thấy, Nhà nước Việt Nam trên thực tế đã làm chủ hai quần đảo Hoàng Sa và Trường Sa bằng những hoạt động tổ chức khai thác, khảo sát, đặt bia, xây miếu, trồng cây, bảo vệ ngư dân; đặt ra các quy định thưởng phạt nghiêm minh, thực hiện nghĩa vụ trong việc bảo đảm an toàn hàng hải quốc tế, cứu hộ người bị hại... Nhà nước ta đã đáp ứng được đầy đủ các tiêu chuẩn của việc thụ đắc lãnh thổ vô chủ vào cả thời kỳ trước đây và hiện nay ■

# **HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT VỀ THU HỒI ĐẤT, BỒI THƯỜNG, HỖ TRỢ, TÁI ĐỊNH CƯ TRONG GIAI ĐOẠN HIỆN NAY**

**PHAN TRUNG HIỀN\***

**P**háp luật đất đai hiện hành qua nhiều lần sửa đổi, thay thế (từ Luật Đất đai năm 1987 đến Luật Đất đai năm 2003) vẫn còn những bất cập, vướng mắc mà thể hiện rõ nhất là vấn đề thu hồi đất, bồi thường, hỗ trợ, tái định cư. Bài viết tập trung phân tích một số ưu điểm và hạn chế của các quy định liên quan đến thu hồi đất, bồi thường, hỗ trợ, tái định cư trong Luật Đất đai năm 2003, từ đó đưa ra giải pháp nhằm hoàn chỉnh các quy định này.

## **1. Quy định về thu hồi đất trong Luật Đất đai<sup>1</sup>**

### ***Cơ sở pháp lý thu hồi đất***

Cơ sở pháp lý cao nhất về thu hồi đất (THĐ) ở Việt Nam là Điều 38 Luật Đất đai (LĐĐ) bao gồm 12 trường hợp THĐ. Trong đó, các trường hợp THĐ rất khác nhau về bản chất như: THĐ do lỗi của người sử dụng đất (SDĐ) (như người SDĐ cố ý hủy hoại đất...) hoặc THĐ không do lỗi của người SDĐ (như người SDĐ tự nguyện trả lại đất); THĐ có bồi thường, hỗ trợ, tái định cư - BTHTTĐC - (khoản 1 Điều 38) và THĐ không bồi thường (khoản 2 đến khoản 12 Điều 38). Việc quy định tổng thể tất cả các trường hợp trong một điều luật tuy có một thuận lợi trong công tác quản lý nhà nước, nhưng về mặt khoa học pháp lý phản ánh

một số điểm sau:

*Thứ nhất*, nhà làm luật thể hiện sự quan tâm nhiều đến chủ thể quản lý đất đai hơn là người SDĐ. Ở đây, các chủ thể SDĐ dù thực hiện đúng yêu cầu của pháp luật hay vi phạm pháp luật đất đai, nếu dẫn đến kết quả “đất phải thu hồi”, thì đều được xếp “cùng hàng” với nhau tại Điều 38 LĐĐ năm 2003.

*Thứ hai*, trường hợp THĐ tại khoản 1 Điều 38 có rất nhiều điểm đặc thù: (i) thu hồi trong trường hợp này phải gắn với quy hoạch, kế hoạch SDĐ và có BTHTTĐC; (ii) việc THĐ này là không tự nguyện, nằm ngoài mong muốn của người SDĐ; (iii) trong trường hợp này, người SDĐ hoàn toàn không có lỗi, mà vì Nhà nước cần “huy động” một diện tích đất cho lợi ích chung vì nhu cầu phát triển. Vì vậy, nếu xem xét đa

\* **TS. Phó trưởng Khoa luật, Trường Đại học Cần Thơ.**

<sup>1</sup> Chế định THĐ được quy định trong LĐĐ năm 2003 từ Điều 38 đến Điều 44.

chiều, cần phải có những quy định riêng điều chỉnh nhằm thể hiện sự tôn trọng của Nhà nước đối với những đóng góp của người dân vào quá trình phát triển đất nước.

*Thứ ba*, việc THĐ tại khoản 1 Điều 38 LDD phải theo quy hoạch chi tiết đã được cơ quan nhà nước có thẩm quyền xét duyệt. Đó phải là “quy hoạch, kế hoạch SDD được công bố hoặc khi dự án đầu tư có nhu cầu SDD phù hợp với quy hoạch, kế hoạch SDD”<sup>2</sup>. “Trường hợp chưa có quy hoạch SDD hoặc kế hoạch SDD được duyệt thì căn cứ vào quy hoạch xây dựng đô thị hoặc quy hoạch xây dựng điểm dân cư nông thôn đã được cơ quan nhà nước có thẩm quyền xét duyệt”<sup>3</sup>. Tuy nhiên, nếu quy hoạch, kế hoạch SDD được xác định trong LDD năm 2003 và chủ thể quản lý chủ yếu là cơ quan tài nguyên và môi trường, thì quy hoạch xây dựng đô thị, quy hoạch xây dựng điểm dân cư nông thôn được xác định trong Luật Xây dựng năm 2003, Luật Quy hoạch đô thị năm 2009 và được quản lý bởi cơ quan chuyên ngành xây dựng. Điều này cho thấy việc THĐ có phạm vi rộng liên quan đến nhiều ngành, nhiều lĩnh vực, vượt ra ngoài khuôn khổ của pháp luật đất đai.

*Thứ tư*, quyền SDD là một quyền hiến định được Nhà nước giao theo quy định tại Điều 18 Hiến pháp năm 1992. Việc THĐ theo khoản 1 Điều 38 LDD (khi người SDD

không có lỗi, không tự nguyện giao lại đất, mà vì Nhà nước có nhu cầu...) cần có cơ sở hiến định tương thích để bảo đảm LDD không trái với Hiến pháp<sup>4</sup>.

### **Xác định mục đích thu hồi đất**

Mục đích THĐ do nhu cầu của Nhà nước được xác định tại khoản 1 Điều 38 nêu trên được quy định chi tiết tại Điều 39 và khoản 1 Điều 40 của LDD năm 2003, bao gồm hai nhóm sau đây:

*Nhóm thứ nhất:* THĐ vì mục đích quốc phòng, an ninh, lợi ích quốc gia, lợi ích công cộng. Đây là trường hợp THĐ có tính truyền thống, ghi nhận trong luật gắn với khái niệm bồi thường, hỗ trợ từ LDD năm 1993 và Nghị định 90/1994/NĐ-CP của Chính phủ, Nghị định 22/1998/NĐ-CP<sup>5</sup>... Hiện nay, trường hợp này được quy định tại Điều 39 LDD năm 2003 và được hướng dẫn chi tiết tại khoản 1 Điều 36 Nghị định 181/2004/NĐ-CP<sup>6</sup>.

*Nhóm thứ hai:* THĐ vì mục đích phát triển kinh tế. Trường hợp này được quy định chính thức từ LDD năm 2003 (khoản 1 Điều 40) và được hướng dẫn chi tiết tại khoản 2 Điều 36 Nghị định 181/2004/NĐ-CP<sup>7</sup>, khoản 3 Điều 2 Nghị định 17/2006/NĐ-CP và Điều 33, 34, 35, 38, 39, 40 Nghị định 84/2007/NĐ-CP<sup>8</sup>.

Sự khác nhau giữa hai nhóm nêu trên thể

2 Khoản 1 Điều 39 LDD năm 2003.

3 Điều 27 Nghị định số 69/2009/NĐ-CP ngày 13/8/2009 Quy định bổ sung về quy hoạch SDD, giá đất, THĐ, BTHTTĐC.

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

5 Nghị định 90-CP ngày 17/8/1994 ban hành quy định về việc đền bù thiệt hại khi Nhà nước THĐ để sử dụng vào mục đích quốc phòng, an ninh, lợi ích quốc gia, lợi ích công cộng (đã hết hiệu lực).

Nghị định 22/1998/NĐ-CP (24/4/98) Đền bù thiệt hại khi Nhà nước THĐ để sử dụng vào mục đích quốc phòng, an ninh, lợi ích quốc gia, lợi ích công cộng (đã hết hiệu lực).

6 Nghị định số 181/2004/NĐ-CP ngày 29/10/2004 về thi hành LDD. Điểm đ khoản 1 bị bãi bỏ bởi Điều 67 Nghị định 84/2004/NĐ-CP.

7 Nghị định số 181/2004/NĐ-CP ngày 29/10/2004 về thi hành LDD. Điểm b khoản 2 bị bãi bỏ bởi Điều 67 Nghị định 84/2004/NĐ-CP.

8 Nghị định 17/2006/NĐ-CP ngày 27/01/2006 sửa đổi, bổ sung Nghị định 197/2004/NĐ-CP.

Nghị định số 84/2007/NĐ-CP ngày 25/05/2007 Quy định bổ sung về cấp giấy chứng nhận quyền SDD, THĐ, thực hiện quyền SDD, trình tự, thủ tục THĐ, TĐCBTHTTĐC khi Nhà nước THĐ và giải quyết các khiếu nại về đất đai.

hiện ở chỗ: trong trường hợp thứ nhất, việc thu hồi trực tiếp đóng góp cho các lợi ích chung, mà không trực tiếp tạo ra lợi ích kinh tế cho chủ thể THĐ, ví dụ như: xây công viên, mở rộng đường sá... Trong khi đó, THĐ thuộc trường hợp thứ hai trực tiếp đem lại các giá trị kinh tế, với lợi ích là lợi nhuận, ví dụ: xây dựng khách sạn cao cấp, dự án nhà ở, trung tâm thương mại...<sup>9</sup>. Điều đáng bàn ở đây là cả hai trường hợp nêu trên đều được quy định trình tự, thủ tục như nhau (Khoản 1 Điều 40 LĐĐ năm 2003) và nguyên tắc bồi thường cũng giống nhau (khoản 4 Điều 56 và Điều 42 LĐĐ năm 2003). Nếu xét theo tính hợp lý thì việc tạo ra lợi nhuận, lợi ích kinh tế trong THĐ của trường hợp thứ hai phải được tính toán bồi thường theo quy luật kinh tế.

Ngoài ra, quy định về THĐ vì mục đích phát triển kinh tế do Nhà nước thu hồi và không do Nhà nước thu hồi trong LĐĐ năm 2003 cũng chưa thật hợp lý. Trong cùng Điều 40, nếu khoản 1 quy định về THĐ vì mục đích phát triển kinh tế, thì khoản 2 quy định trường hợp thỏa thuận giao đất. Các trường hợp thỏa thuận giao đất được xác định theo phương pháp loại trừ: nếu dự án không thuộc các trường hợp nêu trong khoản 1 Điều 40 thì nhà đầu tư phải tự động thỏa thuận và Nhà nước không can thiệp vào hoạt động này với tư cách chủ thể quản lý. Khoản 2 Điều 40 này tuy phản ánh quy luật giá trị, song khi so sánh hai khoản 1 và 2 của Điều luật này, chúng ta nhận thấy có một số bất cập sau:

Thứ nhất, cùng phục vụ cho mục đích phát triển về phương diện kinh tế, nhưng khoản 1 do Nhà nước thu hồi lại quy định “quá hẹp” - giống như mục đích quốc phòng, an ninh, lợi ích quốc gia, lợi ích công cộng; trong khi đó, khoản 2 do nhà đầu tư tự thỏa

thuận lại quy định “quá rộng” và gần như không có bất kỳ sự giới hạn nào trong việc thỏa thuận. Điều này cho thấy cả hai quy định trên chưa thực sự tạo ra điều kiện bình đẳng cho tất cả các nhà đầu tư và các loại dự án, dẫn đến việc có những dự án “do Nhà nước bảo hộ” với giá bồi thường do Nhà nước quy định, còn những dự án khác mà “Nhà nước không bảo hộ” thì phải thỏa thuận theo giá thị trường và việc thỏa thuận này có thể không có điểm dừng vì hiện giờ vẫn có cơ chế để xác định giá thị trường một cách chính xác tuyệt đối.

Thứ hai, trong trường hợp tự thỏa thuận, nếu một trong số những người SĐĐ đưa ra mức giá cao không hợp lý mà chủ đầu tư không đáp ứng được thì dự án bị đình trệ và có thể không thực hiện được. Phần đất đã thỏa thuận được trong trường hợp này có thể trở thành lãng phí.

Thứ ba, với cơ chế chênh lệch quá lớn giữa hai trường hợp trong cùng Điều 40 LĐĐ năm 2003 có thể dẫn đến hệ lụy: chủ đầu tư sẽ tìm mọi cách để được xác định vào trường hợp của khoản 1 Điều 40 vừa không tốn công đứng ra thực hiện bồi thường, vừa “tiết kiệm” chi phí bồi thường. Điều này vô tình tạo điều kiện phát sinh tiêu cực từ phía chủ đầu tư và cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền ở địa phương.

### ***Thẩm quyền thu hồi đất và giao đất***

THĐ là việc Nhà nước ra quyết định hành chính để thu lại quyền SĐĐ hoặc thu lại đất đã giao cho tổ chức, Ủy ban nhân dân (UBND) cấp xã quản lý theo LĐĐ (khoản 5 Điều 4). Thẩm quyền THĐ ở nước ta hiện nay được xác định như sau:

- UBND cấp tỉnh: đối với tổ chức, cơ sở tôn giáo, người Việt Nam định cư ở nước ngoài, tổ chức cá nhân nước ngoài không

<sup>9</sup> Khoản 2 Điều 34 Nghị định số 84/2007/NĐ-CP ngày 25/05/2007 Quy định bổ sung về cấp giấy chứng nhận quyền SĐĐ, THĐ, thực hiện quyền SĐĐ, trình tự, thủ tục THĐ, ĐCĐTHTĐC khi Nhà nước THĐ và giải quyết các khiếu nại về đất đai.

thuộc đối tượng được mua nhà ở gắn liền với quyền SDD ở tại Việt Nam.

- UBND cấp huyện: đối với hộ gia đình, cá nhân, cộng đồng dân cư, người Việt Nam định cư ở nước ngoài thuộc đối tượng được mua nhà ở gắn liền với quyền SDD ở tại Việt Nam<sup>10</sup>.

Có thể nói, THĐ là một biện pháp hành chính nhằm đảm bảo các chủ thể được giao đất, cho thuê đất SDD hiệu quả. Thẩm quyền THĐ thống nhất giao cho hai chủ thể là: UBND cấp tỉnh và cấp huyện. Các chủ thể khác ở trung ương, nếu có nhu cầu sử dụng một diện tích đất hoặc triển khai dự án theo quy định đều phải thông qua con đường quy hoạch, kế hoạch được cơ quan nhà nước có thẩm quyền phê duyệt. Thẩm quyền nêu trên được xác định là không được ủy quyền để bảo đảm sự thống nhất trong quản lý tại các cấp, các ngành của chính quyền địa phương. Đồng thời, thẩm quyền THĐ có sự tương thích nhất định với thẩm quyền giao đất được quy định tại Điều 37 LĐĐ. Tuy nhiên, giữa hai thẩm quyền này cũng có một số khác biệt đặc thù, ví dụ: đối với người Việt Nam định cư ở nước ngoài, mọi trường hợp giao đất đều thuộc thẩm quyền UBND cấp tỉnh; trong khi, thẩm quyền THĐ được chia ra hai trường hợp: thuộc UBND cấp tỉnh hoặc UBND cấp huyện.

Việc quy định thẩm quyền giao đất và THĐ theo chủ thể SDD - chứ không theo loại đất - đặt ra các yêu cầu về việc tạo lập cơ chế pháp lý bình đẳng giữa các chủ thể được giao đất. Trong đó, cần phải bảo đảm rằng, việc giao đất “theo chủ thể” không phải là “đặc ân” riêng dành cho nhóm chủ thể đó. Hơn nữa, việc được giao đất phải đi kèm với trách nhiệm trong việc bảo quản và SDD hiệu quả, đúng pháp luật. Vì vậy, sẽ không thể có quy định quá hẹp đối với chủ thể này,

dẫn đến việc rất khó để được giao đất cho đầu tư, phát triển; cũng như không thể có những quy định bỏ ngỏ đối với các nhóm chủ thể khác, dẫn đến cơ chế pháp lý dễ dãi, không SDD, để đất hoang hóa gây lãng phí... Mặt khác, việc THĐ của chủ thể này để giao cho chủ thể khác ngoài việc căn cứ trên quy hoạch, kế hoạch, vừa phải bảo đảm yếu tố hiệu quả vì sự phát triển của một địa bàn địa phương, vừa phải cân nhắc đến yếu tố tập quán dân cư. Suy cho cùng, dù cơ chế nào đi chăng nữa thì hiệu quả SDD vẫn là tiêu chí quan tâm hàng đầu. Vì vậy, cơ chế giao đất theo người SDD phải luôn đi kèm với cơ chế xác định khả năng thực sự của chủ thể xin giao đất, đảm bảo SDD đúng mục đích, đúng quy hoạch và đạt hiệu quả tối ưu.

***Trình tự, thủ tục thu hồi đất vì mục đích quốc phòng, an ninh, lợi ích quốc gia và phát triển kinh tế***

Một trong những vấn đề cơ bản của việc “chuyển dịch” quyền SDD không mong muốn từ phía người SDD sang Nhà nước là trình tự, thủ tục THĐ, cách thức của việc tiến hành “chuyển dịch” này không chỉ thể hiện tính cụ thể, minh bạch của một quy trình pháp lý mà còn là chuẩn mực để thực hiện quyền và nghĩa vụ giữa các bên, thể hiện cơ chế dân chủ giữa Nhà nước, nhà đầu tư và người dân có đất bị thu hồi.

Mặc dù THĐ gắn với BTHTTĐC được quy định từ LĐĐ năm 1993, song phải đến khi có LĐĐ năm 2003 và các văn bản hướng dẫn thi hành thì trình tự, thủ tục về THĐ mới được quy định chi tiết. Ngoài khoản 2 Điều 39 LĐĐ năm 2003 và Điều 130 Nghị định 181/2004/NĐ-CP quy định khái quát về trình tự, thủ tục THĐ, phải đến Nghị định 84/2007/NĐ-CP thì trình tự, thủ tục THĐ gắn với BTHTTĐC mới được quy định chi

10 Điều 44 LĐĐ năm 2003.

tiết (Điều 49 - Điều 54). Qua hai năm áp dụng, trình tự, thủ tục trong Nghị định 84/2007/NĐ-CP đã được thay thế bằng Nghị định 69/2009/NĐ-CP (Điều 27 - Điều 31). Theo các nhà thực tiễn áp dụng pháp lý, tuy rằng đã cải tiến so với quy trình trước đây theo Nghị định 84/2007/NĐ-CP, nhưng Nghị định 69/2009/NĐ-CP vẫn còn một số bất cập cần tiếp tục sửa đổi, bổ sung. Điều này cho thấy, cơ sở pháp lý về THĐ chưa được luật hóa chi tiết và dễ thay đổi (trung bình cứ 2-3 năm là một nghị định ra đời). Điều này không chỉ ảnh hưởng đến các chủ thể thừa hành trong quá trình THĐ, mà còn tác động trực tiếp đến chủ đầu tư, đến người SĐĐ vì bảng giá đất thay đổi hàng năm mà dự án thì có thể kéo dài qua các năm thực hiện.

### **2. Quy định về bồi thường, hỗ trợ, tái định cư trong Luật Đất đai và các văn bản hướng dẫn thi hành**

Có thể nói, nếu các quy định về THĐ được “luật hóa” khá chi tiết, thì các vấn đề BHTTTĐC chủ yếu nằm ở các văn bản dưới luật.

Một trong những văn bản đầu tiên điều chỉnh vấn đề BHTTTĐC khi Nhà nước THĐ vì mục đích quốc phòng, an ninh, lợi ích quốc gia, lợi ích công cộng là Nghị định 90-CP ngày 17/8/1994 của Chính phủ hướng dẫn việc đền bù thiệt hại khi Nhà nước THĐ theo LĐĐ năm 1993. Sau đó, Nghị định này được thay thế bởi Nghị định 22/1998/NĐ-CP.

Từ khi LĐĐ năm 2003 ban hành, thì gần như chỉ có một điều luật quy định về nguyên tắc BHTTTĐC cho người có đất bị thu hồi (Điều 42 LĐĐ năm 2003). Để hướng dẫn chi tiết, Nghị định 197/2004/NĐ-CP được xem là “văn bản riêng” điều chỉnh nội dung BHTTTĐC khi Nhà nước THĐ vì mục đích quốc phòng, an ninh, lợi ích quốc gia, lợi ích

công cộng và phát triển kinh tế. Tất nhiên, để thực hiện các nội dung này thì phải tham chiếu một số quy định từ các nghị định như: Nghị định 181/2004/NĐ-CP, Nghị định 17/2006/NĐ-CP, Nghị định 84/2007/NĐ-CP. Gần đây nhất, văn bản sửa đổi, bổ sung các nghị định nêu trên là Nghị định 69/2009/NĐ-CP, sửa đổi về trình tự, thủ tục, bổ sung các quy định về loại hình, mức hỗ trợ về tái định cư (TĐC) khi Nhà nước THĐ. Điều này cho thấy các cơ sở pháp lý về BHTTTĐC nằm chủ yếu ở văn bản dưới luật, chịu sự thay đổi thường xuyên và nhiều vấn đề lập quy được giao về cho chính quyền địa phương cấp tỉnh. Ví dụ: Quyết định bảng giá đất địa phương theo khung giá Chính phủ, quyết định các loại hình hỗ trợ khác, quyết định điều chỉnh giá đất khi bảng giá đất không còn phù hợp với tình hình thực tế tại thời điểm có quyết định thu hồi<sup>11</sup>. Ngoài việc các văn bản cấp trung ương bị thay đổi liên tục, ảnh hưởng trực tiếp đến các chủ thể có liên quan trong dự án, thì việc giao một số quyền lập quy về cho các địa phương đã dẫn đến tình trạng “muôn hình vạn trạng” mà đáng lẽ phải có những quy định nguyên tắc thống nhất.

### **Nguyên tắc bồi thường**

Bồi thường khi Nhà nước THĐ là việc trả lại giá trị quyền SĐĐ đối với diện tích đất bị thu hồi cho người bị THĐ (khoản 6 Điều 4 LĐĐ năm 2003). Trong công tác bồi thường, có hai nhóm tài sản chính yếu là: đất và tài sản gắn liền với đất. Trong đó, tài sản gắn liền với đất bao gồm: công trình kiến trúc, cây trồng, vật nuôi bị thiệt hại khi Nhà nước THĐ.

*Thứ nhất*, đối với thiệt hại về đất, nguyên tắc ưu tiên “bồi thường bằng việc giao đất mới có cùng mục đích sử dụng” (khoản 2 Điều 42 LĐĐ năm 2003). Song trên thực tế, nguyên tắc này gần như chỉ áp

11 Điều 11, Điều 23 Nghị định 69/2009/NĐ-CP.

dụng đối với các tổ chức được Nhà nước giao đất không thu tiền SDD hoặc thu tiền SDD bằng ngân sách nhà nước... Trong khi đó, khi THĐ của cá nhân, hộ gia đình, trong đa số các trường hợp là “bồi thường bằng giá trị quyền SDD tại thời điểm có quyết định thu hồi” (khoản 2 Điều 42 LĐĐ năm 2003). Điều này đặt ra yêu cầu là nếu xác định ưu tiên bồi thường bằng việc giao đất mới là nguyên tắc áp dụng thống nhất cho tất cả các trường hợp được bồi thường về đất thì cần thiết phải tạo quỹ đất sạch để cá nhân, tổ chức, hộ gia đình có điều kiện thụ hưởng nguyên tắc trên hoặc có sự lựa chọn giữa việc nhận bồi thường bằng đất hay bằng tiền. Ngược lại, nếu xác định nguyên tắc này chỉ được áp dụng giới hạn đối với chủ thể có đất bị thu hồi là tổ chức và không có khả năng áp dụng đối với cá nhân, hộ gia đình thì nên phân loại đối tượng trong bồi thường để đặc định hóa về nguyên tắc, bảo đảm tính khả thi trong việc quy định và thực hiện nguyên tắc trong bồi thường đối với đất.

*Thứ hai*, về giá bồi thường đối với đất. Khi bồi thường bằng tiền, giá bồi thường đối với đất trong THĐ nhằm thực hiện quy hoạch là giá đất do UBND tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương quy định được công bố công khai vào ngày 01 tháng 01 hàng năm (Khoản 4 Điều 56 LĐĐ năm 2003). Giá này còn được gọi tắt là “giá Nhà nước” và thường thấp hơn nhiều so với giá thực tế<sup>12</sup>. Việc chênh lệch giữa hai loại giá này, theo quy định của các văn bản hướng dẫn hiện hành, được khắc phục bằng các quy định của Chính phủ, cụ thể như sau: “Khi Nhà nước phê duyệt phương án BTHTTĐC khi Nhà nước THĐ mà giá đất do UBND cấp tỉnh chưa sát với giá chuyển nhượng quyền SDD thực tế trên thị trường trong

điều kiện bình thường thì UBND cấp tỉnh căn cứ vào giá chuyển nhượng quyền SDD thực tế trên thị trường để xác định lại giá đất cụ thể cho phù hợp”.

Điều này cho thấy, Chính phủ cũng đã có những hướng dẫn kịp thời để đảm bảo giá bồi thường sát hợp với giá thị trường thực tế trong điều kiện bình thường. Tuy nhiên, hướng dẫn này gặp một số trở ngại trên thực tế. Một là, việc xác định “giá chuyển nhượng quyền SDD thực tế trên thị trường” là một điều hoàn toàn không dễ, vì người dân thường có xu hướng khai thấp hơn với giá chuyển nhượng đất thực tế với mong muốn giảm các khoản thuế, phí mà họ phải đóng trong quá trình chuyển nhượng. Hai là, trong khoản thời gian từ khi công bố quy hoạch chi tiết đến khi tiến hành THĐ có thể kéo dài lên đến nhiều năm<sup>13</sup>. Trong thời gian này, một khi cơ quan có thẩm quyền đã công bố quy hoạch chi tiết (ví dụ quy hoạch chi tiết tỷ lệ 1/500...), thì có thể các giao dịch chuyển nhượng không được phép tiến hành. Trong trường hợp đó, khi khảo sát giá chuyển nhượng trên thực tế, cơ quan hữu quan chỉ thu lượm được những giao dịch chuyển nhượng trước đó khá lâu và rất có thể đã bị lỗi thời do giá đất thay đổi theo từng thời điểm. Ba là, việc quy định “sát với giá thực tế trên thị trường” là một khái niệm chưa được giải thích rõ. Thế nào là “sát với giá thực tế trên thị trường”, “sát” là bằng với giá thị trường hay tiệm cận với giá thị trường, tiệm cận ở mức độ nào. Đặc biệt, vì những lý do nêu trên, giá thực tế trong nhiều trường hợp là một ẩn số, thì việc xác định “sát với giá thực tế trên thị trường” là điều đôi khi không thể định lượng chính xác được. Điều này tiềm tàng khả năng là giá đất ở mỗi địa phương ít nhiều phụ thuộc vào

12 “Theo đánh giá chung, giá đất của Nhà nước quy định vẫn chỉ bằng 50 đến 70% giá đất chuyển nhượng thực tế”, *Giá đất nhà nước quy định chỉ bằng 50% - 70% giá thực tế*, VOV, Việt báo online, <http://vietbao.vn/Xa-hoi/Gia-dat-Nha-nuoc-quy-dinh-chi-bang-50-70-gia-thuc-te/40206823/158/> [truy cập ngày 01/7/2010].

13 Khoản 5 Điều 32 Luật Xây dựng 2003 và Khoản 3 Điều 29 LĐĐ năm 2003.



quan điểm và cách nhìn nhận một chiều từ phía các nhà quản lý ở mỗi tỉnh, thành<sup>14</sup>.

Thứ ba, nguyên tắc bồi thường đối với thiệt hại hữu hình và thiệt hại vô hình. Thiệt hại trong quá trình THĐ có thể bằng hoặc lớn hơn giá trị hữu hình của đất và tài sản gắn liền với đất trong phạm vi diện tích bị thu hồi. Sở dĩ như vậy là vì việc thu hồi toàn bộ đất nông nghiệp có thể dẫn đến người lao động trong các nông hộ thất nghiệp, việc thu hồi một phần hoặc toàn bộ diện tích đất ở có thể dẫn đến việc người dân phải di chuyển chỗ ở, việc THĐ của hộ gia đình này có thể ảnh hưởng đến lối đi chung của các hộ gia đình lân cận... Đó là chưa kể các thiệt hại do ảnh hưởng về sức khỏe trong quá trình THĐ và thực hiện dự án như: độ rung, tiếng ồn, khói, bụi, ô nhiễm nguồn không khí, nguồn nước...

### **Quy định về hỗ trợ**

Hỗ trợ khi Nhà nước THĐ là việc Nhà nước giúp đỡ người bị THĐ thông qua đào tạo nghề mới, bố trí việc làm mới, cấp kinh phí để di dời đến địa điểm mới (khoản 7 Điều 4 LDD năm 2003). Trên thực tế, việc người dân mất đất sản xuất sau khi đất bị thu hồi chiếm tỷ trọng rất lớn trong các dự án THĐ. Theo Bộ Tài nguyên và Môi trường, mỗi năm có khoảng 73,3 nghìn ha đất nông nghiệp bị thu hồi<sup>15</sup>. Gần đây, Nhà nước đã có những quy định nhằm hạn chế việc THĐ nông nghiệp, mà đặc biệt là hạn chế THĐ trồng lúa “bờ xôi, ruộng mật” bằng cách tăng mức hỗ trợ khi THĐ nông nghiệp<sup>16</sup>. Mặt khác, cơ chế chuyển đổi nghề nghiệp và tạo việc làm không ngừng được hoàn thiện để đáp ứng yêu cầu chuyển đổi nghề cho lực lượng lao động là thanh niên tại các địa bàn

có đất bị thu hồi. Tuy nhiên, những nỗ lực đó dường như vẫn còn thiếu và thực tế vẫn còn một số vướng mắc sau:

Thứ nhất, hiệu quả của việc hỗ trợ tạo việc làm còn thấp<sup>17</sup>. Có nhiều nguyên nhân đưa ra, song không loại trừ nguyên nhân chủ quan do nhận thức từ phía các chủ thể quản lý về việc tạo ngành nghề. Trong nhiều trường hợp, việc tạo ngành nghề cho những cá nhân mất đất sản xuất được làm qua loa, có tính hình thức: đào tạo nghề không gắn với quy hoạch sử dụng nghề, đào tạo một nghề cho cùng nhiều đối tượng khác nhau, đào tạo nghề mà không quan tâm tới khả năng và nguyện vọng của người học. Khắc phục các quy định trước đây, Nghị định 69/2009/NĐ-CP đã quy định rõ: “Phương án đào tạo, chuyển đổi nghề nghiệp được lập và phê duyệt đồng thời với phương án BTH TTĐC. Trong quá trình lập phương án đào tạo chuyển đổi nghề phải lấy ý kiến của người bị THĐ thuộc đối tượng chuyển đổi nghề” (Điều 22).

Thứ hai, các quy định về hỗ trợ đối với đất nông nghiệp còn một số điểm chưa thống nhất và khó thi hành. Đơn cử như việc hỗ trợ chuyển đổi nghề nghiệp và tạo việc làm, Nghị định 69/2009/NĐ-CP ghi nhận mức “hỗ trợ bằng tiền từ 1,5 đến 5 lần giá đất nông nghiệp đối với toàn bộ diện tích đất nông nghiệp bị thu hồi” (Điều 22). Tuy nhiên, về mặt kỹ thuật lập quy thì quy định này quá rộng, mức tối đa hơn gấp ba lần mức tối thiểu. Trong khi đó, Chính phủ giao về cho “UBND cấp tỉnh quyết định cụ thể hình thức hỗ trợ và mức hỗ trợ nêu trên”, nên thực tế hướng dẫn ở các địa phương là khác nhau. Điều này dẫn đến một thực trạng là mức hỗ

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

15 Phạm Tuyên, *Mỗi năm gần 73,3 nghìn ha đất nông nghiệp bị thu hồi*, Việt báo (theo Tiền phong), <http://vietbao.vn/Kinh-te/Moi-nam-gan-73,3-nghin-ha-dat-nong-nghiep-bi-thu-hoi/70090587/87/>

16 Điều 21, 22 Nghị định 69/2009/NĐ-CP.

17 Xem Công thông tin việc làm Cần Thơ, “*Vì sao nông dân bị THĐ khó tìm việc mới?*”, <http://www.vieclamcantho.vn/Content.aspx?id=MgAAADkAAAAzAAAA>.

trợ giữa các dự án giáp ranh ở các tỉnh thành cũng khác nhau, gây so bì, khiếu nại....

### **Nguyên tắc về tái định cư**

LĐĐ năm 2003 và các văn bản hướng dẫn không có một định nghĩa riêng về TĐC hay khu TĐC. Song có thể nói nôm na, TĐC là việc tạo lập chỗ ở mới cho người có đất bị thu hồi trong những trường hợp mà việc THĐ dẫn đến việc họ phải di chuyển chỗ ở. Tại Điều 42 LĐĐ năm 2003, việc lập và thực hiện khu TĐC phải tuân thủ một số nguyên tắc sau đây:

*Thứ nhất*, UBND cấp tỉnh “lập và thực hiện các dự án TĐC trước khi THĐ để bồi thường bằng nhà ở, đất ở cho người có đất ở mà phải di chuyển chỗ ở” (Điều 42 LĐĐ năm 2003). Điều này cũng được khẳng định rõ trong Điều 69 của Luật Xây dựng năm 2003: “Đối với các dự án có nhu cầu TĐC thì phải lập phương án hoặc thực hiện dự án TĐC và phải thực hiện trước khi giải phóng mặt bằng xây dựng”. Tuy nhiên, qua khảo sát thực tế, vì nhiều nguyên nhân, trong đó có nguyên nhân về thiếu vốn và thiếu quỹ đất TĐC sẵn có, dẫn đến nhiều dự án ở các địa phương làm ngược lại quy định trên, tức là lập và thực hiện khu TĐC song song hoặc sau khi THĐ. Điều này dẫn đến một nghịch lý là tại thời điểm người dân bị THĐ cần di chuyển chỗ ở thì khu TĐC chưa “sẵn sàng định cư”. Đây là một trong những nguyên nhân dẫn đến tình trạng bán suất TĐC trên giấy vì đa số người bị THĐ có nguyện vọng được sớm “an cư lạc nghiệp”. Thậm chí, tại một số dự án, người dân bị buộc phải di chuyển đi nơi khác trong khi vấn đề TĐC chưa được chính quyền địa phương làm rõ. Trước thực trạng này, Thủ tướng Chính phủ yêu cầu “ở các địa phương, không được cưỡng chế buộc tháo dỡ nhà ở khi người bị THĐ chưa được giải quyết chỗ TĐC”<sup>18</sup>.

*Thứ hai*, “khu TĐC được quy hoạch chung cho nhiều dự án trong cùng một địa bàn”. Việc quy định khu TĐC dùng chung cho nhiều dự án nhằm đảm bảo tiết kiệm quỹ đất và thống nhất trong quy hoạch bởi vì một khu TĐC bắt buộc phải đạt những quy chuẩn nhất định về cơ sở hạ tầng kỹ thuật (đường sá, cầu, cống...) và cơ sở hạ tầng xã hội (trường học, trạm xá, công viên, nơi sinh hoạt văn hóa...). Tuy nhiên, trước tình trạng một số địa phương còn chấp vạ về vốn và quỹ đất TĐC, việc tạo lập khu TĐC cho nhiều dự án đôi khi chưa được thực hiện triệt để. Thay vào đó, để giải quyết bài toán về vốn, trong nhiều dự án, nhiều địa phương kêu gọi nhà đầu tư cùng tham gia vào việc thực hiện khu TĐC. Để bảo đảm lợi ích cho các bên, một số địa phương đã làm theo mô hình phân chia đất đai trong dự án (70% và 30% hoặc 60% và 40%...) tức là chính quyền địa phương sử dụng phần lớn đất đai cho khu TĐC; phần còn lại giao cho chủ đầu tư khai thác, kinh doanh. Đây là sự kết hợp từ đòi hỏi của thực tiễn, nhưng cơ chế thực hiện thì chưa được quy định và hướng dẫn chi tiết. Từ đó dễ phát sinh việc khiếu nại, khiếu kiện vì người dân cho rằng đất bị thu hồi không được sử dụng vào mục đích công cộng hay mục đích phát triển kinh tế mà thay vào đó là mục đích sản xuất kinh doanh, phân lô bán nền.

*Thứ ba*, khu TĐC “phải có điều kiện phát triển bằng hoặc tốt hơn nơi ở cũ”. Đây là một quy định thể hiện tính nhân văn của cơ quan lập pháp trong việc định ra nguyên tắc “an cư” cho người dân. Song điều đáng nói là cho đến nay, Chính phủ hầu như chưa có những hướng dẫn thực sự chi tiết về khái niệm “bằng hoặc tốt hơn nơi ở cũ”. Điều này dẫn đến thực trạng khái niệm này trở thành hình thức và khó thực hiện.

<sup>18</sup> Chỉ thị 05/2006/CT-TTg ngày 22/02/2006 của Thủ tướng Chính phủ về việc khắc phục yếu kém, sai phạm, tiếp tục tổ chức thi hành LĐĐ.

### 3. Đề xuất một số giải pháp

#### *Đối với vấn đề thu hồi đất*

*Thứ nhất*, phải xây dựng cơ sở hiến định và hoàn chỉnh cơ sở pháp định về THĐ trong trường hợp THĐ không tự nguyện. Một mặt, nếu xem quyền SĐĐ là một quyền hiến định thì việc thu hồi quyền này khi người dân hoàn toàn không có vi phạm về việc sử dụng phải do Hiến pháp định ra. Mặt khác, cần phải tách biệt giữa trường hợp THĐ vì mục đích quốc phòng, an ninh, lợi ích quốc gia, lợi ích công cộng thành trường hợp đặc thù riêng: không tự nguyện, theo quy hoạch, có BTHTTĐC.

*Thứ hai*, THĐ vì mục đích phát triển kinh tế nên “trả về” quy luật giá trị, bởi vì việc thu hồi này đem lại lợi ích nhất định. Khi đó sẽ không có sự khác nhau giữa THĐ vì mục đích phát triển kinh tế và thỏa thuận giao đất vì mục đích sản xuất kinh doanh. Tất nhiên, phải hoàn thiện cơ chế định giá để xác định chính xác được “giá thực tế trên thị trường trong điều kiện bình thường”. Điều này, một mặt tránh việc quy định “quá hẹp” trong trường hợp THĐ vì mục đích phát triển kinh tế như hiện nay, nhưng lại quy định “quá rộng” trong cơ chế “thỏa thuận giao đất vì mục đích sản xuất kinh doanh”.

*Thứ ba*, phải hoàn thiện cơ chế SĐĐ cho tất cả các nhóm chủ thể được giao đất, cho thuê đất gắn trách nhiệm với hiệu quả SĐĐ.

*Thứ tư*, cùng với việc “luật hóa” các quy định về BTHTTĐC, thiết nghĩ cần pháp điển hóa các quy định về trình tự, thủ tục THĐ, BTHTTĐC. Điều này thể hiện tính ưu việt của Nhà nước ta trong cơ chế bảo đảm quyền lợi của người SĐĐ trong quá trình đất bị thu hồi. Hơn nữa, một khi được luật hóa, tính ổn định của các quy phạm pháp luật về trình tự, thủ tục có tính ổn định và thống nhất cao, bảo đảm là “ranh giới pháp lý” để hoạt động này được tiến hành đúng pháp luật, công khai, minh bạch, có kiểm tra, giám sát và có cơ chế ghi nhận phản hồi của người SĐĐ.

#### *Đối với vấn đề bồi thường, hỗ trợ, tái định cư*

*Thứ nhất*, thực tiễn cho thấy hoạt động THĐ là phạm trù thuộc LĐĐ; song, để giải quyết những hậu quả pháp lý từ việc THĐ vì mục đích quốc phòng, an ninh, lợi ích quốc gia, lợi ích công cộng và mục đích phát triển kinh tế thì vượt ra ngoài phạm vi điều chỉnh của Luật này. Mặt khác, dưới góc độ khoa học, nếu THĐ là một quyết định hành chính thuần túy với phương pháp điều chỉnh là mệnh lệnh, quyền uy, phục tùng, thì quyết định BTHTTĐC ít nhiều thể hiện yếu tố dân sự gắn với các yêu cầu về bồi thường tương xứng nhằm tái lập cuộc sống; nếu có di chuyển chỗ ở thì phải bảo đảm “bằng hoặc tốt hơn nơi ở cũ”. Bản thân thuật ngữ “bồi thường” đã ít nhiều thể hiện yếu tố dân sự - yếu tố của bình đẳng và thỏa thuận. Thiết nghĩ, cần có một đạo luật riêng quy định về BTHTTĐC khi Nhà nước THĐ. Trong đạo luật này có nguyên tắc, cơ chế xác định bồi thường đối với đất, đối với tài sản gắn liền với đất, nguyên tắc hỗ trợ, thực hiện TĐC. Đặc biệt, trong đạo luật này có xác định rõ quy trình BTHTTĐC khi THĐ. Trong đó, các quyền được biết thông tin về đất bị thu hồi, quyền được góp ý kiến, quyền được xem khu TĐC, quyền khiếu nại, khiếu kiện, thậm chí quyền được tham gia vào công tác định giá đất công bằng, đúng với thực tế cũng sẽ được ghi nhận.

*Thứ hai*, vấn đề giá đất. Một là, việc quy định bảng giá đất được ban hành ngày 01 tháng 01 hàng năm với mong muốn giá đất không quá cách biệt với giá thị trường dường như là bài toán khó. Thực tế, giá đất từng nơi, từng lúc dao động ở mức cao vượt ngoài phạm vi dự đoán của các chủ thể quản lý. Khi đó, việc bỏ ra chi phí và thời gian gần nửa năm để điều tra, ban hành bảng giá đất để kịp công bố ngày 01 tháng 01 hàng năm có thể dẫn đến lãng phí về thời gian, công sức vì hiệu quả không cao. Hai là, việc ban hành bảng giá đất phải dựa trên căn cứ sát hợp trên thực tế. Bốn phương pháp ban hành bảng giá đất gồm: phương pháp so sánh trực

tiếp, phương pháp thu nhập, phương pháp chiết trừ, phương pháp thặng dư<sup>19</sup> mà Chính phủ không ngừng hoàn thiện dường như chưa có cơ chế để phát huy hiệu quả. Một trong những nguyên do là thiếu cơ chế kiểm tra, giám sát mức độ xác thực mà các chủ thừa hành khảo sát và ban hành bảng giá đất. Tòa hành chính với tư cách là bên thứ ba giải quyết các khiếu kiện về THĐ, BTHTTĐC cũng chưa được giao thẩm quyền xem xét lại tính hợp lý của bảng giá đất mà UBND các tỉnh, thành phố ban hành. Thêm vào đó, pháp luật nước ta vẫn chưa có cơ chế cụ thể để các doanh nghiệp định giá thực sự vào cuộc.

Ở các nước phát triển, do quyền sở hữu đất đai được thừa nhận nên giá đất (gắn liền với toàn bộ bất động sản trên đất) khi nhà nước THĐ là mức giá thỏa thuận. Trường hợp có bất đồng xảy ra thì mỗi chủ thể tham gia, bao gồm: Nhà nước, chủ đầu tư hay chủ thể có đất bị thu hồi đều có thể thuê các đơn vị có thẩm định giá (trong hoặc ngoài Nhà nước). Ở một số quốc gia, các hiệp hội bất động sản phi chính phủ hoặc các tổ chức tư vấn pháp lý miễn phí có thể đứng ra đại diện cho người có đất bị thu hồi và hỗ trợ chi phí mà người dân thuê các tổ chức định giá. Các chứng thư định giá bất kể thuộc hệ thống nhà nước hay không đều được đối xử bình đẳng, được giữ kín cho đến phút chót và cùng đồng loạt mở ra. Giá cuối cùng sẽ mức giá trung bình cộng của các chứng thư pháp lý đó. Vì thương hiệu của tổ chức định giá, vì lý do khách hàng của các các tổ chức này có thể là bất cứ bên nào (Nhà nước, chủ đầu tư hay người có đất bị thu hồi) nên các tổ chức định giá buộc phải đưa ra mức giá thực tế trên thị trường mà không thiên lệch.

*Thứ ba*, về các thiệt hại vô hình khi bị THĐ, đã có ý kiến “Sẽ nghiên cứu để đưa thiệt hại vô hình vào giá tính bồi thường cho

dân”<sup>20</sup>; “mất mát vô hình của người dân bị THĐ đã được Liên hiệp quốc kết luận từ nhiều năm trước”<sup>21</sup>. Hơn nữa, thiệt hại vô hình là khái niệm đã có trong ngành luật dân sự ở Việt Nam. Tuy nhiên, việc “liên thông” nội dung này với hoạt động THĐ, BTHTTĐC thì hầu như chưa được thực hiện. Trong những quy định pháp luật, một số thiệt hại vô hình - tuy chưa được định nghĩa là thiệt hại vô hình - vẫn được nhận ra và tính toán trong bồi thường, hỗ trợ khi Nhà nước THĐ, ví dụ như: hỗ trợ TĐC, hỗ trợ chuyển đổi nghề nghiệp và tạo việc làm (Điều 19, Điều 22 Nghị định 69/2009/NĐ-CP), bồi thường, hỗ trợ trong trường hợp Nhà nước không THĐ (Điều 8 Thông tư 14/2009/TT-BTNMT)...

Tuy nhiên, với cách lập quy “liệt kê” nêu trên thì có rất nhiều thiệt hại vô hình trong thực tế bị bỏ sót; khi đó, người thừa hành pháp luật cũng không dám “xé rào” bởi vì tuy có căn cứ thực tế nhưng thiếu cơ sở pháp lý. Song song với việc xây dựng một đạo luật riêng về BTHTTĐC, cần thiết phải pháp điển hóa các nguyên tắc trong bồi thường thiệt hại vô hình như: thiệt hại đó phải hiển nhiên (tức là thiệt hại hiện diện trên thực tế chứ không phải do chủ thể nghĩ ra, suy đoán ra mà không có căn cứ), thiệt hại phải do việc THĐ gây ra một cách trực tiếp và thiệt hại đó phải ở dạng vật chất hoặc phi vật chất nhưng tính được mức thiệt hại (do ảnh hưởng đến tài sản hoặc sức khỏe, tinh thần của người SĐĐ);

*Thứ tư*, vấn đề hoàn thiện các quy định về hỗ trợ theo hướng tập trung, thống nhất và hiệu quả. Nếu bồi thường là phần cơ bản, có nội dung tương xứng với thiệt hại thì hỗ trợ là phần thêm vào, mang tính mở. Hiện nay, trong rất nhiều các dự án, chủ thể bồi thường có xu hướng dùng chính sách hỗ trợ để “điều tiết” mức bồi thường để cho các dự

19 Nghị định số 123/2007/NĐ-CP ngày 27/7/2007 của Chính phủ sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định số 188/2004/NĐ-CP ngày 16/11/2004 về phương pháp xác định giá đất và khung giá các loại đất.

20 Theo Pháp luật Thành phố, “THĐ nông nghiệp, bao giờ người nông dân được tính thiệt hại vô hình?”, <http://www.phuhungreal.com/vi/co-che-chinh-sach/thu-hoi-dat-nong-nghiep-bao-gio-nong-dan-duoc-tinh-thiet-hai-vo-hinhn.html>.

21 Theo Pháp luật Thành phố, “THĐ nông nghiệp, bao giờ người nông dân được tính thiệt hại vô hình?”, <http://www.phuhungreal.com/vi/co-che-chinh-sach/thu-hoi-dat-nong-nghiep-bao-gio-nong-dan-duoc-tinh-thiet-hai-vo-hinhn.html>.

án không quá chênh lệch nhau cũng như làm sao để tổng số tiền mà người dân nhận có thể giúp họ tái lập được cuộc sống. Tuy nhiên, cũng chính những quy định quá mở sẽ tạo những kẽ hở vì đôi khi nó tùy thuộc quá nhiều vào ý chí của chủ quan của chính quyền địa phương và tổ chức làm nhiệm vụ BTHTTĐC khi tham mưu cho UBND cấp tỉnh. Trước điều kiện đó, việc thực hiện hỗ trợ cần phải có những hướng dẫn cụ thể từ phía các cơ quan trung ương để có sự thống nhất trong quá trình áp dụng, bảo đảm công bằng giữa các hộ dân trong cùng một dự án và giữa các dự án với nhau.

Thứ năm, vấn đề thực tiễn hóa các nguyên tắc về TĐC. Để thực hiện được điều này, cần có những quy định cụ thể về việc lập và thực hiện khu TĐC một cách chi tiết. Một là, khái niệm về “khu TĐC bằng hoặc tốt hơn nơi ở cũ” phải được hướng dẫn chi

tiết như: điều kiện cơ sở hạ tầng kỹ thuật: đường sá, điện, nước... và điều kiện cơ sở hạ tầng xã hội: trường học, trạm xá, công viên, nhà sinh hoạt văn hóa... Hai là, nguyên tắc lập và thực hiện các dự án TĐC bắt buộc phải tiến hành trước khi THĐ kèm với những hướng dẫn chi tiết cụ thể cùng với các chế tài thực hiện. Người dân chỉ có thể quyết định họ có sống trong khu TĐC tập trung hay định cư ở một nơi khác một khi họ được nhận nên TĐC với các thông số cụ thể, diện tích, vị trí, hướng đất... và được bảo đảm rằng, các điều kiện về hạ tầng kỹ thuật và hạ tầng xã hội phục vụ cho khu TĐC đúng như thông báo ban đầu. Ba là, cần có những quy định chi tiết về việc phối hợp giữa chính quyền địa phương và nhà đầu tư trong việc huy động nguồn vốn trong các dự án “Nhà nước và chủ đầu tư cùng làm” mà một phần diện tích để lại cho chủ đầu tư kinh doanh, khai thác ■

## MỘT SỐ XU HƯỚNG...

(Tiếp theo trang 18)

xã hội phát triển hơn, việc chăm lo đến quyền của người khuyết tật chính là việc phải tạo điều kiện thuận lợi cho người khuyết tật được thực hiện bình đẳng các quyền về chính trị, kinh tế, văn hóa, xã hội và phát huy khả năng của mình để ổn định đời sống, hòa nhập cộng đồng và tham gia các hoạt động văn hóa, xã hội.

Việc chăm sóc đến quyền lợi của người khuyết tật ngày nay đồng thời cũng gắn với việc phải tính đến quyền được tham gia giao thông của người khuyết tật và phải tính đến khả năng tiếp cận với các công trình công cộng của người khuyết tật thông qua việc xây dựng các phương tiện, công trình hỗ trợ cho họ, đặc biệt là tại trụ sở của các cơ quan nhà nước, các địa điểm vui chơi công cộng, nhà ga, sân bay, trạm chờ xe buýt hay các điểm vệ sinh công cộng.

Việc ra đời của Công ước quốc tế về

Quyền của người khuyết tật là một cơ sở pháp lý vững chắc để các nước tiến hành các chương trình, dự án liên quan đến việc tăng cường và củng cố quyền của người khuyết tật trên phạm vi quốc gia, khu vực và quốc tế. Tuy nhiên, cũng phải nhận thấy rằng, dù ở đâu trên thế giới này, đời sống của người khuyết tật vẫn luôn luôn gặp khó khăn và người khuyết tật cũng đồng thời là đối tượng nghèo trong xã hội. Vì thế, cần phải nhận thức rõ hơn về quyền của đối tượng này. Tăng cường đào tạo nghề, tạo công ăn việc làm cho người khuyết tật, cũng như xóa bỏ tình trạng phân biệt đối xử với người khuyết tật trong việc làm và tham gia vào các công việc của nhà nước và xã hội.

Có thể nhận xét rằng, các xu hướng phát triển mới của quyền con người hiện nay đều gắn chặt với sự phát triển của xã hội, khoa học và quá trình toàn cầu hóa. Trong quá trình phát triển tiếp theo, chắc chắn sẽ có nhiều vấn đề mới liên quan đến QCN xuất hiện, nhưng trước mắt, các quốc gia, các dân tộc trên toàn thế giới cần quan tâm và giải quyết các vấn đề mới về QCN đã nói ở trên ■

# VỀ VIỆC BAN HÀNH VĂN BẢN QUY PHẠM PHÁP LUẬT CỦA HỘI ĐỒNG NHÂN DÂN CÁC CẤP

PHẠM THÁI QUÝ\*

## 1. Xác định quyền hạn của Hội đồng nhân dân các cấp trong việc ban hành nghị quyết

Theo quy định của Luật Tổ chức Hội đồng nhân dân và Ủy ban nhân dân năm 2003 và các văn bản pháp luật chuyên ngành khác, quyền hạn của Hội đồng nhân dân (HĐND) được thể hiện ở những hình thức và cấp độ khác nhau. Cụ thể, đó là: quyền quyết định (quyết định và quy định), quyền thông qua và quyền phê chuẩn.

Quyền *quyết định* là quyền phán quyết về một vấn đề cụ thể mà pháp luật quy định (loại trừ quyền tài phán hành chính và tài phán tư pháp) hoặc quyền quy định đặt ra, thay đổi, bổ sung hoặc bãi bỏ các quy phạm pháp luật - QPPL - (quy tắc xử sự chung) bắt buộc các chủ thể (cá nhân, cơ quan, tổ chức) phải thực hiện. Quyền quyết định được thể hiện ở hai dạng cụ thể: Dạng thứ nhất là *quyết định* về một vấn đề cụ thể được thể hiện trong các nghị quyết cá biệt. Chẳng hạn như quyết định về chương trình xây dựng nghị quyết, về hoạt động giám sát hàng năm, về việc hủy bỏ, bãi bỏ văn bản QPPL của HĐND, Ủy ban nhân dân (UBND),... Dạng thứ hai là *quy định*, đặt ra các quy tắc xử sự

chung được áp dụng nhiều lần đối với mọi đối tượng hoặc một nhóm đối tượng và có hiệu lực trong phạm vi địa phương. Dạng này được thể hiện trong các nghị quyết QPPL. Chẳng hạn, nghị quyết về phân cấp nguồn thu, nhiệm vụ chi cho từng cấp ngân sách ở địa phương; nghị quyết quy định mức thu các loại phí, lệ phí; nghị quyết quy định số lượng và mức phụ cấp đối với những người hoạt động không chuyên trách ở cấp xã, ở thôn, bản, tiểu khu;...

Quyền *thông qua* là quyền cho ý kiến thể hiện sự đồng ý về một vấn đề (thường là các quy hoạch, kế hoạch, đề án) do UBND cùng cấp trình xin ý kiến trước khi UBND quyết định hoặc trình cấp trên quyết định, phê duyệt theo thẩm quyền. Chẳng hạn như, tại khoản 2 Điều 9 Luật Điện lực quy định: “UBND cấp tỉnh tổ chức lập quy hoạch phát triển điện lực ở địa phương trình HĐND cùng cấp *thông qua* trước khi trình Bộ trưởng Bộ Công nghiệp (nay là Bộ Công thương) phê duyệt”. Tại các điều 25 và 26 Luật Đất đai năm 2003 có quy định: “UBND cấp tỉnh có trách nhiệm tổ chức thực hiện việc lập quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất trình HĐND cùng cấp *thông qua* trước khi trình Chính phủ

\* Văn phòng Đoàn ĐBQH và HĐND tỉnh Quảng Bình.

xét duyệt”. Ngoài ý nghĩa là một dạng quyền hạn của HĐND thì thuật ngữ “thông qua” còn được sử dụng với ý nghĩa để chỉ một hoạt động tại kỳ họp của HĐND, đó là việc biểu quyết nhất trí đối với các dự thảo nghị quyết. Khoản 2 Điều 29 Luật Ban hành văn bản QPPL của HĐND và UBND quy định: Dự thảo nghị quyết được thông qua khi có quá nửa tổng số đại biểu HĐND biểu quyết tán thành.

Quyền phê chuẩn là quyền xem xét, cho ý kiến thể hiện sự đồng ý với kết quả đã thực hiện của UBND cùng cấp, của HĐND cấp dưới về một vấn đề mà pháp luật quy định, như: phê chuẩn quyết toán ngân sách địa phương; phê chuẩn nghị quyết của HĐND cấp huyện về việc giải tán HĐND,... Như vậy, sự khác nhau giữa thông qua với phê chuẩn là: Thông qua là cho ý kiến trước khi quyết định (tiền kiểm - thể hiện vai trò tư vấn của tập thể HĐND đối với các đề án, quy hoạch, kế hoạch), còn phê chuẩn là cho ý kiến sau khi đã thực hiện (hậu kiểm - thể hiện chức năng giám sát của HĐND đối với kết quả thực hiện).

Tóm lại, mặc dù Luật Tổ chức HĐND và UBND không có điều luật giải thích cụ thể, nhưng căn cứ vào các quy định cụ thể của Luật này và các văn bản pháp luật chuyên ngành thì có thể xác định được các dấu hiệu chung để phân biệt các dạng quyền hạn của HĐND trong việc ban hành nghị quyết. Đó là: đối với những vấn đề theo quy định của pháp luật thuộc thẩm quyền phán quyết của HĐND thì quyền hạn đó là quyết định hoặc quy định (tương ứng với nghị quyết cá biệt hoặc nghị quyết QPPL). Đối với những vấn đề thuộc thẩm quyền quyết định của UBND cùng cấp hoặc của cấp trên mà UBND xin ý kiến trước khi quyết định hoặc trình cơ quan cấp trên quyết định theo quy định của pháp luật thì quyền hạn của HĐND là quyền thông qua. Đối với những vấn đề đã được thực hiện nhưng theo quy định của pháp luật sau khi thực hiện phải có ý kiến của HĐND thì quyền hạn đó là quyền phê chuẩn.

Mặc dù Luật Tổ chức HĐND và UBND cùng các văn bản pháp luật chuyên ngành đã quy định rất cụ thể, rõ ràng về các dạng quyền hạn của HĐND trong việc ban hành nghị quyết, nhưng trên thực tế, do chưa phân biệt được các dạng quyền hạn nêu trên nên việc ban hành nghị quyết của HĐND trong thời gian qua ở một số địa phương đã xác định không đúng về các dạng quyền hạn. Có những vấn đề thuộc thẩm quyền quyết định của mình thì HĐND lại ban hành nghị quyết dưới dạng thông qua (như thông qua dự toán thu, chi ngân sách, thông qua chương trình xây dựng nghị quyết và hoạt động giám sát,...). Ngược lại, có những vấn đề thuộc thẩm quyền quyết định của UBND thì lại ban hành nghị quyết dưới dạng quyết định. Chẳng hạn như, theo quy định tại các điều 55 và 56 Luật Đất đai năm 2003, UBND cấp tỉnh xây dựng giá đất cụ thể tại địa phương trình HĐND cùng cấp cho ý kiến trước khi quyết định. Với quy định này thì HĐND cấp tỉnh chỉ có thẩm quyền cho ý kiến (tức là thông qua phương án giá đất mà UBND xin ý kiến), còn thẩm quyền quyết định về giá đất thuộc về UBND cấp tỉnh. Tuy nhiên, hiện nay nghị quyết của HĐND nhiều tỉnh, thành lại ban hành dưới dạng quy định giá đất rồi giao cho UBND triển khai thực hiện. Thậm chí về cùng một vấn đề nhưng nghị quyết của HĐND tỉnh này thì “thông qua” nghị quyết của HĐND tỉnh khác thì lại “quy định”. Chẳng hạn như triển khai thi hành Nghị định số 92/2009/NĐ-CP ngày 22/10/2009 (quy định về chức danh, số lượng những người hoạt động không chuyên trách ở cấp xã và ở thôn, tổ dân phố), mặc dù Nghị định này đã quy định cụ thể là HĐND cấp tỉnh quy định về chức danh, mức phụ cấp của từng chức danh, thế nhưng có tỉnh thì ban hành nghị quyết “quy định số lượng, chức danh,...”, có tỉnh thì ban hành nghị quyết “thông qua số lượng, chức danh,...”, thậm chí có tỉnh lại ban hành nghị quyết dưới dạng “thông qua đề án về số lượng, chức danh...”. Có những địa phương, hầu hết các nghị quyết ban hành đều theo dạng “thông qua”. Sở dĩ như vậy là do

đã có sự lẫn lộn, đồng nhất khái niệm thông qua với hàm nghĩa là một dạng quyền hạn (tính từ) với khái niệm thông qua dùng để chỉ một hoạt động tại kỳ họp (động từ).

Qua phân tích trên có thể thấy rằng, thẩm quyền của HĐND thông qua các quy hoạch, kế hoạch, đề án trước khi trình cơ quan cấp trên hoặc UBND cùng cấp quyết định chỉ mang tính chất tham gia ý kiến, chứ HĐND không có thẩm quyền quyết định. Điều này thể hiện rõ nét vai trò tư vấn (của tập thể đại biểu HĐND) cho cơ quan hành chính về việc hoạch định chính sách trước khi quyết định. Đối với thẩm quyền phê chuẩn lại thể hiện rõ nét chức năng giám sát đối với các hoạt động (trong những lĩnh vực quan trọng - như phê chuẩn quyết toán chi ngân sách của địa phương, phê chuẩn nghị quyết của HĐND cấp huyện về việc giải tán HĐND, phê chuẩn kết quả bầu cử các chức danh của HĐND,...) của cơ quan hành chính và cơ quan quyền lực nhà nước cấp dưới sau khi đã thực hiện. Với hai dạng thẩm quyền nêu trên, HĐND đã thể hiện chức năng là cơ quan dân cử, cơ quan đại diện của nhân dân.

Thẩm quyền quan trọng thể hiện chức năng là cơ quan quyền lực nhà nước ở địa phương của HĐND là thẩm quyền quyết định (ở đây chỉ trao đổi đối với hình thức quy định - đặt ra các quy phạm tạo hành lang pháp lý cho hoạt động quản lý nhà nước tại địa phương). Phạm vi giới hạn thẩm quyền quyết định thể hiện giới hạn mức độ thực hiện chức năng là cơ quan quyền lực nhà nước ở địa phương. Với vị trí pháp lý là cơ quan quyền lực nhà nước ở địa phương thì giới hạn về nhiệm vụ, quyền hạn của HĐND đến đâu? HĐND có toàn quyền quyết định mọi vấn đề hay không? Chúng ta thấy rằng, phần lớn các quy định của Luật Tổ chức HĐND và UBND năm 2003 chỉ mới dừng lại ở việc quy định phạm vi các lĩnh vực (bề rộng) mà chưa có quy định giới hạn những vấn đề cụ thể (chiều sâu); nhiệm vụ, quyền hạn của HĐND các cấp đều giống nhau mà chưa có sự phân cấp cụ thể. Điều này đã dẫn đến việc nhận thức chưa thống nhất về phạm

vi nhiệm vụ, quyền hạn của HĐND các cấp. Hiện nay nhiều người quan niệm rằng, HĐND có quyền quyết định mọi vấn đề của địa phương kể cả những vấn đề chưa có văn bản pháp luật nào quy định phân cấp quyền hạn cho HĐND. Chẳng hạn như, thực hiện Nghị định số 92/2009/NĐ-CP ngày 22/10/2009 của Chính phủ, HĐND tỉnh Q. ban hành Nghị quyết số 149/2010/NQ-HĐND (quy định chức danh, một số chế độ chính sách đối với những người hoạt động không chuyên trách ở cấp xã, thôn, bản, tổ dân phố) trong đó có quy định chức danh Phó trưởng Công an xã hưởng phụ cấp hàng tháng là 1,0 mức lương tối thiểu chung. Sau một thời gian áp dụng, thấy rằng mức phụ cấp cho Phó trưởng Công an xã như vậy là quá thấp, không tương xứng với tính chất công việc được giao, theo đề nghị của Công an tỉnh, UBND tỉnh đã trình HĐND tỉnh Q. đề nghị thông qua nghị quyết quy định bổ sung thêm phụ cấp đặc thù cho Phó trưởng Công an xã mức 0,5 so với mức lương tối thiểu. Với dự thảo nghị quyết này, có người cho rằng, HĐND cấp tỉnh không có thẩm quyền quy định chế độ phụ cấp đặc thù cho Phó trưởng Công an xã vì không có văn bản nào quy định giao cho HĐND cấp tỉnh thẩm quyền này. Mặt khác, theo quy định tại Nghị định số 73/2009/NĐ-CP (Quy định chi tiết một số điều của Pháp lệnh Công an xã) đã quy định: chế độ chính sách của lực lượng công an xã do Chính phủ quy định. Tuy nhiên, có ý kiến cho rằng, vì không có văn bản nào cấm nên HĐND có quyền quy định phụ cấp đặc thù cho Phó trưởng Công an xã.

Việc quan niệm cơ quan nhà nước có quyền làm những việc mà pháp luật không cấm là không đúng. Nguyên tắc chấp hành pháp luật trong nhà nước pháp quyền là, đối với công dân thì được phép làm những gì mà pháp luật không cấm, nhưng đối với cơ quan nhà nước và cán bộ, công chức thì chỉ được phép làm những gì mà pháp luật cho phép (có quy định). Mỗi cơ quan nhà nước đều được tổ chức và hoạt động thực hiện các chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn theo quy định của



các văn bản pháp luật. Mỗi cấp hành chính chỉ được thực hiện những công việc theo sự phân cấp trong các văn bản pháp luật. Ngoài thẩm quyền chung quy định tại Luật Tổ chức HĐND và UBND, HĐND phải căn cứ vào các văn bản pháp luật chuyên ngành trong các lĩnh vực (như Luật Ngân sách nhà nước, Luật Đất đai, Luật Du lịch, Luật Điện lực, Luật Khoáng sản, Luật Cán bộ, công chức, Pháp lệnh Phí và lệ phí...) để thực hiện đúng thẩm quyền. Tất cả các văn bản pháp luật chuyên ngành đều có quy định về phân cấp trách nhiệm, quyền hạn của từng cấp, từng ngành, từng cơ quan nhà nước có liên quan trong việc triển khai thực hiện. Ở nước ta, hình thức cấu trúc nhà nước là nhà nước đơn nhất, có một hệ thống pháp luật áp dụng thống nhất trong toàn quốc, nên mặc dù là “cơ quan quyền lực” nhà nước ở địa phương, nhưng các quyết định của HĐND các cấp phải bảo đảm tính hợp hiến, hợp pháp, tính thống nhất và đồng bộ của hệ thống văn bản QPPL.

Hiến pháp và pháp luật hiện hành đã trao rất nhiều quyền hạn cho HĐND các cấp nhưng do phải thực hiện trọng trách là đại diện của nhân dân nên trên thực tế, điều kiện về con người, về vật chất không bảo đảm để HĐND các cấp phát huy hiệu quả trong việc thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn. Nhiệm vụ, quyền hạn giao cho HĐND ba cấp cơ bản giống nhau nên cùng một vấn đề trong cùng một lĩnh vực, HĐND ba cấp đều ban hành nghị quyết, điều này gây lãng phí về nguồn lực. Đang tồn tại một mâu thuẫn trong việc thực hiện vai trò của HĐND là, nếu coi trọng vai trò đại diện nhân dân thì việc cơ cấu các đại biểu HĐND phải đầy đủ thành phần đại diện cho các tầng lớp nhân dân, nên trình độ chuyên môn của đại biểu HĐND không đồng đều, lại hoạt động kiêm nhiệm, dẫn đến thực hiện chức năng giám sát sẽ mang nặng tính hình thức, chất vấn hời hợt, nhạt nhòa. Vì vậy, việc thực hiện vai trò là cơ quan quyền lực nhà nước chưa đúng tầm mà Hiến pháp và pháp luật quy định.

## 2. Cần xác định rõ văn bản quy phạm pháp luật do HĐND các cấp ban hành

Trải qua sáu năm triển khai thực hiện, Luật Ban hành văn bản QPPL của HĐND và UBND (sau đây gọi tắt là Luật Ban hành VBQPPL) đã góp phần quan trọng để HĐND, UBND các cấp xây dựng hành lang pháp lý nhằm triển khai thực hiện luật và quyết định các biện pháp để phát triển kinh tế - xã hội tại địa phương. Việc xây dựng, ban hành các văn bản QPPL ngày càng bài bản, nền nếp, bảo đảm tính hợp hiến, hợp pháp và tính khả thi. Tuy vậy, quá trình triển khai thực hiện Luật Ban hành VBQPPL vẫn còn có sự nhận thức chưa thống nhất về việc xác định, phân biệt giữa các nghị quyết QPPL và nghị quyết cá biệt.

Hiện nay nhiều người quan niệm rằng, HĐND là cơ quan có thẩm quyền quyết định các vấn đề quan trọng của địa phương nên tất cả các văn bản do HĐND ban hành đều là nghị quyết QPPL. Bên cạnh đó, có những người cho rằng, để xác định nghị quyết quy phạm hay nghị quyết cá biệt thì chỉ cần xem ở số, ký hiệu của nghị quyết, nếu số nghị quyết có số đi kèm với năm ban hành (như: Số:.../200../NQ-HĐND) và nghị quyết đó được ban hành theo trình tự, thủ tục mà Luật Ban hành VBQPPL quy định thì đó là văn bản quy phạm. Nhận thức như vậy là không đúng, vì thực tế có những nghị quyết của HĐND ban hành chỉ để giải quyết một vụ việc cụ thể mà không tạo ra các quy tắc xử sự chung, nên không phải tất cả các nghị quyết của HĐND ban hành đều là văn bản quy phạm. Mặt khác, không thể bắt đầu từ yếu tố hình thức của văn bản để xác định, mà phải xem xét về mặt nội dung văn bản có chứa các QPPL hay không. Việc xác định một nghị quyết có phải là văn bản QPPL hay không sau khi đã ban hành chỉ dành cho các chủ thể thực hiện. Đối với các cơ quan soạn thảo, cơ quan ban hành nghị quyết phải xác định điều này ngay từ khi lập kế hoạch ban hành và từ khi bắt đầu soạn thảo nghị quyết, từ đó để bảo đảm tuân thủ quy định về hình thức và trình tự, thủ tục ban hành theo quy định của Luật Ban hành VBQPPL.

Tại Điều 2 Nghị định số 91/2006/NĐ-CP ngày 06/9/2006 (quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành Luật Ban hành VBQPPL của HĐND và UBND) sau khi quy định các dấu hiệu để xác định văn bản QPPL, đã liệt kê một số loại nghị quyết không phải là văn bản QPPL, gồm: Nghị quyết miễn nhiệm, bãi nhiệm đại biểu HĐND và các chức vụ khác; nghị quyết phê chuẩn kết quả bầu cử đại biểu HĐND và bầu các chức vụ khác; nghị quyết về phê chuẩn cơ cấu cơ quan chuyên môn thuộc UBND; nghị quyết về thành lập, giải thể một số cơ quan chuyên môn thuộc UBND; nghị quyết về chương xây dựng nghị quyết của HĐND; nghị quyết về quyết định tổng biên chế ở địa phương... Tuy Nghị định này đã nêu cụ thể như vậy, nhưng trên thực tế, một số địa phương đã ban hành các loại nghị quyết nêu trên theo hình thức văn bản QPPL.

Vấn đề cần trao đổi nữa là, ngoài các nghị quyết về các lĩnh vực đã nêu trong Nghị định 91/2006/NĐ-CP, còn có những nghị quyết nào thuộc loại nghị quyết cá biệt nữa hay không? Thực tế cho thấy, các nghị quyết mà HĐND các cấp ban hành nhiều nhất, làm các nghị quyết về nhiệm vụ phát triển kinh tế - xã hội; nghị quyết về dự toán, thu chi ngân sách; nghị quyết phê chuẩn tổng quyết toán ngân sách; nghị quyết phân bổ vốn đầu tư phát triển hàng năm; các nghị quyết cho ý kiến về việc lập kế hoạch, quy hoạch phát triển kinh tế - xã hội của các cấp hành chính, quy hoạch quản lý, phát triển ngành, lĩnh vực; nghị quyết cho ý kiến về giá đất trước khi UBND cấp tỉnh ban hành quyết định. Ngoài ra, còn có các loại nghị quyết khác là nghị quyết về việc thông qua đề án đề nghị điều chỉnh (sáp nhập, chia tách, điều chỉnh) địa giới hành chính; nghị quyết thông qua đề án đề nghị công nhận phân loại đô thị; nghị quyết thông qua đề án đề nghị thành lập đơn vị hành chính; nghị quyết phân loại đơn vị hành chính... Vậy, các loại nghị quyết này là văn bản QPPL hay văn bản cá biệt? Hiện nay hầu hết các tỉnh, thành đều ban hành theo hình thức văn bản quy phạm, tuy nhiên cũng

có một vài tỉnh, thành ban hành theo hình thức văn bản cá biệt. Cơ sở để những người làm công tác tham mưu soạn thảo, ban hành nghị quyết cho rằng các nghị quyết nêu trên là văn bản QPPL vì các nghị quyết này không được nêu tại khoản 2 Điều 2 Nghị định 91/2006/NĐ-CP (xác định theo phương pháp loại trừ); và vì các nghị quyết đó đều có hiệu lực trong phạm vi cả địa phương và thực hiện trong một thời gian dài. Việc nhận thức như vậy là không phù hợp về mặt lý luận và chưa đúng với tinh thần quy định của Luật Ban hành VBQPPL, cụ thể là:

*Thứ nhất*, tại khoản 2 Điều 2 của Nghị định 91/2006/NĐ-CP chỉ mang tính bổ trợ cho khoản 1, đó là: Các văn bản do HĐND, UBND ban hành nhưng không có đầy đủ các yếu tố của văn bản QPPL theo quy định tại khoản 1 thì không phải là văn bản QPPL và nêu một số loại để làm ví dụ chứ không phải liệt kê hết tất cả các loại văn bản cá biệt. Việc xác định văn bản QPPL phải căn cứ vào 4 yếu tố đặc trưng quy định tại khoản 1, trong đó yếu tố quan trọng nhất đó là văn bản phải “Có chứa quy tắc xử sự chung (QPPL), được áp dụng nhiều lần đối với mọi đối tượng hoặc một nhóm đối tượng... Được Nhà nước bảo đảm thực hiện bằng các biện pháp theo quy định của pháp luật”. Đó là khuôn mẫu cho hành vi xử sự của các chủ thể khi tham gia vào các quan hệ pháp luật. Thường một QPPL có cấu trúc chung bao gồm ba bộ phận cấu thành, đó là: Giả định, quy định và chế tài. Phần giả định là: trong hoàn cảnh nào, khi nào thì áp dụng quy phạm pháp luật đó. Phần quy định là khi gặp tình huống đó các chủ thể phải làm gì, được làm gì hoặc không được làm gì. Phần chế tài là hậu quả bất lợi (phải chịu một trong các loại trách nhiệm pháp lý) đối với những chủ thể không thực hiện, thực hiện không đúng yêu cầu trong phần quy định của quy phạm.

*Thứ hai*, một trong những đặc trưng của QPPL là được áp dụng nhiều lần. Áp dụng nhiều lần hoàn toàn khác với áp dụng trong một thời gian dài. Quy tắc xử sự được áp dụng nhiều lần là khi chủ thể này ở trong tình

huống (giả định) đó thì phải thực hiện cách xử sự đã quy định, khi chủ thể khác ở vào tình huống đó cũng phải thực hiện như vậy. Tức là áp dụng mỗi lần đối với một chủ thể và nhiều lần là ở các chủ thể khác nhau (cũng có thể cùng một chủ thể nhưng ở những lần khác nhau). Chẳng hạn, anh A tham gia giao thông phải đi bên phải thì chị B tham gia giao thông cũng phải đi bên phải. Hoặc như khi ông C làm Trưởng thôn được Nhà nước trả phụ cấp bằng 0,9 mức lương tối thiểu, sau đó ông D thay ông C làm Trưởng thôn thì cũng được hưởng phụ cấp 0,9 chứ không thể là 0,8. Còn việc nghị quyết giao dự toán thu ngân sách cho đơn vị A thu ngân sách trong năm là 02 tỷ thì đây là nhiệm vụ cụ thể giao cho một chủ thể phải thực hiện trong một thời gian dài, chứ không phải là một quy phạm thực hiện nhiều lần đối với mọi chủ thể hay một nhóm chủ thể. Mặt khác, khi chủ thể này nộp đủ số tiền vào ngân sách hoặc nộp không đủ nhưng đã hết thời hạn của năm ngân sách giao dự toán thu, thì mệnh lệnh này hết hiệu lực mà không áp dụng lại cho chủ thể khác. Tương tự, nghị quyết về dự toán chi ngân sách cũng vậy.

Mỗi văn bản QPPL tập hợp bao gồm nhiều QPPL và không có văn bản QPPL nào chỉ tồn tại chung một QPPL. Đối chiếu với các loại nghị quyết nêu trên, có thể thấy rằng: Đối với nghị quyết về nhiệm vụ phát triển kinh tế - xã hội hàng năm, năm năm, mười năm đều có nội dung gồm các nhiệm vụ, các chỉ tiêu, kế hoạch mang tính định hướng, các giải pháp để đạt được mục tiêu và do nhiều chủ thể đồng thời cùng thực hiện. Việc triển khai thực hiện các nội dung đó còn phụ thuộc vào nhiều yếu tố khách quan và chủ quan. Nếu qua thực hiện, không đạt chỉ tiêu hoặc vượt chỉ tiêu (không đúng với nội dung nghị quyết) thì không vì vậy mà các chủ thể thực hiện phải chịu chế tài. Đối với nghị quyết về dự toán thu, chi ngân sách chỉ mang tính chất dự kiến. Kết quả thực hiện có thể thu không đạt hoặc thu vượt; chi không hết ngân sách dự kiến phân bổ hoặc chi vượt nên phải cấp kinh phí bổ sung từ nguồn ngân sách dự

phòng. Đối với nghị quyết về phê chuẩn quyết toán ngân sách hàng năm, đó là việc HĐND kiểm tra lại (hậu kiểm) việc thực hiện chi ngân sách, tức là phê chuẩn đồng ý với kết quả thực hiện chứ không đặt ra các quy tắc xử sự để thực hiện sau khi ban hành nghị quyết. Theo quy định của các văn bản luật chuyên ngành trên các lĩnh vực như Luật Đất đai, Luật Khoáng sản, Luật Xây dựng, Luật Bảo vệ và phát triển rừng, Luật Du lịch, Luật Điện lực... thì sau khi tổ chức lập quy hoạch, UBND phải trình HĐND cùng cấp thông qua (cho ý kiến) trước khi trình UBND cấp trên, bộ quản lý ngành, lĩnh vực hoặc Chính phủ ban hành quyết định phê duyệt quy hoạch theo thẩm quyền. Các nghị quyết loại này chỉ nêu các ý kiến nhất trí với nội dung quy hoạch hoặc cho ý kiến mang tính định hướng, chứ không đặt ra quy phạm nào. Theo quy định của Nghị định 91/2006/NĐ-CP thì ngay cả các quyết định phê duyệt quy hoạch của cơ quan có thẩm quyền (Chính phủ hoặc UBND cấp trên của cấp lập quy hoạch) cũng không phải là quyết định QPPL. Các nghị quyết về thông qua đề án đề nghị điều chỉnh địa giới hành chính, đề nghị công nhận loại đô thị hoàn toàn không tạo ra quy tắc xử sự (quy phạm), mà chỉ thể hiện sự nhất trí với việc lập hồ sơ (đề án) để trình cơ quan có thẩm quyền quyết định việc điều chỉnh địa giới hành chính, việc công nhận loại đô thị. Ở đây đơn thuần chỉ là một công đoạn trong chuỗi hoạt động áp dụng pháp luật (lập, thông qua, trình cơ quan có thẩm quyền quyết định) trên cơ sở căn cứ vào các tiêu chí đã quy định trong các nghị định để áp dụng cho một công việc để thực hiện một nhiệm vụ, nhằm đạt được một mục đích cụ thể.

Như vậy, các loại nghị quyết nêu trên không chứa đựng các QPPL cụ thể nào nên không hội đủ yếu tố để được coi là văn bản QPPL. Từ thực tế này, rất mong các cơ quan có thẩm quyền hướng dẫn cụ thể, tập huấn, trao đổi để thống nhất nhận thức nhằm bảo đảm thực hiện đúng tinh thần quy định của Luật Ban hành VBQPPL của HĐND và UBND ■

# TỰ DO HOÁ THỊ TRƯỜNG LAO ĐỘNG: trở ngại từ pháp luật hành chính, kinh tế và biện pháp khắc phục

VŨ VĂN HUÂN\*

VÕ TRÍ HẢO\*\*

**Đ**ể phát triển nền kinh tế hàng hoá, không thể thiếu được vai trò của một loại hàng hoá đặc biệt, đó là hàng hóa sức lao động. Nó là yếu tố đầu vào, cùng với nguyên liệu và năng lượng để tạo ra tất cả các sản phẩm khác. Vì vậy, lần đầu tiên, Bộ luật Lao động 1994 của Việt Nam thừa nhận lao động là một loại hàng hoá (BTV nhân mạnh) và cho phép tự do mua bán thông qua hợp đồng lao động. Văn kiện Đại hội lần thứ IX của Đảng ta đã khẳng định “Đảng và Nhà nước ta chủ trương thực hiện nhất quán và lâu dài chính sách phát triển kinh tế hàng hoá nhiều thành phần vận động theo cơ chế thị trường có sự quản lý của Nhà nước theo định hướng xã hội chủ nghĩa...”<sup>1</sup>. Văn kiện Đại hội còn nhấn mạnh “Thúc đẩy sự hình thành, phát triển và từng bước hoàn thiện các loại thị trường theo định hướng xã hội chủ nghĩa, đặc biệt quan tâm các thị trường quan trọng nhưng hiện chưa có hoặc còn sơ khai như: thị trường lao động (BTV nhân mạnh), thị trường chứng khoán...”. Muốn đạt được thị

trường lao động hoàn hảo - tức là thị trường mà ở đó hàng hoá được phân phối một cách có hiệu quả - như Nghị quyết Đại hội IX đặt ra - thì thị trường đó phải được điều chỉnh thông qua giá cả, nghĩa là giá cả bao giờ cũng được xác định tại mức cân bằng cung cầu và có tác dụng điều tiết cung cầu hàng hoá trên thị trường<sup>2</sup>. Muốn đạt được sự cân bằng cung cầu thì trước hết *lao động phải được tự do mua bán, tự do dịch chuyển và loại bỏ các yếu tố bóp méo quy luật cung cầu, xây dựng các tiền đề môi trường cần thiết cho sự lưu thông.*

## 1. Các trở ngại do pháp luật tạo ra đối với tự do hoá thị trường lao động

Sự tự do hoá thị trường lao động là yếu tố tiên quyết cho sự phát triển của nền kinh tế nhưng ở Việt Nam hiện nay, đang có rất nhiều trở ngại đối với tự do hoá thị trường lao động.

Các trở ngại này có thể do điều kiện khách quan như: phương tiện thông tin đại chúng chưa phát triển rộng khắp, giao thông

\* Văn phòng Quốc hội

\*\* Khoa Luật kinh tế, Đại học Kinh tế TP. Hồ Chí Minh

<sup>1</sup> Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ IX của Đảng, Nxb. Chính trị quốc gia, H., 2001, tr. 23.

<sup>2</sup> Phạm Thị Tuệ chủ biên, Giáo trình Kinh tế phát triển, Nxb. Thống kê, H., 2002, tr. 118.

chưa thuận tiện, nên người bán hàng và người mua hàng khó gặp nhau; do tâm lý “ta về ta tắm ao ta”, “an cư lạc nghiệp”, coi thường “dân ngụ cư”... của người Việt Nam; do một tỷ lệ lớn cán bộ, công chức làm việc trong các cơ quan nhà nước, doanh nghiệp nhà nước (DNNN), tổ chức chính trị - xã hội ở Việt Nam được trả lương (giá cả của lao động) không hoàn toàn theo quy luật cung cầu, làm biến dạng thị trường này... Dưới góc độ luật học, chúng tôi chỉ tập trung bàn về các trở ngại tạo ra do sự can thiệp không hợp lý của Nhà nước và cách dỡ bỏ những trở ngại đó mà không tập trung bàn các biện pháp kinh tế, tác động vào cung và cầu của thị trường lao động.

### 1.1. Trở ngại từ pháp luật về hộ tịch

Gắn liền với quá trình công nghiệp hoá, hiện đại hoá mà Đảng và Nhà nước đã đề ra là quá trình đô thị hoá. Khi tiến hành đô thị hoá, một số lượng lớn lao động phải dịch chuyển từ thị trường nông thôn ra thành thị và quá trình đô thị hoá này sẽ tiếp tục diễn ra mạnh mẽ trong vài thập niên tới. Việc đô thị hoá này là một tín hiệu đáng mừng và với tỷ lệ lao động nông nghiệp ở Việt Nam hiện nay chiếm xấp xỉ 70% tổng số lao động, khi công nghiệp hoá, đô thị hóa thành công, tỷ lệ này sẽ giảm xuống ít nhất dưới 40%. Điều này còn có nghĩa là, các thành thị sẽ cần thu hút số lao động gấp ba lần như hiện nay. Thế nhưng, đáng tiếc là pháp luật hiện hành lại đang có những quy định cản trở quá trình này.

*Thứ nhất*, quy định nhà mượn hoặc thuê thông qua hợp đồng dân sự của giữa người thuê, mượn với tổ chức, cá nhân không có chức năng cho thuê, mượn nhà, không được chấp nhận là “chỗ ở hợp pháp”.

*Thứ hai*, có “chỗ ở hợp pháp” rồi chưa chắc đã có thể đăng ký hộ khẩu, vì phải kèm theo điều kiện thứ hai “được chủ nhà đồng ý cho nhập hộ khẩu”. Mà chủ nhà thì do không am tường pháp luật, có tâm lý ngại tranh chấp nhà cửa, đất đai, nên trừ những trường

hợp thân thích, chủ nhà sẽ không đồng ý cho người thuê, mượn nhà đăng ký thường trú tại nhà mình;

*Thứ ba*, nếu có đủ hai điều kiện trên thì còn thêm điều kiện thứ ba, là phải đã tạm trú ít nhất từ một năm (Luật Thủ đô vừa được Quốc hội thông qua tháng 11/2012 còn nâng lên thành ba năm). Vậy trong ba năm tạm trú, chờ đủ thời gian để đăng ký thường trú, người lao động có được thỏa mãn nhu cầu mua xe máy, đăng ký điện thoại, internet... không, con cái họ có được tới trường đi học không?

*Thứ tư*, khi có đủ ba điều kiện trên, nếu lý lịch tư pháp có tỳ vết thì cũng chưa chắc được nhập hộ khẩu. Quy định tại Nghị quyết số 23/2011/NQ-HĐND của Hội đồng nhân dân thành phố Đà Nẵng ban hành năm 2011 là một ví dụ.

Bằng việc đặt ra những điều kiện như vậy và tương tự, quyền tự do đi lại và tự do cư trú ở trong nước của công dân - được long trọng ghi nhận tại Điều 68 Hiến pháp 1992 - đã bị hạn chế đáng kể một cách không hợp lý, làm ảnh hưởng nghiêm trọng đến quyền lợi của người lao động. Bởi vì hàng loạt các vấn đề khác như điều kiện để thuê bao điện thoại, thuê bao truyền hình cáp, đăng ký xe máy, vay vốn ngân hàng... đều gắn liền với hộ khẩu thường trú. Thiếu những điều kiện này, người lao động sẽ thiếu những phương tiện làm việc hoặc sẽ rất phiền toái khi mỗi lần phải quay về quê xa - nơi đăng ký hộ khẩu thường trú - để xin xác nhận các loại giấy tờ để làm thủ tục.

Nhà nước hạn chế, nhưng người lao động và người sử dụng lao động thì vẫn phải tìm đến nhau, do vậy, hiện diện một số lượng lớn lao động tự do trôi nổi ở các thành phố lớn, gây khó khăn cho các cơ quan quản lý hộ tịch, phát sinh tiêu cực, tăng thêm tình trạng tội phạm, tăng các hành vi gian dối trong kinh doanh... Những người lao động này, mặc dù có thể đã liên tục làm việc ở thành phố, thị xã hàng chục năm, nhưng họ

không đăng ký hộ khẩu thường trú, thậm chí không đăng ký tạm trú. Đối với họ, muốn được an cư lạc nghiệp, họ thường áp dụng hai cách phổ biến: i) những người có tiền sẽ nhờ một người đứng tên mua nhà, sau đó hối lộ cho một số cán bộ quản lý hộ tịch biến chất để hợp thức hoá việc nhập hộ khẩu. Để làm vậy, họ sẽ mất một khoản chi phí lớn; ii) những người kinh tế kém hơn thì đành chọn kế sách thứ hai, là kết hôn với một người đã có hộ khẩu thường trú ở thành phố, thị xã để được nhập hộ tịch, nên có hiện tượng “lấy nhau vì cái hộ khẩu”. Còn lại đa số người lao động không có tiền, kém may mắn, họ sẽ là đối tượng thường xuyên của việc xử phạt vi phạm hành chính về hành vi vi phạm các quy định về đăng ký, quản lý hộ khẩu. Và với họ, tiền xử phạt sẽ trở thành một khoản chi để chấp nhận hơn so với việc sáu tháng một lần quay về quê xa hàng nghìn cây số để xin các loại xác nhận, chứng thực giấy tờ.

Ở các nước phát triển, nhà nước ra sức thúc đẩy tự do lưu thông lao động bằng thủ tục thông thoáng, trợ cấp dịch chuyển nơi làm việc... Đặc biệt, chính quyền các thành phố còn xây các bãi đỗ xe lưu động<sup>3</sup> phục vụ người lao động nghèo. Còn ở Việt Nam, thị trường lao động còn có quá nhiều trở ngại cho tự do lưu thông lao động. Các trở ngại này không chỉ ảnh hưởng đến quyền lợi của từng cá nhân người lao động, mà đối với toàn thể xã hội và người sử dụng lao động, nó sẽ gây ra hiện tượng chia cắt thị trường lao động. Hiện tượng chia cắt thị trường lao động sẽ dẫn đến tình trạng người sử dụng lao động không tìm được thứ hàng cần mua, thiếu yếu tố đầu vào, làm giảm tổng sản phẩm quốc gia; người bán không tìm được người mua hoặc bán với giá thấp.

## 2.2. Trở ngại từ pháp luật kinh tế

Sự chia cắt thị trường lao động không chỉ là chia cắt về địa lý, mà còn xuất hiện trong việc phân chia các thành phần kinh tế. Ở đây là giữa thị trường mà người sử dụng lao động thuộc các thành phần kinh tế phi nhà nước và thị trường lao động mà nhà nước là người sử dụng lao động. Trong các thị trường này cũng có những tác nhân làm biến dạng cung/cầu lao động.

*Hiện tượng thứ nhất*, liên quan việc tuyển dụng lao động của các DNNN: Mặc dù Luật Doanh nghiệp 2005 đã cố tạo ra sự bình đẳng giữa các thành phần kinh tế, nhưng một số DNNN vẫn có độc quyền trực tiếp<sup>4</sup> hoặc độc quyền gián tiếp; hoặc có các lợi thế về quyền lực hành chính mà cơ quan chủ quản của các doanh nghiệp mang lại, nên các doanh nghiệp này thường đạt được những lợi nhuận siêu ngạch. Và các doanh nghiệp này thường có khả năng trả lương cho người lao động cao hơn so với giá chung của thị trường, do vậy, các doanh nghiệp này rất dễ tuyển lao động theo yêu cầu. Nhưng ở các doanh nghiệp này, quy luật cung cầu về lao động không có tác dụng, vì trong việc tuyển dụng lao động ở đây, yếu tố thân quen, họ hàng, gửi gắm luôn đóng vai trò quan trọng hơn yếu tố giá cả và chất lượng lao động. Hiện tượng này đã làm biến dạng quy luật cung cầu lao động, giá cả lao động được quyết định không phải tại điểm cân bằng cung cầu và giá cả cũng không có tác dụng điều tiết cung cầu. Hiện nay, vì các DNNN nắm trên 60% nguồn lực toàn xã hội<sup>5</sup>, nên khả năng làm biến dạng cung cầu của thị trường lao động là rất lớn; làm cho định hướng hoàn thiện thị trường lao động mà Nghị quyết IX đặt ra khó đạt được.

*Hiện tượng thứ hai*, liên quan đến việc

3 Ở các quốc gia phát triển thì một số gia đình làm nghề lao động tự do thường có các xe tải cỡ lớn, trên đó có nhà đầy đủ các tiện nghi như một căn hộ ở Việt Nam, hàng năm họ mang cả gia đình lang thang trên nhà lưu động để tìm việc làm.

4 Ví dụ bưu điện, điện lực, cấp thoát nước...

5 Ở các nước phát triển thì tỷ lệ này là dưới 40%.

phá sản doanh nghiệp: hiện nay, do các quy định về phá sản doanh nghiệp, về thủ tục phá sản doanh nghiệp theo Luật Phá sản doanh nghiệp nên việc phá sản doanh nghiệp ở Việt Nam rất khó xảy ra. Phải nói rằng, đây là một hiện tượng thể hiện sự trì trệ của nền kinh tế. Vì một doanh nghiệp làm ăn kém hiệu quả luôn cần phải “chết đi”, tức phá sản, để những doanh nghiệp khác làm ăn hiệu quả hơn, với khả năng sử dụng nguồn lực của xã hội với hiệu suất cao hơn, ra đời và phát triển, không phân biệt doanh nghiệp đó thuộc thành phần kinh tế nào. Điều đó có nghĩa là, việc phá sản các doanh nghiệp làm ăn thua lỗ sẽ giúp giải phóng lao động trong các doanh nghiệp đó, chuyển lao động từ nơi có “giá trị thặng âm” đến nơi có “giá trị thặng dư”, đồng thời, người lao động sẽ được phát huy hết khả năng của mình trong một môi trường phát triển lành mạnh.

Hiện tượng phá sản lại càng khó xảy ra đối với các DNNN, mặc dù các doanh nghiệp này làm ăn thua lỗ, mặc dù họ cũng không phải là các doanh nghiệp cung cấp dịch vụ công cộng. Bởi vì so với các doanh nghiệp khác, DNNN luôn được các cơ quan chủ quản cấp vốn bổ sung, giãn nợ, khoan nợ, xoá nợ, hoãn thuế, miễn thuế... Thân phận người lao động trong các doanh nghiệp này dĩ nhiên là không mấy khá khảm trong điều kiện làm ăn thua lỗ, nhưng họ hy vọng một ngày nào đó doanh nghiệp lại quay lại thời kỳ hoàng kim, hoặc họ là những người kém ý chí, kém năng lực, không thể chủ động chuyển việc, nên tiếp tục “trú ẩn” nhờ vào sự ổn định lay lắt của các DNNN, dù rằng doanh nghiệp đó “đã chết nhưng không được chôn”. Điều này cũng “làm đông lạnh” một bộ phận hàng hoá lao động, không tham gia thị trường chung. Việc để các doanh nghiệp này tiếp tục sống lay lắt, sẽ dẫn đến nguồn lực của xã hội bị lãng phí, tạo ra một tâm lý trì trệ cho người lao động Việt Nam.

*Hiện tượng thứ ba*, liên quan việc cổ phần hoá các DNNN: Để tránh tình trạng “nuôi báo cô” một số DNNN, Nhà nước đã

đưa ra giải pháp cổ phần hoá các DNNN. Trải qua hơn năm năm thực hiện chủ trương cổ phần hoá các DNNN, việc cổ phần hoá vẫn diễn ra rất chậm chạp. Việc cổ phần hoá diễn ra chậm chạp có nhiều nguyên nhân như: đa phần các doanh nghiệp thuộc diện cổ phần hoá là các doanh nghiệp làm ăn thua lỗ, lãnh đạo cơ quan chủ quản và lãnh đạo doanh nghiệp không muốn mất một số quyền lợi cá nhân trong đó; do việc Nhà nước vẫn giữ cổ phần kiểm soát trong doanh nghiệp sau khi cổ phần hoá, nên các thương nhân không muốn kinh doanh “chung đụng” với Nhà nước; các điều kiện kèm theo cổ phần hoá quá nặng nề. Một trong các điều kiện kèm theo thường thấy trong cổ phần hoá các DNNN là bảo đảm việc làm cho những người đang làm việc trong doanh nghiệp. Điều kiện này trở thành gánh nặng cho doanh nghiệp. Vì các DNNN thường sử dụng hệ số nhân công dư thừa; vì những người được DNNN tuyển dụng trước đó thường già và năng lực không tốt, tác phong làm việc chậm chạp. Xét dưới góc độ xã hội thì “bảo đảm việc làm cho những người đang làm việc trong doanh nghiệp đó” là một chính sách bảo hộ việc làm cho người lao động mang đậm tính nhân đạo. Nhưng đó là sự nhân đạo ngắn ngủi, vì một khi nguồn lực của xã hội không được sử dụng một cách hiệu quả thì tổng phúc lợi chung của toàn xã hội sẽ không được nâng lên.

Như vậy, nếu như hiện tượng thứ nhất dẫn đến hàng hoá lao động tốt không được phép tự do bán vào thị trường các DNNN thì ở hiện tượng thứ hai và thứ ba, Nhà nước đã gián tiếp làm hạn chế sự lưu thông hàng hoá sức lao động từ thị trường các DNNN có “giá trị thặng âm” ra thị trường bên ngoài, nơi có “giá trị thặng dư”.

## 2. Đề xuất biện pháp khắc phục

Những khiếm khuyết của thị trường lao động Việt Nam, nếu không được sớm khắc phục thì ngoài những hậu quả vừa phân tích

(Xem tiếp trang 54)

# NHỮNG BẤT CẬP VÀ CÁC KIẾN NGHỊ HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT ĐẦU THẦU

HỒ XUÂN THẮNG\*

**L**uật Đầu thầu ban hành năm 2005 và các văn bản quy phạm pháp luật hướng dẫn thi hành Luật Đầu thầu đã thể hiện rõ mục tiêu tăng cường tính công khai, minh bạch, cạnh tranh lành mạnh trong quá trình lựa chọn nhà thầu và tăng cường hiệu quả kinh tế trong giai đoạn hội nhập kinh tế thế giới. Tuy nhiên, trên thực tế, việc áp dụng pháp luật đầu thầu trong cả nước vẫn gặp rất nhiều khó khăn và không hiệu quả. Bài viết chỉ ra một số bất cập và kiến nghị hướng sửa đổi những bất cập đó trong pháp luật đầu thầu hiện hành.

## 1. Phạm vi áp dụng chưa rõ ràng, chưa tạo được môi trường pháp lý thống nhất

Khoản 1 Điều 1 Luật Đầu thầu<sup>1</sup> quy định: “Luật này quy định về các hoạt động đầu thầu để lựa chọn nhà thầu cung cấp dịch vụ tư vấn, mua sắm hàng hoá, xây lắp đối với gói thầu thuộc các dự án sau đây: 1. Dự án sử dụng vốn nhà nước từ 30% trở lên cho mục tiêu đầu tư phát triển, bao gồm:

- a) Dự án đầu tư xây dựng mới, nâng cấp mở rộng các dự án đã đầu tư xây dựng;
- b) Dự án đầu tư để mua sắm tài sản kê cả thiết bị, máy móc không cần lắp đặt;
- c) Dự án quy hoạch phát triển vùng, quy hoạch phát triển ngành, quy hoạch xây dựng đô thị, nông thôn;
- d) Dự án nghiên cứu khoa học, phát triển công nghệ, hỗ trợ kỹ thuật;

đ) Các dự án khác cho mục tiêu đầu tư phát triển”.

Nhưng vấn đề đặt ra là, Luật chưa định nghĩa rõ ràng, chưa xác định thế nào là “dự án đầu tư phát triển”. Bên cạnh đó, điểm đ khoản 1 lại sử dụng cụm từ “Các dự án khác cho mục tiêu đầu tư phát triển”. Đây là một cụm từ rộng và không thể xác định được cụ thể phạm vi áp dụng, nó mâu thuẫn trong chính nội tại của văn bản pháp luật, dẫn đến việc thực thi lúng túng, thiếu thống nhất trong thực tiễn. Thực chất về “vốn nhà nước” cũng không được pháp luật định nghĩa rõ ràng, thậm chí cho phép hiểu là nó quá rộng, bao gồm một số nguồn vốn cụ thể và “các vốn khác do Nhà nước quản lý”<sup>2</sup>. Trong các văn bản hướng dẫn thi hành cũng không ghi rõ thế nào là “các vốn khác do Nhà nước quản lý” và do vậy, rất khó để xác

\* TS. Khoa Luật – Đại học Sài Gòn.

<sup>1</sup> Luật Đầu thầu số 61/2005/QH11 được Quốc hội thông qua ngày 29/11/2005 và có hiệu lực ngày 01/7/2006.

<sup>2</sup> Khoản 1 Điều 4 Luật Đầu thầu năm 2005.



định một số nguồn vốn cụ thể có được coi là vốn do Nhà nước quản lý hay không. Ví dụ, một dự án được cấp vốn vay bởi các ngân hàng quốc doanh thì có bị coi là sử dụng vốn nhà nước hay không?

Luật Đấu thầu cũng chưa quy định rõ cách xác định về phần vốn nhà nước tham gia từ 30% trở lên. Tại khoản 1 Điều 2 Nghị định 85/2009/NĐ-CP - văn bản hướng dẫn thi hành Luật Đấu thầu - chỉ nêu đơn giản là việc xác định sẽ dựa trên phần vốn nhà nước tham gia trong tổng mức đầu tư hoặc tổng vốn đầu tư của dự án đã phê duyệt. Nghị định này cũng không quy định rõ để xác định thì phải làm như thế nào, nếu doanh nghiệp nhà nước thành lập công ty con và công ty con này dùng vốn chủ sở hữu của mình để thực hiện dự án đầu tư phát triển, thì có thể coi dự án của công ty con này có sử dụng 100% vốn nhà nước hay không? Câu trả lời sẽ thay đổi như thế nào nếu trong vốn chủ sở hữu của công ty con có cả vốn góp của các doanh nghiệp ngoài quốc doanh? Hay nói một cách khác, nếu trong một công ty có doanh nghiệp nhà nước góp 30% vốn chủ sở hữu, doanh nghiệp khối tư nhân góp 70% vốn chủ sở hữu, và khi công ty này dùng vốn chủ sở hữu của mình đầu tư vào một dự án, thì dự án đó có chịu sự điều chỉnh của Luật Đấu thầu hay không? Tiếp theo nữa, nếu sau này vốn chủ sở hữu của công ty được bổ sung từ các nguồn khác - có thể là vốn thuộc lợi nhuận kinh doanh do công ty để lại - thì việc xác định vốn nhà nước thực hiện như thế nào?

Việc chưa tạo được môi trường pháp lý thống nhất để áp dụng và vận dụng trong công tác đấu thầu là do các quy định về đấu thầu có liên quan đến sử dụng vốn nhà nước còn tản mạn, không tập trung, thiếu sự thống nhất. Các quy định về đấu thầu hiện hành nằm rải rác trong nhiều văn bản quy phạm

pháp luật, như: đấu thầu lựa chọn nhà thầu được quy định tại Luật Đấu thầu, Luật Xây dựng và Luật số 38/2009/QH12<sup>3</sup>; đấu thầu lựa chọn nhà đầu tư dự án có sử dụng đất; thực hiện hợp đồng BOT, BTO, BT được quy định tại Luật Đầu tư 2005; đấu thầu theo phương thức mua sắm tập trung được quy định tại Quyết định 179/2007/QĐ-TTg, Thông tư 22/2008/TT-BTC; đấu thầu lựa chọn nhà đầu tư xây dựng các cơ sở giáo dục, dạy nghề, y tế, thể thao, môi trường được quy định tại Nghị định 69/2008/NĐ-CP; đấu thầu cung cấp dịch vụ sự nghiệp công được quy định tại Quyết định 39/2008/QĐ-TTg; đấu thầu cung ứng sản phẩm, dịch vụ công ích được quy định tại Quyết định 256/2006/QĐ-TTg. Thực trạng này gây tình trạng chòng chéo, thiếu thống nhất giữa các văn bản và gây khó khăn cho các đơn vị, tổ chức, cá nhân khi triển khai thực hiện, vì vậy, việc thống nhất các quy định về đấu thầu trong một luật chung là rất cần thiết.

Có thể nói, ngoài việc sử dụng vốn ngân sách, đầu tư có sử dụng tài sản công như đất đai, nước, biển... đã được xác định rõ và yêu cầu đương nhiên phải áp dụng Luật Đấu thầu, các quy định của Nhà nước, còn các nguồn vốn và tiền chi khác đều có những đối tượng cụ thể khác quản lý như lĩnh vực ngân hàng, cơ quan quản lý bảo lãnh vay, đơn vị tài trợ tiền, vốn... nhưng hình thức quản lý lại rất đa dạng phụ thuộc vào nguồn tiền huy động và mục tiêu đầu tư, chi tiền cho mỗi đối tượng. Ví dụ như các Tập đoàn, Tổng công ty nhà nước đã ban hành các quy chế và quy định nội bộ trong đó có quy chế về đấu thầu bao trùm toàn bộ việc sử dụng tất cả các nguồn vốn, kể cả mục đích đầu tư và chi tiêu cho hoạt động sản xuất kinh doanh khác.

Để xác định phạm vi áp dụng của Luật Đấu thầu một cách rõ ràng, mang tính khoa

3 Luật số 38/2009/QH12 ngày 19/6/2009 của Quốc hội ban hành Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của các Luật liên quan đến đầu tư xây dựng cơ bản.

học cao, thúc đẩy công tác đấu thầu có hiệu quả, cần sửa đổi, bổ sung Luật Đấu thầu theo hướng:

- Đưa ra một danh sách rõ ràng các dự án được coi là cho mục tiêu đầu tư phát triển và bỏ đi các từ chung chung như “các dự án khác cho mục tiêu đầu tư phát triển” tại khoản 1 Điều 1 của Luật Đấu thầu.

- Điều 4.1 của Luật Đấu thầu nên liệt kê các nguồn vốn được coi là “vốn nhà nước” và bỏ đi các từ chung chung như “các vốn khác do nhà nước quản lý”.

- Luật nên quy định rõ làm thế nào để xác định được tỷ lệ vốn nhà nước trong tổng vốn đầu tư của một dự án, ví dụ trong dự án có doanh nghiệp nhà nước góp vốn liệu có cần truy tìm nguồn gốc của phần vốn do doanh nghiệp nhà nước đó dùng để góp vào dự án hay không (ví dụ doanh nghiệp nhà nước đó dùng nguồn vốn đầu tư phát triển của mình để góp vốn thì sẽ coi là phần vốn nhà nước trong dự án, còn nếu doanh nghiệp dùng vốn vay thương mại để góp vốn thì không), và việc này có khả thi hay không?

- Luật cần khẳng định các dự án quy định tại khoản 2 và 3 Điều 1 có luôn phải tuân thủ theo Luật Đấu thầu hay không? Sử dụng vốn nhà nước và vốn tư nhân để cùng đấu thầu chiếm tỷ trọng bao nhiêu phần trăm thì được áp dụng Luật Đấu thầu, hoặc trong trường hợp các dự án không dùng vốn nhà nước thì có được áp dụng luật này để điều chỉnh hay không?

## **2. Nguyên tắc quản lý hợp đồng và thương thảo hợp đồng không rõ ràng, thiếu sự nhất quán trong nguyên tắc quản lý và quy định thực hiện**

Việc thương thảo, hoàn thiện hợp đồng và ký kết hợp đồng với nhà thầu trúng thầu được quy định tại Điều 42 Luật Đấu thầu, phải dựa trên cơ sở: Kết quả đấu thầu được duyệt; Mẫu hợp đồng đã điền đủ các thông tin cụ thể của gói thầu; Các yêu cầu nêu trong hồ sơ mời thầu; Các nội dung nêu

trong hồ sơ dự thầu và giải thích làm rõ hồ sơ dự thầu của nhà thầu trúng thầu (nếu có); Các nội dung cần được thương thảo, hoàn thiện hợp đồng giữa bên mời thầu và nhà thầu trúng thầu.

Khoản 2 của Điều này cũng chỉ rõ “Kết quả thương thảo, hoàn thiện hợp đồng là cơ sở để chủ đầu tư và nhà thầu tiến hành ký kết hợp đồng”. Song trong trường hợp việc thương thảo, hoàn thiện hợp đồng không thành thì chủ đầu tư phải báo cáo người có thẩm quyền xem xét việc lựa chọn nhà thầu xếp hạng tiếp theo. Trường hợp các nhà thầu xếp hạng tiếp theo cũng không đáp ứng yêu cầu thì báo cáo người có thẩm quyền xem xét, quyết định (khoản 3).

Hợp đồng là văn bản pháp lý quan trọng để các bên thực hiện quyền và nghĩa vụ của mình đã cam kết với nhau. Hợp đồng chính là sản phẩm của quá trình đấu thầu lựa chọn nhà thầu, tuy vậy khi sử dụng vốn sở hữu chung, vốn nhà nước, việc quy định cơ chế kiểm soát, thủ tục trình duyệt rồi rầm đã làm cho việc quản lý hợp đồng hiện nay đang là một trong những khâu yếu nhất trong quản lý dự án đầu tư.

Với phạm vi áp dụng nhằm vào việc quản lý vốn nhà nước, cần có sự phân biệt rõ trong quy định Luật Đấu thầu nguyên tắc quản lý liên quan đến 3 cấp khái niệm sau:

*Một là*, giữa "Quản lý biến đổi, điều chỉnh trong hợp đồng" với "Điều chỉnh, bổ sung hợp đồng": tức là phân biệt giữa một mảng là các quy định về điều chỉnh trong hợp đồng, gồm những nội dung điều chỉnh đã quy định sẵn trong hợp đồng mà khi thực hiện không cần phải thương thảo, ký kết hoặc xin ý kiến cấp có thẩm quyền nào khác, với mảng vấn đề phát sinh mới, ngoài quy định đã có trong hợp đồng, phải thương thảo để ký phụ lục hiệu chỉnh, bổ sung thì mới có cơ sở thực hiện tiếp theo.

*Hai là*, giữa dự toán, là ước tính chi phí, tức là trần để quản lý của dự án để chủ đầu

tư kiểm soát hiệu quả đầu tư cũng như kiểm soát việc quản lý chi phí của các đơn vị quản lý nhà nước, và phạm trù liên quan giá hợp đồng cùng nghĩa vụ thanh toán theo hợp đồng.

Ba là, giữa quản lý chất lượng, nghiệm thu công việc, với quy định về thanh toán kèm theo hồ sơ, thủ tục thanh toán. Từ yêu cầu quá cụ thể kiểm soát nghiệm thu để thanh toán trước đây, như hóa đơn thực tế, nghiệm thu tất cả các công việc kể cả nội dung biện pháp thi công đơn giản, công trình tạm, đến một thái cực hoàn toàn trái ngược của một số chuyên gia hiện nay đã bộc lộ những quan niệm sai thực tế, cần có phân tích và tiếp cận khoa học hơn là bỏ việc cần thiết phải giám sát, nghiệm thu cụ thể với hợp đồng EPC vì hợp đồng EPC chính là “hợp đồng trọn gói”.

Đối chiếu các quy định có liên quan đến vấn đề này, chúng ta nhận thấy Điều 57 Luật Đấu thầu và Điều 109 Luật Xây dựng đều mang tên “Điều chỉnh hợp đồng...” nhưng nội dung và cách diễn giải không nhất quán, chưa phân biệt được rõ nguyên tắc ký bổ sung, hiệu chỉnh để “Điều chỉnh hợp đồng”. Ví dụ, tại khoản 1 Điều 57 Luật Đấu thầu quy định: Việc điều chỉnh hợp đồng chỉ áp dụng đối với hình thức hợp đồng theo đơn giá, hình thức hợp đồng theo thời gian và được thực hiện theo quy định sau đây: a. Trường hợp Nhà nước thay đổi chính sách về thuế,... b. Trường hợp có khối lượng, số lượng thay đổi trong quá trình thực hiện hợp đồng nhưng trong phạm vi của Hồ sơ mời thầu và không do lỗi của nhà thầu gây ra...

Các nội dung quy định trên đây có cần thiết phải điều chỉnh hợp đồng dưới hình thức phải ký các bổ sung, hiệu chỉnh hợp đồng hay không? Vấn đề này đang là một trong những tranh cãi không thống nhất giữa các nhà tổ chức xét thầu và tham gia đấu thầu, bởi vì thực tế các điều chỉnh trên thường chỉ là những tính toán mang tính kỹ

thuật, có thể quy định ngay trong hợp đồng để kiểm soát, không yêu cầu thủ tục ký kết bổ sung hợp đồng. Trong khi đó, tại văn bản hướng dẫn thi hành, cụ thể Điều 52 của Nghị định 85/2010/NĐ-CP và Mục 5 Nghị định 48/2010/NĐ-CP về điều chỉnh giá và điều chỉnh hợp đồng quy định các nội dung hòa trộn giữa các nội dung tính toán điều chỉnh phục vụ cho việc nghiệm thu, thanh toán hợp đồng đã ký với những nội dung cần phải có sự thỏa thuận, ký bổ sung hợp đồng để xác lập cơ sở pháp lý cho các bên được thực hiện và chỉ khi hai bên được bổ sung hợp đồng thì mới có thể thực hiện.

Bên cạnh đó, Điều 37 khoản 1 Nghị định 48/2010/NĐ-CP lại quy định điều chỉnh hợp đồng bao gồm điều chỉnh khối lượng, điều chỉnh giá hợp đồng, điều chỉnh tiến độ thực hiện và các nội dung khác (nếu có) mà các bên đã thỏa thuận trong hợp đồng. Việc các bên đã thỏa thuận trong hợp đồng thì không cần phải điều chỉnh hợp đồng nữa nếu đối chiếu với quy định tại khoản 2 Điều 34 về nguyên tắc điều chỉnh hợp đồng quy định: “Đối với hợp đồng trọn gói, thì chỉ được điều chỉnh hợp đồng cho những khối lượng công việc bổ sung ngoài phạm vi hợp đồng đã ký...” Như vậy, đã có sự thiếu nhất quán trong phân loại vấn đề và cách diễn đạt luật, mặc dù chính Luật 38/2009/QH12 tại khoản 17 Điều 2 đã có điều chỉnh Điều 57 Luật Đấu thầu 61/2005/QH11 bằng bổ sung thêm hai khoản 2 và 3 để làm rõ hơn nguyên tắc điều chỉnh hợp đồng để ký phụ lục bổ sung hợp đồng nhưng vẫn chưa giải quyết được toàn diện vấn đề.

Có thể viện dẫn một ví dụ tiếp theo để minh họa về điều khoản “biến đổi và điều chỉnh” (Variations and Adjustments) quy định trong mẫu hợp đồng FIDIC theo bản dịch của Nhà xuất bản Xây dựng - Hiệp hội Tư vấn xây dựng Việt Nam 2009, đây là các quy định của điều khoản hợp đồng có thể nói rất khoa học và có tính khả thi cao, gồm có

8 mục: Quyền được biến đổi; Tư vấn giá trị công trình; Thủ tục biến đổi; Thanh toán bằng tiền quy định; Tiền dự chi; Ngày làm việc; Điều chỉnh do các thay đổi luật lệ; Điều chỉnh do thay đổi về chi phí.

Các thủ tục liên quan đến quy định này được thực hiện qua công văn trao đổi hoặc biên bản hiện trường nhằm đơn giản thủ tục và kịp thời xử lý tình huống, nếu không kịp thời có thể sẽ gây thiệt hại cho cả hai bên. Tuy vậy, trong điều kiện quản lý vốn nhà nước và quy định nhiều cấp kiểm soát, quy định phải phê duyệt trước như hiện nay tại Việt Nam thì một số nội dung trên đã bị lỗi thời do không còn phù hợp với tình hình thực tiễn, đặc biệt là các gói thầu có yếu tố nước ngoài tham gia. Thông thường khi xảy ra sự kiện như quy định tại điều khoản này, các hợp đồng với nhà thầu nước ngoài thường quy định trong vòng 7 ngày chủ đầu tư phải có phản hồi, trả lời chính thức về điều kiện thanh toán và chi phí cho các biến đổi. Nếu không, nhà thầu có quyền từ chối thực hiện hoặc nhà thầu tự thực hiện theo phương án của nhà thầu và thanh toán theo yêu cầu của nhà thầu. Cơ chế yêu cầu Ban quản lý dự án (QLDA) phải trình lên rất nhiều cấp như hiện nay (tuy đã có cải tiến nhờ chủ trương cải cách thủ tục hành chính trong những năm gần đây) cũng sẽ không thể đáp ứng yêu cầu này.

Vì các quy định chưa rõ ràng nên cần phải bóc tách các trường hợp cụ thể yêu cầu phải phê duyệt của cấp có thẩm quyền để phân loại thành yêu cầu “Điều chỉnh hợp đồng” và thể hiện điều chỉnh này dưới dạng ký “Bổ sung, hiệu chỉnh hợp đồng” để phân biệt với các trường hợp còn lại. Bởi vì, nhà thầu luôn giữ nguyên tắc chỉ tuân thủ theo hợp đồng đã ký và biết đối tác duy nhất làm đầu mối đã ghi trong hợp đồng mà thôi.

Tóm lại, cách diễn đạt trong các luật và văn bản dưới luật không có sự phân loại rõ nội dung và không nhất quán. Việc quản lý

vốn nhà nước cần có các cấp phê duyệt kiểm soát nhưng lại không có sự phân loại vấn đề rõ ràng để phân cấp thực hiện sẽ gây khó khăn trong quá trình thực thi đối với các chủ đầu tư, nhiều tình huống bị nhà thầu nước ngoài phạt chỉ do chủ đầu tư Việt Nam lúng túng trong thủ tục quyết định, ai được quyền quyết định. Nếu hiểu điều chỉnh hợp đồng là những điều chỉnh cho những khối lượng công việc bổ sung ngoài phạm vi hợp đồng đã ký kết thì cần tách phần này ra để quy định riêng và áp dụng thống nhất cho tất cả các hình thức hợp đồng, tức là quy định sẽ phải thương thảo có cơ chế trình duyệt trước khi ký bổ sung hợp đồng..., các trường hợp còn lại thuộc phạm vi các biến đổi, điều chỉnh được quy định rõ ngay trong hợp đồng để thực hiện. Luật chỉ nên quy định cụ thể cho nội dung điều chỉnh hợp đồng như trên, còn về các biến đổi, điều chỉnh trong hợp đồng thuộc phần kỹ thuật trong soạn thảo, thương thảo hợp đồng. Bởi vì hợp đồng trước khi ký đã có cơ chế kiểm soát thông qua quy trình đấu thầu.

Để đảm bảo nguyên tắc quản lý hợp đồng, thương thảo hợp đồng rõ ràng và có sự nhất quán trong nguyên tắc quản lý, quy định thực hiện, chúng tôi đề xuất:

*Thứ nhất*, lấy quy định trong Bộ luật Dân sự là nền tảng cho quy định chung về quản lý hợp đồng. Bằng cách thức tổ chức soạn thảo lại toàn bộ các điều khoản trong Luật Đấu thầu và Luật Xây dựng liên quan đến hợp đồng để đảm bảo sự thống nhất với Bộ luật Dân sự, giữa các luật với nhau và sao cho phù hợp với nguyên tắc quản lý của cơ chế thị trường. Bên cạnh đó, cần xác định và phân loại rõ theo hướng “Điều chỉnh hợp đồng” là điều chỉnh đối với những phát sinh ngoài quy định trong hợp đồng đã ký và phải được kiểm soát chặt qua thẩm định, phê duyệt rồi ký bổ sung hợp đồng thì mới đủ cơ sở pháp lý để thực hiện. Tất cả các điều chỉnh khác có thể xác định rõ nguyên tắc

quản lý (bao gồm cả quản lý một số rủi ro) có thể phân loại mang tên là “Biến đổi và điều chỉnh” sẽ quy định trong hợp đồng cụ thể kèm theo nguyên tắc quản lý, trao đổi thông tin và thanh toán các chi phí liên quan. Như vậy, hình thức hợp đồng chỉ nên phân thành hai nhóm là “hợp đồng giá trọn gói” và “hợp đồng có giá điều chỉnh”. Tổng giá hợp đồng của hình thức “hợp đồng có điều chỉnh giá” sẽ phải gồm cả phần dự phòng để có nguồn cho công tác thanh toán và kiểm soát mức trần chi phí cho từng gói thầu, hợp đồng.

*Thứ hai*, các văn bản hướng dẫn dưới luật, trong đó có Nghị định 48/2010/NĐ-CP về hợp đồng trong hoạt động xây dựng đã có nhiều điều chỉnh phù hợp với thực tiễn cũng như các khiếm khuyết như phân tích ở phần trên, cần phải xem xét để hiệu chỉnh nội dung của Luật mới.

*Thứ ba*, rà soát, tổng hợp các văn bản hướng dẫn về hợp đồng vào một văn bản luật để thống nhất hướng dẫn thực hiện, ngoài ra khi ban hành văn bản hướng dẫn dưới luật cần chuyển các nội dung mang tính chất kỹ thuật tính toán, xử lý nghiệp vụ thành các tài liệu hướng dẫn nghiệp vụ, cẩm nang cho người sử dụng.

### **3. Tiêu chí xác định tính độc lập của nhà thầu chưa tính tới các nhà thầu nước ngoài**

Để hướng dẫn xác định tính độc lập của nhà thầu, Điều 3 Nghị định 85/2009/NĐ-CP chia ra các trường hợp áp dụng cho nhà thầu hoạt động theo Luật Doanh nghiệp, nhà thầu là đơn vị sự nghiệp, nhà thầu là doanh nghiệp nhà nước phải chuyển đổi. Điều khoản này không đề cập tới trường hợp các nhà thầu là các tổ chức nước ngoài thì không biết việc xác định tính độc lập sẽ thực hiện như thế nào. Đây rõ ràng là một khiếm khuyết của pháp luật đấu thầu trong quá trình hội nhập kinh tế quốc tế mang tính toàn

cầu như hiện nay. Tức là khi chúng ta hội nhập, việc cần phải chuẩn bị có tính tiên quyết, đó là tạo hành lang pháp lý đầy đủ bảo đảm cho việc tham gia đấu thầu của các thành phần kinh tế một cách bình đẳng và minh bạch. Bên cạnh đó, trong các quy định này chưa phân biệt rõ được quy định độc lập để đảm bảo tính cạnh tranh trong đấu thầu và độc lập để đảm bảo khách quan trong thực hiện. Việc quy định tư vấn kỹ thuật cũng cần được làm rõ và phân biệt theo 2 mảng công việc ở chỗ:

- Tư vấn kỹ thuật cần khuyến khích tính liên tục, kế thừa nhưng không làm giảm tính cạnh tranh trong trường hợp nhà tư vấn phải thông qua đấu thầu cạnh tranh để chọn.

- Mảng công tác tư vấn thẩm định, giám định, kiểm định yêu cầu tính độc lập hoàn toàn để đảm bảo tính khách quan thực hiện như thẩm định các bước thiết kế, thẩm định dự toán, kiểm định chất lượng chi tiết, hạng mục...

Vấn đề đặt ra ở đây là khái niệm “tham gia đấu thầu” cần đưa vào Luật Đấu thầu như thế nào cho rõ ràng, làm cơ sở pháp lý cho việc tham gia đấu thầu cũng như việc xét chọn nhà thầu mang tính thống nhất cao hơn. Ngoài ra, việc quy định tư vấn lập thiết kế kỹ thuật hoặc thiết kế bản vẽ thi công công trình thì không được giám sát thi công như khoản 7 Điều 36 Nghị định 12/2009/NĐ-CP là chưa hợp lý, cần làm rõ để pháp luật thể hiện sự thông thoáng hơn trong việc quy định các điều kiện về năng lực và hoạt động của các tổ chức, cá nhân tư vấn xây dựng, các nhà thầu hoạt động xây dựng trong phạm vi cả nước, kể cả nhà thầu nước ngoài hoạt động xây dựng tại Việt Nam.

Chỉ tiêu đánh giá độc lập và quy định về cơ sở, chứng cứ xác định các chỉ tiêu này trong Luật chưa nêu cụ thể và cũng thiếu các tài liệu hướng dẫn chi tiết.

Pháp luật đấu thầu cần có hướng dẫn

thêm về tính độc lập giữa các nhà thầu nước ngoài, trong đó chú trọng đến tính độc lập giữa nhà thầu nói chung và chủ đầu tư. Có thể tham khảo ý kiến kiểm soát do WB, ADB đang quy định cho các khoản vay ở Việt Nam để áp dụng đối với nhà thầu nước ngoài.

Đối với các nhà thầu trong nước, trong điều kiện hiện nay, về cơ bản quy định như hướng dẫn tại Nghị định 85/2009/NĐ-CP là hợp lý. Đồng thời bổ sung điều kiện chỉ định thầu cho các đơn vị có vốn góp trên 50% của nhau mà sản phẩm đầu ra của đơn vị này đang là yêu cầu mua sắm của đơn vị kia.

Phân biệt rõ quy định điều kiện độc lập để đảm bảo cạnh tranh trong đấu thầu và quy định độc lập thực hiện công việc để thẩm định, giám sát nhau theo hai nhóm riêng như phân tích ở trên.

#### **4. Cách thức xác định một số gói thầu được phép chỉ định thầu chưa rõ ràng**

Trong thực tiễn áp dụng, các công việc không đấu thầu chưa được quy định trong Luật Đấu thầu một cách cụ thể nên khi lập kế hoạch đấu thầu rất lúng túng, từ đó tạo ra cách hiểu không giống nhau, thiếu nhất quán. Các công việc này thường nằm trong phạm vi công việc tự thực hiện hoặc chỉ định thầu cho các đơn vị chuyên ngành thực hiện, nhất là công việc giám định và công tác thẩm định thầu. Nếu như điều kiện chỉ định thầu trong Luật Đấu thầu đưa thêm các đối tượng nêu trên vào để thống nhất quy trình và thủ tục thực hiện thì không còn bàn cãi trong việc thực hiện đối với các đơn vị chuyên ngành tổ chức chỉ định thầu. Như vậy, việc thừa nhận công tác này hiện nay đang gặp một trở ngại không nhỏ, có thể ảnh hưởng rất lớn đến quá trình thực hiện đấu thầu khi mà quy định của pháp luật đối với dự án đầu tư xây dựng công trình được chỉ định thầu bao gồm một số mục, trong đó có “gói thầu

mang tính chất bí mật quốc gia; gói thầu thuộc dự án cấp bách vì lợi ích quốc gia” và “gói thầu do yêu cầu đặc biệt khác theo quy định của Chính phủ”<sup>4</sup>. Ngoài ra, Điều 40 Nghị định 85/2009/NĐ-CP quy định thêm một trường hợp là “các trường hợp đặc biệt khác do Thủ tướng Chính phủ xem xét, quyết định”.

Theo chúng tôi, Luật Đấu thầu chưa có quy định rõ ràng về thủ tục và khung pháp lý kiểm soát để làm cơ sở yêu cầu cơ quan nhà nước có thẩm quyền xác nhận một gói thầu được coi là thuộc vào các trường hợp nêu trên. Do vậy, chủ đầu tư kiến nghị tràn lan, thủ tục thiếu nhất quán và không phân định rõ được trách nhiệm của từng cấp quyết định. Hạn mức giá gói thầu được chỉ định thầu hiện nay quá cao, cho dù mức giá này luật pháp có tính đến tình huống lạm phát nên một số chủ đầu tư nghĩ ngay đến việc chia nhỏ để chỉ định thầu với số lượng gói thầu rất lớn, một cách lách luật làm lợi cho chủ đầu tư và tất nhiên ảnh hưởng lớn đến việc chỉ định thầu.

Luật Đấu thầu cần có quy định về tiêu chí, thủ tục để xác định một gói thầu được phép chỉ định thầu kể cả khung pháp lý để xác định và kiểm soát trong trường hợp đặc biệt một cách rõ ràng hơn, không nên phiến diện như quy định hiện hành.

Nên giảm mức giá trị gói thầu được chỉ định thầu để việc áp dụng hình thức đấu thầu này được linh hoạt hơn, phù hợp với thực tiễn của nó. Bỏ điều kiện chứng minh chỉ định thầu hiệu quả hơn đấu thầu và thời gian thực hiện hợp đồng gói thầu phải nhỏ hơn 18 tháng.

Nên bổ sung điều kiện chỉ định thầu cho đơn vị có vốn góp của nhau trên 50% nếu sản phẩm đầu ra của đơn vị này là nhu cầu mua sắm của đơn vị kia.

4 Theo Điều 20 Luật Đấu thầu năm 2005.

### 5. Nêu yêu cầu về nhãn hiệu, xuất xứ hàng hóa cụ thể trong hồ sơ mời thầu đối với đấu thầu mua sắm hàng hóa, xây lắp hoặc gói thầu EPC

Vấn đề này được đề cập tại khoản 5 Điều 12 Luật Đấu thầu 2005, nếu nhìn nhận vấn đề này ở thực tiễn, chúng ta có thể khẳng định, nó thiếu nhất quán và thiếu đồng bộ để các cơ quan, tổ chức, cá nhân tổ chức hoặc tham gia đấu thầu theo các hình thức đấu thầu do chính Luật Đấu thầu đã quy định. Bởi vì, khi tiến hành đấu thầu rộng rãi hoặc đấu thầu hạn chế, việc đưa ra nhãn hiệu, xuất xứ hàng hoá cụ thể trong hồ sơ mời thầu chắc chắn làm cho cuộc đấu thầu mang rõ tính hình thức, mặt khác, nó còn triệt tiêu cơ hội cạnh tranh của các hàng hoá khác. Riêng đối với hình thức chào hàng cạnh tranh thường áp dụng cho hàng hoá sản xuất hàng loạt, ở đó theo thông lệ, việc phân phối thông

qua hệ thống đại lý, siêu thị. Vì thế, nếu người mua có yêu cầu mua một mặt hàng nào đó với nhãn mác cụ thể thì vẫn đảm bảo sự cạnh tranh nhất định giữa các đơn vị phân phối nhưng xét về chỉ tiêu, yêu cầu kỹ thuật cho sản phẩm hàng hoá nó cũng dễ dàng quản lý hơn.

Đối với đấu thầu cạnh tranh rộng rãi và hạn chế không được phép nêu nhãn hiệu, xuất xứ cụ thể của hàng hóa trừ một số trường hợp đặc biệt nếu nêu nhãn hiệu hàng hóa cụ thể thì phải quy định: (i) nhà thầu được phép chào hàng hóa có nhãn mác khác nhưng phải chứng minh có chất lượng tương đương hoặc cao hơn; (ii) nêu tiêu chí đánh giá cụ thể trong hồ sơ mời thầu.

Đối với các hình thức lựa chọn nhà thầu khác thì được phép nêu cụ thể nhãn mác, xuất xứ ■

## TỰ DO HOÁ ...

(Tiếp theo trang 46)

ở trên, sẽ đặc biệt ảnh hưởng lợi ích của đất nước trong quá trình hội nhập quốc tế. Hội nhập quốc tế là một vấn đề tất yếu vì trên toàn thế giới đang diễn ra khuynh hướng toàn cầu hoá kinh tế và một số quan hệ xã hội. Có thể ví toàn cầu hoá như luồng gió. Sức gió có thể thổi căng cánh buồm đẩy con thuyền đi và cũng có thể lật con thuyền nếu chúng ta không biết sử dụng nó. Để khắc phục những khiếm khuyết nói trên của thị trường lao động, theo chúng tôi, cần phải:

- Ý thức một cách sâu sắc ý nghĩa của tự do hoá thị trường lao động đối với sự phát triển kinh tế;

- Cùng với việc mở rộng quy hoạch thành phố để đón nhận sự dịch chuyển lao động do quá trình công nghiệp hoá, cần phải

dỡ bỏ các rào cản về hộ tịch để cho phép lao động từ khu vực nông thôn và thành thị được cạnh tranh một cách bình đẳng, góp phần tạo nên sự bình đẳng giữa nông thôn và thành thị;

- Thay đổi quy định về thủ tục đăng ký tạm vắng, tạm trú, sao cho các quy định này trở nên thông thoáng hơn. Cùng với việc thông thoáng trong việc đăng ký tạm vắng, tạm trú, các cơ quan quản lý hộ tịch cần thiết kê lại giấy chứng minh thư nhân dân, áp dụng các biện pháp chống làm giả của kỹ thuật in tiền, để cho chứng minh thư nhân dân mang nhiều ý nghĩa hơn nữa trong các việc liên quan cần có sự xác thực về nhân thân<sup>6</sup>;

- Không nên theo đuổi những chính sách bảo hộ lao động trong các DNNN. Khuyến khích các doanh nghiệp tạo ra việc làm cho xã hội, không phân biệt doanh nghiệp đó có thuộc thành phần kinh tế chủ đạo hay không ■

6 Hiện nay, để xác thực về nhân thân, rất nhiều các thủ tục hành chính ở Việt Nam bên cạnh chứng minh thư nhân dân còn phải xuất trình sổ hộ khẩu, thẻ sinh viên,... Xem Nguyễn Văn Hoà, Để xuất khẩu lao động được công bằng hơn, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, Số 3/2003, tr. 67.

# THỰC HIỆN PHÁP LUẬT DÂN CHỦ CỦA CÁN BỘ TỰ QUẢN THÔN, BUÔN, TỔ DÂN PHỐ CÁC TỈNH TÂY NGUYÊN VÀ NHỮNG VẤN ĐỀ ĐẶT RA

ĐỖ VĂN DƯƠNG\*

**M**ột trong những đặc trưng quan trọng của nền dân chủ xã hội chủ nghĩa ở nước ta là phát huy mạnh mẽ vai trò của các tổ chức tự quản, trong đó có vai trò của thiết chế cán bộ tự quản thôn, buôn, tổ dân phố trong tổ chức nhân dân thực hiện pháp luật về dân chủ ở cơ sở (PLDCCS) xã, phường và thị trấn, phát huy quyền làm chủ của nhân dân, giám sát hoạt động của các cơ quan nhà nước và chính quyền các cấp. Thực hiện PLDCCS là một khâu then chốt của toàn bộ quá trình dân chủ hóa xã hội. Ở miền núi Tây Nguyên, đây là quá trình thực hiện và phát triển dân chủ từ cơ sở thôn, buôn, tổ dân phố đảm bảo quyền dân chủ và làm chủ của nhân dân các dân tộc ở Tây Nguyên, nhân tố có ảnh hưởng quyết định tới sự ổn định và phát triển kinh tế - xã hội trên toàn vùng.

Tây Nguyên, gồm 5 tỉnh Kon Tum, Gia Lai, Đắk Lắk, Đắk Nông và Lâm Đồng, diện tích tự nhiên 54.474 km<sup>2</sup>, chiếm 16,8% diện tích cả nước, dân số hiện nay, nếu tính cả những di dân tự do không đăng ký cư trú với cơ quan chính quyền ước lượng dân số Tây Nguyên thực tế vào khoảng 5,5 đến 6 triệu người. Trong toàn vùng Tây Nguyên hiện nay, đội ngũ cán bộ tự quản thôn, buôn, tổ dân phố có khoảng 31.973 người. Họ là những người có uy tín nhất định đối với nhân dân và có tiếng nói quan trọng trong thôn, buôn, tổ dân phố.

## 1. Thực hiện pháp luật về dân chủ cơ sở

### *Một số thành tựu*

Trong quá trình triển khai thực hiện PLDCCS ở xã, phường, thị trấn (XPTT) trên

địa bàn các tỉnh Tây Nguyên, việc bảo đảm vai trò của đội ngũ cán bộ thôn, buôn, tổ dân phố trong thực hiện PLDCCS luôn được Tỉnh ủy, Hội đồng Nhân dân, Ủy ban nhân dân (UBND) các cấp và Mặt trận Tổ quốc Việt Nam của các tỉnh vùng Tây Nguyên đặc biệt chú trọng. Nhiều thôn, buôn, tổ dân phố trên toàn vùng, đặc biệt là vùng sâu, vùng xa, vùng căn cứ cách mạng, vùng có đông đồng bào dân tộc thiểu số (DTTS) sinh sống, đội ngũ cán bộ tự quản thôn, buôn, tổ dân phố đã góp phần quan trọng thực hiện PLDCCS ở XPTT với phương châm dân biết, dân bàn, dân làm, dân kiểm tra đã phát huy quyền làm chủ, tinh thần trách nhiệm của nhân dân trong thực hiện các chủ trương, chính sách của Đảng, pháp luật của Nhà nước và những quy định của địa phương, tạo động lực mới góp phần tăng trưởng kinh tế

\* ThS. Phó Hiệu trưởng Trường Chính trị tỉnh Đắk Lắk.



và đời sống của nhân dân. Qua đó, giúp cho chính quyền cơ sở thực hiện các chủ trương, đường lối của Đảng, chính sách, pháp luật của Nhà nước, nghị quyết của các cấp ủy đảng, vận động bà con phát triển kinh tế, xóa đói, giảm nghèo, giữ gìn bản sắc văn hóa, kết hợp hài hòa giữa luật tục và pháp luật, giữa truyền thống và hiện đại, thực hiện tốt các hoạt động tự quản tại cơ sở, xây dựng và thực hiện quy ước, hương ước trong cộng đồng và thực hiện dân chủ, công bằng xã hội, chống lại âm mưu "diễn biến hòa bình" của các thế lực thù địch, xây dựng khối đại đoàn kết vững mạnh ở Tây Nguyên.

Những nội dung dân bản, tham gia ý kiến đề cập có thẩm quyền quyết định chủ yếu bao gồm: xây dựng quy ước, hương ước, bầu, miễn nhiệm, bãi nhiệm trưởng thôn, bản, tổ trưởng dân phố, thành viên ban thanh tra nhân dân, ban giám sát đầu tư cộng đồng; dự thảo kế hoạch phát triển kinh tế - xã hội, quy hoạch kế hoạch sử dụng đất, phương án đền bù hỗ trợ giải phóng mặt bằng, xây dựng khu tái định cư... đều được cán bộ thôn, buôn, tổ dân phố phối hợp với chính quyền thực hiện qua các cuộc tiếp xúc cử tri của đại biểu Hội đồng nhân dân các cấp, họp thôn bản, tổ dân phố hoặc qua hòm thư góp ý một cách hiệu quả.

Thông qua đội ngũ cán bộ tự quản thôn, buôn, tổ dân phố đề Đảng, chính quyền, Mặt trận Tổ quốc các cấp cơ sở ở Tây Nguyên nắm bắt được tâm tư nguyện vọng chính đáng của nhân dân, kịp thời giải quyết những vướng mắc phát sinh từ cơ sở; đồng thời tuyên truyền, vận động bà con xóa bỏ dần các tập tục lạc hậu, thực hiện định canh, định cư, khai hoang làm ruộng lúa nước, lập vườn, xây dựng đời sống mới. Đến nay, trên 85% số buôn làng đã định canh, định cư ổn định, có 95% hộ dân đã được dùng điện... Đặc biệt, trong cuộc vận động "Toàn dân đoàn kết xây dựng đời sống văn hóa ở khu dân cư" bằng tinh thần và trách nhiệm của mình, đông đảo già làng, trưởng thôn, buôn, tổ dân phố đã nỗ lực vận động cộng đồng dân cư làm tròn trách nhiệm công dân, góp

phần giữ vững sự ổn định chính trị, phát triển kinh tế - xã hội, giữ gìn và phát huy bản sắc văn hóa của mỗi tộc người. Tính đến nay, toàn vùng Tây Nguyên đã có 5.133/7.334 thôn, buôn, tổ dân phố đã có xây dựng và bổ sung quy ước thôn, buôn văn hóa, đảm bảo phù hợp với phong tục, tập quán, văn hoá của vùng đồng bào DTTS và đặc thù của từng địa phương; số hộ được công nhận gia đình văn hoá ngày càng tăng, riêng tỉnh Đắk Lắk, đến nay có 285.000 gia đình đạt tiêu chuẩn văn hóa; 1.419 thôn, buôn, tổ dân phố đạt tiêu chuẩn văn hóa; 16 XPTT đạt tiêu chuẩn văn hóa cấp tỉnh. Có 1.825/2.447 thôn, buôn, tổ dân phố đã xây dựng quy ước, hương ước được các cấp có thẩm quyền phê duyệt (đạt 74,58%). Thực hiện các dự án, chương trình mục tiêu quốc gia như chương trình 134, 135, các già làng, trưởng thôn, buôn, tổ dân phố đã đi đầu tích cực tuyên truyền, vận động nhân dân đổi mới cách làm ăn, xây dựng vườn đồi, làm kinh tế trang trại, không phá rừng làm rẫy, tham gia xóa nhà tạm, xây dựng trường lớp, đường giao thông nông thôn, tu sửa kênh mương thủy lợi... trưởng thôn, buôn, tổ dân phố là những người chủ công trong việc tìm tòi, khôi phục các nghề truyền thống, giữ gìn và phát huy các giá trị văn hóa các dân tộc Tây Nguyên.

Thực tiễn trong những năm qua cho thấy, thành công hay thất bại trong kế hoạch phát triển kinh tế - xã hội, ổn định chính trị, an ninh và quốc phòng trên địa bàn các tỉnh Tây Nguyên, đặc biệt là trong quá trình thực hiện dân chủ và PLDCCS, đã có sự tham gia đóng góp rất lớn của cán bộ tự quản thôn, buôn, tổ dân phố. Đây là yếu tố quan trọng có ảnh hưởng không nhỏ đến quá trình phát triển kinh tế - xã hội trên vùng đất hết sức đặc thù này.

### *Những hạn chế*

Tuy nhiên, sau nhiều năm thực hiện PLDCCS, tại nhiều thôn, buôn, tổ dân phố trên địa bàn các tỉnh vùng Tây Nguyên, vai trò của đội ngũ cán bộ tự quản này chưa được bảo đảm. Nhiều Trưởng thôn, buôn,

già làng, tổ trưởng tổ dân phố chưa nhận thức rõ vai trò của mình nên khi thực hiện nhiệm vụ còn lúng túng. Đội ngũ cán bộ ở thôn, buôn, tổ dân phố ít được đào tạo, bồi dưỡng nên năng lực công tác còn hạn chế, một số kém nhiệt tình làm cho hiệu quả công tác thấp. Bên cạnh đó, nhiều Trưởng thôn, buôn, tổ trưởng dân phố thường phải “ăn cơm nhà vác tù và hàng tổng” do phụ cấp quá thấp, chưa đủ tiền ăn sáng và đồ xăng xe máy để đi lại lo việc công. Do thiếu hiểu biết luật pháp và có khi do cả bức xúc về đời sống, có Trưởng thôn, buôn còn vi phạm pháp luật như ra quyết định cưỡng chế, tịch thu tài sản của dân... Chế độ phụ cấp còn quá thấp đã không thu hút được những người giỏi làm Trưởng thôn, buôn, tổ dân phố dẫn đến nhiều Trưởng thôn, buôn, tổ dân phố chệnh mảng với công việc, chỉ lo việc nhà. Nhiều cán bộ thôn, buôn, tổ dân phố và già làng còn nặng về gia đình, dòng tộc, thiếu kỹ năng tổ chức, vận động nhân dân; mặt khác ở nhiều nơi, nhiều lúc, các cấp uỷ Đảng và chính quyền chưa quan tâm đúng mức đến vai trò của cán bộ thôn, buôn, tổ dân phố trong việc thực hiện dân chủ và pháp luật dân chủ cơ sở, chưa tạo điều kiện thuận lợi cho họ phát huy vai trò của mình. Một số thôn, buôn, tổ dân phố chưa có tổ chức đảng nên phải sinh hoạt ghép, số đảng viên tại chỗ ít (toàn vùng hiện vẫn còn 51 thôn, buôn, tổ dân phố chưa có đảng viên tại chỗ, chiếm 0,67%), chất lượng và thời gian sinh hoạt không đều, nặng về hình thức, vai trò nòng cốt của đảng viên chưa cao. Số đảng viên được phát triển ở thôn, buôn còn thấp, nhất là vùng đồng bào có đạo, vùng đồng bào DTTS, vùng biên giới (tỉnh Đắk Lắk vẫn còn 186/2445 thôn, buôn, tổ dân phố không có tổ chức đảng và 20/2445 thôn, buôn, tổ dân phố không có đảng viên). Sự quản lý, chỉ đạo, điều hành, hỗ trợ, kiểm tra của UBND xã đối với cán bộ thôn, buôn, tổ dân phố chưa sát sao, chưa kịp thời, thiếu chính xác dẫn đến nhiều cán bộ tự quản khi tổ chức nhân dân thực hiện pháp luật về dân chủ ở XPTT gặp không ít khó khăn, thậm chí không tổ chức được; sự phối hợp giữa

Trưởng thôn, buôn, tổ dân phố với Ban công tác Mặt trận Tổ quốc và các đoàn thể nhân dân ở thôn, buôn trong thực hiện PLDCCS ở XPTT chưa được thể hiện tốt, chưa làm tốt công tác kiểm tra, giám sát việc thực hiện các chủ trương, chính sách, giám sát cơ quan dân cử và các đại biểu dân cử, giám sát việc thực hiện pháp luật... nên trong tổ chức nhân dân thực hiện PLDCCS ở XPTT kết quả chưa cao; công tác phổ biến tuyên truyền chủ trương đường lối của Đảng, chính sách pháp luật của Nhà nước và PLDCCS ở XPTT ở một số xã vùng Tây Nguyên chưa đầy đủ, dẫn đến nhân dân và một số cán bộ, đảng viên nhận thức và thực hiện chưa đúng; một bộ phận nhân dân còn lơ là, thiếu trách nhiệm trong tham gia bàn bạc, giám sát, lợi dụng dân chủ để khiếu kiện vì lợi ích cá nhân; trình độ dân trí không đồng đều giữa các xã miền núi có nhiều dân tộc khác nhau sinh sống họ có phong tục, tập quán khác nhau nên khi cán bộ thôn, buôn, tổ dân phố tổ chức nhân dân thực hiện PLDCCS ở XPTT gặp không ít khó khăn, nhiều người dân chưa dám đấu tranh với những hiện tượng tiêu cực của cán bộ, công chức sợ bị trù dập, trả thù.

Tất cả những hạn chế, thiếu sót trên đây đã ảnh hưởng đến việc thực hiện pháp luật dân chủ của cán bộ tự quản thôn, buôn, tổ dân phố ở các tỉnh Tây Nguyên trong những năm vừa qua.

### ***Nguyên nhân của những hạn chế, yếu kém***

Nhận thức của các tổ chức trong hệ thống chính trị ở nhiều địa phương và một bộ phận nhân dân về vai trò của dân chủ, vai trò của cán bộ tự quản thôn, buôn, tổ dân phố trong thực hiện PLDCCS chưa đầy đủ, có nơi còn coi cán bộ thôn, buôn chỉ là những người thực hiện những nhiệm vụ hành chính do UBND xã giao mà không thấy được họ còn là người đại diện cho nhân dân để tổ chức các hoạt động tự quản ở thôn, buôn, tổ dân phố.

Công tác lãnh đạo của Chi bộ; sự quản lý, chỉ đạo, điều hành, hỗ trợ và kiểm tra của

UBND xã; sự phối hợp hoạt động giữa Trường ban công tác Mặt trận và các đoàn thể nhân dân ở thôn, buôn, tổ dân phố với Trường thôn, buôn, tổ dân phố nhiều nơi, nhiều lúc chưa được phát huy đầy đủ. Ở một số nơi, cán bộ, đảng viên thôn, buôn còn chần chừ, né tránh vì e ngại rằng, khi triển khai thực hiện PLDCCS ở xã sẽ nảy sinh nhiều vấn đề phức tạp, nhất là ở những xã nội bộ mất đoàn kết; vẫn còn một bộ phận cán bộ quan liêu, tham nhũng, sách nhiễu dân, công tác tiếp dân còn hình thức, chiếu lệ, giải quyết đơn thư khiếu kiện còn né tránh, chưa dứt điểm, đùn đẩy.

Các Trường thôn, buôn, tổ dân phố làm việc theo nhiệm kỳ, sau khi bầu cử nhiệm kỳ mới các cán bộ thôn, buôn kế nhiệm chưa nắm bắt tình hình kịp thời, nên khi thực hiện nhiệm vụ gặp không ít khó khăn, hiệu quả tổ chức nhân dân thực hiện pháp luật về dân chủ không cao. Nhiều Trường thôn, buôn, tổ dân phố còn nhiều hạn chế về năng lực, trình độ, lý luận chính trị, quản lý nhà nước, một số còn có đạo đức, lối sống không lành mạnh, thiếu gương mẫu, không có khả năng tổ chức, vận động quần chúng, không có phương pháp làm việc khoa học... nên chưa đáp ứng được yêu cầu, nhiệm vụ.

Công tác đào tạo, bồi dưỡng chính trị, quản lý nhà nước, kỹ năng và phương pháp hoạt động, bồi dưỡng kiến thức pháp luật về thực hiện dân chủ cho cán bộ thôn, buôn, tổ dân phố chưa được quan tâm đúng mức, chưa đáp ứng nhu cầu; công tác đào tạo, bồi dưỡng còn nặng về lý luận, chưa hướng dẫn kỹ năng xử lý các tình huống. Công tác tuyên truyền pháp luật thực hiện dân chủ cho nhân dân chưa được đề cao; một bộ phận nhân dân kém hiểu biết hoặc bị kích động đã lợi dụng dân chủ để gây rối chống đối chính quyền.

Chế độ chính sách đãi ngộ đối với cán bộ tự quản thôn, buôn, tổ dân phố đặc biệt đối với vùng Tây Nguyên chưa thực sự động viên, khuyến khích được đội ngũ cán bộ này mặn mà với công việc. Rất nhiều thôn, buôn

còn chưa có nhà văn hoá thôn để nhân dân sinh hoạt, không có hệ thống truyền thanh để Trường thôn, buôn thông báo kịp thời cho nhân dân những nội dung của pháp luật thực hiện dân chủ ở XPTT. Hoạt động giám sát của Ban thanh tra nhân dân, Ban giám sát đầu tư của công đồng, Mặt trận và các đoàn thể nhân dân còn mang tính hình thức, hiệu quả thấp.

## 2. Một số biện pháp nâng cao năng lực thực hiện pháp luật dân chủ cơ sở cho đội ngũ cán bộ tự quản thôn, buôn, tổ dân phố ở các tỉnh Tây Nguyên

Để đảm bảo năng lực thực hiện PLDCCS ở xã, phường thị trấn của đội ngũ cán bộ tự quản thôn, buôn, tổ dân phố ở các tỉnh Tây Nguyên, cần triển khai, thực hiện đồng bộ một số biện pháp sau đây:

*Thứ nhất, cần tăng cường bồi dưỡng nâng cao trình độ, kiến thức, đạo đức, pháp luật, đồng thời có chính sách, chế độ phù hợp cho đội ngũ cán bộ tự quản thôn, buôn, tổ dân phố.*

Thôn, buôn, tổ dân phố là nơi trực tiếp tổ chức thực hiện mọi chủ trương, đường lối, chính sách của Đảng, pháp luật của Nhà nước. Do vậy, để hoạt động thực sự có hiệu lực, hiệu quả, đội ngũ cán bộ tự quản thôn, buôn, tổ dân phố phải thực sự có năng lực, phẩm chất, gần dân, tôn trọng dân, hướng mọi hoạt động vì lợi ích của dân. Khắc phục và xử lý nghiêm những hành vi tham nhũng, tiêu cực, hành dân, trù dập dân, cục bộ, bè phái...

Phải thường xuyên bồi dưỡng kiến thức cho đội ngũ cán bộ tự quản thôn buôn, tổ dân phố, già làng và người có uy tín, qua đó cung cấp thông tin về phát triển kinh tế - xã hội, các vấn đề khác liên quan địa phương, các âm mưu, thủ đoạn của kẻ thù chống phá chế độ nhân dân, để đội ngũ này hiểu rõ hơn tình hình, nhằm khuyên bảo bà con trong thôn, buôn làng, tổ dân phố là một trong những việc làm có hiệu quả để nâng cao chất lượng hoạt động của chính quyền cơ sở. Xây dựng

đội ngũ cán bộ thôn, buôn, tổ dân phố có đủ trình độ, phẩm chất đạo đức, năng lực công tác là thiết thực góp phần làm tốt công tác dân vận ở thôn, buôn, tổ dân phố và công tác tổ chức nhân dân thực hiện pháp luật về dân chủ ở XPTT trên địa bàn các tỉnh Tây Nguyên trong những năm tiếp theo.

Các trường Chính trị tỉnh, trung tâm bồi dưỡng Chính trị huyện phải có trách nhiệm mở các lớp bồi dưỡng ngắn hạn, với những chương trình đặc biệt, dễ hiểu, dễ tiếp thu, không máy móc, nặng nề giúp đội ngũ này có những tri thức hiểu biết cần thiết về kinh tế, xã hội, luật pháp. Kinh nghiệm cho thấy, quan tâm chăm lo đào tạo, sử dụng cán bộ tại chỗ sẽ mang lại hiệu quả rất cao, vì họ thông thạo ngôn ngữ, phong tục tập quán và hiểu tâm lý, nguyện vọng của người dân, nên nói được dân nghe, dân tin. Một khi người dân đã nghe, đã tin thì điều quan trọng là phải biết định hướng được công tác tuyên truyền, vận động để nhân dân thực hiện tốt được quy chế dân chủ ở cơ sở thông qua các công việc rất cụ thể như xây dựng và thực hiện hương ước, quy ước; xây dựng buôn làng, gia đình văn hóa; bảo vệ trật tự an toàn xã hội.

*Thứ hai, nâng cao vai trò, trách nhiệm của Chi bộ thôn, buôn, tổ dân phố trong lãnh đạo cán bộ tự quản thực hiện PLDCCS ở XPTT.*

Chi bộ cơ sở là hạt nhân lãnh đạo toàn diện các mặt công tác ở cơ sở nên cần nắm vững nội dung và phương pháp, hình thức tiến hành triển khai thực hiện PLDCCS ở XPTT một cách thường xuyên, có kết quả thực chất. Lãnh đạo đội ngũ cán bộ tự quản thôn, buôn, tổ dân phố thực hiện PLDCCS ở xã gắn liền chặt với thực hiện các nhiệm vụ chính trị, hướng vào mục tiêu đưa Pháp lệnh Thực hiện dân chủ ở XPTT vào cuộc sống. Chi bộ phải chăm lo phát huy vai trò làm chủ của nhân dân, không ngừng nâng cao dân trí, phát triển kinh tế - xã hội ở thôn, buôn, tổ dân phố. Tạo điều kiện thuận lợi cho đội ngũ cán bộ này tổ chức nhân dân tham gia đóng

góp xây dựng chủ trương chính sách của Đảng, pháp luật của Nhà nước, tham gia giám sát hoạt động của cán bộ, đảng viên và các tổ chức đảng trên cơ sở Hiến pháp, pháp luật và những qui định của Điều lệ Đảng.

*Thứ ba, tăng cường sự quản lý, chỉ đạo, điều hành, kiểm tra của UBND cấp xã đối với của đội ngũ cán bộ thôn, buôn, tổ dân phố trong tổ chức nhân dân thực hiện PLDCCS ở cơ sở.*

Đội ngũ cán bộ tự quản chịu sự quản lý, chỉ đạo, điều hành của UBND xã. Do vậy, cần thiết phải tăng cường sự hỗ trợ, quản lý, chỉ đạo, điều hành, kiểm tra của UBND xã đối với hoạt động của đội ngũ cán bộ này. UBND xã giao nhiệm vụ cho cán bộ tự quản thôn, buôn, tổ dân phố bảo đảm giao nhiệm vụ đúng thẩm quyền, không trái luật và phù hợp với tình hình thực tế của địa phương; hướng dẫn về mặt pháp lý cho cán bộ tự quản thôn, buôn, tổ dân phố; hướng dẫn phương pháp và kỹ năng hoạt động cho cán bộ thôn, buôn, tổ dân phố; hướng dẫn cách thức xử lý các vấn đề phát sinh trên địa bàn thôn, buôn.

Kiểm tra là một biện pháp hết sức quan trọng của quá trình quản lý. Kiểm tra có thể ngăn ngừa được các sai lầm trong điều hành của UBND xã, sai lầm trong tổ chức thực hiện của cán bộ tự quản thôn, buôn, tổ dân phố để phát hiện kịp thời những công việc chưa phù hợp trong kế hoạch để điều chỉnh và nếu có vi phạm thì tiến hành xử lý theo thẩm quyền, hoặc nếu vi phạm vượt quá thẩm quyền xử lý thì đề nghị cơ quan có thẩm quyền xử lý theo quy định của pháp luật.

*Thứ tư, tiếp tục hoàn thiện cơ chế phối hợp công tác giữa cán bộ thôn, buôn, tổ dân phố với Ban công tác Mặt trận và các đoàn thể nhân dân ở thôn, buôn, tổ dân phố.*

Mặt trận Tổ quốc và các đoàn thể nhân dân ở thôn, buôn, tổ dân phố là nơi đại diện cho quyền làm chủ của nhân dân, phải thường xuyên phối hợp thống nhất hành

động, đổi mới phương thức hoạt động, tạo sức hấp dẫn để thu hút đoàn viên, hội viên vào tổ chức và từ đó có điều kiện để phát huy đúng, phát huy tốt quyền làm chủ của nhân dân.

Cần bảo đảm sự phối hợp nhịp nhàng giữa cán bộ thôn, buôn, tổ dân phố với Trưởng ban công tác Mặt trận và các đoàn thể nhân dân ở thôn, buôn, tổ dân phố trong tổ chức họp cử tri để thực hiện các nội dung của PLDCCS ở XPTT; bảo đảm sự phối hợp giữa đội ngũ cán bộ tự quản thôn, buôn, tổ dân phố với Trưởng ban công tác Mặt trận và các đoàn thể nhân dân ở thôn, buôn trong tuyên truyền, tổ chức, vận động nhân dân thực hiện pháp luật thực hiện dân chủ ở XPTT.

*Thứ năm, đẩy mạnh công tác tuyên truyền, phổ biến, giáo dục pháp luật, vận động nhân dân nâng cao ý thức chấp hành pháp luật; nâng cao đời sống vật chất, tinh thần của nhân dân ở cộng đồng dân cư thôn, buôn, tổ dân phố.*

Đẩy mạnh công tác tuyên truyền, phổ biến, giáo dục pháp luật, vận động nhân dân nâng cao ý thức chấp hành pháp luật, bằng nhiều hình thức như: tổ chức hội nghị, củng cố hệ thống đài truyền thanh, truyền hình, công tác thông tin cổ động, hoạt động hoà giải, xây dựng các nhóm nòng cốt... Nội dung tuyên truyền, giáo dục phải thiết thực, cụ thể dễ nhớ, dễ hiểu phù hợp với các đối tượng, các vùng miền để từng người dân đều có hành trang cơ bản thực thi pháp luật. Những nội dung, hình thức thực hiện dân chủ ở XPTT càng phải được hướng dẫn cụ thể theo hướng những việc dân được biết, được bàn, được kiểm tra, được giám sát, được thụ hưởng.

Chăm lo cải thiện đời sống vật chất, tinh thần của nhân dân có ý nghĩa rất lớn, đó chính là những đảm bảo quan trọng cho việc phát huy dân chủ ở cơ sở. Chính quyền sớm đầu tư xây dựng và hoàn thiện hệ thống thiết chế văn hoá nhà nước từ tỉnh đến xã hoàn

chỉnh. Có thể khẳng định rằng, đời sống vật chất và tinh thần của nhân dân được nâng cao chính là tiền đề để người dân nhận thức đúng đắn các quyền và lợi ích hợp pháp của mình, và từ đó họ mới có điều kiện tham gia giải quyết các công việc của nhà nước và phát huy nội lực của bản thân để góp phần thực hiện tốt PLDCCS ở XPTT, từ đó mới bảo đảm vai trò của đội ngũ cán bộ tự quản thôn, buôn và tổ dân phố trong thực hiện PLDCCS ở XPTT trên địa bàn các tỉnh Tây Nguyên trong giai đoạn hiện nay.

*Thứ sáu, tăng cường sự giám sát đối với hoạt động của cán bộ tự quản thôn, buôn, tổ dân phố; kịp thời làm tốt công tác sơ kết và tổng kết*

Giám sát hoạt động của cán bộ tự quản thôn, buôn, tổ dân phố là một nội dung quan trọng trong pháp luật PLDCCS ở XPTT. Giám sát hoạt động của cán bộ tự quản nhằm phát hiện kịp thời những vấn đề lệch lạc hoặc sai sót trong quá trình hoạt động để cán bộ tự quản thôn, buôn, tổ dân phố kịp thời uốn nắn, khắc phục, điều chỉnh những hành vi sai lệch của mình, do đó, giám sát sẽ có tác dụng làm cho họ hoàn thành tốt nhiệm vụ của mình trong tổ chức nhân dân thực hiện PLDCCS ở XPTT.

Để bảo đảm vai trò của mình thì cán bộ tự quản thôn, buôn, tổ dân phố ngoài việc tổ chức nhân dân thực hiện PLDCCS, cán bộ thôn, buôn, tổ dân phố cần phải kịp thời sơ kết, tổng kết hoạt động của mình. Sơ kết, tổng kết việc tổ chức nhân dân thực hiện PLDCCS ở XPTT không phải chỉ là liệt kê những ưu điểm, khuyết điểm mà còn phải tìm ra những nguyên nhân của những ưu điểm, hạn chế đó để từ đó phát huy ưu điểm, tìm ra các giải pháp để khắc phục hạn chế, đồng thời, rút ra được những bài học kinh nghiệm để tổ chức nhân dân thực hiện PLDCCS ở XPTT trên địa bàn các tỉnh Tây Nguyên ngày càng tốt hơn, đáp ứng yêu cầu công nghiệp hóa, hiện đại hóa vùng miền núi Tây Nguyên trong những năm tiếp theo ■

# THU HỒI TÀI SẢN DÂN SỰ TRONG PHÁP LUẬT CÁC NƯỚC VÀ YÊU CẦU CỦA THỰC TIỄN NƯỚC TA

ĐINH TRƯƠNG ANH PHƯƠNG\*

**Đ**ể phòng, chống tội phạm, ngoài việc ban hành các hình phạt có tính răn đe đối tượng có ý định phạm tội, pháp luật các quốc gia còn quy định một biện pháp khác nữa là thu hồi tài sản do hành vi phạm tội mà có. Hiện nay, pháp luật quốc tế tồn tại hai biện pháp chủ yếu về việc thu hồi tài sản, đó là thu hồi tài sản hình sự và thu hồi tài sản dân sự<sup>1</sup> (hay còn gọi là thu hồi tài sản không dựa vào bản án hình sự). Bài viết đề cập đến việc thu hồi tài sản dân sự trong pháp luật quốc tế và pháp luật nước ta.

## 1. Khái niệm và đặc điểm về thu hồi tài sản dân sự

Theo chúng tôi, thu hồi tài sản dân sự (THTSDS) có cách hiểu phổ biến là một quá trình tố tụng dân sự (TTDS) đặc biệt của cơ quan nhà nước nhằm thu hồi những tài sản được tạo nên hoặc có liên quan đến hành vi của tội phạm, ví dụ như trong bản án *United States v. James Daniel Good Real Property* (1993)<sup>2</sup>.

Là quá trình TTDS đặc biệt của cơ quan nhà nước, nên các vấn đề như chứng cứ, trình tự tố tụng, các biện pháp bảo đảm, nghĩa vụ chứng minh... đều phải tuân theo trình tự pháp luật nhất định. Ví dụ về nghĩa vụ chứng minh trong THTSDS thì nghiêng

về phía bị đơn hay nói cách khác, bị đơn có nghĩa vụ chứng minh tài sản của mình là không có nguồn gốc hoặc có liên quan đối với hành vi phạm tội (HVPT)<sup>3</sup>, hay như các quyết định về thu hồi tài sản (THTS), đóng băng tài sản, giải thích nguồn gốc tài sản đều phải tuân theo trình tự. Và vì là TTDS nên Nhà nước có thể sẽ đóng vai trò là nguyên đơn trong vụ kiện dân sự (như trong bản án *United States V. Ursery*, 518 U.S. 267 (1996)<sup>4</sup> hay đóng vai trò là bị đơn (như trong bản án *Degen V. United States*, 517 U.S. 820 (1996)<sup>5</sup>).

Quá trình này nhằm THTS của người phạm tội và mục đích là hướng đến tài sản của người phạm tội chứ không phải hướng

\* **Đại học Luật TP Hồ Chí Minh.**

1 <http://www.patc.com/courses/drugs-forfeiture.shtml>.

2 <http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=000&invol=u10440>.

3 <http://www.forbes.com/2011/06/08/property-civil-forfeiture.html>.

4 <http://www.law.cornell.edu/supct/search/display.html?terms=civil%20forfeiture&url=/supct/html/95-345.ZO.html>.

5 <http://supreme.justia.com/us/517/820/case.html>.

vào người phạm tội. Đây là điểm để phân biệt giữa THTSDS và thu hồi tài sản hình sự (THTSHS). Mặc dù kết quả cuối cùng của cả hai loại hình này đều là THTS của người phạm tội, nhưng đối với THTSDS thì cái được hướng đến là tài sản của người phạm tội (như *United States v. \$160,000 in U.S. Currency*)<sup>6</sup>, còn THTSHS thì việc THTS như là một hình phạt đối với người phạm tội và mục đích là hướng đến người phạm tội chứ không phải tài sản. Quyết định THTSDS “hoàn toàn không mang một ý nghĩa trừng phạt đối với những người phạm tội”<sup>7</sup>. Vì thế, nên quyết định thu hồi có thể được tuyên bố một cách độc lập không phụ thuộc vào việc người vi phạm pháp luật có bị kết án hay không (như trong bản án *National Director of Public Prosecutions v. Prophet*, [2006] ZACC 17)<sup>8</sup>: Prophet đã được Toà án tuyên bố trắng án trong cáo buộc về việc ông có hành vi sản xuất trái phép chất ma túy, nhưng đối với vụ kiện về THTS, ông đã bị Toà án tuyên bố tịch thu các tài sản phục vụ cho HVPT của mình. Như vậy, quyết định THTS này hoàn toàn độc lập với việc bị cáo có bị kết án hay không.

Tài sản bị thu hồi phải là tài sản có liên quan hoặc có nguồn gốc từ hành vi tội phạm của người phạm tội. Theo khái niệm về tài sản tại Điều 338 Luật về THTS của Australia thì “tài sản bao gồm bất động sản, động sản dưới bất kỳ hình thức nào cho dù ở trong hay ngoài lãnh thổ Australia; hữu hình hay vô hình và bao gồm cả những lợi ích có được từ bất động sản và động sản đó” hay Điều 2 Luật THTS của Singapore “tài sản gồm tiền bạc và những tài sản khác, bất động sản hay động sản, tài sản hữu hình hay vô hình”. Trong bản án *NDPP v. Parker*, [2005] ZASCA 124<sup>9</sup>, Toà án Nam Phi cho rằng,

Henry Parker đã sử dụng nhà của mình cho HVPT nên đã ra quyết định tịch thu căn nhà, nhưng Henry cho rằng, căn nhà là tài sản được hình thành một cách hợp pháp nên Toà án không thể tịch thu được. Trong phán quyết của mình, Toà án Nam Phi giải thích: mặc dù nhà là tài sản được hình thành một cách hợp pháp nhưng do có liên quan đến HVPT của Henry, khi Henry đã dùng căn nhà cho việc sản xuất và nơi bán chất ma túy, nên căn nhà được coi là tài sản có liên quan đến HVPT. Vì vậy, Toà án Nam Phi đã ra quyết định THTS này.

## 2. Ưu điểm của việc thu hồi tài sản dân sự

*Thủ tục THTSDS có tác dụng ngay cả trong trường hợp bị đơn là người không bị tuyên bố là có tội theo bản án của Toà án. Có thể xảy ra trường hợp là người đó đã chết<sup>10</sup> trước khi có bản án của Toà án hoặc trường hợp đã được xét xử nhưng bản án tuyên người đó vô tội. Xuất phát từ đặc điểm là THTSDS nhằm hướng vào tài sản của người phạm tội, nên người phạm tội chỉ đóng vai trò là bên thứ ba nắm giữ tài sản, do đó, đối với việc người đã chết hoặc được tuyên bố trắng án vẫn không ảnh hưởng đến việc thực hiện thủ tục THTSDS. Đối với thủ tục THTSHS, khi người phạm tội chết trước khi có bản án hoặc được tuyên trắng án bởi cơ quan nhà nước có thẩm quyền thì thủ tục THTS sẽ chấm dứt (theo nguyên tắc cơ bản của luật hình sự, nếu một cá nhân khi không được bản án của cơ quan nhà nước có thẩm quyền tuyên bố họ là người phạm tội thì họ vẫn được xem là vô tội như quy định tại khoản 2 Điều 6 Hiệp định về quyền con người của Châu Âu “mỗi người đều được xem là vô tội cho đến khi pháp luật chứng minh được rằng họ có tội”). Khi người phạm*

6 [http://works.bepress.com/stefan\\_cassella/20](http://works.bepress.com/stefan_cassella/20).

7 <http://www.fed-soc.org/publications/detail/supreme-court-rules-that-civil-forfeiture-is-not-punishment-for-double-jeopardy-purposes>.

8 <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2006/17.html#fn14>.

9 <http://www.saflii.org/za/cases/ZASCA/2005/124.html>.

10 *International Bank for Reconstruction and Development, (2009), Stolen Asset Recovery: A Good Practices Guide For Non-Conviction Based Asset Forfeiture, Washington, The World Bank, 14.*

tội chết trước lúc có bản án hoặc được tuyên trắng án bởi cơ quan nhà nước có thẩm quyền thì thủ tục tố tụng hình sự sẽ chấm dứt vì lúc này đối tượng của quyết định đã không còn tồn tại hoặc đã được tuyên vô tội). Ví dụ, bản án *United States v. Lay*, 456 F. Supp. 2d 86. Kenneth Lay đã bị cáo buộc về 11 tội danh, nhưng sau đó, ông đã chết trước khi bị tuyên án nên Toà án buộc ra quyết định tuyên bố huỷ bỏ các cáo buộc đối với ông. Sau đó vài tháng, Toà án đã ra quyết định thu hồi 12 triệu đô la tài sản do HVPT của Lay gây ra<sup>11</sup>, mặc dù Lay đã chết nhưng tài sản do HVPT của ông là đối tượng mà thủ tục thu hồi dân sự hướng đến vẫn còn tồn tại nên Toà án đã thông qua thủ tục này để THTS phạm tội. Đây được coi là một ưu điểm mà THTSHS không có được.

*THTS ngay cả trong trường hợp không phát hiện ra được tội phạm.* Ví dụ trong trường hợp một khoản tiền được một nhân viên chuyên phát chuyển đi, nhưng sau đó bị cảnh sát thu giữ vì cho rằng đây là tiền có liên quan đến HVPT. Trong trường hợp này, nếu không có ai đứng ra nhận lại khoản tiền này, Toà sẽ áp dụng thủ tục TTDS để thu hồi khoản tiền trên. Vì đối với THTSDS thì người nắm giữ tài sản luôn có nghĩa vụ chứng minh rằng tài sản của mình là hợp pháp, nếu họ không chứng minh thì tài sản sẽ được coi là bất hợp pháp và Toà án sẽ thu hồi khoản tiền đó. Có thể xem thêm trong bản án *United States. V. \$37,780 in U.S. Currency* 920 f.2d 159 (1990)<sup>12</sup>, trong vụ việc này, Hernandez đã đem theo số tiền 37.780 đô la Mỹ khi qua hải quan (vượt quá số tiền được phép mang ra khỏi lãnh thổ Hoa Kỳ), nên đã bị hải quan tịch thu. Sau đó, vụ việc đã được Toà án Hoa Kỳ đem ra xét xử theo thủ tục THTSDS. Tại Toà, Hernandez đã không thể đưa ra bằng chứng cùng những lời giải thích hợp lý về nguồn gốc khoản tiền 37.780 đô la, nên Toà án Hoa Kỳ đã ra quyết định thu hồi số tiền trên.

Việc THTS có hiệu lực hồi tố. Điều này có nghĩa, đối với tài sản được hình thành vào thời điểm mà hành vi không được xem là tội phạm thì vẫn sẽ bị áp dụng thủ tục THTSDS để thu hồi, trong khi việc áp dụng THTSHS trong trường hợp này là không thể thực hiện được. Một nguyên tắc được pháp luật hình sự của nhiều quốc gia công nhận là việc một người sẽ không bị coi là tội phạm vào thời điểm mà HVPT của người đó không được quy định trong pháp luật. Nếu một người đã không chịu trách nhiệm hình sự vào thời điểm xảy ra hành động thì Toà án sẽ không thể ra bản án để tuyên bố là người đó có tội. Do đó, quyết định THTS cũng sẽ không được ban hành. Đối với THTS theo thủ tục dân sự, xuất phát từ đặc điểm là đối tượng mà thủ tục này hướng đến là tài sản mà không phải là con người, nên việc có hiệu lực hồi tố trong thủ tục THTSDS không vi phạm nguyên tắc của pháp luật quốc tế “không bị trừng phạt khi không có luật”.

*Việc ra quyết định THTSDS không phụ thuộc vào việc người nắm giữ tài sản có bị Toà án tuyên bố là đã vi phạm một tội nào hay không.* Nghĩa vụ chứng minh trong THTSDS đều nghiêng về phía người nắm giữ tài sản, họ có nghĩa vụ chứng minh tài sản của mình là không liên quan đến việc phạm tội. Từ đó, sẽ giảm bớt gánh nặng của cơ quan nhà nước trong việc chứng minh tài sản đó là tài sản do HVPT mà có, việc này khác với THTS hình sự. Việc THTS ở nước ngoài cũng sẽ thuận lợi hơn, vì lúc này Nhà nước có thể đóng vai trò là nguyên đơn trong vụ kiện dân sự kiện đòi người phạm tội phải trả lại tài sản mà họ đã có được do HVPT trên lãnh thổ của mình.

### 3. Pháp luật Việt Nam về thu hồi tài sản dân sự

Pháp luật Việt Nam chưa có các quy định về THTSDS, trong khi thực tiễn đang đòi hỏi phải có các quy định này. Có thể đưa

11 [http://www.justice.gov/usao/eousa/foia\\_reading\\_room/foiamanuals.html](http://www.justice.gov/usao/eousa/foia_reading_room/foiamanuals.html).

12 [http://174.123.24.242/leagle/xmlResult.aspx?page=1&xmlDoc=19901079920F2d159\\_11051.xml&docbase=CSLWAR2-1986-2006&SizeDisp=7](http://174.123.24.242/leagle/xmlResult.aspx?page=1&xmlDoc=19901079920F2d159_11051.xml&docbase=CSLWAR2-1986-2006&SizeDisp=7).



ra ví dụ: Trong trường hợp khi người có hành vi nguy hiểm cho xã hội đã chết thì Toà án phải ngưng việc xét xử (quy định tại khoản 7 Điều 107 Bộ luật Tố tụng Hình sự), nhưng khi đó, số tài sản do việc phạm tội mà có của người phạm tội sẽ trở thành tài sản hợp pháp, vì xét cho cùng, người này vẫn không vi phạm pháp luật do không bị Toà án tuyên bố bởi một bản án về bất kỳ tội nào. Đối với các nước áp dụng THTSDS thì họ sẽ áp dụng thủ tục này để THTS như trong vụ án United States v. Lay.

Ngoài việc ban hành các quy định về THTSDS, Nhà nước cần bổ sung các văn bản pháp luật khác khi thực hiện các luật về ngân hàng, tổ chức tín dụng, tài chính... nhằm phục vụ cho việc THTS, ví dụ như điều khoản về việc các tổ chức ngân hàng hay các tổ chức tài chính phải có nghĩa vụ cung cấp các báo cáo tài chính của các cơ quan, tổ chức, cá nhân mà được cho là có sự nghi ngờ về nguồn gốc của tài sản hay sự không minh bạch trong tài sản. Hay như điều khoản miễn trách cho ngân hàng, tổ chức tài chính khi họ thực hiện nghĩa vụ này. Hiện nay, pháp luật của nước ta chỉ mới dừng lại ở việc là buộc các tổ chức ngân hàng cung cấp thông tin khi tiến hành điều tra, như vậy không tạo ra được tính chủ động trong việc phát hiện tội phạm cũng như tài sản.

Cũng cần thiết phải ban hành văn bản quy định về việc thực hiện các giao dịch có

giá trị nhất định từ bao nhiêu phải thông qua ngân hàng, sau đó là mọi giao dịch đều phải thông qua ngân hàng. Các giao dịch trực tiếp của người dân hiện nay thường gây khó khăn cho việc kiểm soát cũng như phát hiện các giao dịch mờ ám, nên nếu không thực hiện được quy định các giao dịch đều thông qua hệ thống ngân hàng thì việc phát hiện các hành vi vi phạm của cơ quan có thẩm quyền sẽ luôn bị động.

Đồng thời, chúng ta phải thành lập thêm những bộ phận chuyên môn nhằm áp dụng biện pháp THTSDS, như Cơ quan tình báo về tài chính (FIU) của Pháp, hay Cục Điều tra thương mại (CAD) của Singapore. Các cơ quan này được thành lập nhằm mục đích thu thập các dữ liệu, phân tích, lập báo cáo để phát hiện những tài sản không rõ ràng, hoặc tài sản có liên quan đến người phạm tội. Bên cạnh đó là đội ngũ cảnh sát giúp cho các cơ quan này với nhiệm vụ tổng hợp các báo cáo tài chính, các đơn tố cáo, các bảng số liệu có liên quan đến hoạt động tài chính nhằm phục vụ cho công tác điều tra và phát hiện tài sản của người phạm tội. Tiếp đến là nâng cao nghiệp vụ cho đội ngũ thẩm phán, kiểm sát viên, vì mặc dù THTSDS được áp dụng thủ tục TTDS nhưng cần phải có sự chứng minh có sự xuất hiện của HVPT, do đó có sự xen kẽ giữa TTDS và các vấn đề về hình sự ■

### CÙNG BẠN ĐỌC

*Để phục vụ ngày càng tốt hơn các yêu cầu của bạn đọc trong cả nước, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp đã không ngừng đổi mới cả nội dung và hình thức, đồng thời cố gắng giảm giá bán đến mức tối đa. Tuy nhiên, trong năm 2012, chi phí sản xuất và in ấn tăng, nên giá thành xuất bản một ấn phẩm đã vượt qua giá bán. Vì vậy, từ 01/01/2013, giá bán tạp chí sẽ là 19.500đ/cuốn. Trân trọng thông báo đến quý bạn đọc và mong bạn đọc tiếp tục ủng hộ và cộng tác với Tạp chí. Xin cảm ơn.*

**TẠP CHÍ NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP**