

# NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

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



- ❖ Những sai lầm khi xây dựng chế định tài sản trong Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi)
- ❖ Nghĩa vụ chứng minh trong tố tụng
- ❖ Kinh nghiệm của Thụy Sĩ về dân chủ trực tiếp

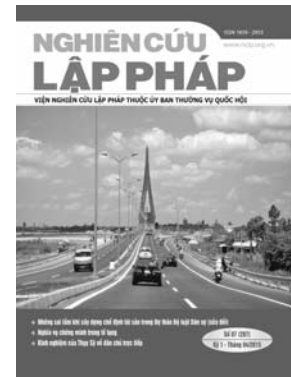
Số 07 (287)

Kỳ 1 - Tháng 04/2015

---

# NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn



## Mục lục 4/2015

### NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

- 3** Pháp luật mạnh  
**TS. Nguyễn Bá Chiến**
- 9** Công ước của Liên hợp quốc về quyền của người khuyết tật và sự tiếp nhận trong pháp luật Việt Nam  
**ThS. Đinh Thị Cẩm Hà**

### BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 14** Những sai lầm khi xây dựng chế định tài sản trong Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi)  
**PGS, TS. Ngô Huy Cương**
- 22** Nghĩa vụ chứng minh trong tố tụng  
**Ngô Vĩnh Bạch Dương**
- 32** Trưng cầu ý dân ở địa phương - một nội dung quan trọng khi xây dựng Luật Trưng cầu ý dân  
**ThS. Thái Thị Thu Trang – Đâu Công Hiệp**
- 37** Bảo đảm quyền con người của bị cáo trong hoạt động tranh luận tại phiên tòa xét xử sơ thẩm các vụ án hình sự  
**ThS. Võ Quốc Tuấn**

### CHÍNH SÁCH

- 44** Truất hữu, bảo đảm đầu tư và trách nhiệm bồi thường do truất hữu tài sản của nhà đầu tư nước ngoài  
**TS. Trần Việt Dũng**

### THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 51** Hoàn thiện pháp luật về phòng, chống bạo lực gia đình  
**TS. Nguyễn Duy Phương**

### KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 57** Kinh nghiệm của Thụy Sĩ về dân chủ trực tiếp  
**TS. Lương Minh Tuấn**

#### HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

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

#### TỔNG BIÊN TẬP

TS. PHẠM VĂN HÙNG

#### TRỤ SỞ:

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

#### THIẾT KẾ:

HOÀNG NHI

#### GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:

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

#### PHÁT HÀNH - QUẢNG CÁO

HÀ NỘI: 080-43363

#### TÀI KHOẢN:

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

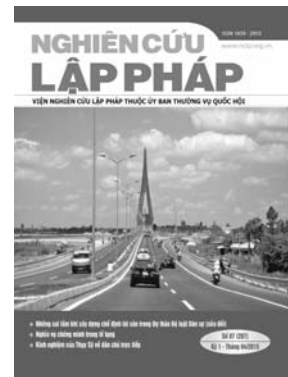
IN TẠI CÔNG TY CỔ PHẦN IN TÂY HỒ

GIÁ: 19.500 ĐỒNG

Ảnh bìa: Cầu Cần Thơ - Ảnh: ST

# NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn



## Legis 4/2015

### STATE AND LAW

**3** Strong legislation  
**Dr. Nguyen Ba Chien**

**9** UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the acceptance in the Vietnam laws  
**LLM. Dinh Thi Cam Ha**

### DISCUSSION OF BILLS

**14** The errors in building theo provisions on assets in the draft Civil Code (revised)  
**Prof, Dr. Ngo Huy Cuong**

**22** The burden of proof in legal proceedings  
**Ngo Vinh Bach Duong**

**32** Referendum at local scale - an important content in drafting the Llaw on referendum  
**LLM. Thai Thi Thu Trang – Dau Cong Hiep**

**37** To ensure the accused's human rights in the argument at the first instance trial in a criminal case  
**LLM. Vo Quoc Tuan**

### POLICIES

**44** Expropriation, investment guarantees and liability for compensation due to the expropriation of foreign investors assets  
**Dr. Tran Viet Dung**

### LEGAL PRACTICE

**51** Improve the legislation on domestic violence prevention  
**Dr. Nguyen Duy Phuong**

### FOREIGN EXPERIENCE

**57** Experience of Switzerland on direct democracy  
**Dr. Luong Minh Tuan**

#### EDITORIAL:

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

#### EDITOR-IN-CHIEF:

Dr. PHAM VAN HUNG

#### OFFICE:

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

#### DESIGN:

HOANG NHI

#### LICENSE OF PUBLISHMENT:

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

#### DISTRIBUTION:

HA NOI: 080-43363

#### ACCOUNT NUMBER:

0011000467735  
LEGISLATIVE STUDY MAGAZINE  
VIETCOMBANK

PRINTED BY: TAYHO PRINTING  
JOINT STOCK COMPANY

Price: 19,500 VND

# PHÁP LUẬT MẠNH

NGUYỄN BÁ CHIẾN\*

**P**háp luật không xuất hiện cùng với sự xuất hiện loài người. Pháp luật chỉ xuất hiện khi xã hội loài người phát triển đến một trình độ nhất định và đòi hỏi có sự xuất hiện của nhà nước và pháp luật để duy trì trật tự xã hội, bảo vệ lợi ích của giai cấp, của nhân dân. Khi xã hội cần đến vai trò của pháp luật, pháp luật phải thể hiện và thực hiện được vai trò của mình, có nghĩa là pháp luật hoàn thành sứ mệnh. Vậy pháp luật phải như thế nào để hoàn thành sứ mệnh của mình? Theo chúng tôi, điều quan trọng có ý nghĩa quyết định là pháp luật phải mạnh (có sức mạnh). Thực tiễn lịch sử cũng cho chúng ta thấy, trong một quốc gia ở giai đoạn (triều đại nào) pháp luật mạnh thì xã hội thịnh trị hoặc có nền tảng thịnh trị (chẳng hạn: triều đại vua Trần Thái Tông ban hành bộ Quốc triều thông chế, triều đại vua Lê Thánh Tông có Bộ luật Hồng Đức...). Ngược lại, khi pháp luật mất đi vai trò của mình, pháp luật trở nên yếu, không còn sức mạnh thì xã hội không còn được ổn định, thậm chí trở nên rối loạn. Các cơ quan nhà nước có thẩm quyền sẽ phải mất nhiều thời gian để xây dựng, củng cố vai trò của pháp luật và quan tâm triển khai thực hiện trong thực tiễn để pháp luật lấy lại được vai trò điều chỉnh vốn có của mình nhằm duy trì trật tự, ổn định và

thúc đẩy sự phát triển các quan hệ xã hội. Do đó, pháp luật mạnh là nhu cầu thiết thực của xã hội, dù trong giai đoạn nào.

Trong điều kiện hiện nay ở nước ta, khi vấn đề xây dựng Nhà nước pháp quyền là xu hướng, là nền tảng, là nguyên tắc thì pháp luật mạnh là không thể thiếu và có ý nghĩa quan trọng. Pháp luật không mạnh thì không thể xây dựng được Nhà nước pháp quyền. Theo chúng tôi, pháp luật mạnh cần phải hội tụ cả ba yếu tố sau đây: bản thân pháp luật mạnh, sự bảo đảm vững chắc của Nhà nước và sự hỗ trợ đắc lực của văn hóa pháp lý.

## 1. Bản thân pháp luật mạnh

Bản thân pháp luật mạnh cần phải có nhiều yếu tố hợp thành. Những yếu tố đó là: nội dung, mục đích điều chỉnh của pháp luật, hình thức, trạng thái của pháp luật.

*Nội dung điều chỉnh của pháp luật cần phải phù hợp với thực tiễn, đó là sự phát triển khách quan của các mối quan hệ xã hội. “Để luật bảo đảm tính khả thi thì việc xây dựng luật phải bảo đảm tính khách quan, không được chủ quan, duy ý chí, thoát ly thực tiễn kinh tế - xã hội, coi thường quy luật của xã hội, áp đặt lên xã hội những quy định mà nó không cần, không muốn, không thể thực hiện được”<sup>1</sup>. Đã là thực tiễn khách quan thì khó hoặc không thể phủ nhận hoặc áp đặt*

\* TS. Học viện Hành chính Quốc gia.

<sup>1</sup> Nguyễn Phương Thảo, Tính khả thi và khâu tổ chức thực hiện: Hai yếu tố cần và đủ để luật đi vào cuộc sống, <http://ttbd.gov.vn/>

thực tiễn khách quan. Giả thiết pháp luật quy định phù nhận hoặc áp đặt thực tiễn khách quan thì pháp luật cũng khó có thể tồn tại. Điều quan trọng là đánh giá được đúng tính chất khách quan của các mối quan hệ xã hội. Trong thực tiễn, đây không phải là điều mà lúc nào cũng thực hiện được dễ dàng. Bản thân các mối quan hệ xã hội rất đa dạng, phong phú, đan xen phức tạp và vận động, phát triển không ngừng, trong khi đó, việc đánh giá các mối quan hệ xã hội thông qua lăng kính chủ quan của con người. Cho nên, “đòi hỏi các cơ quan xây dựng pháp luật phải bám sát thực tiễn xã hội, thực tiễn và yêu cầu quản lý nhà nước, tổng kết tình hình thi hành pháp luật, đánh giá thực trạng các văn bản quy phạm pháp luật hiện hành liên quan đến dự án, khảo sát đánh giá thực trạng quan hệ xã hội, tổ chức lấy ý kiến, đánh giá thực trạng phản ứng của dư luận xã hội, của nhân dân, các ngành, các cấp đối với những nội dung cơ bản của dự án”<sup>2</sup>. Khi nội dung pháp luật phù hợp với sự phát triển khách quan của các mối quan hệ xã hội thì tự thân pháp luật có sức sống, tự thân pháp luật được thực tiễn đón nhận.

*Mục đích điều chỉnh của pháp luật là nhằm duy trì trật tự, ổn định và thúc đẩy sự phát triển các quan hệ xã hội.* Bản thân nội dung pháp luật phù hợp với sự phát triển khách quan của các mối quan hệ xã hội cũng chưa đủ. Pháp luật cần phải có định hướng của sự điều chỉnh. Trong điều kiện xã hội hiện nay, định hướng điều chỉnh quan trọng của pháp luật là duy trì trật tự, ổn định và thúc đẩy sự phát triển các quan hệ xã hội. Duy trì trật tự, ổn định các mối quan hệ xã hội là yếu tố trước hết. Không có ổn định thì khó có phát triển. Pháp luật duy trì trật tự, ổn định các mối quan hệ xã hội trên tất cả các

lĩnh vực chính trị, kinh tế, văn hóa, xã hội... Nếu pháp luật chỉ chú trọng đến duy trì trật tự, ổn định các mối quan hệ xã hội mà không chú trọng đến thúc đẩy sự phát triển các quan hệ xã hội thì pháp luật chỉ phù hợp với thời kỳ phong kiến trở về trước. Trong điều kiện xã hội hiện nay, một trong những định hướng quan trọng của xã hội là thúc đẩy sự phát triển các quan hệ xã hội để phù hợp với sự phát triển nhanh chóng của khoa học công nghệ, trình độ con người và sự hội nhập quốc tế mạnh mẽ. Mỗi lĩnh vực pháp luật có yêu cầu riêng về mục đích duy trì trật tự, ổn định và thúc đẩy sự phát triển các quan hệ xã hội, hoặc thiên về duy trì trật tự, ổn định các mối quan hệ xã hội, hoặc thiên về thúc đẩy sự phát triển các quan hệ xã hội, hoặc đan xen giữa duy trì trật tự, ổn định các mối quan hệ xã hội và thúc đẩy sự phát triển các quan hệ xã hội.

*Hình thức của pháp luật cần bảo đảm sự đồng bộ, thống nhất.* Hình thức của pháp luật là một yếu tố làm cho pháp luật mạnh hay không. Nếu các quy phạm pháp luật, các văn bản pháp luật không đồng bộ, thống nhất; có sự chòng chéo, mâu thuẫn thì bản thân các quy định pháp luật, các văn bản pháp luật triệt tiêu lẫn nhau<sup>3</sup>, gây khó khăn cho các cơ quan, tổ chức, cá nhân trong việc thực hiện pháp luật. Khi đó, sức mạnh của pháp luật bị ảnh hưởng. Thực tiễn cho thấy có không ít các văn bản, quy định pháp luật chòng chéo, mâu thuẫn với nhau. Do đó, trong công tác xây dựng pháp luật, cần chú trọng rà soát kỹ các văn bản, quy định liên quan để khắc phục tình trạng chòng chéo, mâu thuẫn của pháp luật. Trong quá trình thực hiện pháp luật nếu phát hiện các quy định chòng chéo, mâu thuẫn thì cần kịp thời sửa đổi, bổ sung các quy định đó.

2 Nguyễn Phương Thảo, *ltd*.

3 Nguyễn Bá Chiển, *Pháp luật triệt tiêu pháp luật*, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, số 4 tháng 4/2006, tr. 51-57.

*Trạng thái của pháp luật cần được ổn định tương đối.* Sự ổn định của pháp luật (văn bản pháp luật) góp phần làm tăng sức mạnh của pháp luật. “Tính ổn định của văn bản sẽ đảm bảo sự ổn định trong việc điều chỉnh các quan hệ xã hội và điều đó tạo cho xã hội ổn định và phát triển”<sup>4</sup>. Đánh rằng khi quan hệ xã hội có sự thay đổi thì cần có sự điều chỉnh thay đổi của pháp luật. Tuy nhiên, khi pháp luật thay đổi liên tục mà không xuất phát từ sự thay đổi của quan hệ xã hội mà chỉ đơn thuần từ sự chủ quan của chủ thể xây dựng pháp luật mong muốn thay đổi cách thức và nội dung điều chỉnh, thì mục đích điều chỉnh pháp luật không đạt được, gây khó khăn cho việc thực hiện pháp luật và ảnh hưởng đến sức mạnh của pháp luật. Trong thực tế hiện nay, “tính ổn định của hệ thống pháp luật còn thấp. Nhiều văn bản pháp luật, đặc biệt là trong lĩnh vực kinh tế, tài chính, ngân hàng thường xuyên thay đổi dẫn đến xáo trộn các quan hệ xã hội đang điều chỉnh”<sup>5</sup> hoặc có những trường hợp qua nhiều lần thay đổi pháp luật lại quay trở lại phương án điều chỉnh ban đầu. Cho nên, “pháp luật và chính sách phải ổn định, thường xuyên thay đổi sẽ hại cho dân”<sup>6</sup> và “luật pháp phải được cân nhắc kỹ càng, đã ban hành ra thì không được nay sửa mai đổi. Nay sửa mai đổi thì dân không biết xử trí ra sao”<sup>7</sup>.

## **2. Sự bảo đảm vững chắc của Nhà nước**

Nhà nước và pháp luật gắn liền với xã hội có giai cấp. Giai cấp nắm quyền lực chính trị trong xã hội cần có tổ chức của mình để thể hiện và thực hiện quyền lực chính trị, đó là nhà nước. Nhà nước cũng cần có công cụ để thực hiện được vai trò và sứ mệnh của mình, đó là pháp luật. Pháp luật

vừa là công cụ của nhà nước vừa là công cụ của giai cấp nắm quyền lực chính trị trong xã hội. Giữa nhà nước và pháp luật có mối quan hệ gắn bó hữu cơ với nhau. Nhà nước không thể tồn tại thiếu pháp luật và ngược lại, pháp luật cũng không thể tồn tại thiếu nhà nước. Pháp luật muốn có sức mạnh thì cần có nhà nước mạnh hay nói cách khác, nhà nước mạnh để bảo đảm vững chắc cho pháp luật có sức mạnh. Nhà nước mạnh bảo đảm vững chắc cho pháp luật mạnh trên các phương diện sau đây:

*Một là, xây dựng pháp luật.* Nhà nước xây dựng hệ thống pháp luật phù hợp với thực tiễn khách quan, đồng bộ, thống nhất, có sự ổn định tương đối. Khi đó, pháp luật trở nên có sức mạnh tự thân. Nếu Nhà nước không xây dựng được hệ thống pháp luật phù hợp với thực tiễn khách quan, đồng bộ, thống nhất, có sự ổn định tương đối thì pháp luật không thể mạnh được và gây ra những hậu quả tiêu cực cho xã hội. Một kết quả nghiên cứu đã đánh giá rằng, “việc soạn thảo đạo luật kém hiệu quả đã phản ánh và góp phần vào việc tạo ra các vấn đề xã hội lớn: những khó khăn mà nhiều nhà nước gặp phải khi cố gắng chống lại nghèo đói và tình trạng dễ bị tổn thương của phần lớn nhân dân trong nước”<sup>8</sup>.

*Hai là, tổ chức thực hiện pháp luật.* Khi Nhà nước đã xây dựng được hệ thống pháp luật phù hợp với thực tiễn khách quan, đồng bộ, thống nhất, có sự ổn định tương đối thì điều quan trọng kế tiếp là tổ chức thực hiện pháp luật, tức là đưa pháp luật vào thực tiễn cuộc sống. Nếu thiếu sự hiện diện vai trò của Nhà nước trong việc tổ chức thực hiện pháp luật thì sức mạnh của pháp luật bị ảnh hưởng không nhỏ. Nhà nước tổ chức thực hiện pháp

4 Như Quỳnh, *Tính khả thi của văn bản quy phạm pháp luật của chính quyền địa phương*, <http://www.moj.gov.vn/ct/tintuc>.

5 Phương Thảo, *Một số kết quả thi hành Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2008 và Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật của HĐND và UBND năm 2004*, <http://noichinh.vn/>.

6 Hàn Phi Tử, *Tư tưởng và sách lược*, Nxb. Mũi Cà Mau, tr. 76.

7 Vũ Khiêu - Thành Duy, *Đạo đức và pháp luật trong triết lý phát triển ở Việt Nam*, Nxb. Khoa học xã hội, Hà Nội, 2000, tr. 29.

8 *Soạn thảo luật pháp vi tiến bộ xã hội dân chủ (Sổ tay cho nhà soạn thảo)*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2003, tr. 6.

## NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

luật thông qua các cơ quan của mình và thông qua các biện pháp, phương pháp khác nhau, chủ yếu là:

- *Biện pháp tuyên truyền, phổ biến pháp luật*: tuyên truyền, phổ biến pháp luật có hiệu quả sẽ làm cho các chủ thể hiểu đúng và đầy đủ nội dung quy định pháp luật, có tác dụng nâng cao nhận thức, góp phần nâng cao sự tự giác của các chủ thể trong việc thực hiện pháp luật, tức là góp phần làm tăng sức mạnh của pháp luật. Do đó, một quy tắc quan trọng cần tuân thủ là: “muốn pháp luật được thi hành thì phải chuẩn bị cho nhân dân hiểu biết pháp luật rồi mới áp dụng”<sup>9</sup>. Về phía Nhà nước, cần phải “đẩy mạnh công tác giáo dục pháp luật cho đội ngũ cán bộ, công chức”<sup>10</sup>. Tuyên truyền, phổ biến pháp luật là biện pháp cần được thực hiện rộng rãi, thường xuyên, liên tục, bằng nhiều hình thức, phương pháp khác nhau. Cho nên, cần xác định phương châm “phổ biến giáo dục pháp luật là hoạt động mang tính chất toàn xã hội với phương châm không ai được coi như không biết pháp luật”<sup>11</sup>.

- *Biện pháp hành chính*: nhiều quy định pháp luật được thực hiện thông qua các cơ quan nhà nước có thẩm quyền thực hiện các thủ tục hành chính, ban hành các quyết định hành chính (cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, cấp phép xây dựng...). Trong trường hợp này sức mạnh của pháp luật phụ thuộc vào việc các cơ quan có thẩm quyền thực hiện đúng thẩm quyền; các cán bộ, công chức có năng lực và thực hiện đầy đủ trách nhiệm theo quy định; thủ tục hành chính bảo đảm đủ mức sự chặt chẽ của pháp luật mà không gây rườm rà, phức tạp cho các công

dân, tổ chức, cơ quan thực hiện pháp luật; quyết định hành chính được ban hành bảo đảm căn cứ pháp lý, căn cứ thực tiễn (hợp pháp và hợp lý).

- *Biện pháp kinh tế*: kinh tế là yếu tố vừa là nội dung quy định của pháp luật vừa là biện pháp bảo đảm cho việc thực hiện pháp luật. Cho nên, một mặt, quy định pháp luật phải phù hợp với quan hệ kinh tế, điều kiện kinh tế, nhưng mặt khác, với khía cạnh là biện pháp bảo đảm thực hiện pháp luật thì cần chuẩn bị tốt nguồn tài chính cho việc thực hiện pháp luật. “Văn bản cũng cần phải phù hợp với điều kiện kinh tế để thực hiện văn bản, nếu văn bản đưa ra những chính sách mà khả năng nguồn tài chính không thể đảm đương được hoặc chỉ đảm bảo được một phần thì cũng không thể triển khai thực hiện có hiệu quả được. Kinh phí để thực hiện văn bản bao gồm: chi phí tuyên truyền, phổ biến, giáo dục pháp luật; chi phí mà tổ chức, cá nhân, ngân sách nhà nước phải bỏ ra để thực hiện các chính sách, quy định trong văn bản; chi phí trang bị cơ sở vật chất và chi phí cho bộ máy tổ chức thực hiện văn bản”<sup>12</sup>.

*Ba là, bảo vệ pháp luật*: Hoạt động bảo vệ pháp luật là hoạt động không thể thiếu được vì trong thực tiễn luôn luôn còn tình trạng vi phạm pháp luật - do vô ý hoặc cố ý của các chủ thể thực hiện pháp luật. Trong trường hợp này, sức mạnh của pháp luật phụ thuộc vào việc các cán bộ, công chức có năng lực và thực hiện đầy đủ trách nhiệm theo quy định; pháp luật được thực hiện công bằng và nghiêm minh. Một nội dung có tính nguyên tắc là: “khi chấp pháp, thường phải chú trọng chữ tín, phạt phải kiên quyết chấp

9 Vũ Khiêu - Thành Duy, *Đạo đức và pháp luật trong triết lý phát triển ở Việt Nam*, ttdđ, tr. 29

10 Nguyễn Quốc Sửu, *Giáo dục pháp luật cho đội ngũ cán bộ, công chức hành chính trong điều kiện xây dựng Nhà nước pháp quyền XHCN Việt Nam*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2011, tr. 48.

11 Nguyễn Minh Đoan, *Hiệu quả pháp luật - Những vấn đề lý luận và thực tiễn*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 1997, tr. 140

12 Như Quỳnh, *Tính khả thi của văn bản quy phạm pháp luật của chính quyền địa phương*, ttdđ.



hành”<sup>13</sup>. “Về mặt nguyên tắc, khi hành vi vi phạm pháp luật xảy ra thì cần phải bị xử lý nghiêm minh. Nhưng khi hành vi vi phạm pháp luật xảy ra mà không bị xử lý nghiêm minh thì dễ hình thành tâm lý coi thường pháp luật. Từ đó tạo ra trong xã hội một phản ứng dây chuyền là “tâm lý coi thường pháp luật” ở cả chủ thể thực hiện hành vi vi phạm pháp luật và chủ thể chưa hoặc không thực hiện hành vi vi phạm pháp luật”<sup>14</sup>. Nếu chế tài xử lý” quá nhẹ so với tính chất và mức độ của hành vi vi phạm thì các chủ thể coi thường pháp luật, ngược lại nếu chế tài xử lý quá nặng so với tính chất và mức độ của hành vi vi phạm thì các chủ thể khó có thể tin vào pháp luật. Cùng loại và cùng những điều kiện thực hiện nhưng chế tài xử lý khác nhau cho các cá nhân khác nhau thì các chủ thể cũng mất niềm tin vào pháp luật. Việc thực hiện nghiêm minh của pháp luật được thực hiện với tất cả các chủ thể, với mọi hành vi vi phạm và kịp thời trong phạm vi thời hạn quy định. Khi đề cập đến việc xử án, một nguyên tắc nền tảng là: “việc xử án phải thật chí công vô tư. Không khoan dung với người mình yêu, không khắc nghiệt với người mình ghét”<sup>15</sup>.

### **3. Sự hỗ trợ đặc lực của văn hóa pháp lý**

Bản thân pháp luật mạnh và có được sự bảo đảm vững chắc của Nhà nước thì cũng chưa có đầy đủ các yếu tố bảo đảm cho pháp luật có sức mạnh, do pháp luật và việc thực hiện pháp luật không tách rời khỏi môi trường. Đây chính là môi trường văn hóa pháp lý. “Để hình thành nền văn hóa pháp luật, nâng cao trình độ văn hóa cần phải xây dựng lối sống theo pháp luật. Lối sống theo pháp luật thể hiện một trạng thái thường xuyên, thường ngày, được tạo lập từ các thói

quen ứng xử theo pháp luật của con người ở mọi nơi, mọi lúc, mọi hoàn cảnh, không đơn thuần chỉ là một hành động nhất thời khi có áp lực từ bên ngoài. Lối sống theo pháp luật đòi hỏi trình độ nhận thức pháp luật, nhận thức về sự cần thiết và giá trị xã hội của pháp luật từ phía các cá nhân; ý thức tự nguyện, từ những lợi ích, từ mức độ hài lòng của dân chúng vào hệ thống pháp luật mà họ được thụ hưởng, từ thái độ, tình cảm của con người đối với pháp luật”<sup>16</sup>. Khi yếu tố văn hóa pháp lý phù hợp với xã hội thì nó có sự hỗ trợ đặc lực cho pháp luật có sức mạnh. Để yếu tố văn hóa pháp lý hỗ trợ đặc lực cho pháp luật có sức mạnh, cần có những yếu tố sau:

#### *Một là, văn hóa tôn trọng pháp luật*

Văn hóa tôn trọng pháp luật hỗ trợ đặc lực cho pháp luật có sức mạnh, là câu nói quan trọng để pháp luật có giá trị và hiệu quả thực tế. Khi đã có văn hóa tôn trọng pháp luật thì trong nhiều trường hợp, không cần có sự xuất hiện của Nhà nước, pháp luật vẫn được thực hiện một cách tự giác trong thực tiễn. Để có văn hóa tôn trọng pháp luật là cả một quá trình phát triển không ngừng của xã hội và do những đòi hỏi từ thực tiễn cuộc sống, đồng thời là sự quyết tâm của Nhà nước trong việc tạo dựng văn hóa tôn trọng pháp luật. Trong lịch sử nhà nước và pháp luật, có những triều đại vua chúa phong kiến đã đề cao vai trò, tôn trọng pháp luật đề trị quốc. Nhưng trong lòng xã hội phong kiến và nền văn hóa phong kiến cũng có không ít những yếu tố gắn liền với xã hội phong kiến mà dưới góc nhìn của xã hội hiện đại thì nó ảnh hưởng không nhỏ tới văn hóa tôn trọng pháp luật như: “lễ nghi đâu đến thứ dân, hình phạt đâu đến trượng phu”, “phép vua thua lệ

13 Hàn Phi Tử, Tư tưởng và sách lược, tđđ, tr. 70.

14 Nguyễn Bá Chiến, Nâng cao tác dụng của các chế tài xử phạt hành chính trong quản lý nhà nước, Tạp chí Quản lý nhà nước, số 10/2009, tr. 25.

15 Vũ Khiêu -Thành Duy, tđđ. tr. 30.

## NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

làng”, “trăm cái lý không bằng tí cái tình”... Tuy nhiên, trước yêu cầu của sự phát triển kinh tế - xã hội và hội nhập quốc tế, văn hóa tôn trọng pháp luật ngày càng được quan tâm xây dựng và phát triển. Một mặt, từ chủ trương xây dựng Nhà nước pháp quyền Việt Nam, cũng có nghĩa là pháp luật được đề cao và tôn trọng. “Nhà nước Cộng hòa XHCN Việt Nam là Nhà nước pháp quyền XHCN của Nhân dân, do Nhân dân, vì Nhân dân”<sup>17</sup>. Mặt khác, thực tiễn hoạt động sản xuất, kinh doanh và nhu cầu trật tự, ổn định xã hội đòi hỏi phải lấy pháp luật làm chuẩn mực pháp lý để xử sự. Đồng thời, một yếu tố quan trọng góp phần xây dựng văn hóa tôn trọng pháp luật hiện nay là hội nhập kinh tế quốc tế. Để quốc gia thực hiện hội nhập kinh tế quốc tế, các cá nhân, tổ chức hợp tác kinh doanh với đối tác quốc tế phải thực hiện các quy định chung của quốc tế (các điều ước quốc tế đa phương hoặc song phương). “Cho nên, về bản chất, pháp luật gắn liền với phát triển và chỉ có phát triển, trong phát triển con người mới có “ý thức pháp luật, mới tạo thành cho mình một lối sống theo pháp luật. Không phải ngẫu nhiên ở những nước có nền kinh tế phát triển cao, con người thường có ý thức pháp luật rõ hơn những dân tộc còn yếu kém về kinh tế và xã hội. Bởi lẽ ý thức pháp luật còn gắn liền với sự trưởng thành của con người, của nền văn hóa mỗi dân tộc”<sup>18</sup>.

*Hai là, chủ động, tích cực tìm hiểu pháp luật*

Việc chủ động, tích cực tìm hiểu pháp luật của các cá nhân, cơ quan, tổ chức góp

phần nâng cao sự hiểu biết và ý thức pháp luật cho các chủ thể, làm cho việc thực hiện pháp luật tốt hơn, có hiệu lực và hiệu quả hơn. Thực tiễn cũng khá phổ biến tình trạng thiếu chủ động tìm hiểu pháp luật hoặc tìm hiểu pháp luật thiếu căn kẽ, không đến nơi đến chốn, nên thực hiện pháp luật không đúng hoặc cho rằng các cơ quan, tổ chức, cá nhân thực hiện pháp luật không đúng.

*Ba là, gương mẫu thực hiện pháp luật*

Văn hóa pháp lý không thể thiếu yếu tố gương mẫu thực hiện pháp luật. Gương mẫu thực hiện pháp luật góp phần làm cho pháp luật có sức mạnh và nhân lên sức mạnh. Gương mẫu thực hiện pháp luật cần có ở tất cả các chủ thể thực hiện pháp luật, nhưng sự gương mẫu thực hiện pháp luật của người giữ các cương vị nhà nước có ý nghĩa quan trọng hơn. Vì thế, “muốn cho mọi người tuân theo pháp luật thì người trên phải gương mẫu trước đã. Nếu người trên không thi hành pháp luật, không bị trừng trị khi phạm pháp, thì không thể đòi dân tuân theo pháp luật được. Nước nào mà vua tôi, trên dưới, sang hèn đều theo pháp luật thì nước ấy rất bình trị”<sup>19</sup>.

Như vậy, pháp luật mạnh cần phải hội tụ cả ba yếu tố gồm: bản thân pháp luật mạnh, sự bảo đảm vững chắc của Nhà nước và sự hỗ trợ đắc lực của văn hóa pháp lý. Ở nước ta, để pháp luật mạnh cần có sự quan tâm, nỗ lực cố gắng của Nhà nước, các tổ chức và công dân, trong đó vai trò của Nhà nước nói chung, các cơ quan nhà nước, cán bộ, công chức nhà nước nói riêng là đầu tàu, có vai trò quan trọng nhất, mang tính quyết định ■

16 Hồ Thị Kim Ngân, *Tôn vinh Hiến pháp, pháp luật, giáo dục ý thức thượng tôn pháp luật cho mọi người trong xã hội*, <http://www.baobackan.org.vn>.

17 Khoản 1 Điều 2 Hiến pháp năm 2013.

18 Vũ Khiêu - Thành Duy, *tlđđ*, tr. 184.

19 Vũ Khiêu - Thành Duy, *tlđđ*, tr. 30

# CÔNG ƯỚC CỦA LIÊN HỢP QUỐC VỀ QUYỀN CỦA NGƯỜI KHUYẾT TẬT VÀ SỰ TIẾP NHẬN TRONG PHÁP LUẬT VIỆT NAM

ĐINH THỊ CẨM HÀ\*

**N**gày 13/12/ 2006, tại kỳ họp lần thứ 61 của Đại hội đồng Liên hợp quốc, các đại biểu đã nhất trí thông qua Công ước về Quyền của người khuyết tật (CRPD). Đây là một văn bản quy phạm pháp luật quốc tế đầu tiên khẳng định mọi tiếp cận của người khuyết tật đều dựa trên quyền của người khuyết tật được quy định trong Công ước. Công ước còn nhằm thúc đẩy, bảo vệ và đảm bảo cho người khuyết tật được hưởng đầy đủ và bình đẳng tất cả quyền con người và quyền tự do cơ bản, đồng thời, thúc đẩy sự tôn trọng phẩm giá của người khuyết tật<sup>1</sup>. Ngày 30/03/2007, CRPD và Nghị định thư không bắt buộc chính thức được mở cho các quốc gia hoặc vùng lãnh thổ có thể ký kết bất cứ lúc nào tại trụ sở Liên hợp quốc ở New York. Sau khi được 20 nước phê chuẩn, CRPD và Nghị định thư không bắt buộc đã chính thức có hiệu lực vào ngày 03/05/2008. Tính đến tháng 09/2014, CRPD đã được 158 quốc gia ký tham gia, trong đó 150 quốc gia đã phê chuẩn<sup>2</sup>. Việc các nước tích cực tham gia ký kết CRPD chứng tỏ các mối quan tâm của cộng đồng quốc tế đối với việc bảo vệ quyền của người khuyết tật là rất mạnh mẽ.

Việt Nam là một trong những quốc gia rất tích cực trong việc tham gia các công ước quốc tế liên quan đến nhân quyền. Tính đến nay, Việt Nam đã phê chuẩn hầu hết các công ước quốc tế quan trọng về quyền con người. Với hoàn cảnh lịch sử đặc biệt - trải qua hai cuộc chiến tranh và đặc điểm địa lý có nhiều thiên tai... nên tỷ lệ người khuyết tật trong dân số ở Việt Nam luôn cao<sup>3</sup>. Do đó, Đảng và Nhà nước ta rất quan tâm ban hành các chính sách đảm bảo quyền lợi cho người khuyết tật. Từ năm 1998, Ủy ban Thường vụ Quốc hội đã ban hành Pháp lệnh về Người tàn tật điều chỉnh một cách toàn diện các vấn đề liên quan đến quyền lợi thiết thân của người khuyết tật. Đối với CRPD, chỉ bốn tháng sau khi Công ước này được mở, ngày 22/10/2007, Nhà nước Việt Nam đã ký cam kết tham gia CRPD. Sau khi ký kết CRPD, cùng với việc chuẩn bị cho việc phê chuẩn CRPD này, năm 2010, Quốc hội đã ban hành Luật Người khuyết tật thay thế cho Pháp lệnh về Người tàn tật; các cơ quan nhà nước trong phạm vi thẩm quyền của mình sửa đổi, bổ sung, ban hành mới các văn bản pháp luật có liên quan nhằm đảm bảo các quyền cơ bản của người khuyết tật theo tinh thần khuyến nghị của CRPD.

\* **ThS. Giảng viên Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.**

1 <http://www.un.org/disabilities/default.asp?id=1605>

2 <http://www.molisa.gov.vn/vi/Pages/chitiettin.aspx?IDNews=21776>. Cập nhật ngày 30/9/2014.

3 Theo Báo cáo số 62/BC-LDTBXH của Bộ Lao động - Thương binh và Xã hội tổng kết tình hình thi hành Pháp lệnh về Người tàn tật và các văn bản pháp luật liên quan thì hiện nay có khoảng 6% dân số Việt Nam là người khuyết tật.

Có thể thấy, các quy định pháp luật hiện hành của Việt Nam về việc đảm bảo các quyền cơ bản của người khuyết tật trên các lĩnh vực đã có sự tương thích nhất định với những quy định của CRPD. Tuy vậy, vẫn còn một số điểm cần điều chỉnh để đảm bảo sự tương thích hơn nữa với CRPD, đáp ứng mục tiêu chính của CRPD là hiện thực hóa khả năng thực hiện các quyền của người khuyết tật, nâng cao sự tôn trọng nhân phẩm vốn có của người khuyết tật trong xã hội.

### 1. Khái niệm người khuyết tật

#### 1.1. Việc sử dụng thuật ngữ “người khuyết tật”

Về mặt thuật ngữ, CRPD dùng thuật ngữ “people with disabilities” (người có khuyết tật) thay cho “disabled persons” (người tàn tật) vốn được sử dụng khá phổ biến trước đây<sup>4</sup>. Cách gọi này thể hiện đúng hơn thực trạng của người mang những khiếm khuyết về thể chất và tinh thần và không mang cảm giác miệt thị.

Tiếp thu tinh thần đó của CRPD, Luật Người khuyết tật năm 2010 đã dùng thuật ngữ “người khuyết tật” thay cho thuật ngữ “người tàn tật” được sử dụng trong Pháp lệnh về Người tàn tật và các văn bản pháp luật được ban hành trước đó. Thuật ngữ “người khuyết tật” chỉ xác định sự khiếm khuyết chức năng của bộ phận nào đó trong cơ thể của một người mà không hàm nghĩa là người “vô dụng”, bỏ đi như thuật ngữ “người tàn tật”. Điều này đã thể hiện sự tôn trọng phẩm giá của người khuyết tật.

Tuy vậy, qua nghiên cứu, chúng tôi thấy hiện nay việc sử dụng thuật ngữ “người khuyết tật” vẫn chưa được sử dụng đồng bộ trong các văn bản quy phạm pháp luật có liên

quan đến người khuyết tật của Nhà nước như: Luật Trợ giúp pháp lý vẫn sử dụng thuật ngữ “người tàn tật” mà không sử dụng thuật ngữ “người khuyết tật”; Luật Bảo vệ, chăm sóc và giáo dục trẻ em<sup>5</sup> và Luật Giáo dục<sup>6</sup> thì sử dụng đồng thời cả hai thuật ngữ “người tàn tật” và “người khuyết tật” mà không có quy định nào giải thích rõ đối tượng nào là “người tàn tật”, đối tượng nào là “người khuyết tật”; ...

Việc sử dụng thuật ngữ “người khuyết tật” cần được sử dụng thống nhất trong tất cả các văn bản pháp luật có liên quan. Các dạng khuyết tật và mức độ khuyết tật đã được xác định rõ trong Luật Người khuyết tật, vì vậy, cần kiên quyết không sử dụng thuật ngữ “tàn tật” trong các văn bản pháp luật. Những văn bản nào vẫn đang sử dụng thuật ngữ “tàn tật” cần chú ý sửa đổi sang thuật ngữ “khuyết tật” trong lần sửa đổi gần nhất.

#### 1.2. Về nội dung định nghĩa “người khuyết tật”

Điều 1 CRPD định nghĩa: “Persons with disabilities include those who have long-term physical, mental, intellectual or sensory impairments which in interaction with various barriers may hinder their full and effective participation in society on an equal basis with others”<sup>7</sup> (*Người khuyết tật bao gồm những người có khiếm khuyết lâu dài về thể chất, tâm thần, trí tuệ hoặc giác quan mà khi tương tác với những rào cản khác nhau có thể phương hại đến sự tham gia hữu hiệu và trọn vẹn của họ vào xã hội trên cơ sở bình đẳng với những người khác*).

Định nghĩa nêu trong Điều 1 CRPD đã kết hợp giữa hai yếu tố: đặc điểm khiếm khuyết về y học của một người với những

4 Tuyên bố về Quyền của người khuyết tật (DRDP - Declaration on the Rights of Disabled Persons), được Đại hội đồng Liên hợp quốc thông qua ngày 09/12/1975 và Nghị quyết số 37/52 ngày 05/12/1982 của Đại hội đồng Liên hợp quốc về Chương trình Hành động quốc tế về người khuyết tật (World Programme of Action Concerning Disabled Person) sử dụng thuật ngữ “disabled persons”.

5 Xem Điều 40 Luật Bảo vệ, chăm sóc và giáo dục trẻ em năm 2004.

6 Xem Điều 63 Luật Giáo dục năm 2005.

rào cản khác nhau do xã hội tạo ra trong việc xác định tình trạng khuyết tật. Khi xác định người khuyết tật theo định nghĩa này, CRPD cũng đã xác định trách nhiệm xã hội trong việc tạo ra tình trạng khuyết tật. Đây có thể nói là một quan điểm rất tiên bộ, có ý nghĩa rất quan trọng trong định hướng đưa ra những giải pháp để đảm bảo cho người khuyết tật hưởng đầy đủ những quyền lợi chính đáng của mình như những người khác.

Tiếp thu quan điểm của CRPD, Luật Người khuyết tật năm 2010 đã có thay đổi trong việc sử dụng thuật ngữ, nhưng định nghĩa về người khuyết tật được quy định tại Điều 2 của Luật này lại có nội dung không khác gì cơ bản so với định nghĩa về người tàn tật trong Pháp lệnh về Người tàn tật năm 1998:

- Định nghĩa của Luật Người khuyết tật năm 2010: “Người khuyết tật là người bị khiếm khuyết một hoặc nhiều bộ phận cơ thể hoặc bị suy giảm chức năng được biểu hiện dưới dạng tật khiến cho lao động, sinh hoạt, học tập gặp khó khăn”<sup>8</sup>.

- Định nghĩa của Pháp lệnh về Người tàn tật năm 1998: “Người khuyết tật là người bị khiếm khuyết một hay nhiều bộ phận cơ thể hoặc chức năng biểu hiện dưới những dạng tật khác nhau, làm suy giảm khả năng hoạt động, khiến cho lao động, sinh hoạt, học tập gặp nhiều khó khăn”<sup>9</sup>.

Nội dung của định nghĩa quy định trong cả hai văn bản trên đều giống nhau ở chỗ, coi những khiếm khuyết về mặt y học của người khuyết tật là nguyên nhân chính gây nên những khó khăn, trở ngại cho họ trong cuộc sống. Nếu so sánh với nội dung định nghĩa của CRPD thì nội dung định nghĩa của Luật Người khuyết tật năm 2010, ngoài việc thay đổi trong việc sử dụng thuật ngữ vẫn chưa thể hiện được quan điểm chủ đạo của CRPD

là: chính những rào cản từ xã hội là nguyên nhân quan trọng tạo ra và làm trầm trọng hóa tình trạng khuyết tật của một người.

Vi vậy, sau khi Quốc hội chính thức phê chuẩn CRPD, Luật Người khuyết tật năm 2010 cần được sửa đổi, bổ sung và thể hiện đầy đủ hơn nữa quan điểm CRPD trong định nghĩa về người khuyết tật. Điều này sẽ có ý nghĩa quan trọng trong việc đưa ra những chính sách cụ thể để đảm bảo khả năng tham gia của người khuyết tật vào tất cả các hoạt động của đời sống xã hội.

## **2. Đảm bảo quyền một số nhóm người khuyết tật đặc thù**

Một số nhóm người khuyết tật đặc thù mà chúng tôi muốn nêu ở đây gồm: phụ nữ khuyết tật và trẻ em khuyết tật. Qua nghiên cứu cho thấy CRPD đã dành sự quan tâm đặc biệt đối với phụ nữ và trẻ em khuyết tật. Bên cạnh việc quy định nguyên tắc bình đẳng chung (Điều 3), CRPD đã dành riêng 2 điều (Điều 6 và Điều 7) thể hiện quan điểm về hai nhóm đối tượng này:

“*Điều 6: Phụ nữ khuyết tật*

Quốc gia thành viên thừa nhận rằng, phụ nữ và các bé gái khuyết tật dễ bị phân biệt đối xử, do vậy quốc gia thành viên phải tiến hành các biện pháp bảo đảm cho họ được hưởng trọn vẹn và bình đẳng các quyền và tự do cơ bản của con người.

Quốc gia thành viên tiến hành các biện pháp thích hợp để bảo đảm cho phụ nữ có được sự phát triển đầy đủ, sự tiến bộ tối đa và quyền năng hoàn toàn, nhằm mục đích bảo đảm cho họ thực hiện và thụ hưởng các quyền và tự do cơ bản của con người được Công ước này bảo vệ.

“*Điều 7: Trẻ em khuyết tật*

Các quốc gia thành viên tiến hành mọi biện pháp cần thiết để bảo đảm cho trẻ em

7 Article 1, Convention on the rights of people with disabilities

8 Khoản 1 Điều 2 Luật Người khuyết tật năm 2010.

9 Điều 1 Pháp lệnh về Người tàn tật năm 1998.

khuyết tật được hưởng trọn vẹn các quyền và tự do cơ bản của con người trên cơ sở bình đẳng với các trẻ em khác.

Trong mọi hành động liên quan tới trẻ em khuyết tật, lợi ích tốt nhất của trẻ phải được đặt lên hàng đầu.

Các quốc gia thành viên bảo đảm rằng trẻ em khuyết tật có quyền bày tỏ ý kiến một cách tự do về mọi vấn đề ảnh hưởng tới các em, ý kiến của trẻ em phải được cân nhắc thích đáng phù hợp với độ tuổi và sự trưởng thành của các em, trên cơ sở bình đẳng với các trẻ em khác, bảo đảm cung cấp cho các em sự trợ giúp phù hợp với lứa tuổi và với tình trạng khuyết tật để các em thực hiện quyền đó”.

Qua tìm hiểu các quy định của Luật Người khuyết tật, Bộ luật Lao động, Luật Giáo dục, Luật Bảo vệ, chăm sóc và giáo dục trẻ em,... có thể thấy pháp luật Việt Nam chưa có những quy định riêng thể hiện sự quan tâm đặc biệt trong việc đảm bảo các quyền cho phụ nữ và trẻ em khuyết tật. Nhìn chung, quyền lợi của hai nhóm người khuyết tật đặc thù này trên các lĩnh vực hiện vẫn được đảm bảo thông qua những quy định dành cho người khuyết tật nói chung.

Vì vậy, Luật Người khuyết tật năm 2010 nên có điều khoản riêng thể hiện quan điểm của Nhà nước trong việc đảm bảo quyền của phụ nữ khuyết tật và trẻ em khuyết tật. Điều này có ý nghĩa định hướng cho các cơ quan, tổ chức hữu quan sẽ có những chính sách cụ thể và thiết thực hơn trong việc đảm bảo quyền lợi cho phụ nữ và trẻ em khuyết tật.

### **3. Đảm bảo quyền của người khuyết tật trong một số lĩnh vực cụ thể**

Đánh giá chung có thể thấy những quyền trên một số lĩnh vực cơ bản của người khuyết tật được nêu trong CRPD như: quyền được sống độc lập; quyền được tiếp cận về hạ tầng giao thông, thông tin; quyền được học tập;

quyền được chăm sóc sức khỏe, phục hồi chức năng; quyền được làm việc... đều được quy định đầy đủ trong Luật Người khuyết tật năm 2010 và các văn bản pháp luật có liên quan khác. Tuy nhiên, một số vấn đề quan trọng trong nội dung khuyến nghị của CRPD về việc đảm bảo từng quyền cho người khuyết tật vẫn chưa được thể hiện đầy đủ trong các quy định của pháp luật hiện hành. Mặt khác, những quy định pháp luật có ý nghĩa đảm bảo khả năng thực hiện các quyền trên thực tế vẫn chưa thực sự phù hợp và đầy đủ. Cụ thể là:

#### **3.1. Về việc làm**

Điều 27 CRPD có khuyến nghị về việc thúc đẩy cơ hội được nhận vào làm việc cũng như tự tạo việc làm. Nội dung này của CRPD đã phân nào được thể hiện trong nội dung các quy định tại Chương V Luật Người khuyết tật năm 2010. Tuy nhiên, những quy định hiện hành tại Chương này vẫn chưa thật sự phát huy hiệu quả mở rộng cơ hội có việc làm cho người khuyết tật do những quy định hiện hành chỉ mang tính chất khuyến khích đối với các cơ sở sản xuất, các doanh nghiệp, các cơ quan tổ chức mà chưa coi việc nhận người khuyết tật làm việc là trách nhiệm của các doanh nghiệp. Đặc biệt, Điều 27 CRPD cũng có khuyến nghị về việc quan tâm tuyển dụng người khuyết tật trong lĩnh vực công. Tuy nhiên, Luật Người khuyết tật năm 2010 không có quy định nào đề cập đến vấn đề này. Luật Cán bộ, công chức năm 2008 được coi là văn bản có liên quan nhưng trong quy định về nguyên tắc tuyển dụng công chức mới chỉ nêu nguyên tắc ưu tiên người dân tộc thiểu số<sup>10</sup> mà chưa đưa người khuyết tật vào diện được ưu tiên.

Theo chúng tôi, để đảm bảo cơ hội việc làm cho người khuyết tật theo khuyến nghị của CRPD trên cả lĩnh vực công và tư, Luật Người khuyết tật năm 2010 cần khôi phục lại

10 Xem Điều 38 Luật Cán bộ, công chức năm 2008.

quy định về trách nhiệm của doanh nghiệp phải đảm bảo việc làm cho lao động là người khuyết tật với hình thức hoặc là nhận một tỷ lệ lao động là người khuyết tật hoặc là đóng góp vào Quỹ tạo việc làm cho người khuyết tật. Đây cũng là quy định hiện được áp dụng ở một số quốc gia. Đồng thời, Luật Cán bộ, công chức năm 2008 cần bổ sung nội dung ưu tiên tuyển dụng người khuyết tật trong quy định về nguyên tắc tuyển dụng công chức.

### **3.2. Về tiếp cận hạ tầng giao thông - đảm bảo khả năng di chuyển**

Điều 20 CRPD đề cập đến việc đảm bảo khả năng di chuyển cá nhân của người khuyết tật trong đó khuyến nghị: “Các quốc gia thành viên tiến hành các biện pháp hiệu quả để bảo đảm cho người khuyết tật di chuyển cá nhân thuận tiện một cách độc lập tối đa có thể được, bao gồm bằng những cách sau:

Tạo điều kiện cho người khuyết tật di chuyển cá nhân theo cách thức và vào thời gian họ chọn, với giá thành vừa phải;

Tạo điều kiện cho người khuyết tật tiếp cận phương tiện, thiết bị và công nghệ hỗ trợ di chuyển và các hình thức trợ giúp hoặc người trợ giúp tại chỗ, bằng cách cung cấp những tiện ích như vậy với giá thành vừa phải; cung cấp đào tạo thích hợp về kỹ năng di chuyển cá nhân cho người khuyết tật và đội ngũ nhân viên chuyên môn làm việc với người khuyết tật; khuyến khích các cơ sở sản xuất phương tiện, thiết bị và công nghệ hỗ trợ di chuyển có tính đến mọi khía cạnh về sự di chuyển của người khuyết tật”.

Nội dung trên đã được Luật Người khuyết tật năm 2010 cụ thể hóa trong các quy định tại Chương VII. Tuy nhiên, Điều 40 Luật Người khuyết tật năm 2010 đặt ra lộ trình tới năm 2025 (tức là sau 15 năm kể từ khi Luật này được thông qua) mới đảm bảo điều kiện tiếp cận đối với người khuyết tật ở tất cả nhà chung cư, trụ sở làm việc, công trình hạ tầng kỹ thuật công cộng, công trình hạ tầng xã hội. Lộ trình như trên là quá dài, cần điều chỉnh theo hướng rút ngắn thời gian

hoàn thành để sớm hiện thực hóa quyền tiếp cận, di chuyển của người khuyết tật.

### **3.3. Chăm sóc y tế và phục hồi chức năng**

Vấn đề chăm sóc y tế và phục hồi chức năng cho người khuyết tật được đề cập tại Điều 25 và Điều 26 CRPD. Nội dung hai Điều này tập trung đưa ra những khuyến nghị cho các quốc gia thành viên về những nguyên tắc và biện pháp trong việc chăm sóc y tế và phục hồi chức năng cho người khuyết tật. Ở Việt Nam hiện nay, khung pháp lý cho việc chăm sóc sức khỏe và phục hồi chức năng cho người khuyết tật về cơ bản đã đầy đủ. Liên quan đến vấn đề chăm sóc sức khỏe và phục hồi chức năng cho người khuyết tật có các văn bản pháp luật quan trọng sau: Luật Bảo hiểm y tế năm 2008, Luật Người khuyết tật năm 2010, Luật Khám bệnh, chữa bệnh năm 2009 và một số nghị định, thông tư hướng dẫn cụ thể việc thực hiện chính sách khám chữa bệnh và phục hồi chức năng đối với người khuyết tật. Nhìn chung, nội dung các văn bản pháp luật trên đã bao quát được những khuyến nghị trong CRPD. Tuy nhiên, vẫn còn một số quy định làm cản trở khả năng được hưởng chế độ chăm sóc y tế và phục hồi chức năng có chất lượng và thuận lợi. Chẳng hạn như một số quy định pháp luật về bảo hiểm y tế chưa có quy định riêng tạo điều kiện cho người khuyết tật; những quy định về nơi khám chữa bệnh ban đầu, thủ tục khám chữa bệnh hay danh mục thuốc thuộc diện được bảo hiểm y tế chi trả còn gây khó khăn cho người khuyết tật trong việc thụ hưởng chế độ bảo hiểm y tế. Để đảm bảo tính hiện thực của quyền được chăm sóc y tế và phục hồi chức năng phù hợp với tinh thần khuyến nghị của CRPD, cần bổ sung các quy định riêng về chế độ bảo hiểm y tế cho người khuyết tật theo hướng đơn giản về thủ tục, mở rộng nơi khám chữa bệnh, tăng cường chi trả những loại thuốc đặc trị phục vụ cho nhu cầu điều trị riêng của người khuyết tật... ■

# NHỮNG SAI LẦM KHI XÂY DỰNG CHẾ ĐỊNH TÀI SẢN TRONG DỰ THẢO BỘ LUẬT DÂN SỰ (SỬA ĐỔI)

NGÔ HUY CƯỜNG\*

**T**rong sự đáng quan ngại chung của cả Dự thảo<sup>1</sup>, chế định tài sản ở đó thể hiện sự non nớt và rối bời nhất. Tuy nhiên, sự non nớt và rối bời này có lý do khá dễ hiểu là: lần đầu tiên sau hàng chục năm, thuật ngữ “vật quyền” xuất hiện một cách đàng hoàng trước công chúng thông qua Dự thảo. Dù có sự dửng dưng thừa nhận một kỹ thuật pháp lý đúng đắn đã được thế giới sử dụng từ hàng nghìn năm về trước cho tới nay, thì điều đó cũng không thể biện minh cho những sai lầm nguy hiểm cho xã hội mà Dự thảo có thể đem đến nếu không được khắc phục trước khi thông qua.

## 1. Sai lầm lớn thứ nhất: thiếu sự cân nhắc về mô hình và chủ thuyết

Đây là sai lầm chủ yếu, có tính cách bao trùm kéo theo nhiều sai lầm nghiêm trọng khác.

### 1.1. Liên quan tới mô hình

Pháp điển hóa theo mô hình Đức, Dự thảo đưa ra “Phần chung” (được gọi là: Phần thứ nhất - Quy định chung) giống với BLDS Đức 2002 và BLDS Nhật Bản 2005. Tuy nhiên, Dự thảo đã vi phạm tính logic của

pháp điển hóa theo mô hình này. Cụ thể Dự thảo đã đưa ra Chương VII có tên gọi là “Tài sản” và trong đó có định nghĩa tài sản, định nghĩa quyền tài sản, đăng ký tài sản, và phân loại tài sản thành bất động sản và động sản bên cạnh khái niệm vật và phân loại vật.

Khi so sánh luật dân sự, người ta thấy thuật ngữ “things” (tiếng Anh) về mặt pháp lý có hai nghĩa khác nhau liên quan tới mô hình pháp điển hóa. Theo mô hình Pháp, thuật ngữ “things” được hiểu là tài sản. Còn theo mô hình Đức, thuật ngữ này được hiểu đơn giản là “vật”<sup>2</sup>.

Tài sản là một phạm trù động mà phạm vi của nó có thể thay đổi theo các giai đoạn phát triển kinh tế - xã hội nhất định. Do đó, người ta không thể định nghĩa tài sản theo cách thức định nghĩa khái niệm của logic hình thức. Tuy nhiên, ngày nay người ta có thể mô tả tài sản theo phân loại. Tài sản hoặc là hữu hình, hoặc là vô hình, hoặc là bất động sản, hoặc là động sản. Như vậy, tài sản bao gồm: bất động sản hữu hình, bất động sản vô hình, và động sản hữu hình, động sản vô hình. Tài sản hữu hình là vật. Còn tài sản vô

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

1 Bản Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi) lấy ý kiến Nhân dân theo Quyết định số 01 /QĐ-TTg ngày 02/01/2015 của Thủ tướng Chính phủ.

2 A. N. Yiannopoulos, *Civil Law Property Coursebook, Eighth Edition, Claitor's Publishing Division, Louisiana, USA, p. 3.*



hình là quyền. Lưu ý rằng: vật nói ở đây với nghĩa là những bộ phận khác nhau của thế giới vật chất có khả năng đáp ứng nhu cầu vật chất hoặc tinh thần của con người và đã được quan hệ xã hội hóa. Tài sản vô hình hay còn gọi là quyền tài sản bao gồm: quyền đối vật (vật quyền); quyền đối nhân (trái quyền); và quyền sở hữu trí tuệ. Ngày nay có một vài BLDS còn xem lợi ích, thông tin là tài sản.

Người Pháp tập hợp hóa đơn giản các chế định của luật dân sự tạo ra một BLDS bao gồm ba quyền: quyền nói về người, quyền nói về tài sản và các biến cải của quyền sở hữu, và quyền nói về các phương thức xác lập quyền sở hữu. Như vậy, BLDS Pháp 1804 không có quyền nói về phần chung của luật dân sự. Do đó, quyền nói về tài sản đề cập tới cả vật và các vật quyền. Tiếp cận từ trường phái Pandectists (trường phái pháp điển hóa hiện đại), người Đức đã chất lọc ra trong các chế định của luật dân sự các nguyên tắc và quy tắc chung để tập hợp thành phần chung. Vì vậy BLDS Đức 1900 và BLDS Đức 2002 có quyền đầu tiên nói về phần chung của luật dân sự. Mô hình Đức đã ảnh hưởng tới nhiều nước khác mà trong đó có Nhật Bản. Phần chung của luật dân sự bao gồm các vấn đề như: chủ thể của luật dân sự (thể nhân và pháp nhân); vật; hành vi pháp lý; đại diện; thời hạn, thời hiệu. Hiểu rằng tài sản là đối tượng chủ yếu của các quyền, nên không thể bị lãng quên trong phần chung của luật dân sự như trường hợp BLDS 1995 và BLDS 2005 của Việt Nam. Nhưng tài sản bao trùm một phạm vi rất rộng của luật dân sự. Vì vậy chất lọc từ toàn bộ chế định tài sản, “vật” là thứ chung nhất của tài sản, mãi tồn tại và tạo lập tiêu chuẩn pháp lý cho tài sản. Vì thế, vật được quy định trong phần chung của luật dân sự, chứ không phải là tài sản. BLDS Đức 2002 quy định tại điều đầu tiên của chương nói về vật (things) trong Phần chung rằng: “Chỉ có đồ vật hữu hình là vật (things) được xác định bởi luật” (Điều 90). Tương tự như vậy, BLDS Nhật Bản

2005 tại Phần chung, Chương IV (nói về vật) định nghĩa như sau: “Thuật ngữ vật (things) được sử dụng trong Bộ luật này có nghĩa là vật hữu hình” (Điều 85). Trong khi đó, BLDS Louisiana (Hoa Kỳ) 2001 pháp điển hóa theo mô hình Pháp, tại Điều 448 quy định: “Tài sản (things) được chia thành tài sản chung, tài sản công, và tài sản tư; tài sản hữu hình và tài sản vô hình; và động sản và bất động sản”.

Trong khi pháp điển hóa theo mô hình Đức, nhưng Dự thảo đã đưa ra một định nghĩa tài sản “lạ lùng nhất thế giới” như sau tại “Quy định chung” của Dự thảo:

“Tài sản có thể là vật, tiền, giấy tờ có giá, quyền tài sản đối với các đối tượng sở hữu trí tuệ và các quyền tài sản khác” (Điều 122).

Định nghĩa này một mặt không đếm xỉa đến mô hình, mặt khác liệt kê vừa thừa lại vừa thiếu các loại tài sản, đồng thời nhấn mạnh tới một số loại tài sản một cách bất hợp lý và tỏ ra thiếu suy nghĩ. Bóng dáng của BLDS Liên bang Nga 1994 hiện lên qua định nghĩa này. Tuy nhiên, có khá nhiều khác biệt giữa Dự thảo và Bộ luật này. Không biết có phải người viết Dự thảo cố ý viết định nghĩa tài sản khác đi so với Điều 128 của BLDS Nga 1994 để mọi người ngỡ là sự sáng tạo của người viết hay là do người viết Dự thảo không hiểu điều luật này của Nga? Người Nga tại Điều 128 này không nói thẳng vào tài sản mà nói tới đối tượng của các quyền dân sự như sau:

#### **“Điều 128. Các loại đối tượng của các quyền dân sự**

Về đối tượng của các quyền dân sự phải kể đến vật (things), trong đó có tiền và chứng khoán, và cả các loại tài sản khác như quyền tài sản; công việc và dịch vụ; thông tin; kết quả của hoạt động trí tuệ, bao gồm quyền loại trừ đối với chúng (quyền sở hữu trí tuệ); các giá trị phi vật chất”.

Điều luật này liệt kê các đối tượng nói

chung của các quyền dân sự, không riêng tài sản, và cho thấy: tiền và chứng khoán (securities) được xếp vào tài sản hữu hình (vật); và không nhấn mạnh quyền sở hữu trí tuệ hơn các quyền tài sản khác. Cần phải hiểu BLDS Liên bang Nga 1994 được pháp điển hóa theo phong cách rất riêng. Bộ luật này được chia thành ba phần. Phần một chiếm tới 453 điều trong tổng số 1.224 điều. Phần này nói tất cả các vấn đề về chủ thể, tài sản và nghĩa vụ; Phần 2 nói về các nghĩa vụ cụ thể bao gồm cả các vấn đề thương mại, tài chính, ngân hàng; và Phần 3 nói về thừa kế và tư pháp quốc tế. Vì vậy, không thể trộn lẫn giữa mô hình này với mô hình Đức hay mô hình Pháp.

Trong khi Dự thảo thiết kế “Phần thứ hai” riêng cho “vật quyền” giống với BLDS Nhật Bản 2005 theo mô hình Đức, nhưng Dự thảo lại tách tương đối quyền sở hữu ra khỏi vật quyền để đặt tên cho phần này là “Phần thứ hai - Quyền sở hữu và các vật quyền khác” na ná theo kiểu Pháp (nhưng thiếu cân nhắc), đồng thời tách chế định bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự bằng “quyền đối vật” (cầm cố, thế chấp) ra khỏi phần này để nhập với chế định bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự bằng “quyền đối nhân” (bảo lãnh) tại “Phần thứ ba” của Dự thảo nói về nghĩa vụ và hợp đồng. Từ việc tách và nhập này đã dẫn tới nhiều sai lầm nghiêm trọng khác có khả năng gây ảnh hưởng lớn tới kinh tế - xã hội và thực tiễn tư pháp.

Các quan hệ tài sản mà luật dân sự điều tiết được phân chia thành hai loại: (1) quan hệ giữa người với người; và quan hệ giữa người với vật (có nghĩa là quan hệ giữa người với vật giữa mọi người). Theo luật dân sự truyền thống, quan hệ giữa người với người có ý nghĩa kinh tế được gọi là quan hệ nghĩa vụ hay còn được gọi là “quyền đối nhân” (*rights in personam*). Còn quan hệ

giữa người với vật được gọi là “quyền đối vật” hay “vật quyền” (*rights in rem*). Quyền đối nhân thuộc phạm vi truyền thống của chế định nghĩa vụ. Còn vật quyền thuộc phạm vi truyền thống của chế định tài sản mặc dù vật quyền chỉ là một loại tài sản. Nói một cách đơn giản, quyền đối nhân là quyền của một người xác định được yêu cầu một người xác định khác phải thực hiện hay không được thực hiện một hành vi nào đó vì lợi ích của người có quyền. Quan hệ này là quan hệ giữa những người xác định với nhau bao gồm: trái chủ (chủ nợ hay người có quyền) và người thụ trái (con nợ hay người có nghĩa vụ). Trái chủ chỉ có quyền yêu cầu người thụ trái chứ không có quyền thi hành trực tiếp trên bất kỳ một tài sản cụ thể nào của người thụ trái. Nhưng trong vật quyền (quyền đối vật), người có vật quyền được thi hành trực tiếp, ngay lập tức, không cần qua trung gian trên tài sản là đối tượng của vật quyền đó. Mỗi quan hệ này là quan hệ giữa một người xác định có quyền với một vật cụ thể là đối tượng của quyền. Vật quyền lớn nhất làm khuôn mẫu cho các vật quyền khác là quyền sở hữu. Nó được xem là vật quyền thống trị.

Xét cả về mặt ngôn ngữ và cả về mặt pháp lý, câu nói “tôi có quyền sở hữu ngôi nhà” là một câu nói có nghĩa hoàn chỉnh và thể hiện hoàn toàn được mối quan hệ giữa người chủ sở hữu và vật (ngôi nhà) mà không phải thêm một ai khác vào câu nói đó<sup>3</sup>. Ấy thế mà nhiều luật gia cứ từ chối hoài về việc sử dụng thuật ngữ vật quyền. Cần lưu ý rằng, luật dân sự là một ngành luật mang đầy tính triết lý, lý luận và là nơi cung cấp kỹ thuật pháp lý cho tất cả các ngành luật khác. Vì vậy, nó là ngành luật khó hiểu nhất mà ngay các thẩm phán cũng bỡ ngỡ. Nếu không sử dụng thuật ngữ “vật quyền” thì khó có thể tìm được một thuật ngữ nào có thể thay thế mà có khả năng mô tả chính xác tính

3 John E. C. Brierley, *Cases and Materials Relating to Civil Law Property IA*, McGill University, 1997, p. viii.

chất của loại quyền được thi hành trực tiếp trên vật.

Từ thời La Mã cổ đại, người ta chia vật quyền thành hai loại là quyền trên tài sản của mình (tức là quyền sở hữu) và quyền trên tài sản của người khác (tức là vật quyền khác ngoài quyền sở hữu). Các vật quyền khác ngoài quyền sở hữu có được là do chủ sở hữu cho một người hưởng lợi ích trên tài sản của mình. Lưu ý: Quyền trên tài sản của người khác cũng có thể phát sinh, thay đổi hay chấm dứt bởi các căn cứ khác. Khi chủ sở hữu cho một người khác hưởng một chi phần hay một yếu tố nào đó của quyền sở hữu tài sản của mình, tức là quyền sở hữu bị cắt đi chi phần hay yếu tố đó. Chẳng hạn khi chủ sở hữu cho một người khác quyền hưởng dụng trên tài sản của mình, thì chủ sở hữu chỉ còn lại quyền định đoạt đối với tài sản. Vì vậy, nếu xuất phát điểm của người làm luật là quyền sở hữu (vật quyền thông trị) thì người ta có thể đặt tên cho Quyền hay Phần nói về tài sản theo mô hình của Pháp là “Tài sản và các biến cải khác của quyền sở hữu” (BLDS Pháp 1804).

Quyền trên tài sản của người khác có hai nhánh lớn là địa dịch (dịch quyền thuộc vật - predial servitude or real servitude) và dịch quyền thuộc người (personal servitude). Cần lưu ý: người ta còn gọi dịch quyền thuộc người là quyền hưởng dụng (rights of enjoyment) nhưng có nghĩa khác với quyền hưởng dụng mà Dự thảo đưa ra. Trong quyền hưởng dụng có thể bao gồm các quyền như: quyền dụng ích; quyền sử dụng; quyền ngụ cư; quyền thuê dài hạn; và quyền bề mặt. Tất cả các vật quyền được nói từ đầu bài viết tới đây được coi là các vật quyền chính yếu. Ngoài ra còn có các vật quyền phụ thuộc nhằm bảo đảm cho các trái quyền (Dự thảo gọi là bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự), bao gồm: cầm cố, thế chấp, để đương, và một số đặc quyền (hay quyền đặc ưu). Thế nhưng Dự thảo ngang nhiên tách cầm cố, thế chấp ra để đưa về phần nói về nghĩa vụ và hợp đồng, và

vẫn giữ lại quyền đặc ưu trong phần nói về vật quyền. Cần lưu ý: quyền đặc ưu bị Dự thảo gọi một cách thiếu cân nhắc là “quyền ưu tiên”. Đây là cách gọi không phản ánh hết vai trò và vị trí của quyền này so với cầm cố, thế chấp, để đương bởi bản thân cầm cố, thế chấp, để đương cho phép chủ nợ được ưu tiên lấy nợ trên một tài sản cụ thể hơn các chủ nợ thường. Khi một người đưa một vật ra để cầm cố hay thế chấp hay để đương nhằm bảo đảm cho việc thực hiện nghĩa vụ dân sự của mình hay của người khác, thì điều đó có nghĩa là người nhận cầm cố hay thế chấp hay để đương đã thiết lập trên vật đó một vật quyền nhằm thi hành trực tiếp trên vật đó để lấy nợ trong trường hợp người có nghĩa vụ không thực hiện nghĩa vụ tới hạn thực hiện. Khác với việc bảo đảm bằng vật quyền như vậy, bảo đảm bằng quyền đối nhân (bảo lãnh) có bản chất là một người khác cam kết thực hiện nghĩa vụ thay thế (bảo lãnh) cho người có nghĩa vụ trong một quan hệ nghĩa vụ dân sự cụ thể với người có quyền. Như vậy, người có quyền chỉ có thể yêu cầu người bảo lãnh thực hiện nghĩa vụ thay thế chứ không được thi hành trực tiếp trên bất kỳ tài sản cụ thể nào của người bảo lãnh để lấy nợ. Nói đơn giản: cầm cố, thế chấp, để đương là việc thiết lập quan hệ đối vật để bảo đảm cho quan hệ đối nhân; còn bảo lãnh là thiết lập quan hệ đối nhân khác để bảo đảm cho một quan hệ đối nhân cụ thể. Hai loại bảo đảm này hầu như không có điểm chung. Ấy thế mà Dự thảo lại xây dựng tới 13 điều (từ Điều 322 đến Điều 334) để quy định chung về các biện pháp bảo đảm (mà chủ yếu là cho bảo đảm đối vật và bảo đảm đối nhân như đã nói). Các điều này đầy rẫy những sai lầm mà khó có thể sử dụng được. Lịch sử pháp luật Việt Nam cho thấy, BLDS 1972 của Chính quyền Sài Gòn cũ đã dành một thiên riêng cho các biện pháp bảo đảm này. Tuy nhiên, cần phải hiểu thiên này mang tên “Thiên sáu - Nói về những khế ước bảo chứng và những vật quyền phụ thuộc”. Tại

thiên này, chỉ có hai điều luật được xem là quy định chung cho cả bảo chứng đối nhân và bảo chứng đối vật (bảo đảm đối nhân và bảo đảm đối vật). Điều thứ 1321 tại thiên này nói chung về mục đích của bảo đảm đối vật và bảo đảm đối nhân thông qua hợp đồng. Điều thứ 1322 tại thiên này nói về việc phân loại bảo đảm thành bảo đảm đối nhân và bảo đảm đối vật. Vì vậy, xét cho cùng bảo đảm đối nhân và bảo đảm đối vật chỉ có một điểm chung ở mục đích của việc thiết lập quan hệ bảo đảm - đó là nhằm bảo đảm cho quyền yêu cầu của người có quyền đối với người có nghĩa vụ.

Sự thiếu cân nhắc về mô hình ắt hẳn sẽ dẫn đến những sai lầm, hạn chế trước hết về tính logic của các bộ luật, sau đó đến các giải pháp tổng thể của bộ luật tương lai, và cuối cùng là các giải pháp cụ thể cho các tranh chấp xảy ra trong tương lai.

### 1.2. Liên quan tới chủ thuyết

Cách mạng XHCN, nhìn từ phương diện khoa học pháp lý, có bản chất là một cuộc cách mạng về sở hữu. Nó hướng tới công hữu hóa tài sản ở phạm vi rộng lớn nhất như có thể. Do đó, truyền thống Sovietique Law không hướng tới quyền tư hữu mà tập trung vào chức năng xã hội của tài sản. Hiến pháp 1936 của Liên Xô cũ đã nói tới tài sản cá nhân khác với quyền tư hữu. Tài sản cá nhân ở đó chỉ có mục đích sử dụng và tiêu dùng cá nhân<sup>4</sup>. Vì vậy, nó dẫn đến một hệ quả tất yếu là pháp luật có nhiệm vụ tối cao là bảo vệ tài sản công. Các vật quyền trên tài sản của người khác (mà trong trường hợp này là của nhà nước) không nhất thiết được đề cập đến trong pháp luật. Một loạt các quy định ít có ý nghĩa về thực tiễn giải quyết tranh chấp, nhưng có ý nghĩa lớn về kinh tế chính trị được thiết lập và tạo ra sự khác biệt - đó là

các hình thức sở hữu (sở hữu toàn dân, sở hữu tập thể, và sở hữu cá nhân). Tuy nhiên trên thực tế, các sản phẩm để đáp ứng các nhu cầu xã hội vẫn cần được làm ra. Do đó, các xí nghiệp công nghiệp quốc doanh có “quyền quản lý nghiệp vụ đối với tài sản XHCN” để thực hiện nhiệm vụ này. Xét về mặt pháp lý, thực chất các xí nghiệp công nghiệp quốc doanh có “dịch quyền” trên tài sản của nhà nước (tài sản XHCN), có nghĩa là có quyền trên tài sản của người khác. Ý tứ này đã được Katlijin Mafliet nêu ra<sup>5</sup>. Đây là một vật quyền lớn nhất trong hệ thống các vật quyền thuộc người (quyền hưởng dụng hay quyền dụng ích). Rõ ràng về mặt học thuật, khi xuất hiện một quyền khác ngoài quyền sở hữu trên một tài sản, thì cần phải quy định minh bạch các quyền này. Để làm được như thế cần phải sử dụng tới kỹ thuật pháp lý, trước hết là xây dựng khái niệm chung và phân loại các quyền này. Thế nhưng vấn đề vật quyền không được truyền thống Sovietique Law làm rõ có lẽ bởi quyền trên tài sản của người khác luôn luôn có khuynh hướng đối lập với chủ sở hữu. Để bảo vệ chắc chắn nhất cho quan hệ sở hữu XHCN và tính logic của hệ thống pháp luật XHCN, trước hết vấn đề tư cách pháp nhân của các xí nghiệp công nghiệp quốc doanh không được xem trọng. Chúng hầu như được coi là các cánh tay nối dài của nhà nước (cụ thể là các bộ chủ quản) và phải hoạt động theo chỉ tiêu kế hoạch nhà nước. Bởi không phải là một chủ thể thực sự của các quyền, nên các xí nghiệp công nghiệp quốc doanh không thể thủ đắc vật quyền trên tài sản XHCN. Thuật ngữ “quyền quản lý nghiệp vụ tài sản XHCN” là thích hợp trong trường hợp này. Có lẽ vì không thể thiết lập bất kỳ một vật quyền nào khác trên tài sản XHCN, nên

4 Katlijin Mafliet, "La Propriété c'est le vol: "Property is Theft" Revisited", *Private and Civil Law in the Russian Federation, Essays in Honor of F.J.M. Feldbrugge*, Edited by William Simons, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2009, p. 300.

5 Katlijin Mafliet, "La Propriété c'est le vol: "Property is Theft" Revisited", *Private and Civil Law in the Russian Federation, Essays in Honor of F.J.M. Feldbrugge*, Edited by William Simons, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2009, p. 300.

quyền chiếm hữu không thể được coi là một sự kiện thực tế và không tách rời khỏi các nhánh quyền khác trong quyền sở hữu. Chế độ phân phối sản phẩm để tiêu dùng cho từng người dân cũng đã góp phần củng cố cho quan niệm quyền sở hữu bao gồm quyền chiếm hữu, sử dụng và định đoạt. Chưa thoát hẳn khỏi nỗi ám ảnh đó, BLDS Liên bang Nga 1994 quy định: “Chủ sở hữu có quyền chiếm hữu, sử dụng và định đoạt tài sản của mình” (khoản 1, Điều 209). Không cần nghiên cứu, và hầu như chỉ dựa vào các lý thuyết về luật dân sự từ thời Liên Xô cũ được chép lại kế tiếp nhau trong các giáo trình của các cơ sở đào tạo luật, BLDS 1995, BLDS 2005 và nay Dự thảo cũng khẳng định như đinh đóng cột rằng, nội dung của quyền sở hữu bao gồm quyền chiếm hữu, quyền sử dụng và quyền định đoạt. Trung Quốc ngày nay có quan niệm không hẳn như vậy, nhưng lại có sự khác biệt khó hiểu. Luật về vật quyền 2007 của Trung Quốc quy định: “Chủ sở hữu có quyền chiếm hữu, sử dụng, định đoạt và hưởng hoa lợi từ bất động sản và động sản của mình phù hợp với pháp luật” (Điều 39). Nội dung bốn quyền này của quyền sở hữu cho thấy sự suy tính mới mẻ nhưng không thoát ra được hẳn bên ngoài tư duy cũ. Ngay trong Luật này, Trung Quốc định rõ các hình thức sở hữu bao gồm sở hữu nhà nước, sở hữu tập thể, và sở hữu cá nhân (Chương V), đồng thời tuyên bố rõ: “Trong giai đoạn đầu của chủ nghĩa xã hội, Nhà nước gia nhập hệ thống kinh tế cơ sở, với sở hữu công đóng vai trò nổi trội và nhiều hình thức sở hữu phát triển bên cạnh nhau” (Điều 3). Các quy định này lý giải cho quan niệm về nội dung bốn quyền của quyền sở hữu. Bên cạnh sự duy trì tính trội của kinh tế nhà nước, còn có kinh tế tập thể và kinh tế tư nhân cùng phát triển.

Khác hơn, các nước theo truyền thống Civil Law quan niệm quyền sở hữu bao gồm quyền sử dụng (*usus*), quyền hưởng hoa lợi (*fructus*) và quyền định đoạt (*abusus*); còn quyền chiếm hữu (*possessio*) là một quan hệ thực tế. David Johnston giải thích: Quyền chiếm hữu khác với quyền sở hữu bởi vì quyền sở hữu được xây dựng trên cơ sở sự cho phép, còn quyền chiếm hữu đặt cơ sở trên sự kiện thực tế. Ông quan niệm một người có một vật và có ý chí chiếm hữu nó trở thành người chiếm hữu<sup>6</sup>. BLDS Nhật Bản 2005 quy định nội dung của quyền sở hữu như sau: “Chủ sở hữu có quyền tự do sử dụng, hưởng hoa lợi và định đoạt vật sở hữu, phụ thuộc vào các hạn chế của luật và các quy định” (Điều 206). Vì vậy, bên cạnh các quy định về quyền sở hữu, các BLDS của các nước đều có các quy định riêng về quyền chiếm hữu nằm bên ngoài các quy định về quyền sở hữu.

Có sự khác biệt không thể lý giải được, Dự thảo một mặt có một chương riêng về “chiếm hữu” (Chương XII), nhưng mặt khác vẫn quan niệm quyền sở hữu bao gồm cả “quyền chiếm hữu” và vẫn có các quy định về “quyền chiếm hữu” trong Chương XIII nói về quyền sở hữu. Nhiều người đặt vấn đề: Phải chăng “chiếm hữu” nói tại Chương XII của Dự thảo khác với “quyền chiếm hữu” nói tại Chương XIII của Dự thảo? Phân tích các quy định tại Điều 199 và Điều 214 của Dự thảo có thể thể tưởng lầm rằng: người soạn thảo đã sử dụng thuật ngữ “chiếm hữu” để chỉ hành vi, còn sử dụng thuật ngữ “quyền chiếm hữu” chỉ một nhánh của quyền sở hữu. Điều 199 của Dự thảo định nghĩa:

“1. Chiếm hữu là việc chủ thể nắm giữ, chi phối tài sản một cách trực tiếp hoặc gián tiếp.

6 David Johnston, *Roman Law in Context - Key Themes in Ancient History*, Cambridge University Press, 2008, p. 56.

2. Chiếm hữu bao gồm chiếm hữu của chủ sở hữu và chiếm hữu của người không phải là chủ sở hữu”.

Trong khi đó, Điều 214 quy định: “Trường hợp chủ sở hữu chiếm hữu vật thuộc sở hữu của mình thì chủ sở hữu được thực hiện mọi hành vi theo ý chí của mình để nắm giữ, quản lý vật nhưng không được trái luật, đạo đức xã hội”.

John Lock được coi là người sáng lập ra chủ thuyết tự do về quyền sở hữu<sup>7</sup>. Trong cuốn “Luận thuyết thứ hai về chính quyền” của mình, ông cho rằng con người là chủ nhân hoàn toàn của tâm hồn và thể xác của họ, do đó là chủ nhân của các thành quả lao động. Sự trộn lẫn giữa lao động với thể giới vật chất mở rộng quyền sở hữu<sup>8</sup>. Học thuyết lao động về tài sản này xem tài sản như một quyền tự nhiên của con người chống lại sự can thiệp của nhà nước. Các nước XHCN chuyển đổi và tư nhân hóa đang dựa vào học thuyết tự do về tài sản này để hợp pháp hóa quyền tư hữu<sup>9</sup>. Theo kinh nghiệm này, một chủ thuyết rõ ràng cho pháp điển hóa luật dân sự là không thể thiếu. Chẳng hạn BLDS Pháp 1804 được xây dựng trên ba trụ cột tư tưởng là: quyền tư hữu, tự do hợp đồng và chế độ gia trưởng, nên dẫn tới vai trò trước hết của nhà nước là bảo vệ quyền tư hữu, cho thi hành các hợp đồng đã được giao kết và bảo đảm cho sự tự trị của gia đình gia trưởng bởi BLDS thực hiện chức năng chuẩn hiến pháp (a quasi - constitutional function)<sup>10</sup>.

Việc thiếu một chủ thuyết dẫn dắt công cuộc pháp điển hóa luật dân sự hiện nay ở Việt Nam khiến cho Dự thảo không có linh hồn và thiếu logic.

## 2. Sai lầm lớn thứ hai: thiếu kiến thức cơ bản và thiếu kỹ thuật pháp lý

Điều 183 của Dự thảo tại khoản 5 ngụ ý về nguyên tắc vật quyền xác định theo truyền thống Civil Law. Điều luật này liệt kê các vật quyền trên tài sản của người khác, nhẽ ra phải liệt kê đầy đủ các vật quyền đó, thế nhưng không liệt kê cầm cố, thế chấp trong khi có liệt kê “quyền ưu tiên”. Như trên đã nói cầm cố, thế chấp và một số quyền đặc ưu là các vật quyền phụ thuộc. Vì vậy, việc liệt kê thiếu ngay cả các vật quyền đang được quy định trong Dự thảo làm cho bản thân chỉ một Điều 183 đã có mâu thuẫn (giữa quy định cụ thể với nguyên tắc lớn).

Dự thảo quy định về quyền hưởng dụng bao gồm quyền “khai thác công dụng và hưởng hoa lợi, lợi tức” từ tài sản của người khác (Điều 278). Quy định này mâu thuẫn lớn với quyền sở hữu được quy định tại Dự thảo. Phải hiểu: quyền hưởng dụng là dịch quyền thuộc người lớn nhất. Theo truyền thống Civil Law, quyền sở hữu bao gồm ba quyền: *usus* (quyền sử dụng), *fructus* (quyền hưởng hoa lợi), và *abusus* (quyền định đoạt). Chủ sở hữu cho người khác quyền hưởng dụng, có nghĩa là cho người khác hai nhánh quyền là *usus* và *fructus* (*usufruct*). Trong khi nói về quyền hưởng dụng như định nghĩa tại Điều 278, thì Dự thảo lại quy định quyền sở hữu bao gồm ba quyền là quyền chiếm hữu, quyền sử dụng, và quyền định đoạt, mà không có quyền hưởng hoa lợi. Bản thân quyền sử dụng trong nội dung quyền sở hữu theo quan niệm của Dự thảo đã là quyền khai thác công dụng của tài sản để hưởng hoa lợi. Lưu ý rằng: Luật về vật quyền của Trung

7 Katlijin Mafliet, “La Propriété c’est le vol: “Property is Theft” Revisited”, *Private and Civil Law in the Russian Federation, Essays in Honor of F.J.M. Feldbrugge*, Edited by William Simons, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2009, p. 299.

8 Bruce Ziff, *Principles of Property Law, Second Edition*, Carswell, Thompson Professional Publishing, Canada, 1996, p. 28.

9 Katlijin Mafliet, “La Propriété c’est le vol: “Property is Theft” Revisited”, *Private and Civil Law in the Russian Federation, Essays in Honor of F.J.M. Feldbrugge*, Edited by William Simons, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2009, p. 300.

10 Mary Ann Glendon, Paolo G. Carozza, Colin B. Picker, *Comparative Legal Traditions*, Thomson West, USA, 2008, p 35.

Quốc có nói tới quyền hưởng dụng, nhưng nội dung quyền sở hữu của Luật này bao gồm bốn quyền: quyền chiếm hữu, quyền sử dụng, quyền hưởng hoa lợi, và quyền định đoạt.

Nhân đây phải nói thêm: không nên gọi là hoa lợi và lợi tức bởi gọi như vậy không thấy cái gốc chung của hai loại tài sản phụ thêm này. Hầu hết các BLDS đều gọi hai loại này là hoa lợi tự nhiên và hoa lợi dân sự (hay hoa lợi pháp lý).

Dự thảo đã không đề cập tới quyền sử dụng và quyền ngụ cư. Hai dịch quyền thuộc người này tuy có cơ sở pháp lý giống với quyền hưởng dụng, song phạm vi của chúng hẹp hơn. Quyền sử dụng nói ở đây có cả *usus* (quyền sử dụng) và *fructus* (quyền hưởng hoa lợi) nhưng bị giới hạn trong phạm vi cần thiết của người được quyền sử dụng hoặc gia đình họ. Còn quyền ngụ cư chỉ là quyền sử dụng (*usus*) đối với nhà ở.

Dự thảo chưa chú ý tới phân loại (vấn đề cốt yếu của khoa học pháp lý). Khoản 2, Điều 181 của Dự thảo quy định: “Các vật quyền khác vẫn có hiệu lực trong trường hợp quyền sở hữu được chuyển cho người khác”. Biết rằng các vật quyền khác là các quyền trên tài sản của người khác. Các vật quyền này sẽ không còn khi tài sản được chủ sở hữu chuyển nhượng cho chính người đang có vật quyền khác trên đó. Ví dụ như người đang có quyền hưởng dụng ngôi nhà lại mua chính ngôi nhà đó. Vì vậy, quy định có tính cách khái quát này không đúng cho một số trường hợp.

Khoản 1, Điều 182 của Dự thảo quy định:

“Việc xác lập quyền sở hữu và vật quyền khác có hiệu lực kể từ thời điểm tài sản được chuyển giao, nếu hợp đồng hoặc luật không có quy định khác.

.....

Thời điểm tài sản được chuyển giao được hiểu là thời điểm bên có quyền hoặc người đại diện hợp pháp của họ trực tiếp nắm giữ, chi phối tài sản”.

Cần lưu ý rằng: các vật quyền khác bao gồm cả quyền địa dịch. *Thứ nhất*, địa dịch không thể có việc chuyển giao vật (bất động sản). *Thứ hai*, một bất động sản này không thể “nắm giữ, chi phối” bất động sản khác. *Thứ ba*, địa dịch không chỉ phát sinh do hợp đồng hoặc pháp luật, mà còn do tự nhiên.

Khoản 2, Điều 182 của Dự thảo quy định: “Trường hợp tài sản đã được chuyển giao trước thời điểm hợp đồng được giao kết thì quyền sở hữu và vật quyền khác được xác lập kể từ thời điểm hợp đồng có hiệu lực, trừ trường hợp luật hoặc hợp đồng có quy định khác”. Đoạn văn này không tính đến quyền chiếm hữu là một quan hệ thực tế. Khi người nhận tài sản chuyển giao và đã thực tế kiểm soát tài sản và có ý chí như vậy nhân danh mình thì đã coi là có quyền chiếm hữu tài sản đó. BLDS Nhật Bản 2005 quy định: “Quyền chiếm hữu được thủ đắc bởi việc nắm giữ vật với ý chí tiến hành việc nắm giữ như vậy nhân danh chính mình” (Điều 180). Người viết Dự thảo cũng cần lưu ý thêm, hợp đồng không chỉ được giao kết bằng văn bản mà có thể giao kết bằng lời nói hoặc bằng cử chỉ.

Các Điều 185, Điều 186 đều có những sai sót về kỹ thuật pháp lý.

Nguyên nhân chủ yếu của những sai sót vừa nói là do người viết Dự thảo chưa phân loại kỹ lưỡng và khái quát hóa một cách rất vội vã.

### **3. Kiến nghị**

Việc pháp điển hóa theo kiểu Đức không thích hợp với Việt Nam trong giai đoạn hiện nay bởi quan hệ xã hội chưa ổn định, và luật lệ cần sự thay đổi kịp thời. Vì vậy nên pháp điển hóa theo kiểu tập hợp các chế định nhỏ theo mô hình Hà Lan hoặc Louisiana (Hoa Kỳ) ■

# NGHĨA VỤ CHỨNG MINH TRONG TỔ TỤNG

NGÔ VĨNH BẠCH DƯƠNG\*

## 1. Quan niệm chung về nghĩa vụ chứng minh

Chứng minh trong tố tụng là một quá trình gồm thu thập, cung cấp, sử dụng chứng cứ nhằm làm sáng tỏ cơ sở pháp lý cũng như cơ sở thực tế các yêu cầu của các bên trong vụ án. Mỗi một chủ thể tham gia vào quá trình này có những quyền và nghĩa vụ riêng biệt, tùy thuộc vào vị trí tố tụng của họ. Khái niệm *nghĩa vụ chứng minh* (mà người ta thường gọi là *Onus probandi* theo tiếng La tinh, *Beweislast* theo tiếng Đức, *Burden of proof* theo tiếng Anh, hay *La charge de la preuve* theo tiếng Pháp) được hình thành nhằm xác định bên phải gánh vác của một chủ thể trong việc chứng tỏ hoặc phản bác một vấn đề trong vụ án. Thông thường, nói đến nghĩa vụ chứng minh, người ta nói đến nghĩa vụ chứng minh nội dung và nghĩa vụ chứng minh hình thức.

### 1.1. Nghĩa vụ chứng minh nội dung

Nghĩa vụ chứng minh nội dung còn gọi là *nghĩa vụ thuyết phục*, *nghĩa vụ khẳng định*, *nghĩa vụ nội dung*, *nghĩa vụ theo luật*, *nghĩa vụ khách quan* ... Đây là nghĩa vụ được *án định dứt khoát cho bên có cáo buộc* (nguyên đơn, người phản tố, người công tố) và không thể chuyển cho bên kia. Chủ thể mang nghĩa vụ chứng minh nội dung sẽ thua

kiện nếu anh ta không thực hiện được việc chứng minh của mình. Việc chứng minh, trong trường hợp này là ngoài việc xuất trình các chứng cứ cần thiết để khẳng định *sự thật*, người đặt ra yêu cầu (giả thuyết phải chứng minh) còn phải lập luận viện dẫn các cơ sở thực tiễn, logic và pháp lý cho các yêu cầu đó. Cũng chính vì vậy, người ta gọi đây là nghĩa vụ thuyết phục (quan tòa). Trong thực tiễn và học thuật, “nghĩa vụ chứng minh nội dung” (*burden of persuasion*) khi được dùng tương đương “nghĩa vụ chứng minh” (*burden of proof*).

Ngay từ thời La Mã cổ đại, một cáo buộc được đệ trình lên tòa cũng có nghĩa là bên cáo buộc đã đặt phía bên kia vào một trạng thái bất lợi và cũng đồng thời tự đặt mình vào một nghi vấn về một sự lạm dụng quyền đi kiện. Bởi vậy, *người đi kiện có bổn phận chứng minh* (*onus probandi actori incumbit*) cho giả thuyết của mình đã đưa ra là có cơ sở và không có một sự lạm dụng nào được thực hiện. Mở rộng ra, nguyên tắc *onus probandi actori incumbit* còn được áp dụng đối với cả những phản tố của các đương sự khác không phải là nguyên cáo, khi đó, nó được hiểu là “nghĩa vụ chứng minh thuộc về người khẳng định, chứ không phải là bên từ chối” (*ei incumbit probatio, qui dicit, non qui*

\* Viện Nhà nước và Pháp luật.



*negat*)<sup>1</sup>. Sự từ chối ở đây được hiểu là bên bị không thừa nhận cáo buộc của bên nguyên. Anh ta sẽ xuất trình chứng cứ cho sự từ chối hay bác bỏ này theo yêu cầu của tòa án nhưng việc chứng minh cho sự không đúng sự thật của cáo buộc chỉ là quyền chứ không phải là nghĩa vụ của anh ta. Trường hợp bên nguyên không thuyết phục được tòa án về tính có căn cứ của cáo buộc, cáo buộc sẽ bị bác bỏ và việc phản đối hay từ chối cáo buộc không cần thiết phải chứng minh.

Trong các vụ án hình sự, nghĩa vụ chứng minh được đặt lên vai cơ quan công tố, cơ quan này phải làm sáng tỏ trước khi quan tòa ra phán quyết, rằng bị cáo đã thực hiện một tội phạm và tính chất nguy hiểm cũng như hậu quả của hành vi của anh ta tương xứng với những hình phạt nhất định.

Trong các vụ án dân sự, nguyên đơn thường phải gánh chịu nghĩa vụ chứng minh để khẳng định các yêu cầu của mình là có cơ sở, có thật và hợp pháp. Bị đơn chỉ có nghĩa vụ chứng minh khi anh ta đặt ra một yêu cầu phản tố, độc lập với yêu cầu của nguyên đơn. Tuy vậy, trong mô hình tố tụng thẩm vấn, nguyên đơn dân sự cũng chỉ phải chứng minh mình bị tranh chấp, xâm hại, việc quyết định đúng sai và trách nhiệm dân sự tương ứng phụ thuộc vào việc xác minh sự thật vụ án của tòa án.

Trong các vụ án hành chính, ở đa số các nước theo truyền thống luật dân sự áp dụng nguyên tắc điều tra sự thật của các cơ quan nhà nước và tòa án. Khi đó, việc xác định nghĩa vụ chứng minh không có ý nghĩa bởi nghĩa vụ ra phán quyết của tòa án hoặc cơ quan giải quyết khiếu nại dựa trên kết quả điều tra của họ. Những cáo buộc của nguyên đơn chỉ làm phát sinh thủ tục và có ý nghĩa tham khảo. Họ chỉ có nghĩa vụ chứng minh rằng mình bị thiệt hại, bị xâm phạm, còn

quyết định hành chính, hành vi hành chính có quan hệ nhân quả với thiệt hại hay không lại thuộc trách nhiệm xác minh của cơ quan giải quyết. Ở các nước theo hệ thống thông luật mà điển hình là Mỹ, thủ tục tranh tụng cũng được áp dụng trong tố tụng hành chính, nghĩa vụ chứng minh do người đi kiện gánh vác như trong tố tụng dân sự.

## **1.2. Nghĩa vụ chứng minh hình thức (burden of production)**

Đây là nghĩa vụ xuất trình chứng cứ (*burden of evidence production* hoặc *burden of production*) và chỉ là một phần của nghĩa vụ chứng minh. Đây là nghĩa vụ chung của các bên đương sự, khi tham gia tố tụng phải có nghĩa vụ cung cấp chứng cứ cho tòa án để làm cơ sở cho khẳng định hay bác bỏ một vấn đề. Những *vấn đề* này có thể liên quan đến yêu cầu hay cáo buộc chính, chẳng hạn con nợ có thể nại ra rằng tổng số nợ không như cáo buộc của nguyên đơn bằng cách đưa ra các chứng từ thanh toán, hoặc liên quan đến một chứng cứ như trong trường hợp một bên đề xuất giám định một chứng cứ. Về bản chất, nghĩa vụ xuất trình chứng cứ là một bảo đảm cung cấp công cụ cho nghĩa vụ chứng minh nội dung. Khác với nghĩa vụ chứng minh nội dung là nhằm vào sự thật vụ án và chỉ ràng buộc với bên đi kiện, nghĩa vụ xuất trình chứng cứ nhằm đến các công cụ pháp lý để phục vụ nghĩa vụ chứng minh nội dung và nó có thể chuyển dịch giữa các bên trong quá trình tố tụng. Việc giải phóng nghĩa vụ chứng minh nội dung chỉ diễn ra khi bên cáo buộc thuyết phục được tòa án, cơ quan giải quyết tranh chấp rằng việc chứng minh đã đáp ứng được các tiêu chí luật định và cáo buộc được thừa nhận là có thật. Trong khi đó, bằng việc xuất trình các chứng cứ theo yêu cầu của tòa án, các bên được giải phóng khỏi nghĩa vụ xuất trình chứng cứ.

1 Mojtaba Kazazi "Burden of proof and related issues: a study on evidence before international tribunals", Kluwer Law International, Den Haag, Holand 1996, trang 54.

Có thể thấy là, bên có nghĩa vụ chứng minh nội dung sẽ đương nhiên phải có nghĩa vụ xuất trình chứng cứ. Tuy vậy, phía bên kia không hề có nghĩa vụ chứng minh nội dung, anh ta vẫn có nghĩa vụ xuất trình chứng cứ. Trong một vụ kiện, khi một bên đã xuất trình đủ các chứng cứ cần thiết cho các cáo buộc của mình (còn gọi là chứng cứ cáo buộc, chứng cứ chính hay chứng cứ thuyết phục - *persuasive evidence, Hauptbeweis*), thì bên kia sẽ được đặt trong trạng thái phải chống đỡ. Một khi bên bị bác bỏ cáo buộc của bên nguyên, anh ta phải đưa ra các chứng cứ để bác bỏ nó - tức là nghĩa vụ xuất trình chứng cứ bảo vệ (hoặc chứng cứ bác bỏ - *rebuttal, Gegenbeweis*) đã được chuyển sang bên bị. Nếu anh ta không đưa ra được chứng cứ cần thiết, các chứng cứ do bên kia đưa ra sẽ được thừa nhận là xác thực (hay hiển nhiên đúng *prima facie*) cáo buộc của họ sẽ được chấp nhận. Điều này xuất phát từ nguyên tắc “một giả thuyết được coi là chân thực cho tới khi nó bị chứng minh là sai”<sup>2</sup>. Những hoài nghi có tính chất cá nhân của bên bị không thể coi là một sự phản chứng nếu anh ta không đưa ra được chứng cứ.

Theo thông lệ, bên nguyên chứng minh trước, sau khi hoàn tất việc chứng minh, nghĩa vụ chứng minh cho bên bị. Đến lượt mình, nếu bên bị lại phản bác và đã chứng minh cho những phản bác, nghĩa vụ xuất trình chứng cứ lại được chuyển lại cho nguyên đơn để anh ta thực hiện việc bảo vệ cho mình. Chứng minh tại tòa án là một quá trình gồm hàng loạt các việc “chuyển” như vậy cho đến khi không bên nào còn có thể bác bỏ hay đề xuất gì thêm. Quy trình “chuyển” này tương tự như thủ tục tranh luận tại phiên tòa trong tố tụng dân sự Việt Nam. Kết thúc việc “chuyển” đó, tòa án sẽ ra phán quyết về vụ án.

Chuyển nghĩa vụ chứng minh (*shift the burden of proof*) theo nghĩa như trên chỉ là chuyển nghĩa vụ xuất trình chứng cứ. Nó hoàn toàn khác với việc “đảo nghĩa vụ chứng minh” (*reverse the burden of proof*) đang được dùng phổ biến trong các quy định về trách nhiệm pháp lý liên quan đến sở hữu trí tuệ, thiệt hại môi trường, trách nhiệm sản phẩm và bảo vệ người tiêu dùng.

### 1.3. Đối tượng chứng minh và việc xác định sự thật vụ án

Từ thời La Mã, câu châm ngôn “hãy cho tôi sự thật rồi tôi - tòa án, sẽ cho anh công lý” đã được hình thành<sup>3</sup>. Điều đó hoàn toàn không có ý nghĩa là các đương sự phải *xác minh hay tìm ra* sự thật vụ án mà chỉ là *chứng tỏ* những gì mình phản nản hay cáo buộc là *có thật*. Bởi vậy, bản chất của hoạt động của các đương sự không phải là việc xác định sự thật mà việc *thuyết phục một sự tin cậy* của quan tòa đối với các đòi hỏi, cáo buộc của mình bằng các chứng cứ, những lập luận kèm theo. Đối tượng của chứng minh, vì thế là những giả thuyết mà tự họ đặt ra trong đơn kiện hoặc yêu cầu phản tố.

Để chứng minh một giả thuyết trong hoạt động áp dụng pháp luật, người ta thường phải chứng minh các nội dung cụ thể sau:

- Chủ thể cáo buộc là người có quyền;
- Chủ thể cáo buộc bị thiệt hại hoặc tranh chấp về quyền;
- Chủ thể bị cáo buộc đã thực hiện hành vi trái luật;
- Tồn tại mối quan hệ nhân quả giữa hành vi của chủ thể bị cáo buộc với thiệt hại của chủ thể cáo buộc. Nói cách khác, thiệt hại của nguyên cáo là do bên bị gây ra.

Nhìn chung, bên nguyên sẽ phải chứng minh tất cả các nội dung trên để khẳng định

2 Clair A. Cripe, Michael G. Pearlman: *Legal aspects of corrections management*, Jones & Bartlett Publishers, 2004, trang 507.

3 Harald Koch and Frank Diedrich: “Civil Procedure in Germany”, Kluwer/C.H. Beck, Den Haag and München 1998, trang 25.

mình *thực sự* bị vi phạm và gây thiệt hại do hành vi của phía bên kia. Tùy từng trường hợp và ở tùy từng nước, nghĩa vụ chứng minh này có thể sẽ được giảm nhẹ hoặc đảo ngược như là những ngoại lệ của nghĩa vụ chứng minh (chúng tôi sẽ trình bày trong phần sau).

Khác với các bên trong vụ án, tòa án là chủ thể trung lập, họ nhận định sự việc và đưa ra phán quyết cuối cùng về vụ án. Những đòi hỏi của pháp chế buộc tòa án phải có trách nhiệm đưa ra bản án phù hợp với thực tế khách quan và đúng pháp luật. Để bản án của mình phù hợp với thực tế khách quan, tòa án luôn bị đặt lên vai một nghĩa vụ là *xác định sự thật* hay theo cách gọi của khoản 1, Điều 197 Bộ luật Tố tụng dân sự Việt Nam 2004 là “xác định các tình tiết của vụ án”. Tuy thế, cách thức xác định sự thật của tòa án như thế nào lại phát sinh nhiều quan điểm khác nhau mà lịch sử đã chứng kiến sự tồn tại của hai trường phái chính: Tố tụng tranh tụng và Tố tụng thẩm vấn (hay xét hỏi).

Những nước theo truyền thống thông luật thì cho rằng, sự nhận định của tòa án chỉ thuần túy dựa trên những gì mà đương sự, người truy tố chứng minh. Tòa án là một cơ quan thuần túy phân xử và độc lập với các bên cũng như những ràng buộc chính trị, do đó, tòa án sẽ nhận định và phán quyết cho bên nào chứng minh có lý hơn, đầy đủ hơn. Tòa sẽ xác định sự thật vụ án trên cơ sở của kết quả chứng minh. Đây là hệ thống tố tụng tranh tụng (*Adversarial system*).

Những nước theo truyền thống dân luật thì lại cho rằng, ngoài tư cách là một cơ quan độc lập, tòa vẫn còn nhiệm vụ bảo vệ trật tự

pháp luật chung. Và do đó, khi các bên trong vụ kiện tuy đã chứng minh cho các yêu cầu kiện cáo của mình, tòa vẫn còn nguyên vẹn nghĩa vụ xác minh sự thật khách quan. Theo đó, tòa án sẽ phải điều tra, làm rõ những tình tiết của vụ án trước khi đưa ra phán quyết, những kết quả chứng minh của đương sự chỉ có ý nghĩa tham khảo. Đây là hệ thống tố tụng thẩm vấn (*Inquisitorial system*).

Mỗi một hệ thống đều có những ưu điểm và nhược điểm cố hữu của nó. Hơn nữa, cũng đã khá lâu, trên thế giới người ta không còn so sánh hệ thống tố tụng nào ưu việt hơn trong việc bảo vệ quyền của dân chúng cũng như bảo vệ trật tự pháp luật. Vấn đề đặt ra đối với giới học giả cũng như những người làm luật là tìm những ưu điểm của mỗi hệ thống tố tụng để kết hợp lại trong luật tố tụng của quốc gia mình. Hiện tại, đã có sự giao thoa của cả hai hệ thống tố tụng. Các đương sự, người đi kiện có bổn phận cung cấp chứng cứ và chứng minh cho yêu cầu, khẳng định hay những phản bác của mình, nguyên tắc tranh tụng được coi là chủ đạo trong tố tụng. Bên cạnh đó, nguyên tắc thẩm vấn cũng vẫn còn được áp dụng ở mức độ hạn chế<sup>4</sup>. Người ta đã tìm thấy trong tố tụng của các nước theo hệ thống luật có nhiều hơn các quy định về chứng cứ viết, các tài liệu giám định. Tòa án common law cũng đã tiến hành lấy lời khai nhân chứng mà không cần đến một đề nghị nào của các bên khi có mâu thuẫn hoặc tòa nhận định thấy chưa thể đủ căn cứ để phán quyết<sup>5</sup>. Vài thay đổi theo hướng đó cũng đã xuất hiện trong tố tụng của các nước theo hệ dân luật, không còn thấy hình ảnh của các quan tòa lắng lời mà thay

4 Tuy vậy, Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2004 của Việt Nam không phải là hạn chế mà là phủ định hoàn toàn hành vi này. Tòa án thu thập chứng cứ chỉ được thực hiện khi có yêu cầu của đương sự và đó được coi là một sự cực đoan trong việc áp dụng chế độ tranh tụng trong tố tụng dân sự ở Việt Nam. Xem thêm: Ngô Vĩnh Bạch Dương, “Chứng minh và chứng cứ trong giải quyết các tranh chấp kinh doanh, thương mại tại Tòa án”, Tài liệu hội thảo: “Sửa đổi Bộ luật Tố tụng dân sự từ phương diện giải quyết tranh chấp trong kinh doanh”, Viện Nhà nước và Pháp luật – Viện KAS CHLB Đức, Vũng Tàu, tháng 10/2009.

5 Ví dụ: Án văn vụ Hợp chúng quốc Hoa Kỳ truy tố Kevin Scott, No. 07-6111, Tòa Phúc thẩm liên bang, vòng 10, ngày 24/6/2008. Có thể đọc miễn phí (từ khóa “United States v. Scott”) tại thư viện LexisNexis.

vào đó là sự tranh luận miệng của các bên. Tự định đoạt và tranh tụng đã là một trong những nguyên tắc tố tụng cơ bản của người châu Âu lục địa và những câu chuyện liên quan đến nghĩa vụ điều tra của tòa án chỉ dành cho những vụ án đặc biệt như bảo vệ quyền trẻ em<sup>6</sup>. Ngoài ra, việc điều tra bổ sung của tòa án đã chỉ còn là những ngoại lệ được áp dụng với những điều kiện chặt chẽ<sup>7</sup>.

Thực tế, việc phân định nghĩa vụ chứng minh giữa đương sự và tòa án không là một nội dung của một lý thuyết nào về nghĩa vụ chứng minh đã tồn tại trên thế giới. Người ta chỉ đặt vấn đề nghĩa vụ xác định sự thật vụ án giữa tòa án với đương sự. Tòa án không có nghĩa vụ chứng minh mà chỉ có nghĩa vụ xác định sự thật vụ án và ra phán quyết<sup>8</sup>. Ở đâu đó, trong những trường hợp nhất định, tòa án thực hiện việc thu thập chứng cứ nhằm làm rõ hơn sự thật trong nhận định của họ thì cũng không phải là hành vi chứng minh, đó chỉ được coi là *ngoại lệ* của nghĩa vụ xuất trình chứng cứ - một phần của nghĩa vụ chứng minh. Ngoại lệ này nhằm giúp đỡ đương sự gặp bất lợi trong việc tiếp cận các nguồn chứng cứ và hình thành nên hoạt động điều tra của cơ quan giải quyết khiếu nại, kiện cáo.

### 1.4. Đảo nghĩa vụ chứng minh

Đảo nghĩa vụ chứng minh (*Beweislastumkehr*<sup>9</sup> hay *reverse the burden of proof*) là một nguyên tắc lần đầu tiên được nhắc đến trong Điều 139, Luật Sáng chế của Đức năm

1891. Nguyên tắc này sau đó cũng được quy định trong Luật Sáng chế của các nước Ý, Tây Ban Nha và Bỉ. Gần đây nhất, nó được quy định trong một văn kiện rất quan trọng của WTO là tại Điều 34 Hiệp định TRIPS<sup>10</sup>. Đây không phải là việc chuyển nghĩa vụ chứng minh hình thức (hay nghĩa vụ xuất trình chứng cứ - *burden of evidence production*) trong một phiên tranh tụng mà là sự *giảm bớt* nghĩa vụ nội dung (*burden of persuasion*) cho nguyên đơn. Theo đó, trong thủ tục tố tụng dân sự, nếu đối tượng sáng chế là quy trình sản xuất một loại sản phẩm, cơ quan xét xử có quyền bắt buộc bị đơn chứng minh cho việc không gây thiệt hại và không vi phạm của mình, tức là quy trình sản xuất ra sản phẩm đó của mình khác với (không phải là) quy trình đã được cấp sáng chế.

Lý giải cho việc áp dụng nguyên tắc này trong luật sở hữu trí tuệ có nhiều cách khác nhau. Tuy nhiên, nhiều quan điểm cho rằng đó là kết quả của sự *phân tích chi phí - lợi ích trong đánh giá tác động quy phạm*<sup>11</sup>, một dạng của phương pháp phân tích kinh tế - luật. Theo đó, khi nguyên đơn *có quá ít cơ hội để chứng minh do những trở ngại được coi là do chính bị đơn tạo ra*, chẳng hạn không thể biết được bị đơn đã sản xuất và bán các sản phẩm vi phạm sáng chế cho bao nhiêu người và thu được bao nhiêu tiền là việc quá sức của nguyên đơn. Đảo nghĩa vụ chứng minh sẽ là một sự bù đắp cho sự thiệt thòi về vị thế chứng minh cho nguyên đơn

6 Ví dụ: Điều 616 trước tháng 9/2009 trong Bộ luật Tố tụng dân sự Đức, nay là Điều 26 Luật thủ tục giải quyết các việc gia đình CHLB Đức 2009.

7 Ví dụ: Các điều 142, 143, 144, 273 II Nr. 1 và 2, 448 Bộ luật Tố tụng dân sự Đức.

8 Đáng lưu ý là trong các sách báo pháp lý ở Việt Nam hiện nay, tuy không ai khẳng định một cách rõ ràng rằng tòa án có nghĩa vụ chứng minh nhưng lại có không ít người coi tòa án là một "chủ thể chứng minh". Xem thêm: Đại học Luật Hà Nội: Giáo trình luật tố tụng dân sự Việt Nam, Nxb. Tư pháp, Hà Nội, 2007, tr.145.

9 Thật ra thì *Beweislastumkehr* vẫn đang được nhiều người sử dụng như là một khái niệm rộng, nó bao gồm cả đảo và chuyển (*shift & reverse*) nghĩa vụ chứng minh. Xem thêm Othmar Jauernig: *Zivilprozessrecht Juristischer Kurz Lehrbücher*, 26. Auflage. Verlag C.H.Beck, München 2000, trang 202, 203.

10 UNCTAD-ICTSD: *Resource Book on TRIPS and Development*, Cambridge University Press, 2005, trang 497.

11 *Benefit - Cost Analysis (BCA)* - một phương pháp tiếp cận của việc đánh giá tác động quy phạm (RIA). BCA được xác định là bắt đầu sử dụng rộng rãi trong thời của tổng thống Ronald Reagan, đầu những năm 1980 ở Mỹ.

và bảo đảm giảm thiểu chi phí tố tụng<sup>12</sup>. Hơn nữa, nếu bị đơn chỉ ra được mình không có trách nhiệm gì thì nghĩa vụ trang trải chi phí tố tụng (án phí, chi phí giám định...) vẫn sẽ được xác định cho bên thua kiện - tức là bên nguyên.

Về sau, Tòa án tối cao Liên bang Đức (BGH) đã phát triển thành một nguyên tắc tố tụng, nguyên đơn có thể được giảm bớt nghĩa vụ chứng minh và được đảo ngược nó trong những trường hợp nhất định. Những trường hợp này được xác định là nếu như bị đơn đã đặt nguyên đơn vào một vị thế không thể chứng minh mối quan hệ nhân quả giữa thiệt hại của mình với hành vi của bị đơn, ví dụ như bệnh nhân thì có quá ít kiến thức để chứng minh thiệt hại của mình do sự vi phạm liệu trình của bác sĩ gây ra. Khi đó, nguyên đơn cần được coi như đã thực hiện xong nghĩa vụ chứng minh của mình, và phần nghĩa vụ chứng minh cho nguyên nhân gây thiệt hại được ấn định cho bị đơn<sup>13</sup>. Tuy nhiên, nguyên tắc này cũng không được áp dụng cho tất cả các trường hợp kiện tụng về trách nhiệm dân sự, chỉ trong một số trường hợp kiện ngoài hợp đồng đối với bên bị là người vi phạm nghĩa vụ nghề nghiệp<sup>14</sup>, đặc biệt là trách nhiệm chăm sóc sức khỏe bệnh nhân của bác sĩ, hay trách nhiệm sản phẩm<sup>15</sup>.

Như vậy, tuy người Đức đã đặt ra ngoại lệ của nghĩa vụ chứng minh với những lý giải hết sức thỏa đáng, song họ luôn thận trọng trước những lạm dụng ngoại lệ này. Ngay cả trong những trường hợp ngoại lệ, người bị thiệt hại vẫn cứ phải chứng minh cho cái thiệt hại xảy ra và chỉ ra được những bất cần

hoặc cố ý vi phạm của bị đơn. Bởi vậy cái gọi là *đảo* ở đây chỉ mang ý nghĩa tương đối và cũng lại rất thận trọng. Tòa án tối cao Liên bang Đức gọi đây là nguyên tắc “Giảm nhẹ tới mức đảo nghĩa vụ chứng minh” (*Beweiserleichterung bis zum Beweislastumkehr*). Hiện nay, vấn đề đảo nghĩa vụ chứng minh được xác định chặt chẽ hơn trong các quy định về trái vụ của Bộ luật Dân sự Đức, Luật Trách nhiệm sản phẩm, Luật Trách nhiệm hành nghề bác sĩ. Đáng lưu ý, nghĩa vụ chứng minh của bị đơn trong trường hợp này vẫn là nghĩa vụ nội dung, chứng cứ họ đưa ra vẫn là chứng cứ chính (*Hauptbeweis*) giống như nguyên đơn khi đi kiện chứ không phải là chứng cứ bác bỏ (*Gegenbeweis*).

Cho tới nay, sau khi lý thuyết về trách nhiệm sản phẩm, trách nhiệm tuyệt đối đã ra đời, đảo nghĩa vụ chứng minh đã dần dần được thừa nhận trong tố tụng dân sự của nhiều nước mặc dù đôi khi nó vẫn được dịch chung tên gọi với việc “chuyển nghĩa vụ chứng minh” với những chú giải riêng biệt nhằm phân biệt với việc “chuyển” theo nghĩa truyền thống<sup>16</sup>.

## 2. Các cấp độ chứng minh

Như trên đã trình bày, các chủ thể chứng minh trong quá trình áp dụng pháp luật sẽ xoay quanh các giả thuyết về một sự thật đã xảy ra trong quá khứ. Một đối tượng được đánh giá là đúng, là khách quan ở thời điểm này cũng có thể là sai lầm ở một thời điểm khác khi xuất hiện những tình huống, điều kiện mới. Quan niệm về cái “thật” với tính cách là một thực tại khách quan sẽ bị thách thức bởi những trường hợp người ta phát

12 Thomas R. Lee: *Pleading and proof: The economics of legal burdens*, Brigham Young University law Review, Vol 1997, trang 21.

13 W. van Gerven, P. Larouche, J. Lever, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law*, Oxford, Hart Publishing, 2000, trang 428/14.

14 BGH 13.03.1962 - VI ZR 142/61: *Giải thích pháp luật “Nghĩa vụ chứng minh trong trường hợp gây thiệt hại do vi phạm trách nhiệm nghề nghiệp”* ( *Beweislast bei Verletzung von Berufspflichten*).

15 Othmar Jauernig: *Zivilprozessrecht*, Sđd, trang 203.

16 Ví dụ: W. van Gerven, P. Larouche, J. Lever, *Sđd*, trang 428/24.

hiện có những chứng cứ phủ định những phép chứng minh đã hoàn tất. Chúng tôi cho rằng, cái thật ở đây là sự đúng đắn trong nhận thức với những điều kiện xác định và được kiểm tra bằng các luật logic. Một khi *không thể chứng minh một đối tượng là không thật, thì nó phải là thật*. Do đó, cái “sự thật” của các cáo buộc là cái “thật trong tư duy” chứ không phải là cái thật của thực tại khách quan.

Phép chứng minh sẽ hoàn tất chỉ đến khi người ta thuyết phục được cơ quan áp dụng pháp luật tin tưởng rằng giả thuyết đó là đúng. Chủ thể chứng minh sẽ thuyết phục bằng những bằng chứng cụ thể, những lập luận phù hợp với các quy luật logic được thừa nhận chung và những viện dẫn các quy định của pháp luật một cách rõ ràng. Thông thường, nghĩa vụ chứng minh có các cấp độ sau đây:

### ***Không còn nghi ngờ hợp lý (beyond reasonable doubt)***

Đây được xem là cấp độ cao nhất của chứng minh và được áp dụng trong những trường hợp kết quả chứng minh có ảnh hưởng đến sinh mạng, thân phận chính trị, tự do của con người như tố tụng hình sự. Một lẽ hiển nhiên là bất kỳ nhà làm luật nào cũng đều mong muốn khi kết tội một người, anh ta *chắc chắn đã thực hiện một tội phạm*. Thế nhưng xét về tổng thể, đây lại là điều không tưởng và không cần thiết bởi sự thật trong chứng minh chỉ là sự thật trong nhận thức như đã trình bày ở trên. Như vậy, một khi không thể đặt một giả thuyết (hay nghi ngờ) logic nào khác ngoài việc cho rằng bị cáo đã thực hiện một tội phạm thì có nghĩa là trong

giới hạn nhận thức của con người, anh ta đã phạm tội. Nghĩa vụ chứng minh anh ta có tội của công tố đã hoàn tất. Trong chừng mực vẫn có thể đặt ra được những khả năng hợp lý khác ngoài việc phạm tội của bị cáo, về nguyên tắc, tòa phải tuyên anh ta không có tội. Nếu nguyên tắc không ai có thể bị coi là có tội nếu chưa có phán quyết chính thức có hiệu lực của tòa án về việc phạm tội của anh ta được gọi là nguyên tắc “suy đoán vô tội” thì việc tòa án nhận định không tồn tại một nghi ngờ hợp lý về việc có tội của anh ta có thể được coi là nguyên tắc “suy đoán có tội” trong luật hình sự các nước áp dụng hệ thống tranh tụng có từ thời trung cổ<sup>17</sup>.

### ***Chứng cứ rõ ràng và thuyết phục (clear and convincing evidence)***

Đây là cấp độ thấp hơn của việc không còn nghi ngờ hợp lý. Các chứng cứ và lập luận đưa ra có thể sắp xếp thành những suy luận có tính logic về sự thật vụ án. Tuy nhiên, *chứng cứ rõ ràng và thuyết phục* không loại trừ khả năng vẫn còn có thể đặt ra một giả thuyết khác với giả thuyết mà chủ thể có nghĩa vụ chứng minh đã đưa ra. Cấp độ chứng minh này được sử dụng phổ biến trên thế giới, kể cả trong tố tụng hình sự, đặc biệt là các nước theo truyền thống luật dân sự. Chẳng hạn ở Đức, tòa án sẽ quyết định một cách độc lập về kết quả chứng minh trên cơ sở những tranh luận cụ thể tại phiên tòa<sup>18</sup>. Người Pháp cũng có quy định tương tự tại Điều 304 trong Bộ luật Tố tụng hình sự<sup>19</sup>. Đây cũng là cấp độ chứng minh được thể hiện trong luật tố tụng ở Việt Nam, căn cứ vào các chứng cứ thu thập được trong hồ sơ và kết quả tranh tụng, tòa án nhận định về vụ án và ra phán quyết.

17 James Q. Whitman: *The origins of reasonable doubt: theological roots of the criminal trial*, Yale University Press, 2008, trang 202.

18 Điều 261 Bộ luật tố tụng hình sự CHLB Đức (StPO).

19 Dẫn theo Richard W. Wright: *Proving Facts: Belief versus Probability*, in *European Tort Law 2008*, at 79-105 (H. Koziol & B.C. Steininger eds., Springer 2009), trang 84.

***Cân đối khả năng hay xử thắng cho bên chiếm lợi thế về chứng cứ (preponderance of evidence, balance of probability)***

Đây là mức thấp nhất của nghĩa vụ chứng minh. Thông thường, khi kết thúc tranh tụng, tòa sẽ xử cho bên có chứng cứ mạnh hơn bất luận sự thật như thế nào. Nó thường được áp dụng trong các vụ việc về gia đình, chẳng hạn trong vụ tranh chấp quyền nuôi con, bên nào chứng minh mình có điều kiện tốt hơn bên kia trong việc chăm sóc đứa trẻ sẽ giành chiến thắng, kể cả trong trường hợp người thắng kiện có điều kiện cũng rất thiếu thốn về vật chất, dù là tốt hơn bên kia. Trong những vụ kiện như thế này, người có nghĩa vụ chứng minh được giải phóng khỏi nghĩa vụ khi chứng minh được lợi thế của mình.

**3. Khả năng vận dụng trong pháp luật về nghĩa vụ chứng minh ở Việt Nam**

***3.1. Việc vận dụng chế độ tranh tụng trong tố tụng hành chính và giải quyết khiếu nại***

Pháp luật Việt Nam thuộc hệ thống pháp luật xã hội chủ nghĩa, dù còn có thể có những tranh cãi nhưng nó rất gần gũi với truyền thống luật dân sự. Tuy nhiên, trong thủ tục hành chính và tố tụng hành chính, nghĩa vụ chứng minh của người khiếu nại, người khởi kiện vụ án hành chính lại được quy định tương đối triệt để. Theo Luật Khiếu nại năm 2011 thì người khiếu nại có nghĩa vụ “trình bày trung thực sự việc, đưa ra chứng cứ về tính đúng đắn, hợp lý của việc khiếu nại; cung cấp thông tin, tài liệu liên quan cho người giải quyết khiếu nại; chịu trách nhiệm trước pháp luật về nội dung trình bày và việc cung cấp thông tin, tài liệu đó”<sup>20</sup>. Luật Tố tụng hành chính năm 2010 cũng quy định: “Kèm theo đơn khởi kiện phải có các tài liệu chứng minh cho yêu cầu của người khởi kiện

là có căn cứ và hợp pháp” (khoản 2 Điều 105). Đây là những tranh chấp phát sinh không từ quan hệ bình đẳng về địa vị pháp lý giữa người khiếu nại với người, tổ chức bị khiếu nại, mà phát sinh từ mối quan hệ giữa một bên là công dân, một bên là cơ quan hành chính nhà nước. Từ góc độ quyền lực chính trị, khiếu nại hành chính phát sinh trong mối quan hệ giữa người thực thi quyền hành nhà nước và người dân. Chủ thể khiếu nại - là những người dân; Chủ thể bị khiếu nại - là công chức, cơ quan nhà nước ban hành quyết định hành chính, hoặc có hành vi hành chính bị xem là xâm hại quyền và lợi ích của người dân.

Trong mối quan hệ bất tương xứng này, chủ thể bị khiếu nại có nhiều lợi thế hơn so với chủ thể đi khiếu nại. Người, cơ quan bị khiếu nại - có quyền lực nhà nước, có hiểu biết pháp luật, nắm giữ mọi thông tin, tài liệu thuộc lĩnh vực phát sinh tranh chấp, có kinh phí để giải quyết, xử lý khiếu nại, được trả lương để xử lý, giải quyết khiếu nại. Trong khi đó, người dân thường không có điều kiện thuận lợi như công chức, cơ quan nhà nước. Thực hiện quyền khiếu nại khi quyền và lợi ích bị xâm phạm, người dân, nhất là những người nông dân vùng sâu, vùng xa, người nghèo, người có hoàn cảnh đặc biệt khó khăn, gặp rất nhiều khó khăn, hạn chế: yếu thế trong so sánh quyền lực; thiếu hiểu biết về pháp luật; khó khăn trong việc tiếp cận thông tin về chính sách, pháp luật trong lĩnh vực khiếu nại; hầu như không được trợ giúp pháp luật.

Luật Tố tụng hành chính năm 2010 có quy định về việc điều tra, thu thập chứng cứ của toà án được áp dụng khi đương sự “có yêu cầu hoặc xét thấy cần thiết”<sup>21</sup>. Ở đây, chúng ta thấy việc *xét thấy cần thiết* đã thể hiện quyền chủ động của thẩm phán khi cho rằng việc ra kết luận về vụ án cần thêm

20 Điểm b, khoản 2 Điều 12 Luật Khiếu nại năm 2011.

21 Khoản 2 Điều 78 Luật Tố tụng hành chính năm 2010.

những tài liệu, chứng cứ ngoài những gì mà các bên cung cấp. Nó cũng khẳng định việc xác minh sự thật theo chức năng (*examination ex officio* - tức là đương nhiên phải xác minh bởi anh là người phán xử). Tuy thế, quy định này cũng cần thiết được làm rõ thêm nhằm tránh lạm dụng, vụ thì điều tra thêm, vụ khác thì lại không như vậy. Nó có thể dẫn đến tình trạng phân biệt đối xử, gây bất bình đẳng hoặc tùy tiện, vô pháp chế.

Thông thường các nước theo truyền thống luật dân sự, mặc dù nguyên tắc tranh tụng vẫn là chủ đạo, nhưng đồng thời, họ áp dụng nguyên tắc điều tra sự thật của các cơ quan nhà nước và tòa án. Những cáo buộc của nguyên đơn chỉ làm phát sinh thủ tục và có ý nghĩa tham khảo. Họ chỉ có nghĩa vụ chứng minh rằng mình bị thiệt hại, bị xâm phạm còn quyết định hành chính, hành vi hành chính có quan hệ nhân quả với thiệt hại hay không lại thuộc trách nhiệm xác minh của cơ quan giải quyết<sup>22</sup>. Theo chúng tôi, đây là những điểm mà pháp luật hành chính cần quan tâm để một mặt hạn chế được việc lạm dụng quyền khiếu nại tràn lan nhưng cũng đồng thời hỗ trợ những người bất lợi trong việc tiếp cận các nguồn chứng cứ có cơ hội bảo vệ quyền của mình. Nên chăng, cần quy định cho cơ quan, người có quyết định hành chính bị kiện, khiếu nại có nghĩa vụ chứng minh các quyết định, hành vi hành chính của mình là không trái luật và không gây ra thiệt hại cho người khiếu nại, khởi kiện. Người khiếu nại, khởi kiện chỉ phải chứng minh mình có quyền khởi kiện hoặc bị thiệt hại bởi quyết định, hành vi hành chính đó.

### 3.2. Việc vận dụng chế độ tranh tụng trong tố tụng dân sự

Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2004 đã chấm dứt hoạt động điều tra của tòa án và thể

hiện ý chí quyết tâm chuyển đổi sang hình thức tố tụng tranh tụng. Các nội dung liên quan đến bảo vệ lợi ích chung, bảo vệ trẻ em, người mắc các bệnh tâm thần được chuyển hoàn toàn cho những người khởi kiện. Trong điều kiện hiện nay, chúng tôi cho rằng chưa nên bỏ thẩm quyền điều tra của tòa án đối với những loại việc này khi các hoạt động của các hội, đoàn còn mang tính chất hình thức.

Theo pháp luật tố tụng dân sự hiện hành, tòa án xét xử theo phương châm “chứng cứ tới đâu, xét xử tới đó”, bất luận là những chứng cứ ấy có đầy đủ hay không. Về nguyên tắc, không thể tự mình thu thập chứng cứ mà chỉ có thể áp dụng các biện pháp thu thập chứng cứ được quy định tại Điều 94 Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2004 nếu đương sự đã áp dụng tất cả các biện pháp cần thiết để thu thập chứng cứ nhưng không hiệu quả và *có yêu cầu* tòa án can thiệp. Về nội dung này, trường hợp duy nhất tòa án có quyền chủ động là tiên hành đối chất giữa các đương sự khi có những mâu thuẫn giữa các lời khai<sup>23</sup>. Pháp luật các nước theo hệ thống tranh tụng đều có quy định rõ ràng về việc xác minh theo chức năng, theo đó, khi các đương sự tranh tụng xong nhưng xét thấy không thể ra phán quyết, thẩm phán có quyền lấy lời khai các bên liên quan hoặc người làm chứng nhằm làm rõ sự thật vụ án<sup>24</sup>. Luật tố tụng dân sự hiện hành của Việt Nam chưa quy định rõ vấn đề xác minh theo chức năng. Xác minh theo chức năng của tòa được áp dụng đối với những trường hợp các đương sự đã áp dụng tất cả các biện pháp nhưng những chứng cứ vẫn không đủ để ra phán quyết, tòa án có thể chủ động thực hiện một số biện pháp thu thập chứng cứ như lấy lời khai, tổ chức đối chất hoặc thẩm định thực tế *không phụ thuộc vào yêu cầu* của

22 Wolfgang Rusch: *Administrative procedures in EU member states, tư liệu OECD, Conference on Public Administration Reform and European Integration Budva, Montenegro, March 2009, trang 6.*

23 Điều 88, Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2004.

24 Xem thêm Điều 448 Bộ luật Tố tụng dân sự Đức.



đương sự. Đây sẽ là một quy định ngoại lệ của nghĩa vụ chứng minh nhưng cần thiết để bảo vệ trật tự pháp luật và lợi ích công. Tuy nhiên, ngoại lệ thì luôn cần ràng buộc các điều kiện để tránh lạm dụng, chỉ nên áp dụng đối với những trường hợp cụ thể.

Cũng cần lưu ý là, phương châm chứng cứ đến đâu xét xử đến đó là một biểu hiện cấp độ chứng minh rất thấp như đã nêu trên, tức là người nào có lợi thế về chứng cứ sẽ thắng kiện, bất luận sự thật vụ án như thế nào. Ngay các nước theo hệ thống tranh tụng triệt để cũng không sử dụng cấp độ này một cách rộng rãi trong xét xử dân sự. Trên thực tế cũng có tòa án tiến hành kiểm tra chứng cứ, nhưng theo luật thực định thì điều này không được quy định. Thông thường những chứng cứ được tòa án kiểm tra là những kết quả đo đạc liên quan đến bất động sản. Đa số các tòa án đều tiến hành thẩm định tại chỗ đối với các tranh chấp loại này do đây là loại việc thường có sự không chính xác về đo đạc, cá biệt có trường hợp không thể thi hành vì diện tích thực tế không trùng với phán quyết của tòa. Đây không phải là hiện tượng bảo vệ trật tự pháp luật và xuất phát từ lợi ích công mà thực chất chỉ nhằm hạn chế việc phán quyết của tòa án quá vô lý và bị công luận lên án.

Cũng chính từ phương châm “chứng cứ đến đâu xử đến đó”, các tòa sơ thẩm sau khi bác yêu cầu của đương sự do họ không đủ chứng cứ, thường phải đối mặt với một khả năng là sau khi bản án bị phúc thẩm, bản án sơ thẩm sẽ có thể bị sửa với căn cứ được quy định tại khoản 2 Điều 276 Bộ luật Tố tụng dân sự Việt Nam năm 2004 khi đương sự giao nộp thêm chứng cứ. Đây là điểm mà các thẩm phán thường rất không muốn gặp phải vì nó ảnh hưởng đến các tiêu chuẩn tái bổ nhiệm trong nhiệm kỳ sau. Vì mỗi quan ngại này, nhiều thẩm phán đã chủ động hoặc gợi ý để đương sự yêu cầu tòa án áp dụng các biện pháp thu thập thêm chứng cứ. Theo chúng tôi, tuy nghĩa vụ cung cấp chứng cứ thuộc về đương sự, người yêu cầu nhưng luật cần quy định một số thủ tục hỏi trước khi thụ lý đơn kiện. Bên cạnh việc giải thích cho đương sự biết về quyền và nghĩa vụ tố tụng, tòa án cũng cần thiết giải thích, hướng dẫn cho đương sự về loại, các cách thức thu thập chứng cứ để họ có thể thực hiện tốt việc thu thập và giao nộp chứng cứ. Ngoài ra, Bộ luật Tố tụng dân sự và các đạo luật về tổ chức cần làm rõ hơn trách nhiệm của thẩm phán trong các trường hợp ra bản án sau đó bị hủy hoặc sửa với lý do chứng cứ không được đương sự cung cấp đầy đủ ■

## TRUNG CẦU Ý DÂN ...

(Tiếp theo trang 36)

TCYD không chỉ là nội dung được ghi nhận trong các văn bản pháp luật mà nhiều quốc gia đã tổ chức rất nhiều cuộc TCYD cấp địa phương. Ví dụ, ở *Canada*, theo thống kê, tới nay đã có 43 cuộc trưng cầu ở cấp “tỉnh/bang”; *Italia* có 21 cuộc TCYD cấp địa phương; các vùng miền của nước *Pháp* tổ chức các hoạt động TCYD 16 lần; với mô

hình nhà nước liên bang như *Hoa Kỳ* việc TCYD ở cấp bang của *Hoa Kỳ* diễn ra thường xuyên; *Đức* đã diễn ra 45 lần. TCYD ở địa phương còn diễn ra tại *Nga*, *Đan Mạch*, *Philan Lan*, *Hà Lan*, *Hunggari*, *Ấn Độ*<sup>19</sup>....

Có thể thấy, TCYD ở địa phương là một vấn đề rất quan trọng, đặc biệt là trong bối cảnh hội nhập và phát huy quyền làm chủ của nhân dân thì vấn đề này cần sớm được ghi nhận và cụ thể hóa trong Luật về TCYD đang soạn thảo ■

19 Ban biên tập Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992, Một số vấn đề cơ bản của Hiến pháp các nước trên thế giới, Nxb. Chính trị quốc gia-Sự thật, H., tr. 76.

# TRUNG CẦU Ý DÂN Ở ĐỊA PHƯƠNG - MỘT NỘI DUNG QUAN TRỌNG KHI XÂY DỰNG LUẬT TRUNG CẦU Ý DÂN

THÁI THỊ THU TRANG\*  
ĐẠI CÔNG HIỆP\*\*

Theo Hiến pháp năm 2013 - với những quy định phát huy hơn nữa quyền làm chủ của nhân dân - trưng cầu ý dân (TCYD) không chỉ là một hoạt động thực hiện quyền lực nhà nước do cơ quan quyền lực nhà nước quyết định, mà còn là việc thực hiện một quyền cơ bản của công dân<sup>1</sup>. Việc ban hành Luật TCYD là để đáp ứng các yêu cầu này. Luật TCYD có nhiều nội dung, trong đó, TCYD ở địa phương là một nội dung không thể thiếu.

## 1. Khái niệm trưng cầu ý dân ở địa phương

“TCYD ở địa phương” là một khái niệm phái sinh từ thuật ngữ “TCYD”. Trong các ngôn ngữ thuộc ngữ hệ Latin, “TCYD” (Referendum, Référendum) có nguồn gốc từ động từ “referre”<sup>2</sup> trong tiếng Latin, có nghĩa là “báo cáo, hỏi lời khuyên từ ai đó”<sup>3</sup>.

Ngày nay, TCYD là thuật ngữ pháp lý quan trọng, thường xuyên được sử dụng và khá thống nhất về cách hiểu. Theo Roland Axtmann, TCYD là “một cuộc bỏ phiếu về một vấn đề mà kết quả hay quyết định được đưa ra trực tiếp bởi lá phiếu của nhân dân”<sup>4</sup>.

Theo Markku Suksi, TCYD “có thể được định nghĩa như một cuộc bỏ phiếu bởi nhân dân mà tất cả mọi người đều có quyền bỏ phiếu về vấn đề được đưa ra”<sup>5</sup>.

Như vậy, khái niệm TCYD được hiểu là việc nhân dân thể hiện quan điểm đồng ý hay không đồng ý bằng cách bỏ phiếu tán thành hay không tán thành khi được hỏi về một vấn đề cụ thể.

Về vấn đề phân loại TCYD, Kemal Gözler<sup>6</sup> đưa ra cách thức phân loại sau: dựa theo tính chất của cuộc TCYD có thể chia thành TCYD bắt buộc (Référendum l’obligation, “là loại TCYD được thực hiện một cách đầy

\* ThS. Trường Đại học Luật Hà Nội.

\*\* GV Trường Đại học Luật Hà Nội.

1 Điều 29 Hiến pháp năm 2013: “Công dân đủ mười tám tuổi trở lên có quyền biểu quyết khi Nhà nước tổ chức TCYD”.

2 Theo Markku Suksi, *Bringing in the People: A Comparison of Constitutional Forms and Practices of the Referendum*, Martinus Nijhoff Publishers, Hà Lan, 1993, trang 10. Nguyên văn: “The contemporary meaning of the term “referendum” can be derived from the Latin word “referre”.

3 Chúng tôi tham khảo Từ điển Latin - Pháp của Pierre Dannet, Nxb. Deville, Paris, 1743, trang 929, trong đó, từ “referre” được dịch là “rapporter, demander avis à quelqu’un”, tức là báo cáo, hỏi lời khuyên từ ai đó.

4 Roland Axtmann, *Understanding Democratic Politics: An Introduction*, Sage Publication, London, 2003, trang 55. Nguyên văn: “A referendum is a vote on an issue in which the outcome or decision is reached directly by the people’s vote.”

5 Markku Suksi, *Sđd*, trang 5. Nguyên văn: “The referendum can be defined as a vote by the people in which every voter has the rights to vote on a given issue.”

6 Theo Kemal Gözler, *Le pouvoir de revision constitutionnelle*, Nxb Đại học Septentrion, 1997, trang 133, 134.

đủ theo nghĩa vụ căn cứ vào Hiến pháp”<sup>7</sup>, tức là loại TCYD mà Hiến pháp quy định bắt buộc phải thực hiện trong những trường hợp nhất định) và TCYD không bắt buộc (Référéndum facultatif, “là loại TCYD được khởi xướng bởi nhu cầu của một số cơ quan nhà nước nhất định”)<sup>8</sup>. Trong đó, loại TCYD không bắt buộc lại được chia thành: TCYD khởi xướng bởi người đứng đầu nhà nước (Le référendum à l’initiative du chef de l’Etat), TCYD khởi xướng bởi một số lượng nhất định nghị viên (Le référendum à l’initiative d’un certain nombre des parlementaires), TCYD khởi xướng bởi Hội đồng địa phương (Le référendum à l’initiative des Conseils régionaux) và TCYD khởi xướng toàn dân (Le référendum à l’initiative populaire).

Như vậy, TCYD ở địa phương là một trong những loại hình TCYD. Nó được hiểu một cách đơn giản là *hoạt động TCYD được thực hiện tại địa phương, nhằm xác định ý kiến của nhân dân trong phạm vi địa phương đó về những vấn đề liên quan.*

## **2. Sự cần thiết phải có trung cầu ý dân ở địa phương**

### **2.1. TCYD là hình thức phát huy quyền làm chủ của nhân dân ở địa phương**

Như đã đề cập đến ở trên, nội dung xuyên suốt và mang tính cốt lõi của Hiến pháp năm 2013 chính là phát huy hơn nữa chủ quyền nhân dân, đặc biệt, Hiến pháp chú trọng và đề cao hình thức thực hiện quyền làm chủ trực tiếp của nhân dân (Điều 6 Hiến pháp năm 2013). TCYD nói chung và TCYD ở địa phương nói riêng là một trong những hình thức để nhân dân làm chủ quyền lực nhà nước một cách trực tiếp. Về bản chất, hoạt

động TCYD ở địa phương chính là sự biểu hiện của quyền làm chủ mà người dân trong địa phương được hưởng. Việc trao quyền tự quyết đối với một số vấn đề cho một bộ phận người dân trong cùng quốc gia thực chất không hề biểu hiện tính cục bộ địa phương, mà mặt khác lại hoàn toàn tương thích với nền dân chủ mang tính hệ thống. Như Frank Hendriks đã nhận định, TCYD ở địa phương, “nếu và khi được áp dụng, sẽ vẫn luôn gắn bó một cách kiên quyết với một khuôn khổ dân chủ thống nhất”<sup>9</sup>. Tuy nhiên, để đạt được sự thống nhất đó, cần phải xác định rõ phạm vi của vấn đề được đưa ra TCYD ở địa phương, hoạt động TCYD phải trên cơ sở phù hợp với lợi ích của nhân dân cả nước, không làm phương hại đến nguyên tắc phát triển chung của đất nước.

TCYD ở địa phương cũng luôn gắn liền với nền dân chủ ở địa phương. Báo cáo của Hội đồng châu Âu về TCYD ở địa phương đã khẳng định hoạt động này như một công cụ cho phép người dân tham gia vào quá trình vận hành của nền dân chủ địa phương<sup>10</sup>.

TCYD ở địa phương còn có thể giúp người dân quan tâm hơn tới hoạt động của cơ quan nhà nước vì khi nhân dân được trung cầu ý kiến, họ sẽ theo dõi xem cơ quan nhà nước thực hiện vấn đề đó như thế nào, có làm theo quan điểm của họ hay không...

### **2.2. TCYD ở địa phương sẽ đảm bảo hiệu quả trong vấn đề phân cấp thẩm quyền giữa trung ương và địa phương**

Theo Hiến pháp năm 2013, Chương Hội đồng nhân dân và Ủy ban nhân dân đã được đổi tên thành Chương Chính quyền địa phương (CQĐP) với nhiều quy định thể hiện

7 Kemal Gözler, *Sđd*, trang 133. Nguyên văn “Référéndum l’obligation est celui qui est applicable de plein de droit en vertu de la constitution”.

8 Kemal Gözler, *Sđd*, trang 134. Nguyên văn: “Référéndum facultatif est celui qui est déclenché sur la demande de certains organes de l’Etat”.

9 Frank Hendriks, *Vital Democracy: A Theory of Democracy in Action*, Nxb Đại học Oxford, London, 2010, trang 32. Nguyên văn: “The local referendum, if and when applied, has remained firmly embedded in a consensus democracy framework.”

10 Council of Europe, *Local referendum: Report*, 1993, trang 5. Nguyên văn: “The local referendum as an instrument enabling citizens to participate in the functioning of local democracy.”

sự đổi mới trong tổ chức và hoạt động của cơ quan nhà nước ở địa phương. Trước hết, Hiến pháp năm 2013 đã quy định cấp CQĐP được “tổ chức phù hợp với đặc điểm nông thôn, đô thị, hải đảo, đơn vị hành chính - kinh tế đặc biệt” thay vì quy định chung như các bản Hiến pháp trước; thể hiện sự phân hóa mô hình CQĐP, việc xây dựng CQĐP phụ thuộc vào điều kiện hoàn cảnh của từng địa phương mới phát huy được thế mạnh của các địa phương trong cả nước. Một trong những điểm mới đáng lưu ý là sự phân cấp thẩm quyền trong việc thực hiện quyền lực nhà nước giữa trung ương và địa phương. Điều này được thể hiện thông qua nguyên tắc xây dựng nhiệm vụ, quyền hạn của CQĐP tại khoản 2 Điều 112 Hiến pháp năm 2013: “nhiệm vụ, quyền hạn của CQĐP được xác định trên cơ sở phân định thẩm quyền giữa cơ quan nhà nước ở trung ương và địa phương và của mỗi cấp CQĐP”. Sự “phân định” về thẩm quyền giữa cơ quan nhà nước ở trung ương và địa phương là cơ sở để tạo ra một CQĐP chủ động, linh hoạt hơn trong việc thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn của mình.

Hiện nay, khi nói đến sự chủ động của CQĐP, nhiều người thường đề cập đến vấn đề mô hình CQĐP tự quản. CQĐP tự quản không phải là mô hình mới trên thế giới, nhưng ở Việt Nam, vấn đề này đưa ra còn khá dè dặt, mặc dù Hiến pháp phần nào đã “mở đường”. Tự quản theo nghĩa chung nhất là “tự mình trông coi, quản lý công việc, không cần có ai điều khiển”; là tính độc lập, khả năng quyết định của một tổ chức, cá nhân. Tự quản địa phương là quyền độc lập tương đối của địa phương trong một lĩnh vực nhất định do được Nhà nước trao quyền, theo đó, trong phạm vi hay lĩnh vực nhất định, địa phương tự mình quản lý, giải quyết công việc một cách chủ động và tự chịu trách nhiệm, dưới sự kiểm tra, giám sát của Nhà

nước để đạt được hiệu quả cao nhất<sup>11</sup>... Mô hình tự quản của CQĐP sở dĩ được nhiều quốc gia áp dụng bởi nó có nhiều ưu điểm. Với sự chủ động, độc lập trong một số lĩnh vực, CQĐP sẽ phát huy được thế mạnh và khắc phục những hạn chế còn tồn tại của địa phương. Bởi lẽ, bản thân CQĐP là cơ quan nắm bắt rõ nhất những tiềm năng cũng như hạn chế của địa phương. Chính quyền tự quản ở địa phương còn thúc đẩy cán bộ, công chức ở địa phương có sự sáng tạo trong quản lý, hoạt động một cách tích cực thay vì lệ thuộc quá nhiều vào ý kiến chỉ đạo của cấp trên. Mặt khác, sự chủ động của địa phương nếu đem lại kết quả lớn có thể tham mưu cho trung ương xem xét để có thể ứng dụng cho toàn quốc...

Tuy nhiên, bên cạnh những ưu điểm đáng kể trên thì mô hình tự quản của CQĐP cũng có những hạn chế. Đó là sự kiểm soát của các cơ quan nhà nước ở trung ương sẽ khó khăn hơn khi giao hẳn một phạm vi lĩnh vực nào đó cho CQĐP tự quyết định. Tự quản địa phương còn dễ dẫn đến sự lạm quyền của CQĐP hoặc có thể không mang lại hiệu quả nếu CQĐP không đủ khả năng để phát huy tiềm năng của địa phương. Khi Nhà nước bước đầu xây dựng cơ chế phân cấp cho các cơ quan nhà nước ở địa phương thì xảy ra một số hiện tượng bất cập như tình trạng các địa phương đua nhau xây dựng các công trình đầu tư công như cảng biển, khu kinh tế biển, khu công nghiệp... nhưng lại thiếu sự kiểm duyệt chặt chẽ từ phía CQĐP cũng như sự kiểm soát của trung ương, dẫn đến tình trạng các dự án đầu tư công được phân cấp cho CQĐP chủ động thì việc quyết định đầu tư công có thể tách rời việc bố trí vốn<sup>12</sup>.

Như vậy, nếu giao cho địa phương sự chủ động mà không có cơ chế đi kèm để khắc phục những hạn chế đó thì mô hình này

11 Xem: PGS, TS. Nguyễn Minh Phương, “Thực trạng phân cấp, phân quyền và vấn đề tự quản địa phương tại Việt Nam”, [http://duthaonline.quochoi.vn/DuThao/Lists/DT\\_TAILIEU/Attachments/1188/02-Phanquyen-PhuongNM.pdf](http://duthaonline.quochoi.vn/DuThao/Lists/DT_TAILIEU/Attachments/1188/02-Phanquyen-PhuongNM.pdf)

12 Xem: PGS, TS. Nguyễn Minh Phương, *lđđ*.

sẽ chưa thực sự phát huy được ưu điểm. TCYD ở địa phương là một trong những giải pháp góp phần khắc phục được hạn chế này. Bản thân cơ quan nhà nước ở địa phương khi được chủ động trong một phạm vi lĩnh vực nhất định và cơ quan nhà nước cấp trên không can thiệp thì việc thực hiện quyền này vẫn phải dựa trên lợi ích của nhân dân ở địa phương, nhân dân vẫn là chủ thể có thể giám sát được hoạt động của CQĐP. CQĐP không thể áp dụng một chính sách hay cho phép một dự án quan trọng đầu tư tại địa phương mà chính sách đó hay dự án đó không được sự cho phép của nhân dân địa phương. Chẳng hạn, CQĐP muốn xây dựng một Chương trình khai thác tiềm năng của địa phương về du lịch, thì phải xây dựng dự án thực sự thuyết phục, phải để cho nhân dân thấy lợi ích của mình trong đó và Chương trình này cần phải được TCYD ở địa phương. Nhân dân vẫn là chủ thể giám sát Chương trình.

### **2.3. Tính khả thi khi quy định TCYD ở địa phương**

*Một là*, về khả năng thông tin, nắm bắt vấn đề cần đưa ra TCYD. Hiện nay, bằng các phương tiện thông tin đại chúng, công nghệ thông tin phát triển, việc tuyên truyền, vận động hay phổ biến một nội dung nào đó cần được TCYD có thể được thực hiện một cách thuận lợi. Người dân hoàn toàn có thể nắm bắt được nội dung của vấn đề để thể hiện quan điểm đồng ý hay không đồng ý.

*Hai là*, về trình độ dân trí. Ngay từ Hiến pháp 1946, “phúc quyết toàn dân” (TCYD) đã là điều kiện bắt buộc để thông qua sửa đổi Hiến pháp (Điều thứ 70) hay quyết định các vấn đề quan trọng liên quan đến vận mệnh quốc gia, nếu được 2/3 tổng số nghị viên

đồng ý thì sẽ đưa ra nhân dân phúc quyết (Điều thứ 32). “Một người dân, khi tham gia quyết định những vấn đề chính trị, thì họ phải nhìn nhận theo tiêu chí riêng của họ. Rõ ràng, khó có thể nói rằng việc lựa chọn phương án nào (trong số các phương án đưa ra trong một cuộc TCYD) là khôn ngoan nhất. Vấn đề là ở chỗ, kết quả của TCYD là sự phản ánh đa số ý chí, nguyện vọng của nhân dân”<sup>13</sup>. Như vậy, TCYD là một hình thức để đảm bảo sự đồng thuận của xã hội với những hoạt động của Nhà nước, bản thân người dân không cần phải là những chuyên gia, có trình độ chuyên sâu vì họ không phải là chủ thể đề xuất, làm ra hay xây dựng nội dung các vấn đề quan trọng đó mà chỉ là chủ thể đánh giá ở mức độ ủng hộ hay không ủng hộ vấn đề đó mà thôi. Do đó, điều kiện về trình độ dân trí như hiện nay là hoàn toàn có thể đáp ứng được hoạt động TCYD nói chung và TCYD ở địa phương nói riêng.

*Ba là*, về quy mô TCYD ở địa phương. So với TCYD phạm vi cả nước thì TCYD ở địa phương có phạm vi nhỏ hơn, số lượng người tham gia ít hơn rất nhiều, điều này cũng là điểm thuận lợi để cơ quan nhà nước có thẩm quyền có thể tổ chức một cuộc TCYD mà vẫn kiểm soát được tình hình an ninh, trật tự.

### **2.4. TCYD ở địa phương là hình thức được nhiều quốc gia áp dụng**

TCYD là nội dung được ghi nhận trong các văn bản pháp luật của rất nhiều các quốc gia trên thế giới. Ở Anh, TCYD ở địa phương lần đầu tiên được thực hiện vào năm 1913 tại Scotland<sup>14</sup>. Từ cuộc TCYD này, Đạo luật về Hạn chế rượu (Temperance Scotland Act 1913) được áp dụng riêng cho vùng đất Scotland. Ngày nay, hoạt động

13 Ths. Vũ Văn Nhiêm, “Một số vấn đề về TCYD”, [http://www.hcmulaw.edu.vn/hcmulaw/index.php?option=com\\_content&view=article&id=353:msvvtcyd&catid=103:ctc20061&Itemid=109](http://www.hcmulaw.edu.vn/hcmulaw/index.php?option=com_content&view=article&id=353:msvvtcyd&catid=103:ctc20061&Itemid=109).

14 Theo Sabir Shah, *Referendums have served as a panacea for thorny issues across the world*, Tạp chí The News, ngày 20/9/2014. Nguyên văn: “However, since 1913, local referendums have been held in England, Wales and Scotland” tại địa chỉ: <http://www.thenews.com.pk/Todays-News-2-273916-Referendums-have-served-as-a-panacea-for-thorny-issues-across-the-world>.

TCYD ở địa phương tại Anh được điều chỉnh bởi Đạo luật Địa phương 2011 (Localism bill 2011). Trong đó, Chương 1, phần IV<sup>15</sup> có quy định rõ về hoạt động này, cụ thể:

Khoản 1, 2, 3, 4 Điều 39 quy định nghĩa vụ tổ chức TCYD tại địa phương thuộc về CQĐP đó, trong trường hợp họ nhận được yêu cầu, đề nghị hợp lệ và đạt được sự thống nhất rằng sẽ tổ chức cuộc TCYD.

Theo khoản 5 Điều 39, CQĐP tại nơi có trách nhiệm tổ chức TCYD ở địa phương trên lãnh thổ Anh (không gồm Scotland và Bắc Ireland) bao gồm: Hội đồng quận (county council), Hội đồng địa hạt (district council), Hội đồng thành phố London (London borough council), Hội đồng đảo Isles (Council of the Isles of Scilly).

Khoản 2 Điều 48 quy định một số dạng câu hỏi được đưa ra trong cuộc TCYD, đó có thể là một thỉnh cầu (petition), một đề nghị (request) hoặc một cách giải quyết (resolution).

Theo Điều 49, tính theo ngày CQĐP nhận được vấn đề đưa ra TCYD tại địa phương (trigger date) thì: cuộc TCYD không được tổ chức trước 02 tháng tính từ ngày đó, nếu trong vòng 6 tháng tính từ ngày đó có một cuộc TCYD hoặc bầu cử đã được ấn định thì sẽ tổ chức cùng ngày, với các trường hợp khác trong vòng 12 tháng phải tổ chức TCYD.

Theo Điều 51, người đứng đầu chính quyền có thể chỉ đạo một số vấn đề nhất định trong khi diễn ra cuộc TCYD nhưng phải tham khảo ý kiến của Ủy ban bầu cử (Electoral commission).

Ở Hungary, ngoài việc đặt ra thẩm quyền yêu cầu tổ chức TCYD ở địa phương cho các ủy viên của hội đồng địa phương cũng như các ủy ban của nó; pháp luật còn quy định trường hợp bắt buộc phải tổ chức khi có sự yêu cầu với một số lượng nhất định chữ ký của cử tri. Cuộc TCYD được coi là hợp lệ nếu có nửa số cử tri tham gia bỏ phiếu<sup>16</sup>.

Ở Ba Lan, Điều 170 Hiến pháp nước này quy định: “Các thành viên của một cộng đồng tự trị có thể quyết định, thông qua TCYD các vấn đề liên quan đến cộng đồng của mình, bao gồm cả việc sa thải một cơ quan của CQĐP được thành lập bởi bầu cử trực tiếp. Các nguyên tắc và thủ tục tiến hành một cuộc TCYD ở địa phương do luật định”<sup>17</sup>.

Hiến pháp Ba Lan đã trao quyền tổ chức TCYD ở địa phương cho cả chính quyền lẫn nhân dân ở chính địa phương đó. Tuy nhiên, tỷ lệ hợp lệ tối thiểu số dân đề nghị mở cuộc TCYD ở các cấp đơn vị hành chính có sự khác nhau. Cụ thể, ở cấp xã và cấp huyện là 1/10, cấp tỉnh (voivodeship) là 1/5<sup>18</sup>.

(Xem tiếp trang 31)

15 Toàn văn đạo luật chúng tôi tham khảo trong cuốn *Localism Bill*, do Nxb The Stationery Office ấn hành năm 2011.

16 Theo Dezsó, Márta Dezsó, *Constitutional Law in Hungary*, Kluwer Law International, 2010, trang 94. Nguyên văn: “In addition to local councillors and the committee of the body of councillors, local eligible voters may also initiate a local referendum. If the number of sigatories reaches the number defined in the relevant statute, the local body of councillors must call the referendum.

*A local referendum is valid if more than half or the local eligible voters cast their ballots and it is conclusive if over half of voter give the sam answer to the referendum question.”*

17 Nguyên văn: “Members of a self-governing community may decide, by means of a referendum, matters concerning their community, including the dismissal of an organ of local government established by direct election. The principles of and procedures for conducting a local referendum shall be specified by statute.” Toàn văn Hiến pháp Ba Lan tham khảo tại: <http://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm>

18 Theo Krzysztof Prokop, *Białystok Law Books 7 Polish Constitutional Law*, Wydawnictwo Temida 2, 2011, trang 83. Nguyên văn: “A local referendum can be initiated by a constitutive organ of local self-government (a community council, a district council or a regional assembly), 1/10 of the inhabitants of a commune, 1/10 of the inhabitants of a district, 1/5 of the inhabitants of a voivodeship.”

# BẢO ĐẢM QUYỀN CON NGƯỜI CỦA BỊ CÁO TRONG HOẠT ĐỘNG TRANH LUẬN TẠI PHIÊN TÒA XÉT XỬ SƠ THẨM CÁC VỤ ÁN HÌNH SỰ

VÕ QUỐC TUẤN\*

## 1. Khái quát về bảo đảm quyền con người của bị cáo trong hoạt động tranh luận tại phiên tòa xét xử sơ thẩm vụ án hình sự của Tòa án nhân dân

1. Quyền con người là những giá trị, chuẩn mực tuyệt đối, có tính khách quan gắn bó với nhau trong mối tương quan biện chứng, vừa mang tính phổ biến nhưng cũng có tính đặc thù, tính lịch sử - xã hội được thể hiện trong các lĩnh vực chính trị, dân sự và kinh tế, văn hóa, xã hội được ghi nhận và bảo vệ bởi luật quốc gia và luật quốc tế. Bảo đảm quyền con người là trách nhiệm của các quốc gia. Hiến pháp Việt Nam năm 2013 khẳng định các quyền con người, quyền công dân về chính trị, dân sự, kinh tế, văn hóa, xã hội được công nhận, tôn trọng, bảo vệ, bảo đảm theo Hiến pháp và pháp luật.

Bị cáo tham gia tố tụng hình sự (TTHS), kể từ khi có quyết định đưa vụ án ra xét xử đến khi bản án hoặc quyết định của tòa án có hiệu lực pháp luật và bản án đó phải được thực hiện theo đúng trình tự, thủ tục luật

định, bị cáo không đồng nghĩa với khái niệm chủ thể của tội phạm mà mới chỉ bị tình nghi là người đã thực hiện hành vi phạm tội. Với tư cách là cá nhân, công dân, quyền con người của bị cáo bao gồm những giá trị, những lợi ích về vật chất và tinh thần được pháp luật ghi nhận và bảo đảm thực hiện phù hợp với các chuẩn mực pháp lý quốc tế và tiên bộ xã hội.

Tham gia vào quan hệ pháp luật TTHS, pháp luật quy định bị cáo có các quyền như quyền và nghĩa vụ cơ bản, được thể hiện trước hết trong Hiến pháp, Bộ luật Hình sự (BLHS), Bộ luật THHS, Luật Tổ chức Tòa án nhân dân (TAND), Luật Tổ chức Viện kiểm sát nhân dân, Pháp lệnh về Thẩm phán và Hội thẩm nhân dân và các văn bản pháp luật khác. Ngoài các quy định pháp luật trao quyền, để bảo đảm quyền con người của bị cáo, pháp luật quy định về các nguyên tắc trong tổ chức và hoạt động của bộ máy nhà nước, đặc biệt là nguyên tắc tổ chức và hoạt động của các cơ quan điều tra, công tố và xét

\* ThS. Chánh án TAND TP. Nha Trang, tỉnh Khánh Hòa.

xử. Trong mỗi hệ thống cơ quan này, pháp luật có những quy định riêng, phù hợp với chức năng, nhiệm vụ của từng cơ quan. Đối với hệ thống cơ quan xét xử có các nguyên tắc như nguyên tắc xét xử độc lập chỉ tuân theo pháp luật, xét xử kịp thời, công khai, công bằng; suy đoán vô tội, nguyên tắc hai cấp xét xử... Đồng thời, để bảo đảm quyền con người của bị cáo, pháp luật quy định về trách nhiệm của các chủ thể tiến hành và chủ thể tham gia tố tụng. Đó là trách nhiệm, nghĩa vụ của điều tra viên, kiểm sát viên, thẩm phán, hội thẩm nhân dân, người bảo chữa, người phiên dịch, người giám định, người làm chứng...

2. Khi bị cáo tham gia vào quan hệ pháp luật TTHS thì xuất hiện nhu cầu cần phải bảo vệ các quyền con người của bị cáo từ hai phía cả Nhà nước và bị cáo. Bởi vì, xét về bản chất, phương pháp điều chỉnh của ngành luật TTHS là phương pháp quyền uy để tác động lên mối quan hệ giữa cơ quan tố tụng, người tiến hành tố tụng với người tham gia tố tụng (ở đây là bị cáo - người đã bị tòa án quyết định đưa vụ án ra xét xử). Trong quan hệ này không có sự thỏa thuận hay thương lượng giữa Nhà nước và bị cáo mà sự bất bình đẳng luôn luôn thuộc về bị cáo. Bị cáo phải phục tùng các quyết định của Nhà nước. Nói cách khác, vì yêu cầu của nhiệm vụ đấu tranh, phòng chống tội phạm, bảo đảm trật tự xã hội, Nhà nước phải sử dụng các biện pháp đối với bị cáo nhằm hạn chế một số quyền của họ. Hơn thế, bị cáo luôn đối mặt với quyền lực nhà nước, thể hiện qua đội ngũ làm nhiệm vụ tố tụng được đào tạo bài bản, có chuyên môn sâu, giàu về kinh nghiệm và am hiểu về pháp luật. Bị cáo luôn ở thế yếu. Trong trường hợp này, các quyền con người của họ có “nguy cơ” bị xâm phạm nếu không có các biện pháp bảo đảm chúng. Mặt khác,

trong nhà nước pháp quyền, pháp luật là tối thượng, các quyền con người của bất kỳ cá nhân nào không chỉ được ghi nhận mà còn phải được bảo đảm thực hiện.

Quan niệm chung được thừa nhận hiện nay, bảo đảm được hiểu là “là làm cho chắc chắn, thực hiện được, giữ gìn được hoặc có đầy đủ những gì cần thiết”<sup>1</sup>. Ý kiến khác cho rằng “bảo đảm quyền con người là hoạt động của Nhà nước, các cơ quan, cá nhân, tổ chức cá nhân trong việc xây dựng và thực hiện pháp luật... nhằm thiết lập, triển khai đầy đủ các quyền trên cơ sở những đảm bảo chung về quyền con người”<sup>2</sup>. Từ quan niệm chung trên đây, có thể hiểu *bảo đảm quyền của bị cáo trong hoạt động tranh luận tại phiên tòa xét xử sơ thẩm vụ án hình sự của TAND là việc Hội đồng xét xử và các chủ thể khác tôn trọng, bảo vệ và tổ chức thực hiện các quyền con người của bị cáo theo đúng trình tự, thủ tục luật định*.

Như đã phân tích ở trên đây, bảo đảm quyền con người của bị cáo trong hoạt động tố tụng nói chung và trong hoạt động xét xử sơ thẩm vụ án hình sự nói riêng luôn được đặt ra như một yêu cầu và nhiệm vụ cấp thiết. Trong nhà nước pháp quyền, tòa án là hiện thân của công lý, có nhiệm vụ bảo vệ quyền con người, thực hiện quyền tư pháp. Ở giai đoạn xét xử sơ thẩm vụ án hình sự có nhiều hoạt động, chúng liên hệ chặt chẽ với nhau, mỗi hoạt động giải quyết một nhiệm vụ trong tố tụng theo luật định. Tranh luận tại phiên tòa xét xử sơ thẩm vụ án hình sự được coi là một giai đoạn rất quan trọng thể hiện vai trò độc lập, khách quan của tòa án trên con đường đi tìm chân lý; đồng thời qua đây bị cáo được sử dụng pháp luật để bảo vệ quyền con người của mình một cách công khai, dân chủ trước sự chứng kiến của các bên buộc tội, bên gỡ tội, những người tham gia tố tụng

1 Từ điển tiếng Việt (1998), Nxb. Văn hóa Thông tin, H., tr. 175.

2 Xem Lê Minh Thắng (2012), *Bảo đảm quyền của người chưa thành niên trong TTHS ở Việt Nam, luận án Tiến sĩ luật, Học viện Chính trị - Hành chính quốc gia Hồ Chí Minh, H., tr. 48.*



khác và cả xã hội trên cơ sở có đầy đủ các chứng cứ, tài liệu liên quan đến vụ án. Có thể khẳng định các hoạt động được tiến hành trong tranh luận tại phiên tòa xét xử sơ thẩm vụ án hình sự có vai trò đặc biệt quan trọng đối với toàn bộ quá trình giải quyết vụ án. Nhận thấy được tầm quan trọng của việc tranh luận tại phiên tòa, Đảng ta đã có nhiều quan điểm, chủ trương nhằm nâng cao chất lượng xét xử vụ án nói chung và xét xử sơ thẩm vụ án hình sự nói riêng. Qua đó, các quyền con người, quyền công dân của bị cáo được bảo đảm<sup>3</sup>.

**3. Về nội dung, bảo đảm quyền con người của bị cáo trong hoạt động tranh luận tại phiên tòa xét xử sơ thẩm vụ án hình sự là việc các chủ thể gồm thẩm phán - chủ tọa phiên tòa, các thành viên của hội đồng xét xử và các chủ thể khác như kiểm sát viên, người bào chữa, người làm chứng, người phiên dịch (trong đó thẩm phán - chủ tọa phiên tòa, các thành viên của hội đồng xét xử có vai trò quyết định) phải tôn trọng, thừa nhận các quyền con người của bị cáo được ghi nhận trong pháp luật; đồng thời có các biện pháp bảo vệ tránh sự xâm phạm và tổ chức thực hiện các quy định pháp luật về quyền con người của bị cáo thông qua hoạt động tranh luận công khai tại phiên tòa xét xử sơ thẩm vụ án hình sự. Theo đó, hội đồng xét xử phải giữ vai trò trọng tài, bảo đảm tranh luận giữa các bên buộc tội và bên gỡ tội thật khách quan, công khai, dân chủ; giữ vị trí trung lập, tuyệt đối không thiên vị cho bên nào.**

Bắt đầu tranh luận, kiểm sát viên trình bày lời luận tội, đề nghị kết tội bị cáo theo toàn bộ hay một phần nội dung cáo trạng hoặc kết luận về tội nhẹ hơn; nếu thấy không có căn cứ để kết tội thì rút toàn bộ quyết định truy tố và đề nghị hội đồng xét xử tuyên bố bị cáo không có tội. Luận tội của kiểm sát

viên phải căn cứ vào những tài liệu, chứng cứ đã được kiểm tra tại phiên tòa và ý kiến của bị cáo, người bào chữa, người bảo vệ quyền lợi của đương sự và những người tham gia tố tụng khác tại phiên tòa. Sau phần luận tội của kiểm sát viên đối với bị cáo, chủ tọa phiên tòa hướng dẫn bị cáo trình bày lời bào chữa, hoặc người bào chữa cho bị cáo trình bày quan điểm và bị cáo có thể bổ sung ý kiến. Người bị hại, nguyên đơn dân sự, bị đơn dân sự và người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đến vụ án hoặc người đại diện hợp pháp của họ được trình bày ý kiến để bảo vệ quyền và lợi ích của mình; nếu có người bảo vệ quyền lợi cho họ thì người này có quyền trình bày, bổ sung ý kiến.

Để bảo đảm quyền của bị cáo, một mặt, chủ tọa phiên tòa tạo điều kiện cho bị cáo và những người tố tụng có liên quan trình bày ý kiến, quan điểm về luận tội của kiểm sát viên và đưa ra đề nghị của mình. Mặt khác, tòa án không thiên vị cho kiểm sát viên mà yêu cầu họ trả lời, hoặc đưa ra những luận cứ cho quan điểm của mình công khai tại phiên tòa, đề nghị kiểm sát viên phải đáp lại những ý kiến có liên quan đến vụ án của người bào chữa và những người tham gia tố tụng khác mà những ý kiến đó chưa được kiểm sát viên tranh luận. Chủ tọa phiên tòa không được hạn chế thời gian tranh luận, tạo điều kiện cho những người tham gia tranh luận trình bày hết ý kiến, nhưng có quyền cắt những ý kiến không có liên quan đến vụ án. Luật quy định, nếu qua tranh luận mà thấy cần xem xét thêm chứng cứ thì hội đồng xét xử có thể quyết định trở lại việc xét hỏi. Xét hỏi xong phải tiếp tục tranh luận. Chủ tọa phiên tòa chỉ được phép tuyên bố kết thúc tranh luận khi những người tham gia tranh luận không trình bày gì thêm. Bị cáo được quyền nói lời sau cùng. Không được đặt câu hỏi khi bị cáo

<sup>3</sup> Các nghị quyết của của Đảng đều đặt ra mục tiêu nâng cao chất lượng tranh luận tại phiên tòa: Nghị quyết số 08-NQ/TW ngày 02/01/2002 của Bộ Chính trị về một số nhiệm vụ trọng tâm của công tác tư pháp trong thời gian tới; Nghị quyết số 49-NQ/TW ngày 02/6/2005 của Bộ Chính trị về chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020; gần đây Nghị quyết số 37/NQ-QH13 ngày 23/11/2012 yêu cầu: "...TAND tối cao chỉ đạo các tòa án tiếp tục đẩy mạnh việc tranh tụng tại phiên tòa".

nói lời sau cùng. Nếu trong lời nói sau cùng, bị cáo trình bày thêm tình tiết mới có ý nghĩa quan trọng đối với vụ án, thì hội đồng xét xử phải quyết định trở lại việc xét hỏi.

Ngoài việc quy định và bảo đảm thực hiện các nguyên tắc trong TTHS, chức năng, nhiệm vụ, thẩm quyền của hệ thống tòa án, các quy định về trình tự, thủ tục xét xử sơ thẩm vụ án hình sự cũng không thể không tính đến các yếu tố tác động đến hoạt động này. Đó là mối quan hệ giữa các cơ quan tiến hành tố tụng như cơ quan điều tra, viện kiểm sát, tòa án. Các quy định về xác định mối quan hệ giữa các cơ quan này một mặt tạo ra cơ chế hoạt động hiệu quả trong việc bảo đảm quyền con người của bị cáo; mặt khác tạo ra cơ chế kiểm soát hoạt động xét xử của tòa án, nhằm tránh vi phạm trong việc áp dụng pháp luật của thẩm phán và hội thẩm, góp phần bảo vệ quyền con người của bị cáo. Các yếu tố khác như bảo đảm sự tham gia của các cơ quan hỗ trợ tư pháp; sự giám sát của nhân dân, cơ quan báo chí và truyền thông đối với hoạt động xét xử của tòa án; các điều kiện, phương tiện vật chất, kỹ thuật sẽ là những yếu tố tác động đến việc bảo đảm quyền con người trong hoạt động xét xử sơ thẩm các vụ án hình sự của TAND. T

### **2. Thực trạng bảo đảm quyền con người của bị cáo trong hoạt động tranh luận tại phiên tòa xét xử sơ thẩm vụ án hình sự của Tòa án nhân dân**

Nhìn chung, thời gian qua, trong các phiên tòa xét xử sơ thẩm các vụ án hình sự, chủ tọa phiên tòa đã điều hành tốt quá trình tranh luận theo đúng trình tự, thủ tục pháp luật quy định. Hội đồng xét xử đã xem xét khách quan, toàn diện toàn bộ các chứng cứ, lập luận qua phần tranh luận công khai giữa các bên tham gia tố tụng tại phiên tòa hình sự. Do đó, phần lớn các bản án hình sự đã tuyên đều đảm bảo chất lượng, bảo đảm tính

khách quan, công bằng, bảo đảm các quyền con người của bị cáo. Điều này thể hiện qua việc hội đồng xét xử sơ thẩm các vụ án hình sự của TAND cấp tỉnh đã tôn trọng ý kiến của bên buộc tội và bên gỡ tội, tôn trọng quyền của bị cáo, chú ý theo dõi, ghi chép ý kiến tranh luận giữa các bên về những vấn đề cần phải giải quyết trong vụ án. Hội đồng xét xử thể hiện được vị trí, vai trò trung tâm trong hoạt động tranh luận tại phiên tòa, không có những biểu hiện hạn chế thời gian tranh luận, hay định hướng việc tranh luận giữa các bên theo đề cương xét xử đã chuẩn bị trước. Nguyên tắc tôn trọng sự thật khách quan đã được coi trọng, tranh luận đã tập trung vào những vấn đề mấu chốt của vụ án nhưng chưa rõ, không giới hạn thời gian tranh tụng, không cắt ngang lời tranh luận của các bên; hướng các bên tập trung vào những nội dung chính, không kéo dài thời gian tranh luận tại phiên tòa khi không cần thiết.

Tại phiên tòa xét xử các vụ án hình sự sơ thẩm, kiểm sát viên là người nhân danh quyền lực nhà nước thực hành quyền công tố và kiểm sát hoạt động xét xử đa phần đều “có thái độ nghiêm túc, cầu thị, sẵn sàng tiếp thu các quan điểm, luận cứ và luận chứng của người tranh luận đối lập khi thấy có lý, hợp pháp; ví dụ như tiếp thu các tình tiết giảm nhẹ mới và đề nghị hội đồng xét xử công nhận, bổ sung khi đánh giá trách nhiệm hình sự với bị cáo. Tình trạng áp đặt, chụp mũ một cách khiên cưỡng, không có cơ sở, không thuyết phục; thái độ và ngôn từ tranh luận gay gắt, đao to búa lớn của kiểm sát phiên tòa xét xử sơ thẩm các vụ án hình sự đã được khắc phục; thay vào đó, các kiểm sát viên đã xây dựng cho mình phong cách ứng xử khi tranh luận phù hợp với chuẩn mực của ngành và đúng quy định của pháp luật”<sup>4</sup>.

Đội ngũ luật sư đã phát huy tích cực vai trò của mình khi đưa ra được các chứng cứ,

4 Lê Hữu Thế (2014), Chuyên đề Tranh tụng và những giải pháp nâng cao chất lượng tranh tụng của kiểm sát viên trong xét xử hình sự đáp ứng yêu cầu cải cách tư pháp, Nguồn: <http://www.vksndtc.gov.vn/khac-306>, truy cập ngày 19/12/2014

hiều tình tiết mới của vụ án góp phần gỡ tội cho bị cáo và được hội đồng xét xử chấp thuận. Sự có mặt của luật sư đã góp phần to lớn trong việc nâng cao chất lượng tranh tụng và giữ vai trò không thể thiếu trong việc bảo vệ quyền con người của bị cáo tại các phiên tòa xét xử vụ sơ thẩm vụ án hình sự.

Bên cạnh những kết quả đạt được trên đây, hoạt động tranh tụng tại phiên tòa xét xử sơ thẩm các vụ án hình sự còn tồn tại những bất cập:

Tại một số phiên tòa, hội đồng xét xử chưa thực tốt việc giám sát hoạt động tranh luận. Chẳng hạn, kiểm sát viên chưa tích cực trong trình bày, đối đáp, trả lời ý kiến của người bào chữa, bị cáo và những chủ thể khác. Tâm lý “trọng chứng hơn trọng cung” vẫn còn tồn tại ở một số thẩm phán, hội thẩm nên chủ tọa phiên tòa chưa thực sự chú ý đến những tình tiết, chứng cứ mới của vụ án được thể hiện qua phần tranh luận. Vì vậy, những lời khai tại phiên tòa, các tình tiết quan trọng và chứng cứ gỡ tội mà người bào chữa đưa ra thường ít được hội đồng xét xử quan tâm xem xét, chấp nhận và không được đề cập đến trong bản án. Một số thẩm phán và hội thẩm không chú ý, ghi chép lời tranh luận giữa các bên, thậm chí có đặt những câu hỏi xen ngang ý kiến của luật sư đang phát biểu, hoặc chưa chú ý đến một số tình tiết quan trọng, những chứng cứ mới, chưa tạo điều kiện cho luật sư và người bào chữa của họ tranh luận lại những ý kiến, quan điểm về những nội dung, tình tiết chưa thực sự sáng tỏ. Mặc dù luật quy định, khi xét xử thẩm phán và hội thẩm ngang quyền và họ độc lập tuân theo pháp luật, nhưng một số thẩm phán, hội thẩm có tâm lý trông chờ vào vai trò của chủ tọa phiên tòa, không tích cực quan sát, lắng nghe việc tranh luận giữa bên buộc tội và bên gỡ tội

Vai trò của kiểm sát viên trong hoạt động tranh luận tại một số phiên tòa xét xử các vụ

án hình sự chưa thực sự tích cực. Một số kiểm sát viên được phân công nhiệm vụ thực hành quyền công tố tại phiên tòa xét xử sơ thẩm các vụ án hình sự chưa đầu tư thời gian nghiên cứu hồ sơ vụ án; do vậy, khi ra tranh luận chưa tích cực trong việc phát hiện, tìm ra những mâu thuẫn trong các chứng cứ buộc tội và gỡ tội, trong khi đó quá chú trọng đến bản cáo trạng đã chuẩn bị sẵn nên chưa tạo ra không khí khách quan, dân chủ khi tranh luận. Chính vì thế, bị cáo không có nhiều cơ hội để đối đáp, bảo vệ quyền của mình. Một số kiểm sát viên vì chưa chuẩn bị tốt việc tranh luận, không dự đoán được một số tình huống nên khi bị cáo và người bào chữa có những chứng cứ mới thì kiểm sát viên trở nên bị động và lúng túng, né tránh những vấn đề mà bên gỡ tội nêu ra trái với quan điểm của kiểm sát viên, hoặc trả lời không đi thẳng vào trọng tâm của vấn đề đang tranh luận. Do đó, không thuyết phục được hội đồng xét xử cũng như không bảo đảm cho quyền lợi của bị cáo. Kỹ năng tranh tụng của một số kiểm sát viên tại phiên tòa xét xử sơ thẩm vụ án hình sự cũng chưa được đáp ứng tốt. Trong 3 năm (2011-2013), toàn quốc có 42 bị cáo bị tòa án cấp sơ thẩm tuyên bố không phạm tội, trong đó ở cấp tỉnh có 16 bị cáo. Tình trạng này xảy ra tại 12 đơn vị cấp tỉnh (Viện kiểm sát TP. Hồ Chí Minh, Hậu Giang, Cà Mau, Đồng Nai, Lạng Sơn, Tuyên Quang, Quảng Ninh, Tây Ninh, Bạc Liêu, Hà Nội, Quảng Trị, Ninh Bình). Số bị cáo bị tòa án tuyên không phạm tội nói trên là do kiểm sát viên vi phạm trong việc truy tố bị cáo; không tìm ra những điểm thiếu căn cứ trong quyết định truy tố để kịp thời xử lý, mà vẫn tiếp tục bảo vệ quan điểm truy tố, trong khi luật sư bào chữa và bị cáo đưa ra những chứng cứ thuyết phục hơn nên hội đồng xét xử đã bác bỏ quan điểm truy tố, tuyên bố bị cáo không phạm tội<sup>5</sup>.

5 Lê Hữu Thế (2014), *ltd*.

Quyền bào chữa của bị cáo là phương tiện, công cụ để bị cáo bảo vệ quyền của mình. Tuy nhiên, trong nhiều phiên tòa xét xử sơ thẩm vụ án hình sự “Chủ tọa phiên tòa và thậm chí cả hội thẩm cất ngang lời luật sư khi luật sư đang trình bày đúng trọng tâm vụ án vẫn thường xảy ra; nội dung tranh tụng của luật sư không được ghi nhận trong bản án. Thực tế cho thấy, rất ít bản án có ghi ý kiến tranh luận của luật sư”<sup>6</sup>. Vì chưa coi trọng vai trò bào chữa của luật sư nên hoạt động tranh tụng tại nhiều phiên tòa sơ thẩm xét xử vụ án hình sự chưa thực sự chuyển biến về chất theo chủ trương cải cách tư pháp gần đây. Pháp luật đã trao cho bị cáo quyền chủ động, tích cực tham gia phiên tòa, sử dụng pháp luật về bảo vệ quyền lợi cho mình nhưng trong một số vụ án, “vẫn còn tình trạng móm cung, bức cung, không chú ý lắng nghe ý kiến của luật sư, tiếng kêu oan của những người vô tội”<sup>7</sup>. Việc phải tranh luận, phải đối đáp lại giữa hai bên kiểm sát viên và người bào chữa chưa dân chủ, bên buộc tội chưa tích cực khi trả lời những câu hỏi của các bên khác. Nguyên tắc suy đoán vô tội chưa được vận dụng triệt để, quyền bào chữa của bị cáo chưa được coi trọng, bên buộc tội và bên gỡ tội chưa thực sự bình đẳng trong việc đưa ra các chứng cứ, tài liệu hay viện dẫn các quy định pháp luật để hội đồng xét xử làm căn cứ ra phán quyết.

Có nhiều nguyên nhân dẫn đến những bất cập trong hoạt động tranh luận tại phiên tòa xét xử sơ thẩm vụ án hình sự, nhưng cơ bản nhất là do trình độ chuyên môn, nghiệp vụ của một số thẩm phán, hội thẩm chưa đáp được những yêu cầu, nhiệm vụ của hoạt động xét xử nói chung và hoạt động tranh luận tại phiên tòa nói riêng. Một số thẩm

phán, hội thẩm nhận thức chưa thay đổi, vẫn còn định kiến với bị cáo; đồng thời trách nhiệm của kiểm sát viên, luật sư đối với hoạt động tranh luận để bảo đảm quyền con người của bị cáo chưa cao. Một nguyên nhân quan trọng khác là trong pháp luật TTHS đang tồn tại những quy định mâu thuẫn; do đó, hoạt động tranh tụng tại phiên tòa xét xử sơ thẩm vụ án hình sự chưa thực sự được coi trọng. Điều này cũng có nghĩa là chúng không được vận dụng theo tinh thần cải cách tư pháp khi đề cao nguyên tắc tranh tụng trong xét xử. Cụ thể, quy định tại Điều 221 của Bộ luật TTHS hiện hành (khi viện kiểm sát rút một phần hay toàn bộ quyết định truy tố nhưng tòa án vẫn tiến hành xét xử theo thủ tục chung) hoàn toàn mâu thuẫn với nhiều quy định của trong Bộ luật này và trái với Hiến pháp (trái với nguyên tắc xem xét sự thật khách quan, chứng cứ có trong hồ sơ vụ án tại phiên tòa, nguyên tắc suy đoán vô tội, nguyên tắc xét xử công bằng) hoàn toàn gây bất lợi cho bị cáo, không bảo đảm quyền con người của bị cáo. Mặt khác, Điều 221 đưa đến những cách hiểu khác nhau, chưa rõ ràng về chức năng của tòa án và viện kiểm sát: tòa án thực hiện cả chức năng buộc tội thay viện kiểm sát trong khi chức năng của hai cơ quan này đã được phân định rõ trong Hiến pháp năm 2013: tòa án là cơ quan duy nhất có chức năng xét xử.

### **3. Một số kiến nghị tiếp tục bảo đảm quyền con người của bị cáo trong hoạt động tranh luận tại phiên tòa xét xử sơ thẩm vụ án hình sự của Tòa án nhân dân**

Tiếp tục bảo đảm quyền con người của bị cáo trong xét xử sơ thẩm các vụ án hình sự của TAND, trong thời gian tới, cần tiến hành đồng bộ các giải pháp sau:

6 [http://moj.gov.vn/btp/News/Documents/th%C3%A1ng%209/3.%20THAM\\_LUAN\\_THUC\\_TRANG\\_VA\\_KIEN\\_NGHI\\_SUA\\_DOI\\_LUAT\\_LUAT\\_SU.doc](http://moj.gov.vn/btp/News/Documents/th%C3%A1ng%209/3.%20THAM_LUAN_THUC_TRANG_VA_KIEN_NGHI_SUA_DOI_LUAT_LUAT_SU.doc).

7 Trần Ngọc Đường (2014), Những điểm mới trong Hiến pháp năm 2013 về cải cách tư pháp trong sách: *Bình luận khoa học Hiến pháp nước Cộng hòa XHCN Việt Nam năm 2013*, Nxb. Lao động, H., tr. 488.

*Thứ nhất*, tiếp tục quán triệt các nguyên tắc bảo đảm quyền con người của bị cáo trong TTHS được ghi nhận trong Hiến pháp năm 2013 khi tiến hành hoạt động tranh tụng tại phiên tòa xét xử sơ thẩm vụ án hình sự. Đó là nguyên tắc suy đoán vô tội; độc lập xét xử và chỉ tuân theo pháp luật; xét xử kịp thời trong thời hạn luật định, công bằng, công khai, nghiêm cấm cơ quan, tổ chức, cá nhân can thiệp vào việc xét xử của thẩm phán, hội thẩm...

*Thứ hai*, để bảo đảm quyền con người của bị cáo trong hoạt động tranh tụng tại phiên tòa xét xử sơ thẩm vụ án hình sự, cần tiếp tục hoàn thiện Dự thảo sửa đổi bổ sung Bộ luật TTHS năm 2003<sup>8</sup>. Theo tinh thần của Điều 31 về suy đoán vô tội được quy định tại Hiến pháp năm 2013 thì cần sửa đổi Điều 179 Bộ luật TTHS hiện hành về việc tòa án trả hồ sơ cho viện kiểm sát điều tra bổ sung khi thấy hồ sơ vụ án thiếu những chứng cứ gỡ tội cho bị cáo (chỉ sửa theo hướng có lợi cho bị cáo). Đặc biệt, để đạt được mục đích của hoạt động tranh luận tại phiên tòa, theo nguyên tắc xét xử công khai, mọi chứng cứ, tài liệu liên quan đến vụ án phải được xem xét tại phiên tòa cần, sửa Điều 195, Điều 221 Bộ luật TTHS hiện hành theo hướng khi viện kiểm sát rút một phần quyết định truy tố thì hội đồng xét xử chỉ xem xét với những nội dung còn lại, nếu viện kiểm sát kết luận tội nhẹ hơn thì bị cáo phải được xét xử theo tội danh đó. Nếu viện kiểm sát rút toàn bộ quyết định truy tố thì hội đồng xét xử tuyên bị cáo vô tội<sup>9</sup>. Nên sửa Điều 196 Bộ luật TTHS năm 2003 theo hướng “tòa án chỉ xét xử những bị

cáo và những hành vi mà viện kiểm sát truy tố và tòa án đã quyết định đưa ra xét xử”<sup>10</sup>. Dự thảo đã bổ sung thêm một điều luật mới (Điều 313 - Bào chữa) để phát huy hiệu quả của hoạt động tranh luận, bảo đảm quyền bào chữa cho bị cáo, phù hợp với quy định của Hiến pháp; tuy nhiên, cần phải tiến hành đánh giá, rà soát những quy định mâu thuẫn, hoặc bổ sung những quy định mới trong các luật có liên quan như Luật Luật sư, Luật Trợ giúp pháp lý...

*Thứ ba*, để bảo đảm quyền con người của bị cáo trong xét xử sơ thẩm các vụ án hình sự các giải pháp khác cần được tiến hành đồng bộ là không ngừng đào tạo, bồi dưỡng nâng cao kiến thức về chuyên môn nghiệp vụ cho thẩm phán, hội thẩm, đội ngũ kiểm sát viên và luật sư. Đó là các lớp đào tạo trung hạn, ngắn hạn, tập huấn theo các chuyên đề về đường lối xét xử cho thẩm phán, hội thẩm, kỹ năng tranh tụng, đối đáp của kiểm sát viên, kỹ năng bào chữa của luật sư.

*Thứ tư*, hoàn thiện pháp luật, xây dựng Quy chế phối hợp hoạt động giữa các cơ quan tiến hành tố tụng, tăng cường hoạt động giám sát của nhân dân, của các tổ chức xã hội, đoàn thể quần chúng nhân dân đối với hoạt động xét xử của tòa án; đồng thời, phát huy vai trò của các cơ quan báo chí và cơ quan truyền thông, ngôn luận trong việc góp phần tích cực về hoạt động cung cấp thông tin liên quan đến bảo đảm quyền con người của bị cáo trong xét xử sơ thẩm các vụ án hình sự ■

8 Xem Dự thảo [www.vksndtc.gov.vn/tintuc/up/FCKEditor.../File/0duthaohoanthien.DOC](http://www.vksndtc.gov.vn/tintuc/up/FCKEditor.../File/0duthaohoanthien.DOC)

9 Xem Điều 317 Dự thảo Bộ luật TTHS tháng 10/2014, [www.vksndtc.gov.vn/tintuc/up/FCKEditor.../File/0duthaohoanthien.DOC](http://www.vksndtc.gov.vn/tintuc/up/FCKEditor.../File/0duthaohoanthien.DOC)

10 Theo phương án 2 của Điều 291: Giới hạn của việc xét xử (sửa đổi, bổ sung) của Dự thảo Bộ luật TTHS, nguồn: như trên.

# Truất hữu, bảo đảm đầu tư và trách nhiệm bồi thường do truất hữu tài sản của nhà đầu tư nước ngoài

TRẦN VIỆT DŨNG\*

Bài viết giới thiệu khái quát về khái niệm truất hữu trong luật đầu tư quốc tế, khai thác một số vấn đề phát sinh khi thực hiện việc bồi thường cho cả việc truất hữu hợp pháp và bất hợp pháp đối với tài sản của nhà đầu tư nước ngoài. Tác giả cũng sẽ phân tích về yêu cầu của luật quốc tế cho việc bồi thường hợp lý và thực tiễn áp dụng các chuẩn mực quốc tế trong việc bồi thường hợp lý khi truất hữu tài sản của nhà đầu tư nước ngoài. Những vấn đề này có ý nghĩa quan trọng về mặt lý luận và thực tiễn đối với Việt Nam trong việc xây dựng chính sách đầu tư cũng như áp dụng các biện pháp quản lý đầu tư, nhằm hạn chế thiệt hại khi tranh chấp với nhà đầu tư nước ngoài.

## 1. Tổng quan về truất hữu tài sản của nhà đầu tư nước ngoài

*Truất hữu* (expropriation)<sup>1</sup> là một khái niệm pháp lý mới trong luật đầu tư quốc tế, được đề cập lần đầu tiên vào năm 1961 bởi các giáo sư Louis Sohn và Richard Baxter khi soạn thảo Công ước về Trách nhiệm pháp lý quốc tế của các quốc gia đối với những thiệt hại gây ra cho người nước ngoài (Convention on International Responsibility of States for Injuries to Aliens). Theo đó, truất hữu được định nghĩa như việc tước tài

sản có thể bồi thường (a compensable taking of property)<sup>2</sup>.

Truất hữu bao hàm trong nó hành vi “tước đoạt” (taking) bởi cơ quan nhà nước có thẩm quyền đối với tài sản của một chủ thể với mục đích nhằm chuyển giao quyền sở hữu đối với tài sản đó cho một chủ thể khác, thường sự tước đoạt tài sản này phải được thực hiện nhằm phục vụ mục đích công (public purpose) và cho phép bên bị tước đoạt tài sản nhận một khoản bồi thường [từ nhà nước] sau đó.

\* **TS. Quyền Trường khoa Luật Quốc tế, Đại học Luật TP.Hồ Chí Minh.**

1 Thuật ngữ “truất hữu” (expropriation) không được sử dụng chính thức trong các văn bản pháp luật hiện hành của Việt Nam. Khái niệm tương đương gần nhất là “quốc hữu hóa”, tuy nhiên khái niệm truất hữu trong pháp luật quốc tế có nội hàm rộng hơn “quốc hữu hóa”. Hiện thuật ngữ này chỉ mới được sử dụng bởi các học giả tại Việt Nam trong những năm gần đây. Xem Nguyễn Ngọc Điện, Thu hồi đất: Khi nào và bằng cách nào, *VnEconomy* (<http://vneconomy.vn/20130321101227178POC9920/thu-hoi-dat-khi-nao-va-bang-cach-nao.htm>), truy cập ngày 23/9/2013; Phạm Duy Nghĩa, Chế độ kinh tế trong Hiến pháp 1992 – phát hiện một số bất cập và kiến nghị hướng sửa đổi, *Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp*, Số 22/2011, tr. 57 – 69.

2 Bassant El Attar et al, *Expropriation clauses in International Investment Agreements*, Center for Trade and Economic Integration, (2009), tr. 5 (<http://graduateinstitute.ch/files/live/sites/iheid/files/sites/ctei/shared/CTEI/Research%20Projects/Trade%20Law%20Clinic/Expropriation%20clauses%20in%20International%20Investment%20Agreements%20and%20the%20appropriate%20room%20for%20host%20States%20to%20enact%20regulations,%202009.pdf>), truy cập 14/3/2014.

Tại Việt Nam, các văn bản quy phạm pháp luật không quy định về “trúat hữu”, khái niệm tương đương duy nhất có thể tìm thấy trong luật đầu tư là “quốc hữu hóa” (nationalization)<sup>3</sup>. Tuy nhiên, từ góc độ lý luận của khoa học pháp lý, đây không phải hai khái niệm đồng nhất, mặc dù nội hàm của chúng có sự chồng lấn nhất định. Quốc hữu hóa tài sản của nhà đầu tư nước ngoài được hiểu là việc nhà nước tước đoạt tài sản hoặc quyền tài sản của nhà đầu tư nước ngoài nhằm chấm dứt quyền sở hữu của đầu tư ngoài trong ngành công nghiệp cụ thể của nền kinh tế [quốc gia]<sup>4</sup>. Mục tiêu của quốc hữu hóa thường sẽ là chuyển các tài sản thuộc sở hữu tư (tài sản thuộc quyền sở hữu cá nhân, công ty tư nhân) trong một ngành công nghiệp và/hoặc lĩnh vực kinh tế thành sở hữu nhà nước. Nói cách khác, biện pháp quốc hữu hóa sẽ có ảnh hưởng tới tất cả các nhà đầu tư, bao gồm cả nhà đầu tư nước ngoài và trong nước, trong một ngành công nghiệp cụ thể chứ không chỉ liên quan tới một/một số nhà đầu tư như trường hợp của trúat hữu.

Trúat hữu có thể xảy ra trực tiếp khi nhà nước tước quyền sở hữu và/hoặc thu giữ [trực tiếp] toàn bộ tài sản của nhà đầu tư nước ngoài bằng quyết định hoặc chính sách cụ thể. Đặc điểm của trúat hữu trực tiếp là sự tước đoạt dựa trên quy định pháp luật hoặc hành chính dẫn tới sự chuyển giao quyền sở hữu và chiếm hữu vật lý (physical possession) [đối với tài sản]<sup>5</sup>. Trường hợp trúat hữu trực tiếp có thể so sánh tương đương với quốc hữu hoá tài sản của nhà đầu tư.

Tuy nhiên, trúat hữu cũng bao gồm cả

trường hợp nhà nước sử dụng một số biện pháp, mặc dù không trực tiếp tước quyền sở hữu của nhà đầu tư nước ngoài, nhưng lại gián tiếp triệt tiêu các giá trị kinh tế của quyền tài sản hoặc loại trừ quyền kiểm soát tài sản của nhà đầu tư, làm cho nhà đầu tư bị rơi vào tình trạng như bị tước quyền sở hữu. Hình thức trúat hữu thứ hai này là “trúat hữu gián tiếp”.

Trúat hữu gián tiếp cũng có thể liên quan tới trường hợp cơ quan chức năng của quốc gia sở tại ra quyết định tước các quyền phụ cận (auxiliary rights) liên quan chặt chẽ đến các quyền sở hữu và quyền tài sản của nhà đầu tư, chẳng hạn như các quyền đối với sáng chế<sup>6</sup>. Việc buộc công ty nước ngoài phải cho phép nhà nước hoặc doanh nghiệp được nhà nước bảo trợ nắm giữ các cổ phần chi phối của công ty cũng được coi là một hình thức trúat hữu gián tiếp vì quốc gia đã tước quyền kiểm soát đối với tài sản và lợi nhuận của doanh nghiệp liên quan. Thậm chí việc nhà nước buộc công ty nước ngoài phải bổ nhiệm người quản lý do mình chỉ định cũng là một hình thức trúat hữu gián tiếp vì điều này dẫn tới việc nhà đầu tư nước ngoài bị tước đi quyền định đoạt tài sản đầu tư. Nhìn chung, phạm vi nội hàm của trúat hữu gián tiếp rất rộng, phức tạp và cũng thường là vấn đề tranh chấp giữa nhà đầu tư nước ngoài và quốc gia tiếp nhận đầu tư.

Mặc dù không quy định về trúat hữu trong các văn bản pháp luật trong nước, các Hiệp định đầu tư song phương và khu vực (BIT) mà Việt Nam tham gia ký kết hoặc đang trong quá trình đàm phán đều có các điều khoản về quốc hữu hoá, trúat hữu tài sản

3 Khoản 1 Điều 6 Luật Đầu tư (Luật số 59/2005/QH11)

4 Sornarajah M., 'The International Law on Foreign Investment', Cambridge University Press, 2010, tr. 366.

5 UNCTAD, *Taking of Property*, UNCTAD series on issues in international investment agreements, (UNCTAD/ITE/IIT/15), (2000), tr. 3.

6 PCIJ, Series A, No. 7, 1926. Christie G. C., 'What Constitutes a Taking of Property under International Law?', 38 BYIL, 1962, tr. 307; Brownlie, *System and State Responsibility*, tr. 24-25; Whiteman, *Digest*, vol. VIII, tr. 1006.

7 Điều 9 BIT Việt Nam - Nhật Bản (2003); Điều 4 BIT Việt Nam - Trung Quốc (1992); Điều 5 BIT Việt Nam - Vương quốc Anh (2002); Điều 5, BIT Việt Nam - Pháp (1992); Điều 5, BIT Việt Nam - Ý (1990); Điều 7 BIT Việt Nam - Úc (1991).

của nhà đầu tư nước ngoài<sup>7</sup>. Từ góc độ pháp luật quốc tế, Việt Nam có trách nhiệm tuân thủ và thực thi các cam kết quốc tế của mình<sup>8</sup>. Như vậy, các quy định và biện pháp của (các) cơ quan nhà nước nếu mang tính chất truat hữu tài sản của nhà đầu tư nước ngoài mà Chính phủ Việt Nam đã ràng buộc bảo đảm đầu tư (thông qua BIT hoặc hợp đồng đầu tư quốc tế) sẽ có thể dẫn tới trách nhiệm bồi thường của Nhà nước Việt Nam.

### 2. Trách nhiệm bồi thường của quốc gia

Trong quan hệ kinh tế quốc tế, truat hữu tài sản của nhà đầu tư nước ngoài thường dẫn tới những căng thẳng trong quan hệ giữa các quốc gia liên quan (quốc gia thực hiện truat hữu và quốc gia có công dân, pháp nhân có tài sản bị tước đoạt). Tuy nhiên, các hành vi này của quốc gia không bị cấm hoặc bị coi là sự vi phạm luật quốc tế, vì chúng được bảo đảm bởi nguyên tắc chủ quyền quốc gia. Dựa trên lý luận về việc thực thi chủ quyền kinh tế của quốc gia, quốc gia có quyền thực hiện các biện pháp hành chính để điều phối nền kinh tế quốc dân và các tài nguyên trên lãnh thổ quốc gia. Quyền trưng thu, tịch thu, truat hữu, quốc hữu hoá tài sản của cá nhân, tổ chức của nhà nước nhằm phục vụ các mục đích chính trị - kinh tế quốc gia được chấp nhận rộng rãi tại nhiều quốc gia trên thế giới<sup>9</sup>. Vấn đề này cũng được khẳng định trong hai văn kiện quốc tế quan trọng là Nghị quyết của Đại hội đồng Liên hợp quốc về Chủ quyền vĩnh viễn của các quốc gia đối với tài nguyên thiên nhiên (1962) và Hiến chương của Liên hợp quốc về các Quyền và nghĩa vụ kinh tế của các quốc gia (1974).

Trong bối cảnh toàn cầu hóa ngày nay, khi lợi ích kinh tế được đề cao và thu hút đầu tư nước ngoài được coi là động lực quan

trọng cho phát triển của các nền kinh tế, quan điểm trước đây về chủ quyền tuyệt đối của nhà nước đối với các tài sản trên lãnh thổ quốc gia đang dần được thay đổi<sup>10</sup>. Hầu hết các quốc gia trên thế giới đều ghi nhận trong luật đầu tư của mình về trách nhiệm bảo vệ quyền lợi của nhà đầu tư nước ngoài, bảo đảm vốn đầu tư và tài sản hợp pháp của nhà đầu tư không bị quốc hữu hóa, không bị tịch thu bởi các biện pháp hành chính hay không bị truat hữu bất hợp pháp.

Vấn đề tranh cãi trong đầu tư quốc tế ngày nay chủ yếu liên quan tới trách nhiệm bồi thường của quốc gia thực hiện truat hữu hợp pháp (bằng các thủ tục pháp lý hợp pháp) đối với nhà đầu tư nước ngoài. Đối với vấn đề này, các nước phát triển luôn có quan điểm cho rằng việc truat hữu tài sản của nhà đầu tư nước ngoài phải diễn ra theo một tiêu chuẩn quốc tế tối thiểu do luật quốc tế quy định<sup>11</sup>. Ngược lại, các nước đang phát triển (đặc biệt trong thời kỳ hậu thuộc địa) thường cho rằng, hoàn cảnh và điều kiện truat hữu là những vấn đề thuộc quyền quyết định tuyệt đối của nước thực hiện việc truat hữu<sup>12</sup>.

#### 2.1. Tiêu chuẩn về trách nhiệm bồi thường của quốc gia

Các quốc gia phát triển, đứng đầu là Mỹ, luôn cho rằng luật quốc tế đòi hỏi một tiêu chuẩn đối xử tối thiểu trong lĩnh vực bảo đảm đầu tư (investment protection) vì có những quyền không thể dịch chuyển, được công nhận bởi luật quốc tế mà quốc gia phải dành cho nhà đầu tư nước ngoài, dù luật trong nước không quy định<sup>13</sup>. Trong vụ tranh chấp giữa Mexico và các doanh nghiệp Mỹ vì chính sách quốc hữu hoá tài sản của các công ty dầu khí nước ngoài tại Mexico vào

8 Điều 6 Luật Ký kết, gia nhập và thực hiện điều ước quốc tế (Luật số 41/2005/QH11)

9 Sornarajah M., 'The International Law on Foreign Investment', *ttđđ*, tr. 361-367.

10 Như trên.

11 Như trên.

12 Như trên.

13 Dugan, C., Wallace, D., Rubins, N., and Sabahi, B., 'Investor-State Arbitration', Oxford University Press, (2008), tr. 493.



năm 1938, Mỹ đã ban hành Đạo luật Hull<sup>14</sup> nhằm trừng phạt thương mại đối với Mexico vì nước này đã vi phạm chuẩn mực quốc tế về bảo đảm đầu tư và trách nhiệm bồi thường cho nhà đầu tư nước ngoài. Theo Đạo luật Hull “việc bồi thường tương xứng, hiệu quả và kịp thời cho những tài sản bị tịch thu” được quy định bởi luật quốc tế và là nghĩa vụ quốc tế mà chính phủ một quốc gia phải bảo đảm<sup>15</sup>. Mexico đã phản đối Đạo luật Hull khi cho rằng, việc truất hữu đối với đất đai và tài nguyên quốc gia diễn ra nhằm tái phân phối tài sản trong xã hội là hợp lý và phù hợp nhu cầu phát triển của quốc gia. Mexico cũng nhấn mạnh rằng luật quốc tế phân biệt việc truất hữu là kết quả của việc sửa đổi của cơ quan có thẩm quyền (và có ảnh hưởng như nhau đối với tất cả công dân) và việc truất hữu được quy định trong các trường hợp cụ thể (có ảnh hưởng đến lợi ích được biết trước và được xác định riêng biệt)<sup>16</sup>. Mặc dù cho rằng quốc gia phải có trách nhiệm đối với các nhà đầu tư nước ngoài và tài sản đầu tư của họ, Mexico khẳng định việc truất hữu phát sinh trong các cuộc cải cách xã hội không tạo ra nghĩa vụ quốc tế để thực hiện việc bồi thường ngay lập tức<sup>17</sup>.

Nhìn chung, học thuyết “tiêu chuẩn đối xử tối thiểu” nêu trên của Đạo luật Hull luôn bị các quốc gia tiếp nhận đầu tư phản đối. Đại diện cho khuynh hướng cực tả đối với tiêu chuẩn về trách nhiệm bồi thường của quốc gia thực hiện truất hữu là Học thuyết

Calvo<sup>18</sup>. Học thuyết này được xây dựng xung quanh ba lập luận sau: (i) nhà đầu tư nước ngoài không được đối xử thuận lợi hơn nhà đầu tư trong nước; (ii) quyền của nhà đầu tư nước ngoài được quy định bởi luật trong nước; (iii) tòa án trong nước có thẩm quyền tuyệt đối với các tranh chấp liên quan đến các nhà đầu tư nước ngoài<sup>19</sup>. Gần đây, một số nước Nam Mỹ như Venezuela và Bolivia khi thực hiện truất hữu/quốc hữu hóa tài sản của nhà đầu tư nước ngoài đã từ chối bồi thường dựa trên lý luận của học thuyết Calvo và khẳng định rằng, luật đầu tư quốc tế phải dựa trên nguyên tắc đãi ngộ quốc gia (NT), tức là nhà đầu tư nước ngoài sẽ chỉ được hưởng các quyền lợi ngang bằng với những quyền lợi mà nhà nước dành cho nhà đầu tư trong nước<sup>20</sup>. Nói cách khác, khi các nhà đầu tư trong nước không được bồi thường cho việc truất hữu, nhà đầu tư nước ngoài cũng không được đối xử thuận lợi hơn. Tuy nhiên, học thuyết Calvo cũng không được thừa nhận rộng rãi như một nguyên tắc của tập quán quốc tế.

Vấn đề tranh cãi ở đây là liệu những tiêu chuẩn đối xử tối thiểu có giới hạn đối với việc bảo vệ nhà đầu tư nước ngoài theo tập quán quốc tế và liệu rằng những tiêu chuẩn này có quy định một cấp độ bảo vệ cao hơn [mức hợp lý]<sup>21</sup>? Trong bối cảnh toàn cầu hóa hiện nay, hầu hết các quốc gia đã mở cửa thị trường, thu hút đầu tư nước ngoài và phát triển thương mại quốc tế; nhưng họ vẫn

14 Đạo luật Hull được đặt tên theo tên của Bộ trưởng Bộ Ngoại giao Cordell Hull - người khởi xướng chiến dịch chống lại biện pháp truất hữu tài sản của các doanh nghiệp dầu khí Mỹ tại Mexico vào năm 1938.

15 Dugan, C., Wallace, D., Rubins, N., and Sabahi, B., 'Investor-State Arbitration', *id.*, tr. 494-495.

16 Như trên.

17 Như trên.

18 Học thuyết Calvo lấy tên nhà luật học Uruguay Carlos Calvo trong công trình nghiên cứu có tên là *Derecho internacional teórico y práctico de Europa y América*, Paris, 1868. Học thuyết Calvo nhấn mạnh tới chủ quyền tuyệt đối của quốc gia tiếp nhận đầu tư đối với tài sản của các nhà đầu tư trên lãnh thổ của quốc gia. Calvo giải thích học thuyết này là cần thiết nhằm ngăn chặn sự lạm dụng thẩm quyền giải quyết tranh chấp tại các nước yếu hơn bởi các cường quốc.

19 Cremades, B. 'Resurgence of the Calvo Doctrine in Latin America', *Business Law International*, Vol. 7, No. 1, (2006), tr. 54.

20 Newcombe, A. and Paradell, L., 'Law and Practice of Investment Treaties', *Kluwer Law International*, 2009, tr. 13

21 Như trên.

không thừa nhận một tiêu chuẩn đối xử tối thiểu trong bảo đảm đầu tư và trách nhiệm bồi thường “đầy đủ, ngay lập tức” cho nhà đầu tư nước ngoài có tài sản bị truất hữu như một nguyên tắc đương nhiên của tập quán quốc tế.

Trong nỗ lực loại trừ những tranh cãi trong vấn đề này, các quốc gia xuất khẩu tư bản, đặc biệt là Mỹ, đã xúc tiến đàm phán ký kết nhiều điều ước quốc tế song phương về đầu tư với những quốc gia đối tác tiếp nhận đầu tư quan trọng của mình. Điều khoản về trách nhiệm bồi thường trong trường hợp truất hữu với yêu cầu là nhà nước phải bồi thường “nhanh chóng, tương xứng và hiệu quả” (prompt, adequate and effective) luôn là quy định trung tâm trong các BIT của Mỹ<sup>22</sup>. Nguyên tắc này cũng dần được ghi nhận trong nhiều điều ước hợp tác kinh tế khu vực. Chẳng hạn, Hiến chương châu Âu về Năng lượng quy định rằng “bồi thường được xem là thích hợp khi nó được thực hiện tương xứng, kịp thời và hiệu quả”<sup>23</sup>; tương tự, Hiệp định đầu tư toàn diện của ASEAN (ACIA) quy định nước thành viên ASEAN tiếp nhận đầu tư phải bồi thường thích hợp, ngay lập tức, tương ứng với giá thị trường... cho nhà đầu tư bị ảnh hưởng từ biện pháp truất hữu hoặc quốc hữu hoá<sup>24</sup>.

Tuy nhiên, án lệ trong thực tiễn giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế lại thường áp dụng một thuật ngữ khác được ghi nhận trong Nghị quyết của Liên hợp quốc về chủ

quyền vĩnh viễn đối với tài nguyên thiên nhiên 1962 (Nghị quyết 1962) là “bồi thường thích hợp”<sup>25</sup>. Nguyên tắc này đã được viện dẫn trong hai vụ tranh chấp về đầu tư quốc tế nổi tiếng là vụ kiện *Texaco*<sup>26</sup> và vụ kiện *Aminoil*<sup>27</sup>.

Vậy khái niệm “bồi thường thích hợp” có đồng nghĩa với “bồi thường tương xứng, kịp thời và hiệu quả”? Từ những thực tiễn giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế, có thể thấy hai thuật ngữ này không được coi là một khái niệm đồng nhất. Thẩm phán Amelie trong vụ kiện *INA Corporation vs. The Islamic Republic of Iran* đã cho rằng “[...] khái niệm truyền thống về bồi thường “kịp thời, tương xứng và hiệu quả” - một khái niệm thậm chí gây nghi ngờ vì chưa bao giờ được xây dựng một cách đầy đủ - [và] đã bị hủy bỏ và thay thế bởi khái niệm “bồi thường thích hợp”<sup>28</sup>. Như vậy, dù bồi thường tương xứng, kịp thời và hiệu quả có thể hội đủ điều kiện như bồi thường thích hợp, nhưng bồi thường thích hợp có thể không nhất thiết phải là tương xứng, kịp thời và hiệu quả. Điều này đặc biệt liên quan tới trường hợp hành động tước tài sản của nhà đầu tư là kết quả một cuộc cải cách xã hội ảnh hưởng lên toàn bộ ngành công nghiệp (nói cách khác là truất hữu hợp pháp) và không mang tính riêng biệt. Trong những trường hợp trước đó, không có nghĩa vụ quốc tế nào được áp dụng để buộc bồi thường ngay lập tức<sup>29</sup> hay bồi thường ít hơn giá trị thị trường đầy đủ của việc đầu tư<sup>30</sup>.

22 Robinson, D., 'Expropriation in the Restatement (Revised)', (1984) 78 *American Journal of International Law* Vol. 78 Issue 170 (1984)tr. 178; cũng xem Somarjah M., 'The International Law on Foreign Investment', tldđ, tr. 392-393.

23 Điều 13, Hiến chương Châu Âu về Năng lượng (*European Energy Charter Treaty*) (1994) (<http://www.dipublico.com.ar/english/treaties/european-energy-charter-treaty>); truy cập 17/03/2013.

24 Điều 14, Hiệp định đầu tư toàn diện của ASEAN (ACIA).

25 Shaw, M., 'International Law', 6th Ed., Cambridge University Press, 2008, tr. 834.

26 *Texaco-Libya Arbitration (Texaco)*, 17 ILM, (1978) tr. 3 và 29.

27 *Kuwait v. The American Independent Oil Company (AMINOIL)*, 21 ILM 976 (1982) tr. 21.

28 Xem Judge Amelie's dissenting opinion in *INA Corporation v. The Islamic Republic of Iran* 8 Iran-US CTR 407 ; [[http://www.biicl.org/files/3943\\_ina\\_synopsis.pdf](http://www.biicl.org/files/3943_ina_synopsis.pdf)] truy cập 21/03/2013.

29 Lowenfeld, A. *International Economic Law*, Oxford University Press, (2002), tr. 397-403.

30 Judge Mosk's view in *American International Group, Inc. and American Life Insurance Company, v. Islamic Republic of Iran and Central Insurance of Iran (Bimeh Markazi Iran)*(Case No. 2) 4 Iran-US CTR 117-8.

## 2.2. Trách nhiệm pháp lý đối với truất hữu bất hợp pháp và truất hữu hợp pháp

Phạm vi trách nhiệm pháp lý của quốc gia trong trường hợp truất hữu tài sản của nhà đầu tư nước ngoài phụ thuộc vào tính pháp lý của hành vi truất hữu. Cho tới nay, mặc dù còn nhiều mâu thuẫn về các quan điểm đối với nội hàm và cấu thành của hành vi truất hữu, các quan điểm và học thuyết pháp lý trên thế giới đều thống nhất rằng, quốc gia phải chịu trách nhiệm pháp lý ở mức cao hơn đối với hành vi truất hữu bất hợp pháp, bao gồm bồi thường và sửa chữa [sai phạm] để nhà đầu tư có thể tiếp tục hoạt động kinh doanh<sup>31</sup>. Một số học giả và án lệ quốc tế cho rằng, trong trường hợp truất hữu bất hợp pháp, nhà nước phải bồi thường đầy đủ bằng vật chất hoặc bằng khoản tiền tương đương để đặt tình trạng của dự án đầu tư trở về hiện trạng ban đầu giống như việc tước đoạt tài sản không diễn ra<sup>32</sup>.

Toà án Nhân quyền châu Âu (European Court of Human Rights - ECHR) trong thực tiễn xét xử của mình cũng phân biệt giữa tính bất hợp pháp của hành vi tước đoạt tài sản của nhà đầu tư khi thiết lập quy tắc áp dụng tự động mức bồi thường cao hơn<sup>33</sup>. Quy tắc này được hình thành từ vụ kiện *Chorzow Factory* được giải quyết bởi Toà án Công lý quốc tế (ICJ), hiện được quy định tại Điều 31 trong Bộ quy tắc về Trách nhiệm quốc tế của nhà nước của Ủy ban Luật quốc tế của Liên hợp quốc.

Trong vụ *Amco vs. Indonesia*<sup>34</sup>, Hội đồng trọng tài đã khẳng định quốc gia phải

có trách nhiệm bù đắp cho tất cả thiệt hại mà chủ tài sản phải gánh chịu từ việc truất hữu bất hợp pháp. Trong các vụ việc như vậy, tập quán quốc tế yêu cầu quốc gia phải chịu trách nhiệm bồi thường đầy đủ thông qua các hình thức như buộc khôi phục lại tình trạng ban đầu hoặc trả lại tài sản, nếu không, thì trả bằng khoản tiền tương đương<sup>35</sup>. Từ góc độ nguyên tắc công bằng, quốc gia vi phạm phải có trách nhiệm khắc phục những thiệt hại mà mình đã gây ra và nhà đầu tư phải được khôi phục các quyền và lợi ích kinh tế của mình trong dự án đầu tư. Thực tế, trong đa số các trường hợp, nhà đầu tư nước ngoài có mong muốn được nhận lại tài sản hơn là được bồi thường. Tuy nhiên, điều này có thể khó khăn trong những vụ việc mà có một cuộc cải cách được thực hiện bằng việc cưỡng chế chiếm dụng tài sản đầu tư, nhưng cũng có thể thực hiện được nếu có một cuộc cải cách ngược lại khôi phục việc khuyến khích đầu tư<sup>36</sup>.

Đối với trường hợp truất hữu hợp pháp (chẳng hạn vì lợi ích công cộng, an ninh quốc phòng...), nhiều học giả và án lệ tranh chấp quốc tế về đầu tư có quan điểm rằng, quốc gia phải có trách nhiệm bồi thường đầy đủ cho nhà đầu tư (không phải sửa chữa sai phạm như trong trường hợp truất hữu bất hợp pháp). Phán quyết của trọng tài trong vụ kiện *American International Group (AIG) vs. Iran*<sup>37</sup> đã khẳng định “mặc dù có tồn tại sự tranh cãi về tiêu chuẩn bồi thường của tập quán quốc tế, quy tắc chung luôn buộc quốc gia phải bồi thường đầy đủ”<sup>38</sup> bởi vì “... việc

31 Sornarajah M., ‘The International Law on Foreign Investment’, *ltd.*, tr. 362; UNCTAD, *Expropriation, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*, (2012), tr. 111-116.

32 Shaw, M., *International Law, 6th Edition, Cambridge University Press*, (2008), tr. 837.

33 UNCTAD, *Expropriation, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*, (2012), tr. 44.

34 *Amco Asia Corporation and others vs. Republic of Indonesia* (ICSID Case No. ARB/81/1) .

35 Như trên.

36 Folsom, R., Gordon, M. and Spanogle, J. *International Business Transactions, 2nd Edition, West Group* (2001,) tr. 1059.

37 *American International Group, Inc. and American Life Insurance Company vs. Islamic Republic of Iran (Bimeh Markazi Iran)*(Case No. 2) 4 Iran-US CTR 117-8.

38 Như trên .

tài sản bị chiếm dụng mà không được bồi thường đầy đủ là không phù hợp với sự công bằng cơ bản, lợi ích công cộng và lợi ích quốc tế. Nguy cơ bồi thường không tương xứng có thể làm giảm đầu tư quốc tế cần thiết vào các nước đang phát triển hay ít nhất làm tăng chi phí đầu tư vào các nước này”<sup>39</sup>. Ngoài ra, “... kể cả khi tập quán quốc tế chỉ yêu cầu bồi thường một khoản không đầy đủ, bồi thường đầy đủ nên được tuyên bố vì (i) nguyên đơn đầu tư với sự khuyến khích của chính phủ Iran [nước tiếp nhận đầu tư]; (ii) việc đầu tư không được thực hiện tại một thuộc địa hoặc bán thuộc địa; (iii) nguyên đơn đã đối xử một cách có trách nhiệm và không phương hại đến Iran (iv) Iran đã trở thành người thụ hưởng tất cả các nỗ lực [đầu tư kinh doanh] của AIG bằng việc quốc hữu hóa”<sup>40</sup>. Hội đồng đã buộc Iran bồi thường đối với giá trị hoạt động liên tục của lợi ích của nhà đầu tư, bao gồm cả lợi thế thương mại và thu nhập tiềm năng<sup>41</sup>.

Nhìn chung, các cơ sở pháp lý ủng hộ quy tắc “bồi thường đầy đủ” trong trường hợp trút hữu hợp pháp chưa thật sự vững vàng. Cộng đồng quốc tế chưa có sự thống nhất quan điểm về vấn đề này. Đa số các quốc gia thực hiện trút hữu đều khẳng định trách nhiệm bồi thường đối với nhà đầu tư bị trút hữu tài sản, nhưng mức độ và hình thức bồi thường của quốc gia phải phụ thuộc vào hoàn cảnh kinh tế - chính trị - xã hội của quốc gia đó vào thời điểm nhà nước thực hiện biện pháp trút hữu. Tập quán quốc tế liên quan tới trách nhiệm của quốc gia trong bảo hộ đầu tư cũng chấp nhận trường hợp quốc gia thực hiện trút hữu hợp pháp có thể chỉ đền bù một phần cho nhà đầu tư nước ngoài trong nhiều trường hợp. Chẳng hạn khi nhà đầu tư nước ngoài trong quá khứ đã gây thiệt hại cho quốc gia (gây hại cho sức khỏe

của người dân bản xứ, ô nhiễm môi trường...) hoặc nhà đầu tư có các khoản lợi nhuận bất thường từ dự án đầu tư. Thời gian đầu tư tại quốc gia tiếp nhận đầu tư cũng là một yếu tố có liên quan được xem xét để xác định mức độ bồi thường. Nếu những lợi nhuận của nhà đầu tư nước ngoài đã bù đắp cho khoản đầu tư ban đầu thì giá trị của đền bù toàn bộ sẽ giảm đi tương ứng với khoản lợi nhuận mà nhà đầu tư đã thu được<sup>42</sup>.

### 3. Kết luận

Vấn đề bảo đảm đầu tư, bảo vệ quyền sở hữu của nhà đầu tư nước ngoài và quyền trút hữu mọi tài sản trên lãnh thổ quốc gia của nhà nước luôn là đề tài nóng trong quan hệ quốc tế. Trong vài thập niên trở lại đây, pháp luật quốc tế về đầu tư đã dần đạt được một mức độ thống nhất tương đối trong một số vấn đề cơ bản như khái niệm trút hữu tài sản của nhà đầu tư nước ngoài và nguyên tắc chung về trách nhiệm của quốc gia khi thực hiện trút hữu.

Tuy nhiên, luật quốc tế vẫn chưa hình thành toàn diện và dứt khoát về những quy định liên quan tới tính chất pháp lý của hành vi trút hữu và phạm vi hay mức độ trách nhiệm bồi thường của quốc gia. Hiện luật đầu tư quốc tế chưa thiết lập được một ranh giới rõ ràng giữa quy định không đền bù một mặt và, mặt khác, các biện pháp có tác dụng tước đi các tài sản và lợi ích kinh tế của nhà đầu tư nước ngoài và do đó dẫn tới trách nhiệm bồi thường; cũng như sự khác biệt về phạm vi trách nhiệm bồi thường đối với trút hữu hợp pháp và trút hữu bất hợp pháp.

Từ góc độ lợi ích của Việt Nam trong việc thu hút đầu tư nước ngoài, giải pháp hiệu quả là đàm phán ký kết các BIT với các đối tác chiến lược và củng cố các quy phạm pháp luật trong nước về bảo đảm đầu tư theo

(Xem tiếp trang 56)

39 Như trên.

40 Như trên.

41 Như trên.

42 Sornarajah M., "The International Law on Foreign Investment", *ttđđ*, tr. 449-450.

# HOÀN THIÊN PHÁP LUẬT VỀ PHÒNG, CHỐNG BẠO LỰC GIA ĐÌNH

NGUYỄN DUY PHƯƠNG\*

**Đ**ảng và Nhà nước ta rất quan tâm đến công tác đấu tranh phòng, chống bạo lực gia đình (BLGD). Ngay từ năm 1982, Chính phủ Việt Nam đã ký kết gia nhập “Công ước của Liên hợp quốc về xóa bỏ tất cả các hình thức phân biệt đối xử chống lại phụ nữ” (Convention on the Elimination of all forms of Discrimination against Women) gọi tắt là CEDAW, đồng thời ban hành các văn bản pháp luật có giá trị pháp lý cao điều chỉnh các vấn đề có liên quan BLGD như Hiến pháp, Bộ luật Hình sự, Bộ luật Dân sự, Luật Hôn nhân và Gia đình, Luật Bình đẳng giới. Đặc biệt, ngày 21/11/2007, Quốc hội đã thông qua Luật Phòng, chống BLGD, nhằm tạo cơ sở pháp lý thống nhất để bảo vệ quyền và lợi ích của các thành viên trong gia đình, góp phần củng cố và xây dựng gia đình Việt Nam ấm no, bình đẳng, tiến bộ, hạnh phúc trong điều kiện hội nhập quốc tế. Việc ra đời của Luật Phòng, chống BLGD là một trong những công cụ pháp lý để bảo vệ nạn nhân BLGD, là cơ sở pháp lý để nâng cao vai trò, hiệu quả công tác phòng, chống BLGD của Việt Nam.

Để triển khai thực hiện Luật Phòng, chống BLGD, Chính phủ đã ban hành Nghị định số 08/2009/NĐ-CP ngày 04/02/2009 quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Phòng, chống BLGD. Quá trình triển khai thực hiện các văn bản phòng,

chống BLGD về cơ bản đã đạt được những kết quả đáng khích lệ, vấn đề BLGD đã được nhìn nhận một cách thực sự như một vấn nạn xã hội, phòng, chống BLGD đã được các cấp, các ngành và toàn xã hội quan tâm. Tuy nhiên, theo Báo cáo nghiên cứu quốc gia về BLGD đối với phụ nữ ở Việt Nam được Chính phủ Việt Nam và Liên hợp quốc công bố ngày 25/11/2011, cứ ba phụ nữ có gia đình hoặc đã từng có gia đình thì có một người (34%) cho biết họ đã từng bị chồng mình bạo hành thể xác hoặc tinh dục. Số phụ nữ có hoặc từng có gia đình hiện đang phải chịu một trong hai hình thức bạo hành này chiếm 9%. Nếu xem xét đến cả ba hình thức bạo hành chính trong đời sống vợ chồng: thể xác, tinh dục và tinh thần, thì có hơn một nửa (58%) phụ nữ Việt Nam cho biết đã từng là nạn nhân của ít nhất một hình thức BLGD kể trên. Các kết quả nghiên cứu cũng cho thấy khả năng phụ nữ bị chồng mình lạm dụng nhiều hơn gấp ba lần so với khả năng họ bị người khác lạm dụng<sup>1</sup>.

Trong những năm gần đây, tình trạng BLGD vẫn không có chiều hướng giảm. Ngày càng có nhiều trường hợp BLGD gây hậu quả nghiêm trọng được phát hiện, công tác phòng, chống BLGD vẫn chưa thật sự hiệu quả, nhận thức về BLGD chưa đầy đủ. Đặc biệt ở một số vùng nông thôn, đa số người dân chưa nhận thức được chính xác

\* TS. Trường đại học Luật thuộc Đại học Huế.

1 Tổng cục Thống kê Việt Nam (2010), Nghiên cứu quốc gia về BLGD đối với phụ nữ ở Việt Nam.

thể nào là BLGD, nhằm lẫn giữa BLGD với những mâu thuẫn thường gặp hàng ngày trong đời sống gia đình. BLGD chưa được phát hiện và ngăn chặn kịp thời; trách nhiệm của cá nhân, gia đình, cơ quan, tổ chức trong phòng, chống BLGD chưa được hiểu và thực hiện đúng.

Mặc dù Luật Phòng, chống BLGD đã được áp dụng gần bảy năm, nhưng qua thực tiễn thực hiện pháp luật cho thấy, vẫn còn những bất cập, mâu thuẫn và thiếu những quy định cần thiết để hoạt động phòng, chống BLGD đạt hiệu quả.

Chính vì vậy, ngày 06/02/2014, Thủ tướng Chính phủ đã ban hành Quyết định số 215/QĐ-TTg phê duyệt Chương trình hành động quốc gia về phòng, chống BLGD đến năm 2020, với mục tiêu: “Tạo sự chuyển biến mạnh mẽ về nhận thức và nâng cao trách nhiệm của các cấp, các ngành, gia đình, cộng đồng và toàn xã hội trong công tác phòng, chống BLGD; từng bước ngăn chặn và giảm dần số vụ BLGD trên phạm vi toàn quốc”<sup>2</sup>. Một trong những giải pháp để thực hiện mục tiêu là: “Nâng cao năng lực quản lý nhà nước, hoàn thiện hệ thống chính sách, pháp luật về phòng, chống BLGD. Nghiên cứu, đề xuất việc sửa đổi, bổ sung Luật Phòng, chống BLGD, Bộ luật Hình sự, Bộ luật Tố tụng hình sự và pháp luật có liên quan đến công tác phòng, chống BLGD”<sup>3</sup>.

Để đáp ứng Chương trình hành động quốc gia về phòng, chống BLGD đến năm 2020, khắc phục những hạn chế này, theo chúng tôi, cần phải hoàn thiện pháp luật về phòng, chống BLGD và các văn bản pháp luật có liên quan theo hướng sau:

### 1. Hoàn thiện Luật Phòng, chống bạo lực gia đình

*Thứ nhất, cần làm rõ khái niệm “thành viên gia đình” trong Luật Phòng, chống BLGD nhằm thống nhất với các luật khác.*

Về khái niệm “thành viên gia đình”,

Khoản 2, Điều 1 Luật Phòng, chống BLGD quy định: “BLGD là hành vi cố ý của thành viên gia đình gây tổn hại hoặc có khả năng gây tổn hại về thể chất, tinh thần, kinh tế đối với thành viên khác trong gia đình”<sup>4</sup>. Tuy nhiên, Luật lại không giải thích khái niệm “thành viên gia đình”, nên gây khó khăn trong quá trình áp dụng pháp luật.

Trong Luật Hôn nhân và Gia đình hiện hành có tới hai khái niệm thành viên gia đình. Hai khoản của Điều 49 được thể hiện bằng hai cụm từ ngữ khác nhau: “Các thành viên *cùng sống chung* trong gia đình có nghĩa vụ” và “Các thành viên *trong gia đình* có quyền được hưởng”. Việc quy định không đồng nhất này dẫn đến cách hiểu tồn tại song song hai loại thành viên gia đình: (1) thành viên cùng sống chung trong gia đình có nghĩa vụ, (2) thành viên trong gia đình có quyền. Như vậy, nếu đối chiếu với Luật Hôn nhân và Gia đình, thành viên gia đình trong Luật Phòng, chống BLGD được xếp vào loại thứ 2, điều này là hoàn toàn bất hợp lý.

Mặt khác, hiện nay còn có nhiều cách hiểu khác nhau về khái niệm này, có người cho rằng thành viên gia đình bao gồm tất cả những người sống chung dưới một mái nhà như ông, bà, cha, mẹ con cái, dâu, rể, anh chị em... Có người lại cho rằng “Gia đình là tập hợp những người gắn bó với nhau do hôn nhân, quan hệ huyết thống hoặc do quan hệ nuôi dưỡng, làm phát sinh các nghĩa vụ và quyền giữa họ với nhau” theo như quy định Điều 8 Luật Hôn nhân và Gia đình; từ đó cho rằng: thành viên gia đình là những người gắn bó với nhau do hôn nhân, quan hệ huyết thống hoặc do quan hệ nuôi dưỡng. Trong thực tế, việc con dâu bạo hành với bố mẹ chồng, con rể bạo hành đối với bố mẹ vợ xảy ra khá phổ biến, vậy hành vi này có phải là BLGD không? Điều đó cho thấy đối tượng điều chỉnh của Luật Phòng, chống BLGD chưa được quy định một cách rõ ràng, có thể

2 Chương trình hành động quốc gia về phòng chống BLGD đến năm 2020.

3 Chương trình hành động quốc gia về phòng chống BLGD đến năm 2020.

4 Luật Phòng, chống BLGD 2007.

gây ra nhiều cách hiểu khác nhau, và do đó việc áp dụng các quy định của Luật để bảo vệ nạn nhân trở nên khó khăn hơn.

Để thống nhất trong việc áp dụng pháp luật, theo chúng tôi, cần quy định cụ thể, rõ ràng về “khái niệm thành viên gia đình”. Thành viên gia đình là những người có một khoảng thời gian sống chung với nhau ổn định, có sự quan tâm chia sẻ với nhau những công việc của gia đình và xã hội, từ đó hình thành nên mối liên hệ đặc biệt về tâm lý, tình cảm, tạo nên cách ứng xử giữa họ với nhau, bao gồm những đối tượng sau: (1) những người sống trong cùng một gia đình, có đời sống chung về mặt vật chất và tinh thần như ông, bà cha mẹ và con cái, vợ và chồng, (2) giữa những người là con dâu với cha mẹ chồng, là con rể với cha mẹ vợ, (3) giữa những người sống chung với nhau như vợ chồng.

*Thứ hai, quy định các hành vi cụ thể của từng loại BLGD*

Hành vi BLGD được liệt kê tại Điều 2 Luật Phòng, chống BLGD năm 2007, theo chúng tôi, là quá chung chung và không đầy đủ. Điều này dẫn đến tình trạng người thực hiện hành vi bạo lực cũng không biết mình đang thực hiện hành vi BLGD, đồng thời nạn nhân cũng khó xác định được đâu là hành vi BLGD để tố cáo, để yêu cầu cơ quan nhà nước có thẩm quyền can thiệp. Do đó cần phải phân loại hành vi BLGD như:

- Bạo lực thân thể: là hành vi ngược đãi, đánh đập thành viên gia đình, làm tổn thương tới sức khỏe, tính mạng của họ.

- Bạo lực về tình dục: là bất kỳ hành vi nào mang tính chất cưỡng ép trong các quan hệ tình dục giữa các thành viên gia đình, kể cả việc cưỡng ép sinh con.

- Bạo lực về tinh thần: là những lời nói, thái độ, hành vi làm tổn thương tới danh dự, nhân phẩm, tâm lý của thành viên gia đình.

- Bạo lực về mặt xã hội: gồm việc cắt đứt các mối quan hệ giữa người phụ nữ với người thân trong gia đình và bạn bè.

- Bạo lực về kinh tế: là hành vi xâm

phạm tới các quyền lợi về kinh tế của thành viên gia đình (quyền tự do lao động, tự do kinh doanh, quyền sở hữu tài sản...).

Ngoài ra cần bổ sung các hành vi bạo lực tinh dục trong quan hệ vợ chồng như: hành vi ép buộc mang thai, sinh sớm, sinh dày, sinh nhiều con, ép buộc lựa chọn giới tính của thai nhi, ngăn cản không cho sử dụng biện pháp tránh thai...

*Thứ ba, quy định về biện pháp cấm tiếp xúc trong lĩnh vực phòng, chống BLGD*

Điểm d Khoản 1 Điều 19 Luật Phòng, chống BLGD quy định về việc cấm tiếp xúc: “Cấm người có hành vi BLGD đến gần nạn nhân; sử dụng điện thoại hoặc các phương tiện thông tin khác để có hành vi bạo lực với nạn nhân (sau đây gọi là biện pháp cấm tiếp xúc)”.

Cấm tiếp xúc trong một thời gian giữa nạn nhân và người có hành vi bạo lực là cần thiết để đảm bảo sự an toàn cho nạn nhân và cũng là để giáo dục người có hành vi bạo lực về lỗi lầm của họ. Tuy nhiên, Luật quy định việc áp dụng biện pháp này phải: “Có đơn yêu cầu của nạn nhân BLGD, người giám hộ hoặc người đại diện hợp pháp hoặc cơ quan, tổ chức có thẩm quyền; trường hợp cơ quan, tổ chức có thẩm quyền có đơn yêu cầu thì phải có sự đồng ý của nạn nhân BLGD”<sup>5</sup>, điều này có phần chưa khả thi. Bởi vì hầu hết nạn nhân bị bạo lực là người vợ, người con trong đó nhiều người bị phụ thuộc vào người chồng về kinh tế, đặc biệt là người phụ nữ lại rất gắn bó với con cái, nên dù bị đối xử tàn nhẫn nhưng họ vẫn có thể cam chịu, tiếp tục sống chung với người có hành vi bạo lực. Do đó, việc quy định áp dụng biện pháp cấm tiếp xúc phải “có đơn yêu cầu của nạn nhân, có sự đồng ý của nạn nhân” là chưa phù hợp với thực tiễn và chưa bảo vệ được các nạn nhân của BLGD là phụ nữ, trẻ em.

Bên cạnh đó, theo quy định tại Điểm c Khoản 1 Điều 20 thì điều kiện để cấm tiếp xúc là: “Người có hành vi BLGD và nạn nhân BLGD có nơi ở khác nhau trong thời

5 Khoản 1 Điều 20 Luật phòng, chống BLGD 2007.

gian cảm tiếp xúc”. Điều này là không khả thi, vì đa số hành vi BLGD xảy ra với những người trong gia đình, sống chung trong một mái nhà nên họ không có nơi ở khác.

Do đó, khi áp dụng biện pháp này, trong trường hợp hành vi bạo lực gây tổn hại hết sức nghiêm trọng tới sức khỏe, danh dự của nạn nhân; hành vi lặp lại nhiều lần; người có hành vi đã được giáo dục mà tiếp tục vi phạm... thì không cần đến sự yêu cầu hay cho phép của nạn nhân. Khi thực hiện biện pháp cấm tiếp xúc, nếu nạn nhân hoặc thủ phạm không có nơi ở khác thích hợp thì các cơ quan, tổ chức hữu quan phải bố trí chỗ ở cho họ (có thể ở tại nhà sinh hoạt cộng đồng, nhà văn hóa thôn, bản...)

*Thứ tư, quy định về trách nhiệm của các cơ quan, tổ chức có thẩm quyền*

Trách nhiệm của các cơ quan, tổ chức có thẩm quyền trong phòng, chống BLGD được quy định tại Chương IV Luật Phòng, chống BLGD (từ Điều 33 đến Điều 41). Tuy nhiên, Luật chỉ quy định chung chung về trách nhiệm của các cá nhân, cơ quan, tổ chức trong thi hành Luật, mà không đề ra cơ chế cho việc thực thi trên thực tế. Vì vậy, theo chúng tôi, cần quy định chi tiết hơn về vấn đề này. Cụ thể cần quy định việc tuyên truyền này như là một trách nhiệm thường xuyên của một số cơ quan, tổ chức cụ thể ở địa phương, cơ sở (Ủy ban Dân số, gia đình và trẻ em, Ban Vì sự tiến bộ phụ nữ, Hội phụ nữ, Tổ dân phố...).

Đồng thời, cũng cần phải quy định những biện pháp xử lý cơ quan, tổ chức, người có thẩm quyền không thực hiện đúng chức năng, nhiệm vụ trong công tác phòng, chống BLGD. Mặc dù Nghị định 167/2013/NĐ-CP đã bổ sung một số biện pháp xử lý nghiêm cán bộ, cơ quan, tổ chức phòng, chống BLGD có hành vi vi phạm trong phòng, chống BLGD như: (i) nhân viên tư vấn, y tế, phóng viên các cơ quan truyền thông nếu tiết lộ thông tin cá nhân của nạn nhân BLGD mà không được sự đồng ý của nạn nhân làm ảnh hưởng đến uy tín và danh dự của nạn nhân hoặc cố ý tiết lộ, tạo

điều kiện cho người có hành vi bạo lực biết nơi tạm lánh của nạn nhân sẽ bị phạt tiền từ 1- 3 triệu đồng; (ii) nếu tổ chức, cá nhân có hành vi đòi tiền của nạn nhân sau khi có hành động giúp đỡ nạn nhân bị bạo hành hoặc lợi dụng hoàn cảnh khó khăn của nạn nhân để yêu cầu họ thực hiện hành vi trái luật sẽ bị phạt 300 ngàn đồng; (iii) đối với việc cố tình thành lập cơ sở tư vấn về phòng, chống BLGD hoặc lợi dụng hoạt động phòng, chống BLGD để trục lợi sẽ bị phạt tới 30 triệu đồng. Tuy nhiên, Nghị định số 167/2013/NĐ-CP chưa quy định bất cứ một hình thức xử phạt nào cho những hành vi dung túng, bao che, không xử lý, xử lý không đúng quy định của pháp luật các hành vi BLGD. Do đó, cần phải quy định chặt chẽ hơn trách nhiệm của các cơ quan, tổ chức trong phòng, chống BLGD cũng như những chế tài xử lý thích đáng đối với các cơ quan, tổ chức để các vụ việc bạo lực xảy ra liên tục, kéo dài, không phát hiện và có biện pháp can thiệp kịp thời.

## **2. Hoàn thiện các văn bản pháp luật liên quan đến phòng, chống bạo lực gia đình**

*Thứ nhất, quy định về hình thức phạt tiền trong xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực phòng, chống BLGD*

Nghị định số 167/2013/NĐ-CP của Chính phủ quy định về xử phạt hành chính trong lĩnh vực an ninh, trật tự, an toàn xã hội; phòng, chống tệ nạn xã hội; phòng, chống chữa cháy; phòng, chống BLGD đã đưa ra những chế tài cần thiết đối với người thực hiện hành vi BLGD, các mức phạt đối với các hành vi vi phạm đã được điều chỉnh hợp lý hơn, khắc phục những tồn tại của các quy định cũ. Tuy nhiên, vẫn còn một số quy định về hình thức phạt tiền của Nghị định này chưa thực sự hợp lý và không có tính khả thi, cụ thể như:

- “Phạt cảnh cáo hoặc phạt tiền từ 100.000 đồng đến 300.000 đồng đối với một trong những hành vi sau đây: (1). Cưỡng ép người khác kết hôn, ly hôn, tảo hôn bằng cách hành hạ, ngược đãi, uy hiếp tinh thần hoặc bằng thủ đoạn khác, (2). Cản trở người



khác kết hôn, ly hôn, cản trở hôn nhân tự nguyện, tiến bộ bằng cách hành hạ, ngược đãi, uy hiếp tinh thần, yêu sách của cải hoặc bằng thủ đoạn khác”<sup>6</sup>. Mức phạt như vậy là quá thấp, không tương xứng với tính chất, mức độ nguy hiểm của hành vi, vì đối với những người có điều kiện kinh tế thì mức phạt tiền như trên là không có ý nghĩa giáo dục với họ. Còn đối với người có điều kiện kinh tế khó khăn thì biện pháp phạt tiền lại càng phản tác dụng do người có hành vi bạo lực vì phải nộp phạt mà trút giận lên nạn nhân bằng những hành vi bạo lực kinh khủng hơn, tinh vi hơn. Ngoài ra, trong trường hợp người có hành vi bạo lực không có thu nhập thì việc phạt tiền với họ là không khả thi, không có tác dụng, do họ không có công ăn việc làm, thường xuyên nhậu nhẹt, say xỉn và đánh đập vợ để lấy tiền uống rượu, khi bị xử phạt thì người phải bỏ tiền nộp phạt chính là nạn nhân (vợ, con).

- “Phạt tiền từ 500 nghìn đồng đến 01 triệu đồng đối với hành vi lăng mạ, chì chiết, xúc phạm danh dự, nhân phẩm thành viên gia đình” (Khoản 1 Điều 51 Nghị định số 167). Vậy mức độ lăng mạ, chửi bới thành viên trong gia đình như thế nào thì sẽ bị xử lý? Muốn có căn cứ để xử phạt cần có bằng chứng, có người đứng ra tố giác hoặc cơ quan chức năng phát hiện và xử lý. Trong khi đó, sự lăng mạ thực hiện bằng lời nói mà thường thì “lời nói gió bay” lấy gì làm căn cứ; liệu lực lượng cán bộ xã, công an... có đủ để theo sát từng nhà, phát hiện hành vi để xử lý trong khi tâm lý chung của người dân Việt Nam là không thích “vạch áo cho người xem lưng”? Mặt khác như đã phân tích ở trên, với mức xử phạt từ 500 nghìn đồng đến 01 triệu đồng, đối với người có điều kiện thì họ sẵn sàng nộp phạt và coi như hết trách nhiệm, như vậy, tính răn đe sẽ không cao. Còn nếu rơi vào gia đình có hoàn cảnh khó khăn sẽ ảnh hưởng trực tiếp đến kinh tế của gia đình họ. Vì vậy, chắc chắn người người bị lăng mạ không đại gì lại đi khai báo với

cơ quan chức năng chỉ vì một câu nói xúc phạm của chồng (vợ) để bị mất tiền, ảnh hưởng đến kinh tế của gia đình.

Xuất phát từ những bất cập nêu trên, chúng tôi cho rằng, có thể bỏ chế tài phạt tiền người chồng hoặc vợ khi có hành vi bạo hành mà dùng hình thức chế tài khác như lao động công ích tại địa phương... Nếu phạt chỉ làm trầm trọng thêm vấn đề tài chính mà chính nạn nhân lại là người gánh chịu, như vậy sẽ không đạt được mục đích của biện pháp chế tài hành chính này. Việc xử phạt lao động công ích tại địa phương cũng chạm được đến lòng tự trọng của họ, tạo nên tiếng nói dư luận, do đó họ sẽ cố gắng tránh bằng cách không thực hiện hành vi vi phạm, vì thế hiệu quả phòng, chống BLGD sẽ cao hơn.

*Thứ hai, quy định về xử lý hình sự đối với hành vi bạo lực*

Theo quy định của Bộ luật Hình sự hiện hành, khung hình phạt hiện nay đối với một số tội liên quan đến những hành vi bạo lực trong gia đình như: đối với tội bức tử (Điều 100) cao nhất là bảy năm tù, còn các tội khác mức hình phạt cao nhất cũng chỉ tới ba năm tù là chưa nghiêm, chưa đủ để mang tính răn đe. Cần quy định mức hình phạt đối với các hành vi BLGD cao hơn mới có tác dụng ngăn chặn tình trạng bạo lực trong gia đình hiện nay ở Việt Nam.

Đối với các tội giết người (Điều 93), tội cố ý gây thương tích (Điều 104) thì không có sự khác biệt giữa người thực hiện hành vi là thành viên gia đình hay không phải thành viên gia đình. Do đó pháp luật hình sự cần bổ sung thêm các tình tiết định khung như: “phạm tội đối với vợ, chồng, con cái” và “gây tổn hại sức khỏe cho các thành viên trong gia đình” vào các tội danh trên. Hành vi hành hạ, ngược đãi gây thương tích, tước đoạt tính mạng của người khác đều là những hành vi mang tính chất đặc biệt nguy hiểm vì nó vi phạm quyền bất khả xâm phạm về thân thể, tính mạng - một trong những quyền cơ bản của con người, ảnh hưởng xấu cho gia

6 Điều 55 Luật Phòng chống BLGD.

## THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

đình và xã hội, làm băng hoại các giá trị đạo đức. Những hành vi này nếu đặt trong quan hệ gia đình thì nó càng mang tính chất nguy hiểm nhiều hơn và cần phải có sự trừng trị nghiêm khắc hơn, bởi những thành viên trong gia đình là những người đã luôn yêu thương, chăm sóc nhau và gắn bó với nhau suốt cuộc đời.

Một vấn đề bất cập nữa là Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2003 quy định tỷ lệ thương tật từ 11% trở lên mới là cơ sở pháp lý để xử lý hình sự các hành vi BLGD gây thương tích cho người khác và tỷ lệ này chỉ có thể xác định trên cơ sở kết luận của giám định pháp y. Điều này làm vô hiệu quy định của Luật phòng, chống BLGD, bởi vì ngay cả khi người bị hại đã quyết định thực hiện quyền yêu cầu khởi tố vụ án hình sự (theo yêu cầu của người bị hại) để xử lý người có hành vi BLGD, thì lại gặp khó khăn nếu tỷ lệ thương tật dưới 11% (do cơ quan tiến hành tố tụng không khởi tố) và ngay cả trường hợp tỷ lệ thương tật từ 11% trở lên thì nạn nhân cũng lúng túng với đòi hỏi phải có chứng cứ về tỷ lệ thương tật. Do đó, theo chúng tôi, đối với

hành vi BLGD, gây thương tích cho thành viên trong gia đình thì không nhất thiết phải có tỷ lệ thương tật là 11% mà chỉ cần quy định đã bị xử phạt hành chính mà còn tái phạm là đủ.

\*

Mặc dù Việt Nam đã có một hệ thống pháp luật khá hoàn chỉnh về phòng, chống BLGD, nhưng qua thực tế cho thấy, BLGD vẫn diễn ra hàng ngày, hàng giờ và để lại nhiều hậu quả nghiêm trọng, đang tác động tiêu cực tới sự phát triển của xã hội, trong khi đó vấn đề này vẫn chưa nhận được sự quan tâm thích đáng của cộng đồng xã hội. Bên cạnh đó, những quy định của pháp luật cũng còn rất nhiều hạn chế. Do đó việc hoàn thiện Luật Phòng, chống BLGD và các văn bản pháp luật có liên quan đến việc phòng, chống BLGD là rất cần thiết, vì pháp luật là công cụ chủ yếu và hữu hiệu nhất trong phòng, chống BLGD để đảm bảo quyền con người, quyền công dân, đem lại hạnh phúc cho con người nói chung và người phụ nữ nói riêng, góp phần nâng cao hiệu quả công tác phòng, chống BLGD ■

## TRUẤT HỮU, BẢO ĐẢM ...

(Tiếp theo trang 50)

hướng quy định bổ sung về vấn đề truất hữu (bên cạnh quốc hữu hoá, tịch thu, trưng thu). Tuy nhiên, đối với việc đàm phán ký kết các BIT, chúng ta cũng cần tinh táo và hiểu rõ nội hàm của các khái niệm và nguyên tắc bồi thường được công nhận trong thực tiễn giải quyết tranh chấp quốc tế để có thể đạt được các điều khoản hợp lý và công bằng, tránh tình trạng bị đối tác ép các điều khoản có hậu quả bất lợi. Chẳng hạn nên gắn liền trách nhiệm bồi thường trên nguyên tắc “bồi thường thích hợp” thay vì “nhanh chóng, tương xứng và hiệu quả”; hay quy định về trách nhiệm pháp lý của Nhà nước đối với các trường hợp hoạt động của nhà đầu tư

nước ngoài có ảnh hưởng tiêu cực tới sự phát triển bền vững của Việt Nam, như bảo vệ môi trường, sức khỏe cộng đồng, bảo vệ văn hoá bản địa, cạnh tranh lành mạnh...

Đối với việc xây dựng pháp luật trong nước, cần quy định rõ ràng và chặt chẽ về các hình thức truất hữu để buộc cơ quan quản lý nhà nước phải cân nhắc kỹ lưỡng trước khi thực hiện các biện pháp tước đoạt hoặc triệt tiêu quyền sở hữu của nhà đầu tư nước ngoài. Từ đó, cơ quan này sẽ có kế hoạch sử dụng hợp lý, tiết kiệm hơn các tài sản bị truất hữu, cho xứng với “giá phải trả” cho nhà đầu tư có tài sản bị truất hữu. Việc hiện đại hoá pháp luật đầu tư và áp dụng những điểm tiến bộ trong xu hướng mới của luật đầu tư quốc tế sẽ giúp Việt Nam thu hút thêm đầu tư nước ngoài, qua đó góp phần xúc tiến quá trình công nghiệp hoá, hiện đại hoá đất nước ■

# Kinh nghiệm của Thụy Sĩ về dân chủ trực tiếp

LƯƠNG MINH TUÂN\*

Thụy Sĩ được đánh giá là một Nhà nước mà ở đó có nhiều yếu tố dân chủ trực tiếp nhất trong tất cả các nền dân chủ trên thế giới<sup>1</sup>. Cho đến nay, chưa có một nhà nước nào khác trên thế giới có số lượng lớn các cuộc trưng cầu ý dân ở cấp quốc gia như Thụy Sĩ<sup>2</sup>. Đó là lý do chính để xem xét kỹ lưỡng về các công cụ của nền dân chủ trực tiếp (các hình thức dân chủ trực tiếp) được thiết lập ở đây và ảnh hưởng của nó đến hệ thống chính trị<sup>3</sup>. Trước khi phân tích, trình bày về dân chủ trực tiếp ở Thụy Sĩ, cần tìm hiểu về cơ cấu tổ chức của Nhà nước liên bang Thụy Sĩ, vì đây là các vấn đề có quan hệ mật thiết với nhau.

## 1. Khái quát về cơ cấu tổ chức của Nhà nước liên bang Thụy Sĩ

Thụy Sĩ là một quốc gia được hình thành từ nhiều nhóm dân tộc với các tôn giáo và các ngôn ngữ khác nhau. Nhân dân Thụy Sĩ được Hiến pháp liên bang quy định là chủ nhân của đất nước, chủ thể chính trị cao nhất. Công dân dưới 18 tuổi và công dân nước ngoài ở cấp liên bang tại Thụy Sĩ không có các quyền chính trị<sup>4</sup>.

Từ năm 1848, Thụy Sĩ là Nhà nước liên bang (ra đời sớm thứ hai sau Hoa Kỳ trong số 23 Nhà nước liên bang trên thế giới)<sup>5</sup>. Cơ cấu tổ chức của Nhà nước Thụy Sĩ là Nhà nước liên bang với 20 tiểu bang và 6 bán tiểu

bang; được chia thành ba cấp chính trị: cấp liên bang, cấp tiểu bang và cấp địa phương. Mỗi tiểu bang cũng như bán tiểu bang có Hiến pháp riêng, Chính phủ riêng, Nghị viện riêng, có Tòa án và Công an riêng của mình.

*Nghị viện liên bang* gồm hai Viện: Hội đồng quốc gia (còn được gọi là Viện lớn - tiếng Đức “Nationalrat”, tiếng Anh “The National Council”) và Hội đồng bang (còn được gọi là Viện nhỏ - tiếng Đức “Ständerat”, tiếng Anh “The Council of States”).

*Hội đồng quốc gia* đại diện cho nhân dân theo tỷ lệ dân số. Trước đây, cứ 20.000 cư dân có một ghế ở Hội đồng quốc gia. Sau đó, số lượng ghế đã được giới hạn đến 200.

\* **TS. Phó Tổng biên tập, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp.**

1 Xem Andreas Gross, *Die schweizerische Direkt Demokratie*, in: Hermann K. Heusner/Otmar Jung (Hrsg.), *Mehr direkte Demokratie wagen*, München 1999; Helge Batt, *Direkt Demokratie im internationalen Vergleich*, in: APuZ “Aus Politik und Zeitgeschichte” ngày 6/3/2006.

2 Xem Wilfried Marxer, “Wir sind das Volk: Direkte Demokratie – Verfahren, Verbreitung, Wirkung”, in *Beiträge Liechtenstein-Institut* Nr. 24/2004, S. 29.

3 Bài viết này sử dụng kết quả nghiên cứu của Đề tài cấp bộ “Hoàn thiện pháp luật về DCTT ở Việt Nam - Cơ sở lý luận và thực tiễn” do TS. Lương Minh Tuân làm chủ nhiệm.

4 Xem *Political organization of Switzerland*, <http://www.admin.ch/org/polit/00054>.

5 Xem *Direkte Demokratie in der Schweiz*, <http://demokratie.geschichte-schweiz.ch/direkte-demokratie-schweiz.html>.

Ngày nay, khoảng 35.000 cư dân có một đại diện ở Hội đồng quốc gia. Mỗi tiểu bang và bán tiểu bang thành lập một Hội đồng bầu cử và bầu ít nhất là một đại biểu. Nhiệm kỳ của Nghị viện kéo dài 4 năm.

Một điểm đặc thù của Nghị viện Thụy Sĩ là các nghị sĩ thực hiện chức danh nghị sĩ chỉ là nghề phụ được trả thù lao và dành phần lớn thời gian để thực hiện công việc thông thường của mình (hệ thống “Milizsystem”)<sup>6</sup>. Tuy nhiên, thời gian cần thiết dành cho công việc của Nghị viện là rất nhiều. Vì vậy, các nghị sĩ có xu hướng là quá tải. Mặc dù vậy, ý tưởng chuyển sang hệ thống nghị viện chuyên nghiệp là khó có thể hiện thực hóa. Quan điểm ủng hộ hệ thống “Milizsystem” cho rằng, hệ thống “Milizsystem” là gần dân hơn để có thể đại diện cho ý nguyện của người dân<sup>7</sup>.

*Hội đồng bang* đại diện cho các tiểu bang của Thụy Sĩ. Nhân dân ở mỗi tiểu bang có hai đại diện, mỗi bán tiểu bang có một đại diện ở Hội đồng bang. Thành viên của Hội đồng bang được bầu theo pháp luật bang. Nhiệm kỳ của Hội đồng bang có thể, nhưng không bắt buộc thống nhất với nhiệm kỳ của Hội đồng quốc gia<sup>8</sup>.

*Chính phủ liên bang (Bundesrat)* bao gồm các thành viên (7 thành viên và Thủ tướng liên bang) không phải do nhân dân trực tiếp bầu ra mà do Nghị viện bầu ra. Để bầu các thành viên của Chính phủ liên bang thì Hội đồng quốc gia và Hội đồng bang tiến hành phiên họp chung (còn được gọi là Nghị viện liên bang chung). Thủ tướng liên bang được Nghị viện liên bang chung bầu ra cho

nhiệm kỳ 4 năm. Kinh nghiệm cho thấy, trong một nền dân chủ trực tiếp thì các quyết định của Nghị viện và Chính phủ cần phải có sự hậu thuẫn rộng rãi nếu như không muốn rơi vào nguy cơ bị người dân “phủ quyết” bởi trưng cầu ý dân<sup>9</sup>.

*Tổng thống liên bang* được bầu mới hàng năm. Theo quy tắc bất thành văn thì tất cả các thành viên của Chính phủ liên bang (7 thành viên) sẽ luân phiên nhau giữ chức vụ Tổng thống liên bang. Các thành viên của Chính phủ liên bang làm việc tập thể để cùng nhau ban hành các quyết định quan trọng của Chính phủ liên bang. Tổng thống liên bang điều hành các phiên họp của Chính phủ liên bang và thực hiện nhiều nhiệm vụ đại diện. Tổng thống liên bang bắt buộc phải có bài phát biểu nhân dịp đầu năm mới, nhân dịp ngày quốc khánh, v.v. Khách nước ngoài của Nhà nước được đón tiếp không chỉ bởi Tổng thống liên bang mà thông thường bởi toàn thể Chính phủ liên bang<sup>10</sup>.

*Quyền tư pháp tối cao* ở Thụy Sĩ được thực hiện bởi Tòa án liên bang. Tòa án liên bang gồm 38 thành viên cũng như 19 Thẩm phán thay thế (part-time judges)<sup>11</sup>.

Nhà nước liên bang Thụy Sĩ có các thẩm quyền do Hiến pháp liên bang quy định, ví dụ như thẩm quyền về chính sách an ninh và đối ngoại, về tài chính, tiền tệ và hải quan, về lập pháp của Liên bang và về quốc phòng. Các nhiệm vụ mà không được quy định cụ thể giao cho Liên bang thì thuộc thẩm quyền của cấp thấp hơn: các tiểu bang.

*Các Nghị viện bang* ở Thụy Sĩ chỉ có một viện lớn với khoảng 100 đến 200 nghị sĩ.

6 Riêng trường hợp công chức liên bang trúng cử nghị sĩ thì công chức liên bang có quyền lựa chọn hoặc là tiếp tục công việc công chức của mình hoặc là trở thành thành viên của Hội đồng quốc gia.

7 Xem *Direkte Demokratie in der Schweiz*, <http://demokratie.geschichte-schweiz.ch/direkte-demokratie-schweiz.html>.

8 Xem *Political organization of Switzerland*, <http://www.admin.ch/org/polit/00054>.

9 Xem *Direkte Demokratie in der Schweiz*, <http://demokratie.geschichte-schweiz.ch/direkte-demokratie-schweiz.html>.

10 Xem *Direkte Demokratie in der Schweiz*, <http://demokratie.geschichte-schweiz.ch/direkte-demokratie-schweiz.html>.

11 Xem *Political organization of Switzerland*, <http://www.admin.ch/org/polit/00054>.

Tất cả các tiểu bang ở Thụy Sĩ được chia thành các đô thị (xã). Hiện nay, Thụy Sĩ có gần 3.000 đô thị (xã). Khoảng một phần năm các đô thị này có một Nghị viện riêng, nhưng bốn phần năm biết đến các quyết định dân chủ trực tiếp ở Hội nghị đô thị<sup>12</sup>. Bên cạnh các nhiệm vụ do Liên bang và các tiểu bang giao cho như tiến hành đăng ký cư trú cho người dân hoặc công tác dân phòng thì các đô thị còn đảm nhận các thẩm quyền riêng, chẳng hạn như trong lĩnh vực giáo dục và các dịch vụ xã hội, cung cấp năng lượng, xây dựng đường giao thông, thuế v.v.. Phạm vi thẩm quyền tự quản của các đô thị do từng tiểu bang quy định và do đó có sự khác nhau giữa các đô thị.

Các Nghị viện đô thị với tên gọi khác nhau (như Hội đồng đô thị hay Hội đồng thành phố) cũng chỉ gồm một viện với dưới 50 nghị sĩ<sup>13</sup>.

## 2. Các công cụ của dân chủ trực tiếp ở Thụy Sĩ

Ở Thụy Sĩ, nền dân chủ trực tiếp cùng tồn tại song hành với nền dân chủ nghị viện. Ở đó, người dân có thể gây ảnh hưởng trực tiếp đến tình hình chính trị của đất nước. Thụy Sĩ biết đến các công cụ của dân chủ trực tiếp ở tất cả các cấp chính trị (cấp địa phương, cấp tiểu bang, cấp nhà nước liên bang). Các công cụ này đóng một vai trò quan trọng trong nền chính trị của đất nước<sup>14</sup>. Trung bình có từ 35% đến 45% số người có quyền biểu quyết tham gia vào các cuộc trưng cầu ý dân được tiến hành từ ba đến năm lần trong năm ở Thụy Sĩ; mỗi lần thì toàn bộ một gói dự án của quốc gia, tiểu bang và của địa phương được đưa ra biểu quyết<sup>15</sup>. Tùy thuộc vào ý nghĩa của vấn đề theo đánh giá chủ quan của người dân và mức độ quan

trọng của việc bỏ phiếu mà số lượng người tham gia có thể cao hơn mức trung bình này.

Ba loại quy trình quan trọng nhất của dân chủ trực tiếp ở Thụy Sĩ là: 1) trưng cầu ý dân bắt buộc, 2) trưng cầu ý dân không bắt buộc (tùy nghi) và 3) nhân dân đưa ra sáng kiến (sáng quyền nhân dân).

### 2.1. Trưng cầu ý dân bắt buộc

Hiến pháp liên bang cũng như Hiến pháp bang quy định về những loại luật nào và những vấn đề khác bắt buộc phải tiến hành trưng cầu ý dân.

*Trưng cầu ý dân bắt buộc về sửa đổi Hiến pháp*

Theo các quy định về trưng cầu ý dân bắt buộc đối với Hiến pháp có hiệu lực từ năm 1848 (Điều 140 Hiến pháp liên bang) thì mỗi văn bản sửa đổi Hiến pháp đã được Nghị viện thông qua - không phụ thuộc vào việc sửa đổi từng điều khoản hoặc sửa đổi toàn bộ Hiến pháp - phải được chấp thuận bởi một cuộc trưng cầu ý dân (toàn dân phúc quyết). Trưng cầu ý dân bắt buộc về sửa đổi Hiến pháp liên bang còn trong các trường hợp sau: a) yêu cầu sửa đổi toàn bộ Hiến pháp liên bang theo sáng kiến (đề xuất) của người dân; b) yêu cầu sửa đổi toàn bộ Hiến pháp liên bang theo sáng kiến (đề xuất) của Viện lớn (Hội đồng quốc gia) hoặc Viện nhỏ (Hội đồng bang) nhưng không được Viện kia ủng hộ; c) yêu cầu sửa đổi một phần (một số điều) của Hiến pháp liên bang theo sáng kiến (đề xuất) của người dân dưới hình thức đề xuất chung nhưng đã bị Nghị viện liên bang chung bác bỏ<sup>16</sup>.

*Trưng cầu ý dân bắt buộc về việc gia nhập cộng đồng siêu quốc gia*

Trưng cầu ý dân bắt buộc cũng được áp

12 Direkte Demokratie in der Schweiz, <http://demokratie.geschichte-schweiz.ch/direkte-demokratie-schweiz.html>.

13 Direkte Demokratie in der Schweiz, <http://demokratie.geschichte-schweiz.ch/direkte-demokratie-schweiz.html>.

14 Xem Direkte Demokratie, [http://de.wikipedia.org/wiki/Direkte\\_Demokratie](http://de.wikipedia.org/wiki/Direkte_Demokratie).

15 Xem Markus Gloe, *Derekte Demokratie – das Beispiel Schweiz*, in: *Politische Bildung*, 38 (2005) 1, S.50.

16 Điểm a khoản 1 và khoản 2 Điều 140 Hiến pháp liên bang Thụy Sĩ.

dụng đối với việc gia nhập vào các cộng đồng siêu quốc gia<sup>17</sup>, ví dụ như Liên minh châu Âu hoặc các tổ chức an ninh tập thể.

*Trung cầu ý dân bắt buộc về các đạo luật liên bang được tuyên bố khẩn cấp nhưng chưa có cơ sở hiến định*

Các đạo luật liên bang được tuyên bố khẩn cấp nhưng chưa có cơ sở hiến định mà thời hạn áp dụng trên một năm đều phải tiến hành trưng cầu ý dân trong vòng một năm sau khi Nghị viện liên bang chung chấp nhận để đưa ra trưng cầu ý dân<sup>18</sup>.

Việc sửa đổi Hiến pháp, các đạo luật liên bang và việc gia nhập vào các cộng đồng siêu quốc gia nêu trên được coi là chấp nhận, nếu nó đạt được cái gọi là đa số kép: 1) đa số người dân (đa số cử tri, đa số phiếu hợp lệ trong cả nước) và 2) đa số các bang (đa số trong tổng số các bang) mà ở đó người dân có quyền biểu quyết đã chấp thuận dự án liên quan<sup>19</sup>.

### 2.2. Trưng cầu ý dân không bắt buộc (tùy nghi)

Công cụ trưng cầu ý dân không bắt buộc đã được đưa vào áp dụng từ năm 1874 ở Thụy Sĩ. Theo quy định tại Điều 141 Hiến pháp liên bang thì bốn loại văn bản sau đây thuộc đối tượng có thể được đưa ra trưng cầu ý dân: 1) các đạo luật liên bang (các đạo luật mới hoặc các đạo luật sửa đổi); 2) các đạo luật liên bang được tuyên bố khẩn cấp mà nó có thời hạn áp dụng trên một năm; 3) các nghị quyết liên bang nếu nó được Hiến pháp hoặc luật quy định; 4) các điều ước quốc tế mà các điều ước này: a) là vô thời hạn và không được rút; b) quy định về gia nhập vào một tổ chức quốc tế; c) chứa đựng các quy

định lập pháp quan trọng hoặc việc thực hiện nó đòi hỏi phải ban hành đạo luật liên bang.

Điều kiện đặt ra đối với yêu cầu trưng cầu ý dân không bắt buộc là phải có sự ủng hộ (yêu cầu) của 50.000 người dân có quyền biểu quyết (cử tri) hoặc của 8 tiểu bang trở lên. Danh sách chữ ký của những người dân có quyền biểu quyết được đưa ra làm bằng chứng phải được đệ trình trong thời hạn 100 ngày sau khi công bố đạo luật hoặc văn bản (ví dụ như văn bản phê chuẩn điều ước quốc tế của Nghị viện) có liên quan<sup>20</sup>. Điều đó có nghĩa là quyết định về việc tiến hành trưng cầu ý dân không bắt buộc về luật bị tước khỏi sự “kiểm soát” của các cơ quan nhà nước.

Khác với trưng cầu ý dân bắt buộc, trong trường hợp trưng cầu ý dân không bắt buộc thì không cần đa số kép mà chỉ cần có đa số người dân yêu cầu bãi bỏ thì đạo luật liên quan sẽ không có hiệu lực pháp luật. Về số lượng, một cuộc trưng cầu ý dân trên thực tế nhằm phản đối một số lượng nhỏ các đạo luật về nguyên tắc có khả năng trưng cầu ý dân cũng là rất khó khăn. Tuy nhiên, nếu dẫn đến trưng cầu ý dân thì quá nửa tất cả các trường hợp sau đó bị bác bỏ, và vũ khí trưng cầu ý dân chứng tỏ hoàn toàn sắc bén.

Ngày xưa thì việc thu thập chữ ký là tương đối đơn giản, người ta chỉ phải xếp hàng trước địa điểm bỏ phiếu (tòa thị chính, trường học) vào cuối tuần bỏ phiếu và bắt chuyện để lấy chữ ký của những người có quyền biểu quyết tích cực. Trong những thập kỷ gần đây ở Thụy Sĩ, việc bỏ phiếu cho phép qua đường bưu điện nhằm tạo điều kiện cho người dân tham gia bỏ phiếu, hạn chế gây ảnh hưởng đến thời gian nghỉ ngơi của

17 Trong cuộc trưng cầu ý dân ngày 13/3/1977, người dân Thụy Sĩ đã đi đến quyết định trưng cầu ý dân bắt buộc đối với điều ước quốc tế về việc gia nhập các tổ chức an ninh tập thể hoặc gia nhập các cộng đồng siêu quốc gia (khu vực hoặc quốc tế). Xem Điểm b khoản 1 Điều 140 Hiến pháp liên bang Thụy Sĩ.

18 Khoản 1 Điều 140 Hiến pháp liên bang Thụy Sĩ.

19 Điểm c khoản 1 Điều 140 Hiến pháp liên bang Thụy Sĩ.

20 Danh sách chữ ký yêu cầu tổ chức trưng cầu ý dân được gửi đến Chính phủ liên bang. Văn phòng Chính phủ liên bang sẽ ra quyết định về yêu cầu tổ chức trưng cầu ý dân. Quyết định này được đăng trên công báo liên bang và có thể bị khiếu kiện ra trước Tòa án hành chính liên bang. Xem Luật năm 1976 về các Quyền chính trị cơ bản Thụy Sĩ.

người dân. Từ đây thì việc thực hiện nghĩa vụ công dân hiếm khi diễn ra tại địa điểm bỏ phiếu ở địa phương. Vì vậy, mỗi ủy ban trung cầu ý dân phải tiếp thị nhiều hơn và cũng phải đi sâu hơn vào việc thanh toán cước phí bưu điện.

*Việc trưng cầu ý dân đối với các loại văn bản nêu trên được coi là không bắt buộc (tùy nghi), nhưng nếu tổ chức thì kết quả trưng cầu ý dân có hiệu lực pháp lý bắt buộc.*

### **2.3. Nhân dân đưa ra sáng kiến (sáng quyền nhân dân)**

Với công cụ nhân dân đưa ra sáng kiến (sáng quyền nhân dân) được đưa vào áp dụng từ năm 1891, người dân Thụy Sĩ có thể đưa ra sáng kiến yêu cầu tiến hành một cuộc trưng cầu ý dân về việc sửa đổi toàn bộ hay một phần của Hiến pháp liên bang theo mong muốn của mình<sup>21</sup>. Công cụ nhân dân đưa ra sáng kiến được coi là yếu tố động lực của nền dân chủ trực tiếp.

Để sáng kiến có hiệu lực (giá trị) thì điều kiện đặt ra đối với người đưa ra sáng kiến là phải thu được tối thiểu 100.000 chữ ký yêu cầu (ủng hộ) của những người dân<sup>22</sup> có quyền biểu quyết trong thời hạn là 18 tháng. Sáng kiến do người dân đưa ra có thể chỉ là những đề xuất chung hoặc trong phần lớn các trường hợp là một văn bản được biên soạn kỹ lưỡng mà những từ ngữ trong văn bản có thể không bị Nghị viện và Chính phủ sửa đổi gì nữa.

Tương tự như đối với trưng cầu ý dân không bắt buộc về luật, một sáng kiến trái với ý chí của các cơ quan nhà nước cũng có thể được đệ trình. Trường hợp sáng kiến có hiệu lực qua việc thu thập số lượng chữ ký cần thiết trong thời hạn đã định thì Nghị viện và Chính phủ - kể cả trái với ý chí của họ -

phải thảo luận về nội dung của sáng kiến và có thể xây dựng đề xuất phản bác với hy vọng rằng đề xuất này sẽ được chấp nhận trong cuộc biểu quyết. Cả hai đề xuất này được gửi cho những người có quyền biểu quyết để tiến hành biểu quyết. Để chấp nhận sáng kiến hiến pháp thì sự ủng hộ của đa số nhân dân và đa số các tiểu bang là cần thiết<sup>23</sup>.

Từ năm 1987, người dân có thể đưa ra ý kiến đồng ý kép: có thể vừa đồng ý sáng kiến và vừa đồng ý đề xuất phản bác. Với câu hỏi ngẫu nhiên tiếp theo thì sẽ xác định xem văn bản nào trong hai văn bản này là ưu tiên có hiệu lực (giá trị), nếu cả hai văn bản đều dành được đa số kép<sup>24</sup>.

Phần lớn các sáng kiến do người dân đề xuất đều thất bại trong các cuộc trưng cầu ý dân, nếu nó không có được sự ủng hộ của đa số người dân cũng như không có được sự ủng hộ của đa số các tiểu bang. Các điều kiện đa số này đã trở thành các rào cản lớn trên thực tế trong việc thực hiện công cụ dân chủ trực tiếp “nhân dân đưa ra sáng kiến”. Mặc dù vậy, cũng có một số thay đổi chính trị cơ bản do việc sử dụng công cụ dân chủ trực tiếp “nhân dân đưa ra sáng kiến” mang lại. Ví dụ như bảo hiểm hưu trí nhà nước (hưu trí và tiền tuất) hoặc pháp luật bầu cử đại diện tỷ lệ<sup>25</sup>.

Với việc đưa vào áp dụng công cụ “nhân dân đưa ra sáng kiến” thì cũng chưa hoàn toàn thành công vì pháp luật hiến pháp Thụy Sĩ không áp dụng trực tiếp, ngoại trừ các quyền cơ bản có thể được khởi kiện ra Tòa án Liên minh châu Âu về quyền con người. Ví dụ như từ năm 1945 đã có một điều khoản của Hiến pháp yêu cầu đưa vào áp dụng bảo hiểm thai sản (tiếp tục trả lương sau khi sinh con), nhưng nhiều dự án luật cụ thể đã được

21 Điều 138 và Điều 139 Hiến pháp liên bang Thụy Sĩ.

22 Ở cấp tiểu bang thì yêu cầu về số lượng tối thiểu chữ ký của những người dân có quyền biểu quyết thích hợp ít hơn.

23 Khoản 3 Điều 139a Hiến pháp liên bang Thụy Sĩ.

24 Khoản 2 Điều 139b Hiến pháp liên bang Thụy Sĩ.

25 Xem *Direkte Demokratie in der Schweiz*, <http://demokratie.geschichte-schweiz.ch/direkte-demokratie-schweiz.html>.

đưa ra để đấu tranh bằng công cụ trung cầu ý dân và đã bị bác bỏ trong các cuộc trung cầu ý dân<sup>26</sup>.

Khác với sáng kiến hiến pháp, người dân Thụy Sĩ có quyền biểu quyết ở cấp liên bang không có quyền đưa ra sáng kiến luật.

### 2.4. Trung cầu ý dân ở cấp bang và cấp địa phương

Trung cầu ý dân không chỉ được áp dụng ở cấp liên bang mà còn được áp dụng đối với các nghị quyết của Nghị viện tiểu bang<sup>27</sup> và Nghị viện đô thị (xã). Ở các đô thị nhỏ không có Nghị viện đô thị thì người dân có quyền biểu quyết sẽ thảo luận và biểu quyết nhiều lần trong năm tại các Hội nghị đô thị về các vấn đề quan trọng<sup>28</sup>.

Người dân ở cấp tiểu bang và cấp địa phương có thể thực hiện sáng quyền lập pháp và trung cầu ý dân về các quyết định hành chính.

*Trung cầu ý dân về luật và các quyết định hành chính* cho phép người dân thể hiện ý kiến về các văn bản luật và các quyết định hành chính của chính quyền bang và đô thị. Hầu hết các tiểu bang đều áp dụng hình thức trung cầu ý dân bắt buộc hoặc trung cầu ý dân không bắt buộc về luật hoặc kết hợp cả hai hình thức này. Ví dụ như các nghị quyết về chi tiêu trên một mức tiền nhất định hoặc về những loại thuế mới ở nhiều tiểu bang được quy định phải tiến hành trung cầu ý dân bắt buộc; ở các tiểu bang còn lại thì trung cầu ý dân không bắt buộc là có thể. Bằng cách này thì người dân Thụy Sĩ có thể tham gia quyết định về nhiều công trình hạ tầng công

cộng, về nhiều dự án xây dựng được tài trợ từ ngân sách công hoặc việc chi tài chính cho các trường học, bệnh viện<sup>29</sup>.

Việc trung cầu ý dân không bắt buộc về quyết định hành chính có thể được áp dụng đối với các quyết định của chính quyền đô thị hoặc chỉ đối với những quyết định trong lĩnh vực tài chính.

Mỗi bang quy định những điều kiện riêng về việc tiến hành trung cầu ý dân: điều kiện về số lượng cử tri yêu cầu hoặc số đô thị yêu cầu. Hiến pháp mỗi bang quy định thời hạn tiến hành trung cầu và chỉ định cơ quan có thẩm quyền giải quyết tranh chấp (có thể là Tòa án hành chính hoặc Tòa án hiến pháp).

### 3. Các công cụ của dân chủ trực tiếp tác động như thế nào đến hệ thống chính trị ở Thụy Sĩ?

Ba hình thức hành xử thích ứng với các công cụ của dân chủ trực tiếp hiện có ở Thụy Sĩ cần được phân định ở đây. Ba hình thức này được rút ra từ việc giới tinh hoa chính trị nỗ lực gây ảnh hưởng đến các kết quả của các quy trình dân chủ trực tiếp và đến sự bất ổn trong tiến trình của quy trình chính trị bằng cách họ hoặc là cản trở việc sử dụng các công cụ dân chủ trực tiếp hoặc là cố gắng kiểm soát cách thức sử dụng các công cụ này.

*Thứ nhất*, dân chủ trực tiếp ở Thụy Sĩ đóng góp vào việc hình thành và củng cố thực tiễn dân chủ đồng thuận (concordance democracy)<sup>30</sup> trong hệ thống chính phủ và để tạo sự liên kết hợp tác của các nhóm xã hội

26 Xem *Direkte Demokratie in der Schweiz*, <http://demokratie.geschichte-schweiz.ch/direkte-demokratie-schweiz.html>.

27 Khác với pháp luật liên bang, pháp luật tiểu bang ở Thụy Sĩ cho phép người dân có cả cơ hội bỏ phiếu về một số quy định còn đang tranh cãi.

28 Xem *Direkte Demokratie in der Schweiz*, <http://demokratie.geschichte-schweiz.ch/direkte-demokratie-schweiz.html>.

29 Xem Helge Batt, *Direkt-demokratie im internationalen Vergleich*, in: APuZ "Aus Politik und Zeitgeschichte" ngày 6/3/2006, S. 15, m. w. Nachw.

30 Một công cụ quan trọng của nền dân chủ đồng thuận là việc tổ chức tham khảo ý kiến rộng rãi về các dự án luật. Trong khuôn khổ của quy trình tham khảo ý kiến, Chính phủ tổ chức xin ý kiến của hàng trăm tổ chức như các đảng chính trị, các hiệp hội kinh tế, các tổ chức tôn giáo và các tổ chức xã hội khác trước khi dự thảo luật được trình ra Nghị viện để thảo luận. Như vậy, nhịp đập tiếng nói của nhân dân sớm có thể được cảm nhận. Do điều đó diễn ra trong nền dân chủ trực tiếp dưới sự kiểm soát của toàn thể cử tri nên sự đồng thuận ở đây hoàn toàn không có đặc tính của sự thiên vị lẫn nhau giữa các đảng chính trị mà sự thịnh vượng của cộng đồng được đặt lên trên hết. Xem *Direkte Demokratie in der Schweiz*, <http://demokratie.geschichte-schweiz.ch/direkte-demokratie-schweiz.html>.



và các lợi ích<sup>31</sup>. Ở đây, các nhóm và các lợi ích này có xu hướng gắn kết vào quá trình chính trị để thông qua sự liên kết của mình trong quá trình đưa ra quyết định cản trở việc sử dụng các công cụ dân chủ trực tiếp. Ví dụ như cơ cấu thành phần đảng phái chính trị của Chính phủ Thụy Sĩ là Liên minh lớn lâu dài của bốn đảng lớn ở Nghị viện.

*Thứ hai*, chiến lược thích ứng từ phía giới tinh hoa chính trị là tác động đến các dự án luật đang trong quy trình lập pháp thông qua việc đàm phán với những người khởi xướng cuộc trưng cầu ý dân “Lễ hội trưng cầu ý dân” và cản trở việc sử dụng các công cụ dân chủ trực tiếp thông qua thỏa hiệp và nhượng bộ về mặt nội dung.

*Thứ ba*, với sự trợ giúp của chiến lược thích ứng thì giới tinh hoa chính trị còn cố gắng trước hết là đối với sáng kiến hiến pháp trong khoảng thời gian từ khi sáng kiến có hiệu lực đến khi biểu quyết thì thông qua đàm phán với những người khởi xướng để xây dựng dự thảo có khả năng thỏa hiệp chống lại hoặc tiếp nhận các yêu cầu của sáng kiến nhằm có thêm sức mạnh hoặc tác động đến những người đưa ra sáng kiến để họ rút sáng kiến trước cuộc biểu quyết, điều mà đến gần một phần ba các trường hợp cũng đã thành công<sup>32</sup>.

#### 4. Kinh nghiệm của Thụy Sĩ về dân chủ trực tiếp là gì?

- Với sự hỗ trợ của *công cụ trưng cầu ý dân*, người dân Thụy Sĩ có thể tiếp nối vào quá trình xây dựng quyết định của Nghị viện để gây ảnh hưởng đến nội dung của các quyết định, đầu ra của quá trình chính sách. Trưng cầu ý dân ở đây *tác động như quyền*

*phủ quyết của người dân chống lại các dự án chính trị không được người dân mong đợi*, nó tạo điều kiện cho những người dân có quyền biểu quyết đưa ra phản đối và vì vậy cũng được coi là cái *van an toàn trong tay người dân*.

- Hoàn toàn khác với công cụ trưng cầu ý dân nêu trên, với sự hỗ trợ của *công cụ nhân dân đưa ra sáng kiến (sáng quyền nhân dân)* thì người dân có thể *tạo động lực về mặt nội dung để hình thành chính sách*, đưa các đối tượng lập pháp mới vào chương trình nghị sự và qua đó gây ảnh hưởng đến đầu vào của quá trình chính sách. Sáng kiến ở đây không bắt nguồn từ Nghị viện hoặc Chính phủ mà là từ người dân. Như vậy, nó có thể được coi là *yếu tố động lực hoặc là gia tốc của dân chủ trực tiếp* ở Thụy Sĩ<sup>33</sup>. Tuy nhiên, việc mở ra của hệ thống chính trị cho việc đưa ra sáng kiến từ “dưới”, từ người dân, gắn liền với hàng loạt rào cản, chẳng hạn như cần thiết phải có nguồn lực tài chính và nguồn nhân lực lớn để tổ chức các hoạt động thu thập chữ ký cũng như cho chiến dịch bỏ phiếu thành công. Qua đó, phạm vi các tổ chức và lợi ích của những đối tượng được tính đến là người đưa ra sáng kiến bị thu hẹp rất lớn. Hơn nữa, cũng không được phép bỏ qua rằng, nhân dân đưa ra sáng kiến không bắt buộc phải thành công trong mọi trường hợp nhằm có được ảnh hưởng đến việc xây dựng chương trình chính sách. *Triển vọng thành công tiềm năng có thể đạt được là làm cho Nghị viện và Chính phủ đi đến nhượng bộ về mặt nội dung theo nghĩa là người đưa ra sáng kiến*; điều đó hoàn toàn có thể dẫn đến việc thu hồi (rút) sáng kiến<sup>34</sup>.

31 Xem Helge Batt, *Direktdemokratie im internationalen Vergleich*, in: APuZ "Aus Politik und Zeitgeschichte" ngày 6/3/2006, S. 15, m. w. Nachw.

32 Xem Yannis Papadopoulos, *How does Direct Democracy Matter? The Impact of Referendum Votes on Politics and Policy – making*, in: *West European Politics*, 24 (2001) 2, P. 44.

33 Xem Wolf Linder, *Schweizerische Demokratie. Institutionen – Prozesse – Perspektiven*, Bern – Stuttgart – Wien 1999, S. 259.

34 Xem Helge Batt, *Direktdemokratie im internationalen Vergleich*, in: APuZ "Aus Politik und Zeitgeschichte" ngày 6/3/2006, S. 15, m. w. Nachw.

- Ngoài ra, kinh nghiệm của Thụy Sĩ còn cho thấy, một nền dân chủ trực tiếp mạnh mẽ cũng có thể trong một hệ thống xã hội hiện đại và có một sự kết nối giữa dân chủ trực tiếp và dân chủ đồng thuận. Ngay cả khi nếu sự kết nối này được cho là không tự động thì sự tồn tại của các công cụ dân chủ trực tiếp từ quan điểm của giới tinh hoa chính trị cho thấy có sự tham gia hợp tác của các tổ chức và lợi ích có khả năng trung cầu ý dân trong quá trình chính trị và do đó có một sự suy yếu tương ứng của các hướng dân chủ cạnh tranh. Đồng thời, việc thiết lập thêm các yếu tố của dân chủ trực tiếp có nghĩa là tăng cường quyền lực trực tiếp của người dân, làm giảm vai trò của Nghị viện và của giới tinh hoa chính trị đang nắm giữ quyền cai trị. Theo quan điểm của giới tinh hoa chính trị thì việc đưa vào áp dụng các yếu tố của dân chủ trực tiếp được hiểu là sự mất mát quyền lực của họ<sup>35</sup>.

### 5. Kinh nghiệm cho thấy các thành tựu của dân chủ trực tiếp nằm ở đâu?

- Các công cụ của dân chủ trực tiếp và việc sử dụng nó *tạo cơ hội cho người dân tham gia vào các nội dung chính sách chuyên ngành. Nó cũng có thể kích hoạt các tầng lớp nhân dân thuộc các thể hệ khác nhau tham gia chính trị.* Các thể hệ này thực ra muốn đảm nhận trọng trách chính trị, nhưng về những vấn đề liên quan đến cá nhân thì họ cũng muốn thể hiện quan điểm của mình một cách trực tiếp và không qua sàng lọc bởi các đảng chính trị<sup>36</sup>.

- Các công cụ của dân chủ trực tiếp góp phần mở cửa cấu trúc quyền lực của nền dân

chủ bằng cách nó *bắt buộc Chính phủ và Nghị viện dưới áp lực biện minh ngày càng cao phải tiến hành đối thoại với người dân về những vấn đề chuyên môn liên quan và thu hút người dân vào các cuộc đối thoại về các quyết định chính trị nhằm thuyết phục họ về các giải pháp được đề xuất; giới tinh hoa chính trị không muốn có nguy cơ thất bại trong cuộc biểu quyết*<sup>37</sup>.

- Các công cụ của dân chủ trực tiếp *thúc đẩy một quy trình chính trị mở và minh bạch cũng như cạnh tranh chính trị.* Bởi vì, tất cả những người tham gia vào nền dân chủ trực tiếp phải lưu giữ thêm các thông tin và các luận cứ trong quá trình đưa ra quyết định và nhờ đó sẽ tạo lập cơ sở cho việc kiểm soát chính trị toàn diện trong cuộc đối thoại chuyên sâu giữa giới tinh hoa chính trị và người dân.

- Qua quá trình đối thoại sâu rộng trước khi tiến hành các cuộc trưng cầu ý dân và sự tham gia trực tiếp của người dân vào các quyết định thì *các yếu tố của dân chủ trực tiếp thúc đẩy sự hội nhập chính trị của người dân.*

- Việc sử dụng các công cụ của dân chủ trực tiếp cùng với việc thu thập các thông tin cần thiết liên quan, việc xây dựng các tiêu chuẩn đánh giá và việc cân nhắc đánh giá các luận cứ *tạo thuận lợi cho các quá trình học tập chính trị công khai và việc hình thành trách nhiệm công dân đối với lợi ích chung*<sup>38</sup>.

Trên đây là các kinh nghiệm của Thụy Sĩ về dân chủ trực tiếp mà Việt Nam có thể tham khảo trong quá trình cụ thể hóa các quy định của Hiến pháp năm 2013 về dân chủ trực tiếp ■

35 Xem Helge Batt, *Direktdemokratie im internationalen Vergleich*, in: APuZ "Aus Politik und Zeitgeschichte" ngày 6/3/2006, S. 17.

36 Xem Helge Batt, *Direktdemokratie im internationalen Vergleich*, in: APuZ "Aus Politik und Zeitgeschichte" ngày 6/3/2006, S. 16, m. w. Nachw.

37 Xem Helge Batt, *Direktdemokratie im internationalen Vergleich*, in: APuZ "Aus Politik und Zeitgeschichte" ngày 6/3/2006, S. 16, m. w. Nachw.

38 Xem Helge Batt, *Direktdemokratie im internationalen Vergleich*, in: APuZ "Aus Politik und Zeitgeschichte" ngày 6/3/2006, S. 17, m. w. Nachw.

