

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

ISSN 1859 - 2953

www.nclp.org.vn

VĂN PHÒNG QUỐC HỘI

Số 18 (226)/Tháng 9/2012

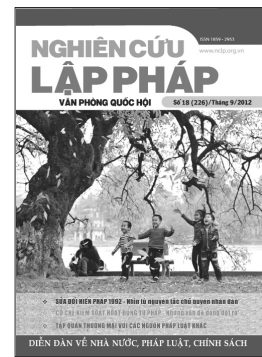


- ❖ **SỬA ĐỔI HIẾN PHÁP 1992 - Nhìn từ nguyên tắc chủ quyền nhân dân**
- ❖ **CƠ CHẾ KIỂM SOÁT HOẠT ĐỘNG TƯ PHÁP - Những vấn đề đang đặt ra**
- ❖ **TẬP QUÁN THƯƠNG MẠI VỚI CÁC NGUỒN PHÁP LUẬT KHÁC**

DIỄN ĐÀN VỀ NHÀ NƯỚC, PHÁP LUẬT, CHÍNH SÁCH

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn



Mục lục 9/2012

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

BÀN VỀ LẬP HIẾN

- 3 Bàn thêm về vấn đề sửa đổi Hiến pháp 1992 nhìn từ nguyên tắc chủ quyền nhân dân

PGS, TS. Nguyễn Cửu Việt

- 14 Nghĩa vụ của con người, công dân: những vấn đề đặt ra trong việc sửa đổi, bổ sung Hiến pháp 1992

GS, TS. Hoàng Thị Kim Quế

- 20 Cơ chế kiểm soát hoạt động tư pháp – những vấn đề đang đặt ra và phương hướng đổi mới

PGS, TS. Bùi Xuân Đức

- 29 Bổ sung địa vị pháp lý của Kiểm toán Nhà nước và Tổng kiểm toán Nhà nước trong Hiến pháp

Đình Tiến Dũng

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 37 Hoàn thiện công cụ pháp lý phòng, chống tham nhũng: bảo đảm minh bạch tài sản và thông tin

PGS, TS. Nguyễn Ngọc Điện

- 45 Luật Thủ đô trong mối quan hệ với hệ thống pháp luật

Vương Toàn Thắng

CHÍNH SÁCH

- 48 Mô hình tổ chức hoạt động điều tra dư luận xã hội phục vụ cho hoạt động Quốc hội

TS. Nguyễn Đức Chiện

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 51 Cơ chế hết quyền sở hữu trí tuệ trong Hiệp định Trips và một số gợi ý cho các quốc gia thành viên WTO

TS. Nguyễn Như Quỳnh

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 59 Mối quan hệ giữa tập quán thương mại với các nguồn pháp luật khác

ThS. Nguyễn Mạnh Thắng

HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

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

TỔNG BIÊN TẬP

TS. PHẠM VĂN HÙNG

PHÓ TỔNG BIÊN TẬP:

NGUYỄN QUANG MINH

TRỤ SỞ:

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

THIẾT KẾ:

HOÀNG NHI

GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:

Số 117/GP-NGÀY 30-3-2001
CỦA BỘ VH TT

PHÁT HÀNH:

HÀ NỘI: 080-43364

TÀI KHOẢN:

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

IN TẠI CÔNG TY CỔ PHẦN IN TÂY HỒ

GIÁ: 15.000 ĐỒNG

Ảnh bìa: Thu Hà Nội

Ảnh: ST.

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn

Legis 9/2012

STATE AND LAW

DISCUSSION ON CONSTITUTION

- 3** Further discussion on the amending proposals of the 1992 Constitution from the principle of people's sovereignty

Prof, Dr. Nguyen Cuu Viet

- 14** Obligations of human beings and citizens: the issues raised during amending and supplementing the 1992 Constitution

Prof, Dr. Hoang Thi Kim Que

- 20** Mechanisms for controlling judicial activities - problems and directions to improve

Prof, Dr. Bui Xuan Duc

- 29** Intergrate legal position of the State Auditor and the State Auditor General into the Constitution

Dinh Tien Dung

DISCUSSION OF BILLS

- 37** Complete legal instruments to prevent and combat corruption: ensure transparency in assets and information

Prof, Dr. Nguyen Ngoc Dien

- 45** Law on the Capital in relation to the legal system

Vuong Toan Thang

POLICIES

- 48** Models of organization operating public opinion survey to support the National Assembly

Dr. Nguyen Duc Chien

LEGAL PRACTICE

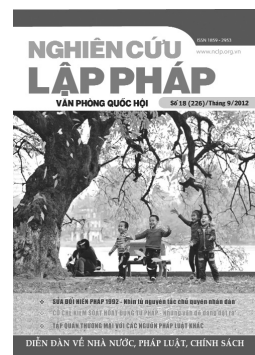
- 51** Mechanism of the exhaustion of intellectual property rights in the Trips Agreement and some suggestions for WTO member countries

Dr. Nguyen Nhu Quynh

FOREIGN EXPERIENCE

- 59** The relationship between customary commercial practices and other sources of law

LLM. Nguyen Manh Thang



EDITORIAL:

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

EDITOR-IN-CHIEF:

Dr. PHAM VAN HUNG

VICE EDITOR-IN-CHIEF:

NGUYEN QUANG MINH

OFFICE:

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

DESIGN:

HOANG NHI

LICENSE OF PUBLISHMENT:

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

DISTRIBUTION:

HA NOI: 080-43364

ACCOUNT NUMBER:

0011000467735
LEGISLATIVE STUDY MAGAZINE
VIETCOMBANK

PRINTED BY: TAYHO PRINTING
JOINT STOCK COMPANY

Price: 15,000 VND

BÀN VỀ LẬP HIẾN

BÀN THÊM VỀ VẤN ĐỀ
SỬA ĐỔI HIẾN PHÁP 1992
NHÌN TỪ NGUYÊN TẮC CHỦ QUYỀN NHÂN DÂN

NGUYỄN CỬU VIỆT*

Các Hiến pháp nước ta đều ghi nhận tất cả quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân (Điều 1 Hiến pháp 1946, Điều 4 Hiến pháp 1959, Điều 6 Hiến pháp 1980, Điều 2 Hiến pháp 1992). Đó là tuyên bố chung nhất về chủ quyền nhân dân. Bởi vì đó là vấn đề căn bản của Nhà nước và Hiến pháp, là mục đích và là nội dung xuyên suốt trong Hiến pháp, là nguyên tắc trụ cột của nhà nước pháp quyền. Do đó, thể hiện tốt, đầy đủ nguyên tắc đó, phản ánh được những thành quả của nhân loại về nội dung này là vấn đề cần tiếp tục phải bàn luận - tuy đây là vấn đề muôn thưở đã có rất nhiều tác giả đã bàn. Bài viết tiếp cận dưới góc độ nhận thức và thực tiễn áp dụng nguyên tắc đó, sau đó đưa ra một số kiến giải đối mới quy định Hiến pháp 1992 hiện hành.

Nói tới nhận thức về nguyên tắc chủ quyền nhân dân ở nước ta, bên cạnh các tác phẩm kinh điển, trước hết phải nói tới tư tưởng của Chủ tịch Hồ Chí Minh về nguyên tắc này thể hiện trong các lời nói và trước tác, trong Hiến pháp 1946 - Hiến pháp thể hiện trực tiếp tư tưởng đó, thành quả của cuộc Cách mạng tháng 8 năm 1945, Hiến pháp đầu tiên của nước ta, Hiến pháp của Nhà nước Việt Nam dân chủ cộng hòa.

1. Nguyên tắc chủ quyền nhân dân: Khái niệm, tư tưởng Hồ Chí Minh và Hiến pháp 1946

Nói về chủ quyền nhân dân là nói về dân chủ, vì, “dân chủ” là “quyền lực của nhân

dân” (thuật ngữ “dân chủ” xuất hiện đầu tiên tại Hy Lạp với cụm từ “demokratia” được ghép từ “dēmos” là “nhân dân” và “kratos” là “quyền lực”)¹. Ngày nay, một chế độ nhà nước trong đó các cơ quan chủ yếu của Nhà nước (Quốc hội, Chính phủ) được dân bầu, không kể bằng hình thức nào (trực tiếp hay gián tiếp), cũng thường được coi là Nhà nước dân chủ. Công ước quốc tế về các Quyền dân sự và chính trị năm 1966 mà Nhà nước ta tham gia cũng ghi nhận một quyền con người cơ bản là: “Được tham gia vào việc điều hành chính quyền, hoặc trực tiếp hoặc qua những đại biểu do mình tự do tuyển chọn” (Điều 25, điểm a. k.1).

Sinh thời, Chủ tịch Hồ Chí Minh đã có

* PGS-TS luật học, Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.

1 Từ điển Tiếng nước ngoài, Nxb Tiếng Nga, Mát-xcơ-va, 1987, tr.153.

tư tưởng rất nhất quán về chủ quyền nhân dân/dân chủ và tư tưởng đó đã thể hiện trong những lời nói giản dị, đậm màu sắc “dân gian” nhưng rất sâu sắc: “Nước lấy dân làm gốc”; “Gốc có vững cây mới bền, Xây lầu thắng lợi trên nền nhân dân”².

Tiếp thu những tư tưởng tiên bộ của nhân loại, Chủ tịch Hồ Chí Minh quan niệm rằng chủ quyền nhân dân xuất phát từ quyền con người, là một quyền con người cơ bản. Chính vì vậy, Tuyên ngôn Độc lập mà Chủ tịch Hồ Chí Minh viết và đọc trước Quốc dân ngày 2/9/1946, ở đoạn mở đầu đã dẫn những “lời bất hủ” trong bản Tuyên ngôn Độc lập năm 1776 của nước Mỹ: “Tất cả mọi người đều sinh ra có quyền bình đẳng. Tạo hóa cho họ những quyền không ai có thể xâm phạm được; trong những quyền ấy, có quyền được sống, quyền tự do và quyền mưu cầu hạnh phúc” và “những lẽ phải không ai chối cãi được” trong bản Tuyên ngôn Nhân quyền và dân quyền của Cách mạng Pháp năm 1791: “Người ta sinh ra tự do và bình đẳng về quyền lợi, và phải luôn luôn được tự do và bình đẳng về quyền lợi”. Từ quyền con người cơ bản, chủ quyền nhân dân được Chủ tịch Hồ Chí Minh khái quát thành quyền dân tộc tự quyết: “Suy rộng ra, câu ấy có ý nghĩa là: tất cả các dân tộc trên thế giới đều sinh ra bình đẳng; dân tộc nào cũng có quyền sống, quyền sung sướng và quyền tự do.”

Chủ quyền nhân dân/dân chủ có thể được thực hiện dưới hai hình thức: dân chủ gián tiếp và dân chủ trực tiếp.

Hình thức dân chủ gián tiếp (hay dân chủ đại diện): dân bầu ra cơ quan đại diện cho mình, cách này thường được thực hiện phổ biến vì tính tiện lợi và hiệu quả, bởi mỗi người dân không thể thông hiểu việc nhà nước bằng những người đại diện do họ bầu ra. Trong các Nhà nước rộng lớn, đông dân, mỗi người dân không hiểu công việc nhà

nước bằng các đại diện của mình. Tuy nhiên, để hình thức dân chủ đại diện thực sự thể hiện được ý chí của nhân dân thì luật bầu cử - luật chính trị cơ bản phải thật tốt và việc thực hiện luật đó cũng phải thật tốt. Dân chủ đại diện không chỉ thể hiện ở việc cử tri bầu ra cơ quan đại diện như Quốc hội, Hội đồng nhân dân (HĐND), mà cả việc bầu ra Tổng thống, Chủ tịch nước, người đứng đầu cơ quan hành chính địa phương, v.v..

Ở đây cần lưu ý tới ý kiến rằng, bầu cử cũng là một hình thức dân chủ trực tiếp. Chúng tôi không thể đồng tình với ý kiến này, vì như vậy là đã trộn dân chủ trực tiếp với dân chủ đại diện, làm biến mất dân chủ đại diện, và trái với quy định đã dẫn của Công ước quốc tế về các Quyền dân sự và chính trị cũng như của hiến pháp các nước trên thế giới. Bởi vì, khi một cử tri bỏ phiếu bầu thì việc bầu chưa phải đã hoàn thành. Kết quả bầu cử được công bố có thể đúng như ý kiến (phiếu) của cử tri đã bỏ phiếu bầu hoặc không đúng. Dân chủ là nhân dân thực hiện quyền lực, hành vi bỏ phiếu bầu là một quyết định của một cử tri riêng lẻ, chưa phải là trực tiếp thực hiện quyền lực nhà nước, đó mới là bước gián tiếp trên đường thực hiện quyền lực nhà nước.

Khi bàn về cuộc Tổng tuyển cử ngày 06/01/1946, Chủ tịch Hồ Chí Minh đã nói rõ rằng bầu cử phải thực sự dân chủ, tự do: "Trong cuộc Tổng tuyển cử, hễ là người muốn lo việc nước thì đều có quyền ra ứng cử; hễ là công dân thì đều có quyền đi bầu cử. Không chia gái trai, giàu nghèo, tôn giáo, nòi giống, giai cấp, đảng phái, hễ là công dân Việt Nam thì đều có hai quyền đó. Vì lẽ đó, cho nên Tổng tuyển cử tức là tự do, bình đẳng, tức là dân chủ, đoàn kết"³.

Trong kỳ bầu cử Quốc hội Khóa 1, ở Hà Đông có 97 vị ra ứng cử, bầu lấy 14 đại biểu,

2 Hồ Chí Minh, *Toàn tập*, Nxb Sự Thật Hà Nội, 1985, tập 5, tr.77-79.

3 Hồ Chí Minh: *Toàn tập*, tập 4, Nxb Sự thật, Hà Nội, 1987, tr.72.

Nam Định - 70 lấy 15, Hà Nội - 74 lấy 6⁴. Như vậy mới là Ngày hội của toàn dân “đúng nghĩa”, như vậy Nghị viện nhân dân mới thật “là cơ quan có quyền cao nhất của nước Việt Nam dân chủ cộng hoà” (Điều thứ 22 Hiến pháp 1946).

Dân chủ trực tiếp là đặc biệt quan trọng. Hiến pháp các nước từ Tuyên ngôn Độc lập Mỹ 1776, Tuyên ngôn Dân quyền và công dân quyền năm 1789 cùng với Hiến pháp Đại Cách mạng Pháp 1793, các Hiến pháp hiện đại hầu hết đều ghi nhận ngay ở những điều đầu tiên nguyên tắc chủ quyền nhân dân và quyền nhân dân trực tiếp hoặc gián tiếp thực hiện quyền lực nhà nước thông qua cơ quan đại diện do dân bầu ra, kể cả những nước mới “chuyển hướng” như Hiến pháp các nước mới tách ra từ Liên Xô cũ và các nước Đông Âu.

Trong lý thuyết hiến pháp và các thảo luận của những nhà “khai quốc công thần Hoa Kỳ” thì “dân chủ” cũng được hiểu chỉ là “dân chủ trực tiếp”, đối ngược với “dân chủ đại diện” được gọi là “cộng hòa”⁵. Cách giải thích giản dị hai từ “dân chủ” của Chủ tịch Hồ Chí Minh cũng là “dân chủ trực tiếp”: “Nghĩa là có việc gì thì ai cũng được bàn, cũng phải bàn. Khi bàn rồi thì bỏ thăm, ý kiến nào nhiều người theo hơn thì được. Ấy là dân chủ”⁶.

Rõ ràng, quyền dân chủ trực tiếp là đặc biệt quan trọng, tuy nó không thể thực hiện phổ biến như dân chủ gián tiếp (dân chủ đại diện), và tư tưởng đó của Chủ tịch Hồ Chí Minh thể hiện rõ trong Hiến pháp 1946 -

Hiến pháp chịu sự chỉ đạo trực tiếp của Chủ tịch Hồ Chí Minh về tư tưởng ban hành cũng như quá trình soạn thảo, thông qua⁷. Quyền dân chủ trực tiếp trước hết được thể hiện ở quyền làm Hiến pháp và quyền phúc quyết (referendum - biểu quyết toàn dân) về Hiến pháp và về những việc quan hệ đến vận mệnh quốc gia. Lời nói đầu Hiến pháp 1946 ghi rõ: Quốc dân trao cho Quốc hội việc soạn thảo Hiến pháp, nghĩa là, quyền ban hành Hiến pháp vốn là của nhân dân (Quốc dân), Quốc hội (lập hiến) chỉ là nhận ủy quyền của nhân dân soạn thảo Hiến pháp mà thôi. Do đó, khi đã được Nghị viện thông qua, Hiến pháp phải được nhân dân phúc quyết (referendum - biểu quyết toàn dân) thì mới có hiệu lực. Một Hiến pháp chỉ với 70 điều viết rất ngắn gọn, trong đó lại có Mục C Chương II với tên “Bầu cử, bãi miễn và phúc quyết” và dành tất cả 3 điều quy định về vấn đề này: Điều thứ 21 quy định quyền phúc quyết và loại vấn đề phải đưa ra nhân dân phúc quyết “Nhân dân có quyền phúc quyết về Hiến pháp và những việc quan hệ đến vận mệnh quốc gia, theo Điều thứ 32 và 70”. Điều thứ 32 của Chương III “Nghị viện nhân dân” tiếp tục quy định nguyên tắc của trình tự đưa vấn đề ra phúc quyết ở Nghị viện và khẳng định “Cách thức phúc quyết sẽ do luật định”. Và cuối cùng, Điều thứ 70 quy định trình tự sửa đổi Hiến pháp với việc thực hiện quyền phúc quyết về việc sửa đổi Hiến pháp của nhân dân (điểm C Điều thứ 70).

Còn gì rõ ràng hơn, còn gì trân trọng hơn quyền phúc quyết của nhân dân, chủ quyền nhân dân trong một bản Hiến pháp chỉ

4 Theo báo Cứu Quốc ngày 11/12/1945, dẫn theo Đoàn Trọng Truyền, bài “Tư tưởng Hồ Chí Minh về nhà nước” trong cuốn “Nghiên cứu tư tưởng Hồ Chí Minh về nhà nước và pháp luật”, Đề tài NCKH cấp nhà nước KX-02-03, Bộ Tư pháp, Viện Nghiên cứu khoa học pháp lý, Hà Nội, 1993, tr.96.

5 http://vi.wikipedia.org/wiki/D%C3%A2n_ch%E1%BB%A7. Cách hiểu chữ “cộng hòa” này giống như khái niệm hình thức nhà nước cộng hòa theo lý luận về nhà nước.

6 Hồ Chí Minh, Toàn tập, Nxb Sự Thật, Hà Nội, tập 4, 1987, tr.34.

7 Điều 6 Sắc lệnh số 14 ngày 8/9/1945 của Chủ tịch Chính phủ lâm thời về cuộc Tổng tuyển cử để bầu Quốc hội viết: “Để dự thảo một bản Hiến pháp đệ trình Quốc hội, một Ủy ban khởi thảo Hiến pháp 7 người sẽ thành lập”. Hồ Chí Minh đứng đầu danh sách 7 người này và Chính phủ đã đưa ra một dự thảo và đã công bố lấy ý kiến nhân dân trên báo Cứu quốc ngày 10/11/1945. Bên cạnh đó, Quốc hội thành lập Ban soạn thảo với 11 thành viên, về sau bổ sung thêm 10 thành viên. Xem: Văn phòng Quốc hội - Lịch sử Quốc hội Việt Nam 1946-1960, Nxb Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 1994, tr.32, 40, 61, 62, 79, 102-104.

70 điều và rất ít chữ, cô đọng. Có như vậy thì tuyên bố quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân tại Điều thứ 1 mới là hiện thực. Ông Vũ Đình Hoè, nguyên Bộ trưởng Bộ Tư pháp của Nhà nước Việt Nam thời còn non trẻ, nói về Hiến pháp 1946 có lẽ không gì rõ ràng hơn, không gì hay hơn về quyền lập hiến của nhân dân, một nội dung chủ yếu của nguyên tắc chủ quyền nhân dân trong nhà nước pháp quyền: "Hiến pháp "dân định", chứ không phải Hiến pháp "khâm định"; không phải ai "ban" cho, mà do dân giành lấy. Hiến pháp do Quốc dân đại hội, Quốc hội ban hành, một Quốc hội đặc biệt - Quốc hội lập hiến - Chi sửa đổi Hiến pháp thì Nghị viện nhân dân còn phải hội đủ phiếu thuận của ít nhất 2/3 số đại biểu có mặt (theo Điều 70 - Hiến pháp 1946). Đồng thời trước khi ban bố, Nghị viện phải tổ chức cho toàn dân "phúc quyết". Vì lập Hiến pháp và sửa Hiến pháp là thuộc "những việc quan hệ đến vận mệnh quốc gia" (theo Điều 32)⁸.

Có như vậy trước hết vì Chủ tịch Hồ Chí Minh quan niệm rõ ràng rằng, để nhân dân được hưởng quyền tự do, dân chủ thì đất nước phải có Hiến pháp, vì vậy, trong "Bản yêu sách của nhân dân An Nam" (1919) được diễn ca thành bài "Việt Nam yêu cầu ca" ở điểm thứ bảy: "... Bày xin Hiến pháp ban hành, Trăm điều phải có thần linh pháp quyền..."⁹ hoặc trong "Nhời hô hoán cùng Vạn Quốc hội" (1926) - đã dẫn ở trên, có điểm thứ ba: "Xếp đặt một nền Hiến pháp, theo những lý tưởng dân quyền."

Như vậy, từ những năm 20 của thế kỷ 20, Chủ tịch Hồ Chí Minh đã nhận thức

rằng, trong Hiến pháp phải có tinh thần pháp quyền, mà tinh thần đó là theo những lý tưởng dân quyền. Một Hiến pháp không có nó thì không thể gọi là Hiến pháp của chế độ dân chủ. Người quan niệm Hiến pháp gắn với dân chủ. Khi đất nước Việt Nam còn nô lệ thì trước hết, Hiến pháp phải gắn với độc lập, tự do: "Không có gì quý hơn độc lập, tự do". "Thần linh pháp quyền" đó sau này được chính Chủ tịch Hồ Chí Minh nói và giải thích nhiều lần: "Chính quyền dân chủ có nghĩa là chính quyền do người dân làm chủ"¹⁰. Không chỉ Nhà nước, mà cả Chính phủ phải "Làm sao cho nhân dân biết hưởng quyền dân chủ, biết dùng quyền dân chủ của mình, dám nói, dám làm"¹¹ và "Phải thật sự tôn trọng quyền làm chủ của nhân dân"¹², mà cao hơn của lý tưởng dân quyền phải là: "Nhân dân có quyền đôn đốc và phê bình Chính phủ,"¹³ "Hề Chính phủ nào mà có hại cho dân chúng thì dân chúng phải đập đổ Chính phủ ấy đi và gây lên Chính phủ khác" (Đường cách mệnh)¹⁴, hoặc: "Dân là chủ thì Chính phủ phải là đầy tớ. Nếu Chính phủ làm hại dân, thì dân có quyền đuổi Chính phủ đi"¹⁵.

2. Những quy định cơ bản về nguyên tắc chủ quyền nhân dân trong Hiến pháp 1959, 1980

Mặc dầu, hai Hiến pháp này đều tuyên bố tất cả quyền lực thuộc về nhân dân, nhưng các quy định khác lại không thể hiện, không bảo đảm lời tuyên bố này.

Về quyền ban hành Hiến pháp. Lời nói đầu của Hiến pháp 1959 viết: *Quốc hội ta cần sửa đổi bản Hiến pháp năm 1946 cho*

8 Vũ Đình Hoè. "Nội dung về một Nhà nước của dân, do dân, vì dân, theo tư tưởng Hồ Chí Minh về bộ máy hành pháp" trong "Nghiên cứu tư tưởng Hồ Chí Minh về nhà nước và pháp luật"; Đề tài NCKH cấp nhà nước KX-02-03, Bộ Tư pháp, Viện Nghiên cứu Khoa học pháp lý, Hà Nội, 1993, tr.184-185.

9 Hồ Chí Minh, Toàn tập, Nxb Chính trị quốc gia, Hà Nội, tập 1, 2002, tr.438.

10 Hồ Chí Minh, Toàn tập, Nxb Sự Thật, Hà Nội, 1986, tập 6, tr.121.

11 Hồ Chí Minh, Sđd, 1989, tập 10, tr.508.

12 Hồ Chí Minh, Tuyển tập, Nxb Sự Thật, Hà Nội, 1980, tập 2, tr.210.

13 Hồ Chí Minh, Toàn tập, Nxb Sự Thật, Hà Nội, 1987, tập 7, tr.50.

14 Hồ Chí Minh, Sđd, 1983, tập 2, tr.192.

15 Bài nói tại Thanh Hóa năm 1947 (Hồ Chí Minh, Sđd, 1984, tập 4, tr.283).

thích hợp với tình hình và nhiệm vụ mới. Và Điều 112 quy định: Chỉ có Quốc hội mới có quyền sửa đổi Hiến pháp. Lời nói đầu của Hiến pháp 1980 thì không nói rõ như Lời nói đầu Hiến pháp 1959, nhưng Điều 83 khẳng định rõ: Quốc hội là cơ quan duy nhất có quyền lập hiến và lập pháp và Điều 147 cũng quy định y hệt như Điều 112 Hiến pháp 1959. Như vậy, quyền ban hành Hiến pháp của nhân dân, quyền dân chủ trực tiếp quan trọng nhất đã bị Hiến pháp 1959 và Hiến pháp 1980 lãng quên, phai nhòa trong quyền tối cao của Quốc hội tập quyền.

Về quyền phúc quyết của nhân dân. Hiến pháp 1959 chỉ viết tại khoản 5 Điều 53 về quyền hạn của Ủy ban thường vụ Quốc hội quyết định việc trưng cầu ý kiến nhân dân. Hiến pháp 1980 cũng chỉ viết y như vậy tại khoản 6 Điều 100 về quyền hạn của Hội đồng Nhà nước. Như vậy, đây không phải quyền của nhân dân mà chỉ là quyền của cơ quan thường trực của Quốc hội (Hiến pháp 1959) và đồng thời là Chủ tịch tập thể của Nhà nước (Hiến pháp 1980). Mặt khác, khái niệm “trưng cầu ý kiến nhân dân” theo tiếng Việt, như chúng ta biết, được giải thích rất rộng, không chỉ là phúc quyết (referendum-biểu quyết toàn dân), mà còn là hỏi, tham khảo ý kiến nhân dân. Vì vậy, quy định này không có mấy ý nghĩa.

Như vậy, chỉ mới dẫn mấy quy định cơ bản đã có thể thấy, nguyên tắc chủ quyền nhân dân bị nhận thức sai lệch, phai nhòa trong hai bản Hiến pháp này.

3. Những quy định cơ bản về nguyên tắc chủ quyền nhân dân trong Hiến pháp 1992 (đã được sửa đổi, bổ sung năm 2001) và thực tiễn thực hiện

Lời nói đầu của Hiến pháp 1992 cũng y như Điều 83 Hiến pháp 1980 tuyên bố rõ ràng: *Quốc hội làm Hiến pháp* và Điều 83 khẳng định “Quốc hội là cơ quan duy nhất có quyền lập hiến và lập pháp”. Điều 147 Hiến pháp 1992 cũng quy định y như Điều 112 Hiến pháp 1959 và Điều 147 Hiến pháp

1980: Chỉ có Quốc hội mới có quyền sửa đổi Hiến pháp. Như vậy, quyền ban hành Hiến pháp của nhân dân, quyền dân chủ trực tiếp quan trọng nhất cũng hoàn toàn bị lãng quên như các Hiến pháp 1959, 1980.

Năm 2001, Hiến pháp 1992 có những sửa đổi, bổ sung quan trọng. Khoản 1 Điều 2 (sửa đổi, bổ sung năm 2001:) quy định: *Nhà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa (XHCN) của nhân dân, do nhân dân, vì nhân dân. Tất cả quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân mà nền tảng là liên minh giữa giai cấp công nhân với giai cấp nông dân và đội ngũ trí thức. (Những chữ tác giả tô đậm trong đoạn này là mới sửa đổi, bổ sung năm 2001).*

Tuy nhiên, không kể những chữ này, thì nội dung cũ của nó cũng đã thể hiện đầy đủ nguyên tắc chủ quyền nhân dân trong Nhà nước ta. Nhưng trong Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa (ý mới bổ sung) thì nguyên tắc chủ quyền nhân dân càng phải mang nội dung mới, đặc biệt là chủ quyền nhân dân trong Nhà nước phải gắn liền với những bảo đảm, một đảm bảo đầu tiên mang tính quyết định là việc quy định đầy đủ và thực thi các hình thức dân chủ. Cũng như Hiến pháp 1959, 1980, Hiến pháp 1992 cũng tuyên bố chủ quyền nhân dân trong Nhà nước (như đã dẫn trên) nhưng không quy định đầy đủ hình thức dân chủ trực tiếp, trong đó có quyền dân chủ quan trọng nhất là quyền ban hành Hiến pháp và biểu quyết toàn dân. Để đảm bảo thực hiện nguyên tắc chủ quyền nhân dân trong Nhà nước pháp quyền hay Nhà nước pháp quyền XHCN thì dân chủ gián tiếp phải thực chất, không hình thức; dân chủ trực tiếp phải được thực hiện và phát triển. Dân chủ/chủ quyền nhân dân là bản chất của Nhà nước pháp quyền, nên xây dựng, hoàn thiện Nhà nước pháp quyền được đánh giá trước hết và chủ yếu qua quá trình xây dựng và hoàn thiện cả hai hình thức dân chủ. Đáng tiếc rằng, các quy định quan trọng nhất về các hình thức dân chủ của Hiến pháp 1992

(đã sửa đổi, bổ sung năm 2001) vừa “dè dặt, ngập ngừng” vừa “không rõ ràng, mâu thuẫn”, thể hiện qua:

Khoản 1 Điều 2 tuyên bố, Nhà nước Việt Nam là Nhà nước pháp quyền XHCN và nguyên tắc chủ quyền nhân dân (như đã dẫn), nhưng Điều 6 lại quy định *Nhân dân sử dụng quyền lực Nhà nước thông qua Quốc hội và HĐND*. Đến Điều 53 lại quy định quyền dân chủ trực tiếp: *Công dân có quyền ... biểu quyết khi Nhà nước tổ chức trưng cầu ý dân* (Quy định này “không rõ ràng” vì không rõ khi nào thì Nhà nước tổ chức trưng cầu ý dân, để giải quyết loại việc cụ thể nào, thủ tục ra sao, ở đâu quy định. Quy định dù tốt, rõ, mà không có những cái đó thì tuyên bố của Hiến pháp là không hiện thực và thực tế là như vậy). Đến Điều 83 khoản 2 lại khẳng định: *Quốc hội là cơ quan duy nhất có quyền lập hiến và lập pháp* và Điều 147: *Chỉ Quốc hội mới có quyền sửa đổi Hiến pháp*. Như vậy, Điều 2 tuyên bố, Điều 6 phủ nhận Điều 2, Điều 53 lại mâu thuẫn với Điều 6. Điều 83 và 147 lại mâu thuẫn với Điều 53. Thật khó hình dung các quy định Hiến pháp về một vấn đề rất cơ bản mà mâu thuẫn nhiều đến vậy.

Quyền ban hành và sửa đổi Hiến pháp của toàn dân, quyền dân chủ trực tiếp quan trọng số một lúc thì “quên” và “trao hết” cho các cơ quan dân cử, lúc thì quy định không chắc chắn, không rõ ràng. Như vậy thì làm sao thực hiện được lời Chủ tịch Hồ Chí Minh *bao nhiêu quyền hạn đều của dân*¹⁶, hoặc để thực hiện *quyền đỏi Chính phủ đi*?

Nguyên nhân có phải là do quan niệm không đúng về nguyên tắc chủ quyền nhân dân hay do kỹ thuật lập hiến? Điều này sẽ bàn thêm ở điểm 4 bài này.

Sự vừa dè dặt, ngập ngừng dẫn đến không nhất quán còn thể hiện ngay ở các văn bản chính thức và sự kiện thực tế, đơn cử như:

- Nghị quyết Hội nghị lần thứ 8 Ban chấp hành trung ương Đảng khoá VII (23/01/1995) đã ghi: *Cần sớm ban hành Luật Trưng cầu ý dân*.

- Những nội dung này cũng được khẳng định trong Chương trình Tổng thể cải cách hành chính năm 2001 - 2010 của Chính phủ.

- Báo cáo chính trị tại Đại hội Đảng IX (2001) tại Mục IX một lần nữa lại đề ra việc ban hành *Luật Trưng cầu ý dân* và chủ trương khắc phục mọi biểu hiện *dân chủ hình thức*. Lần này, việc ban hành Luật Trưng cầu ý dân được ghi vào Nghị quyết Đại hội Đảng toàn quốc chứ không chỉ ở Nghị quyết Hội nghị Ban chấp hành trung ương. Như vậy là tiến thêm một bước trong việc khẳng định chủ trương này.

- Báo cáo chính trị tại Đại hội Đảng XI (2011) tại Mục X “Phát huy dân chủ XHCN và sức mạnh đại đoàn kết toàn dân tộc” ở điểm 1 viết: *Có cơ chế cụ thể để nhân dân thực hiện trên thực tế quyền làm chủ trực tiếp. Thực hiện tốt hơn Quy chế dân chủ ở cơ sở và Pháp lệnh thực hiện dân chủ ở xã, phường, thị trấn (tác giả nhấn mạnh)*. Như vậy, Báo cáo chính trị lần này cũng nhấn mạnh dân chủ trực tiếp, nhưng chung chung và không nhắc tới chủ trương ban hành Luật Trưng cầu ý dân, chỉ nói tới chế định không quan trọng bằng là Quy chế dân chủ ở cơ sở (mặc dầu trong Báo cáo có tới 46 từ “dân chủ”, 7 từ “nhà nước pháp quyền”). Nội dung này không có gì cụ thể và không tiến xa hơn Nghị quyết Trung ương 3 Khóa VIII về *Phát huy quyền làm chủ của nhân dân, tiếp tục xây dựng Nhà nước cộng hoà XHCN Việt Nam trong sạch, vững mạnh*.

Trên thực tế, đã có 2 đợt cho tiến hành soạn thảo về Luật trưng cầu ý dân và tổ chức các hội thảo về các dự thảo này: Từ những năm sau 1995 (sau Hội nghị Trung ương 8 khoá VII) và những năm sau Đại hội Đảng

16 Hồ Chí Minh, *Sdd*, 1985, tập 5, tr.299.

IX (2001) đến đầu Đại hội Đảng X (2006), nhưng sau khi khởi động, công việc đã dừng lại. Như vậy, có chủ trương, nhưng ngập ngừng ngay trong chủ trương, việc thực hiện cũng ngập ngừng và dừng lại. Nhận thức và việc làm là hai việc không phải khi nào cũng thống nhất. Đó là “chuyện thường ngày ở huyện”. Thậm chí Báo cáo chính trị trên Đại hội Đảng XI (điểm 4 mục I.B) cũng nhận định: “giữa chủ trương và tổ chức thực hiện còn cách biệt”. Những nhận định như vậy không chỉ thấy một lần, nhưng vẫn đề xảy ra ở những chủ trương đặc biệt quan trọng.

Dân chủ, cũng là chủ quyền nhân dân, là mục tiêu, đồng thời là động lực, là phương tiện để thực hiện mục tiêu thiên niên kỷ “dân giàu, nước mạnh, xã hội công bằng, dân chủ, văn minh”, là nội dung xuyên suốt công cuộc Đổi mới và xây dựng xã hội mới. Không phát triển đầy đủ các hình thức dân chủ, nhất là dân chủ trực tiếp trên toàn quốc và ở các địa phương thì chưa thể có phát triển dân chủ thực sự, sự phát triển của đất nước chưa được bảo đảm, chưa nói là chưa đúng những nguyên tắc cơ bản của Nhà nước pháp quyền nói chung và nói riêng của nguyên tắc chủ quyền nhân dân trong Nhà nước ta đã được tuyên bố rõ ràng tại Điều 2 Hiến pháp 1992 và những tuyên bố trong các Nghị quyết Đại hội Đảng và nhất là trong Cương lĩnh xây dựng đất nước trong thời kỳ quá độ lên chủ nghĩa xã hội (Bổ sung, phát triển năm 2011): *Xã hội XHCN mà nhân dân ta xây dựng là một xã hội: Dân giàu, nước mạnh, dân chủ, công bằng, văn minh; do nhân dân làm chủ;...*

Dân chủ XHCN là bản chất của chế độ ta, vừa là mục tiêu, vừa là động lực của sự phát triển đất nước.

Ngoài quyền bầu cử phải thật sự tự do, dân chủ được bảo đảm bằng thủ tục luật định chặt chẽ, thì câu hỏi: nhân dân thông qua

Hiến pháp hay Quốc hội, nhân dân có quyền phúc quyết (referendum- biểu quyết toàn dân) về Hiến pháp và các vấn đề quan trọng liên quan đến vận mệnh quốc gia, và hai loại quyền này có được ghi dưới công thức cụ thể, rõ ràng, khoa học trong Hiến pháp hay không và có được chỉ rõ trong Hiến pháp và phải được luật quy định cụ thể hay không, đây chính là những nội dung xác định như thế nào về *nguyên tắc chủ quyền nhân dân - một nguyên tắc trụ cột của Nhà nước pháp quyền mà Chủ tịch Hồ Chí Minh, Đảng và Nhà nước ta đã dày công và đang chủ trương xây dựng*. Từ tất cả những trình bày trên, chỉ có một câu trả lời đúng, là khẳng định.

4. Tất cả quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân nhưng tập trung vào đâu?

Vấn đề này có vẻ như mang tính “kỹ thuật”, nhưng thực ra không phải như vậy, mà là vấn đề cực kỳ quan trọng, mang tính nguyên tắc, nhưng đáng tiếc rằng, cho đến nay trong khoa học chính trị - pháp lý và thực tiễn nước ta vẫn có ý kiến khác nhau, tuy rằng, nguyên tắc tất cả quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân là không phải bàn.

Quan điểm thứ nhất cho rằng, quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân, nhưng (được thực hiện) tập trung vào Quốc hội và đây là quan niệm phổ biến đang được thể hiện qua các Hiến pháp 1959 (Điều 4), 1980 và 1992 (Điều 6) và đều chỉ quy định *nhân dân sử dụng quyền lực nhà nước thông qua Quốc hội và HĐND*, mà đỉnh cao của quan niệm này là Hiến pháp 1980. Đây chính là nguyên tắc tập quyền XHCN. Theo quan niệm này, có người lập luận rằng, trong thời đại ngày nay, khi cuộc sống chính trị - xã hội sôi động, thêm vào đó đất nước lại rộng lớn, nhân dân không thể sử dụng quyền lực nhà nước một cách trực tiếp (bằng referendum) như thời dân chủ thành bang A-ten, dân trí lại thấp, mỗi người dân không thể thông hiểu

việc Nhà nước bằng các đại biểu (lập luận giống Montesquieu về dân chủ đại diện), nên cho rằng, nhân dân phải sử dụng quyền lực nhà nước thông qua cơ quan đại diện.

Quan điểm thứ hai cho rằng, quyền lực nhà nước tập trung vào nhân dân. Cái khó của quan niệm này là ở chỗ tập trung vào nhân dân thì cụ thể là vào ai? Không lẽ việc gì cũng toàn dân biểu quyết như chế độ dân chủ sơ khai A-ten, chưa kể còn có ý kiến cho rằng, do dân trí thấp nên chưa thể thiết lập chế định trung cầu dân ý. Nói về chuyện “dân trí thấp” thì không gì hay bằng lời giải thích của Chủ tịch Hồ Chí Minh năm 1946: *Trong Ban soạn thảo Hiến pháp, nhiều người đã ngập ngừng: đại đa số công dân còn mù chữ thì bầu thế nào? Hồ Chủ tịch đánh thông, đại ý: không lo; dân ta thiết tha với độc lập, tự do, lại giàu thông minh để phân biệt được kẻ hay, người dở, mới lại: “nó lú thì chú nó khôn” chứ! Còn việc bầu được đúng ai mình định chọn, thì chẳng cần đến chữ nghĩa. Có khối cách bỏ phiếu ...¹⁷*

Do vậy có quan điểm thứ ba cho rằng, quyền lực nhà nước tập trung vào Hiến pháp. Đây có vẻ như là giải pháp dung hòa, “trung dung” cho hai quan điểm trên. Thực ra, quan điểm này chính là một cách thể hiện của quan điểm thứ hai, nếu quan niệm nội dung cốt lõi của Hiến pháp là chủ quyền nhân dân: Hiến pháp là do nhân dân ban hành, do đó tập trung vào Hiến pháp chính là tập trung vào nhân dân. Như vậy, quan điểm thứ hai - quyền lực nhà nước tập trung vào nhân dân là hoàn toàn chính xác, theo đó nhân dân sử dụng quyền lực nhà nước của mình một cách trực tiếp hoặc gián tiếp.

Các hình thức dân chủ trực tiếp quan trọng nhất là:

- Ban hành Hiến pháp để quy định và

giới hạn phạm vi quyền hạn của các cơ quan nhà nước, quy định các hình thức thực hiện quyền lực chủ yếu của các cơ quan nhà nước và của chính nhân dân và cơ chế kiểm soát việc thực hiện quyền lực của các cơ quan nhà nước.

- Biểu quyết toàn dân - phúc quyết (referendum) về những vấn đề quan hệ đến vận mệnh quốc gia hoặc địa phương.

Hình thức dân chủ gián tiếp quan trọng nhất là:

Bầu ra các cơ quan (chứ không chỉ bầu ra các cơ quan dân cử) thay mặt nhân dân thực hiện quyền lực nhà nước.

Đây là quan niệm, theo chúng tôi, là duy nhất đúng.

Điều sửa đổi, bổ sung thứ 10 (năm 1789, có hiệu lực năm 1791) của Hiến pháp Mỹ năm 1787 là hình mẫu của nguyên tắc phân quyền theo lãnh thổ, đồng thời còn có thể xem, theo chúng tôi, là một cách biểu hiện hình mẫu của quan niệm về chủ quyền nhân dân: “Những thẩm quyền không được Hiến pháp trao cho Liên bang và không cấm các bang thực hiện thì thuộc về các bang tương ứng hoặc thuộc về nhân dân”¹⁸. Như vậy nhân dân mới đúng là nguồn gốc của quyền lực.

Quan niệm/nguyên tắc trên đây không phụ thuộc vào mô hình nhà nước, chế độ chính trị hay chính thể. Do đó, trong Hiến pháp của Nhà nước XHCN thì càng phải thể hiện tốt nhất có thể được nguyên tắc này.

5. Một số kiến nghị sửa đổi các quy định chủ yếu về nguyên tắc chủ quyền nhân dân

Trên cơ sở phân tích trên, chúng tôi có mấy kiến nghị chủ yếu sau về hoàn thiện các quy định chủ yếu về nguyên tắc chủ quyền nhân dân trong Hiến pháp:

¹⁸ Xem: Trung tâm Thông tin, Thư viện và Nghiên cứu khoa học của Văn phòng Quốc hội, Tuyển tập Hiến pháp một số nước, Hà Nội, 10/2011, tr. 91; Конституции государств (стран) мира (Hiến pháp của các nước trên thế giới) - <http://world-constitutions.ru/archives>.

Đầu tiên, đã đến lúc phải ghi nhận vào Hiến pháp (chí ít là vào Lời nói đầu) *quyền ban hành Hiến pháp* là quyền thiêng liêng, là quyền chủ quyền, gốc của mọi quyền, *phải và chỉ thuộc về toàn dân Việt Nam*, ngay cả khi nhân dân không trực tiếp ban hành hay phúc quyết (referendum) - biểu quyết toàn dân. Mặt khác, trên thế giới có thể không phải ở đâu, lúc nào Hiến pháp cũng do dân phúc quyết, nhưng càng ở những thập niên gần đây và sang thế kỷ 21, tỷ lệ Hiến pháp ban hành bằng referendum cao hơn nhiều so với trước, nhất là trong những nhà nước tiên tiến¹⁹. Điều đó chứng tỏ tinh thần nguyên tắc chủ quyền nhân dân ngày càng được khẳng định trong các Hiến pháp trên thế giới. Vì vậy, đã đến lúc chúng ta quy định quyền phúc quyết - biểu quyết toàn dân về Hiến pháp sau khi Quốc hội đã thông qua (ở Điều cuối cùng về ban hành, sửa đổi, bổ sung Hiến pháp). Bỏ những ý tứ nói trong Hiến pháp về quyền của Quốc hội làm và ban hành Hiến pháp.

Hai là, quy định *quyền chủ quyền của Nhà nước thuộc về toàn dân tộc - toàn dân Việt Nam và được thực hiện qua biểu quyết toàn dân* (bổ sung, sửa đổi Điều 2). Sử dụng quyền lực nhà nước một cách trực tiếp (biểu quyết toàn dân) là rất quan trọng, vì đó là biểu hiện cao nhất của quyền chủ quyền, cũng như lời của Rousseau: *bởi chủ quyền tối cao của toàn dân là không thể dùng người đại diện được*²⁰, cũng như lời Chủ tịch Hồ Chí Minh khi nói về hai từ “dân chủ” tức là dân chủ trực tiếp. Như vậy, lời tuyên bố tất cả quyền lực nhà nước thuộc nhân dân

mới được đảm bảo chắc chắn bằng hình thức dân chủ trực tiếp quan trọng nhất.

Ba là, quy định nhân dân sử dụng quyền lực nhà nước một cách trực tiếp thông qua quyền biểu quyết toàn dân về những vấn đề hệ trọng đến vận mệnh quốc gia hoặc gián tiếp thông qua đại biểu ở các cơ quan đại diện hoặc các cơ quan khác do mình bầu ra (bổ sung, sửa đổi Điều 6).

Bốn là, quyền biểu quyết toàn dân nên quy định rõ ràng, đầy đủ và chắc chắn ít nhất như Hiến pháp 1946: 1) đó là quyền chính trị cơ bản - sửa đổi Điều 53; 2) loại vấn đề nhân dân phải phúc quyết, trình tự đưa vấn đề ra phúc quyết và ban hành Luật về Trưng cầu ý dân (hiểu theo nghĩa là referendum) - bổ sung 1 Điều vào chương về Quốc hội; và 3) bổ sung quyền phúc quyết việc sửa đổi Hiến pháp (Điều cuối của Hiến pháp).

Năm là, quan niệm dân chủ gián tiếp không bao hàm chỉ việc nhân dân bầu ra Quốc hội, HĐND, mà cả dân bầu ra các chức vụ khác, như: bầu Chủ tịch nước (dần dần cần tiến tới) và người đứng đầu các cơ quan hành chính địa phương (có thể tiến hành sớm hơn). Ở các tiểu bang ở Mỹ, thậm chí người dân còn bầu cả một số quan chức phụ trách những lĩnh vực quan trọng khác²¹. Việc nhân dân bầu Chủ tịch nước và người đứng đầu các cơ quan hành chính địa phương còn là cách tốt nhất nâng cao tính trách nhiệm của chính quyền trước nhân dân, vì những nhân vật này nhận sự trao quyền trực tiếp của dân, nên đây là một hình thức giám sát trực tiếp quan trọng nhất của dân đối với những người

19 Theo một thống kê thì trong các Hiến pháp của các nước tiên tiến, một số được Nghị viện ban hành nhưng trong đó đều ghi quyền của nhân dân ban hành, còn các Hiến pháp được ban hành từ ¼ sau thế kỷ 20 đến nay thì đa phần được referendum; 14/25 Hiến pháp được ban hành bằng referendum ở thế kỷ 21. Xem:

http://ru.m.wikipedia.org/wiki/%D0%A1%D0%BF%D0%B8%D1%81%D0%BE%D0%BA_%D0%B4%D0%B5%D0%B9%D1%81%D1%82%D0%B2%D1%83%D1%8E%D1%89%D0%B8%D1%85_%D0%BA%D0%BE%D0%BD%D1%81%D1%82%D0%B8%D1%82%D1%83%D1%86%D0%B8%D0%B9#.D0.9A.D0.BE.D0.BD.D1.81.D1.82.D0.B8.D1.82.D1.83.D1.86.D0.B8.D0.B8.2C_.D0.BF.D1.80.D0.B8.D0.BD.D1.8F.D1.82.D1.8B.D0.B5_.D0.B2_XX_.D0.B2.D0.B5.D0.BA.D0.B5

20 Jean Jacques Rousseau: *Sách đã dẫn*, tr.140.

21 Xem: Chủ biên Nguyễn Cửu Việt, *Luật hành chính nước ngoài*, Khoa Luật Đại học Quốc gia Hà Nội, Nxb Đại học Quốc gia Hà Nội, 2011, tr.130-131.

đứng đầu các cơ quan chính quyền. Đó là cách làm tốt nhất hạn chế sự hoành hành của “lợi ích nhóm”, tệ bè phái, “trên bảo, dưới không nghe”, nạn “quan tham”, trách nhiệm của bộ máy hành chính không rõ ràng, v.v.. Nghị quyết Hội nghị Trung ương 5 Khóa X (điểm 5) đã đề ra chủ trương thực hiện thí điểm việc cử tri bầu trực tiếp Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp xã, nhưng đến Quốc hội đã dừng lại, chưa quyết định thí điểm. Thiết nghĩ, Quốc hội đã quá dè dặt. Ngược lại, đây là việc cần làm sớm, mà không chỉ ở cấp chính quyền cơ sở, bởi đây là cách tốt nhất nâng cao tính trách nhiệm, hạn chế tiêu cực và hiệu quả của chính quyền mọi cấp.

Trong điều kiện hiện nay, với những nguy cơ mà Hội nghị Trung ương 4 Khóa XI của Đảng đã nêu, thì cách làm tốt nhất và duy nhất để hạn chế và ngăn chặn triệt để các tiêu cực, yếu kém, bảo vệ chủ quyền của nhân dân, là *thiết lập một thiết chế nguyên thủ quốc gia đủ mạnh tương tự như Hiến pháp 1946 hoặc như trong chính thể lưỡng tính bằng cách hợp nhất chức danh Tổng Bí thư với chức vụ Chủ tịch nước*. Không phải vô cớ mà các nhà nước tách ra từ Liên Xô cũ và các nhà nước XHCN Đông Âu cũ đều chọn mô hình chính thể lưỡng tính, bởi vì những chuyển đổi mạnh của chế độ kinh tế, chính trị - xã hội luôn song hành cùng những bất ổn, chỉ có một thiết chế nguyên thủ quốc gia đủ mạnh thì mới có khả năng gìn giữ ổn định. Chưa nói rằng thực tiễn các nước làm nên sự “Thần kỳ châu Á” thường gắn với tên tuổi những “Thủ lĩnh”²². Cũng có ý kiến rằng, cách này dễ dẫn tới chế độ độc quyền cá nhân. Nhưng có thể hạn chế khả năng xấu này bằng rất nhiều thiết chế, như: Bộ Chính trị, Quốc hội, Tòa án Hiến pháp, nếu là do dân bầu thì bản thân việc dân bầu là cơ chế kiểm soát quan trọng nhất,... Mặt khác, sự

tăng quyền cho thủ trưởng bao giờ cũng đi liền với cơ chế trách nhiệm, bên cạnh đó, điều quan trọng là trách nhiệm cá nhân được quy định rất rõ ràng. Đó là chưa nói rằng đây là phương án duy nhất nhằm “hợp hiến hóa” sự lãnh đạo của Đảng (vấn đề này cần bàn cụ thể hơn trong những bài khác).

Sáu là, hoàn thiện các hình thức dân chủ gián tiếp khác, quan trọng nhất và trước hết là hoàn thiện tổ chức và hoạt động của Quốc hội nhằm mục đích nâng cao vai trò của nó và hoàn thiện chế độ bầu cử.

Hoàn thiện tổ chức và hoạt động của các cơ quan dân cử như Quốc hội để Quốc hội thực hiện một cách thực chất và có chất lượng các chức năng của cơ quan đại diện cao nhất của quốc dân. Muốn vậy, cơ cấu Quốc hội phải giảm thiểu đại biểu kiêm chức năng hành pháp để Quốc hội không còn là “Quốc hội của Hành pháp”. Muốn vậy, Quốc hội phải hoạt động chuyên nghiệp (chuyên nghiệp chứ không chỉ chuyên trách vì chuyên nghiệp gắn với kỹ năng, kinh nghiệm, trình độ) và thường xuyên, không thể khác. Ngay Hội đồng Bảo an Liên hiệp quốc cũng hoạt động thường xuyên (!).

Điều quan trọng khác về hoàn thiện tổ chức Quốc hội là nên thành lập Quốc hội hai Viện như nhiều tác giả đã đề xuất. Đây là cách tốt nhất để có một Quốc hội mang tính đại diện cao và để mỗi quyết định quan trọng, trong đó có việc ra luật, đều được cân nhắc kỹ lưỡng qua cơ chế chế ước lẫn nhau giữa hai Viện. Điều này cũng đã được Montesquieu lập luận rất thuyết phục và đã được thực tiễn lịch sử khẳng định²³. Các nước XHCN trước đây đã từng có Quốc hội hai viện hoặc hơn. Quốc hội hai viện không chỉ thích hợp với nhà nước liên bang. Trong nhà nước đơn nhất XHCN vẫn có thể có Quốc hội hai viện.

22 Về vấn đề này, tác giả đề xuất cụ thể hơn trong bài: Nguyên tắc tổ chức bộ máy nhà nước Việt Nam: Lịch sử, nhận thức, thực trạng và vấn đề sửa đổi Hiến pháp 1992. Tham luận Hội thảo “Sửa đổi, bổ sung Hiến pháp 1992: Đề xuất và lập luận”, Khoa Luật Đại học Quốc gia Hà Nội, 2/7/2012.

23 S. Montesquieu, *Tinh thần pháp luật*, Nxb Giáo dục - Khoa Luật, 1996, tr.105-106.

Viện Dân biểu bao gồm đa phần các đại biểu đại diện cho dân được bầu bình thường theo tỷ lệ số dân, nhưng mỗi đơn vị bầu cử chỉ nên chọn một đại biểu (Montesquieu cũng lập luận thuyết phục về vấn đề này²⁴) và cân bỏ hãn cách trung ương giới thiệu cán bộ về địa phương ứng cử, vì như vậy, đại biểu sẽ không đúng là đại diện cho cử tri địa phương. Bên cạnh đó, cần có một tỷ lệ nhất định các đại biểu do Trung ương Đảng và các tổ chức chính trị - xã hội hiệp thương giới thiệu để khỏi lo câu hỏi cán bộ trung ương sẽ đi đâu?²⁵ Như vậy, Viện này sẽ đại diện tốt cho dân cư và các lực lượng chính trị trong xã hội.

Thượng Viện (hay với một tên khác) cần bao gồm, ví dụ: một số Ủy viên Bộ Chính trị, các nguyên Tổng Bí thư, nguyên Chủ tịch nước, nguyên Chủ tịch Quốc hội và nguyên Thủ tướng Chính phủ, và như có tác giả đã đề xuất - không thể thiếu đại diện của các đơn vị hành chính - lãnh thổ (các cộng đồng lãnh thổ) trực thuộc trung ương²⁶. Thực tế trước đây, ở nước ta và Trung Quốc đã có Hội đồng cố vấn gồm những vị nguyên là lãnh đạo cao nhất của Đảng và Nhà nước, nhưng sau này đã bỏ, có lẽ vì không được hiến định. Nhưng trên thực tế, đây vẫn là một kênh tư vấn quan trọng cho Đảng và Nhà nước. Thiết chế Thượng viện như thế này là một cách “hợp hiến hóa” kênh này. Còn đại diện các cơ quan công quyền của đơn vị hành chính - lãnh thổ (các cộng đồng lãnh thổ) trực thuộc trung ương là rất cần trong Thượng Viện vì sẽ bảo đảm cho Thượng Viện cân nhắc được quyền lợi của tất cả các địa phương khi ra quyết định và nên là hai người (một là Chủ tịch HĐND, một là người đứng đầu cơ quan hành chính).

Cơ cấu Thượng viện như vậy sẽ bảo đảm sự lãnh đạo chính đáng của Đảng, của các cựu lãnh đạo của Nhà nước, cân nhắc tốt hơn ý chí, quyền lợi của các địa phương, bảo đảm tốt hơn chức năng ngăn cản và sự chế ước lẫn nhau giữa hai Viện để Quốc hội ra quyết định có chất lượng.

Về chế độ bầu cử, điều quan trọng là phải thực sự tự do, dân chủ như Chủ tịch Hồ Chí Minh đã nói và thực hiện năm 1946. Ở đây, chúng tôi hoàn toàn nhất trí với ý kiến bổ sung nguyên tắc bầu cử tự do như Điều 17 Hiến pháp 1946 vào Hiến pháp 1992²⁷. Một tuyên bố về quyền tự do bầu cử và ứng cử mà không có cơ chế (nguyên tắc, thủ tục) khoa học đảm bảo thì tuyên bố sẽ chỉ là hình thức. Một việc khác, ví dụ, nhập bầu cử đại biểu Quốc hội và đại biểu HĐND vào một ngày... tuy đơn giản và tiện lợi, nhưng chỉ dưới góc độ nhà quản lý, còn dưới góc độ phát triển chế độ bầu cử dân chủ, tự do thì không hay. Ý nghĩa cuộc bầu cử đại biểu Quốc hội và đại biểu HĐND khác nhau, vì đây là hai cơ quan đại diện ở hai tầm khác nhau. Luật về cách bầu cử là một luật cơ bản trong nền dân chủ²⁸, vì vậy, nếu luật này còn hình thức thì chưa thể nói có chủ quyền nhân dân thật sự.

Như vậy, không chỉ cần đổi mới sự lãnh đạo của Đảng đối với Quốc hội nói chung mà cần đổi mới ngay từ khâu bầu cử để sao cho, các đại biểu Quốc hội thực sự do dân bầu ra một cách tự do. Như vậy lãnh đạo của Đảng mới thật đúng tầm. Có như vậy, những luật do Quốc hội ban hành chắc chắn sẽ bớt “luật khung, luật ống”, có chất lượng hơn, chức năng quyết định các vấn đề quan trọng của quốc gia sẽ làm tốt hơn, chức năng giám sát sẽ có hiệu lực hơn ■

24 S. Montesquieu, *Sách đã dẫn*, tr.104.

25 Phương án này cũng đã có tác giả đề xuất, ví dụ xem: Lê Văn Cẩm, *Sửa đổi Hiến pháp năm 1992 – Cơ cấu chung và các quy định cơ bản về tổ chức bộ máy quyền lực nhà nước*. Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, số 22 (183), 11/2010.

26 Ví dụ, Lê Văn Cẩm, *đã dẫn*.

27 Xem: Thái Vĩnh Thắng, *Những bất cập của chế độ bầu cử ở Việt Nam hiện nay*. Bài tham gia Hội thảo “Sửa đổi, bổ sung Hiến pháp 1992: Đề xuất và lập luận”, Khoa Luật Đại học Quốc gia Hà Nội, 2/7/2012.

28 S. Montesquieu, *Sách đã dẫn*, tr.51.

NGHĨA VỤ CỦA CON NGƯỜI, CÔNG DÂN: NHỮNG VẤN ĐỀ ĐẶT RA TRONG VIỆC SỬA ĐỔI, BỔ SUNG HIẾN PHÁP 1992

HOÀNG THỊ KIM QUẾ*

Quynen con người, quyền công dân là vấn đề cốt lõi nhất của hiến pháp trong bất kỳ mô hình hiến pháp nào. Tổ chức quyền lực nhà nước, giới hạn quyền lực nhà nước, suy cho cùng, cũng để bảo vệ, đảm bảo quyền con người, quyền công dân. Trong tương quan với các chế định cơ bản của hiến pháp, chế định quyền, tự do con người và công dân có vị trí đặc biệt quan trọng. Nhưng so với quyền con người, quyền công dân, vấn đề nghĩa vụ của họ còn ít được quan tâm nghiên cứu. Nhận thức về nghĩa vụ trong mối tương quan với quyền, tự do con người và công dân là yêu cầu không thể thiếu để nhận thức đúng đắn, đầy đủ hơn về quyền, về tính thống nhất biện chứng của quyền và nghĩa vụ. Các quy định về nghĩa vụ trong Hiến pháp 1992 đã bộc lộ nhiều bất cập, hạn chế. Cùng với việc sửa đổi, bổ sung về quyền con người và công dân, vấn đề nghĩa vụ cũng cần được đổi mới nhận thức, nội dung và cách thức quy định trong Hiến pháp.

1. Bản chất của nghĩa vụ trong mối quan hệ với quyền, tự do của con người và công dân

Nghĩa vụ là điều kiện bảo vệ, đảm bảo quyền, tự do con người và công dân và cũng là thuộc tính của đời sống xã hội, thuộc tính của quyền, tự do con người. Nghĩa vụ là điều kiện đảm bảo sự phát triển xã hội. Khi thực hành các quyền, tự do của mình, cá nhân rất dễ rơi vào trạng thái có nguy cơ lạm dụng, lợi dụng, vượt quá giới hạn và tràn sang miền cấm của luật và đạo đức xã hội, ảnh

hưởng tiêu cực đến quyền, lợi ích của những người khác và xã hội.

Xác định nghĩa vụ là xác định sự cân bằng giữa quyền và nghĩa vụ, giữa tự do và trách nhiệm, giữa lợi ích của cá nhân, nhà nước và xã hội. Các bộ luật quốc tế về quyền con người cũng như nội dung của hiến pháp các quốc gia đương đại đã có chung nguyên tắc: việc thực hiện các quyền và tự do của con người và công dân không được xâm phạm đến quyền và tự do của người khác. Điều 29 Tuyên ngôn thế giới về Quyền con

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

người 1948, Lời nói đầu của Công ước quốc tế về Các quyền dân sự, chính trị, Công ước quốc tế về Các quyền kinh tế, xã hội và văn hóa đã thể hiện nguyên tắc chung đó như sau: mỗi người, trong việc thực hiện, hưởng thụ các quyền và tự do cá nhân sẽ phải chịu những hạn chế do luật định nhằm bảo đảm sự thừa nhận và tôn trọng các quyền và tự do của người khác, các cá nhân có trách nhiệm với cộng đồng của họ và với các cá nhân khác. Đây là một cách quy định hợp lý tối ưu, đảm bảo độ an toàn cho mỗi cá nhân, cộng đồng và toàn xã hội.

Quyền, tự do con người chỉ có thể là hiện thực trong cuộc sống khi có hệ thống các nghĩa vụ được xác định, kiểm soát và đảm bảo. Cả quyền, cả nghĩa vụ đều cần thiết phải có các bảo đảm chính trị, pháp lý và xã hội. Sự tường minh trong hiến pháp về các nghĩa vụ có ý nghĩa đặc biệt quan trọng để định hướng ý thức, hành vi cho các cá nhân, kể cả cá nhân công quyền về những nghĩa vụ, bổn phận của mình và hậu quả phát sinh do vi phạm. Nhận thức được nghĩa vụ bên cạnh quyền và cùng với quyền đó chính là cá nhân đã nhận thức được cái tất yếu, cái quy luật, triết lý sống và thế là họ tự do. Đó cũng chính là sứ mệnh, là trách nhiệm và công năng thực tế của hiến pháp. Sự nhập nhằng, không minh bạch về nghĩa vụ, về các nguyên tắc áp dụng của nghĩa vụ sẽ là điều kiện thuận lợi cho những ý nghĩ và hành vi vi phạm quyền, tự do của con người và công dân. Tương tự, sự lý tưởng hóa các nghĩa vụ bằng các quy định chung chung trong hiến pháp cũng dẫn đến sự xa lạ của hiến pháp đối với cuộc sống của con người.

Trong nhà nước pháp quyền, dân chủ, nghĩa vụ của con người là tổng hợp các yêu cầu về đạo đức - pháp lý xuất phát từ những đòi hỏi khách quan của sự phát triển xã hội và của bản thân mỗi con người. Nghĩa vụ cơ bản hiến định là những quy định trong hiến

pháp về hành vi bắt buộc của cá nhân và công dân, còn nhà nước, các cơ quan nhà nước, các cá nhân khác có quyền yêu cầu thực hiện các nghĩa vụ hiến định đó. Nghĩa vụ cơ bản được hiến định thể hiện trách nhiệm cá nhân đối với xã hội, nhà nước và những người khác. Không thực hiện nghĩa vụ cơ bản được hiến định sẽ dẫn đến trách nhiệm pháp lý theo luật định.

Quyền và nghĩa vụ con người là hai phạm trù thống nhất biện chứng. Hiến pháp do vậy phải thể hiện được tính thống nhất biện chứng giữa quyền và nghĩa vụ của cá nhân, công dân. Nhưng quan niệm như thế nào cho đúng về tính thống nhất của quyền và nghĩa vụ của cá nhân, công dân? Tính thống nhất của quyền và nghĩa vụ không đồng nhất với quan niệm quyền phải đi đôi với nghĩa vụ trong mọi trường hợp, quyền không tách rời nghĩa vụ hay quyền hòa tan vào nghĩa vụ; cũng không phải là coi nghĩa vụ luôn là cái đi trước, rồi mới đến quyền, quyền phải xếp hàng sau nghĩa vụ... Nhận thức mối quan hệ giữa quyền và nghĩa vụ cũng chính là nhận thức mối quan hệ giữa cá nhân, nhà nước, cộng đồng và xã hội. Trong xã hội pháp quyền, dân chủ, tính chất của các mối quan hệ này đã thay đổi về chất.

Cùng với quyền, tự do, nghĩa vụ cá nhân là bộ phận cấu thành trong quy chế pháp lý của cá nhân, công dân, không phụ thuộc vào việc nghĩa vụ có được quy định trong hiến pháp hay không. Việc hiến pháp các quốc gia quy định không nhiều về nghĩa vụ so với các quyền, điều đó đôi khi cũng có thể dẫn đến sự lầm tưởng là cá nhân, công dân chỉ có quyền mà không có nghĩa vụ, ngoại trừ một vài nghĩa vụ truyền thống như đóng thuế, nghĩa vụ quân sự. Từ góc độ so sánh, có thể nhận thấy một hiện tượng là các hiến pháp trước đây ít nói đến nghĩa vụ mà tập trung quy định về quyền. Nhưng trong các hiến pháp từ thế kỷ XX, bắt đầu từ Hiến pháp nước Đức 1919 cho đến hiện nay, vấn đề

nghĩa vụ đã được quan tâm quy định nhiều hơn.

2. Nghĩa vụ pháp lý nói chung, nghĩa vụ cơ bản được hiến định nói riêng và vấn đề đạo đức

Việc quy định nghĩa vụ trong hiến pháp có sự khó khăn nhất định, như quy định đến đâu, bao gồm những nghĩa vụ nào... Bởi lẽ, cũng rất khó phân biệt giữa các nghĩa vụ pháp lý so với các nghĩa vụ do các quy tắc xã hội khác điều chỉnh mà trước hết là đạo đức, nghĩa vụ đạo đức của cá nhân. Nghĩa vụ pháp lý được đảm bảo bằng sức mạnh, uy tín của công quyền. Nghĩa vụ pháp lý nói chung, nghĩa vụ cơ bản được hiến định nói riêng là những yêu cầu tối thiểu chứ không phải là tối đa vì rằng luật pháp không thể bao trùm hết thảy mọi vấn đề, mọi phương diện của tất cả các loại hình trách nhiệm của cá nhân, tổ chức (tối đa, như chúng ta đã biết, đó chính là đạo đức).

Quyền cộng nghĩa vụ, tự do cộng trách nhiệm - đó là tiền đề, là điều kiện đảm bảo cuộc sống bình thường của bản thân mỗi người, cộng đồng, các quốc gia và toàn nhân loại. Nghĩa vụ pháp lý là thành tố tất yếu của mối quan hệ tương tác giữa nhà nước, pháp luật và cá nhân, thiếu nghĩa vụ thì không thể có được sự cân bằng nào trong các mối quan hệ, các loại lợi ích, trong hoạt động xã hội và môi trường sinh thái. Cũng như đối với quyền con người, nghĩa vụ cũng mang tính phổ quát và tính đặc thù, cái làm nên những điểm tương đồng và khác biệt tất yếu của các bản hiến pháp trên thế giới. Nghĩa vụ - mặt thứ hai của một thể thống nhất biện chứng của quyền và nghĩa vụ, do vậy có tính giá trị hữu ích cho sự tồn tại của con người và các tổ chức do con người lập ra. Nghĩa vụ pháp lý, nhất là các nghĩa vụ hiến định, chính là vật cản hợp pháp trong cuộc sống thường ngày đối với mọi sự lạm quyền, độc đoán, tùy tiện, vô chính phủ, và đối với tất cả

những hiện tượng tiêu cực khác ảnh hưởng đến các quyền, tự do luật định của con người.

Ở đâu có được trật tự hiến định tường minh bao gồm các quyền, tự do, nghĩa vụ cơ bản của con người, công dân, cơ chế phân công, giới hạn, kiểm soát quyền lực nhà nước, trách nhiệm nhà nước về tôn trọng, bảo vệ, bảo đảm thực hiện các quy định, các nguyên tắc hiến pháp... là ở đó có nhà nước pháp quyền. Nhấn mạnh quyền, tự do con người, đó là điều tối cần thiết, song cũng không thể “quên” đến mặt thứ hai của triết lý, quy luật, đó là nghĩa vụ. Có thể, nhìn từ một phương diện lịch sử, khi nhấn mạnh đến nghĩa vụ, người ta cho đây là sản phẩm của ý thức hệ phong kiến khi lễ sống của con người được quy về các hàng hà sa số các bổn phận, nghĩa vụ. Nhưng như đã đề cập, tính thống nhất của quyền và nghĩa vụ được xác định trong hiến pháp và luật không nên được hiểu như là sự hòa tan của cá nhân vào xã hội, cộng đồng, quyền hòa tan vào nghĩa vụ, phải làm tròn nghĩa vụ mới nói đến và mới được hưởng, mới được “xem xét” đến quyền như trong quá khứ. Thống nhất nhưng không loại trừ nhau, thay thế nhau, hòa tan vào nhau, đó là bản chất của quyền và nghĩa vụ. Quyền tự nhiên của con người cũng như nhiệm vụ tự nhiên của họ chính là hai nguyên tắc của triết lý sống cần phải được đảm bảo cân bằng tương đối và được hiến định, luật định tường minh, có cơ chế, thủ tục bảo vệ và bảo đảm.

Tính chất cơ bản của các nghĩa vụ hiến định được thể hiện ở cả hình thức và nội dung. Trên cơ sở hiến pháp, các nghĩa vụ cơ bản sẽ được cụ thể hóa bởi các luật tương ứng. Nhưng điều này không ảnh hưởng đến hiệu lực trực tiếp của các nghĩa vụ hiến định cũng như đối với các quyền hiến định. Việc các hiến pháp, kể cả các văn kiện quốc tế về quyền con người đề cập chủ yếu là quyền và ít về nghĩa vụ không ảnh hưởng đến

nguyên tắc cân bằng giữa quyền và nghĩa vụ của cá nhân. Tính thống nhất giữa quyền và nghĩa vụ của cá nhân, công dân là một quy luật của triết lý sống, không phụ thuộc vào việc các quyền, nghĩa vụ cụ thể có được quy định hay không trong hiến pháp.

3. Nhận xét về cách quy định nghĩa vụ trong Chương V Hiến pháp 1992

Xét về nội dung và kỹ thuật pháp lý, các quy định liên quan đến nghĩa vụ cá nhân, công dân trong Hiến pháp 1992 còn bộc lộ nhiều hạn chế, chưa thật sự phù hợp với bản chất của quyền và tính thống nhất giữa quyền và nghĩa vụ. Điều 51 Hiến pháp quy định: “Quyền của công dân không tách rời nghĩa vụ của công dân. Nhà nước bảo đảm các quyền của công dân; công dân phải làm tròn nghĩa vụ của mình đối với Nhà nước và xã hội”. Cách quy định này chưa chính xác, chưa hợp lý xét từ bản chất của nghĩa vụ trong mối quan hệ với quyền, tự do con người và công dân. Quy định này tạo ra cách hiểu là công dân phải làm và làm hết, “làm tròn”, phải “hoàn tất” các nghĩa vụ của mình đối với Nhà nước và xã hội thì mới được hưởng quyền, mới được đòi hỏi quyền. Do vậy, cần phải thay thế bằng một quy định khác mang tính nguyên tắc.

Quy định tại Điều 51 cũng chưa thể hiện được tính chất, phạm vi của nghĩa vụ về phương diện chủ thể, bởi vì không chỉ công dân mà còn cả cá nhân không phải là công dân cũng phải thực hiện những nghĩa vụ nhất định. Không phải trong mọi trường hợp, quyền của cá nhân, công dân phải đi liền với nghĩa vụ¹. Cần phân biệt rõ ràng những nghĩa vụ nào đối với công dân, nghĩa vụ nào là chung cho tất cả mọi người.

Cách quy định về phương diện quyền như trong Hiến pháp hiện hành theo công

thức chung là: “công dân có quyền... theo quy định của pháp luật”, và về phương diện nghĩa vụ: “quyền của công dân không tách rời nghĩa vụ của công dân... công dân phải làm tròn nghĩa vụ của mình đối với Nhà nước và xã hội” có xuất phát điểm từ nhận thức chưa đầy đủ về các thuộc tính tự nhiên, khách quan của quyền con người. Trong số các quyền con người, có những quyền được xác định là quyền tuyệt đối, việc thực hiện những quyền này không kèm theo bất cứ một giới hạn hay một nghĩa vụ nào, ví dụ: quyền sống, quyền không bị tra tấn, nhục hình, bị đối xử tàn bạo, vô nhân đạo; quyền được tôn trọng phẩm giá con người; quyền được xét xử công bằng... Do vậy, cùng với việc xem xét sửa đổi lại cách quy định về quyền, chẳng hạn công thức: “công dân có quyền... theo quy định pháp luật” thì cũng nên bỏ cách quy định: “quyền không tách rời nghĩa vụ và công dân phải làm tròn nghĩa vụ của mình đối với Nhà nước và xã hội”.

Lý do nữa cần phải bỏ quy định như Điều 51 nêu trên là vì nghĩa vụ cũng đã được thể hiện hàm ý trong các nguyên tắc về giới hạn quyền, tự do của họ. Chính tư duy kiểu quyền đi đôi với nghĩa vụ, quyền không tách rời nghĩa vụ, công dân phải làm tròn nghĩa vụ của mình... là cái cớ hợp pháp dễ dàng bị lợi dụng từ phía các cá nhân công quyền trong thực tế. Quy định “công dân phải làm tròn nghĩa vụ của mình” thật ra không bình đẳng bởi thể hiện tính đơn phương đối với các chủ thể của quyền, mà lại không thấy đề cập đến nghĩa vụ của chủ thể trách nhiệm bảo vệ, bảo đảm và tôn trọng quyền con người. Cách quy định như vậy về nghĩa vụ một phần có ảnh hưởng của lối tư duy thời chiến, bao cấp và triết lý Nho giáo về mối quan hệ giữa cá nhân và nhà nước, nơi con người phải sống trong một hệ thống dày đặc

¹ Tường Duy Kiên, *Những định hướng sửa đổi, bổ sung Chương V về quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân trong Hiến pháp năm 1992, "Hiến pháp: những vấn đề lý luận và thực tiễn", Nxb Đại học Quốc gia, H., 2011, tr 633.*

các loại nghĩa vụ, bổn phận, nơi cá nhân hòa tan vào cộng đồng, tập thể. Nói như vậy không có nghĩa là phủ nhận hoàn toàn quan điểm của Nho giáo, bởi Nho giáo cũng có rất nhiều quan điểm tích cực, nhân văn có giá trị to lớn trong cuộc sống hiện đại. Trên quy mô toàn cầu, với sự gia tăng tính phức tạp, đa dạng, khủng hoảng những giá trị tinh thần, chúng ta cần thiết phải tìm về những quan điểm hợp lý, những giá trị của học thuyết Khổng tử và Nho giáo nói chung để suy ngẫm, vận dụng chọn lọc vào các vấn đề của cuộc sống đương đại.

4. Một số gợi ý, đề xuất cho việc nghiên cứu, sửa đổi, bổ sung các quy định về nghĩa vụ trong Hiến pháp nước ta

Việc thể hiện nghĩa vụ - về nội dung và kỹ thuật pháp lý - trong hiến pháp cho đúng với bản chất thống nhất của quyền và nghĩa vụ thực sự là vấn đề khó khăn. Trên bình diện nguyên tắc về nghĩa vụ dưới góc độ tiếp cận quyền con người, quyền công dân, phù hợp với xu thế thời đại, chúng tôi đề xuất một số gợi ý chính như sau.

Trước hết là về quan điểm nhận thức nghĩa vụ cơ bản của con người và công dân. Cần nhận thức đầy đủ, đúng đắn hơn về nghĩa vụ trong tương quan với quyền con người, quyền công dân cũng như mối quan hệ giữa cá nhân, công dân và nhà nước, cộng đồng. Việc quy định quyền con người, quyền công dân càng thận trọng bao nhiêu thì đối với quy định về nghĩa vụ của họ cũng càng thận trọng bấy nhiêu. Một trong những vấn đề quan trọng nhất liên quan đến nghĩa vụ là Hiến pháp phải xác định các nguyên tắc đối với nghĩa vụ của cá nhân, công dân, cũng tương tự như các nguyên tắc cơ bản của quyền. Không cần thiết và cũng là không thể

liệt kê, “điểm danh” các loại nghĩa vụ vào trong Hiến pháp. Cũng như đối với quyền, việc ghi nhận các nghĩa vụ cơ bản của con người và công dân không có nghĩa là phủ định, loại trừ các nghĩa vụ pháp lý cụ thể tương ứng khác của các cá nhân, công dân theo luật định. Trước hết, cần quy định một nguyên tắc bản lề nhất và cũng là để thay thế cách quy định như Điều 51 của Hiến pháp hiện hành bằng quy định với nội dung mới là: “Mỗi người, khi thực hiện các quyền và tự do của mình không được xâm phạm quyền và tự do của người khác, trật tự công cộng, đạo đức xã hội”.

Nên loại bỏ các quy định có biểu hiện của tư duy thời chiến, quản lý tập trung, bao cấp, tư duy lý tưởng hóa các nghĩa vụ mà các cá nhân phải gánh vác, phải “làm tròn”. Đồng thời, trong mọi trường hợp phải đảm bảo tính thống nhất, tự nhiên của quyền, đặc biệt là các quyền tuyệt đối, không làm sai lệch bản chất của quyền con người.

Về nguyên tắc, khi các cá nhân, công dân không thực hiện nghĩa vụ pháp lý thì họ phải bị áp dụng các biện pháp trách nhiệm pháp lý tương ứng. Do vậy, cần tính toán thận trọng mối quan hệ giữa nghĩa vụ và trách nhiệm pháp lý do không thực hiện nghĩa vụ. Việc quy định lao động, học tập là quyền và nghĩa vụ như hiện nay cũng đã tỏ ra không hợp lý, cần sửa đổi. Nhiều quốc gia trước đây cũng quy định lao động, học tập vừa là quyền, vừa là nghĩa vụ thì nay cũng đã dỡ bỏ cách quy định này trong Hiến pháp.

Cần quy định rõ ràng hơn về *giới hạn quyền, tự do của con người và công dân* cho phù hợp với bản chất của quyền, tự do, nghĩa vụ và trách nhiệm cũng như các nguyên tắc của các bộ luật nhân quyền quốc tế, xu

2 Nguyễn Đăng Dung, Vi phạm Hiến pháp và các loại hình vi phạm Hiến pháp, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 9 (216) tháng 5/2012, tr. 5.

hướng lập hiến đương đại. Chính trong các quy định về giới hạn quyền, tự do của con người và công dân, nghĩa vụ của họ cũng được thể hiện. Về vấn đề này, có thể tham khảo cách quy định trong Hiến pháp Liên bang Nga, khoản 3 Điều 55: “Các quyền và tự do của con người và công dân có thể bị giới hạn bởi pháp luật liên bang chỉ trong mức độ cần thiết đủ để bảo vệ nền tảng chế độ hiến pháp, đạo đức, sức khỏe, các quyền và lợi ích hợp pháp của người khác, bảo đảm quốc phòng và an ninh quốc gia”.

Về nghĩa vụ tuân thủ hiến pháp, pháp luật đối với công dân cũng cần thiết xác định trong hiến pháp. Đúng là nghĩa vụ tôn trọng, tuân thủ hiến pháp được đặt ra chủ yếu và trước hết là đối với các cơ quan nhà nước, các cá nhân công quyền nơi có nhiều khả năng, điều kiện nhất để vi phạm hiến pháp, vi phạm các quyền, tự do của con người và công dân. Trách nhiệm thi hành hiến pháp và “khả năng vi phạm hiến pháp nằm ngay trong phạm vi trách nhiệm phải thi hành của các cơ quan nhà nước, quan chức nhà nước...”². Nhưng, đã là một bản khế ước, cam kết xã hội căn bản giữa nhà nước và nhân dân, thì nghĩa vụ tuân thủ phải được đặt ra cho cả hai bên. Hơn nữa, bản thân các quy định hiến pháp về quyền, tự do con người cũng kèm theo các nguyên tắc của quyền: khi thực hiện các quyền con người, mọi cá nhân không được vi phạm quyền, tự do của người khác và mỗi cá nhân cũng phải tuân thủ những giới hạn về quyền, tự do vì trật tự và lợi ích chung theo luật định. Do vậy, các công dân phải có nghĩa vụ tôn trọng, tuân thủ hiến pháp và pháp luật chứ không chỉ các cơ quan, cá nhân nhà nước. Hiến pháp nhiều quốc gia cũng có quy định tương tự, ví dụ Điều 15 Hiến pháp Liên bang Nga.

Hai là, bổ sung một số nghĩa vụ mới. Cần nghiên cứu bổ sung một số nghĩa vụ mới trong tương quan với các quy định mới về quyền môi trường, sức khỏe, tiêu dùng... Cụ thể, cần bổ sung các nghĩa vụ của mọi người về: bảo vệ thiên nhiên và môi trường sống xung quanh; nghĩa vụ bảo vệ di sản văn hóa và lịch sử, gìn giữ các di tích lịch sử và văn hóa. Đây là những nhiệm vụ mang thông điệp toàn cầu, là trách nhiệm, bổn phận của nhà nước, các tổ chức và mỗi con người. Hiến pháp một số nước đã bổ sung các nghĩa vụ mới này, như Hiến pháp Liên bang Nga, trong các Điều 42, 58, Hiến pháp Hàn Quốc, Điều 36, Hiến pháp Ba Lan, Điều 74, 86.

Bản hiến pháp của nhà nước pháp quyền cần phải xác định rõ ràng các quyền, tự do, nghĩa vụ của con người và công dân. Đây cũng chính là vai trò, giá trị, công năng thiết thực và uy tín của hiến pháp trong việc bảo vệ, bảo đảm các quyền, tự do của con người, thiết lập sự cân bằng lợi ích, cân bằng giữa quyền và nghĩa vụ. Trong trạng thái mà hiến pháp được thực thi, tức là có sự hiện diện của chủ nghĩa hợp hiến, chúng ta sẽ có được điều mong muốn mà nhà tư tưởng vĩ đại Montesquieu trong tác phẩm “Tinh thần pháp luật” đã viết: “Tôi sẽ là người sung sướng nhất đời nếu có cách gì làm cho người cầm quyền tăng thêm được tri thức về những việc họ phải quản lý, và làm cho người thừa hành thêm hứng thú khi họ tuân lệnh...”³. Chủ nghĩa hợp hiến bao gồm bản thân một hiến pháp tốt và sự cảm nhận, thực hành tinh thần, nguyên tắc, quy tắc của hiến pháp trong cuộc sống chính là một trong những phương cách hữu hiệu nhất để thực hiện được điều mong ước đó ■

3 Montesquieu, *Tinh thần pháp luật*, Nxb. Giáo dục, Trường Đại học Khoa học xã hội và nhân văn, Khoa Luật, 1996, tr.35 – 36.

CƠ CHẾ KIỂM SOÁT HOẠT ĐỘNG TƯ PHÁP

NHỮNG VẤN ĐỀ ĐANG ĐẶT RA

VÀ PHƯƠNG HƯỚNG ĐỔI MỚI

BÙI XUÂN ĐỨC *

1. Hoạt động tư pháp và cơ chế kiểm soát hoạt động tư pháp ở Việt Nam

Cho đến nay ở nước ta, khái niệm hoạt động tư pháp (HĐTP) và cơ quan tư pháp (CQTP) chưa được ghi nhận và xác định ở cấp độ Hiến pháp (cũng giống như lập pháp, hành pháp). Sách báo khoa học thì đưa ra nhiều quan niệm khác nhau. Có quan điểm cho rằng, khái niệm tư pháp và CQTP chỉ nên hiểu theo nghĩa hẹp là việc xét xử (tài phán) và do hệ thống toà án thực hiện. Quan điểm khác tiếp cận khái niệm tư pháp và CQTP theo nghĩa rộng: tư pháp không chỉ là việc xét xử và CQTP không chỉ là cơ quan xét xử mà còn bao hàm một số cơ quan khác có liên quan chặt chẽ đến hoạt động xét xử. Theo tinh thần của Điều 292 Bộ luật Hình sự năm 1999 (đưa ra khái niệm về tội xâm phạm HĐTP là những tội xâm phạm hoạt động đúng đắn của các cơ quan điều tra, truy tố, xét xử và thi hành án), hay theo các văn bản ban hành gần đây, như Nghị quyết số 49 của Bộ Chính trị về cải cách tư pháp (đề cập đến cả các cơ quan gọi là hỗ trợ tư pháp như công chứng, giám định) thì khái niệm HĐTP hiểu theo nghĩa rộng bao gồm hoạt động của Cơ quan điều tra, Viện kiểm sát nhân dân (VKSND), Toà án nhân dân (TAND), Cơ quan thi hành án và hỗ trợ tư pháp.

Sự khác biệt lớn nhất của mô hình tư pháp trong các chính thể hiện đại của các nước và ở nước ta thể hiện ở chỗ: Quyền tư pháp trong các nhà nước tư sản được phân định là quyền xét xử và được tổ chức độc lập, ngang bằng với các nhánh quyền lực khác nhằm mục đích kìm chế và đối trọng lẫn nhau. Ở nước ta, quyền tư pháp là nhánh quyền lực phái sinh từ cơ quan quyền lực nhà nước (QLNN) cao nhất (Quốc hội), không có vị trí độc lập, ngang bằng và càng không đối trọng với quyền lập pháp, hành pháp. Khác biệt tiếp theo là quyền tư pháp với các hoạt động điều tra, truy tố, xét xử, thi hành án được phân giao cho nhiều cơ quan thực hiện, trong đó có cơ quan đúng nghĩa là CQTP như TAND các cấp (thực hiện quyền xét xử), nhưng cũng có cơ quan không phải là CQTP mà là cơ quan kiểm sát (giao thực hành quyền công tố) và thậm chí là cơ quan hành chính (giao thực hành quyền điều tra và thi hành án). Như vậy, trong số các cơ quan thực hành quyền tư pháp (Cơ quan điều tra, VKSND, Toà án và Cơ quan thi hành án) không phải tất cả hoạt động của chúng đều thuộc đối tượng giám sát tư pháp (GSTP) mà chỉ một mặt hoạt động có tính tư pháp trong số đó. Và cũng có những cơ quan vừa chịu sự giám sát của các chủ thể GSTP lại đồng thời được thực thi quyền GSTP (như VKSND). Chính các

* PGS, TS. Giám đốc Trung tâm Công tác lý luận, Ủy ban Trung ương MTTQVN.

yếu tố này quyết định đặc thù của cơ chế GSTP hiện hành của nước ta.

Do vậy, ở nước ta, khi nói kiểm soát HĐTP thì cũng giống như kiểm soát quyền lực nội tại trong nhà nước, tức nói tới một cơ chế kiểm soát từ cao xuống thấp các thiết chế nhà nước, mỗi thiết chế được phân công phân nhiệm thực hiện những quyền giám sát nhất định, trong đó Quốc hội đóng vai trò cao nhất xuất phát từ vị trí "cơ quan QLNN cao nhất", "thực hiện quyền giám sát tối cao đối với toàn bộ hoạt động của Nhà nước", "thực hiện quyền giám sát tối cao việc tuân theo Hiến pháp, luật, nghị quyết của Quốc hội" (các Điều 83, 84 Hiến pháp). Các cơ quan QLNN tự mình và thông qua các cơ quan khác để giám sát và các cơ quan được thông qua đó được coi là những hình thức giám sát của cơ quan QLNN.

Hiện tại, cơ chế kiểm soát HĐTP nước ta bao gồm: sự giám sát của Quốc hội (tự mình và thông qua các cơ cấu của Quốc hội và đại biểu Quốc hội), của Chủ tịch nước, của Hội đồng nhân dân (HĐND) các cấp, của VKSND các cấp¹. Trong đó, Quốc hội, Chủ tịch nước thực hiện giám sát đối với hoạt động xét xử của TAND tối cao và hoạt động truy tố, buộc tội của VKSND tối cao; HĐND địa phương (cấp tỉnh, huyện) giám sát HĐTP của TAND và VKSND địa phương; VKSND thực hiện giám sát (gọi là kiểm sát) đối với hoạt động điều tra (của cơ quan điều tra thuộc Bộ Công an), xét xử (của TAND, Tòa án quân sự), thi hành án (thuộc Bộ Công an và Bộ Tư pháp).

2. Những bất cập của cơ chế kiểm soát hoạt động tư pháp hiện hành

2.1. Về giám sát của các cơ quan QLNN (Quốc hội, Chủ tịch nước², HĐND) đối với HĐTP

Giám sát của Quốc hội, Chủ tịch nước và HĐND các cấp đối với HĐTP là một

mảng giám sát nằm trong quyền giám sát chung của các cơ quan QLNN đối với các cơ quan nhà nước (CQNN) khác do các cơ quan QLNN lập ra và phải chịu trách nhiệm trước cơ quan quyền lực. Quyền giám sát này được xác lập từ Hiến pháp năm 1959 cho đến nay. GSTP trong bối cảnh này được hiểu là Quốc hội (các cơ quan của Quốc hội, đại biểu Quốc hội), Chủ tịch nước, HĐND theo dõi, xem xét, đánh giá hoạt động của các Cơ quan điều tra, VKSND, TAND, Cơ quan thi hành án hình sự, dân sự, hành chính và cơ quan hỗ trợ tư pháp trong việc thi hành Hiến pháp, luật, nghị quyết và các văn bản pháp luật về lĩnh vực tư pháp. Hoạt động giám sát của các cơ quan QLNN đối với HĐTP là để đánh giá sự vận hành của hệ thống tư pháp, phát hiện những sai sót bất cập, hạn chế để có biện pháp khắc phục, chấn chỉnh về mặt tổ chức, hoạt động của các CQTP, góp phần xây dựng nền tư pháp trong sạch, vững mạnh, làm cho việc bảo vệ quyền con người, quyền công dân, bảo vệ an ninh quốc gia, giữ gìn trật tự an toàn xã hội được tốt hơn. Cũng thông qua việc giám sát để có căn cứ đánh giá tính hiệu quả của pháp luật, nhằm điều chỉnh các chính sách, sửa đổi pháp luật và quyết định những vấn đề quan trọng về lĩnh vực tư pháp.

Nội dung giám sát của các cơ quan QLNN đối với các CQTP tựu trung vào giám sát việc thực hiện pháp luật: (i) trong việc giải quyết các vụ án hình sự, dân sự, hôn nhân gia đình, kinh tế, lao động, hành chính; (ii) về ban hành văn bản quy phạm pháp luật (VBQPPL) của các CQTP; (iii) về giải quyết khiếu nại, tố cáo thuộc thẩm quyền giải quyết của các CQTP; (iv) về nhiệm vụ của những người chịu trách nhiệm cao nhất trước Quốc hội về HĐTP; (v) về bồi thường thiệt hại đối với các trường hợp bị oan sai do người có thẩm quyền của các CQTP gây ra; (vi) về quản lý tổ chức các CQTP; (vii) về sử dụng ngân sách nhà nước cấp cho các

¹ Ở đây chưa kể sự giám sát của Mặt trận Tổ quốc Việt Nam, các tổ chức chính trị - xã hội và các tổ chức xã hội.

² Chủ tịch nước trong cơ chế QLNN nước ta gắn bó chặt chẽ với Quốc hội nên chúng tôi cũng tạm xếp thuộc nhóm giám sát này (BXĐ).

CQTP; (viii) về các vấn đề quan trọng khác khi xét thấy cần thiết (như vấn đề thực hiện pháp luật về giải quyết các vụ phá sản doanh nghiệp, đình công, thực hiện pháp luật về công nhận và thi hành tại Việt Nam bản án quyết định dân sự của Tòa án nước ngoài, việc thực hiện pháp luật về ký kết và thực hiện điều ước quốc tế thuộc thẩm quyền của TAND tối cao, VKSND tối cao v.v...).

Thời gian qua, Quốc hội (các cơ quan của Quốc hội), Chủ tịch nước đã tiến hành giám sát hoạt động của các CQTP như thẩm tra, xem xét các báo cáo công tác của Chánh án TAND tối cao, Viện trưởng VKSND tối cao, các báo cáo của Chính phủ về tình hình tội phạm, vi phạm pháp luật và công tác đấu tranh phòng, chống tội phạm và vi phạm pháp luật, về công tác thi hành án, công tác phòng, chống tham nhũng; chất vấn những người đứng đầu các CQTP; giám sát việc giải quyết đơn, thư khiếu nại, tố cáo của công dân trong lĩnh vực tư pháp; thành lập đoàn giám sát của Ủy ban Thường vụ Quốc hội (UBTVQH), của Ủy ban Tư pháp, của Đoàn đại biểu Quốc hội để giám sát hoạt động của các CQTP tại các địa phương trong cả nước;

Ở địa phương, việc giám sát của HĐND dân đối với TAND và VKSND địa phương cũng diễn ra tương tự.

Có thể thấy, loại hình giám sát này có hạn chế là mới chủ yếu thông qua các hình thức nghe các báo cáo công tác của những người đứng đầu các cơ quan, xem xét việc chất vấn và trả lời chất vấn đối với những chức danh do Quốc hội bầu tại kỳ họp của Quốc hội hoặc tại phiên họp của UBTVQH; chưa chủ động tìm kiếm, khai thác trên nhiều kênh thông tin mà vẫn chủ yếu dựa vào thông tin do chính các cơ quan chịu sự giám sát cung cấp. Việc tổ chức đoàn giám sát của UBTVQH về tình hình thi hành pháp luật ở các địa phương cũng chưa được tiến hành thường xuyên; giám sát việc ban hành VBQPPL của các CQTP còn hạn chế. Tâm lý né tránh, né tránh, ngại va chạm vẫn còn

là trở ngại lớn trong việc nâng cao hiệu quả giám sát. Hoạt động chất vấn, trả lời chất vấn được nghiên cứu cải tiến đã có sự tiến bộ nhất định từ cả hai phía chất vấn và trả lời chất vấn nhưng chưa phát huy nhiều tính đối thoại, tranh luận trực tiếp vào vấn đề cần chất vấn. Các cơ quan chịu sự giám sát chưa thực hiện kịp thời, nghiêm túc các kiến nghị của chủ thể giám sát. Bên cạnh đó, các cơ quan giám sát cũng chưa tích cực theo dõi, đôn đốc đến cùng việc giải quyết các kiến nghị một cách triệt để. Công cụ, phương tiện giám sát và công tác tổ chức phục vụ hoạt động giám sát vẫn còn gặp khó khăn, đặc biệt là đội ngũ cán bộ, chuyên viên giúp việc.

Bên cạnh đó, bất cập rõ rệt hơn cả là gần đây trong hoạt động giám sát này đưa vào chương trình giám sát cả việc giải quyết các vụ việc cụ thể. Điển hình là Ủy ban Tư pháp của Quốc hội đã tổ chức giám sát việc giải quyết một số vụ án cụ thể thuộc các lĩnh vực hình sự, dân sự, thương mại, hành chính, lao động, qua đó phát hiện những vi phạm pháp luật của các cơ quan tiến hành tố tụng, yêu cầu các cơ quan này làm rõ, sửa chữa sai lầm, thiếu sót, kịp thời khắc phục hậu quả nhằm bảo vệ lợi ích của Nhà nước, quyền và lợi ích hợp pháp của tổ chức, công dân. Về mặt lý luận, khi đã xác định TAND là cơ quan xét xử duy nhất (được hiểu là cơ quan duy nhất có quyền phán xử về vi phạm pháp luật hình sự, về các tranh chấp dân sự, kinh tế, hành chính); nếu các phán quyết này chưa phù hợp đã có sự kháng cáo, kháng nghị để xét xử lại qua nhiều cấp (sơ thẩm, phúc thẩm, giám đốc thẩm) với các chủ thể đã được xác định trong luật tố tụng thì sự tham gia của các cơ quan quyền lực vào đây có lẽ là không cần thiết và không khéo lại tạo ra sự phức tạp mới là người dân sẽ không tin tưởng vào các phán quyết của Tòa án mà chú tâm vào việc khiếu kiện lên trên cho đến Quốc hội. Về mặt thực tiễn, bản thân các chuyên viên tham mưu trong các cơ quan của Quốc hội, HĐND không phải là thẩm phán nên chưa chắc đã bảo đảm tính chuyên

môn. Thực tế đã có trường hợp chưa xác định đúng đối tượng giám sát nên đã trực tiếp giải quyết các vụ việc cụ thể không đúng chức năng, nhiệm vụ của mình.

2.2. Về giám sát (kiểm sát) của VKSND

Vị trí của VKSND trong BMNN từ khi thành lập theo Hiến pháp năm 1959 đến nay, về bản chất là theo mô hình cơ quan kiểm sát xã hội chủ nghĩa (XHCN). Mô hình đó, tuy ở từng nước có một số điểm riêng đặc thù, nhưng về cơ bản là theo mô hình Xô viết tồn tại ở Liên Xô.

Sự ra đời của Viện kiểm sát kiểu này bắt đầu từ năm 1922, khi tại kỳ họp thứ 3 Ủy ban chấp hành trung ương toàn Nga (tương tự như UBTVQH của ta) khóa 10 ngày 28/5/1922 thông qua Quy chế về kiểm sát quy định thành lập hệ thống cơ quan kiểm sát và chế định kiểm sát viên với tư cách là người đại diện QLNN có nhiệm vụ “giám sát hoạt động của bộ máy quyền lực”, “giám sát việc tuân thủ pháp chế trong hoạt động của các cơ quan chính quyền địa phương” nhằm “bảo đảm việc bảo vệ quyền và lợi ích của nhân dân lao động”². Ý nghĩa của mô hình Viện kiểm sát kiểu XHCN không phải ở việc làm chức năng buộc tội nhà nước (công tố) như bây giờ thường hay nói, mà trước hết là ở chức năng giám sát việc tuân thủ nghiêm chỉnh pháp luật, tức thực hiện sự kiểm soát (hay giám sát) nhà nước đối với bộ máy QLNN và sau đó là mở rộng ra giám sát đối với xã hội (tổ chức và công dân). Hoạt động công tố (thẩm cứu, truy tố và buộc tội trước tòa) không phải là chức năng độc lập của Viện kiểm sát mà chỉ được coi là một công việc phái sinh trong hoạt động giám sát đó (trong lĩnh vực GSTP)³.

Việc tổ chức và hoạt động của VKSND nước ta thời gian qua cũng cơ bản giống như ở các XHCN khác. Hệ thống VKSND đứng đầu là VKSND tối cao là hệ thống cơ quan được Quốc hội lập ra để phân giao thực hiện quyền giám sát tối cao của Quốc hội. VKSND ra đời và tồn tại trước hết như là một hình thức thực hiện quyền giám sát tối cao đó, bảo đảm cho pháp luật được thi hành nghiêm chỉnh và thống nhất. Và điều này bắt đầu từ Hiến pháp năm 1959, giữ liên tục qua các Hiến pháp sau này. Hiến pháp năm 1992 hiện hành thể hiện tinh thần đổi mới quy định lại theo hướng đề cao vai trò của VKSND trong việc “thực hành quyền công tố và kiểm sát các HĐTP” (Điều 137 Hiến pháp năm 1992 sửa đổi, bổ sung) nhưng về tính chất là cơ quan thực hiện quyền giám sát của Quốc hội về cơ bản vẫn không (hay chưa) thay đổi.

VKSND kiểm soát HĐTP bằng những công tác sau:

- Kiểm sát việc tuân theo pháp luật trong việc điều tra các vụ án hình sự của các cơ quan điều tra và các cơ quan khác được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra; kiểm sát việc tuân theo pháp luật trong việc xét xử các vụ án hình sự;
- Kiểm sát việc giải quyết các vụ án dân sự, hôn nhân và gia đình, hành chính, kinh tế, lao động và những việc khác theo quy định của pháp luật;
- Kiểm sát việc tuân theo pháp luật trong việc thi hành bản án, quyết định của TAND;
- Kiểm sát việc tuân theo pháp luật trong việc tạm giữ, tạm giam, quản lý và giáo dục người chấp hành án phạt tù, bảo đảm cho việc giam, giữ và cải tạo được tiến hành theo

2 Trích theo: N.I.Kostenko. Vị trí của Viện kiểm sát trong cơ chế nhà nước. Tạp chí Nhà nước và pháp luật số 11/1995 (tiếng Nga).

3 Hiến pháp Việt Nam năm 1959 quy định tổ chức hệ thống VKSND trực thuộc trực tiếp Quốc hội với chức năng chính là kiểm sát việc tuân theo pháp luật của các cơ quan thuộc Hội đồng Chính phủ, CQNN ở địa phương, các nhân viên CQNN và công dân (Đ. 105), quyền công tố nằm trong nội hàm hoạt động kiểm sát này. Chỉ từ Hiến pháp năm 1980 trở đi mới quy định tách riêng chức năng thực hành quyền công tố nhưng sau việc kiểm sát. Chỉ từ năm 2001, Hiến pháp sửa đổi, bổ sung mới đưa chức năng công tố thành chức năng chính đứng trước chức năng kiểm sát HĐTP của VKSND.

đúng quy định của pháp luật, bảo đảm chế độ giam, giữ và cải tạo được chấp hành nghiêm chỉnh, tính mạng, tài sản, danh dự, nhân phẩm của người bị giam, giữ và cải tạo và các quyền khác của họ không bị pháp luật tước bỏ được tôn trọng.

Hạn chế của loại hình giám sát này là ở chỗ: VKSND về bản chất là cơ quan giám sát được giao thực hiện những hoạt động kiểm sát nêu trên là thuộc nội dung kiểm sát việc tuân theo pháp luật, theo sự phân giao của Quốc hội và phải chịu trách nhiệm trước Quốc hội. Nhưng đồng thời VKSND lại được phân giao thực hiện những HĐTP “theo truyền thống” của cơ quan công tố là thực hành quyền công tố và điều tra đối với một số loại tội phạm. VKSND thể hiện mình như một cơ quan GSTP đồng thời lại là CQTP.

3. Phương hướng, giải pháp đổi mới cơ chế kiểm soát hoạt động tư pháp

3.1. Cần nhận thức lại về HĐTP để từ đó tổ chức các cơ quan thực hành quyền tư pháp- tiền đề cơ bản để điều chỉnh lại cơ chế GSTP. Đặt Tòa án là trung tâm, độc lập, tự kiểm soát bằng pháp luật và cơ chế tranh tụng, nhiều cấp xét xử, công khai, công lý

Cách hiểu phổ quát đang được thể hiện trong tổ chức bộ máy nhà nước (BMNN) như đã nêu là cách hiểu quyền tư pháp theo nghĩa rộng, coi quyền tư pháp là quyền tài phán của Tòa án và quyền bảo vệ pháp luật của các cơ quan khác và CQTP.

Cách hiểu phù hợp, theo chúng tôi, là cách hiểu theo nghĩa hẹp: Quyền tư pháp là một nhánh quyền lực được tổ chức ra để bảo đảm sự tuân thủ pháp chế thông qua việc phán xử và áp đặt chế tài do hệ thống Tòa án thực hiện để tác động đến hành vi của con người, đến các quá trình xã hội. Hoạt động xét xử là nội dung trọng yếu của quyền tư pháp. Đây cũng là cách hiểu được thừa nhận rộng rãi ở các nước trên thế giới.

Đặc trưng cơ bản của quyền tư pháp và

HĐTP là: hoạt động nhân danh QLNN và nhân danh công lý để phán quyết về các vi phạm và tranh chấp trong xã hội; hoạt động theo một trình tự tố tụng chặt chẽ, công khai, dân chủ và minh bạch; có trọng tâm là hoạt động xét xử; hoạt động phát sinh trên cơ sở của sự tranh tụng giữa các bên có lợi ích khác nhau; hoạt động bảo vệ pháp luật; hoạt động giải thích luật được hiểu là sự vận dụng pháp luật vào từng trường hợp cụ thể.

Theo tinh thần này, hoạt động điều tra, quyền công tố (truy tố, buộc tội) cũng như thi hành án, hỗ trợ tư pháp không phải là phạm vi của quyền tư pháp.

Nhận thức này sẽ là cơ sở để phân công, phân nhiệm lại chức năng, nhiệm vụ giữa các CQNN: Quốc hội - thực hiện quyền lập pháp và giám sát chính trị đối với các CQNN khác trong đó có cơ quan thực thi quyền tư pháp; Chính phủ - thực hiện quyền hành pháp; Tòa án - thực hiện quyền tư pháp (với nghĩa xét xử); Viện kiểm sát - không còn là cơ quan giám sát thay mặt Quốc hội mà chuyển thành Viện công tố thực hiện chức năng điều tra và buộc tội, không phải là CQTP và GSTP mà ngược lại, phải chịu sự chỉ đạo và kiểm soát của CQTP; HĐND địa phương được tổ chức lại theo hướng không còn là cơ quan QLNN ở địa phương (một số nơi còn không tổ chức) nên không còn thực hiện chức năng giám sát chính trị đối với tư pháp nữa.

3.2. Điều chỉnh lại cơ chế kiểm soát đối với HĐTP trên cơ sở nhận thức lại quyền tư pháp và theo những định hướng mới về tổ chức QLNN theo nguyên tắc “thống nhất, có sự phân công, phối hợp và kiểm soát giữa các CQNN” và cải cách tư pháp

Như là một yếu tố của Nhà nước pháp quyền và theo tinh thần cải cách BMNN theo nguyên tắc “phân công, phối hợp và kiểm soát giữa các CQNN” đã được Đảng đề ra, TAND cần phải trở thành một thiết chế độc lập thật sự, vô tư và nhân danh công lý trong việc bảo vệ quyền lợi của các bên. Tòa án phải đảm nhận toàn bộ phần việc mang tính tư pháp hiện vẫn đang phân giao theo lối kinh

nghiệm chủ nghĩa cho các thiết chế khác thực hiện (như việc xử phạt và xử lý hành chính đang do bộ máy hành chính làm; việc giải thích pháp luật cũng như xét xử văn bản chưa được giao cho Tòa án), mở rộng lĩnh vực phán xử. Tòa án phải trở thành một thiết chế kiểm soát và giới hạn được các quyền lập pháp và hành pháp trên cơ sở Hiến pháp và pháp luật. Lúc này, việc giám sát đối với HĐTP và CQTP không còn là sự kiểm soát một chiều xuất phát từ cơ quan QLNN như hiện nay, mà phải chuyển sang cơ chế “kiểm soát lẫn nhau” và kiểm soát bằng pháp luật thông qua tranh tụng, công khai và công lý.

Với tinh thần đó, cơ chế kiểm soát đối mới đối với HĐTP cần được tổ chức lại với các loại hình kiểm soát như sau:

- *Sự kiểm soát của các thiết chế nhà nước khác như Quốc hội (với các cơ cấu của mình), Chủ tịch nước, HĐND đối với HĐTP chỉ tập trung vào giám sát trách nhiệm chính trị chứ không giám sát bản thân hoạt động xét xử, nhất là giám sát giải quyết một vụ án cụ thể.*

Sự giám sát của các thiết chế nhà nước khác đối với HĐTP và CQTP là tất yếu trên quan điểm: “có sự phân công, phối hợp và kiểm soát giữa các cơ quan trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp”. Song đó là sự giám sát về trách nhiệm chính trị chứ không phải giám sát vào từng vụ việc cụ thể.

Cơ chế giám sát hiện hành nhất là từ sau khi thành lập Ủy ban Tư pháp đã ngày càng đi sâu vào việc giám sát giải quyết các vụ việc cụ thể và đang có ý kiến cần tạo ra một hình thức nào đó tại Quốc hội để quyết định lại nội dung bản án đã được cấp cao nhất của

hệ thống xét xử quyết định và có hiệu lực. Chúng tôi cho rằng đây là một xu hướng không phù hợp với tinh thần tổ chức BMNN theo hướng phân công rành mạch chức năng nhiệm vụ giữa các CQNN (hay nói rộng ra là giữa các nhánh QLNN) cũng như định hướng cải cách tư pháp. Về phương diện lý luận cũng như trên thực tế, Quốc hội và các cơ cấu giám sát của Quốc hội không thể và không nên kết luận một bản án, quyết định có hiệu lực của TAND tối cao là sai lầm vì việc này đòi hỏi tính chuyên môn nghề nghiệp cao trong lĩnh vực tư pháp mà chỉ có thể là Thẩm phán của Tòa án mới đáp ứng được và cũng không thể yêu cầu Hội đồng thẩm phán TAND tối cao xét xử lại bản án đã được Hội đồng xét xử trước đó như đề xuất của một số người. Kinh nghiệm chung thế giới đều coi Tòa án với phương thức tranh tụng công khai của nhiều chủ thể tham gia, áp dụng thủ tục nhiều cấp xét xử - luôn là cái bảo đảm công lý, là nơi bầu vút cuối cùng của mỗi cá nhân. Phương hướng cải cách đúng đắn và phù hợp phải đề cao hơn nữa vai trò của Tòa án chứ không phải là đi tìm một thiết chế nào đó trong BMNN có quyền xem xét lại bản án của Tòa án. Nếu khuynh hướng này trở thành hiện thực thì đó là một nguy cơ, mà trước hết nó cho người ta nghi ngờ rằng hệ thống tư pháp ở Việt Nam là không đáng tin cậy và khó có thể bảo vệ được lợi ích khi người ta cần đến sự bảo vệ của các CQTP⁴.

Hoạt động GSTP của Quốc hội (hiểu theo nghĩa là bao gồm cả hoạt động giám sát của UBTVQH, Hội đồng Dân tộc và các Ủy ban và đại biểu Quốc hội) bao hàm các nội dung sau:

4 *Thực tiễn lịch sử tư pháp nước ta, đã có việc trao cho cơ quan hành chính quyết định phê duyệt các bản án của TAND đặc biệt trong thời kỳ cải cách ruộng đất những năm cuối của những năm mươi của thế kỷ trước. Theo quy định tại Sắc lệnh số 150/SL ngày 12/4/1953 thì: "...án tù dưới năm năm do Ủy ban hành chính duyệt và do Chủ tịch Ủy ban kháng chiến tỉnh ký vào bản án. Án tù từ năm năm trở lên đến án tử hình thì do Ủy ban kháng chiến hành chính liên khu duyệt và Chủ tịch Ủy ban kháng chiến hành chính liên khu ký vào bản án. Trong 10 ngày sau khi tuyên án, người có bản án có quyền chống án. Đối với những án do Ủy ban kháng chiến tỉnh duyệt thì đơn chống án do Ủy ban kháng chiến tỉnh xét. Đối với những án do Ủy ban kháng chiến hành chính liên khu duyệt, thì do Ủy ban kháng chiến hành chính liên khu xét. Nếu đơn chống án được chấp nhận thì Ủy ban kháng chiến tỉnh hoặc liên khu giao cho Tòa án nhân dân đặc biệt xử lại lần cuối cùng". Nhưng thực tiễn này đã nhanh chóng phát hiện ra sự không phù hợp và bị bãi bỏ.*

1. Giám sát việc thi hành nghiêm chỉnh chính sách pháp luật của Nhà nước trong hoạt động xét xử. Không trực tiếp làm thay đổi nội dung các bản án, quyết định của CQTP.

2. Quốc hội có quyền yêu cầu cấp chịu trách nhiệm cao nhất của các CQTP phải báo cáo, giải trình về tất cả các nội dung giám sát thuộc thẩm quyền của Quốc hội.

3. Trong trường hợp các CQTP không thực hiện đúng chức năng, nhiệm vụ của mình theo quy định của pháp luật, gây ảnh hưởng đến lợi ích của nhân dân, của quốc gia thì Quốc hội phải truy cứu trách nhiệm chính trị đối với những người giữ chức vụ cao nhất của hệ thống tư pháp.

4. Quốc hội có thể sử dụng QLNN để điều chỉnh các chính sách, pháp luật về lĩnh vực tư pháp, điều chỉnh tổ chức của các CQTP, điều chỉnh lại các nguồn lực (lao động, ngân sách) của đất nước để đảm bảo cho các CQTP hoạt động có hiệu quả.

- Bỏ chức năng kiểm sát HĐTP của VKSND (hay nói cách khác là không cần thiết có sự kiểm sát này nữa). Hơn nữa, theo tinh thần cải cách tư pháp, VKS chuyển thành Viện công tố thực hiện chức năng truy tố buộc tội (công tố) như hiện tại và thêm chức năng điều tra được điều chuyển từ Cơ quan công an sang thì lúc này VKS lại trở thành đối tượng giám sát của Tòa án.

Ở Nga và các nước thuộc Liên Xô cũ, trong qua trình chuyển đổi, nhiều học giả đã đề ra phải có những cải cách căn bản đối với VKS. Họ cho rằng, trong cơ chế nhà nước mới - cơ chế phân chia quyền lực do các cơ quan QLNN đã có sự “kiềm chế - đối trọng”, “kiểm tra - cân bằng” thì việc có “tồn tại một thứ quyền giám (kiểm) sát độc lập là hết sức tranh cãi” (M.X.Shalumop), rằng “nguyên tắc phân quyền không có chỗ cho vai trò

kiểm sát độc lập của VKS (V.M.Xavitski), “ràng truy tố và buộc tội - đó là tất cả những gì VKS làm” (V.N.Toshinlopski)... Nói tóm lại, VKS bây giờ nên chuyển thành cơ quan chuyên về thực hành quyền công tố⁵.

Ở Việt Nam, Nghị quyết số 49-NQ/TU ngày 02/6/2005 “Về chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020” của Bộ Chính trị khẳng định một trong những nội dung cơ bản của công cuộc cải cách tư pháp là tổ chức lại hệ thống VKSND. Nghị quyết chỉ rõ: “VKSND được tổ chức phù hợp với hệ thống tổ chức của Tòa án. Nghiên cứu việc chuyển VKS thành Viện Công tố, tăng cường trách nhiệm của công tố trong hoạt động điều tra...”.

Việc tổ chức lại VKSND từ một hệ thống cơ quan được lập ra để thực hiện quyền “kiểm sát việc tuân theo pháp luật của các cơ quan thuộc Hội đồng Chính phủ, CQNN ở địa phương, các nhân viên CQNN và công dân” (Hiến pháp năm 1959), rồi “kiểm sát việc tuân theo pháp luật của các bộ và cơ quan khác thuộc Hội đồng Bộ trưởng, các cơ quan chính quyền địa phương, tổ chức xã hội và đơn vị vũ trang nhân dân, các nhân viên nhà nước và công dân, thực hành quyền công tố...” (Hiến pháp năm 1980) đến “thực hành quyền công tố và kiểm sát HĐTP” (Hiến pháp năm 1992 sửa đổi, bổ sung) nay định hướng chuyển thành Viện công tố và tăng cường trách nhiệm trong hoạt động điều tra như trên là một hướng cải cách lớn. Đây là định hướng đúng đắn và có ý nghĩa lâu dài. Trước hết nhằm giải thoát cho VKS khỏi các chức năng kiểm soát nhà nước (kiểm sát việc tuân theo pháp luật, bảo đảm cho pháp luật được thi hành nghiêm chỉnh và thống nhất) để tập trung vào hoạt động công tố - một hoạt động rất cần được tập trung, tăng cường trong bối cảnh hiện nay. Sau nữa là quá trình tiếp tục đổi mới BMNN, xây dựng nhà nước pháp

5 Xem: M.X.Shalumop. Kiểm sát và giám sát nhà nước về tuân theo pháp luật: phân định thẩm quyền và trách nhiệm. Tạp chí Nhà nước và pháp luật, số 1/1999; V.M.Xavitski. Sự khủng hoảng của kiểm sát. Tạp chí Pháp chế xã hội chủ nghĩa, Số 1/1991; V.N. Toshinlopski. Về quan điểm quyền kiểm sát. Tạp chí Nhà nước và pháp luật, số 9/1990 v.v...

quyền với định hướng cơ bản là xây dựng một cơ chế quyền lực có sự phân công và phối hợp rõ ràng trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp.

Chuyển thành viện công tố, có nghĩa chức năng chính của cơ quan này sẽ là thực hành quyền công tố và đảm nhận công tác chỉ đạo điều tra sẽ được nghiên cứu điều chuyển từ Cơ quan công an sang. Về điểm này, xin nói rõ rằng: Ở Liên Xô và các nước XHCN cũ cũng có cơ quan VKS như ta nhưng chức năng điều tra vẫn luôn thuộc về VKS chứ không phải thuộc Bộ Công an: Cơ quan điều tra luôn là một bộ phận của VKS. Đây cũng là điều gây ra những bất cập trong cơ chế hoạt động và kiểm sát tư pháp hiện hành mà chỉ có thể giải quyết dứt điểm khi tiến hành điều chuyển lại chức năng của các cơ quan trên một cách đồng bộ.

Thực hành quyền công tố, về cơ bản, Viện công tố thực hiện bốn nội dung: khởi tố vụ án, khởi tố bị can; điều tra thu thập chứng cứ chứng minh tội phạm; truy tố bị can (hoặc đình chỉ vụ án); buộc tội: đọc cáo trạng, tham gia xét hỏi, luận tội hoặc kháng nghị, kết luận về bản án bị kháng cáo, kháng nghị, tranh luận, đối đáp với các bên tham gia.

Trong quyền công tố không có quyền giám sát đối với Tòa án như trước mà ngược lại bị đặt dưới sự kiểm soát của các thiết chế khác trong đó có chính Tòa án.

Với những nội dung hoạt động này, rõ ràng Viện công tố sẽ thay đổi về bản chất mô hình tổ chức, quan hệ công tác với các CQNN khác so với VKS hiện hành. Khi không còn là một hình thức thực hiện quyền giám sát của Quốc hội, Chủ tịch nước thì lẽ đương nhiên Viện công tố sẽ không còn cần thiết phải đặt trực thuộc trực tiếp Quốc hội, không còn do Quốc hội bầu và bãi nhiệm Viện trưởng theo đề nghị của Chủ tịch nước,

không còn việc Chủ tịch nước bổ nhiệm và miễn nhiệm các Phó Viện trưởng và Kiểm sát viên cấp cao. Theo kinh nghiệm nước ta đã có trước đây cũng như kinh nghiệm thế giới, Viện công tố nên chuyển thành một cơ cấu của nhánh quyền tư pháp về trực thuộc trực tiếp Chính phủ (Bộ Tư pháp) hay TAND tối cao là thích hợp hơn cả.

Xin nhắc lại là, trong BMNN ta, trước đây, cơ quan công tố được thành lập cùng với ngành Tòa án và là một bộ phận nằm trong Tòa án và trực thuộc sự quản lý của Bộ Tư pháp. Sắc lệnh số 13/SL ngày 24/1/1946 quy định: Tòa án đệ nhị cấp gồm có một chánh án, một biện lý, một dự thẩm. Tại phiên tòa, chánh án ngồi xử, biện lý ngồi ghế công tố viên; mỗi Tòa Thượng thẩm có... một chương lý, một hay nhiều phó chương lý, những tham lý. Tại phiên tòa,... chương lý, phó chương lý hay tham lý ngồi ghế công tố viên. Từ Tòa đệ nhị cấp, các thẩm phán đệ nhị cấp chia làm hai chức vị: thẩm phán xử án do ông chánh nhất Tòa Thượng thẩm đứng đầu, và các thẩm phán buộc tội do ông chương lý đứng đầu. Trong quản hạt một Tòa Thượng thẩm, tất cả các thẩm phán buộc tội họp thành một đoàn thể (tức Công tố viện) độc lập đối với các thẩm phán xử án, và duy nhất, đặt dưới quyền ông chương lý. Ông chương lý hoàn toàn giữ quyền truy tố và hành động; các thẩm phán trong Công tố viện coi như được uỷ quyền hành động của ông chương lý... Như vậy, chương lý, biện lý, tham lý là người giữ quyền buộc tội (công tố) như đại diện VKS giữ quyền công tố tại phiên tòa ngày nay và tập hợp thành Công tố viện nằm trong Tòa án do chương lý đứng đầu và chịu sự chỉ đạo chung của Bộ trưởng Tư pháp.

Cuộc cải cách tư pháp lần thứ nhất, được tiến hành theo Sắc lệnh số 85 ngày 22/5/1950, ngoài việc quy định thêm thẩm quyền cho các Tòa án và các Ban tư pháp xã

6 Xem: Nghiên cứu tư tưởng Hồ Chí Minh về Nhà nước và pháp luật. Viện Nghiên cứu Khoa học pháp lý - Bộ Tư pháp, 1993, tr. 299.

đã quy định cho công tố viên có quyền kháng cáo các án dân sự nếu xét thấy cần thiết⁶. Đây là biểu hiện đầu tiên của quyền kiểm sát của Công tố viện tại Toà án. Tại cuộc cải cách tư pháp lần thứ hai, tiến hành trong các năm từ 1958 đến 1961, các biện pháp tiếp theo triển khai theo hướng tách cơ quan công tố ra khỏi Toà án và trao thêm cho nó quyền kiểm sát được đầy mạnh. Nghị quyết của Quốc hội ngày 21/1/1958 quy định việc thành lập Viện công tố trung ương và hệ thống cơ quan công tố lúc này được tách ra khỏi Toà án đặt trực thuộc trực tiếp Bộ Tư pháp. Tháng 4/1958 Quốc hội quyết định thành lập TAND tối cao và Viện công tố nhân dân trung ương, tách hệ thống TAND và Viện công tố ra khỏi Bộ Tư pháp thành hai cơ quan trực thuộc Hội đồng Chính phủ. Nghị định số 256 ngày 1/7/1959 của Thủ tướng Chính phủ quy định cụ thể chức năng, nhiệm vụ và tổ chức của Viện công tố. Tiếp đó, ngày 27/8/1959 Thủ tướng Chính phủ lại ra Nghị định số 321 về thành lập các Viện công tố phúc thẩm. Theo các văn bản pháp luật nói trên, Viện công tố được thành lập từ trung ương đến cấp huyện tạo thành một hệ thống độc lập trong BMNN. Trong thời gian ba năm tồn tại (1958-1960) Viện công tố có thực hiện một số hoạt động giám sát việc điều tra, giam giữ nhưng về cơ bản vẫn là thực hiện chức năng truy tố bị can ra toà.

Nhắc lại như vậy để thấy rằng, chúng ta cũng đã có kinh nghiệm tổ chức cơ quan công tố trước khi chuyển chúng thành cơ quan kiểm sát. Quá trình xây dựng lại Viện công tố, vì vậy, không phải là không có yếu tố thuận lợi.

- Xác lập sự giám sát của Tòa án đối với các hoạt động QLNN và “hoạt động có tính tư pháp” theo nghĩa rộng - điều tra, truy tố, thi hành án theo tinh thần “kiểm soát giữa các CQNN” nêu trên.

Khi Tòa án đã được tổ chức lại thành một nhánh quyền lực độc lập thì một vấn đề

đặt ra là phải xác lập mối quan hệ kiểm soát của Tòa án đối với các CQNN khác, đặc biệt là những hoạt động có liên quan chặt chẽ với hoạt động xét xử.

Về nội dung này sơ bộ sẽ có hai mảng giám sát:

1. Giám sát thực hiện quyền lực: Tòa án sẽ được trao quyền giám sát văn bản (được hiểu là một hình thức giám sát Hiến pháp). Nếu ở nước ta có nghiên cứu áp dụng mô hình bảo hiến bằng tài phán chuyên trách thì vai trò này của Tòa án tư pháp cũng như của các thiết chế quyền lực khác vẫn tồn tại; giải thích Hiến pháp và pháp luật trong quá trình vận dụng pháp luật.

2. Giám sát đối với hoạt động điều tra bao gồm bắt giữ, khởi tố và tiến hành điều tra; giám sát các hoạt động liên quan đến quyền con người.

Thực tiễn hiện nay, TAND đang xét xử các tranh chấp hành chính giữa một bên là cá nhân, tổ chức và bên kia là cơ quan hành chính nhà nước, cũng có thể được hiểu thuộc phạm trù giám sát này. Còn trong lịch sử tổ chức BMNN XHCN như nước Nga thời kỳ sau cách mạng cũng đã giao cho Tòa án xét xử các kháng nghị của VKS đối với tính pháp chế của các quyết định và nghị quyết của chính quyền địa phương. Hệ thống Tòa án của nước Nga và Liên Xô giai đoạn này đóng vai trò là Toà án hành chính (các Tòa án địa phương) và Tòa án hiến pháp (Tòa án tối cao)⁷. Tòa án được quyền kết luận thẩm tra về tính pháp chế của các nghị quyết của các nước cộng hòa (Tòa án tối cao), được giải quyết các tranh chấp của các CQNN (Tòa án địa phương). Khi xét xử, Tòa án địa phương sẽ căn cứ vào điều kiện địa phương để quyết định việc nghị quyết của cơ quan chính quyền địa phương có phù hợp với pháp luật và thích hợp với điều kiện địa phương hay không, và kháng nghị của VKS có đúng đắn hay không ■

⁷ Xem B.I. Toponin. Quyền con người với phân quyền; Trong: Quyền con người: thời gian quyết định khó khăn; M., 1991, tr. 11. tiếng Nga

BÀN VỀ LẬP HIẾN

Bổ sung địa vị pháp lý của Kiểm toán Nhà nước và Tổng Kiểm toán Nhà nước trong Hiến pháp

ĐINH TIẾN DŨNG *

Sau 18 năm xây dựng và phát triển, Kiểm toán Nhà nước (KTNN) đã khẳng định được vai trò là công cụ quản lý tài chính nhà nước hữu hiệu, có nhiều đóng góp trong việc nâng cao hiệu quả quản lý nguồn lực tài chính quốc gia, tăng cường tính minh bạch và công khai nền tài chính Đất nước.

Một trong những nhiệm vụ quan trọng trong Chiến lược phát triển KTNN Việt Nam đến năm 2020 đã được ủy ban Thường vụ Quốc hội phê duyệt theo Nghị quyết số 927/2010/UBTVQH12 ngày 19/4/2010 là: "KTNN có nhiệm vụ chủ trì, phối hợp với các cơ quan hữu quan nghiên cứu, đề xuất bổ sung trong Hiến pháp nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam vào thời điểm thích hợp một số điều khoản quy định về vị trí pháp lý, tính độc lập của cơ quan KTNN, thẩm quyền bổ nhiệm, miễn nhiệm, bãi nhiệm Tổng KTNN".

1. Thực trạng về địa vị pháp lý của Kiểm toán Nhà nước và Tổng Kiểm toán Nhà nước

KTNN được thành lập và hoạt động theo Nghị định số 70/CP ngày 11/7/1994 của Chính phủ về việc thành lập Cơ quan KTNN và Quyết định số 61/TTg ngày 24/01/1995 của Thủ tướng Chính phủ về việc ban hành Điều lệ tổ chức và hoạt động của KTNN. Qua thời gian xây dựng và phát triển, các văn bản pháp luật về tổ chức và hoạt động của KTNN không ngừng được bổ sung hoàn thiện, đặc biệt tại Kỳ họp thứ bảy, Quốc hội khoá XI, Luật KTNN được thông qua ngày 14/6/2005 và có hiệu lực thi hành từ ngày 01/01/2006. Đây là đạo luật quan trọng trong hệ thống pháp luật nước ta, là công cụ pháp

lý để tăng cường kiểm tra, kiểm soát các nguồn lực tài chính nhà nước, đồng thời là cơ sở pháp lý cao nhất hiện nay quy định một cách đầy đủ về tổ chức và hoạt động của KTNN. Địa vị pháp lý của KTNN được xác định là “cơ quan chuyên môn về lĩnh vực kiểm tra tài chính do Quốc hội thành lập, hoạt động độc lập và chỉ tuân theo pháp luật”; “Tổng KTNN do Quốc hội bầu, miễn nhiệm và bãi nhiệm theo đề nghị của Ủy ban thường vụ Quốc hội sau khi trao đổi thống nhất với Thủ tướng Chính phủ”. Luật KTNN cũng đã ghi nhận nguyên tắc hoạt động kiểm toán của KTNN là “Độc lập và chỉ tuân theo pháp luật; trung thực, khách quan”. Nguyên tắc quan trọng này được quán triệt và thể hiện trong từng nội dung quy định về tổ chức

* Ủy viên Trung ương Đảng, Tổng Kiểm toán Nhà nước.

và hoạt động của KTNN, nhất là Tổng KTNN quyết định kế hoạch kiểm toán hàng năm và báo cáo với Quốc hội, Chính phủ trước khi thực hiện.

Trên cơ sở các văn bản pháp luật này, tổ chức và hoạt động của KTNN ngày càng đáp ứng yêu cầu của công cuộc đổi mới, tăng cường kiểm tra, giám sát của Nhà nước trong quản lý, sử dụng ngân sách, tiền và tài sản nhà nước. Luật KTNN được ban hành đã nâng cao địa vị pháp lý của KTNN; chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và tổ chức của KTNN được quy định đầy đủ hơn; quy mô, loại hình và chất lượng kiểm toán được mở rộng và tăng cường; vị trí, vai trò của KTNN ngày càng được khẳng định, nhất là từ khi thực hiện công khai kết quả kiểm toán.

Hiện nay, KTNN được tổ chức theo mô hình tập trung thống nhất với 30 đơn vị trực thuộc và với hơn 1.700 người. Chất lượng đội ngũ công chức không ngừng được nâng lên, 98% công chức, viên chức có trình độ đại học trở lên. KTNN đã thực hiện hàng nghìn cuộc kiểm toán với quy mô lớn nhỏ khác nhau trên hầu hết các lĩnh vực, kể cả lĩnh vực dự trữ quốc gia, an ninh, quốc phòng và ngân sách Đảng mà trọng tâm là kiểm toán báo cáo quyết toán ngân sách nhà nước; báo cáo quyết toán ngân sách của các bộ, ngành, các tỉnh và thành phố trực thuộc trung ương, kiểm toán các tập đoàn, tổng công ty nhà nước, các tổ chức tài chính - ngân hàng và các chương trình mục tiêu, các chuyên đề xã hội quan tâm như: công tác quản lý đất đai, phát triển đô thị, công tác quản lý tài nguyên khoáng sản, công tác quản lý thị trường bất động sản - là những hoạt động tạo nguồn lực lớn của đất nước. Kết quả thu được không chỉ là những con số tăng thu, tiết kiệm chi ngân sách nhà nước, mà còn thể hiện ở những kiến nghị kiểm toán mang tính tư vấn, hoàn thiện chính sách pháp luật, góp phần tăng cường hiệu lực, hiệu quả quản lý nhà nước và ngăn ngừa lãng phí, thất thoát và tham nhũng.

Tuy nhiên, trước yêu cầu của công cuộc đổi mới đất nước, xây dựng nhà nước pháp quyền và hội nhập quốc tế, khuôn khổ pháp lý cho tổ chức và hoạt động của KTNN vẫn còn những tồn tại, bất cập:

Thứ nhất, địa vị pháp lý của KTNN và Tổng KTNN chưa được quy định trong Hiến pháp - đạo luật cơ bản của Nhà nước và có hiệu lực pháp lý cao nhất của quốc gia - theo khuyến cáo của Tổ chức quốc tế Các cơ quan kiểm toán tối cao (INTOSAI) và thông lệ quốc tế.

Trong hoạt động kiểm toán, tính độc lập là tiền đề cơ bản bảo đảm cho công tác kiểm tra tài chính công có hiệu lực và hiệu quả. Vì vậy, theo khuyến cáo của Tổ chức quốc tế Các cơ quan kiểm toán tối cao và thông lệ ở nhiều quốc gia trên thế giới, tính độc lập và địa vị pháp lý của KTNN, Tổng KTNN phải được xác định trong Hiến pháp, những nội dung cụ thể về tổ chức và hoạt động của KTNN do luật quy định. Địa vị pháp lý của KTNN và Tổng KTNN chưa được quy định trong Hiến pháp đã dẫn đến những quy định về KTNN thiếu tính ổn định và chưa tương xứng với vai trò của KTNN trong sự nghiệp phát triển kinh tế - xã hội của đất nước và quá trình hội nhập kinh tế quốc tế; mặt khác, đây cũng là một trong những nguyên nhân quan trọng dẫn đến sự hạn chế hiệu lực, hiệu quả hoạt động kiểm toán trong những năm qua.

Thứ hai, quy định về địa vị pháp lý của KTNN chưa đúng với bản chất của KTNN. Mặc dù Điều 13 Luật KTNN đã quy định về địa vị pháp lý của KTNN, song thuật ngữ “chuyên môn” trong cụm từ “KTNN là cơ quan chuyên môn về kiểm tra tài chính nhà nước...” chưa phản ánh đúng bản chất của KTNN là cơ quan kiểm tra tài chính nhà nước cao nhất hoặc KTNN là cơ quan kiểm toán tối cao của quốc gia; chưa đúng tầm của cơ quan KTNN trong quản trị nguồn lực quốc gia như pháp luật các nước trên thế giới

đã quy định, dẫn tới nhận thức của các cấp, các ngành, công chúng và toàn xã hội về vị trí, vai trò, chức năng, nhiệm vụ của KTNN chưa thật đầy đủ và toàn diện, thậm chí còn có nhận thức sai lệch, không đúng đắn về vị trí pháp lý, tổ chức và hoạt động KTNN.

Thứ ba, chưa có sự tương thích giữa Luật KTNN với các luật có liên quan. Luật KTNN quy định: "KTNN là cơ quan chuyên môn do Quốc hội thành lập, hoạt động độc lập và chỉ tuân theo pháp luật" (Điều 13); "Tổng KTNN do Quốc hội bầu, miễn nhiệm và bãi nhiệm theo đề nghị của Ủy ban thường vụ Quốc hội sau khi trao đổi thông nhất với Thủ tướng Chính phủ" (khoản 2 Điều 17). Tuy nhiên, cả Luật Tổ chức Quốc hội và Luật Tổ chức Chính phủ đều không có nội dung nào quy định về vấn đề này.

2. Sự cần thiết phải quy định địa vị pháp lý của Kiểm toán Nhà nước và Tổng Kiểm toán Nhà nước trong Hiến pháp

Xuất phát từ vị trí, vai trò quan trọng của KTNN

KTNN là công cụ đặc lực phục vụ việc kiểm tra, giám sát của Nhà nước trong quản lý, sử dụng ngân sách, tiền, tài sản nhà nước; góp phần thực hành tiết kiệm, chống tham nhũng, thất thoát, lãng phí, phát hiện và ngăn chặn hành vi vi phạm pháp luật; nâng cao hiệu quả sử dụng ngân sách, tiền và tài sản nhà nước. Nhà nước thông qua hoạt động kiểm toán của KTNN để bảo đảm hiệu lực, hiệu quả và tính minh bạch trong hoạt động của các cơ quan, tổ chức sử dụng ngân sách, tiền và tài sản nhà nước. Từ quy định KTNN "do Quốc hội thành lập, hoạt động độc lập và chỉ tuân theo pháp luật", cần bổ sung trong Hiến pháp một số nhiệm vụ, quyền hạn của Quốc hội đối với quyền "thành lập KTNN"; nguyên tắc KTNN "hoạt động độc lập và chỉ tuân theo pháp luật" cũng tất yếu phải được quy định trong Hiến pháp.

Nhằm bảo đảm tính độc lập của KTNN theo khuyến cáo của Tổ chức quốc tế các

Cơ quan kiểm toán tối cao và Liên hiệp quốc

Quy định địa vị pháp lý của KTNN trong Hiến pháp, trước hết là để tuân thủ các nguyên tắc, chuẩn mực kiểm toán đã được ghi nhận trong Tuyên bố Lima (1977), Tuyên bố Mexico (2007) của Tổ chức quốc tế Các cơ quan kiểm toán tối cao. Các Tuyên bố này khẳng định các nội dung cần quy định trong Hiến pháp là: Việc thành lập KTNN và sự độc lập về bổ nhiệm, miễn nhiệm; tính độc lập trong tổ chức và hoạt động; độc lập về phương diện tài chính và ngân sách..., cụ thể:

- Điều 5 Mục II Tuyên bố Lima về tính độc lập của Cơ quan kiểm toán tối cao:

"1. Cơ quan Kiểm toán tối cao chỉ có thể hoàn thành nhiệm vụ của mình một cách khách quan, hiệu lực khi nó độc lập với đơn vị được kiểm toán và được bảo vệ trước các ảnh hưởng từ bên ngoài.

2. Dù cũng là cơ quan nhà nước, không thể độc lập tuyệt đối do là một bộ phận của nhà nước nói chung, nhưng Cơ quan kiểm toán tối cao phải độc lập về chức năng và tổ chức để thực hiện nhiệm vụ của mình.

3. Việc thành lập Cơ quan kiểm toán tối cao và mức độ độc lập cần thiết của nó phải được quy định trong hiến pháp; quy định chi tiết cần được thể hiện trong luật. Cụ thể, phải đảm bảo sự bảo vệ đầy đủ về pháp lý của Tòa án tối cao chống lại sự can thiệp của bên ngoài vào tính độc lập và chức năng kiểm toán của Cơ quan kiểm toán tối cao".

- Điều 6 Mục II Tuyên bố Lima về Tính độc lập của nhân viên Cơ quan kiểm toán tối cao:

"1. Sự độc lập của Cơ quan kiểm toán tối cao không thể tách rời khỏi sự độc lập của nhân viên của nó. Nhân viên được hiểu là những người phải đưa ra quyết định đại diện cho Cơ quan kiểm toán tối cao và giải trình các quyết định đó với bên thứ ba, bên

thứ ba là thành viên của ban lãnh đạo tập thể hay người đứng đầu Cơ quan kiểm toán tối cao nếu tổ chức theo chế độ thủ trưởng.

2. Sự độc lập của nhân viên phải được đảm bảo bởi Hiến pháp. Cụ thể, quy trình miễn nhiệm cũng phải được quy định trong Hiến pháp và không được ảnh hưởng đến tính độc lập của nhân viên. Phương thức bổ nhiệm và bãi nhiệm nhân viên tùy thuộc vào cơ cấu hiến pháp của mỗi quốc gia.

3. Khi thực hiện nghiệp vụ chuyên môn của mình, cán bộ, nhân viên kiểm toán của Cơ quan kiểm toán tối cao phải không bị ảnh hưởng bởi tổ chức được kiểm toán và phải không phụ thuộc vào tổ chức đó”.

- Nguyên tắc 1 và Nguyên tắc 2 Tuyên bố Mexico nêu rõ: Cần có văn bản pháp luật phù hợp quy định về mức độ độc lập của cơ quan kiểm toán tối cao và tính độc lập của những người đứng đầu và thành viên của cơ quan kiểm toán tối cao và vấn đề bổ nhiệm, tái bổ nhiệm, miễn nhiệm người đứng đầu cơ quan kiểm toán.

- Đặc biệt, ngày 22/12/2011, Liên hiệp quốc đã thông qua Nghị quyết A/66/209 về "Đẩy mạnh tính hiệu suất, trách nhiệm giải trình, tính hiệu quả và minh bạch của quản trị công thông qua việc tăng cường sức mạnh các tổ chức kiểm toán tối cao". Theo đó, Đại hội đồng Liên hiệp quốc công nhận hoàn toàn tính độc lập của Cơ quan kiểm toán tối cao và ghi nhận tầm quan trọng của các Cơ quan kiểm toán tối cao trong việc thúc đẩy tính hiệu lực, trách nhiệm giải trình, hiệu quả và tính minh bạch của quản lý công, giúp thực hiện các mục tiêu và ưu tiên phát triển quốc gia cũng như các mục tiêu phát triển quốc tế, gồm cả mục tiêu phát triển thiên niên kỷ. "Ghi nhận rằng các Cơ quan kiểm toán tối cao có thể thực hiện được các nhiệm vụ của mình một cách khách quan và hiệu quả chỉ khi độc lập với đơn vị được kiểm toán và được bảo vệ trước các ảnh hưởng từ bên ngoài" và khuyến khích các quốc gia

thành viên "vận dụng các nguyên tắc đã được đề ra trong Tuyên bố Lima và Tuyên bố Mexico".

Xuất phát từ tính tối thượng của Hiến pháp đòi hỏi các quy định khác phải phù hợp và tuân thủ nghiêm ngặt

- Điều 146 Hiến pháp 1992 (được sửa đổi, bổ sung theo Nghị quyết số 51/2001/QH10 ngày 25/12/2001 của Quốc hội khóa X) quy định: "Hiến pháp nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là luật cơ bản của Nhà nước, có hiệu lực pháp lý cao nhất. Mọi văn bản pháp luật khác phải phù hợp với Hiến pháp". Bên cạnh đó, giá trị pháp lý của Hiến pháp còn được thể hiện thông qua các quy định về thủ tục ban hành và sửa đổi Hiến pháp nghiêm ngặt hơn so với các văn bản luật khác. Mặt khác, Hiến pháp là đạo luật chủ đạo trong hệ thống các văn bản quy phạm pháp luật, các quy định trong Hiến pháp là cơ sở để ban hành các văn bản quy phạm pháp luật khác, mọi văn bản quy phạm pháp luật khác khi được ban hành đều phải tuyệt đối phù hợp với các quy định của Hiến pháp, bất kỳ văn bản nào có những quy định trái với Hiến pháp (vi hiến) đều phải bị bãi bỏ, bị đình chỉ thi hành.

Như vậy, để nâng cao địa vị pháp lý của KTNN cho phù hợp với chức năng, nhiệm vụ được giao, đảm bảo sự đồng bộ của hệ thống pháp luật và phù hợp với thông lệ quốc tế, Hiến pháp cần có những quy định về địa vị pháp lý của KTNN và Tổng KTNN, chức năng, nhiệm vụ của KTNN, tạo cơ sở pháp lý cho các quy định cụ thể về tổ chức và hoạt động của KTNN trong Luật KTNN và các luật có liên quan, bảo đảm hiệu lực và hiệu quả hoạt động của KTNN.

3. Kinh nghiệm các nước trên thế giới về quy định địa vị pháp lý của Kiểm toán Nhà nước, Tổng Kiểm toán Nhà nước trong Hiến pháp

Nghiên cứu kinh nghiệm của các nước cho thấy, trên cơ sở chỉ dẫn của Tổ chức

quốc tế Các cơ quan kiểm toán tối cao, hầu hết các nước có cơ quan KTNN, dù là ở các nước đã thành lập cơ quan KTNN từ rất lâu hay ở các nước mới thành lập cơ quan KTNN, những vấn đề cơ bản về địa vị pháp lý, tính độc lập của cơ quan KTNN đều được quy định trong Hiến pháp của mỗi nước. Theo thống kê của Tổ chức quốc tế Các cơ quan kiểm toán tối cao, trong 140 nước thực hiện nghiên cứu có 106 nước (chiếm 76% các nước thực hiện nghiên cứu) quy định địa vị pháp lý và tính độc lập của KTNN trong Hiến pháp.

Mặc dù những quy định cụ thể trong Hiến pháp của các nước về KTNN có thể khác nhau về mức độ, nội dung cụ thể, như Hiến pháp CHLB Đức, CHLB Nga chỉ quy định tại một khoản trong một điều về KTNN; còn Hiến pháp Ba Lan, Hàn Quốc lại quy định tới 6-7 điều về KTNN; Hiến pháp Indonesia có hẳn một chương riêng (Chương VIII A - ủy ban Kiểm toán tối cao - BPK) với 3 điều (Điều 23E, Điều 23F và Điều 23G), Hiến pháp Thái Lan cũng có Mục riêng về ủy ban KTNN với 4 điều (Điều 252, Điều 253, Điều 254 và Điều 301)...; song về cơ bản, Hiến pháp các nước đều quy định những vấn đề sau: *Xác định địa vị pháp lý của KTNN trong hệ thống các cơ quan nhà nước; Xác định nguyên tắc cơ bản trong hoạt động kiểm toán của KTNN là độc lập và chỉ tuân theo pháp luật; Quy định thẩm quyền bầu, miễn nhiệm, bãi nhiệm Tổng KTNN; Xác định chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn cơ bản và tính độc lập của KTNN; Quy định trách nhiệm của KTNN trong việc báo cáo kết quả kiểm toán với Quốc hội và công bố công khai theo quy định của pháp luật.*

Căn cứ vào vị trí pháp lý và quan hệ của cơ quan KTNN với hệ thống các cơ quan quyền lực nhà nước, hiện nay trên thế giới tồn tại 03 loại mô hình cơ bản sau: KTNN thuộc cơ quan lập pháp, KTNN thuộc cơ quan hành pháp, KTNN độc lập với cơ quan lập pháp và hành pháp.

Trong các mô hình này, mô hình KTNN độc lập với cơ quan lập pháp và hành pháp có nhiều ưu điểm hơn cả. Đây là mô hình tổ chức rất đặc biệt, cơ quan KTNN là một tổ chức độc lập hoạt động theo quy định của pháp luật, mọi quyền hạn và nghĩa vụ của cơ quan KTNN được chế định theo pháp luật. Việc quyết định thành lập, thẩm quyền và các quy định về cơ quan KTNN phải do Quốc hội quyết định, kể cả cơ chế bổ nhiệm, miễn nhiệm người đứng đầu. Hoạt động của cơ quan KTNN độc lập như Toà án hoặc Viện Kiểm sát, nhưng không làm chức năng công tố và xét xử. Mô hình này được hình thành ở những quốc gia mà hệ thống quyền lực nhà nước và cơ quan KTNN ra đời từ rất sớm hoặc ở các nước thuộc địa chịu ảnh hưởng của các nước Châu Âu. Với các nước châu Á, một vấn đề đáng lưu ý là đa số các nước thuộc khối ASEAN tổ chức KTNN theo mô hình KTNN độc lập với lập pháp và hành pháp (Indonesia; Philippin; Singapore; Thái lan; Malayxia) - chiếm 50% số nước thuộc khối ASEAN. Mô hình này có nhiều ưu điểm vì bản chất của hoạt động kiểm toán là xác nhận một cách độc lập và trung thực, khách quan các thông tin về quản lý tài chính và tài sản công đối với các hoạt động quản lý. Bởi vậy, KTNN được coi như một công cụ của quản lý vĩ mô. Tổ chức theo mô hình này, KTNN sẽ là công cụ đắc lực cho cả cơ quan lập pháp trong việc thực hiện quyền giám sát và quyết định của mình và cho cả cơ quan hành pháp trong việc quản lý, điều hành. Hoạt động kiểm toán sẽ trở nên hữu hiệu hơn bởi lẽ KTNN chỉ thực hiện kiểm toán và cung cấp thông tin đã kiểm toán theo quy định của pháp luật.

Bên cạnh đó, KTNN còn thực hiện chức năng tư vấn các vấn đề kinh tế, tài chính, kể cả việc ban hành các văn bản pháp luật về kinh tế, tài chính của cơ quan hành pháp và cơ quan lập pháp.

Việc tổ chức cơ quan kiểm toán luôn tùy thuộc vào điều kiện kinh tế, chính trị, xã hội,

lịch sử của từng quốc gia. Dù tổ chức theo mô hình nào, bản chất của KTNN vẫn là công cụ kiểm soát các hoạt động quản lý tài chính vĩ mô thuộc cơ cấu của bộ máy nhà nước, do vậy luôn có sự đan xen nhau giữa các nhánh quyền lực. Điều đó cho thấy, việc phân loại một cách rạch ròi KTNN thuộc nhánh quyền lực nào hay ở vị thế độc lập chỉ có ý nghĩa tương đối.

Trên cơ sở thực tiễn 18 năm hoạt động của KTNN Việt Nam, đặc biệt là 06 năm thi hành Luật KTNN, có thể đánh giá mô hình thích hợp cho KTNN Việt Nam là: *KTNN là cơ quan do Quốc hội thành lập, hoạt động độc lập và chỉ tuân thủ pháp luật*. Đây là mô hình bảo đảm cao nhất cho tính độc lập trong hoạt động của KTNN, phù hợp với điều kiện thực tiễn Việt Nam, đồng thời, phù hợp cơ chế Đảng lãnh đạo, Nhà nước quản lý, nhân dân làm chủ.

4. Quan điểm xác lập địa vị pháp lý của Kiểm toán Nhà nước, Tổng Kiểm toán Nhà nước

Một là, bảo đảm nguyên tắc quyền lực nhà nước là thống nhất, có sự phân công phối hợp và kiểm soát giữa các cơ quan trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp.

Cương lĩnh xây dựng đất nước trong thời kỳ quá độ lên chủ nghĩa xã hội (bổ sung, phát triển năm 2011) đã khẳng định: “Nhà nước ta là Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa của nhân dân, do nhân dân, vì nhân dân. Tất cả quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân mà nền tảng là liên minh giữa giai cấp công nhân với giai cấp nông dân và đội ngũ trí thức do Đảng Cộng sản Việt Nam lãnh đạo. Quyền lực nhà nước là thống nhất; có sự phân công, phối hợp và kiểm soát giữa các cơ quan trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp”, thể hiện yêu cầu của Đảng phải tăng cường kiểm soát quyền lực nhà nước để hạn chế sự lạm quyền trong quá trình thực thi quyền lực nhà nước

giữa các cơ quan nhà nước, nhằm nâng cao hiệu lực và hiệu quả thực thi quyền lực nhà nước. Đây là một trong những quan điểm và là nguyên tắc cơ bản chỉ đạo công cuộc cải cách, xây dựng bộ máy nhà nước ta trong thời kỳ đổi mới đẩy mạnh công nghiệp hoá, hiện đại hoá đất nước hiện nay.

Để tăng cường kiểm soát quyền lực nhà nước, trước hết phải tăng cường vai trò giám sát tối cao của Quốc hội đối với toàn bộ hoạt động của Nhà nước. Để giúp cho việc giám sát tối cao của Quốc hội có hiệu quả hơn, cần phải có các công cụ kiểm soát có hiệu quả, trong đó có cơ quan KTNN. Do vậy, với tôn chỉ KTNN là cơ quan do Quốc hội thành lập, hoạt động độc lập và chỉ tuân theo pháp luật, KTNN phải quán triệt và thực hiện nghiêm chỉnh nguyên tắc quan trọng này trong tổ chức và hoạt động của mình. KTNN phải tuân thủ cơ chế: Đảng lãnh đạo, Nhà nước quản lý và nhân dân làm chủ, phục vụ mục tiêu xây dựng một nước Việt Nam “dân giàu, nước mạnh, xã hội dân chủ, công bằng, văn minh”.

Hai là, quán triệt và thể chế hoá các quan điểm của Đảng và Nhà nước về phát triển KTNN.

Để xây dựng KTNN trở thành một công cụ mạnh về kiểm tra tài chính nhà nước, Đảng và Nhà nước đã có nhiều nghị quyết và văn bản pháp luật quan trọng đề cập chủ trương phát triển KTNN, cụ thể:

- Nghị quyết Hội nghị lần thứ 3 Ban Chấp hành Trung ương khoá VIII đã chỉ rõ: “Đề cao vai trò của cơ quan KTNN trong việc kiểm toán mọi cơ quan, tổ chức có sử dụng ngân sách nhà nước. Cơ quan KTNN báo cáo kết quả kiểm toán cho Quốc hội, Chính phủ và công bố công khai cho dân biết”;

- Nghị quyết Hội nghị lần thứ 4 Ban Chấp hành Trung ương khoá VIII tiếp tục nhấn mạnh: “... tiếp tục đổi mới và lãnh đạo mạnh hoá hệ thống tài chính - tiền tệ; thực

hành triệt để tiết kiệm. Thực hiện chế độ kiểm toán đối với các đơn vị có sử dụng ngân sách nhà nước";

- Văn kiện Đại hội Đảng toàn quốc lần thứ IX đã khẳng định: "... thiết lập cơ chế giám sát tài chính - tiền tệ, nhằm đảm bảo an ninh tài chính quốc gia, kiểm soát các nguồn vốn, các khoản vay nợ, trả nợ, mở rộng hình thức công khai tài chính. Nâng cao hiệu lực pháp lý và chất lượng KTNN như một công cụ mạnh của Nhà nước";

- Nghị quyết Hội nghị lần thứ 5 Ban Chấp hành Trung ương Đảng khoá IX về đổi mới và nâng cao chất lượng hệ thống chính trị ở cơ sở cũng đã chỉ rõ: "Thực hiện quy chế định kỳ KTNN, công khai thu, chi ngân sách cho dân biết";

- Văn kiện Đại hội Đảng toàn quốc lần thứ XI tiếp tục khẳng định: "Tăng cường công tác kiểm toán, thanh tra, kiểm tra, giám sát của các cơ quan chức năng";

- Luật KTNN quy định: "KTNN là cơ quan chuyên môn về lĩnh vực kiểm tra tài chính nhà nước do Quốc hội thành lập, hoạt động độc lập và chỉ tuân theo pháp luật";

- Nghị quyết số 927/2010/UBTVQH12 ngày 19/4/2010 của ủy ban Thường vụ Quốc hội về việc ban hành Chiến lược phát triển KTNN đến năm 2020 đã xác định: "Nghiên cứu, đề xuất bổ sung trong Hiến pháp nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam vào thời điểm thích hợp một số điều khoản quy định (như Luật KTNN) về vị trí pháp lý, tính độc lập của cơ quan KTNN; và thủ tục, thẩm quyền bổ nhiệm, miễn nhiệm, bãi nhiệm Tổng KTNN".

Ba là, xây dựng KTNN thực sự trở thành công cụ quan trọng và đủ mạnh của Nhà nước thực hiện việc kiểm tra, kiểm soát

nghiêm ngặt việc quản lý và sử dụng ngân sách, tiền và tài sản nhà nước.

Hoạt động KTNN phục vụ việc kiểm tra, giám sát của Nhà nước trong quản lý, sử dụng ngân sách, tiền và tài sản nhà nước; góp phần thực hành tiết kiệm, chống tham nhũng, thất thoát, lãng phí, phát hiện và ngăn chặn hành vi vi phạm pháp luật; nâng cao hiệu quả sử dụng ngân sách, tiền và tài sản nhà nước. Để đạt mục tiêu trên, cần xác định địa vị pháp lý tương xứng nhằm đảm bảo tính độc lập của cơ quan KTNN và người đứng đầu là Tổng KTNN, đảm bảo hoạt động kiểm toán được tiến hành độc lập, khách quan và chỉ tuân theo pháp luật.

Bốn là, quán triệt và thực hiện các quan điểm về cải cách hành chính của Nhà nước

Phát triển KTNN phải quán triệt và thực hiện các quan điểm về cải cách hành chính của Nhà nước, từng bước nâng cao địa vị pháp lý của KTNN, đồng thời xác định quy mô hợp lý trong từng thời kỳ, đủ đáp ứng yêu cầu nhiệm vụ được giao. Xây dựng cơ quan KTNN từng bước chính quy, hiện đại và tinh gọn về bộ máy, tiết kiệm kinh phí, hoạt động hiệu quả. Chiến lược quốc gia phòng, chống tham nhũng đến năm 2020 ban hành kèm theo Nghị quyết số 21/NQ-CP ngày 12/5/2009 của Chính phủ đã chỉ rõ: "Sửa đổi, bổ sung hệ thống pháp luật về kiểm toán nhằm phân định phạm vi hoạt động giữa KTNN và thanh tra tài chính, khắc phục sự chồng chéo trong hoạt động thanh tra, kiểm toán (phần các giải pháp).

Năm là, quán triệt các quan điểm và định hướng của Đảng trong sửa đổi, bổ sung Hiến pháp 1992

- Nghị quyết Đại hội toàn quốc lần thứ XI của Đảng Cộng sản Việt Nam đã khẳng định "Khẩn trương nghiên cứu, sửa đổi, bổ

2 Nguyễn Văn Trường, Một số vướng mắc khi xử lý vật chứng trong vụ án hình sự, Tạp chí TAND, kỳ II tháng 11/2009 (số 22), tr.29-30; Quách Thành Vinh, Một số trường hợp xử lý vật chứng chưa có căn cứ việc dẫn, Tạp chí TAND, kỳ II, tháng 02/2010 (số 4), tr.35-36.

3 Khoản 1 Điều 65 BLTTHS năm 2003.

sung Hiến pháp năm 1992 (đã được sửa đổi, bổ sung năm 2001) phù hợp với tình hình mới. Tiếp tục xây dựng, từng bước hoàn thiện cơ chế kiểm tra, giám sát tính hợp hiến, hợp pháp trong các hoạt động và quyết định của các cơ quan công quyền”;

- Nghị quyết Hội nghị Trung ương 5 (khóa XI), về những nội dung cơ bản sửa đổi Hiến pháp 1992 (Mục 7) ghi: "nghiên cứu việc bổ sung một số thiết chế độc lập như cơ quan KTNN, cơ quan bầu cử quốc gia";

- Kết luận số 21-KL/TW Hội nghị Trung ương 5 (khóa XI) về tăng cường sự lãnh đạo của Đảng đối với công tác phòng, chống tham nhũng, lãng phí, khẳng định: "Tiếp tục hoàn thiện thể chế và tăng cường công tác kiểm tra, thanh tra, kiểm toán, điều tra, truy tố, xét xử để nâng cao hiệu quả công tác phòng, chống tham nhũng, lãng phí".

Sáu là, đáp ứng yêu cầu chủ động hội nhập kinh tế quốc tế; phù hợp với các nguyên tắc, thông lệ quốc tế và điều kiện thực tiễn của Việt Nam

Một trong những yêu cầu quan trọng của quá trình hội nhập kinh tế quốc tế đòi hỏi phải xây dựng nền tài chính lành mạnh, công khai, đảm bảo tính minh bạch. Kinh nghiệm các nước trên thế giới cho thấy, việc phát triển cơ quan KTNN với địa vị pháp lý tương xứng cùng với các công cụ kiểm tra khác của Nhà nước là điều kiện cần thiết và là tiền đề để có môi trường tài chính lành mạnh, minh bạch, tạo điều kiện để thu hút vốn đầu tư trong và ngoài nước, đảm bảo cho đất nước phát triển nhanh chóng, ổn định và bền vững. Trong điều kiện hội nhập kinh tế quốc tế ngày càng sâu rộng, việc phát triển cơ quan KTNN cũng phải phù hợp với đòi hỏi của các định chế tài chính quốc tế, phù hợp với các khuyến cáo của Tổ chức quốc tế Các cơ quan kiểm toán tối cao và Liên hiệp quốc, đặc biệt khi Việt Nam đã là thành viên của Tổ chức Thương mại quốc tế (WTO); đồng thời phù hợp điều kiện thực tiễn của Việt Nam.

5. Kiến nghị bổ sung nội dung và cách thể hiện về địa vị của Kiểm toán Nhà nước, Tổng Kiểm toán Nhà nước trong Hiến pháp

Trên cơ sở những chỉ dẫn của Tổ chức quốc tế Các cơ quan kiểm toán tối cao, nghiên cứu kinh nghiệm các nước trên thế giới xác lập địa vị pháp lý của KTNN trong Hiến pháp, đặc biệt là Nghị quyết A/66/209 của Đại hội đồng Liên hiệp quốc và từ thực tiễn hoạt động của KTNN ở nước ta, việc quy định vị trí, chức năng, nguyên tắc tổ chức và hoạt động của KTNN, việc bầu Tổng KTNN trong Hiến pháp là yêu cầu khách quan. Xuất phát từ vai trò quan trọng của KTNN trong việc hỗ trợ thực hiện quyền giám sát tối cao của Quốc hội, để bảo đảm tính độc lập, nâng cao hiệu lực, hiệu quả hoạt động của KTNN, chúng tôi đề xuất bổ sung vào Hiến pháp một số điều quy định về KTNN và Tổng KTNN như sau:

Kiểm toán Nhà nước

+ "KTNN là cơ quan do Quốc hội thành lập, hoạt động độc lập và chỉ tuân thủ pháp luật";

+ "KTNN có chức năng kiểm toán việc quản lý và sử dụng nguồn lực tài chính và tài sản quốc gia";

+ "Tổ chức, nhiệm vụ và quyền hạn cụ thể của KTNN do Luật định".

Tổng Kiểm toán Nhà nước

+ "Tổng KTNN là người đứng đầu KTNN, chịu trách nhiệm trước pháp luật, trước Quốc hội về tổ chức và hoạt động của KTNN";

+ "Tổng KTNN do Quốc hội bầu, miễn nhiệm và bãi nhiệm theo đề nghị của Ủy ban Thường vụ Quốc hội sau khi trao đổi thống nhất với Thủ tướng Chính phủ" (như quy định hiện nay tại Điều 17, Luật KTNN);

+ "Nhiệm kỳ của Tổng Kiểm toán Nhà nước là 5 năm, có thể được bầu lại nhưng không quá hai nhiệm kỳ" ■

Hoàn thiện công cụ pháp lý phòng, chống tham nhũng: BẢO ĐẢM MINH BẠCH TÀI SẢN VÀ THÔNG TIN

NGUYỄN NGỌC ĐIỆN*

1. Quốc hội - cơ quan có quyền và trách nhiệm trực tiếp tạo ra công cụ pháp lý phòng, chống tham nhũng.

Tham nhũng, được hiểu là việc lạm dụng quyền lực cho những mục tiêu không chính đáng¹, đòi hỏi những điều kiện đặc thù để có thể sinh sôi, lan rộng. Trong khu vực công, tham nhũng thường bùng phát mạnh trong khung cảnh đặc trưng bởi sự thiếu chặt chẽ và tù mù của hệ thống luật pháp cộng với sự kém hiệu quả của bộ máy kiểm tra, giám sát đối với việc sử dụng quyền lực công. Bởi vậy, hoàn thiện pháp luật và tăng cường hiệu quả quản lý ở các khâu kiểm soát thực thi phận sự công được cho là các biện pháp phòng và chống tham nhũng (CTN) chủ yếu.

Với chức năng lập pháp và giám sát tối cao đối với toàn bộ hoạt động của bộ máy nhà nước, rõ ràng, liên quan đến việc phòng, chống tham nhũng (PCTN), Quốc hội giữ vai trò, trách nhiệm chính trong việc triển khai các biện pháp đó.

Song, "hoàn thiện", "tăng cường" chỉ là những khẩu hiệu suông chừng nào những việc làm cụ thể chưa được chỉ ra nhằm đạt được mục tiêu dự kiến, cả về mặt định tính và định lượng.

Về việc hoàn thiện khung luật pháp, chúng ta đã có hẳn một luật chuyên biệt về PCTN, được ban hành và áp dụng từ mấy năm nay, bên cạnh rất nhiều luật liên quan đến hoạt động quản lý nhà nước có các quy định nhằm ngăn chặn sự nhũng nhiễu, lạm quyền, vơ vét, chiếm đoạt tài sản công, như

Luật Thực hành tiết kiệm, chống lãng phí, Luật Đầu thầu, Luật Quy hoạch đô thị,.. Các nỗ lực của cơ quan lập pháp trong việc đặt cơ sở pháp lý cho hoạt động PCTN là rất đáng ghi nhận. Tuy nhiên, so với trước khi có các luật ấy, tình hình tham nhũng không có dấu hiệu thuyên giảm: tham nhũng vẫn hoành hành, lan rộng và càng lúc càng trở nên tinh vi.

Có ý kiến cho rằng, rất khó dùng luật để PCTN trong điều kiện luật, dù phải được cơ quan lập pháp thông qua, lại do cơ quan hành pháp chủ trì việc soạn thảo. Lý do là việc PCTN chủ yếu diễn ra trên trận địa quản lý nhà nước và khó hình dung người chịu sự chi phối của luật lại tự nguyện, tích cực trong việc đề ra quy tắc chống lại mình.

Tình trạng kém hiệu quả của pháp luật về PCTN có nhiều nguyên nhân. Song, cũng phải thừa nhận rằng, việc người soạn thảo luật có được sự độc lập và tâm trạng thoải mái, vô tư là một trong những điều kiện cần để cho ra đời những luật có chất lượng. Trong điều kiện việc PCTN có đối tượng chủ yếu là hoạt động chuyên môn của các vị trí thuộc bộ máy hành pháp, việc biên soạn luật về PCTN, về minh bạch tài sản và minh bạch thông tin, để đạt được yêu cầu đó, nên được đặt dưới sự chủ trì của cơ quan lập pháp.

Về cách xúc tiến dự án luật, có thể thành lập một ban soạn thảo gồm các đại biểu Quốc hội chuyên trách, có sự hỗ trợ về mặt kỹ thuật, chuyên môn của các chuyên gia độc lập về luật và chính sách công. Dự thảo luật về PCTN nên được công bố rộng rãi để lấy ý kiến đóng góp của các tầng lớp xã hội,

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

¹ Tham khảo Stanford Encyclopedia of Philosophy, Corruption, <http://plato.stanford.edu/entries/corruption/>.

đặc biệt là các công dân làm việc trong khu vực tư, vốn là những người, theo giả thiết, trong quá trình hoạt động nghề nghiệp thường xuyên bị những nhiều bởi các vị trí trong bộ máy công quyền.

Điều quan trọng nữa là luật về PCTN và các luật liên quan phải được áp dụng một cách trực tiếp sau khi được thông qua mà không cần sự hỗ trợ của các văn bản hướng dẫn thi hành của các cơ quan hành pháp, dưới hình thức nghị định, thông tư. Đơn giản, nếu phải dựa vào công tác lập quy của cơ quan hành pháp để tổ chức việc thi hành luật, thì rốt cuộc chính các quy tắc lập quy ấy mới có tác dụng quyết định đối với hiệu lực và tính hiệu quả của luật.

2. Các đặc điểm chủ yếu của công cụ pháp lý PCTN

Nếu biết rằng tất cả những gì mình làm trong khuôn khổ thực hiện chức năng xã hội, nghề nghiệp đều có thể được theo dõi và ghi nhớ trọn vẹn để, đến một lúc nào đó, có thể được dựng lại như là chứng cứ chống lại mình, thì chắc chắn người nắm quyền lực sẽ không dám làm càn, đặc biệt là không dám tham nhũng. Điều này có nghĩa rằng, môi trường lý tưởng đối với tham nhũng đặc trưng bởi sự thông trị, sự lẩn át của bóng tối, sự bí mật, bởi tình trạng không bộc lộ, không công khai của hoạt động giao tiếp. Giao dịch càng kín đáo thì việc chuyển giao lợi ích vật chất càng dễ được thực hiện.

Tuy nhiên, không thể vội vàng để từ đó rút ra kết luận, một cách cơ học rằng, để PCTN trong khu vực công, cần phải đặt toàn bộ sự vận hành của hệ thống công quyền trong tầm, phạm vi quan sát của toàn xã hội, nghĩa là phải bảo đảm sự minh bạch tuyệt đối của mọi trường công vụ, không chừa một khoảng trống nào cho các giao dịch ngầm.

Ngoài nguyên tắc tôn trọng bí mật nhà nước, bí mật công tác và có khi, cả bí mật đời tư, thì hoạt động PCTN còn phải được đánh giá về tính hiệu quả ở góc độ chi phí xã hội: một biện pháp CTN không thể được coi là tốt khi đòi hỏi sự đầu tư quá tốn kém so với những kết quả khả dĩ được mang lại².

Nói cách khác, với tiền đề coi sự minh bạch là điều kiện cần thiết cho sự thành công của cuộc đấu tranh CTN, cần phải bảo đảm sự minh bạch một cách thích hợp về nhiều phương diện, đặc biệt về phạm vi, mức độ. Kinh nghiệm rút ra từ thực tiễn của nhiều nước cho thấy, việc giải bài toán minh bạch liên quan đến tài sản của quan chức, đến thông tin về chính sách công và quan hệ công - tư chính là chìa khoá của giải pháp cho vấn đề lớn về PCTN trong hệ thống công quyền.

3. Bảo đảm minh bạch tài sản và thông tin là công cụ pháp lý phòng, chống tham nhũng

3.1. Về minh bạch tài sản

Sự cần thiết của việc minh bạch tài sản

Vấn nạn hối mại quyền thế và thâm lạm công sản. Cả ở góc độ pháp lý và đạo đức, tài sản của mỗi người chỉ có thể được tích tụ theo một trong hai cách - hợp pháp và không hợp pháp hoặc chính đáng và không chính đáng. Quan chức cũng không thoát khỏi sự chi phối của quy tắc rành mạch này.

Tất nhiên, cũng như bao nhiêu người, quan chức có quyền làm giàu một cách hợp pháp và chính đáng. Có điều không ở đâu, thời nào, cho đến nay, người làm quan có điều kiện tích lũy để trở nên giàu có nhờ đồng lương công chức³. Quan mà giàu lên nhanh chóng hẳn phải nhờ thu nhập ngoài lương.

2 Về mặt lý thuyết, có thể dùng camera để ghi hình tất cả hoạt động giao tiếp công cộng của một người. Nhưng rất cuộc, chi phí xã hội bỏ ra để lắp đặt thiết bị thu hình ở khắp nơi quan chức có thể lui tới sẽ là một con số khổng lồ. Chưa nói đến việc không thể đặt camera ở những góc riêng tư, như nhà riêng, phòng nghỉ... Cũng không thể theo dõi quan chức khi họ đi ra nước ngoài. Ngoài ra, rất nhiều vụ tham nhũng được tiến hành trốn lọt thông qua vai trò của những người đóng thế, như vợ, con của quan chức. Không thể đặt thiết bị theo dõi hành vi của từng người mọi lúc, mọi nơi.

3 Cải thiện thu nhập chính thức của công chức là một trong những biện pháp CTN thường được nhắc tới: Bảo Bào, Trông vào lương hay vào lợi lộc, <http://www.thesaigontimes.vn/Home/xahoi/doi-song/71803>; <http://doithoaotre.vtv.vn/Article.aspx?Control=ArticleDetail&cid=19&id=773>. Nói cách khác, từ kinh nghiệm dân gian "bần cùng sinh đạo tặc", người ta tin rằng, nếu có thể sống được bằng đồng lương, thì công chức ít quan tâm đến việc khai thác các khả năng kiếm tiền khác, nhất là kiếm tiền bằng con đường phi pháp. Tuy nhiên, trong nhiều trường hợp, công chức không chỉ mong đủ sống mà còn muốn phát tài. Nếu công chức muốn làm giàu thì không thể chỉ dựa vào lương bổng.

Trong khi đó, quyền lực công, được người dân trao cho người làm quan để thực thi công vụ, lại là thứ có thể dễ dàng đem bán cho riêng người này, người kia, thay vì được dùng để phục vụ cho lợi ích chung. Quyền lực công có thể dùng làm vật đánh đổi; nhất là khi nó được trao cho công chức để thực thi công vụ trong mối quan hệ với người dân thường và khi cái được - mất đối với người dân trong quá trình quan hệ giao tiếp với cơ quan nhà nước là một lợi ích vật chất quan trọng nào đó: một căn nhà được xây dựng, một doanh nghiệp được thành lập, một lô hàng được xuất hoặc nhập⁴,...

Quyền lực công cũng có thể tạo điều kiện cho quan chức nắm giữ, kiểm soát tài sản công. Cả về mặt lý thuyết cũng như trên thực tế, quyền lực công hoà quyền với tài sản công sẽ trở thành một thứ có khả năng phục vụ không chỉ cho công việc mà còn cho các mục tiêu riêng của quan chức trong cuộc sống riêng. Biết rủi ro, nhưng nhà chức trách vẫn phải trao quyền lực công và tài sản công cho quan chức sử dụng, bởi điều đó cần thiết cho sự vận hành của guồng máy quản lý. Vấn đề là làm thế nào kiểm soát, ngăn chặn, kiềm chế lòng tham có hữu trong mỗi người làm quan, không cho nó bùng phát khiến quan chức tối mắt, lẫn lộn giữa công và tư, rồi ra tay vơ vét, chiếm đoạt.

Nói chung, trong quá trình thực thi công vụ, quan chức có thể thường xuyên đứng trước cám dỗ. Nếu đứng một mình, không bị ai theo dõi, giám sát, thì việc quan xiêu lòng, chấp nhận bán mình là điều không nằm ngoài dự kiến.

Minh bạch tài sản để làm rõ phẩm chất liêm chính. Không khó để từ đó nhận ra rằng, muốn biết quan chức có tham nhũng hay không, tốt nhất là theo dõi quá trình tích

tụ của cải của đương sự. Phải có cách nào đó để quá trình ấy được công khai trước toàn xã hội. Sự công khai về tình trạng tài sản của quan chức không chỉ là cách giúp cho xã hội có điều kiện đánh giá phẩm chất liêm chính của người làm quan. Biện pháp này trước hết còn có tác dụng tạo ra áp lực đối với người trong cuộc, khiến người này, theo bản năng tự vệ để sinh tồn, thấy cần phải cân nhắc một cách thận trọng, dè chừng trong những tình huống tế nhị, nhạy cảm liên quan đến lợi ích vật chất⁵.

Cũng như ở các nước, minh bạch tài sản được xác định ở Việt Nam như là một trong những biện pháp chủ yếu PCTN. Việc bảo đảm minh bạch tài sản được chính thức ghi nhận trong Luật PCTN, sau đó, được cụ thể hoá về thể thức thực hiện trong một nghị định của Chính phủ. Tuy nhiên, theo dư luận xã hội, hệ thống bảo đảm minh bạch tài sản đang vận hành chưa tỏ ra hữu hiệu. Tình trạng này có nhiều nguyên nhân. Một trong những nguyên nhân chính được chỉ ra là ngay trong khung pháp lý của hệ thống có rất nhiều điểm không ổn. Ngoài vấn đề tế nhị liên quan đến khâu soạn thảo luật, như đã nói ở trên, còn rất nhiều vấn đề về chất lượng của các quy định. Có thể nhận ra những điểm không ổn đáng chú ý nhất từ việc phân tích những nội dung chính của chế độ minh bạch tài sản được cho là kiểu mẫu, xây dựng dựa theo kinh nghiệm của các nước, trong mối quan hệ so sánh với chế độ đang được áp dụng tại nước ta.

Chế độ minh bạch tài sản

Điều kiện cần cho việc bảo đảm minh bạch tài sản: Kê khai tài sản. Kê khai tài sản của một người có thể được định nghĩa là việc lập một bảng liệt kê tất cả những của cải thuộc quyền sở hữu của người đó và các khoản thu

4 Để vụ việc được xúc tiến nhanh trong điều kiện công chức có tiếng nói quyết định, tốt nhất là làm thế nào để công chức cảm thấy hài lòng và vui vẻ. Một món quà lót tay, thể hiện dưới hình thức đơn giản nhất là một số tiền đựng trong một phong bì giấu kín trong tập hồ sơ được chuyển giao, là cách giải quyết được lựa chọn đối với vấn đề trong trường hợp điển hình. Ai cũng hiểu rằng việc mua bán ấy là trái luật và trái cả đạo đức, có thể bị lên án và bị trừng phạt một khi bị phanh phui; nhưng rồi ở nơi này, nơi nọ người ta vẫn làm, nghĩa là chấp nhận đương đầu với rủi ro. Để tránh bị phát hiện, các cuộc trao đổi không ngừng được cải tiến về quy cách, thao tác giao tiếp với mức độ tinh vi, kín đáo ngày càng cao.

5 Suy cho cùng, chẳng quan chức nào muốn ở trong tình cảnh buộc phải chính thức và công khai lên tiếng khẳng định rằng mình là người lương thiện và đã làm giàu một cách đàng hoàng: một khi phải nói như thế, thì hẳn đã và đang có nhiều điều tiếng xung quanh nói ngược lại, rằng mình là kẻ bất lương và đã làm giàu một cách phi pháp. Đặc biệt, làm việc thanh minh đó trong khuôn khổ một vụ điều tra pháp lý về tham nhũng là điều không dễ chịu chút nào: xem, Long Giang, Đừng để CTN như đánh vào không khí, <http://sgtt.vn/Ban-doc/164711/Dung-de-chong-tham-nhung-nhu-danh-vao-khong-khi.html>.

nhập thường xuyên cũng như không thường xuyên có khả năng tạo ra tích lũy.

Được sử dụng như là một công cụ CTN, bảng kê khai tài sản không đơn thuần là một danh sách tài sản⁶. Đó còn là bản tường thuật về nguồn gốc của tất cả những gì có giá trị tiền tệ nằm trong tay một người. Lập bảng kê khai, người khai phải kể rõ do đâu, bằng cách nào những tài sản được kê khai đến với mình và trở thành của cải riêng⁷. Nói cách khác, bảng kê khai là bảng mô tả quá trình tạo dựng của cải của người khai để có được kết quả như được ghi nhận ở thời điểm kê khai.

Ở các nước, quan chức được yêu cầu kê khai tài sản trước khi được bổ nhiệm vào một chức vụ nào đó. Trong trường hợp chức vụ nhà nước do dân cử, thì tất cả các ứng viên tham gia vào cuộc tuyển cử đều phải kê khai tài sản. Sau đó, theo định kỳ, thường là hàng năm, quan chức phải làm lại việc kê khai để cập nhật tình hình biến động tài sản của mình.

Có nơi, luật pháp còn đòi hỏi việc kê khai được thực hiện bởi không chỉ quan chức, ứng viên, mà cả những người thân thuộc của đương sự, bao gồm vợ chồng, con và có khi cả cha mẹ.

Điều kiện đủ cho việc bảo đảm minh bạch tài sản: Công bố bảng kê khai. Bản kê khai chỉ là một kênh cung cấp thông tin từ phía người khai. Để làm rõ tình trạng tài sản, thu nhập của người khai, cần có một cơ chế đánh giá khách quan đối với nội dung bản kê khai cho phép trả lời hai câu hỏi: 1. *Bản kê khai liệu đã đầy đủ, nghĩa là có hay không những tài sản còn được che giấu?* 2. *Các khai báo về nguồn gốc tài sản liệu đã đúng sự thật?*

Kinh nghiệm của các nước tiên tiến cho thấy, để có được câu trả lời thoả đáng cho hai câu hỏi ấy, trước hết cần phải tạo điều

kiện để công chúng dễ dàng tiếp cận, tham khảo các bản kê khai. Công chúng ở đây được hiểu trên thực tế là những người quan tâm đặc biệt đến tình hình tài sản, thu nhập của một quan chức nào đó. Thông thường, những người này đã nắm được ít nhiều thông tin liên quan khai thác được từ nhiều nguồn đa dạng; bản kê khai sẽ cho họ có được thông tin bổ sung cần thiết cho việc hỗ trợ nhà chức trách có thẩm quyền dựng lại sự thật về toàn bộ quá trình tích tụ tài sản của người khai.

Nói rõ hơn, bảng kê khai tài sản của quan chức phải được công bố rộng rãi để toàn xã hội biết⁸. Gọi là được công bố, nhưng không nhất thiết bảng kê khai phải được niêm yết ở nơi công cộng hoặc phổ biến trên các phương tiện truyền thông. Bảng kê khai có thể được lưu giữ tại một cơ quan nào đó và bất kỳ ai quan tâm đều có thể dễ dàng tiếp cận với cơ quan đó và yêu cầu cung cấp miễn phí cho mình một bản sao đầy đủ theo những thủ tục đơn giản và gọn nhẹ.

Giá trị pháp lý của bảng kê khai: Chứng cứ CTN. Kê khai tài sản, thu nhập của quan chức, trong chừng mực nào đó, là cách để người khai giải trình với xã hội về những mối quan hệ mà nhờ đó của cải của mình được tạo ra. Công chúng, theo giả thiết, không bận tâm về chuyện quan chức giàu hay nghèo đến cỡ nào; điều quan trọng là quan chức phải cho thấy những gì có giá trị tiền tệ mà mình có được đều đến một cách hợp pháp, chính đáng. Bởi vậy, một mặt, quan chức có nghĩa vụ pháp lý và đạo đức gìn giữ sự liêm chính của bản thân, không để bị sa ngã trước cám dỗ vật chất; mặt khác, quan chức cũng có nghĩa vụ pháp lý và đạo đức thực hiện việc kê khai tài sản một cách đầy đủ và trung thực.

Vấn đề đặt ra là làm thế nào bảo đảm ngăn chặn, hạn chế việc kê khai không đầy đủ và gian dối, như là một cách để che giấu

6 Như bảng kê khai đang được áp dụng cho quan chức theo pháp luật hiện hành ở Việt Nam: xem mẫu kê khai tài sản ban hành kèm theo Thông tư số 556/2007/TT-TTCP ngày 26/3/2007 của Thanh tra Chính phủ..

7 Những bảng kê khai chi tiết có thể đòi hỏi thông tin về lai lịch của người đã chuyển giao tài sản cho người khai.

8 Trong thời kỳ đầu áp dụng Nghị định số 37/2007/NĐ-CP ngày 9/3/2007 về minh bạch tài sản, các bảng kê khai được quản lý theo chế độ áp dụng đối với tài liệu mật đúng nghĩa. Mãi đến khi có Nghị định số 68/2011/NĐ-CP ngày 08/8/2011, bảng kê khai mới được công bố, nhưng chỉ trong phạm vi hẹp, một cách "rụt rè". Xem Nghị định số 68/2011/NĐ-CP, đã dẫn, Điều 1, 3. Sửa đổi bổ sung Điều 11 (Nghị định 37 - TG).

hành vi tham nhũng? Hệ thống các quy định chuyên biệt hiện hành về PCTN và nói riêng về minh bạch tài sản ở nước ta không giải đáp câu hỏi này một cách rõ ràng. Luật PCTN có ghi nhận việc xác minh tài sản như là biện pháp chủ yếu nhằm phát hiện các trường hợp kê khai gian dối (Điều 47 và kế tiếp); tuy nhiên, Luật không làm rõ mối liên hệ giữa việc xác minh và việc quy kết tham nhũng. Đặc biệt, trong trường hợp việc kê khai được xác định là gian dối, thì người khai chỉ bị xử lý kỷ luật (Điều 52); còn người khai gian có bị coi là tham nhũng hay không thì Luật không trả lời.

Ở các nước, ngoài việc cho công khai đối với bảng kê khai tài sản của quan chức, pháp luật còn cho phép sử dụng bảng kê khai như một phương tiện chứng minh chủ lực, một vật quy chiếu về phương diện thẩm định chứng cứ trong trường hợp có tranh cãi xoay quanh tình hình tài sản và sự trong sạch, liêm khiết của đương sự.

Chẳng hạn, như ở nhiều nước, luật pháp có thể thừa nhận rằng các tài sản thuộc về người khai mà không được ghi nhận trong bản kê khai được suy đoán là tài sản bất minh; cũng tương tự như thế, những tài sản có trong bản kê khai, nhưng nguồn gốc tài sản được ghi nhận trong bản kê khai lại không đúng sự thật. Trong khi đó, một tài sản được kê khai và có nguồn gốc rõ ràng sẽ được suy đoán là tài sản hợp pháp; ai nói điều ngược lại thì phải chứng minh.

Nói cách khác, nếu không khai báo trung thực, người khai sẽ đương đầu với nguy cơ bị coi là tham nhũng và bị buộc tội một cách đương nhiên. Trái lại, với một bảng kê khai đầy đủ, rõ ràng và đúng sự thật, người khai có được một lá chắn pháp lý bảo vệ mình chống các mưu toan bôi nhọ, vu khống. Bảng kê khai tài sản, thu nhập trong khung cảnh pháp lý đó sẽ thực sự là một công cụ PCTN hữu hiệu.

3.2. Về minh bạch thông tin

Quyền nắm bắt thông tin của chủ thể

Biết tường tận những gì đang diễn ra chung quanh là điều kiện cần, thậm chí tối

cần, cho việc thực hiện quyền được sống trong không gian chung, một trong những quyền cơ bản của con người trong xã hội có tổ chức. Đơn giản, chỉ khi nào nhìn nhận được đầy đủ, chân thực về khung cảnh sống, đặc biệt là về những yếu tố tác động đến sự tồn tại của mình, con người mới có thể xác định phương án ứng xử phù hợp. Trong trường hợp đã hiểu rõ đúng, sai, thực, hư mà làm trái, con người sẽ chịu trách nhiệm trước xã hội, trước đồng loại.

Với tư cách là người đảm nhận chức năng bảo đảm tính có tổ chức của xã hội, nhà chức trách có nghĩa vụ tạo điều kiện thuận lợi nhất cho việc thực hiện quyền được biết của công dân trong khuôn khổ trật tự xã hội. Đặc biệt, môi trường giao tiếp xã hội trong mỗi quan hệ giữa nhà chức trách và công dân phải luôn có một giao diện minh bạch, vận hành trên cơ sở tôn trọng nghiêm ngặt luật chơi theo đó, “quyền được biết của công dân là nguyên tắc, quyền giữ bí mật của nhà chức trách là ngoại lệ”. Việc xác định các ngoại lệ thông tin “mật” phải được minh định trong văn bản quy phạm, bằng các quy tắc rành mạch với những câu từ trong sáng, dễ hiểu. Về nội dung, các ngoại lệ ấy phải được xây dựng dựa theo một hệ thống tiêu chí khách quan rõ ràng, cụ thể, tránh hiểu nhầm, hiểu theo nhiều nghĩa.

Minh bạch thông tin như là công cụ PCTN⁹

Giới hạn phân tích. Luật PCTN hiện hành có một loạt các quy định về công khai, minh bạch được cho là có tác dụng phòng ngừa tham nhũng. Các quy định ấy bao quát nhiều nhóm thông tin: liên quan đến hoạt động của các cơ quan, tổ chức trong các lĩnh vực đa dạng (mua sắm, xây dựng, thu, chi tài chính, sử dụng đất, nhà, cung ứng dịch vụ công,...); liên quan đến việc thực hiện các chế độ, định mức, tiêu chuẩn; liên quan đến tài sản của quan chức;...

Thực ra, minh bạch thông tin, được hiểu là việc tạo hành lang thông thoáng cho người dân tiếp cận các thông tin cần thiết nhằm CTN, không hẳn là biện pháp PCTN đúng nghĩa ở riêng góc nhìn bảo vệ tài sản công.

9 Có thể tham khảo, Susan Rose-Ackerman, *Corruption and Government: Causes, Consequences and Reform*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

Việc quản lý công sản được tổ chức thực hiện theo một chế độ đặc trưng bởi vai trò chính và chủ động của các chủ thể quyền lực công có chức năng đặc thù, như cơ quan quản lý cấp trên, cơ quan thanh tra, kiểm toán nhà nước,... Các cơ quan này, nếu cần, có thể sử dụng quyền được luật pháp trao cho để thu thập thông tin phục vụ cho công việc của mình, mà không phải lệ thuộc quá nhiều vào nghĩa vụ bảo đảm minh bạch thông tin của cơ quan, tổ chức, cá nhân. Sự tham gia của người dân vào hoạt động kiểm tra, kiểm soát, trên cơ sở nắm bắt thông tin liên quan, chỉ đóng vai trò phụ trợ, chủ yếu mang ý nghĩa tai mắt giám sát bổ trợ của nhà chức trách có thẩm quyền.

Minh bạch thông tin để PCTN chỉ thực sự có ý nghĩa trong việc bảo vệ tài sản tư nhân trước nguy cơ bị bòn rút, chiếm đoạt bởi quan chức. Thực tiễn quản lý nhà nước, không chỉ ở nước ta mà ở nhiều nước cho thấy, yêu cầu minh bạch thông tin xuất hiện chủ yếu trong lĩnh vực quan hệ công - tư và trong quá trình hình thành chính sách công trong khuôn khổ thúc đẩy sự phát triển kinh tế - xã hội. Từ kinh nghiệm của các nước, có thể thừa nhận rằng, việc giải quyết yêu cầu đó một cách thoả đáng đòi hỏi xây dựng không phải chỉ một luật chuyên biệt, mà cả một hệ thống gồm nhiều quy định xen vào các luật, nói chung các văn bản quy phạm chi phối các loại quan hệ công - tư và chính sách công thuộc nhiều lĩnh vực quản lý đa dạng¹⁰. Điều quan trọng là, về mặt nội dung, các quy định ấy phải tuân thủ các nguyên tắc nền tảng liên quan đến chất lượng của sự minh bạch. Ngoài ra, các quy định mang tính xác lập nghĩa vụ của cơ quan, cá nhân trong bộ máy quản lý liên quan đến việc bảo đảm minh bạch thông tin phải ghi nhận các chế tài thật cụ thể trong các trường hợp vi phạm. Nếu không, đó chỉ là các quy định mang tính hình thức, chiếu lệ.

Minh bạch thông tin trong quan hệ công - tư. Như đã nói, một trong những điều kiện

thuận lợi cho sự hoành hành của nạn tham nhũng là sự tồn tại của những góc khuất mà ở nơi đó, người ta có thể thực hiện các giao tiếp nhằm trao đổi giữa một bên là ân sủng của người nắm quyền lực, bên kia là lợi ích vật chất.

Tuy nhiên, trong không ít trường hợp, việc tìm đến những góc khuất để giao tiếp có nguyên nhân chính là người chuyển giao lợi ích vật chất (người dân thường, cấp dưới,...) không biết được rằng, suy cho cùng, mình có quyền yêu cầu phục vụ theo pháp luật trong khuôn khổ giao tiếp chính thức tại công sở; trong nhiều trường hợp khác, người chuyển giao lợi ích vật chất không hề biết rằng mình đã cống nạp... một cách vô ích trong khi không thể trông đợi gì ở người nắm quyền lực đó.

Nói khác đi, nếu có được thông tin đầy đủ về tình trạng pháp lý của công việc đang hoặc dự tính thực hiện, cho phép hình dung các khả năng tiên triển của kế hoạch, dự án theo đuổi một cách tương đối chắc chắn, thì chủ kế hoạch, dự án có thể sẽ không nhờ đến các giao dịch ngầm để tác động vào ý chí của người này, người kia được cho là nắm giữ tiếng nói quyết định.

Điều quan trọng là phải làm thế nào để người giao tiếp trong tư thế công dân, thường dân tin rằng các yêu cầu chính đáng của mình phải được và chắc chắn sẽ được cơ quan nhà nước đáp ứng thuận lợi trong thời gian thích hợp, một khi các thủ tục luật định được thực hiện đầy đủ; quy trình xử lý công việc, về phần mình, sẽ vận hành suôn sẻ mà không cần trợ lực bằng các “chất bôi trơn”.

Muốn đạt được điều đó, việc minh bạch hoá thông tin về thủ tục hành chính là tối cần thiết. Ngoài ra, cần bảo đảm sự tôn trọng tuyệt đối các cam kết của cơ quan nhà nước về thời hạn giải quyết các yêu cầu của người dân: một khi thời hạn đã hết mà công việc vẫn chưa xong, thì cơ quan nhà nước đương nhiên bị suy đoán là không làm tròn nhiệm vụ của mình và phải chịu trách nhiệm, trừ

¹⁰ Mấy năm nay, một dự luật về tiếp cận thông tin đang được xây dựng như là khung pháp lý cho quyền tự do nắm bắt thông tin của công dân. Nhiều ý kiến cho rằng, Luật Tiếp cận thông tin cũng thuộc nhóm các luật chứa đựng các quy tắc về minh bạch thông tin phục vụ mục tiêu PCTN. Nhưng thực ra, Luật này liên quan đến việc thực hiện các quyền chủ thể mang ý nghĩa quyền cơ bản của công dân trong đời sống chính trị, hơn là ý nghĩa công cụ PCTN trực tiếp.

trường hợp chứng minh được rằng mình không có lỗi hoặc có sự kiện bất khả kháng. Luật cần đặt ra các biện pháp chế tài thật nghiêm đối với các vị trí trong bộ máy trong các trường hợp cố tình dây dưa, chậm trễ trong tác nghiệp dẫn đến việc không thể hoàn thành công tác đúng hạn luật định. Chính ở điểm này, luật Việt Nam đang bộc lộ sự thiếu sót và điều này khiến hiệu quả của các nỗ lực cải cách về thủ tục hành chính không được như mong muốn: một mặt, các ngành, các cơ quan được yêu cầu rà soát, làm cho tinh gọn các thủ tục hành chính thuộc thẩm quyền của mình, đồng thời hoàn chỉnh các quy định về thời hạn đối với từng thủ tục; nhưng mặt khác, người làm luật lại hầu như không đặt ra một chế tài nào cụ thể đối với hành vi vi phạm của các vị trí trong bộ máy hành chính công, ngoài những chế tài rất chung của pháp luật dân sự mà việc áp dụng trong lĩnh vực quan hệ công - tư không hề dễ dàng¹¹.

Và lại, giả sử có một hệ thống chế tài như thế, đề chế tài không chỉ là lời hứa suông của người làm luật, phải phát huy vai trò giám sát, kiểm soát của người dân. Cụ thể, nên trao cho người dân, đặc biệt là người trực tiếp có quyền và lợi ích liên quan trong một vụ, việc nào đó, quyền khởi kiện trước toà án hành chính yêu cầu xử lý những cán bộ, viên chức tắc trách trong tác nghiệp gây thiệt hại cho công dân. Các việc kiện này phải được giải quyết theo các thủ tục gọn, nhẹ và ít tốn kém để người dân có được sự tự tin cần thiết khi theo đuổi vụ án mà không phải mang tâm trạng “con kiến kiện củ khoai”¹².

Minh bạch thông tin về chính sách công. Chính sách công, theo giả thiết, đề ra những định hướng, biện pháp lớn về tổ chức, quản lý của nhà chức trách công đối với đời sống xã hội. Được hiểu theo nghĩa đó, chính sách công thường tác động đến các lợi ích đa dạng, một cách thuận lợi hay bất lợi, tùy theo lợi ích phù hợp hay không phù hợp với mục tiêu của chính sách. Việc thông qua một dự án quy hoạch đối với một vùng đất mang lại cơ hội làm ăn cho nhà đầu tư, đồng thời đặt người dân vùng giải toả trước bài toán thay đổi chỗ ở và sinh kế; việc điều chỉnh giá xăng dầu có thể có lợi hoặc bất lợi cho người tiêu dùng tùy theo giá tăng hoặc giảm;...

Chưa bàn đến tác động của chính sách, bản thân quá trình hình thành của chính sách cũng có khả năng tạo ảnh hưởng đối với đời sống xã hội. Cụ thể, tùy theo dự báo về các khả năng định hình của chính sách mà những người có quan tâm có thể chuẩn bị cách ứng xử cho phù hợp. Chẳng hạn, biết trước Nhà nước chuẩn bị điều chỉnh lãi suất cơ bản theo hướng giảm, người ta sẽ ồ ạt đi gửi tiền để còn được hưởng lãi suất cao trong một thời gian; hoặc biết trước Nhà nước chuẩn bị phê duyệt dự án phóng một con đường qua một khu dân cư, người ta sẽ tìm cách mua những miếng đất dự kiến sẽ trở thành đất "mặt tiền" để chờ cơ hội khai thác khi đất lên giá.

Nếu thông tin về quá trình hình thành chính sách được công bố trọn vẹn và có thể được thu thập một cách dễ dàng, thì ít có khả năng giới đầu cơ tự do, thoải mái thao túng

11 Một trong những loại quan hệ công - tư đang hình thành và có tiềm năng phát triển lớn là quan hệ đối tác công - tư nhằm triển khai các dự án phát triển kinh tế - xã hội, đặc biệt là trong lĩnh vực xây dựng cơ sở hạ tầng. Đây được coi là loại quan hệ đặc biệt nhạy cảm, bởi đối tác tư nhân, theo giả thiết, là một nhà đầu tư có thực lực về tài chính. Trong điều kiện đối tác công - tư được xác lập trên cơ sở đấu thầu, sự công khai, minh bạch là cần thiết để việc đấu thầu diễn ra một cách sòng phẳng và sự thắng, thua của nhà thầu tư nhân có điều kiện được xác lập phù hợp với mức độ hợp lý, thuyết phục của các dự án tham gia đấu thầu và nhất là với năng lực của nhà thầu. Cho đến nay, khung pháp lý đúng nghĩa điều chỉnh quan hệ đối tác công - tư hầu như chưa có.

12 Trong khung cảnh Luật Tố tụng hành chính hiện hành, người dân có thể kiện cơ quan, cá nhân trong bộ máy hành chính ra toà án hành chính do tắc trách, trong khuôn khổ một vụ kiện về hành vi hành chính. Tuy nhiên, với một bộ quy tắc áp dụng chung cho tất cả các vụ án hành chính, không phân biệt tính chất, tầm vóc, sẽ rất khó để người dân bình thường có được "hứng thú" để tiến hành cả một vụ kiện chỉ vì bức xúc về một hay nhiều vi phạm nhỏ của một vài vị trí nào đó trong quy trình thủ tục hành chính. Rốt cuộc, rất nhiều vi phạm nhỏ đã bị bỏ qua.

Đáng nói nữa là hiện tượng người dân, để tránh phải chịu những vướng víu "lặt vặt" trong quá trình giao tiếp với cơ quan chức năng, đã buộc phải chi ra một ít tiền để mua lại những rủi ro gây phiền toái đó. Hậu quả là sự tràn lan của nạn tham nhũng vặt trong hệ thống hành chính công.

và thu những khoản siêu lợi. Về mặt lý thuyết, cũng chẳng có ai đâu cơ được một khi thông tin liên quan được giữ kín tuyệt đối cho đến ngày nó phải được công bố.

Nhưng tình hình sẽ khác đi một khi thông tin chỉ được cung cấp cho một nhóm người và bị bung bít đối với phần còn lại của xã hội. Những người nắm giữ thông tin chính xác sẽ có điều kiện "đi trước" và giành phần lợi thế cho mình trong cuộc tìm kiếm lợi ích. Tất nhiên, trong điều kiện đó bản thân thông tin cũng trở thành một thứ có giá trị kinh tế, nghĩa là có thể dùng làm vật đánh đổi để lấy những thứ khác cũng có giá trị.

Người hoạch định chính sách, đồng thời là người tạo ra và nắm giữ thông tin gốc, hiểu rõ những điều này hơn ai hết. Phải làm thế nào để ngăn chặn, hạn chế khả năng họ bị lôi cuốn vào những cuộc trao đổi như thế. Giáo dục đạo đức công vụ cho quan chức là một biện pháp nhắm đến mục tiêu đó. Nhưng cách tốt nhất là làm thế nào để cái mà quan chức nắm giữ - thông tin về chính sách công - không có điều kiện trở thành một thứ bán được để lấy tiền. Kinh nghiệm của các nước cho thấy, thực hiện minh bạch hoá thông tin, làm cho thông tin được lưu hành thông suốt chính là cách tốt nhất.

Cụ thể, các quá trình xây dựng chính sách công phải diễn ra trong không gian mở với những điều kiện thuận lợi cho sự tham gia của người dân, một cách trực tiếp hoặc

ít nhất là gián tiếp thông qua vai trò của đại biểu dân cử¹³. Phải tổ chức lấy ý kiến của người dân đối với các đề án chính sách, đặc biệt chú trọng việc thu thập ý kiến của những người chịu tác động bất lợi của chính sách dự kiến¹⁴. Đối với những quyết định quan trọng, ảnh hưởng sâu rộng đến cuộc sống của một cộng đồng dân cư, có thể thậm chí lấy ý kiến biểu quyết của người dân theo thủ tục trưng cầu ý dân.

Điều quan trọng nữa là cho đến ngày chính sách, quyết định mới được chính thức thông qua, người dân phải có quyền và có điều kiện thụ hưởng trọn vẹn khung cảnh của chính sách đang được thực thi mà không phải chịu bất kỳ hạn chế nào, đặc biệt là những hạn chế mang tính chất chuẩn bị, đón đầu cho sự ra đời của chính sách, quyết định mới. Chẳng hạn, cho đến lúc được tăng giá, hàng hoá thiết yếu phải được mua bán một cách bình thường; cho đến khi quy hoạch được thông qua, người dân trong vùng đất có liên quan phải được phép xây dựng, cải tạo nhà cửa, mua bán bất động sản trong những điều kiện hiện hữu về chính sách, luật pháp;... Cần có những cam kết mạnh mẽ từ phía nhà chức trách, bằng cách được ghi nhận trong luật, về việc bảo đảm điều này: người nào có trách nhiệm mà để thị trường bị giới đầu cơ lũng đoạn, để nạn quy hoạch treo làm khổ dân¹⁵, thì phải từ chức hoặc bị chế tài kỷ luật, thậm chí bị truy cứu trách nhiệm hình sự, dân sự... ■

13 Susan Rose-Ackerman, *Corruption and Government, In International Peacekeeping, quyển 15, số 3, Taylor&Francis, 6/2008, tr. 339.*

14 theo Luật Quy hoạch đô thị ngày 17/6/2009, Điều 20 khoản 1: Cơ quan, tổ chức lập quy hoạch đô thị... có trách nhiệm lấy ý kiến cơ quan, tổ chức, cá nhân và cộng đồng dân cư có liên quan về nhiệm vụ và đề án quy hoạch đô thị. Điều khoản kế tiếp của Luật này còn quy định các thời hạn để thu thập các ý kiến cần thiết. Tuy nhiên, cũng như bao nhiêu quy định ràng buộc nghĩa vụ của cơ quan có thẩm quyền, các quy định này không được bảo đảm thực hiện bằng những chế tài cụ thể. Hơn nữa, cho đến nay chưa có quy định nào điều chỉnh thái độ của cơ quan có thẩm quyền trong việc tiếp thu ý kiến đóng góp của cơ quan, tổ chức và người dân đối với dự án quy hoạch, đặc biệt là các ý kiến xoay quanh vấn đề xung đột lợi ích trong khuôn khổ thực hiện quy hoạch dự kiến. Một khi không chịu sức ép nào để phải cân nhắc, suy nghĩ về những ý kiến đóng góp, nhất là những ý kiến mang tính chất phản biện, thì tự nhiên, người ta chẳng tội gì tìm cách dung nạp những ý tưởng trái ngược đến từ bên ngoài trong quá trình hoàn thiện đề án quy hoạch.

15 Có hai loại quy hoạch treo: quy hoạch đã được thông qua nhưng không được thực hiện và quy hoạch được dự kiến sẽ thông qua. Đối với người dân, cả hai loại quy hoạch treo đều dẫn đến cùng một thứ tác hại là làm tê liệt, đóng băng cuộc sống ở khu vực liên quan: không xây dựng mới, không mở rộng, thay đổi lớn so với cái hiện có; ngoài ra, người dân vùng quy hoạch chẳng biết tương lai của mình sẽ ra sao do chẳng có gì ngã ngũ.

Loại quy hoạch treo thứ nhất không hẳn có liên quan đến vấn đề minh bạch thông tin. Suy cho cùng, quy hoạch đã được thông qua mà không thực hiện được là do sự yếu kém của bộ máy quản lý.

Chỉ còn loại quy hoạch treo thứ hai. Thực ra, luật không cần trả lời câu hỏi liệu cho đến ngày quy hoạch được chính thức thông qua, người dân có hay không quyền ứng xử phù hợp với các quy tắc đang được áp dụng, bởi quyền này có được một cách đương nhiên. Vấn đề là có hẳn một xu thế ứng xử trong hệ thống quản lý nhà nước đặc trưng bởi việc dựa vào "dự kiến" quy hoạch sẽ được thông qua để đặt ra các rào cản đối với các hành vi được cho là không phù hợp với quy hoạch trong tương lai. Kiểu ứng xử này, suy cho cùng, là hoàn toàn trái với Hiến pháp. Để đẩy lùi nó, cần phát huy vai trò giám sát của Quốc hội, nói chung của các thiết chế dân cử đối với hoạt động của chính quyền địa phương.

LUẬT THỦ ĐÔ

TRONG MỐI QUAN HỆ VỚI HỆ THỐNG PHÁP LUẬT

VƯƠNG TOÀN THẮNG*

1. Hà Nội có những đặc thù về pháp lý

Hà Nội - nếu đặt ở vị trí là một đơn vị hành chính cấp tỉnh giống như 62 tỉnh, thành phố còn lại trong cả nước, đồng nghĩa với việc áp dụng pháp luật phải thống nhất, bình đẳng, không có ngoại lệ cho một địa phương (cấp tỉnh) trong một nhà nước đơn nhất. Còn khi đặt ở vị trí là Thủ đô, thì Hà Nội không đơn thuần còn là đơn vị hành chính cấp tỉnh nữa, mà là Thủ đô của một quốc gia. Khi đó, Hà Nội lại có thêm chức năng của Thủ đô mà không địa phương nào có. Do vậy, Hà Nội cần có thêm những cơ chế, chính sách riêng (đặc thù) để phù hợp với vị trí, chức năng Thủ đô vốn có của nó bên cạnh những chính sách chung giống với các tỉnh, thành phố khác.

Vậy, câu hỏi đặt ra là pháp luật hiện hành đã cho phép Hà Nội được áp dụng cơ chế, chính sách đặc thù hay chưa. Câu trả lời là đã có và đang thực hiện, chẳng hạn như khoản 1 Điều 122 Luật Tổ chức Hội đồng nhân dân (HĐND) và Ủy ban nhân dân (UBND) quy định “UBND cấp tỉnh có từ chín đến mười một thành viên; UBND thành phố Hà Nội và UBND thành phố Hồ Chí Minh có không quá mười ba thành viên”, hoặc Điều 75 Luật Ngân sách nhà nước quy định “căn cứ vào những quy định của Luật này, Chính phủ quy định một số cơ chế tài

chính - ngân sách đặc thù đối với thủ đô Hà Nội, thành phố Hồ Chí Minh, báo cáo Ủy ban Thường vụ Quốc hội cho ý kiến trước khi thực hiện và báo cáo Quốc hội tại kỳ họp gần nhất” hoặc Điều 19 và Điều 20 Luật Cư trú quy định điều kiện đăng ký thường trú khác nhau đối với các tỉnh và riêng đối với thành phố trực thuộc trung ương...

Như vậy, ở những mức độ khác nhau, Hà Nội nói riêng và các thành phố trực thuộc trung ương khác nói chung đang được áp dụng một số cơ chế, chính sách riêng, tồn tại song song, bên cạnh những quy định chung của cả hệ thống pháp luật được áp dụng chung trên các địa bàn trong cả nước. Và đây chính là “đặc thù” khác với tỉnh, thành khác. Tuy nhiên, trên thực tế, những quy định này mới chỉ phù hợp ở mức độ nhất định, mới chỉ phù hợp đối với Hà Nội là thành phố trực thuộc trung ương, chưa thể hiện hết được tính chất đặc biệt của Hà Nội với tư cách là Thủ đô của một nước - trung tâm đầu não chính trị, hành chính quốc gia - nơi đặt trụ sở chính của các cơ quan trung ương của Đảng, Nhà nước và tổ chức chính trị, xã hội, cơ quan đại diện ngoại giao, tổ chức quốc tế; trung tâm lớn về văn hóa, khoa học, giáo dục, kinh tế và giao dịch quốc tế; nơi diễn ra các hoạt động đối nội, đối ngoại quan trọng nhất của đất nước¹.

* **Bộ Tư pháp.**

1 Nghị quyết số 11-NQ/TW ngày 6/01/2012 của Bộ Chính trị về phương hướng, nhiệm vụ phát triển Thủ đô Hà Nội giai đoạn 2011-2020.

Do đó, Dự án Luật Thủ đô - sáng kiến pháp luật nhằm giải quyết những mối quan hệ đan xen cả về mặt thực tiễn và pháp lý như đã nêu trên - được xây dựng để tạo khuôn khổ pháp lý góp phần xây dựng Hà Nội xứng tầm là Thủ đô của đất nước nghìn năm văn hiến.

Để đáp ứng yêu cầu thực tiễn, Luật Thủ đô phải có những quy định có tính chất đặc thù, mà đã là đặc thù thì phải khác với quy định hiện hành hoặc chưa được pháp luật quy định.

Về yếu tố “khác với quy định hiện hành”, hiện có hai loại quan điểm khác nhau. Quan điểm thứ nhất cho rằng, “khác” ở đây có nghĩa là hoàn toàn trái, thậm chí có thể mâu thuẫn với quy định của pháp luật hiện hành, phá vỡ nguyên tắc thống nhất của hệ thống pháp luật. Quan điểm thứ hai có tính nhân nhượng hơn, cho rằng, sự “khác” ở đây là sự bỏ khuyết cho những quy định đang tồn tại nhưng không phù hợp với Thủ đô, cần được nâng cấp lên. Ví dụ, Pháp lệnh Xử lý vi phạm hành chính năm 2002 quy định mức phạt tiền đối với cùng một hành vi phạm hành chính là như nhau, không phân biệt địa bàn vi phạm hoặc Pháp lệnh về Phí, lệ phí năm 2001 quy định mức thu phí, lệ phí đối với từng lĩnh vực là như nhau, không phân biệt địa bàn áp dụng. Nếu bỏ khuyết quy định này vào Luật Thủ đô để cho phép Hà Nội áp dụng mức phạt tiền hoặc mức thu phí, lệ phí cao hơn, thì đây chỉ là quy định nhằm nâng mức phạt tiền, mức thu phí, lệ phí cao hơn so với quy định chung để áp dụng cho một địa bàn đặc biệt chứ không phải là cách hiểu “khác” theo quan điểm thứ nhất.

Cũng có ý kiến cho rằng, quan điểm thứ hai đồng nghĩa với quan điểm thứ nhất, nhưng có cách tiếp cận khác. Tuy nhiên, xét về ngữ nghĩa thì có sự khác nhau. Trong từ điển Tiếng Việt, từ “khác” có nghĩa là “không giống, có thể phân biệt được với nhau khi so sánh; hoặc không phải là cái đã biết, đã nói đến, tuy cùng loại”. Còn từ “trái” lại có nghĩa khác là “không thuận theo, mà ngược lại; hoặc ngược với lẽ phải; hoặc

không bình thường, ngược với thói thường, với quy luật”². Với cách hiểu này thì quan điểm thứ hai có lẽ hợp lý hơn.

Ở yếu tố thứ hai, Luật Thủ đô quy định những vấn đề “chưa được pháp luật quy định”, rõ ràng đây là sự bổ sung cần thiết, hoàn thiện hệ thống pháp luật cho phù hợp với đối tượng áp dụng chung và áp dụng riêng, trong điều kiện hệ thống pháp luật mới chỉ quy định những vấn đề mang tính phổ quát mà chưa tính đến đặc thù quản lý ở Thủ đô.

Tóm lại, chìa khóa của vấn đề này chỉ là cách hiểu. Luật Thủ đô là luật đặc thù áp dụng cho một địa phương đặc biệt, không phải là luật áp dụng chung trong cả nước, cho nên, nếu thống nhất được quan điểm như vậy thì quy định trong Luật Thủ đô phải khác với pháp luật hiện hành hoặc có những nội dung chưa được pháp luật quy định là điều đương nhiên. Và cũng chỉ vì như vậy mới cần có Luật Thủ đô.

2. Xung đột pháp luật giữa Luật Thủ đô với hệ thống pháp luật

Việc ban hành Luật Thủ đô cũng phải tính đến khả năng xung đột với các luật có hiệu lực sau khi có quy định liên quan đến Luật Thủ đô. Do đó, cần phải dự liệu trước nếu Luật Thủ đô được thông qua. Khi đó, Hà Nội đương nhiên và chủ yếu phải áp dụng hệ thống pháp luật chung cho cả nước, chỉ trong một số ít trường hợp đặc thù thì mới áp dụng theo Luật Thủ đô. Nhưng nếu các luật có hiệu lực sau mà có những quy định - kể cả phù hợp hay không phù hợp với yêu cầu quản lý, phát triển Thủ đô ở thời điểm đó - thì thứ tự ưu tiên áp dụng sẽ được xử lý như thế nào? Bởi theo quy định tại Điều 82 và khoản 3 Điều 83 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật (BHVBPPL) năm 2008 thì “văn bản quy phạm pháp luật của các cơ quan nhà nước trung ương có hiệu lực trong phạm vi cả nước và được áp dụng đối với mọi cơ quan, tổ chức, cá nhân, trừ trường hợp văn bản có quy định khác hoặc điều ước quốc tế mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên có quy định khác”; “trong

2 Từ điển Tiếng Việt trang 470, 985, Nxb. Đà Nẵng, năm 1998.

trường hợp các văn bản quy phạm pháp luật do cùng một cơ quan ban hành mà có quy định khác nhau về cùng một vấn đề thì áp dụng quy định của văn bản được ban hành sau”. Như vậy, quy định của luật có hiệu lực sau sẽ tự động vô hiệu hóa các quy định của Luật Thủ đô. Vì thế, sự tồn tại của Luật Thủ đô sau khi có hiệu lực cũng không có nhiều ý nghĩa về mặt áp dụng trên thực tế. Đây mới chỉ là đối với hệ thống văn bản đồng cấp do Quốc hội ban hành.

Trong trường hợp Luật Thủ đô không quy định cụ thể mà chỉ quy định nguyên tắc chung, sau đó giao các cơ quan nhà nước có thẩm quyền quy định chi tiết, hướng dẫn thi hành, thì có thể, ngay lập tức các nguyên tắc chung của Luật lại bị vô hiệu hóa bởi chính các quy định của các luật đang có hiệu lực. Khi đó văn bản quy định chi tiết, hướng dẫn thi hành không thể quy định khác với các luật khác vì nguyên tắc áp dụng pháp luật không cho phép: quy định tại khoản 2 Điều 83 Luật BHVBQPPL năm 2008 ghi rõ: “trong trường hợp các văn bản quy phạm pháp luật có quy định khác nhau về cùng một vấn đề thì áp dụng văn bản có hiệu lực pháp lý cao hơn”.

Rõ ràng đây là những vấn đề thực tế đặt ra, cần có cách xử lý tốt để Luật Thủ đô phát huy được đầy đủ hiệu lực sau khi ban hành.

3. Một số đề xuất

Thứ nhất, vận dụng linh hoạt quy định tại Điều 82 của Luật BHVBQPPL, vì việc “trừ trường hợp văn bản có quy định khác” là một ngoại lệ mà thực tế đang áp dụng hiện nay. Chẳng hạn như Luật Tổ chức HĐND và UBND, Luật Ngân sách nhà nước, Luật Cư trú như đã nêu ở phần trên đây. Như vậy, nếu Luật Thủ đô quy định ngoại lệ này thì cũng không phải là chưa có tiền lệ. Tuy nhiên, cách đặt vấn đề trong Luật Thủ đô là không giống hoàn toàn với Luật Ngân sách nhà nước, Luật Cư trú, Luật Tổ chức HĐND và UBND đã quy định. Bởi lẽ, Luật Thủ đô là một luật riêng, chỉ quy định một số đặc thù cho Hà Nội, còn các luật khác là luật áp dụng chung, trong đó chỉ có một số quy định áp dụng riêng cho những địa phương đặc thù. Về mặt lý luận, ở đây có sự khác nhau, đó là

trong cái chung (luật chung) thì ngoại lệ là cái áp dụng riêng. Còn trong cái riêng (Luật Thủ đô), thì ngoại lệ có thể lại là áp dụng cái chung ban hành sau phù hợp hơn hoặc cái chung ban hành sau không có giá trị phủ định cái riêng của Luật Thủ đô nếu không phù hợp.

Thứ hai, Luật Thủ đô nên quy định riêng về nội dung liên quan đến áp dụng pháp luật để xử lý những trường hợp nêu trên. Cụ thể như sau:

- *Xác định mối quan hệ của Luật Thủ đô đối với luật hiện hành*: Những gì Luật Thủ đô chưa quy định thì áp dụng pháp luật hiện hành; Những gì Luật Thủ đô quy định khác với các Luật khác thì áp dụng Luật Thủ đô.

Mặc dù là nguyên tắc áp dụng đối với luật ban hành sau đã được Luật BHVBQPPL năm 2008 quy định, nhưng vẫn cần phải cụ thể hơn trong Luật Thủ đô để bảo đảm tính đầy đủ, minh bạch; đồng thời cũng giải quyết được những trăn trở, băn khoăn rằng, nếu đã có Luật Thủ đô thì Hà Nội chỉ áp dụng Luật Thủ đô hay vẫn phải áp dụng đồng thời cả hệ thống pháp luật.

- *Xác định mối quan hệ của Luật Thủ đô với các luật ban hành sau*: Luật ban hành sau ngày Luật Thủ đô có hiệu lực nếu có quy định liên quan đến Luật Thủ đô mà kém thuận lợi hơn cho việc quản lý, xây dựng, phát triển Thủ đô theo tinh thần của Luật Thủ đô thì áp dụng Luật Thủ đô; Luật ban hành sau ngày Luật Thủ đô có hiệu lực nếu có quy định liên quan đến Luật Thủ đô mà tạo thuận lợi hơn cho việc quản lý, xây dựng, phát triển Thủ đô theo tinh thần của Luật Thủ đô thì áp dụng luật ban hành sau.

Như vậy, trong lý luận về đối tượng áp dụng pháp luật, lâu nay chúng ta chỉ luận bàn về chủ thể là cơ quan, tổ chức, cá nhân. Về không gian áp dụng pháp luật, cũng chưa có tiền lệ có một đạo luật áp dụng riêng cho một địa phương. Vì vậy, cần nghiên cứu để bổ sung những nội dung nêu trên vào Luật BHVBQPPL, tạo cơ sở để phát triển khoa học pháp lý của nước nhà, đáp ứng yêu cầu của thực tiễn đang đặt ra ■

Mô hình tổ chức hoạt động điều tra dư luận xã hội PHỤC VỤ CHO HOẠT ĐỘNG QUỐC HỘI

NGUYỄN ĐỨC CHIÊN *

Dư luận xã hội (DLXH) là một hiện tượng xã hội đặc biệt, phản ánh nhận thức, thái độ, và xu hướng hành động của các cá nhân, nhóm xã hội đối với các vấn đề đặt ra trong cuộc sống. Việc tìm hiểu mô hình tổ chức điều tra DLXH hay nói cách khác là thăm dò DLXH - để qua đó hiểu biết chính xác nhận thức, thái độ, và xu hướng hành động của các nhóm xã hội về các sự kiện đang diễn ra trong đời sống xã hội - có ý nghĩa không chỉ đối với hoạt động của Quốc hội nói riêng, mà còn rất quan trọng đối với công tác quản lý và điều hành đất nước hiện nay. Bài viết trình bày mô hình tổ chức hay nói cụ thể hơn là quy trình thực hiện cuộc điều tra DLXH phục vụ hoạt động của Quốc hội cũng như hoạt động quản lý xã hội ở nước ta hiện nay.

Những biến chuyển nhanh về kinh tế - xã hội ở nước ta gần đây đã làm nảy sinh nhiều sự kiện xã hội. Thực tế này tạo điều kiện thuận lợi cho DLXH thường xuyên xuất hiện trong đời sống xã hội. Trước thực tế này, các chuyên gia nghiên cứu DLXH cần hình thành ý tưởng và xác định rõ vấn đề cần điều tra, đặt câu hỏi hiện tượng DLXH xuất hiện trong hoàn cảnh nào, diễn ra ở đâu, phản ứng/diễn biến như thế nào? Chuyên gia nghiên cứu cũng cần tìm hiểu hiện tượng xã hội đó đã trở thành DLXH chưa, hay chỉ là những ý kiến lẻ tẻ của cá nhân, hoặc tin đồn v.v.. Sau khi hình thành ý tưởng và xác định xong vấn đề, chuyên gia cần phải thực hiện các bước tiếp theo:

(i) *Xây dựng đề cương:*

Tên đề cương phải xác định rõ vấn đề cần điều tra là vấn đề gì. Đề cương nghiên cứu cũng phải nêu mục tiêu, câu hỏi, thao tác hóa khái niệm, đối tượng, khách thể, địa bàn, mẫu điều tra, nhóm điều tra, kinh phí... Xây dựng đề cương nghiên cứu được xem là bước đầu tiên của mô hình tổ chức điều tra DLXH, nó cũng có ý nghĩa quan trọng quyết định toàn bộ cuộc điều tra. Sau khi hoàn thiện xong đề cương, chuyên gia nghiên cứu nhanh chóng xin ý kiến góp ý đề cương của chuyên gia và chuẩn bị triển khai bước tiếp theo xây dựng bộ công cụ điều tra và lựa chọn mẫu.

* TS. Viện Xã hội học

(ii) Xây dựng bộ công cụ và chọn mẫu:

Xây dựng phiếu điều tra: Để có thông tin liên quan đến nhận thức, quan điểm, thái độ... của các nhóm xã hội về một sự kiện nào đó, chuyên gia nghiên cứu cần tiến hành xây dựng phiếu thăm dò DLXH. Phiếu thăm dò DLXH có tiêu đề cụ thể, phần giới thiệu rõ ràng, thông tin xác định thời gian, đặc điểm xã hội của cá nhân rành mạch. Các câu hỏi nội dung của cuộc điều tra nhất thiết phải dựa trên hệ khái niệm đã được thao tác hóa. Các thang đo được chuẩn hoá, cấu trúc và hình thức hợp lý.

DLXH phản ánh nhận thức, thái độ, và xu hướng hành động của nhóm xã hội đối với vấn đề đặt ra trong cuộc sống. Để nắm bắt đầy đủ, chính xác DLXH, nhà nghiên cứu cần đặt câu hỏi thu thập thông tin về cả 3 thành phần cơ bản là: nhận thức, thái độ và xu hướng hành động. Do đặc điểm, tính chất của DLXH mang tính chỉnh thể chứ không phải là tổng số các đặc điểm, tính chất của từng ý kiến cá nhân. Để giải quyết vấn đề này, câu hỏi phải bao gồm cả đánh giá, tình cảm, thái độ, hành động của cá nhân và của nhóm. Nói cách khác, phiếu thăm dò DLXH thiết kế không chỉ nhằm lấy thông tin cá biệt mà cả thông tin tổng hợp; cần phải đưa ra những câu hỏi về DLXH của nhóm người chứ không chỉ dừng lại ở những câu hỏi về ý kiến của từng cá nhân. Sau khi hoàn thành phiếu hỏi, cần tiến hành thử nghiệm. Kết quả thử nghiệm giúp nhà nghiên cứu kiểm chứng phiếu thăm dò có hoạt động không, có thu thập được thông tin không?



Chọn mẫu: Điều tra tổng thể tốn nhiều nhân lực, thời gian và tài chính. Tương tự các cuộc điều tra xã hội, để có được thông tin phản ánh DLXH, chuyên gia nghiên cứu DLXH phải lựa chọn kỹ thuật chọn mẫu thích hợp. Nhà nghiên cứu DLXH phải tiến hành chọn mẫu (theo một quy tắc chọn mẫu nào đó) và họ có được một lượng thông tin với thời gian nhanh nhất và tính chính xác cao. Lượng thông tin này là mẫu đại diện. Dựa trên mẫu này, bằng các phương pháp và kết quả của thống kê ứng dụng, người ta cho đánh giá về thực tế DLXH. Độ tin cậy của các thông tin rút ra sẽ phụ thuộc rất nhiều vào mẫu đại diện được chọn như thế nào, có phản ánh trung thực ý kiến của các nhóm xã hội không.

Có thể coi mẫu nghiên cứu là một tập hợp được lựa chọn từ tổng thể với những đặc điểm tiêu biểu và đại diện cho một dân số lớn hơn vốn là đối tượng quan tâm của nhà nghiên cứu. Tùy theo quy mô và cách phân bố của đối tượng mà lựa chọn dung lượng và cơ cấu mẫu điều tra. Trên cơ sở đặc điểm của đơn vị mẫu mà kết quả thu thập từ một nhóm nhỏ được quy chiếu khái quát thành bản chất chung cho đối tượng nghiên cứu. Với lợi thế đó, phương pháp điều tra mẫu thường là công cụ cơ bản trong các nghiên cứu trên bình diện rộng như thăm dò DLXH. Chi phí cho những điều tra chọn mẫu vì vậy thường tiết kiệm được nhiều so với một nghiên cứu tổng thể. Khả năng khái quát các kết quả điều tra trên diện rộng là hết sức lớn, có sức thuyết phục cao nếu được tiến hành đúng quy trình chất lượng.

(iii) Tiến hành điều tra

Sau khi hoàn thành công việc chọn mẫu cũng như thực hiện liên hệ địa bàn và kế hoạch điều tra, chuyên gia có thể triển khai cuộc điều tra theo kỹ thuật đề tài đặt ra (phát phiếu điều tra hoặc trực tiếp phỏng vấn đối tượng, v.v...). Điều cần lưu ý là trong quá trình điều tra, các yêu cầu kỹ thuật về lấy mẫu cũng như tiếp cận đối tượng cần thực hiện đúng nguyên tắc khoa học mà cuộc điều tra đặt ra (tỷ lệ giới tính, nhóm tuổi, nhóm mức sống, nghề nghiệp, khu vực sinh sống, v.v...). Các cuộc điều tra dư luận phục vụ hoạt động của Quốc hội cần được triển khai nhanh nhằm cung cấp kịp thời nguồn tư liệu tham khảo phục vụ các kỳ họp Quốc hội.

Các phiếu điều tra cần được kiểm tra làm sạch ngay tại thực địa. Cuộc điều tra theo hình thức phát phiếu hay hỏi trực tiếp cũng đều cần được kiểm tra xem các phiếu hỏi thông tin có đầy đủ không, còn sai sót, mâu thuẫn không. Sau khi hoàn thành công việc điều tra, bước tiếp theo là xử lý phiếu điều tra và viết báo cáo điều tra DLXH.

(iv) Xử lý phiếu điều tra và viết báo cáo

Xử lý phiếu điều tra: Phiếu điều tra DLXH có thể được xử lý bằng nhiều chương trình phần mềm khác nhau được cài đặt trong máy tính: Excel, SPSS, Stata,... Chuyên gia nghiên cứu phải tiến hành mã hóa các câu hỏi trong phiếu hỏi vào các lệnh của phần mềm mà cuộc điều tra đó sử dụng. Khi mã hóa xong, chuyên gia tiến hành nhập các thông tin của các phiếu hỏi vào phần mềm xử lý số liệu đã được mã hóa trên máy tính. Kết thúc công việc nhập phiếu, chuyên gia tiến hành đặt các lệnh chạy số liệu ra các kết quả điều tra phục vụ cho hoạt động viết báo cáo.

Báo cáo điều tra DLXH về cơ bản có cấu trúc tương tự các báo cáo điều tra xã hội (tiêu đề rõ ràng, nội dung báo cáo trình bày

lý do điều tra, mục tiêu, kỹ thuật...). Tuy nhiên, điểm khác biệt với báo cáo điều tra xã hội là nội dung chính của báo cáo điều tra DLXH thường tập trung phân tích nhận thức, thái độ, và xu hướng hành động của các cá nhân, nhóm xã hội về một vấn đề nào đó đang diễn ra trong đời sống xã hội. Các thông tin trên sẽ được các chuyên gia điều tra DLXH phân tích, đánh giá khách quan được thể hiện đầy đủ trong bản báo cáo điều tra. Kết quả cuối cùng của báo cáo điều tra nhanh chóng được chuyển đến các Đoàn đại biểu Quốc hội. Có thể nói, kết quả điều tra DLXH là nguồn tài liệu quan trọng không chỉ cho Quốc hội mà cả các cơ quan hữu quan khác của Chính phủ tham khảo.

Trong bối cảnh đất nước đang có nhiều biến chuyển, diễn ra với tốc độ nhanh, dẫn đến nhiều sự kiện xã hội mới nảy sinh trong đời sống xã hội. Điều này cũng là cơ sở cho sự hình thành và phát triển các luồng DLXH. Việc triển khai mô hình điều tra DLXH để đánh giá và phân tích nhanh các luồng ý kiến của các tầng lớp xã hội về các sự kiện xã hội mới là rất cần thiết. Kết quả điều tra sẽ là cơ sở quan trọng cho nội dung hoạt động của Quốc hội hiện nay. Quan trọng hơn là các chính sách và pháp luật do Quốc hội ban hành sẽ phản ánh đúng nguyện vọng của các tầng lớp xã hội.

Đối với hoạt động của Quốc hội nước ta hiện nay, việc quan tâm và đầu tư nhiều cho hoạt động điều tra DLXH, để qua đó nhận định, phân tích và đánh giá chính xác các quan điểm, thái độ của các tầng lớp nhân dân cả nước về các sự kiện, hiện tượng đang nổi lên trong đời sống xã hội là rất cần thiết. Kết quả điều tra không chỉ là những tư liệu thực tế sống động cung cấp cho các kỳ họp Quốc hội bàn luận, mà còn là nguồn tài liệu mới cho các cơ quan hữu quan của Chính phủ tham khảo trong việc đề xuất và điều chỉnh chính sách, góp phần vào sự ổn định và phát triển bền vững đất nước ■

CƠ CHẾ HẾT QUYỀN SỞ HỮU TRÍ TUỆ TRONG HIỆP ĐỊNH TRIPS VÀ MỘT SỐ GỢI Ý CHO CÁC QUỐC GIA THÀNH VIÊN WTO

NGUYỄN NHƯ QUỲNH *

1. Khái quát chung về hết quyền sở hữu trí tuệ và cơ chế hết quyền sở hữu trí tuệ

Hết quyền sở hữu trí tuệ (SHTT) là khái niệm bắt nguồn từ thuyết hết quyền¹. Thuyết này xác định giới hạn cho quyền SHTT mang tính độc quyền và cân bằng giữa bảo hộ quyền SHTT với đảm bảo sự lưu thông của thị trường cũng như duy trì cạnh tranh lành mạnh; cân bằng giữa bảo vệ lợi ích của chủ thể nắm giữ quyền SHTT với lợi ích của người tiêu dùng. Theo thuyết hết quyền, khi sản phẩm mang đối tượng SHTT được đưa ra thị trường bởi chính chủ thể nắm giữ quyền SHTT hoặc với sự đồng ý của chủ thể này, chủ thể nắm giữ quyền SHTT không còn quyền kiểm soát đối với việc phân phối và khai thác thương mại sản phẩm. Do đó, các hành vi thương mại như sử dụng, bán,

đề nghị bán, cất giữ để bán, cho thuê hoặc các hành vi phi thương mại như tặng, cho mượn sản phẩm mang đối tượng SHTT được bảo hộ của chủ thể khác không bị coi là xâm phạm quyền SHTT. Hết quyền có thể xảy ra trong phạm vi quốc gia, khu vực hoặc quốc tế tương ứng với ba cơ chế hết quyền: cơ chế hết quyền quốc gia, cơ chế hết quyền khu vực và cơ chế hết quyền quốc tế.

Đối với cơ chế hết quyền quốc gia: chủ sở hữu quyền SHTT không còn quyền kiểm soát việc phân phối và khai thác thương mại sản phẩm mang đối tượng SHTT được bảo hộ khi chủ sở hữu quyền SHTT hoặc chủ thể khác được sự đồng ý của chủ sở hữu quyền SHTT đưa sản phẩm ra thị trường nội địa. Những quyền nêu trên không còn trong phạm vi lãnh thổ nước mà chủ sở hữu quyền

* **TS. Trường Đại học Luật Hà Nội**

- 1 Trong tiếng Anh, thuyết hết quyền là "the exhaustion doctrine" hay "the first sale doctrine". Thuyết hết quyền được Tòa án Tối cao Hoa Kỳ xem xét lần đầu tiên trong vụ việc về sáng chế Adams v. Burke, năm 1873. Ở Châu Âu, thuyết hết quyền gắn liền với tên tuổi học giả Đức Joseph Kohler. Thuật ngữ hết quyền được Tòa án Đức sử dụng trong một vụ việc về sáng chế vào năm 1902. Cho đến nay, thuyết hết quyền được áp dụng cho các đối tượng SHTT và vấn đề hết quyền SHTT được đưa vào các thoả thuận quốc tế và khu vực. Trong đó, đặc biệt phải kể đến là Điều 6 Hiệp định về các khía cạnh thương mại của quyền sở hữu trí tuệ (Hiệp định TRIPS).
- 2 Một số vấn đề lý luận chung về thuyết hết quyền và nhập khẩu song song đã được tác giả giới thiệu trong một số bài viết sau: Nguyễn Như Quỳnh, Lý thuyết hết quyền sở hữu trí tuệ và vấn đề nhập khẩu song song, Tạp chí Luật học số 1 năm 2006, tr. 47-53; Nguyễn Như Quỳnh, Pháp luật về hết quyền sở hữu trí tuệ và nhập khẩu song song ở một số nước ASEAN, Tạp chí Luật học số 12 năm 2009, tr. 28-36.

SHTT hoặc chủ thể khác được sự đồng ý của chủ sở hữu quyền SHTT đưa sản phẩm ra thị trường lần đầu tiên. Tuy nhiên, quyền SHTT của chủ thể này vẫn được bảo hộ ở những nơi khác và chủ thể này có quyền ngăn chặn nhập khẩu song song (NKSS) sản phẩm mang đối tượng SHTT được bảo hộ quyền SHTT ở các quốc gia mà chủ sở hữu được bảo vệ quyền, bất kể thực tế là chủ sở hữu đã đưa sản phẩm ra thị trường hay chưa². Nói cách khác, chủ sở hữu không thể dựa vào quyền SHTT để ngăn cấm lưu thông sản phẩm diễn ra trong thị trường nội địa nhưng vẫn có quyền ngăn chặn NKSS những sản phẩm này từ nước ngoài. Ví dụ, khi Công ty Coca-Cola bán một chai nước giải khát mang nhãn hiệu Coca-Cola cho người mua trên thị trường Hoa Kỳ, quyền kiểm soát đối với việc phân phối và khai thác thương mại của Công ty đối với chai nước này không còn. Công ty có quyền ngăn chặn nhập khẩu nước giải khát đã được bán ở nước ngoài vào Hoa Kỳ trừ khi không có sự khác biệt giữa nước giải khát trong nước và nước giải khát nhập khẩu.

Đối với cơ chế hết quyền khu vực: đây là một hình thức kết hợp giữa cơ chế hết quyền quốc gia và cơ chế hết quyền quốc tế. Cơ chế hết quyền khu vực liên quan đến hết quyền trong phạm vi thị trường rộng hơn thị trường một quốc gia nhưng lại chỉ giới hạn ở một số quốc gia nhất định (ví dụ, các nước thuộc khối Khu vực Kinh tế Châu Âu³). Do đó, chủ sở hữu quyền SHTT không thể dựa vào quyền SHTT của mình để ngăn cấm sự

lưu thông của các sản phẩm trong phạm vi khu vực khi những sản phẩm này đã được đưa ra thị trường khu vực bởi chính chủ sở hữu hoặc chủ thể khác được sự đồng ý của chủ sở hữu. Tuy nhiên, chủ sở hữu quyền SHTT có quyền ngăn chặn việc nhập khẩu những sản phẩm này từ ngoài vào thị trường khu vực. Ví dụ: Khi xe Volvo đã được đưa ra thị trường Thụy Điển, chủ sở hữu nhãn hiệu Volvo mất quyền kiểm soát sự lưu thông tiếp theo của xe này trong phạm vi thị trường Khu vực Kinh tế Châu Âu. Tuy nhiên, chủ sở hữu nhãn hiệu Volvo có quyền cấm nhập khẩu xe này từ ngoài vào thị trường Khu vực Kinh tế Châu Âu. Về nguyên tắc, tất cả các thoả thuận thương mại khu vực đều có thể thừa nhận cơ chế hết quyền khu vực. Tuy nhiên, cho đến nay, cơ chế hết quyền này mới chỉ được áp dụng cho các nước thuộc Khu vực Kinh tế Châu Âu và các nước Tây Phi thuộc Cộng đồng Pháp ngữ (Francophone West Africa) kể từ khi Thoả thuận Bangui được ký kết⁴ - đây là các nước thuộc Tổ chức SHTT Châu Phi (OAPI).

Đối với cơ chế hết quyền quốc tế: hết quyền SHTT xảy ra khi sản phẩm được bảo vệ quyền SHTT được chính chủ sở hữu quyền SHTT hoặc chủ thể khác được sự đồng ý của chủ sở hữu đưa ra bất kỳ thị trường nào trên thế giới. Ngược lại với cơ chế hết quyền quốc gia, chủ sở hữu quyền SHTT không thể dựa vào quyền của mình để ngăn chặn sự lưu thông của hàng hoá trên phạm vi toàn thế giới. Ví dụ: Công ty X (pháp nhân Ấn Độ) bán một chiếc máy vi

3 Khu vực Kinh tế Châu Âu bao gồm 27 nước thành viên của Liên minh Châu Âu và 03 nước khác là Iceland, Liechtenstein, Na-uy.

4 Deere, Carolyn, *The Implementation Game: The TRIPS Agreement and the Global Politics of Intellectual Property Reform in Developing Countries*, Oxford University Press, 2009, p.75-76; Biadgleng, Ermias Tekeste, *TRIPS Post-Grant Flexibilities: Paralell Imports*, UNCTAD Workshop on Flexibilities in International Intellectual Property Rules and Local Production of Pharmaceuticals for the Southern, Central, and West African Region, organized in Cape Town, South Africa on 7-9 Dec. 2009, <http://www.unctad.org/sections/die-totip/docs/tot_ip_0022_en.pdf>; Elbeshbishi, Amal Nagah, *TRIPS and Public Health: What Should African Countries Do?* UN Economic Commission for Africa, Jan. 2007, p.5, <<http://www.uneca.org/atpc/Work%20in%20progress/49.pdf>>.

tính mang nhãn hiệu được bảo hộ ra thị trường Ấn Độ, hoặc thị trường nước ngoài, quyền phân phối của Công ty đối với chiếc máy vi tính này không còn nữa. Trong trường hợp này, Công ty không còn quyền kiểm soát quá trình lưu thông tiếp theo của sản phẩm trong đó có quyền ngăn chặn NKSS.

2. Những quy định mở của Hiệp định TRIPS về cơ chế hết quyền sở hữu trí tuệ

Trong Hiệp định TRIPS - điều ước quốc tế quan trọng nhất về SHTT của Tổ chức Thương mại thế giới (WTO), những vấn đề liên quan đến hết quyền SHTT không chỉ được quy định ở Điều 6 mà còn được đề cập trong một số quy định khác như Điều 16, Điều 26, Điều 28 và Điều 51. Những quy định liên quan đến cơ chế hết quyền SHTT trong Hiệp định TRIPS dẫn đến những cách hiểu khác nhau và gây ra nhiều tranh cãi. Nhóm quan điểm thứ nhất lập luận rằng các nước thành viên không được phép áp dụng những chính sách riêng về hết quyền mà phải tuân thủ những nguyên tắc liên quan đến hết quyền do Hiệp định TRIPS thiết lập⁵. Ngược lại, nhóm quan điểm thứ hai khẳng định Hiệp định TRIPS dành quyền tự quyết cho các nước thành viên trong lựa chọn cơ chế hết quyền⁶. Chúng tôi chứng minh cho quan điểm thứ hai dựa trên cơ sở: (i) phân tích Điều 6 và xem xét Điều 6 trong mối quan hệ với các quy định có liên quan khác của Hiệp định TRIPS; (ii) đoạn 5(d) Tuyên bố Doha về Hiệp định TRIPS và Sức khỏe cộng

đồng⁷; và (iii) pháp luật của các nước thành viên WTO về cơ chế hết quyền trước và sau khi thiết lập Hiệp định TRIPS. Cụ thể như sau:

Thứ nhất, Hiệp định TRIPS không quy định một cơ chế hết quyền SHTT cụ thể và yêu cầu các nước thành viên WTO phải áp dụng

Điều 6 Hiệp định TRIPS quy định như sau: “Nhằm mục đích giải quyết tranh chấp theo Hiệp định này, phù hợp với quy định của các Điều 3 và 4, không được sử dụng một quy định nào trong Hiệp định này để đề cập đến hết quyền SHTT”. Quy định này không ngăn cấm các nước thành viên trong việc lựa chọn cơ chế hết quyền. Mỗi nước thành viên có quyền tự do trong việc xây dựng pháp luật điều chỉnh vấn đề hết quyền SHTT, có thể là quy định pháp luật và/hoặc phán quyết của toà án với điều kiện không vi phạm nguyên tắc đối xử quốc gia và nguyên tắc đối xử tối huệ quốc theo Điều 3 và Điều 4 Hiệp định TRIPS. Áp dụng cơ chế hết quyền quốc gia, hết quyền khu vực hay hết quyền quốc tế cho các đối tượng SHTT, về nguyên tắc, phù hợp với hai nguyên tắc này. Lý do là việc áp dụng những cơ chế này không tạo ra sự phân biệt trên cơ sở quốc tịch theo nghĩa của Điều 3 và Điều 4 Hiệp định TRIPS. Trong mối quan hệ với hết quyền SHTT, nguyên tắc đối xử quốc gia đòi hỏi các nước thành viên WTO đối xử với công dân nước ngoài tối thiểu như công dân

5 Xem: Joseph Straus, *Implications of the TRIPS Agreement in the Field of Patent Law*, (trong cuốn *From GATT to TRIPS – The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights của các tác giả Friedrich-Karl Beier và Gerhard Schricker*), IIC 1996, tr. 192; UNCTAD-ICTSD *Project on IPRs and Sustainable Development, Resource Book on TRIPS and Development*, Cambridge University Press, 2005; Frederick M. Abbott, *First Report (Final) to the Committee on International Trade Law of the International Law Association on the Subject of Parallel Importation*, *Journal of International Economic Law*, 1998, p.633.

6 Carlos M. Correa, *Intellectual Property Rights, the WTO and Developing Countries: The TRIPS Agreement and Policy Options*, Zed Books Ltd., 2000, p.83; Carsten Fink, *Entering the Jungle of Intellectual Property Rights Exhaustion and Parallel Importation*, (trong cuốn *Intellectual Property and Development: Lessons From Recent Economic Research do Carsten Fink và Keith E. Maskus biên tập*), A copublication of the World Bank and Oxford University Press, 2005, p.190; Bronckers, Macro C.E.J., *The Exhaustion of Patent Rights under WTO Law*, *Journal of World Trade*, Volume 32, p.157.

7 Tuyên bố Doha về Hiệp định TRIPS và Sức khỏe cộng đồng, WT/MIN(01)/DEC/20, tháng 11/2001.

nước mình liên quan đến bảo hộ quyền SHTT khi áp dụng nguyên tắc hết quyền. Cho nên, một nước thành viên WTO không thể áp dụng cơ chế hết quyền quốc tế cho phép công dân nước ngoài nhập khẩu và áp dụng cơ chế hết quyền quốc gia ngăn chặn công dân trong nước nhập khẩu. Nguyên tắc đối xử tối huệ quốc áp dụng cho hết quyền SHTT đòi hỏi các nước thành viên không được áp dụng các nguyên tắc hết quyền khác nhau cho công dân của các nước khác nhau. Ví dụ: Nếu nước A áp dụng cơ chế hết quyền quốc tế đối với nhãn hiệu do công dân nước B nắm giữ; nước này phải áp dụng cơ chế hết quyền quốc tế đối với nhãn hiệu do công dân nước C nắm giữ (giả định nước A, B, C đều là thành viên của WTO).

Mặc dù ngôn từ của Điều 6 Hiệp định TRIPS khó hiểu, điều luật này chỉ đơn giản muốn khẳng định: không có điều khoản nào trong Hiệp định, ngoại trừ những điều khoản về cấm phân biệt đối xử (gồm đối xử quốc gia và đối xử tối huệ quốc) được sử dụng để giải quyết vấn đề hết quyền SHTT theo cơ chế giải quyết tranh chấp của WTO. Nói cách khác, nếu như một nước cho rằng nước khác cho phép NKSS là vi phạm Hiệp định TRIPS, họ cũng không thể yêu cầu WTO giải quyết, trừ khi nguyên tắc cấm phân biệt đối xử bị vi phạm.

Lập luận Hiệp định TRIPS trao cho các nước thành viên WTO quyền tự quyết trong lựa chọn cơ chế hết quyền được củng cố trên cơ sở xem xét các điều khoản khác của Hiệp định. Theo Điều 1(1) Hiệp định TRIPS, “biện pháp thi hành” các quy định của Hiệp định được quyết định tự do trong phạm vi “thực tế và hệ thống pháp luật” của mỗi nước⁸. Như vậy, Hiệp định TRIPS không phải là một đạo luật thống nhất mà chỉ quy

định những tiêu chuẩn bảo hộ tối thiểu cho các nước thành viên WTO bên cạnh những quy định tùy nghi cho các nước thành viên WTO đối với một số vấn đề. Thêm vào đó, với chú thích 13 cho Điều 51, Hiệp định TRIPS cho phép các nước thành viên WTO quyết định tính hợp pháp của NKSS. NKSS hàng hoá mang đối tượng SHTT được bảo hộ về nguyên tắc được coi là hợp pháp như hệ quả của hết quyền SHTT. Nói cách khác, các nước thành viên được tự do lựa chọn cơ chế hết quyền quốc tế cho các đối tượng SHTT khác nhau.

Theo chúng tôi, dựa vào Điều 28 Hiệp định TRIPS để lập luận Hiệp định đòi hỏi các nước thành viên áp dụng cơ chế hết quyền quốc gia cho sáng chế và ngăn chặn NKSS hàng hoá được bảo hộ sáng chế không hợp lý. Điều 28 Hiệp định TRIPS phải được xem xét trong mối quan hệ với chú thích rất quan trọng của nó - chú thích 6 - và Điều 6 của Hiệp định này. Chú thích 6 cho Điều 28 ngụ ý: các quyền của chủ sở hữu sáng chế có thể bị giới hạn trong trường hợp hết quyền theo quy định tại Điều 6. Nói cách khác, về nguyên tắc, hết quyền là vấn đề thuộc về mỗi quốc gia, tuy vậy, các nước thành viên WTO có thể thừa nhận cơ chế hết quyền quốc tế bằng cách tham chiếu đến Điều 6. Cách hiểu này đúng cho mọi đối tượng SHTT mặc dù Điều 28 tập trung quy định quyền đối với sáng chế.

Hơn nữa, Điều 28 cho phép chủ sở hữu sáng chế quyền ngăn chặn nhập khẩu hàng hoá được bảo hộ sáng chế không được sự đồng ý của chủ sở hữu. Tuy nhiên, Điều 28 không quy định sự đồng ý được xác định như thế nào. Với các nước thành viên thừa nhận cơ chế hết quyền quốc gia, sự đồng ý chỉ dẫn đến hết quyền khi hàng hoá được

8 Xem Điều 1(1) Hiệp định TRIPS.

đưa ra thị trường nước thành viên đó. Với các nước áp dụng cơ chế hết quyền khu vực, sự đồng ý chỉ dẫn đến hết quyền khi hàng hoá được đưa ra thị trường của khu vực đó. Với những nước áp dụng cơ chế hết quyền quốc tế, sự đồng ý dẫn đến hết quyền khi hàng hoá được đưa ra bất kỳ thị trường nào trên thế giới. Hiệp định TRIPS không đưa ra nguyên tắc liên quan đến phạm vi địa lý trên cơ sở đó sự đồng ý được xác định⁹.

Như vậy, xem xét Điều 6 và các quy định có liên quan khác về hết quyền SHTT trong Hiệp định TRIPS cho thấy: Hiệp định này không bỏ qua vấn đề hết quyền nhưng dành quyền tự quyết cho các nước thành viên trong lựa chọn cơ chế hết quyền. Nói cách khác, Hiệp định TRIPS không đưa ra một nguyên tắc hết quyền bắt buộc cho các nước thành viên WTO.

Thứ hai, Tuyên bố Doha về Hiệp định TRIPS và Sức khoẻ Cộng đồng¹⁰ khẳng định quy định tùy nghi của Hiệp định TRIPS về cơ chế hết quyền

Tuyên bố Doha về Hiệp định TRIPS và Sức khoẻ Cộng đồng (Tuyên bố Doha) được thông qua trong khuôn khổ Hội nghị Bộ trưởng các nước thành viên WTO tại Doha tháng 11 năm 2001¹¹. Tại Hội nghị này, chính phủ các nước thành viên WTO nhấn mạnh cần phải thực thi và hiểu Hiệp định TRIPS theo hướng hỗ trợ sức khoẻ cộng đồng bằng cách thúc đẩy khả năng tiếp cận các thuốc hiện có và sản xuất thuốc mới. Tuyên bố Doha phản ánh nỗ lực đáng kể của

các nước đang phát triển trong việc điều chỉnh sự tập trung của Hiệp định TRIPS vào các vấn đề sức khỏe cộng đồng. Đoạn 4 Tuyên bố Doha bao gồm “thỏa thuận” quan trọng của các Bộ trưởng về tác động của Hiệp định TRIPS đoạn 4 Tuyên bố Doha, các nước thành viên WTO cam kết:

“Chúng tôi đồng ý rằng, Hiệp định TRIPS không và không nên ngăn chặn các nước thành viên tiến hành các biện pháp bảo vệ sức khoẻ. Theo đó, trong khi lặp lại cam kết của chúng ta theo Hiệp định TRIPS, chúng tôi khẳng định rằng Hiệp định có thể và nên được hiểu cũng như thực thi theo cách hỗ trợ quyền bảo vệ sức khoẻ của các nước thành viên WTO, cụ thể, thúc đẩy tiếp cận thuốc cho tất cả mọi người”.

Bởi vì Tuyên bố Doha được thông qua trên cơ sở đồng thuận của các Bộ trưởng và với ngôn ngữ rõ ràng, Tuyên bố được coi như một “quyết định” của các thành viên WTO theo các quy định của Điều IX: 1 Thỏa thuận WTO¹². Trong Tuyên bố Doha, vấn đề hết quyền SHTT được xác định rõ tại đoạn 5(d) như sau:

“Theo quan điểm của đoạn 4 trên đây [...] Tác động của những quy định trong Hiệp định TRIPS liên quan tới hết quyền SHTT là cho phép mỗi nước thành viên quyền tự do thiết lập cơ chế hết quyền mà không có bất kỳ phân đối nào, là đối tượng của nguyên tắc đối xử tối huệ quốc và nguyên tắc đối xử quốc gia theo quy định của Điều 3 và Điều 4”¹³.

9 UNCTAD-ICTSD Project on IPRs and Sustainable Development, Resource Book on TRIPS and Development, Cambridge University Press, 2005, p.105.

10 Xem: Tuyên bố Doha về Hiệp định TRIPS và Sức khoẻ cộng đồng, WT/MIN(01)/DEC/2 20, tháng 11 năm 2001.

11 Về Tuyên bố Doha, xem thêm: Nguyen Nhu Quynh, Parallel Trade of Patented Pharmaceuticals from Developing Country Perspective, SSRN, <<http://ssrn.com/abstract=1767823>>, 23 February 2011

12 Xem: Frederick M. Abbott, The Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health: Lighting a Dark Corner at the WTO, Journal of International Economic Law, Volume 5, 2002, p.493.

13 Xem: Document WT/MIN(01)/DEC/2 dated 20 November 2001, có tiêu đề là “Ministerial Conference – Fourth Session-Doha, 9-14 November 2001-Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health-Adopted on 14 November 2001”, do WTO ban hành, tại: <http://www.worldtradelaw.net/doha/TRIPShealth.pdf>. (Lưu ý: trong phần trích dẫn trên đây, tác giả lược bỏ một số từ và sử dụng kiểu chữ in nghiêng để nhấn mạnh).

Đáng lưu ý, đoạn 5(d) của Tuyên bố Doha không nhằm đưa ra cách hiểu cho toàn bộ Điều 6 của Hiệp định TRIPS. Đoạn 5(d) phải được đặt trong mối quan hệ với đoạn 4 của Tuyên bố Doha. Như đã nêu, đoạn 4 chỉ rõ mục tiêu của Tuyên bố Doha là bảo vệ sức khoẻ cộng đồng. Do đó, nếu như đoạn 5(d) của Tuyên bố Doha có tác động đáng kể đến Điều 6 của Hiệp định TRIPS thì đó chính là các vấn đề liên quan đến sức khoẻ. Tuy nhiên, “sức khoẻ cộng đồng” không có nghĩa là chỉ nhằm vào lĩnh vực dược phẩm. Thuật ngữ này bao gồm các lĩnh vực kinh doanh khác liên quan đến sức khoẻ cộng đồng, như: sản xuất và phân phối các thiết bị y tế, các dịch vụ quản lý bệnh viện, bảo hiểm y tế. Nghĩa là, đoạn 5(d) không chỉ liên quan đến sáng chế mà cả các đối tượng SHTT khác. Đoạn 5(d) cũng không chỉ áp dụng với Điều 6 mà tất cả “các điều khoản trong Hiệp định TRIPS có liên quan đến hết quyền SHTT”¹⁴.

Tuyên bố Doha kết thúc những tranh cãi về cơ chế hết quyền theo quy định của Hiệp định TRIPS. Ngôn ngữ khẳng định trong đoạn 5(d) Tuyên bố Doha chỉ rõ rằng Hiệp định TRIPS trao cho các nước thành viên WTO quyền quyết định về cơ chế hết quyền¹⁵. Hơn nữa, ngoại trừ những đòi hỏi theo quy định của Điều 3 và Điều 4, pháp luật của các thành viên WTO về hết quyền không là đối tượng của bất kỳ quy định nào khác trong Hiệp định TRIPS. Do đó, những lập luận phản đối các quy định mở của Hiệp định TRIPS về cơ chế hết quyền cũng không tồn tại được nữa.

Thứ ba, tồn tại những khác biệt giữa các thành viên WTO trong áp dụng cơ chế hết quyền trước và sau khi thiết lập Hiệp định TRIPS

Vào thời điểm Hiệp định TRIPS được thiết lập, các nước thành viên của Hiệp định chung về Thuế quan và thương mại (GATT) áp dụng các nguyên tắc hết quyền khác nhau¹⁶. Theo nghiên cứu do Diễn đàn Thương mại và Phát triển Liên hiệp quốc (UNCTAD) thực hiện, “Lịch sử thương lượng của Hiệp định TRIPS không có dấu hiệu nào chứng tỏ các nước thành viên đã đạt được thoả thuận về nguyên tắc hết quyền thống nhất vào thời điểm ký kết”¹⁷. Theo nghiên cứu của chúng tôi, từ khi Hiệp định có hiệu lực, các nước vẫn tiếp tục thừa nhận và áp dụng những chính sách hết quyền khác nhau (chẳng hạn, Liên minh Châu Âu áp dụng cơ chế hết quyền khu vực; Nhật Bản áp dụng cơ chế hết quyền quốc tế; Hoa Kỳ áp dụng cơ chế hết quyền quốc gia có ngoại lệ cho sáng chế và nhãn hiệu, cơ chế hết quyền quốc tế cho quyền tác giả). Do đó, lập luận Hiệp định TRIPS áp đặt một cơ chế hết quyền cụ thể cho các thành viên WTO không hợp lý từ thực tiễn và lịch sử đàm phán Hiệp định TRIPS.

3. Một số gợi ý cho các nước thành viên WTO trong áp dụng quy định của Hiệp định TRIPS về cơ chế hết quyền

Như đã phân tích ở trên, Hiệp định TRIPS và Tuyên bố Doha - “thoả thuận tiếp theo” của Hiệp định này - trao quyền tự quyết cho

14 Nuno Pires de Carvalho, *The TRIPS Regime of Trademarks and Designs*, Kluwer Law International 2006, p.145-146.

15 Frederick M. Abbott, *The Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health: Lighting a Dark Corner at the WTO*, *Journal of International Economic Law*, Volume 5, 2002; Carvalho, Nuno Pires de, *The TRIPS Regime of Patent Rights*, 2nd edition, Kluwer Law International, 2005, đoạn 6.6; Carlos M. Correa, *Implication of Doha Declaration of on the TRIPS Agreement and Public Health*, June 2002, p.17-18 <http://www.ggp.up.ac.za/human_rights_access_to_medicines/syllabus/2009/day2/5_CorreaImplicationsoftheDohaDeclaration.pdf> .

16 UNCTAD-ICTSD Project on IPRs and Sustainable Development, *Resource Book on TRIPS and Development*, Cambridge University Press, 2005, p.94.

17 UNCTAD-ICTSD Project on IPRs and Sustainable Development, *Resource Book on TRIPS and Development*, Cambridge University Press, 2005, p.105.

| Tác động | Hết quyền quốc gia | Hết quyền quốc tế | Hết quyền khu vực |
|-----------------------------------|---|--|--|
| Chủ thể nắm giữ quyền SHTT | <ul style="list-style-type: none"> - Quyền SHTT được bảo hộ rộng nhất; - Khả năng kiểm soát theo chiều dọc cao; - Cho phép tối đa hoá lợi nhuận bằng sử dụng mô hình phân biệt giá cấp ba; - Cho phép chia cắt thị trường ở mức độ cao; - Sức ép cạnh tranh với cùng một nhãn hiệu thấp; - Có thể tăng đầu tư vào hoạt động nghiên cứu và phát triển. | <ul style="list-style-type: none"> - Quyền SHTT được bảo vệ hạn chế hơn; - Khả năng kiểm soát theo chiều dọc thấp; - Khả năng phân biệt giá cấp ba bị hạn chế; - Khả năng chia cắt thị trường thấp; - Sức ép cạnh tranh với cùng một nhãn hiệu cao; - Có thể giảm đầu tư vào hoạt động nghiên cứu và phát triển. | <ul style="list-style-type: none"> - Bảo vệ chủ thể nắm giữ quyền SHTT thực hiện việc đưa sản phẩm ra thị trường lần đầu tiên là thị trường Khu vực Kinh tế Châu Âu; - Khả năng kiểm soát theo chiều dọc trong phạm vi khối Khu vực Kinh tế Châu Âu cao; - Cho phép chia cắt thị trường mức độ thấp hơn hết quyền quốc gia nhưng cao hơn hết quyền quốc tế; - Sức ép cạnh tranh với cùng một nhãn hiệu trong phạm vi khối Khu vực Kinh tế Châu Âu thấp; - Có thể giảm hoạt động nghiên cứu và phát triển trong Khu vực Kinh tế Châu Âu. |
| Người tiêu dùng | <ul style="list-style-type: none"> - Khả năng tiếp cận hàng hoá, dịch vụ thấp (ở mức thấp nhất); - Chất lượng sản phẩm có thể được bảo đảm tốt hơn; - Tăng giá bình quân; - Ngăn chặn người tiêu dùng có thu nhập thấp tiếp cận với hàng hoá giá cao. | <ul style="list-style-type: none"> - Khả năng tiếp cận cao với hàng hoá, dịch vụ (ở mức độ cao nhất); - Chất lượng sản phẩm có thể giảm sút; - Giảm giá bình quân; - Giúp người tiêu dùng có khả năng tiếp cận hàng hoá với giá thấp hơn. | <ul style="list-style-type: none"> - Khả năng tiếp cận với hàng hoá và dịch vụ cao hơn so với những người tiêu dùng ở những nước áp dụng cơ chế hết quyền quốc gia; - Chất lượng của hàng hoá, dịch vụ được đảm bảo; - Giá sản phẩm cao so với một số thị trường khác ngoài khối Khu vực Kinh tế Châu Âu. |

các nước thành viên WTO trong xây dựng pháp luật quốc gia về hết quyền sao cho phù hợp với chiến lược phát triển và lợi ích quốc gia. Nhằm áp dụng hiệu quả quy định mở về cơ chế hết quyền của Hiệp định TRIPS, khi xây dựng và áp dụng chính sách, pháp luật về cơ chế hết quyền, dựa trên nghiên cứu của chúng tôi, các quốc gia thành viên WTO có thể xem xét một số gợi ý sau đây:

Thứ nhất, xác định rõ lựa chọn cơ chế hết quyền SHTT phù hợp là vấn đề quan trọng nhất liên quan đến hết quyền SHTT của mỗi quốc gia. Theo nghiên cứu của chúng tôi, áp dụng một cơ chế hết quyền sẽ dẫn đến những tác động nhất định đến lợi ích của chủ thể nắm giữ quyền SHTT, lợi ích

của người tiêu dùng, phát triển kinh tế của mỗi quốc gia và thương mại quốc tế. Cụ thể, mỗi cơ chế hết quyền đều tác động đến lợi nhuận của chủ thể nắm giữ quyền SHTT và đầu tư vào hoạt động nghiên cứu và phát triển; đến giá, số lượng và chất lượng của hàng hoá, dịch vụ; đến đầu tư trực tiếp nước ngoài, chuyển giao công nghệ và dòng hàng hoá lưu chuyển qua biên giới. Hơn nữa, áp dụng mỗi cơ chế hết quyền đều dẫn đến những tác động hai mặt, trong đó bao gồm cả những tác động tích cực và hạn chế. Những tác động này khác biệt giữa các quốc gia, ngành công nghiệp và đối tượng SHTT¹⁸.

Thứ hai, tiến hành đánh giá những tác động của mỗi cơ chế hết quyền, xem xét

18 Để biết thêm chi tiết về những tác động này, xem: Nguyễn Như Quỳnh, *Hết quyền đối với nhãn hiệu trong pháp luật, thực tiễn quốc tế và Việt Nam*, NXB Chính trị quốc gia, năm 2012.

những hạn chế và lợi ích của việc áp dụng mỗi cơ chế trong bối cảnh kinh tế, xã hội cụ thể của quốc gia trước khi ban hành chính sách, pháp luật. Phương pháp phân tích chi phí-lợi ích (cost-benefit analysis)¹⁹ nên được áp dụng khi đánh giá tác động của mỗi cơ chế hết quyền nhằm xác định lợi ích của việc áp dụng cơ chế hết quyền cụ thể có vượt quá những hậu quả bất lợi do cơ chế này gây ra hay không. Nếu lợi ích (benefit) lớn hơn chi phí/bất lợi (cost), cơ chế đó nên được xem xét áp dụng. Dưới đây là kết quả nghiên cứu của chúng tôi về những tác động của mỗi cơ chế hết quyền đối với chủ thể nắm giữ quyền SHTT và đối với người tiêu dùng (xem biểu).

Thứ ba, cơ chế hết quyền phải được thể hiện trong pháp luật quốc gia (sự thể hiện khác nhau đối với các nước thuộc dòng họ pháp luật civil law hoặc common law). Những vấn đề liên quan đến cơ chế hết quyền SHTT được điều chỉnh bởi nhiều lĩnh vực pháp luật khác nhau như pháp luật SHTT, cạnh tranh, hợp đồng, hải quan, quản lý chất lượng hàng hoá. Do đó, các quốc gia cần chú ý sự thống nhất giữa các lĩnh vực pháp luật này.

Thứ tư, có thể lựa chọn những cơ chế hết quyền khác nhau cho các đối tượng SHTT khác nhau dựa trên cơ sở đặc điểm của mỗi đối tượng SHTT và điều kiện kinh



tế - xã hội của mỗi quốc gia gắn với đối tượng SHTT đó.

Thứ năm, có thể thừa nhận ngoại lệ cho cơ chế hết quyền được áp dụng. Tức là, một quốc gia có thể áp dụng cơ chế hết quyền quốc tế có ngoại lệ hoặc áp dụng cơ chế hết quyền quốc gia có ngoại lệ nhằm bảo vệ các nhà sản xuất trong nước. Chẳng hạn, Hoa Kỳ thành công khi áp dụng cơ chế hết quyền quốc gia đối với nhãn hiệu nhưng cho phép NKSS hàng hoá mang nhãn hiệu được bảo hộ “khi chủ sở hữu nhãn hiệu là công ty mẹ, công ty con, hoặc cùng sở hữu với nhà sản xuất nước ngoài”²⁰ “nhằm bảo vệ hãng sản xuất hoặc nhà sản xuất Hoa Kỳ”²¹.

Cuối cùng, một quốc gia có thể áp dụng những cơ chế hết quyền SHTT khác nhau vào những thời điểm khác nhau cho phù hợp và nhằm đạt được các mục tiêu phát triển và lợi ích quốc gia ■

19 Chi tiết về phân tích chi phí-lợi ích, xem: Matthew D. Adler và Eric A. Posner (biên tập), *Cost-Benefit Analysis: Legal, Economic, and Philosophical Perspectives*, The University of Chicago Press, 2001, p.17.

20 *Vụ Kmart Corp. v. Cartier, Inc.*, 486 U.S. 281, 286-287 (1988), đoạn 282.

21 *H.R.Conf.Re. No. 1223*, 67th Cong., 2d Sess., at 158, 1922.

MỐI QUAN HỆ GIỮA TẬP QUÁN THƯƠNG MẠI VỚI CÁC NGUỒN PHÁP LUẬT KHÁC

NGUYỄN MẠNH THẮNG *

1. Thứ tự ưu tiên áp dụng tập quán thương mại

Nói đơn giản, nguồn của pháp luật là nơi chứa đựng các quy tắc pháp luật hoặc các giải pháp pháp lý để áp dụng cho các trường hợp tranh chấp xảy ra trong tương lai. Về mặt lý luận, nguồn của pháp luật được xem là hình thức biểu hiện bên ngoài của pháp luật¹. Các luật gia Việt Nam quan niệm hình thức pháp luật là cách thức mà giai cấp thống trị sử dụng để thể hiện ý chí của giai cấp mình thành pháp luật, và nhận định: “Trong lịch sử đã có ba hình thức được các giai cấp thống trị sử dụng để nâng ý chí của giai cấp mình thành pháp luật là tập quán pháp, tiền lệ pháp và văn bản quy phạm pháp luật (QPPL)”². Trong khi đó, các luật gia trên thế giới có quan niệm rộng rãi hơn về nguồn của pháp luật, có thể bao gồm:

- (1) Văn bản pháp luật: văn bản lập pháp và văn bản lập pháp ủy quyền;
- (2) Tiền lệ pháp: báo cáo pháp luật và án lệ;
- (3) Tập quán pháp;

- (4) Thói quen ứng xử;
- (5) Hợp đồng giữa các bên;
- (6) Học thuyết pháp lý;
- (7) Lễ công bằng.

Các loại nguồn này của pháp luật được gộp lại trong hai loại lớn hơn - đó là nguồn pháp luật thành văn và nguồn pháp luật bất thành văn. Văn bản QPPL hay các văn bản lập pháp và các văn bản lập pháp ủy quyền được xem là nguồn pháp luật thành văn. Các nguồn còn lại được xếp vào nguồn pháp luật bất thành văn vì chúng không được ban hành vào một thời điểm cụ thể bởi cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Nhiều khi thuật ngữ “thành văn” hay “bất thành văn” khiến người ta liên tưởng tới việc thể hiện bằng văn bản hoặc không thể hiện bằng văn bản của các quy tắc pháp luật. Nhưng thực chất theo nghĩa pháp lý, luật thành văn là một tập hợp các quy tắc xử sự được ghi nhận hay quy định trong một hình thức văn bản nhất định do cơ quan nhà nước có thẩm quyền ban hành theo đúng trình tự và thẩm quyền tại một thời điểm xác định. Các quy tắc xuất hiện thiếu một trong các đặc tính như vậy

* *ThS, Tổng giám đốc Công ty cổ phần Đầu tư đô thị và Khu công nghiệp Sông Đà 7*

¹ Khoa Luật - Trường Đại học Tổng hợp Hà Nội, *Giáo trình lý luận chung về Nhà nước và Pháp luật*, Hà Nội, 1993, tr. 345

² Trường Đại học Luật Hà Nội, *Giáo trình lý luận Nhà nước và Pháp luật*, Nxb Công an Nhân dân, Hà Nội, 2009, tr. 353

được xem là luật bất thành văn. Tập quán pháp là một trong những loại nguồn pháp luật bất thành văn, nhưng nhiều khi được người ta tập hợp và ghi chép lại dưới dạng văn bản, chẳng hạn như những sách nói về luật tục của đồng bào các dân tộc ít người hay những sách ghi chép các quy tắc tập quán thương mại do một hoặc một số tác giả nghiên cứu, sưu tập và xuất bản...

Theo một cách phân loại khác dựa trên vai trò của các loại nguồn trong các hệ thống pháp luật cụ thể, nguồn pháp luật có thể được phân loại thành nguồn chính thức và nguồn bổ sung. Nguồn chính thức có vai trò chính yếu và thường xuyên trong việc cung cấp các quy tắc pháp luật hay các giải pháp cho hoạt động xét xử. Nguồn bổ sung chỉ cung cấp các giải pháp cho việc giải quyết các tranh chấp khi các giải pháp như vậy không được tìm thấy tại các nguồn chính thức và bị ràng buộc vào những điều kiện áp dụng chặt chẽ và thường không thể vượt qua được các nguyên tắc đã được đặt ra bởi các nguồn chính thức. Tuy nhiên, việc sử dụng các loại nguồn dù chính thức hay bổ sung đều phải bảo đảm sự công bằng. Do đó, việc sử dụng các loại nguồn cần có sự linh động.

Trong các truyền thống pháp luật và trong các hệ thống pháp luật cụ thể, việc chấp nhận các loại nguồn pháp luật và thứ tự ưu tiên các loại nguồn có thể khác nhau. Tuy nhiên, tập quán pháp được xem là một loại nguồn pháp luật ở hầu hết các nền tài phán. Tập quán pháp có thể được xem là loại nguồn chính thức trong hệ thống pháp luật này, nhưng có thể được xem là loại nguồn bổ sung trong hệ thống pháp luật khác. Có những nhà luật học so sánh phân loại pháp

luật của các nước trên thế giới thành các hệ thống pháp luật như: Civil Law System, Common Law System, Islamic Law System, Customary Law System và Mixed Legal System³. Theo cách phân loại này, tập quán pháp là loại nguồn quan trọng và phổ biến trong các nước có hệ thống pháp luật tập quán (Customary Law System).

Các nước thuộc họ Pháp luật xã hội chủ nghĩa (XHCHN) theo truyền thống Sovietique Law thường chỉ xem văn bản QPPL là nguồn của pháp luật. Vì vậy, các luật gia thuộc họ pháp luật này đôi khi phân biệt giữa pháp luật và tập quán. Bên cạnh đó cũng có quan điểm cho rằng, trong thời kỳ quá độ đi lên chủ nghĩa xã hội, có những tập quán tiến bộ thể hiện truyền thống và đạo đức dân tộc được nhà nước XHCHN vẫn tôn trọng và tạo điều kiện cho chúng phát huy tác dụng⁴. Vì vậy các luật gia ở Việt Nam thường định nghĩa: “Pháp luật là hệ thống các quy tắc xử sự do nhà nước ban hành (hoặc thừa nhận) và bảo đảm thực hiện, thể hiện ý chí của giai cấp thống trị trong xã hội, là yếu tố điều chỉnh các quan hệ xã hội nhằm tạo ra trật tự và ổn định trong xã hội”⁵. Các quy tắc pháp luật tập quán chính là các quy tắc pháp luật được nhà nước thừa nhận để điều chỉnh các quan hệ xã hội. Như vậy, các quy tắc tập quán vẫn có thể được áp dụng như một loại nguồn pháp luật bổ sung tại Việt Nam. Thực tế hiện nay một số đạo luật trong lĩnh vực luật tư các đặt ra các nguyên tắc áp dụng tập quán để giải quyết các tranh chấp. Và trong thực tiễn tư pháp, tòa án đã áp dụng một số tập quán để giải quyết các tranh chấp, nhất là các tranh chấp thương mại có yếu tố nước ngoài. Truyền thống Sovietique Law chỉ

3 Ngô Huy Cương, *Góp phần bàn về cải cách pháp luật ở Việt Nam hiện nay*, Nxb Tư pháp, Hà Nội, 2006, tr. 227

4 Trường Đại học Luật Hà Nội, *Giáo trình lý luận nhà nước và pháp luật*, Sđd. tr. 354

5 Khoa Luật - Trường Đại học Tổng hợp Hà Nội, *Giáo trình lý luận chung về Nhà nước và Pháp luật*, Sđd, tr. 226

6 René David and John E.C. Brierley, *Major Legal Systems in the World Today, Second Edition, The Free Press, New York. London. Toronto. Sydney. Tokyo. Singapore, 1975, p. 254.*

xem tập quán có vai trò trong chừng mực có ích cho việc giải thích hay áp dụng pháp luật thành văn hoặc trong rất ít trường hợp bản thân tập quán hay thói quen ứng xử được pháp luật thành văn đề cập tới⁶.

Theo Mary Ann Glendon, Paolo G. Carozza, Colin B. Picker, về mặt lý thuyết, trong truyền thống Civil Law, tập quán là loại nguồn pháp luật đầu tiên, nhưng bị coi thường trong thực tiễn⁷. Tuy nhiên tập quán trong truyền thống pháp luật này có vai trò lớn hơn vai trò của tập quán trong truyền thống Sovietique Law. Các chế độ cũ ở Việt Nam trong thời kỳ Pháp thuộc và trước khi thống nhất đất nước cũng theo truyền thống Civil Law. Do đó có luật gia giải thích về vai trò và thứ tự ưu tiên của tập quán pháp như sau: “Ở trong nền pháp luật Tây phương, tục lệ được coi là một nguồn gốc của dân luật để bổ khuyết những chỗ thiếu sót trong luật pháp. Vì vậy, nguồn gốc này chỉ có tính cách bổ sung, và chỉ áp dụng khi không có điều khoản nào của trong luật pháp. Nó không thể đi trái với các điều khoản của luật pháp”⁸. Thực tế, quan niệm về vai trò và thứ tự ưu tiên áp dụng tập quán pháp có sự khác biệt giữa các hệ thống pháp luật trong họ Pháp luật La Mã - Đức. Theo René David, các luật gia Pháp xem một phần nào đó của tập quán đã lỗi thời với tư cách là một nguồn của pháp luật kể từ khi tính vượt trội không thể chối cãi được của văn bản lập pháp được thừa nhận. Ở Ý và Áo chỉ áp dụng tập quán khi các quy định của văn bản lập pháp quy định rõ ràng. Còn ở Đức, Thụy Sĩ và Hy Lạp, xuất phát từ việc xem pháp luật là sản phẩm của

lượng tâm phổ biến, nên có khuynh hướng coi văn bản lập pháp và tập quán là hai loại nguồn pháp luật ngang bằng nhau⁹.

Mặc dù đều coi trọng pháp điển hóa và xây dựng các bộ luật mà mỗi bộ luật cố gắng bao quát các quy tắc của cả một ngành luật, nhưng việc áp dụng các bộ luật trong sự cân đối với áp dụng các tập quán cũng có sự khác nhau ở các nước thuộc Civil Law.

Ở Tây Ban Nha có nhiều xứ mà tại đó, tập quán được ưu tiên áp dụng trên cả Bộ luật Dân sự (BLDS)¹⁰. Tại xứ Catalonia của Tây Ban Nha, BLDS không áp dụng đối với những vấn đề đã được luật tập quán địa phương điều chỉnh. Hệ thống pháp luật Đức cho phép ưu tiên áp dụng tập quán trên cả luật thành văn trong một số trường hợp. Còn hệ thống pháp luật Pháp cũng coi tập quán là một loại nguồn pháp luật bổ sung nhưng không loại trừ luật thành văn¹¹.

BLDS Bắc Kỳ 1931 tại Điều thứ 1453 cho phép duy trì một số phong tục, tập quán riêng biệt của các dân tộc ít người ở phía Bắc, có nghĩa là tập quán pháp trong chừng mực nào đó theo Bộ luật này có thứ tự ưu tiên áp dụng cao hơn đạo luật¹². Điều 1 Bộ luật Thương mại (BLTM) Czech 1996 quy định thứ tự ưu tiên áp dụng pháp luật cho các tranh chấp thương mại cụ thể như sau:

(1) Ưu tiên số một: áp dụng các quy định cụ thể của BLTM;

(2) Ưu tiên số hai: áp dụng các quy định của BLDS (nếu không thể giải quyết được tranh chấp theo các quy định của BLTM);

7 Mary Ann Glendon, Paolo G. Carozza, Colin B. Picker, *Comparative Legal Traditions in a Nutshell*, Third edition, Thomson West, 2008, p. 131

8 Vũ Văn Mẫu, *Dân- luật khái- luận*, in lần thứ hai, Bộ Quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1960, tr. 295

9 René David and John E.C. Brierley, *Tlđđ*, p. 119

10 Ngô Huy Cương, *Cụ thể hóa quan điểm về tập quán pháp theo Nghị quyết số 48- NQ/TW của Bộ Chính trị, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 3+4 (164+165) tháng 2/2010*, tr. 77

11 Mary Ann Glendon, Paolo G. Carozza, Colin B. Picker, *Comparative Legal Traditions in a Nutshell*, Third edition, Thomson West, 2008, p. 131

12 Ngô Huy Cương, *Tlđđ*, tr. 77

(3) Ưu tiên số ba: áp dụng thói quen hay tập quán thương mại (nếu không thể giải quyết được tranh chấp theo các quy định của BLDS)

(4) Ưu tiên số bốn: áp dụng các nguyên tắc của BLTM (nếu không có thói quen hoặc tập quán thương mại liên quan).

BLTM Nhật Bản 1899 đưa ra thứ tự ưu tiên các loại nguồn khác với BLTM Czech 1996. Theo Bộ luật này: nếu một tranh chấp thương mại được đưa ra giải quyết thì trước hết áp dụng các quy định của Bộ luật này; nếu không có các quy định như vậy thì áp dụng tập quán thương mại; và nếu không có một tập quán như vậy thì áp dụng các quy định của BLDS¹³.

Các khảo sát trên cho thấy, ở những nước Civil Law xây dựng hai bộ luật (BLDS và BLTM) phải cân nhắc tới thứ tự ưu tiên áp dụng giữa BLTM, BLDS và tập quán thương mại. Do đó, việc áp dụng luật trở nên phức tạp, hơn nữa gây khó khăn cho việc áp dụng các quy tắc tập quán. Việc áp dụng pháp luật ở những nước Civil Law xây dựng một bộ luật áp dụng cho cả quan hệ dân sự và quan hệ thương mại có sự khác biệt. Chẳng hạn BLDS và Thương mại Thái Lan quy định tại Điều 4 liên quan tới vấn đề áp dụng luật và thứ tự ưu tiên các loại nguồn như sau:

“Luật phải được áp dụng đối với tất cả các vụ việc nằm trong phạm vi chữ và nghĩa của bất kỳ quy định nào của nó.

Khi không có quy định có thể áp dụng, vụ việc phải được quyết định phù hợp với tập quán địa phương.

Nếu không có tập quán như vậy, vụ việc phải được quyết định bởi áp dụng tương tự

với quy định gần gũi nhất có thể áp dụng được, và, nếu không có quy định như vậy thì áp dụng tương tự với các nguyên tắc chung của pháp luật”.

Việc không có thêm một Bộ luật tham gia vào quá trình chia sẻ thứ tự ưu tiên áp dụng làm cho các tầng nấc hay các lược đồ áp dụng luật cho các vụ việc cụ thể trở nên đỡ phức tạp hơn, do đó việc áp dụng luật có thể chính xác hơn. Tuy nhiên hiện nay các nước theo thuyết nhất nguyên không nhiều, bao gồm: Ý, Hà Lan, Thái Lan, Québec (Canada), Nga, Thụy Sĩ...

Các nước theo truyền thống Common Law có lịch sử hình thành, phát triển và cấu trúc hệ thống pháp luật không giống với các nước theo truyền thống Civil Law. Common Law được phát triển trên nền tảng các tập quán của các bộ lạc Giéc-manh sinh sống tại Anh Quốc từ thời kỳ Trung cổ và các tập quán địa phương. Tập quán thương mại hay tập quán của các thương nhân cũng đã xâm nhập vào common law (với tư cách là một nguồn pháp luật)¹⁴. Tuy nhiên, luật của Anh không phải là luật tập quán. Tập quán được xem là loại nguồn thứ ba bổ sung cho văn bản lập pháp và tiền lệ pháp¹⁵.

Pháp luật Hoa Kỳ được xây dựng trên hình mẫu pháp luật Anh, tuy nhiên có điểm riêng biệt liên quan tới vấn đề pháp điển hóa. BLTM Nhất thể (UCC) của Hoa Kỳ tuyên bố chính sách khuyến nghị các Tiểu bang thông qua như sau: (1) đơn giản hóa, minh bạch hóa và hiện đại hóa pháp luật điều chỉnh các giao dịch thương mại; (2) cho phép mở rộng hoạt động thương mại thông qua tập quán, thói quen ứng xử và thỏa thuận giữa các bên; và (3) nhất thể hóa pháp luật giữa các nền tài phán khác nhau (Điều 1-102). Tập quán thương mại ở đây được

13 Ngô Huy Cường, *Tlđđ*, tr. 75

14 Ngô Huy Cường, *Luật so sánh, Bài giảng điện tử*

15 René David and John E.C. Brierley, *Major Legal Systems in the World Today*, *Tlđđ*, p. 358

không những được chú ý, mà còn được coi trọng và có thứ tự ưu tiên cao.

Ở các nước theo pháp luật Hồi giáo (Islamic Law hay Muslim Law) người dân hay tín đồ đã và đang sống phù hợp với tập quán trong khi thừa nhận các giá trị và quyền lực của pháp luật Hồi giáo mặc dù tập quán không bao giờ trở thành một bộ phận của hệ thống pháp luật này. Tuy nhiên, ngoại lệ, pháp luật Hồi giáo được bổ sung thêm một số quy tắc tập quán mà trong đó có cả tập quán thương mại¹⁶.

Các nước Châu Phi có đời sống pháp lý phụ thuộc vào luật tục của tổ tiên và tự nguyện tuân thủ nó bởi mỗi người đều có tư tưởng phải sống như tổ tiên của người đó đã từng sống¹⁷. Trong một hệ thống pháp luật tập quán như vậy, bản thân thủ tục giải quyết các tranh chấp cũng tuân thủ các quy tắc tập quán mà hầu hết là quy tắc liên quan tới việc giải quyết thân ái giữa các bên. Khuynh hướng giải quyết tranh chấp như vậy hiện có tại luật tục ở Tây Nguyên (Việt Nam).

Trong thương mại quốc tế, Unidroit xuất phát từ quan niệm: tập quán (nếu được áp dụng) ràng buộc các bên như các điều khoản ngầm định trong hợp đồng, do đó xem tập quán có giá trị áp dụng cao hơn những quy định của Bộ nguyên tắc về hợp đồng thương mại quốc tế¹⁸. Theo nghĩa này, tập quán có thứ tự ưu tiên áp dụng cao hơn các quy định của luật thành văn, bởi lẽ khi có một tranh chấp xảy ra giữa các bên trong quan hệ hợp đồng, thì hợp đồng phải là nguồn pháp luật đầu tiên được xem xét để rút ra các giải pháp để giải quyết tranh chấp.

2. Vai trò của tập quán thương mại trong việc phát triển các nguồn pháp luật khác

Tập quán có vai trò không thể phủ nhận trong việc phát triển văn bản QPPL, nhất là các đạo luật về thương mại. Các quy tắc tập quán của các thương nhân ngày nay đã được pháp điển hóa thành các đạo luật về thương mại ở hầu hết các nước.

Khi nghiên cứu về luật tục ở Việt Nam, có khuynh hướng cho rằng: “Nhà nước lựa chọn, thừa nhận các quy phạm xã hội mang tính phổ biến, khái quát của Luật tục, “đề lên thành luật” các quy phạm đó. Đây là hình thức qua con đường lập pháp để chuyển các quy phạm xã hội thành QPPL”¹⁹.

Quy tắc của luật tục theo quan niệm trên được xem là quy tắc xã hội đơn thuần, nhưng có vai trò trong việc phát triển các quy tắc pháp luật bởi tính khái quát và phổ biến của nó. Bên cạnh đó có quan niệm đầy đủ và sát hợp hơn với mối quan hệ giữa luật tục và nguồn văn bản QPPL, như: “Luật tục không thuần túy là “luật”, và tất nhiên cũng không phải hoàn toàn là “tục”, mà nó là hình thức trung gian, chuyển tiếp giữa luật và tục; hay nói cách khác, nó là hình thức phát triển cao của phong tục, tục lệ và là hình thức sơ khai, hình thức tiền luật pháp. Chính vì thế, hình thức luật tục này phù hợp với các xã hội tiền công nghiệp, phù hợp với các cộng đồng nhỏ gắn với từng nhóm tộc người, từng địa phương cụ thể. Đặc trưng này của luật tục không chỉ cung cấp tư liệu thực tế, giúp cho các nhà nghiên cứu lịch sử pháp luật, mà còn là cơ sở thực tiễn cho việc kế thừa luật tục trong xây dựng pháp luật và ngược lại “luật pháp hóa luật tục” như một số người quan niệm”²⁰.

16 René David and John E.C. Brierley, *Major Legal Systems in the World Today*, Tlđđ, p. 432- 433

17 René David and John E.C. Brierley, *Major Legal Systems in the World Today*, Tlđđ, p. 505

18 Unidroit, *Bộ nguyên tắc của Unidroit về hợp đồng thương mại quốc tế 2004*, bản dịch tiếng Việt với sự tài trợ của Tổ chức quốc tế Pháp ngữ, Nxb Tư pháp, Hà Nội, 2005, tr. 66

19 Lê Hồng Sơn, “Khái niệm, vị trí, vai trò và một số nội dung chính của luật tục từ góc độ nghiên cứu pháp luật”, *Tọa đàm Luật tục trong mối quan hệ với luật dân sự*, Hà Nội, 22/02/2001

20 Ngô Đức Thịnh, “Luật tục và luật pháp”, *Tọa đàm Luật tục trong mối quan hệ với luật dân sự*, Hà Nội, 22/02/2001

Mặc dù có thể nói, các nhận thức trên về luật tục trong mối quan hệ với pháp luật đều xuất phát từ quan niệm pháp luật theo trường phái thực chứng pháp lý cực đoan, có nghĩa là chỉ thừa nhận một loại nguồn của pháp luật là văn bản QPPL do nhà nước ban hành, nhưng lại cho thấy một cách nhìn nhận rất đáng lưu ý về vai trò lớn của tập quán hay luật tục trong việc phát triển nguồn văn bản QPPL.

Thực tế trong lĩnh vực thương mại, các quy tắc tập quán có vai trò rất rộng lớn và có tính quốc tế cao, không chỉ dừng lại trong một cộng đồng nhỏ có tính cách địa phương. Do đó, chúng có vai trò lớn hơn rất nhiều trong việc xây dựng các văn bản QPPL. Bởi thế Luật Thương mại 2005 của Việt Nam đề cao nguyên tắc áp dụng tập quán. Nếu không sự đề cao này thì sẽ khó khăn trong việc giao thương quốc tế. Nhưng nếu đề cao rồi mà các quy tắc tập quán thương mại khác hẳn hay trái ngược với các nguyên tắc và các quy tắc cơ bản khác của luật thành văn, thì việc đề cao đó không thành hiện thực. Vì vậy việc làm hài hòa hóa các quy tắc tập quán và các quy tắc của luật thành văn là rất cần thiết. Nói cách khác cần xem xét tới các quy tắc tập quán trong việc xây dựng văn bản QPPL.

Tập quán nói chung và tập quán thương mại nói riêng còn có vai trò quan trọng trong việc thúc đẩy sự phát triển của tiền lệ pháp. Nghiên cứu pháp luật Anh, người ta thấy vai trò không nhỏ của các tập quán thương mại trong việc hình thành nên các quyết định xét xử với ý nghĩa là một loại nguồn phổ biến ở Anh Quốc và các nước khác theo truyền thống Common Law. Trong công trình nghiên cứu về tập quán pháp, Ngô Huy

Cương cho rằng: “Khi áp dụng tập quán có thể tạo ra tiền lệ, chẳng hạn phán quyết của tòa án trong vụ “Cây chà 19 tiếng” có thể tạo ra tiền lệ cho vấn đề đại diện - một chế định được xem là trung tâm của luật tư mà nhà làm luật Việt Nam có khuynh hướng kiểm soát chặt chẽ bằng các quy định của văn bản QPPL để bảo vệ quyền của người được đại diện. Vì vậy khi áp dụng tập quán, thẩm phán cần có tầm nhìn rộng ra cả các chế định pháp luật khác”²¹.

Tập quán hay luật tục còn có tầm ảnh hưởng tới các học thuyết pháp lý - một loại nguồn của pháp luật. Khi nghiên cứu luật tục, nhiều học thuyết pháp lý được hình thành và có ảnh hưởng tới đời sống pháp lý. Chẳng hạn các học thuyết về dân chủ cơ sở, tổ hòa giải, quy ước nông thôn mới, và học thuyết sử dụng tập quán thương mại...

Ở một khía cạnh nhất định, tập quán còn tác động tới nhận thức và lý giải về lẽ công bằng (với tính cách là một nguồn của pháp luật, được áp dụng khi không tìm được các giải pháp giải quyết tranh chấp từ các loại nguồn khác). Đây được xem là nguồn pháp luật ở tầng sâu nhất liên quan đến các nhận thức và quan điểm về pháp luật nói chung²². Và theo một nghĩa nào đó, các nhận thức và các quan điểm này bị chi phối bởi các tập quán.

Tóm lại, tập quán không chỉ bù đắp các khiếm khuyết của luật thành văn trong việc điều tiết các quan hệ dân sự, thương mại, mà còn có vai trò quan trọng trong việc phát triển các loại nguồn pháp luật khác như: văn bản QPPL, tiền lệ pháp, học thuyết pháp lý và lẽ công bằng ■

21 Ngô Huy Cương, *Cụ thể hóa quan điểm về tập quán pháp theo Nghị quyết số 48-NQ/TW của Bộ Chính trị, Tlđd*, tr. 74

22 Ngô Huy Cương, *Pháp luật nghĩa vụ cho cao học, Bài giảng điện tử, Tlđd*