

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

ISSN 1859 - 2953

www.nclp.org.vn

VĂN PHÒNG QUỐC HỘI

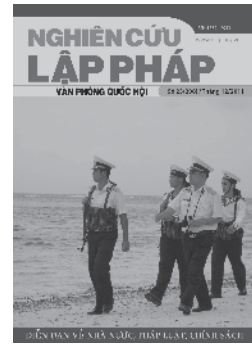
Số 23(208) / Tháng 12/2011



DIỄN ĐÀN VỀ NHÀ NƯỚC, PHÁP LUẬT, CHÍNH SÁCH

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn



Mục lục

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT BÀN VỀ LẬP HIẾN

- 5** Chế định quyền con người với việc sửa đổi Hiến pháp: tiếp cận từ sự bổ sung, phát triển lý luận của Đảng ta
TS. Hoàng Văn Nghĩa
- 11** Các hình thức phát triển của Hiến pháp - kinh nghiệm của Đức và Việt Nam
TS. Lương Minh Tuân
- 18** Quyền tự do giao kết hợp đồng ở Việt Nam - lý luận và thực tiễn
ThS. Phan Thông Anh

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 25** Một số nội dung cơ bản của Dự thảo Luật Giáo dục đại học
PGS, TS. Chu Hồng Thanh
- 29** Kiến nghị hoàn thiện Dự thảo Luật Xử lý vi phạm hành chính
ThS. Lê Ngọc Thạch
- 35** Điều tra thân thiện đối với người chưa thành niên
ThS. Lê Minh Thắng

CHÍNH SÁCH

- 41** Đề xuất giải pháp quản lý và sử dụng lao động nước ngoài tại Việt Nam
ThS. Phan Thị Thanh Huyền

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 47** Hòa giải - một phương thức giải quyết tranh chấp thay thế
ThS. Dương Quỳnh Hoa
- 56** Hoàn thiện pháp luật về tội mua dâm người chưa thành niên
ThS. Nguyễn Thị Ngọc Hoa

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 61** Quan điểm về tội phạm của một số nước trong bối cảnh toàn cầu hóa
TS. Nguyễn Minh Đức

HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

TS. NGUYỄN SĨ DỪNG (CHỦ TỊCH)
GS, TS. ĐÀO TRỌNG THỊ
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: 080-48486/ 44078
FAX: 080-48486
Email: nclp@qh.gov.vn
Website: www.nclp.org.vn

THIẾT KẾ:

NGUYỄN ANH VŨ

GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:

Số 117/GP-NGÀY 30-3-2001
CỦA BỘ VH TT

PHÁT HÀNH:

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

TÀI KHOẢN:

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

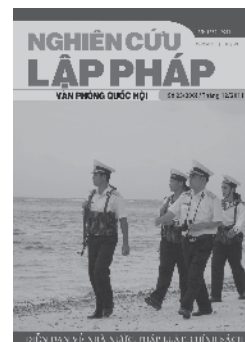
IN TẠI CÔNG TY CP IN KHKT

GIÁ: 15.000 ĐỒNG

Ảnh bìa: Hải quân Việt Nam tuần tra giữ vững chủ quyền biển đảo
Nguồn: Minh Anh - (www.dangcongsan.vn)

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn



Legis 12/2011

STATE AND LAW

DISCUSSION ON CONSTITUTION

- 5** Regulation on human rights and the Constitution's amendment: access from the addition and the development to our Party's theory

Dr. Hoang Van Nghia

- 11** The forms of the Constitution's development - experience from Germany and Vietnam

Dr. Muong Minh Tuan

- 18** The freedom to contract in Vietnam - theory and practice

LLM. Phan Thong Anh

DISCUSSION OF BILLS

- 25** Some basic contents of the draft Law on Higher Education

Prof, Dr. Chu Hong Thanh

- 29** Recommendations to complete the draft Law on Handling of Administrative Violations

LLM. Le Ngoc Thanh

- 35** Child- friendly investigation toward minors

LLM. Le Minh Thang

POLICIES

- 41** Proposed solutions of management and use of foreign workers in Vietnam

LLM. Phan Thi Thanh Huyen

LEGAL PRACTICE

- 47** Mediation - an alternative method of dispute resolution

LLM. Duong Quynh Hoa

- 56** To improve the law on accusation to clients of child prostitution

LLM. Nguyen Thi Ngoc Hoa

FOREIGN EXPERIENCE

- 61** Views on crime in some countries in the globalization context

Dr. Nguyen Minh Duc

EDITORIAL:

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

EDITOR-IN-CHIEF:

Dr. PHAM VAN HUNG

VICE EDITOR-IN-CHIEF:

NGUYEN QUANG MINH

OFFICE:

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

DESIGN:

NGUYEN ANH VU

LICENSE OF PUBLISMENT:

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

DISTRIBUTION:

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

ACCOUNT NUMBER:

0011000467735
LEGISLATIVE STUDY MAGAZINE
VIETCOMBANK

PRINTED IN SCIENCE TECHNOLOGY
PRINTING COMPANY

Price: 15,000 VND

CHẾ ĐỊNH QUYỀN CON NGƯỜI VỚI VIỆC SỬA ĐỔI HIẾN PHÁP: TIẾP CẬN TỪ SỰ BỔ SUNG, PHÁT TRIỂN LÝ LUẬN CỦA ĐẢNG TA

■ HOÀNG VĂN NGHĨA*

1. Chủ quyền tối cao thuộc về nhân dân

Hiến pháp xác lập chủ quyền tối cao thuộc về nhân dân. Nhân dân là chủ thể, tiền đề và mục đích cao nhất của quá trình lập hiến và lập pháp. Thực tiễn quốc gia và bối cảnh quốc tế có những biến chuyển lớn lao trong suốt hơn 20 năm qua kể từ khi Đảng ta khởi xướng công cuộc Đổi mới. Nhận thức lý luận của Đảng ta cũng có những sự điều chỉnh, bổ sung và phát triển mạnh mẽ; thể hiện đậm nét qua các kỳ Đại hội của Đảng. Yêu cầu về việc sửa đổi Hiến pháp phù hợp với chủ trương, đường lối của Đảng và trong tình hình mới là một nguyện vọng chính đáng, tha thiết của toàn thể nhân dân và là nhu cầu cấp thiết. Chính vì vậy, Đại hội Đảng XI đã xác định một trong những nhiệm vụ ưu tiên là “khẩn trương nghiên cứu, sửa đổi, bổ sung Hiến pháp 1992... phù hợp với tình hình mới”¹.

Nhân dân là chủ thể của quyền lực nhà nước. Chủ quyền tối cao trong nguyên tắc tổ chức và hoạt động của Nhà nước cũng như toàn bộ hệ thống chính trị nói chung thuộc về

nhân dân. Cách đây hơn 60 năm, Chủ tịch Hồ Chí Minh đã trịnh trọng tuyên bố “Nước ta là nước dân chủ. Bao nhiêu lợi ích đều vì dân. Bao nhiêu quyền hạn đều của dân... Chính quyền từ xã đến Chính phủ trung ương do dân cử ra... quyền hành và lực lượng đều ở nơi dân”². Cương lĩnh xây dựng đất nước trong thời kỳ quá độ lên chủ nghĩa xã hội (bổ sung, phát triển năm 2011- gọi tắt là Cương lĩnh năm 2011) của Đảng ta một lần nữa tái khẳng định nguyên tắc kim chỉ nam và bất di, bất dịch trong tổ chức và hoạt động của bộ máy nhà nước Việt Nam là “Nhà nước ta là Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa (XHCHN) của nhân dân, do nhân dân và vì nhân dân. Tất cả quyền lực Nhà nước thuộc về nhân dân...”³. Quan điểm này của Đảng xuyên suốt mọi đường lối cách mạng, xây dựng và phát triển đất nước nhằm bảo đảm không ngừng các quyền và tự do cơ bản của mỗi người dân Việt Nam. Đây cũng chính là nguyên tắc nền tảng cho việc lập Hiến và lập pháp. Nó cũng là một nguyên tắc phản ánh tinh thần nhân văn

(* TS. Viện Nghiên cứu Quyền con người, Học viện Chính trị - hành chính quốc gia Hồ Chí Minh.

(1) Đảng Cộng sản Việt Nam, Văn kiện Đại hội Đại biểu toàn quốc lần thứ XI, Nxb. Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 2011, tr. 247.

(2) Hồ Chí Minh, Toàn tập, Tập 5, Nxb. Chính trị Quốc gia, H.1995, tr. 698.

(3) Đảng Cộng sản Việt Nam, tldđ, tr. 85.

và tiến bộ của nhân loại đã được Chủ tịch Hồ Chí Minh sớm lĩnh hội và vận dụng sáng tạo, triệt để vào thực tiễn Việt Nam. Đó là “Việc gì có lợi cho dân, ta phải hết sức làm; việc gì hại đến dân, ta phải hết sức tránh”⁴ và nguyên tắc “Trăm điều phải có thần linh pháp quyền”. Vì vậy, Điều 1 của Hiến pháp đầu tiên của nước ta (Hiến pháp 1946) đã khẳng định “Tất cả quyền bính trong nước là của toàn thể nhân dân Việt Nam, không phân biệt nòi giống, gái trai, giàu nghèo, giai cấp, tôn giáo”.

Sự phát triển nhận thức của Đảng ta về chủ quyền tối cao thuộc về nhân dân còn thể hiện ở chỗ mở rộng sự tham gia vào đời sống chính trị - xã hội (không gian chính trị) của nhân dân không chỉ trong tổ chức, hoạt động của Nhà nước, của toàn bộ hệ thống chính trị, mà còn bên ngoài Nhà nước, ngoài hệ thống chính trị. Đó là thông qua các tổ chức xã hội, tổ chức cộng đồng và thông qua việc thực hành dân chủ trực tiếp của người dân bằng các hình thức khác nhau.

Quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân. Nhân dân ủy quyền cho các cơ quan Nhà nước thông qua những người đại diện cho mình. Chủ quyền tối cao của nhân dân, một phần quan trọng (nếu như không nói là quan trọng nhất) chuyển thành quyền lực nhà nước. Tuy nhiên, do đặc tính cố hữu của thiết chế nhà nước và thiết chế chính trị nói chung, chủ quyền tối cao của nhân dân không bao giờ (và sẽ không thể như vậy) chuyển toàn bộ hay “nhập” hoàn toàn vào quyền lực nhà nước. Trái lại, nhân dân vẫn luôn “giữ” lại hay “sở hữu vốn có” phần còn lại cái chủ quyền mà không trao trọn cho Nhà nước hay thiết chế chính trị nói chung. Những quyền thiêng liêng ấy, là bất khả xâm phạm, và nó được hiện hữu ở những không gian chính trị bậc hai (ở tầng sâu thẳm) lẫn khuất qua các khuôn mẫu đạo đức, văn hóa, tâm linh, ứng xử và giao tiếp xã hội rộng mở của nhân dân. Hiển nhiên, điều này tất yếu đưa đến việc nhân dân cần nhiều hình thức khác nhau để hiện

thực hóa các quyền.

Một trong những hình thức trực tiếp thực hành chủ quyền tối cao hay quyền dân chủ của nhân dân đó là thông qua sự tham gia rộng rãi của họ vào đời sống chính trị - xã hội một cách trực tiếp ở các hình thức phi thiết chế nhà nước và phi chính trị. Các tổ chức xã hội, quần chúng nhân dân, từ thiện, cộng đồng tự quản, ... là các trụ cột cốt yếu của thiết chế xã hội nói chung mà ở đó sự thiếu vắng bất cứ thành tố nào đều hạn chế khả năng mở rộng và hiện thực hóa đầy đủ các quyền và tự do cơ bản của công dân.

2. Sự bổ sung, phát triển lý luận của Đảng ta về quyền con người

Lần đầu tiên Cương lĩnh xây dựng đất nước trong thời kỳ quá độ lên chủ nghĩa xã hội (bổ sung, phát triển năm 2011) sử dụng các khái niệm “phẩm giá” với tính cách là nội dung then chốt của các quyền con người cũng như bổ sung cụm từ “bảo vệ”, “bảo đảm” (bên cạnh cụm từ “tôn trọng”) vào trong nguyên tắc hiện thực hóa các quyền con người. Chẳng hạn, Cương lĩnh năm 2011 xác định “xây dựng một xã hội dân chủ, công bằng, văn minh, vì lợi ích chân chính và phẩm giá con người”⁵. Cương lĩnh năm 2011 đã bổ sung quan điểm “con người là chủ thể phát triển”, “tôn trọng và bảo vệ quyền con người, gắn quyền con người với quyền và lợi ích của dân tộc, đất nước và quyền làm chủ của nhân dân”, cũng như khẳng định “bảo đảm quyền được thông tin, quyền tự do sáng tạo của công dân”⁶. Rõ ràng, Cương lĩnh đã thể hiện một bước phát triển mới trong nhận thức của Đảng về quyền con người, theo đó không chỉ xem các quyền con người trong giới hạn bởi các quyền công dân, đồng thời đặc biệt nhấn mạnh đến vai trò và nghĩa vụ của Nhà nước trong việc tôn trọng và bảo đảm (bảo vệ và thực hiện) các quyền con người và quyền công dân. Đây chính là sự phản ánh đậm nét nguyên tắc nền tảng của quyền con

(4) Thư Hồ Chủ tịch gửi Ủy ban nhân dân các Kỳ, tỉnh, huyện và làng, Báo Cứu quốc số 69 ngày 17/10/1945.

(5) Đảng Cộng sản Việt Nam, tldđ, tr. 76.

(6) Đảng Cộng sản Việt Nam, tldđ, tr. 76.

người: quyền con người chỉ ra chủ thể của quyền (tức các cá nhân và nhóm xã hội) được hưởng; đồng thời chỉ ra trách nhiệm mà chủ thể nghĩa vụ (Nhà nước) phải đáp ứng, như Cương lĩnh năm 2011 khẳng định “Nhà nước tôn trọng và bảo đảm các quyền con người, quyền công dân; chăm lo hạnh phúc, sự phát triển tự do của mỗi người”⁷.

Cương lĩnh năm 2011 đã khẳng định một sự bứt phá trong quan điểm của Đảng ta về con đường hiện thực hóa các quyền tự do và dân chủ của nhân dân. Trên cơ sở kế thừa và phát triển những luận điểm có tính nguyên tắc được khẳng định trong các văn kiện Đại hội Đảng trước đó, Cương lĩnh năm 2011 đặc biệt nhấn mạnh đến cách thức và con đường mà nhờ đó nhân dân thực hành được các quyền tự do, dân chủ của mình một cách rộng rãi và hiệu quả. Cương lĩnh năm 2011 khẳng định, “Nhân dân thực hiện quyền làm chủ thông qua hoạt động của Nhà nước, của cả hệ thống chính trị và các hình thức dân chủ trực tiếp, dân chủ đại diện”⁸. Như vậy, Cương lĩnh năm 2011 đã vạch ra đường lối đúng đắn cho việc xác lập nguyên tắc Hiến định và luật định đó là không ngừng mở rộng và tăng cường các quyền dân chủ của nhân dân thông qua hình thức trực tiếp và đại diện. Tăng cường hình thức dân chủ trực tiếp, được nhấn mạnh trong Văn kiện Đại hội Đảng toàn quốc lần thứ XI, hàm ý bao gồm những chế định đối với các quyền tự do và dân chủ theo đó làm tiền đề cho việc thực hành dân chủ trực tiếp. Chẳng hạn, đó là quyền phúc quyết của nhân dân trước những vấn đề trọng đại của đất nước và liên quan trực tiếp đến họ (bao gồm quyền được trưng cầu ý kiến về việc sửa đổi Hiến pháp); quyền bãi miễn, miễn nhiệm đối với các đại biểu Quốc hội và Hội đồng nhân dân; quyền được tham gia sâu rộng vào các tổ chức xã hội, tổ chức nghề nghiệp, từ thiện và cộng đồng để không ngừng hiện thực hóa quyền làm chủ của nhân dân.

Chủ quyền tối cao của nhân dân còn được

xác lập trong nhận thức mới của Đảng ta về vai trò và chức năng của Nhà nước. Theo đó, Nhà nước ta là “Nhà nước phục vụ nhân dân, gắn bó mật thiết với nhân dân, thực hiện đầy đủ quyền dân chủ của nhân dân, tôn trọng, lắng nghe ý kiến của nhân dân và chịu sự giám sát của nhân dân”⁹. Đây có thể xem như là thông điệp mạnh mẽ cho việc sửa đổi Hiến pháp 1992 tới đây. Các chế định về quyền con người trong Hiến pháp sửa đổi cần đặc biệt khẳng định rõ chức năng phục vụ nhân dân của Nhà nước ta. Đồng thời chế định cụ thể về trách nhiệm của Nhà nước trong việc thực hiện quyền dân chủ của nhân dân, bao gồm quyền khiếu nại, tố cáo, quyền phúc quyết và quyền bãi miễn, miễn nhiệm, quyền tiếp cận thông tin và quyền giám sát của nhân dân đối với các hoạt động của các cơ quan quyền lực nhà nước. Bước chuyển về mặt nhận thức lý luận của Đảng từ việc xem vai trò và chức năng chính yếu của nhà nước là quản lý sang phục vụ là một sự đột phá về phương thức tổ chức và hoạt động của bộ máy nhà nước, khẳng định chủ quyền tối cao của nhân dân và việc thực hành quyền dân chủ của nhân dân. Đây cũng chính là cách tiếp cận lấy con người là trung tâm, là chủ thể quyền của mọi chính sách, chương trình hay sự phát triển nói chung; đồng thời cũng chính là nguyên tắc tiếp cận dựa trên quyền con người mà cộng đồng quốc tế và các nước trên thế giới đã và đang áp dụng. “Nhà nước phục vụ nhân dân” trước hết là một Nhà nước xem nhân dân là chủ thể tối cao của mọi quyền lực, là xuất phát điểm cũng như đối tượng và mục đích hướng đến của mọi chính sách hay quá trình phát triển, bao gồm cả quá trình lập hiến và lập pháp.

Nguyên tắc tổ chức và hoạt động của Nhà nước sẽ quyết định đến việc bảo đảm quyền con người. Quan điểm đúng đắn của Đảng ta một lần nữa được tái khẳng định trong Cương lĩnh 2011, đó là: “Quyền lực Nhà nước là thống nhất; có sự phân công, phối

(7) Đảng Cộng sản Việt Nam, *tłđđ*, tr. 85.

(8) Đảng Cộng sản Việt Nam, *tłđđ*, tr. 85.

(9) Đảng Cộng sản Việt Nam, *tłđđ*, tr. 86.

hợp và kiểm soát giữa các cơ quan trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp”¹⁰. Nền dân chủ XHCN được thiết kế dựa trên nguyên tắc tập trung dân chủ. Tuy nhiên, trong khi nhấn mạnh đến nguyên tắc thống nhất trên cơ sở phân công, phối hợp của quyền lực nhà nước, nguyên tắc kiểm soát giữa các cơ quan (trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp) phải được xem là nguyên tắc song trùng. Chính vì vậy, Hiến pháp sửa đổi cần đặc biệt lưu ý đến việc kiểm soát quyền lực nhằm hạn chế sự lạm dụng, tha hóa trở thành lực lượng cản trở hay tước đi các quyền và tự do cơ bản của người dân. Tăng cường vai trò giám sát của nhân dân đối với hoạt động của các cơ quan quyền lực nhà nước là một nhiệm vụ then chốt trong việc xây dựng nhà nước pháp quyền XHCN. Nền dân chủ XHCN và các quyền, tự do cơ bản của nhân dân chỉ thực sự được xác lập và hiện thực hóa đầy đủ nếu như mọi quyền lực công đều được giám sát chặt chẽ. Báo cáo tổng kết 20 năm thực hiện Cương lĩnh (1991-2011) của Ban Chấp hành Trung ương Đảng khóa X chỉ ra những hạn chế của việc chưa thể chế hóa đầy đủ ba vấn đề cốt lõi mang bản chất của Nhà nước pháp quyền XHCN. Đó là: 1) toàn bộ quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân; 2) trách nhiệm của Nhà nước chăm lo, bảo vệ quyền và lợi ích chính đáng của nhân dân; và 3) hoạt động của bộ máy nhà nước phải thật sự dân chủ¹¹. Vì vậy, Văn kiện Đại hội Đảng toàn quốc lần thứ XI đã đặc biệt nhấn mạnh việc “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”¹². Nhân dân sẽ thực hành quyền kiểm tra, giám sát ấy thông qua cả hai hình thức trực tiếp và gián tiếp. Vì vậy, chế định về quyền tự do, dân chủ cần phản ánh quan điểm đúng đắn này trong Hiến pháp sửa đổi.

3. Chế định quyền con người với Hiến pháp sửa đổi từ cách tiếp cận dựa trên quyền

Cách tiếp cận dựa trên quyền là một phương pháp luận về nhận thức và hành động thực tiễn lấy quyền con người là tiêu chí, điểm xuất phát và mục đích của mọi quá trình chính sách và chương trình. Trong kỹ thuật lập hiến và lập pháp, cách tiếp cận dựa trên quyền giúp xác định rõ chủ thể quyền nắm giữ và chủ thể nghĩa vụ phải thực thi. Đó cũng chính là nguyên tắc của tư duy lập hiến hiện đại, “Nhà nước chỉ được phép làm những gì mà pháp luật chế định; nhân dân được làm tất cả những gì mà pháp luật không cấm”. Đây là một nguyên tắc nền tảng của việc thiết kế tổ chức và hoạt động của bộ máy nhà nước bảo đảm chủ quyền tối cao thuộc về nhân dân.

Cách tiếp cận dựa trên quyền chỉ ra ba nguyên tắc nền tảng: thứ nhất, nhân dân là chủ thể tối cao của quyền lực nhà nước; nhân dân là chủ thể của các quyền con người; thứ hai, Nhà nước (và những người đại diện của mình) là chủ thể nghĩa vụ tôn trọng, bảo vệ và thực hiện quyền lực ấy được nhân dân trao cho; đồng thời Nhà nước là chủ thể nghĩa vụ chính yếu của các quyền con người; thứ ba, những chế định về quyền con người phải đồng thời xác lập địa vị, vai trò, chức năng và thẩm quyền của chủ thể quyền, nghĩa vụ phải đáp ứng.

Chế định về quyền con người trong Hiến pháp sửa đổi, do đó, cần được xây dựng trên nguyên tắc tiếp cận dựa trên quyền. Nguyên tắc ấy chỉ ra việc định rõ một cách chính xác nội hàm của khái niệm quyền công dân và quyền con người. Không đơn thuần là chủ thể của quyền công dân hẹp hơn chủ thể của quyền con người, điều quan trọng đó là việc xem cá nhân là chủ thể cao nhất và tối cao của các quyền con người.

Trong Cương lĩnh năm 1991, dân chủ được thực hiện “thông qua hoạt động của Nhà nước

(10) *Đảng Cộng sản Việt Nam, tldđ, tr. 85.*

(11) *Báo cáo tổng kết 20 năm thực hiện Cương lĩnh xây dựng đất nước trong thời kỳ quá độ lên CNXH (1991-2011), Nxb. Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 2010, tr. 130.*

(12) *Đảng Cộng sản Việt Nam, tldđ, tr. 247.*

do nhân dân cử ra và các hình thức dân chủ trực tiếp”¹³. Luận điểm này đã được thể chế hóa thành nguyên tắc hiến định trong Hiến pháp năm 1992 (Điều 6), theo đó “nhân dân sử dụng quyền lực nhà nước thông qua Quốc hội và Hội đồng nhân dân”. Như vậy, ở đây chủ quyền tối cao của nhân dân chỉ được đóng khuôn duy nhất vào việc thực hành quyền dân chủ đại diện thông qua hoạt động của Nhà nước (của Quốc hội và Hội đồng nhân dân). Thực tế cho thấy, nhân dân đã luôn thực hành chủ quyền tối cao của mình không hẳn ở trong và thông qua quyền lực nhà nước, mà còn thông qua quyền lực chính trị (Đảng và các tổ chức chính trị - xã hội), và quyền lực phi nhà nước, phi chính trị - tức là các quyền tự do thiêng liêng bên ngoài phạm vi chế định của luật pháp (mà pháp luật không cấm). Những quyền ấy xuất phát từ bản tính tự nhiên, vốn có và thiêng liêng của mỗi cá nhân - con người trước khi bước vào “quan hệ xã hội có tính chính quan phương” (C.Mác); tức là trước khi trở thành trạng thái công dân của con người cá nhân. Vì vậy, các chế định về quyền con người không chỉ xuất phát từ việc ghi nhận và bảo đảm các quyền và tự do cơ bản của mỗi cá nhân tồn tại với tính cách là công dân (quyền công dân), mà quan trọng hơn đó là nhằm khơi dậy và phát huy tiềm năng để hiện thực hóa các quyền và tự do cơ bản của cá nhân tồn tại với tính cách là con người nói chung - tức con người tồn tại với phẩm chất phi công dân, bên ngoài mỗi quan hệ giữa cá nhân với Nhà nước - đó là cá nhân trong chính thể của xã hội vừa là cái đặc thù của một dân tộc, một giai cấp, đồng thời vừa là cái phổ quát của nhân loại và mang tính loài.

Hiển nhiên, điều này chỉ ra yêu sách về tự do và các quyền cơ bản của cá nhân với tính cách là công dân đóng vai trò then chốt nhưng không bao trùm và toàn diện hay thay thế cho các yêu sách về tự do, dân chủ nói chung. Vì vậy, trong tư duy lập hiến và lập pháp hiện đại,

theo con đường phát triển, tiến bộ và văn minh của nhân loại, những chế định về quyền công dân là chưa đầy đủ (mặc dù là cơ bản và thiết yếu) đối với nhân dân. Chế định vì quyền dân chủ của nhân dân phải luôn xuất phát và hướng tới đồng thời bảo đảm các quyền tự do, dân chủ cho mỗi cá nhân với tư cách là công dân và với tư cách là thành viên của xã hội và cộng đồng nhân loại. Tức là cần có những chế định cụ thể về quyền của con người chứ không phải chỉ là các quyền của công dân. Hiến pháp 1992 với Chương V có tiêu đề “quyền và nghĩa vụ của công dân”, chứ không phải “quyền cơ bản của con người” hay “quyền và nghĩa vụ cơ bản của cá nhân”. Hơn nữa, Chương V Hiến pháp 1992 còn chứa đựng những yếu tố chưa đồng nhất và chính xác về ngữ nghĩa, nội hàm. Chẳng hạn, Điều 50 trong khi khẳng định các quyền con người trên mọi phương diện lại đồng thời giới hạn chúng trong các quyền công dân. Như vậy là chưa chính xác, không đầy đủ và toàn diện, vì: thứ nhất, ở đây, các quyền con người không phải đồng nhất hoàn toàn với các quyền công dân; thứ hai, theo cách tiếp cận dựa trên quyền con người, Nhà nước không chỉ có nghĩa vụ tôn trọng, mà quan trọng hơn đó là nghĩa vụ bảo vệ và thực hiện các quyền ấy; thứ ba, việc các quyền con người chỉ được thể hiện trong các quyền công dân và được quy định trong Hiến pháp và luật là chưa đầy đủ. Thực tế, các quyền con người không chỉ do Nhà nước thừa nhận, mà còn là khả năng, xu hướng và giá trị nhân văn cao cả, vốn có của con người, ngay cả khi Nhà nước chưa ghi nhận. Các quyền tự nhiên ấy cũng cần được xem như là thuộc tính cố hữu của con người. Tuy nhiên, cũng cần lưu ý rằng, các quyền tự nhiên ấy chỉ thực sự được hiện thực hóa, được bảo vệ và thực thi đầy đủ trên nền tảng của những chế định pháp lý. Vì vậy, trong khi đề cao tính nhân văn sâu sắc của các quyền tự nhiên thiêng liêng của con người, chúng ta không được quên đi một chân lý hiển nhiên: chế định Hiến pháp và pháp luật là tiền

(13) Cương lĩnh xây dựng đất nước trong thời kỳ quá độ lên CNXH, xem: http://123.30.190.43:8080/tiengviet/tulieuvankien/vankien-dang/details.asp?topic=191&subtopic=8&leader_topic=224&id=BT2440654662.

đề, điều kiện quan trọng bậc nhất cho việc nảy nở và phát triển các quyền con người.

Với tư duy lập hiến dựa trên việc xem công dân là chủ thể duy nhất của các quyền con người, Chương V của Hiến pháp 1992 (từ điều 49-82) đã thay chế định các quyền của cá nhân (hay của nhân dân) nói chung bằng chế định về các quyền và nghĩa vụ của công dân. Thay vì các quy định về quyền và tự do cơ bản đáng nhẽ được bắt đầu bằng “mọi người (hay mọi cá nhân)”, chúng chủ yếu được bắt đầu bằng “công dân”. Chẳng hạn, “mọi công dân đều bình đẳng trước pháp luật” (Điều 52); “Công dân có quyền tự do đi lại và cư trú” (Điều 68); “Công dân có quyền tự do ngôn luận, tự do báo chí; có quyền được thông tin; có quyền hội họp, lập hội, biểu tình theo quy định của pháp luật” (Điều 69); “Công dân có quyền tự do tín ngưỡng, tôn giáo” (Điều 70),... Những quy định này vô hình trung đã loại trừ sự tồn tại của những cá nhân không phải với tính cách là công dân (người nước ngoài sinh sống và làm việc tại Việt Nam, những người bị tước quyền công dân...).

Vì vậy, Hiến pháp sửa đổi cần phải đặc biệt chú trọng đến chế định quyền con người. Về mặt vị trí, chế định quyền con người cần phải được đưa vào Chương I hoặc Chương III (ngay sau hai chương Chế độ chính trị và Chế độ kinh tế). Điều này xuất phát từ thuộc tính chủ quyền tối cao thuộc về nhân dân, các quyền và tự do cơ bản của mỗi người chính là nền tảng của việc xác lập các nguyên tắc tổ chức và hoạt động của Nhà nước. Nếu như trong Hiến pháp 1946, chế định về quyền và nghĩa vụ của công dân ghi ngay tại Chương II thì cứ mỗi một bản Hiến pháp sau, vị trí của chế định này lại lùi xa thêm (Chương III trong Hiến pháp 1959, Chương V trong Hiến pháp 1980, Hiến pháp 1992). Phải chăng, trật tự hoán vị là hoàn toàn ngẫu nhiên hay phản ánh thứ bậc ưu tiên và tầm quan trọng của những nguyên tắc nền tảng của một bản Hiến pháp? Câu trả lời khả dĩ có thể xuất phát từ nhận thức chưa đúng và đầy đủ về vị trí, vai trò của chủ quyền tối cao thuộc về nhân dân trong tư duy lập hiến trước đây.

Dưới ánh sáng của Đại hội Đảng toàn quốc lần thứ XI, nguyên tắc chủ quyền tối cao thuộc về nhân dân và pháp quyền XHCN cần trở thành kim chỉ nam cho việc sửa đổi Hiến pháp. Có thể nói, nguyên tắc này đã được áp dụng triệt để ngay từ Hiến pháp đầu tiên của nước Việt Nam Dân chủ cộng hòa (Hiến pháp 1946). Theo đó, “Nhân dân có quyền phúc quyết về Hiến pháp và những việc quan hệ đến vận mệnh quốc gia, theo Điều 32 và Điều 70” (Điều thứ 21); “Những việc quan hệ đến vận mệnh quốc gia sẽ đưa ra nhân dân phúc quyết, nếu 2/3 tổng số nghị viện đồng ý” (Điều thứ 32); và “Sửa đổi Hiến pháp phải theo cách thức sau đây... Những điều thay đổi khi được nghị viện ưng chuẩn thì phải đưa ra toàn dân phúc quyết” (Điều thứ 70). Những quy định này đã khẳng định chủ quyền tối cao thuộc về nhân dân, đặc biệt trong việc lập hiến. Quyền thiêng liêng và tối cao này của nhân dân đã không được các bản Hiến pháp sau đó đề cập đến. Thay vào đó, “Quốc hội là cơ quan đại biểu cao nhất của nhân dân, cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất của nước Cộng hòa XHCN Việt Nam. Quốc hội là cơ quan duy nhất có quyền lập hiến và lập pháp” (Điều 83 Hiến pháp 1992). Điều này có nghĩa rằng, quyền phúc quyết của nhân dân đã được chuyển hóa từ hình thức trực tiếp sang đại diện. Tuy nhiên, cần nhấn mạnh rằng, quyền phúc quyết và quyền bãi miễn đối với những người đại diện của nhân dân là một cơ chế thiết yếu của Nhà nước pháp quyền (và nguyên tắc chủ quyền tối cao thuộc về nhân dân) là những quyền tự do, dân chủ cơ bản của mỗi người dân chỉ có ý nghĩa thực sự nếu chúng được các chủ thể quyền ấy thực thi trực tiếp.

Với tinh thần bổ sung và phát triển về lý luận của Đảng ta từ sự soi chiếu và đòi hỏi của thực tiễn, Cương lĩnh xây dựng đất nước trong thời kỳ quá độ lên chủ nghĩa xã hội (bổ sung phát triển năm 2011) tiếp tục tái khẳng định nguyên tắc không ngừng củng cố và tăng

(Xem tiếp trang 17)

CÁC HÌNH THỨC PHÁT TRIỂN CỦA HIẾN PHÁP - KINH NGHIỆM CỦA ĐỨC VÀ VIỆT NAM

■ LƯƠNG MINH TUÂN*

1. Sự cần thiết phát triển Hiến pháp

Hiến pháp là đạo luật cơ bản có hiệu lực pháp lý cao nhất và là nền tảng của hệ thống pháp luật trong Nhà nước pháp quyền dân chủ¹. Vì vậy, Hiến pháp cần có sự ổn định lâu dài để bảo đảm cho sự ổn định của hệ thống pháp luật và góp phần bảo đảm, duy trì sự tin cậy của người dân vào Hiến pháp và pháp luật của Nhà nước.

Đồng thời, Hiến pháp cũng cần có sự phát triển, vì Hiến pháp ra đời trong một bối cảnh lịch sử nhất định và chịu ảnh hưởng lớn của bối cảnh lịch sử lúc đó; thực tiễn kinh tế - xã hội thuộc phạm vi điều chỉnh của Hiến pháp thường thay đổi trong tiến trình phát triển của lịch sử và nó không thể không ảnh hưởng đến nội dung của Hiến pháp (mỗi bản Hiến pháp là “Hiến pháp trong thời gian”)². Nếu nội dung của Hiến pháp bị “hóa đá” thì Hiến pháp sớm hoặc muộn sẽ không thể thực hiện được các nhiệm vụ của mình³. Tương tự, Hiến pháp có thể sẽ đánh mất đi vai trò của mình, nếu Hiến

pháp hoàn toàn phù hợp với hoàn cảnh thực tế đã thay đổi theo cách các quy phạm hiến pháp không còn là chuẩn mực cho các quan hệ kinh tế - xã hội mà các quan hệ kinh tế - xã hội trở thành chuẩn mực cho các quy phạm hiến pháp.

Nhìn từ góc độ “Hiến pháp trong thời gian” thì Hiến pháp chỉ có thể thực hiện được các nhiệm vụ của mình ở nơi mà hiệu lực của Hiến pháp được bảo đảm cả trong trường hợp các quan hệ thuộc phạm vi điều chỉnh của Hiến pháp đã có sự thay đổi, nghĩa là phải bảo đảm tính liên tục của những gì thuộc về bản sắc của Hiến pháp (Identität der Verfassung) cần được bảo tồn trong tiến trình phát triển của lịch sử. Ở đây, không được hiểu toàn bộ Hiến pháp cũng như từng điều khoản của Hiến pháp là các từ ngữ chết, những con số thống kê cứng nhắc. Tính liên tục của Hiến pháp trở thành vấn đề của sự thay đổi, phát triển. Sự phát triển của Hiến pháp trong khuôn khổ bảo đảm bản sắc của Hiến pháp diễn ra theo hai con đường: 1) Sửa đổi Hiến pháp và 2) Giải thích, cụ thể

(*) TS. Trung tâm Nghiên cứu khoa học, Viện Nghiên cứu Lập pháp.

(1) Hiến pháp thường quy định những nội dung thiết yếu về tổ chức nhà nước, các cơ quan nhà nước, thẩm quyền của các cơ quan nhà nước và những giới hạn đối với hoạt động của Nhà nước (Ví dụ như: các quyền con người, quyền công dân). Xem Konrad Hesse, *Verfassung und Verfassungsrecht*, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hg), *Handbuch des Verfassungsrechts*, 2. Aufl., Berlin 1994, § 1, S. 4-7.

(2) Xem Konrad Hesse, *tlđđ*, S. 11.

(3) Hiến pháp có hai nhiệm vụ cơ bản là: thiết lập, duy trì sự thống nhất về mặt chính trị cũng như tạo lập, duy trì trật tự pháp luật. Cả hai nhiệm vụ cơ bản này có mối quan hệ mật thiết với nhau. Các chức năng này có thể được chia thành ba chức năng: Chức năng hòa hợp, chức năng tổ chức và chức năng định hướng pháp luật. Xem Konrad Hesse, *tlđđ*, S. 4-7.

hóa Hiến pháp (làm thay đổi nội dung của quy phạm hiến pháp mà không làm thay đổi lời văn của Hiến pháp).

2. Phát triển Hiến pháp bằng con đường sửa đổi Hiến pháp

Hình thức phát triển Hiến pháp bằng con đường sửa đổi Hiến pháp là hình thức được áp dụng phổ biến ở nhiều nước trên thế giới, trong đó có Cộng hòa liên bang Đức (CHLB Đức) và Việt Nam⁴. Hình thức phát triển này thường có ưu điểm là tạo ra sự rõ ràng về mặt pháp lý, sự minh bạch cho các quy phạm Hiến pháp đã được sửa đổi, bổ sung nhưng có hạn chế là phải tuân thủ một quy trình sửa đổi Hiến pháp được quy định với các điều kiện chặt chẽ và cần nhiều thời gian cũng như các nguồn lực cần thiết.

Việc sửa đổi Hiến pháp ở Việt Nam và CHLB Đức năm 1949 có những điểm tương đồng và những nét riêng phù hợp với truyền thống lịch sử và đặc thù riêng của mỗi nước. Trước hết, có một số điểm tương đồng cơ bản như:

Một là, thực tiễn lập hiến ở Việt Nam và CHLB Đức cho thấy, không phải mỗi sửa đổi, bổ sung Hiến pháp đều cần phải có một quyết định của nhân dân là chủ thể có quyền lập hiến (pourvoir constituant – die verfassunggebende Gewalt).

Hai là, nhân dân có thể quy định ngay trong Hiến pháp một cơ quan có thẩm quyền sửa đổi Hiến pháp. Cơ quan này đồng thời là Quốc hội lập pháp (Verfassungsgesetzgeber).

Ba là, Hiến pháp CHLB Đức và Hiến pháp Việt Nam đều quy định việc sửa đổi Hiến pháp phải được ít nhất hai phần ba tổng số đại biểu Quốc hội biểu quyết tán thành⁵ (đối với việc

sửa đổi, bổ sung luật thì chỉ cần quá nửa tổng số đại biểu Quốc hội biểu quyết tán thành).

Bốn là, Hiến pháp CHLB Đức và Hiến pháp Việt Nam hiện hành đều không đòi hỏi văn bản quy phạm pháp luật (VBQPPL) sửa đổi Hiến pháp sau khi đã được Quốc hội thông qua phải được đưa ra toàn dân phúc quyết⁶.

Bên cạnh những điểm tương đồng thì CHLB Đức và Việt Nam cũng có một số nét riêng trong việc sửa đổi Hiến pháp, cụ thể:

Thứ nhất, theo quy định tại câu 1, khoản 1, Điều 79 của Hiến pháp CHLB Đức thì Hiến pháp CHLB Đức (Đạo luật cơ bản) chỉ có thể bị sửa đổi bởi một đạo luật do Nghị viện liên bang ban hành và đạo luật này phải sửa đổi hoặc bổ sung quy định cụ thể của Hiến pháp CHLB Đức. Quy định này không cho phép Quốc hội ban hành một đạo luật sửa đổi Hiến pháp với hai phần ba tổng số đại biểu biểu quyết tán thành mà không làm thay đổi lời văn của Hiến pháp CHLB Đức. Đồng thời, cũng cần lưu ý là do VBQPPL sửa đổi Hiến pháp CHLB Đức là một đạo luật do Nghị viện liên bang ban hành, nên việc xây dựng, ban hành đạo luật này về cơ bản cũng phải tuân thủ các quy định chung về quy trình lập pháp của CHLB Đức.

Trên thực tế, từ năm 1949 đến nay đã có trên 50 đạo luật sửa đổi Hiến pháp CHLB Đức⁷ được ban hành để Hiến pháp thích ứng với sự thay đổi của tình hình chính trị trong và ngoài nước cũng như các mục tiêu chính trị đề ra. Các đạo luật này không làm thay đổi nội dung cốt lõi của Hiến pháp CHLB Đức.

Khác với Hiến pháp CHLB Đức, Hiến pháp Việt Nam không quy định về hình thức VBQPPL sửa đổi Hiến pháp và cũng không quy định bắt buộc VBQPPL sửa đổi Hiến pháp phải sửa đổi hoặc bổ sung quy định (điều

(4) Các bản Hiến pháp Việt Nam (Hiến pháp 1959, 1980 và Hiến pháp 1992) đều quy định "Chỉ Quốc hội mới có quyền sửa đổi Hiến pháp".

(5) Theo Hiến pháp năm 1959, 1980 và Hiến pháp năm 1992 của Việt Nam, thì "Việc sửa đổi Hiến pháp phải được ít nhất hai phần ba tổng số đại biểu Quốc hội biểu quyết tán thành".

(6) Khác với các bản Hiến pháp sau này, Hiến pháp Việt Nam năm 1946 tại Điều 70 quy định: "Sửa đổi Hiến pháp phải theo cách thức sau đây:

a) Do hai phần ba tổng số nghị viên yêu cầu.

b) Nghị viện bầu ra một ban dự thảo những điều thay đổi.

c) Những điều thay đổi khi đã được Nghị viện ưng chuẩn thì phải đưa ra toàn dân phúc quyết".

(7) Xem Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl., München 2008, S. 56-57.

khoản) cụ thể của Hiến pháp. Do Hiến pháp không quy định cụ thể về vấn đề này, nên có thể hiểu Quốc hội Việt Nam vừa là cơ quan lập hiến vừa là cơ quan lập pháp có toàn quyền quyết định về hình thức VBQPPL sửa đổi Hiến pháp, về việc lựa chọn cách thức sửa đổi Hiến pháp có làm thay đổi lời văn hoặc không làm thay đổi lời văn của Hiến pháp. Đồng thời, Quốc hội Việt Nam cũng có toàn quyền trong việc quyết định về quy trình, thủ tục sửa đổi Hiến pháp.

Trên thực tế, Quốc hội Việt Nam thường ban hành VBQPPL dưới hình thức nghị quyết của Quốc hội để sửa đổi, bổ sung quy định cụ thể của Hiến pháp. Trong những năm từ năm 1986 đến năm 1992, Quốc hội Việt Nam đã ban hành một số đạo luật⁸ nhằm đáp ứng kịp thời nhu cầu xây dựng pháp luật phục vụ công cuộc đổi mới toàn diện đất nước. Các đạo luật này đã tạo cơ sở pháp lý cho sự ra đời và phát triển của các loại hình doanh nghiệp ở Việt Nam và có những đóng góp nhất định cho việc xây dựng nền kinh tế độc lập, tự chủ trên cơ sở phát huy nội lực, chủ động hội nhập quốc tế; thực hiện công nghiệp hóa, hiện đại hóa đất nước. Tuy nhiên, nhìn từ góc độ pháp lý, các đạo luật này với trên hai phần ba tổng số đại biểu biểu quyết tán thành đã có “những bước tiến vượt ra ngoài” khuôn khổ của Hiến pháp năm 1980⁹.

Ngoài ra, ngày 15/11/2008, Quốc hội đã ban hành Nghị quyết số 26/2008/NQ-QH12 về thực hiện thí điểm không tổ chức Hội đồng nhân dân huyện, quận, phường có hiệu lực từ ngày 01/4/2009. Trong khi đó, theo quy định tại Điều 118 Hiến pháp hiện hành thì Hội đồng nhân dân có ở các cấp hành chính. Nhìn từ góc độ pháp lý, Nghị quyết này với trên hai phần ba tổng số đại biểu biểu quyết tán thành cũng đã có “những bước tiến vượt ra ngoài” khuôn

khô của Hiến pháp Việt Nam hiện hành.

Trong các trường hợp nêu trên, Quốc hội thông thường lẽ ra nên tiến hành sửa đổi Hiến pháp Việt Nam trước khi ban hành các luật, nghị quyết này nhằm bảo đảm tính minh bạch, rõ ràng của Hiến pháp.

Thứ hai, do CHLB Đức là một Nhà nước liên bang nên việc sửa đổi Hiến pháp còn đòi hỏi phải được ít nhất hai phần ba tổng số thành viên của Hội đồng liên bang biểu quyết tán thành. Quy định này tạo điều kiện cho các bang tham gia vào hoạt động sửa đổi Hiến pháp CHLB Đức.

Trong khi đó, Việt Nam là một Nhà nước đơn nhất nên Hiến pháp không quy định về vấn đề này. Việc hình thành các Đoàn đại biểu Quốc hội từ các đại biểu Quốc hội trong tỉnh hoặc thành phố trực thuộc trung ương ở Việt Nam cũng có ý nghĩa nhất định trong việc quan tâm bảo vệ lợi ích của địa phương khi Quốc hội xem xét, thông qua dự thảo VBQPPL về sửa đổi Hiến pháp cũng như các dự thảo VBQPPL khác.

Thứ ba, Khoản 3, Điều 79 của Hiến pháp CHLB Đức không cho phép cơ quan có thẩm quyền sửa đổi, bổ sung Hiến pháp CHLB Đức sửa đổi một số nội dung cơ bản của Hiến pháp CHLB Đức¹⁰ nhằm bảo vệ Nhà nước tự do, dân chủ, đa nguyên Đức và chống lại tất cả các xu hướng hình thành chế độ độc tài; ngăn chặn một cuộc cách mạng (hợp pháp) trong khuôn khổ Nhà nước pháp quyền bằng con đường sửa đổi Hiến pháp CHLB Đức. Các nội dung cơ bản này của Hiến pháp CHLB Đức bao gồm: các yếu tố cơ bản của Nhà nước liên bang (Liên bang được chia thành các bang; sự tham gia của các bang vào hoạt động lập pháp), các nguyên tắc được ghi nhận tại các khoản từ Khoản 1 đến Khoản 3, Điều 1 của Hiến pháp CHLB Đức (phẩm giá của con người, mức

(8) Luật Đầu tư nước ngoài tại Việt Nam năm 1988; Luật Công ty năm 1991; Luật Doanh nghiệp tư nhân năm 1991.

(9) Điều 18 Hiến pháp năm 1980 quy định: “Nhà nước tiến hành cách mạng về quan hệ sản xuất, hướng dẫn, sử dụng và cải tạo các thành phần kinh tế phi xã hội chủ nghĩa, thiết lập và củng cố chế độ sở hữu xã hội chủ nghĩa về tư liệu sản xuất nhằm thực hiện một nền kinh tế quốc dân chủ yếu có hai thành phần: thành phần kinh tế quốc doanh thuộc sở hữu toàn dân và thành phần kinh tế hợp tác xã thuộc sở hữu tập thể của nhân dân lao động. Kinh tế quốc doanh giữ vai trò chủ đạo trong nền kinh tế quốc dân và được phát triển ưu tiên”. Việc ban hành các đạo luật nêu trên đã đi ngược lại với tinh thần của quy định này của Hiến pháp năm 1980.

(10) Các nội dung cơ bản này của Hiến pháp CHLB Đức được giới khoa học Đức gọi là bản sắc của Hiến pháp CHLB Đức.

chuẩn tối thiểu về quyền con người, mức độ tối thiểu về các quyền cơ bản), các nguyên tắc cơ bản của Nhà nước dân chủ (ví dụ như nguyên tắc đa số; sự thống trị có thời hạn; bầu cử tự do, bình đẳng và bỏ phiếu kín...), nguyên tắc Nhà nước pháp quyền (như: nguyên tắc phân chia quyền lực, hiệu lực pháp lý cao nhất của Hiến pháp, nguyên tắc hiệu lực pháp lý cao hơn của luật, nguyên tắc luật điều chỉnh, nguyên tắc tương xứng v.v.), nguyên tắc Nhà nước xã hội (Nhà nước được phép và có nghĩa vụ chăm lo điều tiết xã hội và công bằng xã hội). Những nội dung này tạo nên bản sắc của Hiến pháp CHLB Đức và đồng thời là giới hạn đối với sự phát triển của Hiến pháp CHLB Đức bằng con đường sửa đổi Hiến pháp.

Hiến pháp Việt Nam không quy định về vấn đề này.

3. Phát triển Hiến pháp bằng con đường giải thích, cụ thể hóa Hiến pháp

Sự phát triển Hiến pháp bằng con đường giải thích, cụ thể hóa Hiến pháp từ lâu đã được thừa nhận rộng rãi ở Đức¹¹. Những người ủng hộ hình thức phát triển này của Hiến pháp cho rằng, nhiều quy phạm hiến pháp (ví dụ: các quy phạm hiến pháp về các quyền cơ bản, về các mục tiêu nhà nước) là những quy phạm mở, có tính khái quát cao, có sự co giãn và vì vậy, có phạm vi giải thích rộng cho phép hiểu theo nghĩa này hoặc nghĩa khác một cách chính xác. Các quy phạm hiến pháp này đòi hỏi phải được giải thích, cụ thể hóa. Cơ sở tiếp theo cho sự phát triển hiến pháp bằng con đường giải thích, cụ thể hóa Hiến pháp là có sự thay

đổi của các quan hệ chính trị, kinh tế, xã hội. Ví dụ: sự thay đổi nhận thức về các giá trị và lẽ phải (công lý) hoặc trong lối sống, trong cách cư xử có thể gây ảnh hưởng làm thay đổi đến việc giải thích, cụ thể hóa Hiến pháp. Thông qua con đường giải thích, cụ thể hóa Hiến pháp thì sự thay đổi ý nghĩa, nội dung của các quy phạm hiến pháp được ghi nhận trong các văn bản của cơ quan nhà nước có thẩm quyền (có thể là Tòa án Hiến pháp) nhằm bảo đảm cho Hiến pháp thích ứng được với sự thay đổi của đời sống thực tế thuộc phạm vi điều chỉnh của các quy phạm hiến pháp mà không cần thiết phải tiến hành sửa đổi Hiến pháp theo quy trình đã định.

Mặc dù trong từng trường hợp cụ thể, việc xác định giới hạn cho sự phát triển của Hiến pháp bằng con đường giải thích, cụ thể hóa Hiến pháp không hoàn toàn đơn giản, nhưng trong mọi trường hợp thì việc giải thích, cụ thể hóa làm thay đổi ý nghĩa, nội dung của quy phạm hiến pháp so với trước đây là không được phép, nếu việc giải thích, cụ thể hóa đó rõ ràng mâu thuẫn với lời văn của Hiến pháp¹². Đây chính là giới hạn cho sự phát triển của Hiến pháp bằng con đường giải thích, cụ thể hóa Hiến pháp.

Từ năm 1949 đến nay, Hiến pháp CHLB Đức không chỉ phát triển bằng con đường sửa đổi Hiến pháp mà còn bằng con đường giải thích, cụ thể hóa Hiến pháp¹³. Việc cụ thể hóa các quy phạm hiến pháp trước hết là nhiệm vụ của cơ quan lập pháp liên bang (Nghị viện liên bang). Nghị viện liên bang ban hành các đạo luật để cụ thể hóa Hiến pháp CHLB Đức

(11) Theo Jellinek, các nguyên tắc của Hiến pháp thông thường là không rõ ràng và có sự co giãn. Trước tiên là cơ quan lập pháp có trách nhiệm ban hành các đạo luật để cụ thể hóa hiến pháp và qua đó, làm rõ ý nghĩa, nội dung của các nguyên tắc này, hoàn toàn giống như việc các thẩm phán làm rõ nội dung của các đạo luật được họ áp dụng về mặt nhận thức. Khi ban hành từng đạo luật để cụ thể hóa hiến pháp thì cơ quan lập pháp cũng giống như tòa án ở khắp mọi nơi đều chịu tác động bởi sự thay đổi về quan điểm và nhu cầu của người dân. Cái mà một thời được coi là vi hiến thì lại được coi là hợp hiến ở thời kỳ tiếp sau đó và như vậy, Hiến pháp đã có sự thay đổi do có sự thay đổi trong việc giải thích, làm rõ (cụ thể hóa) nội dung của Hiến pháp (Georg Jellinek, *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, Berlin 1906, S. 26 f.). Xem TS. Lương Minh Tuấn, *Wirtschaftsverfassungsrecht im Wandel*, Frankfurt am Main – Bern – New York – Wien, 1999, S. 31; Zippelius/Würtenberger, *Deutsches Staatsrecht*, 32. Aufl., München 2008, S. 72-73.

(12) Xem Konrad Hesse, *tlđđ*, S. 12.

(13) Xem Konrad Hesse, *tlđđ*, S. 13-17.

và Tòa án Hiến pháp liên bang có trách nhiệm kiểm tra tính hợp hiến của các đạo luật đó. Để thực hiện nhiệm vụ này của mình, Tòa án Hiến pháp liên bang phải giải thích, làm rõ ý nghĩa, nội dung của quy phạm hiến pháp liên quan trong từng trường hợp cụ thể. Vì vậy, sự phát triển của Hiến pháp CHLB Đức bằng con đường này được thể hiện rõ nét trước hết trong các phán quyết của Tòa án Hiến pháp liên bang. Ví dụ:

Ngay từ khi mới thành lập, trong phán quyết của mình¹⁴, Tòa án Hiến pháp liên bang nhìn nhận các quyền cơ bản là các quyền tự vệ của mỗi cá nhân được pháp luật bảo vệ chống lại sự can thiệp của Nhà nước vào các vùng tự do và sở hữu của cá nhân. Ý nghĩa và mục đích của các quyền cơ bản ở đây được hiểu trước hết là nhằm bảo vệ người dân trước sự lạm dụng quyền lực nhà nước.

Từ cuối những năm 50 của thế kỷ trước, Tòa án Hiến pháp liên bang trong các phán quyết của mình đã khẳng định các quyền cơ bản không chỉ là các quyền tự vệ của người dân chống lại Nhà nước mà còn là các quy phạm thiết lập một hệ thống giá trị, các giá trị quyết định của Hiến pháp cho các lĩnh vực pháp luật. Hệ thống giá trị này có cội nguồn từ phẩm giá và tự do của mỗi cá nhân là thể nhân¹⁵. Cơ quan lập pháp, hành chính và tư pháp đón nhận ở đó đường hướng (Richtlinie) và động lực (Impulse)¹⁶. Trên cơ sở đó, Tòa án Hiến pháp liên bang thừa nhận sự tác động trực tiếp đến người thứ ba của các quyền cơ bản (Drittwirkung von Grundrechten). Như vậy, các quyền cơ bản đã trở thành công cụ để bảo vệ tự do không chỉ chống lại Nhà nước mà còn chống lại các quyền lực phi nhà nước. Sự tác động trực tiếp đến người thứ ba của các quyền cơ bản trước hết phục vụ việc phòng ngừa sự lạm dụng quyền lực kinh tế hoặc quyền lực xã hội.

Từ giữa những năm 60 của thế kỷ trước, ở CHLB Đức đã xuất hiện bước ngoặt hướng đến Nhà nước xã hội. Điều đó đã ảnh hưởng đến các phán quyết của Tòa án Hiến pháp liên bang. Trong thời kỳ này, Nhà nước không còn được hiểu là Nhà nước pháp quyền tự do cổ điển nữa mà là Nhà nước phục vụ, Nhà nước xã hội. Theo quan điểm của Tòa án Hiến pháp liên bang thì các quyền cơ bản trước hết là để bảo vệ các vùng tự do của mỗi cá nhân chống lại sự can thiệp của Nhà nước và qua đó, bảo đảm cho mỗi cá nhân các điều kiện cần thiết để có thể tự do tham gia tích cực trong cộng đồng¹⁷. Nhà nước có trách nhiệm bảo đảm cho mỗi người dân có được nguồn lực tài chính tối thiểu cần thiết để có thể sống với tư cách là một con người có phẩm giá.

Ở Việt Nam, sự phát triển của Hiến pháp bằng con đường giải thích, cụ thể hóa Hiến pháp mà không làm thay đổi lời văn của Hiến pháp là rất khó xác định, vì các lý do cơ bản sau đây:

Thứ nhất, hình thức phát triển của Hiến pháp bằng con đường giải thích, cụ thể hóa Hiến pháp chưa nhận được sự quan tâm thỏa đáng của Nhà nước, xã hội và cũng chưa có cơ chế kiểm soát có hiệu quả hoạt động này.

Thứ hai, nhiều quy phạm hiến pháp chưa đáp ứng được các yêu cầu cần thiết về cách thức trình bày, thể hiện bảo đảm để nó có thể làm cơ sở cho hoạt động tài phán hiến pháp. Ví dụ như quy định “Công dân có quyền tự do kinh doanh theo quy định của pháp luật”¹⁸, “Công dân có quyền tự do ngôn luận, tự do báo chí; có quyền được thông tin; có quyền hội họp, lập hội, biểu tình theo quy định của pháp luật”¹⁹... Với cách thức trình bày, thể hiện quy phạm hiến pháp như vậy thì khó có thể xác định được những nội dung nào của các quyền này được bảo vệ ở tầm Hiến pháp và những nội dung nào của các quyền này được

(14) BverfGE 1, 97, 104; 5, 85; 6, 386; 7, 198, 204 f.; 21, 362, 369.

(15) BverfGE 21, 362, 369.

(16) BverfGE 7, 198, 204; 39, 1, 41.

(17) BverfGE 21, 362, 369.

(18) Điều 57 của Hiến pháp năm 1992 đã được sửa đổi, bổ sung một số điều năm 2001.

(19) Điều 69 của Hiến pháp năm 1992 đã được sửa đổi, bổ sung một số điều năm 2001.

các VBQPPL khác bảo vệ. Điều đáng lưu ý là nếu các quy phạm hiến pháp này không được cụ thể hóa bởi các cơ quan lập pháp thì người dân không thể thực hiện được các quyền của mình.

Thứ ba, cho đến nay, Việt Nam vẫn chưa có Tòa án Hiến pháp. Quốc hội được Hiến pháp khẳng định là cơ quan duy nhất có quyền lập hiến và lập pháp, có quyền quyết định các vấn đề quan trọng của đất nước²⁰ và đồng thời là cơ quan thực hiện quyền giám sát tối cao việc tuân theo Hiến pháp²¹. Theo đó, Quốc hội vừa làm luật và vừa giám sát, quyết định về việc liệu một đạo luật do Quốc hội ban hành có phù hợp với Hiến pháp hay không (quyền tài phán hiến pháp). Việc Quốc hội đồng thời vừa đảm nhiệm chức năng lập pháp vừa đảm nhiệm chức năng tư pháp (hoạt động tài phán hiến pháp) là khó bảo đảm tính khách quan trong quyết định của mình.

Hơn nữa, Quốc hội lại gồm các đại biểu đại diện cho ý chí, nguyện vọng của nhân dân; số lượng đại biểu Quốc hội là các chuyên gia pháp luật không nhiều, đa số đại biểu Quốc hội hoạt động kiêm nhiệm; Quốc hội làm việc theo chế độ hội nghị và quyết định theo đa số. Cơ cấu tổ chức của Quốc hội như vậy không giống cơ cấu tổ chức của cơ quan tài phán (cơ quan xét xử gồm các thẩm phán chuyên nghiệp), không phù hợp với việc thực hiện các hoạt động tài phán này. Trong khi đó, khối lượng công việc lập pháp để đáp ứng yêu cầu xây dựng Nhà nước pháp quyền Việt Nam, Nhà nước của nhân dân, do nhân dân và vì nhân dân cũng như hội nhập kinh tế khu vực và thế giới là rất nặng nề đối với Quốc hội Việt Nam. Trên thực tế, trong thời gian qua, Quốc hội đã ban hành nhiều đạo luật để cụ thể hóa Hiến pháp, nhưng chưa bao giờ Quốc hội xem xét, tuyên bố một đạo luật do chính Quốc hội ban hành là vi hiến.

Thứ tư, Ủy ban Thường vụ Quốc hội được

Hiến pháp giao thẩm quyền giải thích Hiến pháp, luật, pháp lệnh²². Tuy nhiên, trên thực tế trong thời gian qua, Ủy ban Thường vụ Quốc hội hiếm khi²³ sử dụng thẩm quyền này vì nhiều lý do khác nhau như: Ủy ban Thường vụ Quốc hội là cơ quan thường trực của Quốc hội hiện đang đảm nhiệm một phần không nhỏ công việc lập pháp do Quốc hội giao (ban hành pháp lệnh về những vấn đề được Quốc hội giao); thành viên Ủy ban Thường vụ Quốc hội là các đại biểu Quốc hội; số lượng thành viên Ủy ban Thường vụ Quốc hội là chuyên gia pháp luật rất ít, không phải là các thẩm phán chuyên nghiệp; quy trình, thủ tục giải thích hiến pháp cho đến nay vẫn chưa được quy định cụ thể.

Thứ năm, Quốc hội Việt Nam vừa là cơ quan lập hiến vừa là cơ quan lập pháp. Trong khi đó, Hiến pháp Việt Nam chỉ đưa ra điều kiện là việc sửa đổi Hiến pháp phải được ít nhất hai phần ba tổng số đại biểu Quốc hội biểu quyết tán thành, mà không đòi hỏi VBQPPL sửa đổi Hiến pháp phải sửa đổi hoặc bổ sung quy định cụ thể của Hiến pháp (làm thay đổi lời văn của Hiến pháp). Điều này cũng gây khó khăn cho việc xác định khi nào là hoạt động sửa đổi, bổ sung Hiến pháp và khi nào là hoạt động cụ thể hóa Hiến pháp trong trường hợp Quốc hội không thể hiện rõ quan điểm của mình về vấn đề này.

4. Kiến nghị

Qua trình bày, phân tích ở trên, chúng tôi có một số kiến nghị nhằm góp phần phục vụ việc sửa đổi, bổ sung Hiến pháp Việt Nam theo hướng xây dựng Nhà nước pháp quyền của dân, do dân và vì dân như sau:

Hiến pháp nên quy định việc sửa đổi Hiến pháp phải bằng một đạo luật do Quốc hội ban hành thay vì dưới hình thức một nghị quyết của Quốc hội, vì Hiến pháp được xác định là

(20) Xem Điều 83 của Hiến pháp năm 1992 đã được sửa đổi, bổ sung một số điều năm 2001.

(21) Khoản 2 Điều 84 của Hiến pháp năm 1992 đã được sửa đổi, bổ sung một số điều năm 2001.

(22) Điều 91 của Hiến pháp năm 1992 đã được sửa đổi, bổ sung một số điều năm 2001.

(23) Ví dụ như Ủy ban Thường vụ Quốc hội đã giải thích điểm c, khoản 2 Điều 241 của Luật Thương mại để việc áp dụng pháp luật được thống nhất.

luật cơ bản của Nhà nước, có hiệu lực pháp lý cao nhất;

Hiến pháp nên quy định VBQPPL sửa đổi Hiến pháp phải sửa đổi hoặc bổ sung quy định cụ thể của Hiến pháp nhằm góp phần bảo đảm tính rõ ràng, minh bạch của các quy phạm hiến pháp;

Các quy phạm hiến pháp phải được trình bày, thể hiện đáp ứng được các yêu cầu cần thiết của Nhà nước pháp quyền dân chủ và qua đó, góp phần bảo đảm để có thể thực hiện tốt chức năng tài phán hiến pháp;

Hiến pháp không nên giao cho Quốc hội thực hiện các hoạt động tài phán hiến pháp, vì cơ cấu tổ chức của Quốc hội là cơ quan lập pháp không thích hợp với việc thực hiện chức năng tài phán hiến pháp;

Cần nghiên cứu thành lập cơ quan bảo hiến chuyên trách (có thể thành lập Tòa án Hiến pháp)²⁴ để thực hiện chức năng tài phán hiến pháp nhằm góp phần thực hiện có hiệu quả chủ trương “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”²⁵;

Hiến pháp cũng không nên quy định giao cho Ủy ban Thường vụ Quốc hội có thẩm quyền giải thích Hiến pháp, vì cơ cấu tổ chức của Ủy ban Thường vụ Quốc hội là cơ quan thường trực của Quốc hội không thích hợp với việc thực hiện chức năng này;

Hiến pháp nên giao thẩm quyền giải thích Hiến pháp cho cơ quan bảo hiến chuyên trách là cơ quan thực hiện chức năng tài phán hiến pháp;

Cần nghiên cứu, tiến hành các giải pháp đồng bộ để thiết lập cơ chế kiểm soát có hiệu quả sự phát triển của Hiến pháp bằng con đường giải thích, cụ thể hóa Hiến pháp mà không làm thay đổi lời văn của Hiến pháp nhằm góp phần bảo đảm cho Hiến pháp tồn tại được lâu dài mà vẫn thích ứng được với sự thay đổi của đời sống xã hội. ■

(24) Xem bài viết “Hoạt động của Quốc hội với vấn đề bảo hiến ở Việt Nam” của TS. Lương Minh Tuấn, trong cuốn sách “Quốc hội Việt Nam 60 năm hình thành và phát triển”, Nxb. Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 2006, tr. 549; TS. Trương Đắc Linh, Bàn về tài phán hiến pháp và thẩm quyền của cơ quan tài phán hiến pháp ở Việt Nam, Tạp chí Khoa học pháp lý, số 3 (40) năm 2007, tr. 3.

(25) Cương lĩnh xây dựng đất nước trong thời kỳ quá độ lên chủ nghĩa xã hội (Bổ sung, phát triển năm 2011) của Đảng Cộng sản Việt Nam.

CHẾ ĐỊNH QUYỀN CON NGƯỜI VỚI VIỆC SỬA ĐỔI HIẾN PHÁP...

(Tiếp theo trang 10)

cường tính hiệu quả của hình thức dân chủ đại diện của nhân dân song song với việc mở rộng hình thức dân chủ trực tiếp. Một trong những tiền đề quan trọng cho việc thực hành dân chủ rộng rãi của nhân dân đó là thực hành dân chủ trong Đảng, trong tổ chức và hoạt động của bộ máy nhà nước, đặc biệt là thông qua hoạt động lập pháp xác lập việc mở rộng các hình thức dân chủ trực tiếp; đồng thời nhân dân sẽ thực hiện quyền làm chủ một cách gián tiếp thông qua toàn bộ hoạt động lãnh đạo của Đảng, quản lý của Nhà nước, giám sát của các tổ chức - xã hội, đoàn thể nhân dân và cộng đồng.

Quyền con người chỉ thực sự được tôn

trọng, bảo đảm và thực hiện đầy đủ trong điều kiện nhận thức của những chủ thể quyền và chủ thể nghĩa vụ đạt một trình độ ý thức tự giác cao được chuyển hóa thành hành động thực tiễn cụ thể. Ý thức sâu sắc về việc tôn trọng, bảo đảm và thực hiện các quyền con người là một đòi hỏi tất yếu và quan trọng hàng đầu của những người đại diện cho nhân dân thực thi quyền lực công. Nhà nước pháp quyền XHCN của nhân dân, do nhân dân và vì nhân dân sẽ không thể được xác lập hoàn toàn nếu thiếu vắng việc thực hành các quyền và tự do dân chủ rộng rãi của mọi người dân. Những nguyên tắc hiến định về tổ chức và hoạt động của Nhà nước, về quyền con người và quyền công dân chỉ trở thành chân giá trị và bền vững nếu chúng xuất phát từ việc xem nhân dân là chủ quyền tối cao của mọi quyền lực và là chủ thể của các quyền, tự do cơ bản của con người. ■

QUYỀN TỰ DO GIAO KẾT HỢP ĐỒNG Ở VIỆT NAM - LÝ LUẬN VÀ THỰC TIỄN

■ PHAN THÔNG ANH*

Quyền tự do kinh doanh (TDKD) là quyền cơ bản của công dân, của các chủ thể kinh doanh (CTKD), được hầu hết các nước trên thế giới tôn trọng, bảo vệ. Ở Việt Nam, Điều 57 của Hiến pháp 1992 có ý nghĩa khẳng định quyền TDKD là một quyền hiến định và là quy định nền tảng cơ sở cho các quyền pháp định khác về TDKD được phát triển trong Bộ luật Dân sự (BLDS) các năm 1995, 2005; Luật Doanh nghiệp 1999, 2005; Luật Thương mại (Luật TM) các năm 1998, 2005; Luật Đầu tư 2000, 2005... Song song đó, các văn bản pháp quy khác cũng được ban hành nhằm tạo điều kiện cho các chủ thể được thực hiện quyền TDKD của mình như các Nghị định 88/2006/NĐ-CP, 108/2006/NĐ-CP, 139/2007/NĐ-CP, 43/2010/NĐ-CP, 102/2010/NĐ-CP trong đó quy định cụ thể các thủ tục để gia nhập thị trường, quản trị điều hành kinh doanh...

Quyền TDKD là một hệ thống quyền của CTKD được pháp luật quy định bao gồm: (i) quyền tự do lựa chọn thành lập loại hình kinh doanh, (ii) ngành nghề kinh doanh, (iii) địa điểm kinh doanh, (iv) quyền được đảm bảo sở hữu tài sản, (v) quyền tự do hợp đồng, (vi) quyền tự do cạnh tranh theo quy định của pháp luật, (vii) quyền tự định đoạt cơ quan tài phán

tranh chấp, (viii) quyền tự do lựa chọn luật giải quyết tranh chấp... Chúng tôi tập trung nghiên cứu phân tích về quyền tự do hợp đồng thông qua các quy định của pháp luật Việt Nam.

Quyền tự do hợp đồng là quyền của các CTKD được thể hiện ở các khía cạnh sau đây: (i) quyền được tự do bình đẳng, tự nguyện giao kết hợp đồng (GKHD), (ii) quyền được tự do lựa chọn đối tác GKHD, (iii) quyền được tự do thỏa thuận nội dung GKHD, (iv) quyền được tự do thỏa thuận thay đổi nội dung hợp đồng trong quá trình thực hiện, (v) quyền được tự do thỏa thuận các điều kiện đảm bảo để thực hiện hợp đồng, (vi) quyền được tự do thỏa thuận cơ quan tài phán và luật giải quyết tranh chấp hợp đồng.

Hình thức pháp lý chủ yếu của các quan hệ kinh doanh chính là hợp đồng. Bản chất của hợp đồng là sự thỏa thuận và thống nhất ý chí giữa các chủ thể nhằm xác lập, thay đổi hay chấm dứt các quyền và nghĩa vụ trên cơ sở tự do, tự nguyện, bình đẳng. Tự do ý chí luôn được xác định là nguyên tắc cốt lõi của hợp đồng. Quyền tự do hợp đồng có ý nghĩa đặc biệt quan trọng đối với các nhà kinh doanh. Thông qua việc thiết lập và thực hiện các hợp đồng, các CTKD có thể tiến hành các hoạt

(*) *ThS, Giám đốc công ty Luật Hợp danh Việt Nam.*

động kinh doanh một cách chủ động, sáng tạo và đạt hiệu quả cao. Về mặt lý luận, quyền tự do hợp đồng được coi là một bộ phận cấu thành quan trọng, là biểu hiện sinh động nhất của quyền TDKD. Việc ghi nhận và bảo đảm quyền tự do hợp đồng bằng pháp luật có tác động lớn tới quyền TDKD của các CTKD¹.

Từ khi hoạt động quản lý kinh tế của Nhà nước được xác định chuyển sang cơ chế thị trường, định hướng xã hội chủ nghĩa, để đảm bảo thực hiện các cam kết khi Việt Nam tham gia các tổ chức quốc tế, thực hiện các điều ước quốc tế, thì Nhà nước đã sửa đổi pháp luật về hợp đồng cho phù hợp với các luật chơi chung, nên pháp luật về hợp đồng kinh doanh của Việt Nam đã có những thay đổi căn bản cả về đối tượng và phương pháp điều chỉnh. Trên cơ sở đó, quyền tự do hợp đồng, mà quan trọng nhất là tự do hợp đồng trong lĩnh vực kinh doanh, từng bước được ghi nhận và bảo đảm trên thực tế. Có thể khái quát về quyền tự do hợp đồng trong pháp luật hiện hành ở những nội dung dưới đây:

Quyền được tự do, bình đẳng, tự nguyện giao kết hợp đồng

Tự do GKHD là nguyên tắc cơ bản của GKHD nói chung. Theo đó, dù thiết lập quan hệ hợp đồng trong lĩnh vực nào (dân sự, thương mại hay lao động), các chủ thể đều được tự do về mặt ý chí, không có chủ thể nào có quyền áp đặt ý chí để bắt buộc hay ngăn cản chủ thể khác GKHD. Quyền tự do GKHD xuất phát từ bản chất của hợp đồng. Hợp đồng là sự thỏa thuận và thống nhất về mặt ý chí giữa các chủ thể, nhưng không phải tất cả những thỏa thuận giữa các chủ thể đều là hợp đồng. Sự thỏa thuận chỉ có thể trở thành hợp đồng khi ý chí của các chủ thể được thể hiện (trong sự thỏa thuận) phù hợp với “ý chí thực” của họ. Với yêu cầu đó, tự do trong GKHD phải được ghi nhận là một nguyên tắc cơ bản².

Quyền tự do GKHD được thể hiện trong pháp luật hợp đồng khá nhất quán. Điều 389

BLDS 2005 quy định việc GKHD dân sự được thực hiện theo các nguyên tắc: “1. Tự do GKHD nhưng không trái pháp luật, đạo đức xã hội; 2. Tự nguyện bình đẳng, thiện chí, hợp tác, trung thực và ngay thẳng”. Điều 11 Luật TM 2005 quy định nguyên tắc tự do, tự nguyện thỏa thuận trong hoạt động thương mại: “1. Các bên có quyền tự do thỏa thuận không trái với các quy định của pháp luật, thuần phong mỹ tục và đạo đức xã hội để xác lập các quyền và nghĩa vụ của các bên trong hoạt động thương mại. Nhà nước tôn trọng và bảo hộ các quyền đó. 2. Trong hoạt động thương mại, các bên hoàn toàn tự nguyện, không bên nào được thực hiện hành vi áp đặt, cưỡng ép, đe dọa, ngăn cản bên nào”. Điều 9 Bộ luật Lao động (BLLĐ) 1994, sửa đổi bổ sung (sđbs) các năm 2002, 2006, 2007 quy định: “Quan hệ lao động giữa người lao động và người sử dụng lao động được xác lập và tiến hành qua thương lượng, thỏa thuận theo nguyên tắc tự nguyện, bình đẳng, hợp tác, tôn trọng quyền và lợi ích hợp pháp của nhau, thực hiện đầy đủ những điều đã cam kết”.

Quyền tự do GKHD còn được thể hiện ở quy định về phạm vi những chủ thể có quyền GKHD. Tùy thuộc vào tính chất của từng loại hợp đồng, phạm vi chủ thể có quyền giao kết có những sự khác nhau nhất định: (i) Theo BLDS, chủ thể của hợp đồng dân sự bao gồm: cá nhân có năng lực pháp luật và năng lực hành vi dân sự, pháp nhân, tổ hợp tác, hộ gia đình (Điều 14,15,16,17, 84, 106, 111 BLDS 2005); (ii) Theo Luật TM, chủ thể của hợp đồng thương mại là thương nhân bao gồm tổ chức kinh tế được thành lập hợp pháp, cá nhân hoạt động thương mại một cách độc lập, thường xuyên và có đăng ký kinh doanh (khoản 1, Điều 6 Luật TM 2005); (iii) Theo BLLĐ, chủ thể của hợp đồng lao động là người sử dụng lao động và người lao động (Điều 26 BLLĐ 1994, Sđbs 2002, 2006, 2007)...

Quyền tự do bình đẳng GKHD không được thực hiện trong thực tiễn trong một số lĩnh vực

(1) TS. Bùi Ngọc Cường, *Một số vấn đề về quyền tự do kinh doanh trong pháp luật kinh tế hiện hành*, Nxb Chính trị Quốc gia, H., 2004, tr.109.

(2) *Một số vấn đề về quyền tự do kinh doanh trong pháp luật kinh tế hiện hành* - TS. Bùi Ngọc Cường, NXBCTQG, 2004, tr.110.

nhất định, điển hình nhất là các hợp đồng cung cấp, các dịch vụ công từ các chủ thể là các công ty nhà nước độc quyền phân phối các dịch vụ như điện, nước, điện thoại, chủ thể giao kết là người dân sử dụng các dịch vụ này thì bị ép ký kết các hợp đồng mẫu đã được soạn sẵn (không được thay đổi) thậm chí gây thiệt hại cho người sử dụng cũng không có điều khoản để bồi thường như việc các công ty cung cấp điện tự động ngắt điện làm hư hỏng các thiết bị điện hoặc hư các sản phẩm đang được sản xuất chưa thành phẩm...

Mặc dù trong các quy định cụ thể về chủ thể của các loại hợp đồng vẫn còn nhiều điểm chưa hợp lý và chặt chẽ, song về cơ bản, pháp luật hiện hành đã ghi nhận một phạm vi rộng rãi các chủ thể tự do GKHH. Điều này tạo điều kiện thuận lợi cho các chủ thể, đặc biệt là các CTKD có khả năng chủ động trong việc thiết lập các giao dịch nhằm phục vụ hoạt động của mình. Với quyền tự do GKHH, các CTKD hoàn toàn có thể chủ động quyết định các hoạt động sản xuất kinh doanh. Tuy nhiên, cũng cần lưu ý rằng, mọi quyền tự do trong xã hội có Nhà nước đều phải đặt trong khuôn khổ pháp luật. Để bảo vệ lợi ích chung của toàn xã hội, trong đó có lợi ích của bản thân các chủ thể hợp đồng, pháp luật các nước cũng như pháp luật Việt Nam đều có những giới hạn nhất định đối với các chủ thể khi thực hiện quyền tự do GKHH. Các quy định hạn chế đối với quyền tự do GKHH thể hiện ở chỗ khi thực hiện quyền này, các chủ thể hợp đồng phải đáp ứng các yêu cầu: không trái pháp luật, không trái đạo đức xã hội, người giao kết có năng lực GKHH³.

Quyền được tự do lựa chọn đối tác giao kết hợp đồng

Quyền tự do lựa chọn đối tác GKHH có ý nghĩa hết sức quan trọng đối với các CTKD, bởi lẽ, họ sẽ lựa chọn đối tác nào để giao kết phụ thuộc vào nhiều yếu tố khác nhau như: văn hóa ứng xử của đối tác, khả năng, kinh nghiệm kinh doanh của đối tác, uy tín của đối tác, các điều kiện lợi ích kinh tế phát sinh từ sự

thương thảo hợp đồng... CTKD chỉ cần căn cứ vào các quy định pháp luật tương ứng với nội dung hợp đồng ký để thỏa thuận, tuân thủ khi ký kết và thực hiện.

Pháp luật dân sự, thương mại và lao động chỉ quy định điều kiện các chủ thể được quyền giao kết các loại hợp đồng: đối với cá nhân phải có năng lực pháp luật và năng lực hành vi (Điều 14, 15 BLDS 2005); đại diện của pháp nhân (Điều 91 BLDS 2005) người đại diện pháp luật của pháp nhân (khoản 4 Điều 141 BLDS 2005), thương nhân (khoản 1, Điều 6 Luật TM 2005), người sử dụng lao động và người lao động (khoản 1, 2 Điều 26 BLLĐ 1994, Sđbs 2002, 2006, 2007). Hệ thống pháp luật hiện hành không quy định cá nhân nào, pháp nhân nào, hay thương nhân nào, người sử dụng lao động hay người lao động nào được quyền GKHH với nhau. Đây chính là sự thể hiện tôn trọng quyền được lựa chọn đối tác GKHH cho các CTKD.

Trong thực tiễn thì quyền tự do lựa chọn đối tác GKHH giữa các bên được thực hiện khá phổ biến, rộng rãi, các bên GKHH đều nhận thức đầy đủ và thực hiện tốt về quyền năng này trong phạm vi có thể, thể hiện rõ nhất là (i) các bên lợi thế trong hợp đồng sẽ có sự lựa chọn đối tác yếu thế hơn để lần át ý chí khi GKHH với mục đích tìm lợi ích cao nhất trong quá trình thực hiện hợp đồng với đối tác đó. Ví dụ như hành vi của thương nhân mua ép giá nông dân, ngư dân đối với hàng nông sản hoặc hải sản khi trúng mùa; (ii) hoặc một thương nhân xuất khẩu hàng may mặc được tự do lựa chọn một đối tác sản xuất, gia công hàng may mặc có uy tín về chất lượng để GKHH gia công hàng may mặc xuất khẩu.

Quyền được tự do thỏa thuận nội dung giao kết hợp đồng

Quyền tự do thỏa thuận nội dung hợp đồng là quyền hết sức cơ bản của quyền TDKD vì đây là yếu tố cơ bản nhất tác động đến lợi ích của các bên GKHH. Các bên hoàn toàn có quyền lựa chọn đối tượng hàng hóa để mua

(3) Bùi Ngọc Cường, Sđd, tr.112.

bán hoặc dịch vụ để cung cấp, thỏa thuận giá cả, cách tính giá, phương thức thanh toán; điều kiện giao nhận hàng, vận chuyển, đóng gói bao bì và các nội dung khác trong hợp đồng trên cơ sở đảm bảo hài hòa quyền và lợi ích của hai bên. Để đảm bảo quyền và lợi ích của các bên khi thực hiện quyền tự do thỏa thuận nội dung hợp đồng, BLDS, Luật TM, Bộ luật Hàng hải, BLLĐ cũng như các văn bản pháp quy hướng dẫn đều có những quy định về nội dung của hợp đồng theo hướng các chủ thể phải thỏa thuận đầy đủ các điều khoản chủ yếu để đảm bảo hiệu lực của hợp đồng; thỏa thuận về nội dung hợp đồng không thể trái với các nội dung thường lệ được quy định bởi pháp luật.

Quyền tự do thỏa thuận nội dung hợp đồng của các bên bị giới hạn bởi các quy định của pháp luật nhằm bảo đảm sự thỏa thuận của các bên không xâm hại đến những lợi ích mà pháp luật cần bảo vệ hay trật tự công cộng (các nguyên tắc cơ bản của pháp luật) như việc các bên không thể tự thỏa thuận trước trong hợp đồng việc bồi thường thiệt hại hợp đồng bằng một mức ấn định trước trong hợp đồng vì nguyên tắc bồi thường thiệt hại của pháp luật Việt Nam là chỉ chấp nhận cho việc bồi thường đối với những thiệt hại thực tế từ hành vi vi phạm hợp đồng của bên kia (Điều 302 và 303 Luật TM 2005.)

Quyền tự do thỏa thuận hợp đồng còn bị giới hạn về hình thức hợp đồng mua bán hàng hóa (Điều 24 Luật TM 2005) được thể hiện bằng lời nói, bằng văn bản hoặc được xác lập bằng hành vi cụ thể, ngoại trừ đối với các loại hợp đồng mua bán hàng hoá mà pháp luật quy định phải được lập thành văn bản thì phải tuân theo các quy định đó. Đối với mua bán hàng hoá quốc tế (khoản 2 Điều 27 Luật TM 2005), phải được thực hiện trên cơ sở hợp đồng bằng văn bản hoặc bằng hình thức khác có giá trị pháp lý tương đương, trong khi đó, Công ước Viên 1980 quy định về hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế còn có hình thức đa dạng hơn, chỉ cần có người làm chứng thì hợp đồng cũng được công nhận. Sự giới hạn này

hiện nay là một rào cản gây trở ngại cho các CTKD trong nước, hạn chế quyền TDKD khi lựa chọn hình thức giải quyết tranh chấp hợp đồng trong nước, không thể kiện các đối tác nước ngoài khi họ ký kết hợp đồng theo hình thức có người làm chứng là bên môi giới.

Quyền được tự do thỏa thuận thay đổi nội dung hợp đồng trong quá trình thực hiện

Quyền tự do thỏa thuận để thay đổi, đình chỉ hay hủy bỏ hợp đồng đã giao kết trong quá trình thực hiện hợp đồng là sự khẳng định quyền trọn vẹn của các CTKD trong quá trình ký kết và thực hiện hợp đồng. Quy định này có ý nghĩa hết sức quan trọng đối với việc tôn trọng sự quyết định ý chí của các bên trong quá trình thực hiện hợp đồng, có thể là quyết định thay đổi một phần hợp đồng, hoặc quyết định chấm dứt hợp đồng khi ý chí của cả hai bên trong hợp đồng muốn thay đổi, bỏ sung hợp đồng đã ký kết.

Quyền tự do trên được pháp luật hiện hành quy định tại Điều 423 BLDS 2005 về sửa đổi hợp đồng dân sự: “1. Các bên có thể thỏa thuận sửa đổi hợp đồng và giải quyết hậu quả của việc sửa đổi, trừ trường hợp pháp luật có quy định khác. 2. Trong trường hợp hợp đồng được lập thành văn bản, được công chứng, chứng thực, đăng ký hoặc cho phép thì việc sửa đổi hợp đồng cũng phải tuân theo hình thức đó” và Điều 33 BLLĐ 1994, Sđbs 2002, 2006, 2007: “Trong quá trình thực hiện hợp đồng lao động, nếu bên nào có yêu cầu thay đổi nội dung hợp đồng thì phải báo cho bên kia biết trước ít nhất ba ngày. Việc thay đổi nội dung hợp đồng lao động có thể được tiến hành bằng cách sửa đổi, bổ sung hợp đồng lao động đã giao kết hoặc GKHD lao động mới...”

Quyền tự do này được các CTKD lựa chọn theo thực tiễn của quá trình thực hiện hợp đồng: bổ sung hợp đồng, thay đổi một phần nội dung hợp đồng, chấm dứt không tiếp tục thực hiện hợp đồng.

Quyền được tự do thỏa thuận các điều kiện đảm bảo để thực hiện hợp đồng

Điều kiện đảm bảo thực hiện hợp đồng là

một trong các nội dung cơ bản để quyết định sự thành công của hợp đồng, đảm bảo các quyền nghĩa vụ của hợp đồng được thực hiện bằng một giao dịch thế chấp tài sản, hoặc giao dịch bảo đảm thanh toán của tổ chức tín dụng, hoặc một bên thứ ba bằng một tài sản là bất động sản hay một nguồn tiền từ một tài khoản ngân hàng; điều kiện đảm bảo thực hiện hợp đồng có ý nghĩa rất quan trọng liên quan mật thiết đối với trách nhiệm tài chính hữu hạn phát sinh trong một hợp đồng.

Pháp luật dân sự đã đảm bảo quyền tự do thỏa thuận các điều kiện đảm bảo để thực hiện hợp đồng bằng các quy định (i) về biện pháp đảm bảo thực hiện nghĩa vụ dân sự (từ Điều 318 đến Điều 325 BLDS 2005); (ii) về cầm cố tài sản (từ Điều 326 đến Điều 341 BLDS 2005); (iii) về hợp đồng thế chấp (từ Điều 342 đến Điều 357 BLDS 2005); (iv) về đặt cọc (Điều 358 BLDS 2005); (v) về ký cược (Điều 359 BLDS 2005); (vi) về ký quỹ (Điều 360 BLDS 2005); (vii) về bảo lãnh (từ Điều 361 đến Điều 371 BLDS 2005); (viii) về tín chấp (từ Điều 372 đến Điều 373 BLDS 2005).

Trên thực tiễn hiện nay, tình trạng đăng ký vốn ảo trên giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp đã gây nên tâm lý bất an của các đối tác trong nghĩa vụ thanh toán cho các hợp đồng mua bán hàng hóa, cung ứng dịch vụ có giá trị lớn. Đồng thời, sự bất cập của Luật Nhà ở quy định thời điểm chuyển dịch quyền sở hữu tài sản là nhà ở từ người bán sang người mua là sau khi công chứng xong và BLDS lại quy định thời điểm chuyển dịch quyền sở hữu tài sản là nhà ở từ người bán sang người mua là sau khi đăng bộ xong (căn nhà trên đất đã xác định quyền chủ sở hữu đối với người mua khi công chứng xong, nhưng diện tích đất người mua được xác định là có quyền sử dụng đất ở lại là khi hoàn thành thủ tục đăng bộ xong) đã làm ảnh hưởng không nhỏ đến hoạt động thế chấp tài sản, bảo lãnh để thực hiện việc đảm bảo thực hiện hợp đồng.

Quyền được tự do thỏa thuận cơ quan tài phán và luật giải quyết tranh chấp hợp đồng

Quyền tự do thỏa thuận về cơ quan tài phán được quy định tại Điều 4 Bộ luật Tố tụng Dân sự (BLTTDS) 2004 quy định về quyền yêu cầu tòa án bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp, theo đó, CTKD có quyền lựa chọn Tòa án nhân dân có thẩm quyền để tài phán tranh chấp hợp đồng. Điều 5 Luật Trọng tài Thương mại (Luật TTTM) 2010 quy định điều kiện giải quyết tranh chấp bằng trọng tài, theo đó, nếu các bên muốn lựa chọn cơ quan tài phán là trọng tài thương mại thì cần thỏa thuận trước trong hợp đồng hoặc sau khi xảy ra tranh chấp. Điều 6 Luật TTTM 2010 quy định Tòa án từ chối thụ lý trong trường hợp có thỏa thuận trọng tài, theo đó, trong trường hợp các bên tranh chấp đã có thỏa thuận trọng tài mà một bên khởi kiện tại Tòa án thì Tòa án phải từ chối thụ lý, trừ trường hợp thỏa thuận trọng tài vô hiệu hoặc thỏa thuận trọng tài không thể thực hiện được. Theo Điều 25, 29, 31 BLTTDS 2004 quy định về thẩm quyền giải quyết tranh chấp về hợp đồng dân sự, hợp đồng thương mại và hợp đồng lao động, thì nếu các bên không lựa chọn cơ quan tài phán tranh chấp hợp đồng là Tòa án hoặc trọng tài thì thẩm quyền giải quyết các tranh chấp hợp đồng nêu trên thuộc thẩm quyền của cơ quan Tòa án nhân dân có thẩm quyền cấp huyện hoặc tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương. Các quy định trên của pháp luật dân sự và trọng tài đã đảm bảo quyền tự do lựa chọn của các bên về cơ quan tài phán và đảm bảo cơ quan Tòa án nhân dân có thẩm quyền đương nhiên tài phán tranh chấp hợp đồng kinh doanh cho các CTKD nếu các bên không có sự lựa chọn trước đó, hoặc khi xảy ra tranh chấp, các bên không thỏa thuận được việc giải quyết tranh chấp bằng trọng tài thương mại.

Về quyền tự do lựa chọn luật giải quyết tranh chấp được quy định tại Điều 769 BLDS 2005. Theo đó, khi lựa chọn cơ quan tài phán là Tòa án (i) nếu không có thỏa thuận khác thì áp dụng pháp luật nơi thực hiện hợp đồng; (ii) nếu hợp đồng được giao kết tại Việt Nam; (iii) thực hiện hoàn toàn tại Việt Nam; (iv) hợp

đồng liên quan đến bất động sản ở Việt Nam thì áp dụng theo pháp luật Việt Nam. Điều 14 Luật TTTM 2010 quy định: khi lựa chọn cơ quan tài phán là Trọng tài thương mại thì (i) đối với tranh chấp không có yếu tố nước ngoài thì áp dụng pháp luật Việt Nam để giải quyết tranh chấp; (ii) đối với tranh chấp có yếu tố nước ngoài, thì áp dụng pháp luật do các bên lựa chọn; (iii) nếu các bên không có thỏa thuận về luật áp dụng thì Hội đồng trọng tài quyết định luật để giải quyết tranh chấp; (iv) trường hợp pháp luật Việt Nam, pháp luật do các bên lựa chọn không có quy định cụ thể liên quan đến nội dung tranh chấp thì Hội đồng trọng tài được áp dụng tập quán quốc tế để giải quyết tranh chấp nếu việc áp dụng hoặc hậu quả của việc áp dụng đó không trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam. Theo các quy định trên, chỉ ngoại trừ trường hợp đã được luật quy định thì các bên có quyền lựa chọn luật áp dụng tranh chấp theo sự thỏa thuận và khi lựa chọn hình thức giải quyết tranh chấp bằng trọng tài thương mại thì cơ hội lựa chọn luật áp dụng nước ngoài giải quyết tranh chấp được rộng hơn, còn lựa chọn Tòa án giải quyết tranh chấp thì hạn chế hơn.

Những nội dung phân tích trên cho thấy, quyền tự do hợp đồng được thể hiện khá đa dạng và sự tồn tại của thực tiễn vận hành quyền tự do hợp đồng theo quy định của pháp luật hiện hành đã đặt ra cho chúng ta một số vấn đề sau:

Thứ nhất, cần tăng cường hoạt động tuyên truyền pháp luật cho các CTKD. Không phải tất cả các CTKD đều có sự nhận thức đầy đủ các quyền năng của mình trong hệ thống các quyền TDKD để phát huy trong quá trình tổ chức hoạt động, nhất là khi thương lượng, ký kết thực hiện hợp đồng. Do đó, cần tăng cường hoạt động tuyên truyền pháp luật quy định về quyền TDKD nói chung, quyền tự do trong giao kết thực hiện hợp đồng nói riêng để các CTKD có thể nắm bắt đầy đủ các quyền năng của mình mà pháp luật đã quy định, bảo vệ, cho phép các CTKD thực hiện. Sự nắm bắt của các

CTKD có ý nghĩa rất lớn là tạo điều kiện cho các CTKD biết những quy định của pháp luật cần phải tuân thủ trong quá trình kinh doanh. Việc tăng cường hoạt động tuyên truyền quyền TDKD cho các CTKD có ý nghĩa kép, vừa tạo điều kiện cho các CTKD biết các quyền của mình để phát huy tối đa, vừa biết những quy định của pháp luật để tuân thủ.

Thứ hai, tăng cường hiệu quả áp dụng pháp luật của cán bộ công chức nhà nước. Có quan điểm cho rằng, hệ thống pháp luật hiện hành là không đầy đủ, không hiệu quả nhưng quan điểm của chúng tôi lại khác. Chúng tôi cho rằng, hệ thống pháp luật hiện hành là đầy đủ, vấn đề là hoạt động áp dụng pháp luật của cán bộ công chức nhà nước hiện nay chưa hiệu quả, thể hiện khá rõ qua chính sách hậu kiểm việc đăng ký kinh doanh của các doanh nghiệp, nên việc đăng ký vốn ảo ngày càng nghiêm trọng. Tuy hiện nay, Nghị định 120/2010/NĐ-CP đã hóa giải giao quyền cho cơ quan đăng ký kinh doanh được quyền kiểm tra, thu hồi, thay đổi giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp cho phù hợp với thực tế việc góp vốn, nhưng rất tiếc, hiệu quả áp dụng pháp luật vẫn không được phát huy; vẫn chưa có cuộc kiểm tra nào về việc góp vốn của các doanh nghiệp. Theo chúng tôi, cần phải tăng cường hoạt động áp dụng pháp luật nói chung, tăng cường việc hậu kiểm nhằm phát huy hiệu quả chính sách hậu kiểm đối với các doanh nghiệp.

Thứ ba, cần có sự thống nhất với một nguyên tắc pháp luật, hạn chế tối đa sự xung đột. Sự xung đột của quy định về thời điểm xác định quyền sở hữu tài sản là nhà ở giữa Luật Nhà ở với BLDS là một minh chứng cụ thể: Xét tính hiệu lực của Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật thì do cấp độ của hai văn bản luật này bằng nhau; xét tính chuyên ngành thì hai văn bản luật này đều có tính chuyên ngành về nhà ở và sở hữu tài sản; xét tính thời hiệu thì do Luật Nhà ở ban hành sau nên có hiệu lực thực hiện. Theo chúng tôi, khi sửa đổi hoặc ban hành luật mới cần xem xét tính nguyên tắc chung để quy định thống nhất,

tránh sự xung đột trái khoáy như hiện nay.

Thứ tư, cần tiếp thu luật nước ngoài để cải thiện quyền TDKD của các CTKD trong nước với đối tác nước ngoài. Tiếp nhận pháp luật nước ngoài là hiện tượng phổ biến trên thế giới. Tiếp nhận pháp luật nước ngoài trong quá trình chuyển đổi, hội nhập hiện nay của Việt Nam là cần thiết, nó mang tính thực tiễn và kinh tế. Trong xu thế hội nhập kinh tế quốc tế, việc tiếp thu luật nước ngoài là các điều ước quốc tế rất cần thiết để thích nghi với các luật chơi chung và đảm bảo quyền lợi của các CTKD trong nước. Công ước Viên 1980 về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế (CISG) là một minh chứng đã được chúng tôi phân tích nêu trên về hình thức GKHĐ đã gây cản trở không ít cho các CTKD Việt Nam khi ký kết các hợp đồng mua bán quốc tế với các đối tác nước ngoài.

Sở dĩ chúng tôi tiếp cận và kiến nghị cần tiếp thu CISG bởi các lý do sau: CISG được soạn thảo và thực thi dưới sự bảo trợ của Liên hiệp quốc - tổ chức quốc tế liên chính phủ lớn nhất hành tinh; cách thức soạn thảo CISG cho thấy những nỗ lực thực sự trong việc tạo ra các quy phạm thực chất thống nhất về mua bán hàng hóa quốc tế; nội dung của Công ước được đánh giá là hiện đại, linh hoạt, phù hợp với thực tiễn mua bán hàng hóa quốc tế. Tham gia càng sớm Công ước Viên 1980 về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế sẽ đem lại cho Việt Nam và doanh nghiệp Việt Nam những lợi ích đáng kể, bao gồm cả các lợi ích về pháp lý và lợi ích kinh tế, là nhiệm vụ cấp bách của Nhà nước đối với tiến trình hội nhập, nhằm thống nhất pháp luật về mua bán hàng hóa quốc tế của Việt Nam với các quốc gia trên thế giới; đánh dấu một mốc mới trong quá trình tham gia vào các điều ước quốc tế đa phương về

thương mại, tăng cường mức độ hội nhập của Việt Nam, góp phần hoàn thiện pháp luật về mua - bán hàng hóa quốc tế nói riêng và pháp luật về mua bán hàng hóa nói chung của Việt Nam; giúp cho các CTKD Việt Nam tiết kiệm được chi phí và thời gian trong việc lựa chọn pháp lý hiện đại, công bằng và an toàn để thực hiện hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế và có căn cứ hợp lý để giải quyết tranh chấp nếu phát sinh; tránh được những rủi ro, tranh chấp trong kinh doanh quốc tế do xung đột pháp luật.

Thước đo sự tiến bộ và phát triển của một Nhà nước có thể được xem xét đánh giá trong nhiều góc độ khác nhau, sự công nhận, thừa nhận, khuyến khích quyền TDKD của công dân cũng là một trong những chuẩn mực của khung thước đo chung. Sự thể hiện các chuẩn mực của khung thước đo đó chính là sự minh bạch của của hệ thống pháp luật, sự cân đối hài hòa lợi ích giữa Nhà nước và công dân, sự tôn trọng của Nhà nước một cách bình đẳng giữa các CTKD không lệ thuộc vào nguồn gốc thành phần chủ sở hữu... Khung thước đo ngày càng chuẩn mực hơn khi cơ chế vận hành quyền TDKD của các CTKD ngày càng phù hợp với luật chơi chung của khu vực và các tổ chức quốc tế. Để có thể xây dựng được những chuẩn mực cơ bản nêu trên, theo chúng tôi, Nhà nước ta cần có sự thích nghi với các quy phạm của luật nước ngoài, tiếp thu vào hệ thống pháp luật quốc gia trên một nguyên tắc cầu thị, chọn lọc những nội dung phù hợp với bản sắc văn hóa dân tộc Việt Nam, cần bảo lưu những nét riêng của Việt Nam phù hợp với bản chất của thể chế chính trị hiện nay, xây dựng nền kinh tế thị trường theo định hướng xã hội chủ nghĩa dưới sự lãnh đạo của Đảng Cộng sản Việt Nam. ■

(4) Về vấn đề này, có thể xem thêm quan điểm của giáo sư Hideki Kanda và Curtis J. Mihaupt, trong "Re-examining Legal Transplants: the Director's Fiduciary Duty in Japanese Corporate Law"; Trung tâm nghiên cứu Luật và kinh tế, Law School, Đại học Columbia, Mỹ, 2003 (trong Tiếp nhận pháp luật nước ngoài: Lý thuyết và thực tiễn trong pháp luật công ty Việt Nam, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp 2006).

(5) Bản đề xuất gia nhập Công ước Viên 1980 về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế - TS. Đinh Thị Mỹ Loan; TS. Nguyễn Minh Hằng, Hà Nội, tháng 04/2011, Phần II.

(6) Tidd.

(7) Tidd.

MỘT SỐ NỘI DUNG CƠ BẢN CỦA DỰ THẢO LUẬT GIÁO DỤC ĐẠI HỌC

■ CHU HỒNG THANH*

Thực hiện Chương trình xây dựng luật, pháp lệnh năm 2011, Chính phủ đang chuẩn bị trình Quốc hội xem xét cho ý kiến về Dự án Luật Giáo dục đại học (Luật GDĐH) tại kỳ họp thứ hai, Quốc hội khóa XIII và sẽ thảo luận, thông qua Dự án Luật này tại kỳ họp thứ ba vào quý II năm 2012.

Văn kiện Đại hội Đại biểu toàn quốc lần thứ XI Đảng Cộng sản Việt Nam khẳng định: cần đổi mới căn bản, toàn diện nền giáo dục Việt Nam nói chung trong đó có GDĐH theo hướng chuẩn hóa, hiện đại hóa, xã hội hóa, dân chủ hóa và hội nhập quốc tế, trong đó, đổi mới cơ chế quản lý giáo dục, phát triển đội ngũ nhà giáo và cán bộ quản lý giáo dục là khâu then chốt. Sau 25 năm đổi mới của đất nước và 10 năm thực hiện Chiến lược phát triển giáo dục 2001 - 2010, GDĐH nước ta đã từng bước phát triển về quy mô, đa dạng về loại hình trường và hình thức đào tạo; cung cấp nguồn lao động chủ yếu có trình độ cao đẳng, đại học, thạc sĩ và tiến sĩ phục vụ sự nghiệp phát triển kinh tế - xã hội, quá trình công nghiệp hóa, hiện đại hóa đất nước, bảo đảm an ninh, quốc phòng và hội nhập quốc tế. Tuy nhiên, GDĐH cũng còn không ít hạn chế, yếu kém, phương pháp quản lý nhà nước đối với cơ sở GDĐH chậm được thay đổi, chưa bảo đảm yêu cầu nâng cao chất lượng đào tạo của toàn hệ thống, chưa phát huy mạnh mẽ

được sự sáng tạo của đội ngũ nhà giáo, các nhà quản lý và người học.

Luật Giáo dục là luật khung, quy định một số vấn đề chung của GDĐH, còn các văn bản quy phạm pháp luật hiện hành về GDĐH hiện còn quy định phân tán, hiệu lực pháp lý không cao. Nhiều vấn đề quan trọng của GDĐH được quy định tại các văn bản quy phạm pháp luật do Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ, Bộ trưởng Bộ Giáo dục và Đào tạo và Bộ trưởng các Bộ, Thủ trưởng cơ quan ngang Bộ ban hành, cần được điều chỉnh bằng một văn bản quy phạm pháp luật có giá trị pháp lý cao, pháp điển hóa các quy định còn phân tán trong các văn bản dưới luật thành quy định của Luật GDĐH. Trong bối cảnh GDĐH Việt Nam hội nhập ngày càng sâu rộng với hệ thống GDĐH trong khu vực và trên thế giới, việc ban hành Luật GDĐH là cần thiết để điều chỉnh các hoạt động GDĐH phù hợp với các cam kết quốc tế, điều ước quốc tế mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên, quản lý tốt hơn hoạt động hợp tác, đầu tư nước ngoài trong lĩnh vực GDĐH. Việc ban hành Luật GDĐH là cần thiết, nhằm tạo cơ sở pháp lý vững chắc, thống nhất cho sự phát triển của GDĐH và thực hiện các mục tiêu của GDĐH.

Nếu Luật Giáo dục điều chỉnh toàn bộ các cấp học và trình độ đào tạo trong hệ thống giáo dục quốc dân, từ giáo dục mầm non, giáo dục phổ

(*) PGS, TS, Vụ trưởng Vụ Pháp chế, Bộ Giáo dục và Đào tạo.

thông, giáo dục nghề nghiệp và GDDH thì Luật GDDH là luật chuyên ngành đầu tiên quy định về tổ chức, hoạt động GDDH, cụ thể hóa các quy định khung của Luật Giáo dục về GDDH. Luật GDDH nâng các quy định tại các văn bản dưới luật đã được thực tiễn kiểm nghiệm và mang tính ổn định thành các nội dung của Luật. Vấn đề thành lập cơ sở GDDH quy định tại Nghị quyết số 50/2010/QH12 ngày 19/6/2010 của Quốc hội khóa 12 về việc thực hiện chính sách, pháp luật về thành lập trường, đầu tư và bảo đảm chất lượng đào tạo đối với GDDH đã được thể hiện tại khoản 3 Điều 10 Chương I của Dự thảo Luật, trong đó có ưu tiên thành lập cơ sở GDDH tư thục có vốn đầu tư lớn, bảo đảm đầy đủ các điều kiện thành lập theo quy định. Vấn đề quy hoạch mạng lưới cơ sở GDDH quy định tại khoản 1 Điều 17 Nghị định số 75/2006/NĐ-CP ngày 02/8/2006 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Giáo dục đã được thể hiện tại khoản 1 Điều 9 Chương I của Dự thảo Luật. Quy hoạch mạng lưới cơ sở GDDH là sự phân bố, sắp xếp hệ thống các trường cao đẳng, trường đại học, học viện, đại học, đại học quốc gia với cơ cấu ngành nghề, trình độ đào tạo phù hợp với quy mô dân số, vị trí địa lý, vùng lãnh thổ trên toàn quốc và từng địa phương, cho từng thời kỳ, phù hợp với chiến lược phát triển kinh tế - xã hội và quốc phòng, an ninh của đất nước”. Nội dung về cơ cấu tổ chức cơ sở GDDH quy định tại Điều 25 Nghị định số 75/2006/NĐ-CP ngày 02/8/2006 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Giáo dục đã được thể hiện tại Điều 12, Điều 13 Chương II của Dự thảo Luật. Vấn đề nhiệm vụ và quyền hạn của trường đại học quy định tại Điều 5 Chương II Quyết định số 58/2010/QĐ-TTg ngày 22/9/2010 của Thủ tướng Chính phủ ban hành Điều lệ trường đại học đã được thể hiện tại Điều 24 Chương III của Dự thảo Luật. Các vấn đề bản về cơ sở GDDH tự chủ xây dựng và thực hiện chiến lược, kế hoạch phát triển trường; triển khai hoạt động đào tạo, khoa học và công nghệ, hợp tác quốc tế, bảo đảm chất lượng GDDH; tổ chức bộ máy; tuyển

dụng, quản lý, xây dựng, bồi dưỡng đội ngũ; quản lý người học; thực hiện chế độ thông tin, báo cáo và chịu sự giám sát, kiểm tra, thanh tra của các cơ quan có thẩm quyền; được Nhà nước giao hoặc cho thuê đất, cơ sở vật chất; được miễn, giảm thuế theo quy định của pháp luật; được hợp tác với các tổ chức kinh tế, giáo dục, văn hóa, thể dục, thể thao, y tế, nghiên cứu khoa học trong nước và nước ngoài... cũng đã được bao quát, xây dựng.

Vấn đề mở ngành đào tạo quy định tại Điều 9 Chương III Quyết định số 58/2010/QĐ-TTg ngày 22/9/2010 của Thủ tướng Chính phủ ban hành Điều lệ trường đại học đã được thể hiện tại Điều 29 Chương IV của Dự thảo Luật. Cơ sở GDDH được phép mở ngành đào tạo trình độ cao đẳng, đại học; ngành, chuyên ngành đào tạo trình độ thạc sĩ, tiến sĩ khi đáp ứng đủ các điều kiện về đội ngũ giảng viên, cán bộ khoa học cơ hữu; cơ sở vật chất, thiết bị, thư viện, giáo trình; chương trình đào tạo. Vấn đề tuyển sinh quy định tại Điều 11 Chương III Quyết định số 58/2010/QĐ-TTg ngày 22/9/2010 của Thủ tướng Chính phủ ban hành Điều lệ trường đại học đã được thể hiện tại Điều 30 Chương IV của Dự thảo: Cơ sở GDDH tự chủ, tự chịu trách nhiệm xác định chỉ tiêu tuyển sinh, công bố công khai chỉ tiêu tuyển sinh, chất lượng đào tạo và các điều kiện bảo đảm chất lượng GDDH. Cơ sở GDDH tự chủ quyết định phương thức tuyển sinh và chịu trách nhiệm về công tác tuyển sinh.

Nhiệm vụ của giảng viên quy định tại Điều 25 và Quyền của giảng viên quy định tại Điều 26 Chương VI Quyết định số 58/2010/QĐ-TTg ngày 22/9/2010 của Thủ tướng Chính phủ ban hành Điều lệ trường đại học đã được thể hiện tại Điều 49 Chương VIII của Dự thảo Luật. Giảng viên giảng dạy theo mục tiêu, chương trình đào tạo; nghiên cứu, phát triển ứng dụng khoa học và chuyển giao công nghệ; học tập, bồi dưỡng nâng cao trình độ chuyên môn nghiệp vụ, đổi mới phương pháp giảng dạy; tham gia quản lý và giám sát cơ sở GDDH; tham gia công tác Đảng, đoàn thể và các công tác khác. Giảng viên được ký hợp đồng thỉnh giảng và

nghiên cứu khoa học với các cơ sở GDĐH, cơ sở nghiên cứu khoa học; được bổ nhiệm chức danh của giảng viên, được xét tặng danh hiệu Nhà giáo Nhân dân, Nhà giáo Ưu tú; được khen thưởng theo quy định của pháp luật...

Một số nội dung quy định tại Luật Giáo dục được bổ sung tại Dự thảo Luật GDĐH. Điều 41 của Luật Giáo dục quy định về Chương trình khung, Dự thảo Luật GDĐH giao Bộ trưởng Bộ Giáo dục và Đào tạo quy định về chuẩn tối thiểu về kiến thức, kỹ năng mà người học đạt được sau khi tốt nghiệp; quy trình xây dựng, thẩm định và ban hành chương trình đào tạo trình độ cao đẳng, đại học, thạc sĩ, tiến sĩ; quy định các môn học bắt buộc trong chương trình đào tạo đối với các trình độ đào tạo của cơ sở GDĐH có vốn đầu tư nước ngoài; quy định việc biên soạn, lựa chọn, thẩm định, duyệt và sử dụng tài liệu giảng dạy, giáo trình GDĐH. Dự thảo Luật GDĐH bổ sung quy định về cách xác định chỉ tiêu tuyển sinh. Chỉ tiêu tuyển sinh được xác định trên cơ sở nhu cầu phát triển kinh tế - xã hội, phù hợp với các điều kiện về số lượng và chất lượng đội ngũ giảng viên; cơ sở vật chất và thiết bị.

Những vấn đề chưa được quy định hoặc quy định chưa rõ trong Luật Giáo dục đã được quy định mới và cụ thể hơn trong Luật GDĐH. Vai trò của Nhà nước về phát triển GDĐH, tăng ngân sách đầu tư cho GDĐH; đầu tư ngân sách có trọng điểm để hình thành một số cơ sở GDĐH chất lượng cao thuộc các ngành khoa học cơ bản, các ngành khoa học và công nghệ cao đạt trình độ tiên tiến của khu vực và thế giới. Khoản 3 Điều 10 của Dự thảo Luật quy định về chính sách xã hội hóa và hoạt động không vì lợi nhuận. Cơ sở GDĐH tư thục được cấp kinh phí khi thực hiện nhiệm vụ do Nhà nước đặt hàng, gắn đào tạo với nghiên cứu và triển khai ứng dụng khoa học và công nghệ; đẩy mạnh hợp tác giữa cơ sở GDĐH với cơ sở nghiên cứu khoa học và với doanh nghiệp. Luật GDĐH cũng đã thực hiện phân tầng cơ sở GDĐH để có chính sách đầu tư, giao nhiệm vụ và quyền tự chủ, tự chịu trách nhiệm phù hợp với vị trí, vai trò, năng lực bảo đảm chất lượng đào tạo của cơ

sở GDĐH, có chính sách ưu tiên đối với đối tượng được hưởng chính sách xã hội; đối tượng ở vùng đồng bào dân tộc ít người, vùng có điều kiện kinh tế - xã hội đặc biệt khó khăn và đối tượng theo học các ngành đặc thù đáp ứng nhu cầu nhân lực cho phát triển kinh tế - xã hội; thực hiện bình đẳng giới trong GDĐH.

Dự thảo Luật thiết kế một điều riêng quy định về quyền tự chủ và tự chịu trách nhiệm của cơ sở GDĐH. Khoản 1 Điều 28 của Dự thảo Luật quy định 6 nội dung về quyền tự chủ và tự chịu trách nhiệm của cơ sở GDĐH, gồm tổ chức và nhân sự; tài chính và tài sản; hoạt động đào tạo; hoạt động khoa học và công nghệ, hoạt động hợp tác quốc tế và bảo đảm chất lượng và kiểm định chất lượng GDĐH. Khoản 2 Điều 28 của Dự thảo Luật đã quy định 4 điều kiện để được giao quyền tự chủ và tự chịu trách nhiệm: 1) vị trí, vai trò, nhiệm vụ; 2) năng lực thực hiện quyền tự chủ; 3) cam kết trách nhiệm khi thực hiện quyền tự chủ và 4) kết quả kiểm định chất lượng GDĐH. Khoản 3 Điều 28 của Dự thảo Luật quy định cơ sở GDĐH không còn đủ năng lực để thực hiện quyền tự chủ về đào tạo, nghiên cứu khoa học, hợp tác quốc tế thì quyền tự chủ bị thu hồi; cơ sở GDĐH vi phạm khi thực hiện quyền tự chủ thì bị xử lý theo quy định của pháp luật. Khoản 4 Điều 28 của Dự thảo Luật quy định Bộ trưởng Bộ Giáo dục và Đào tạo chủ trì, phối hợp với các bộ, cơ quan ngang bộ có liên quan quy định cụ thể về điều kiện được tự chủ, tự chịu trách nhiệm; mức độ thực hiện quyền tự chủ, tự chịu trách nhiệm; việc thu hồi quyền tự chủ trong thực hiện nhiệm vụ được giao; xử lý các hành vi vi phạm.

Để ưu đãi, khuyến khích các cơ sở GDĐH tư thục và cơ sở GDĐH có vốn đầu tư nước ngoài hoạt động không vì mục đích lợi nhuận; khuyến khích đầu tư cho hoạt động giáo dục, Dự thảo Luật GDĐH khuyến khích các cơ sở GDĐH tư thục và cơ sở GDĐH có vốn đầu tư nước ngoài hoạt động không vì mục đích lợi nhuận; Cấm lợi dụng các hoạt động GDĐH vì mục đích vụ lợi. Phần tài chính chênh lệch giữa thu và chi từ hoạt động đào tạo, nghiên cứu khoa học của cơ sở GDĐH tư thục phải được dành một phần

hợp lý để đầu tư cho hoạt động giáo dục, xây dựng cơ sở vật chất, mua sắm trang thiết bị, đào tạo, bồi dưỡng giảng viên, viên chức, cán bộ quản lý giáo dục, phục vụ cho hoạt động học tập và sinh hoạt của người học hoặc cho các mục đích từ thiện, thực hiện trách nhiệm xã hội. Phần này được miễn thuế theo quy định của pháp luật về thuế. Phần còn lại, nếu phân phối cho các nhà đầu tư và người lao động của cơ sở GDĐH, thì phải nộp thuế theo quy định của pháp luật về thuế. Để phân tài sản tích lũy trong quá trình hoạt động, tài sản được ủng hộ, hiến tặng, đất đai mà Nhà nước đã cho thuê hoặc giao cho cơ sở GDĐH không biến thành tài sản tư nhân, khoản 4, khoản 5 Điều 60 Dự thảo Luật Giáo dục đại học đã quy định giá trị tài sản tích lũy được trong quá trình hoạt động của cơ sở GDĐH tư thực và giá trị của các tài sản được tài trợ, ủng hộ, hiến tặng cho cơ sở GDĐH tư thực được quản lý theo nguyên tắc bảo toàn và phát triển. Tài sản và đất đai Nhà nước giao cho cơ sở GDĐH tư thực quản lý và tài sản cơ sở GDĐH tư thực được tài trợ, ủng hộ, hiến tặng phải sử dụng đúng mục đích, không chuyển đổi mục đích sử dụng và không được chuyển thành sở hữu tư nhân dưới bất cứ hình thức nào. Khoản 6 Điều 59 Dự thảo Luật GDĐH quy định cơ sở GDĐH thực hiện chương trình đào tạo chất lượng cao được thu học phí tương xứng với chất lượng đào tạo. Quy định này khuyến khích các cơ sở GDĐH cạnh tranh nâng cao chất lượng, đảm bảo hài hòa cơ cấu nhân lực, nâng cao tính cạnh tranh của sinh viên Việt Nam trong khu vực và trên thế giới.

Dự thảo Luật GDĐH quy định chức danh giảng viên, gồm trợ giảng, giảng viên, giảng viên chính, phó giáo sư và giáo sư. Khoản 5 Điều 49 Dự thảo Luật quy định việc kéo dài thời gian làm việc của các giảng viên có chức danh giáo sư, phó giáo sư. Giảng viên có chức danh giáo sư, phó giáo sư công tác trong cơ sở GDĐH có thể kéo dài thời gian làm việc kể từ khi đủ tuổi nghỉ hưu để giảng dạy, nghiên cứu khoa học, nếu giảng viên có đủ sức khỏe, tự nguyện kéo dài thời gian công tác, đồng thời cơ sở GDĐH có nhu cầu.

Dự thảo Luật GDĐH có những nội dung quy định về cơ cấu tổ chức, nhiệm vụ và quyền hạn của cơ sở GDĐH có vốn đầu tư nước ngoài gồm cơ sở GDĐH có 100% vốn của nhà đầu tư nước ngoài; cơ sở GDĐH liên doanh giữa nhà đầu tư trong nước và nhà đầu tư nước ngoài. Thủ tướng Chính phủ quy định cụ thể điều kiện và thủ tục thành lập hoặc cho phép thành lập, cho phép hoạt động đào tạo, đình chỉ hoạt động đào tạo, sáp nhập, chia, tách, giải thể trường đại học, học viện, đại học, đại học quốc gia và cơ sở GDĐH có vốn đầu tư nước ngoài. Bộ trưởng Bộ Giáo dục và Đào tạo quyết định cho phép hoạt động đào tạo, đình chỉ hoạt động đào tạo trường cao đẳng, trường đại học, học viện và cơ sở GDĐH có vốn đầu tư nước ngoài. Cơ sở GDĐH có vốn đầu tư nước ngoài xây dựng và thực hiện mục tiêu, chương trình, nội dung giảng dạy, nghiên cứu khoa học; xây dựng đội ngũ giảng viên, cơ sở vật chất, thiết bị, giáo trình, tài liệu phục vụ giảng dạy, học tập; bảo đảm chất lượng và kiểm định chất lượng GDĐH; tổ chức hoạt động đào tạo, cấp phát văn bằng, chứng chỉ theo quy định của pháp luật; tổ chức và hoạt động theo quyết định cho phép thành lập, cho phép hoạt động đào tạo; công khai cam kết chất lượng đào tạo, công khai về nguồn lực và tài chính. Cơ sở GDĐH có vốn đầu tư nước ngoài chịu sự quản lý nhà nước về giáo dục của Bộ Giáo dục và Đào tạo, định kỳ báo cáo về tình hình hoạt động và giải trình với Bộ Giáo dục và Đào tạo, các Bộ, ngành và Ủy ban nhân dân cấp tỉnh nơi cơ sở GDĐH có vốn đầu tư nước ngoài đặt trụ sở và hoạt động; bảo đảm quyền và lợi ích hợp pháp của người học, giảng viên và những người lao động khác trong trường hợp chấm dứt hoặc buộc phải chấm dứt hoạt động trước thời hạn; tôn trọng các phong tục, tập quán của Việt Nam, được Nhà nước Việt Nam bảo hộ các quyền và lợi ích hợp pháp theo quy định của pháp luật Việt Nam và Điều ước quốc tế mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên.

Luật GDĐH sẽ là công cụ pháp lý quan trọng để đổi mới cơ bản và toàn diện GDĐH, bảo đảm quyền tự chủ và nâng cao chất lượng GDĐH, đổi mới và nâng cao chất lượng quản lý GDĐH. ■

KIẾN NGHỊ HOÀN THIỆN DỰ THẢO LUẬT XỬ LÝ VI PHẠM HÀNH CHÍNH

■ LÊ NGỌC THANH*

Pháp luật về xử lý vi phạm hành chính (XLVPHC) là khung pháp lý tạo điều kiện cho các cơ quan hành chính, người được Nhà nước trao quyền xử lý các hành vi vi phạm pháp luật (VPPL) của các tổ chức, cá nhân mà chưa đến mức truy cứu trách nhiệm hình sự; đồng thời, đây cũng là chế định pháp luật được định lượng tương đối cụ thể mức độ VPPL của các hành vi, xác định ranh giới giữa trách nhiệm hành chính và trách nhiệm hình sự, tránh hiện tượng lạm quyền, hình sự hoá các quan hệ pháp luật hành chính.

Qua hơn 20 năm triển khai thực hiện kể từ ngày Pháp lệnh Xử phạt vi phạm hành chính năm 1989 được ban hành và qua hai lần thay đổi bằng Pháp lệnh XLVPHC năm 1995, năm 2002 cho thấy, tình trạng VPPL nói chung, đặc biệt là VPPL hành chính rất đa dạng, phức tạp, thay đổi theo sự phát triển kinh tế - xã hội của đất nước, do vậy, Pháp lệnh XLVPHC năm 2002 tuy đã được sửa đổi, bổ sung vào các năm 2007, 2008, song một số quy định của Pháp lệnh đã tỏ ra bất cập, cần phải được sửa đổi một cách toàn diện cho phù hợp với yêu cầu thực tiễn.

1. Quy định xử lý vi phạm hành chính trong các văn bản pháp luật

Hiện nay, trên lĩnh vực XLVPHC có các văn bản quy phạm pháp luật điều chỉnh (chưa tính đến các văn bản hướng dẫn của Chính phủ, các bộ) sau: Pháp lệnh XLVPHC năm 2002 được sửa đổi, bổ sung năm 2007, 2008; Luật Cảnh tranh (từ Điều 117 đến Điều 119) Luật Quản lý thuế năm 2006 (từ Điều 103 đến Điều 115) và Luật Chứng khoán năm 2006 (từ Điều 118 đến Điều 130). Do vậy, việc xây dựng Luật XLVPHC sẽ đi theo hai hướng:

- Nếu các quy định pháp luật XLVPHC trên lĩnh vực thuế, cưỡng chế thi hành quyết định hành chính thuế... đã được quy định trong Luật Quản lý thuế, hoặc các quy định về xử lý VPPL trong Luật Chứng khoán, Luật Cảnh tranh còn phù hợp, tiếp tục được thực hiện thì các quy định có liên quan đến các nội dung này trong Dự thảo Luật XLVPHC¹ (Dự thảo ngày 15/3/2011) phải tôn trọng, tránh xung đột pháp luật. Ví dụ, trong Luật Quản lý thuế quy định: người nộp thuế có hành vi chậm nộp tiền thuế so với thời hạn quy định, thời hạn gia hạn nộp thuế, thời hạn ghi trong thông báo của cơ quan quản lý thuế, thời hạn trong quyết định xử lý

(*) *ThS, Trường Đại học Lao động Xã hội (Cơ sở II TP. Hồ Chí Minh).*

(1) Xem: http://moj.gov.vn/dtvbpl/Lists/Danh%20sch%20d%20tho/View_Detail.aspx?ItemID=103

của cơ quan quản lý thuế thì phải nộp đủ tiền thuế và bị xử phạt 0,05% mỗi ngày tính trên số tiền thuế chậm nộp², hoặc đối với hành vi trốn thuế, gian lận thuế thì phải nộp đủ số tiền thuế theo quy định và bị phạt từ 1 đến 3 lần số tiền thuế trốn³. Các quy định về cách tính mức phạt nói trên chưa được quy định trong Pháp lệnh XLVPHC năm 2002; nên Luật XLVPHC phải xác định là có nên có quy định mới hay vẫn theo các quy định đã có tại các Luật khác.

- Nếu thấy các quy định pháp luật XLVPHC được quy định trong Luật Cảnh tranh, Luật Quản lý thuế, Luật Chứng khoán không còn phù hợp thì bãi bỏ và xây dựng các quy định mới.

Hai hướng tiếp cận này vẫn chưa được thể hiện rõ trong Dự thảo Luật XLVPHC. Đề nghị Ban soạn thảo Luật XLVPHC xem xét, bổ sung.

2. Xem xét áp dụng và định danh lại nhóm “các biện pháp xử lý hành chính khác”

Việc không đưa vào Pháp lệnh Xử phạt vi phạm hành chính năm 1989 các biện pháp như giáo dục tại xã, đưa vào trường giáo dưỡng, đưa vào cơ sở giáo dục, đưa vào cơ sở chữa bệnh, quản chế hành chính nhưng sau đó lại đưa các biện pháp này vào Pháp lệnh XLVPHC năm 1995, 2002 (biện pháp quản chế hành chính đã bị bãi bỏ năm 2007) đã được sự quan tâm của nhiều tổ chức, cá nhân. Bản chất các biện pháp này mang đậm nét của “biện pháp tư pháp” thuộc phạm vi quy định của BLHS. Do vậy, đề nghị nên xem xét một cách nghiêm túc việc loại bỏ hoàn toàn hoặc một số biện pháp trong các biện pháp này ra khỏi phạm vi quy định của luật hành chính. Theo chúng tôi, trong tương lai chỉ nên giữ lại biện pháp giáo dục tại địa phương cấp xã với tư cách là biện pháp cưỡng chế hành chính nhằm tăng cường sự tham gia của cộng đồng dân cư vào việc thực hiện giáo dục các đối tượng, nhất là người chưa thành niên. Đồng thời phải đưa vào trong Luật XLVPHC những quy định cụ thể về trách

nhệm của các cơ quan, tổ chức chính trị - xã hội, người có thẩm quyền trong việc giám sát, thực hiện biện pháp giáo dục tại cấp xã. Đây là biện pháp mang ý nghĩa nhân đạo, có tính giáo dục cao, cần được phát huy trong thực tế.

Nếu tiếp tục giữ lại nhóm biện pháp này trong Dự thảo Luật XLVPHC, chúng tôi đề nghị cần định danh lại nhóm “các biện pháp xử lý hành chính khác” là “các biện pháp xử lý hành chính đặc biệt” vì:

(i) về mặt ngữ nghĩa, “khác” là: a) không giống, có thể phân biệt được với nhau khi so sánh; ví dụ: hai chiếc áo khác màu. b) không phải là cái đã biết, đã nói đến, tuy là cùng loại; ví dụ: cho tôi lấy cốc khác⁴. Như vậy, khi nói đến “các biện pháp xử lý hành chính khác”, phải được đặt trong bối cảnh pháp luật thực định là Pháp lệnh XLVPHC để phân biệt với XLVPHC bằng các hình thức xử phạt chính: cảnh cáo, phạt tiền; hình thức xử phạt bổ sung và các biện pháp như: buộc khôi phục lại tình trạng ban đầu đã bị thay đổi do vi phạm hành chính gây ra hoặc buộc tháo dỡ công trình xây dựng trái phép... Khi đứng riêng lẻ, độc lập thì cụm từ “Các biện pháp xử lý hành chính khác” không đảm bảo về mặt ngữ nghĩa.

(ii) Tính chất “đặc biệt” của các biện pháp này thể hiện ở các nội dung sau:

- Về đối tượng bị xử lý: Xử phạt vi phạm hành chính được áp dụng đối với các cá nhân, tổ chức; còn biện pháp xử lý hành chính khác chỉ được áp dụng đối với cá nhân là người Việt Nam.

- Về thẩm quyền áp dụng: Có nhiều chức danh có quyền xử phạt, đó là những người có thẩm quyền của cơ quan quản lý hành chính có thẩm quyền chung và cả cơ quan quản lý hành chính nhà nước có thẩm quyền chuyên môn...; trong khi đó, đối với biện pháp xử lý hành chính khác chỉ có ba chức danh thuộc cơ quan quản lý hành chính nhà nước có thẩm quyền chung có thẩm quyền ra quyết định áp dụng, đó là: Chủ tịch Ủy ban nhân dân (UBND) cấp xã,

(2) Khoản 1 Điều 106 Luật Quản lý thuế năm 2006.

(3) Điều 108 Luật Quản lý thuế năm 2006.

(4) Viện Ngôn ngữ học 2000, Từ điển tiếng Việt, Nxb. Đà Nẵng, tr. 488.

Chủ tịch UBND cấp huyện, Chủ tịch UBND cấp tỉnh.

- Về trình tự, thủ tục ban hành quyết định: Áp dụng biện pháp xử lý hành chính khác theo trình tự, thủ tục phức tạp hơn so với việc xử phạt vi phạm hành chính, do nhiều tổ chức, người có thẩm quyền tham gia vào quá trình xét duyệt hồ sơ để tiến hành quyết định áp dụng biện pháp tương ứng với hành vi vi phạm; đặc biệt là có sự tham gia của các tổ chức chính trị - xã hội như: Mặt trận Tổ quốc, Đoàn Thanh niên, Hội Nông dân, Hội Cựu chiến binh...

- Về hậu quả pháp lý và việc hạn chế quyền công dân đối với đối tượng bị áp dụng: Hậu quả pháp lý và việc hạn chế quyền công dân mặc dù có tác động đến tâm lý, tư tưởng đối với tổ chức, cá nhân vi phạm hành chính song chủ yếu là điều chỉnh tác động đến quan hệ tài sản, hạn chế quyền kinh doanh của đối tượng vi phạm nhưng chưa hạn chế đến quyền nhân thân, ngoại trừ trường hợp cần ngăn chặn kịp thời vi phạm hành chính hoặc bảo đảm việc XLVPHC; còn việc áp dụng các biện pháp xử lý hành chính khác một số quyền cơ bản của công dân bị hạn chế, thể hiện ở các điểm như: yêu cầu người chấp hành biện pháp giáo dục tại cấp xã có tổng số thời gian vắng mặt không được quá một phần ba thời gian được giáo dục; hoặc đối với việc áp dụng các biện pháp đưa vào trường giáo dưỡng, đưa vào cơ sở giáo dục, đưa vào cơ sở chữa bệnh thể hiện mức độ nghiêm khắc đối với việc hạn chế một số quyền công dân như các đối tượng phải lao động, học tập và sinh hoạt dưới sự quản lý của các cơ sở, việc lao động phải hoàn thành theo định mức quy định; hạn chế việc gặp người thân, gửi thư, nhận quà; không được về thăm gia đình trong thời gian chấp hành quyết định⁵...

Điều 1 Dự thảo Luật XLVPHC ngày 15/3/2011 quy định "...XLVPHC, bao gồm xử phạt vi phạm hành chính và áp dụng các biện pháp xử lý hành chính...". Như vậy, cụm

từ "các biện pháp xử lý hành chính khác" như trong Điều 1 Pháp lệnh XLVPHC 2002 được thay bằng cụm từ "áp dụng các biện pháp xử lý hành chính". Việc sửa đổi này tuy đảm bảo về mặt ngữ nghĩa nhưng vẫn chưa làm rõ được bản chất pháp lý của chế định pháp luật; do vậy, chúng tôi đề nghị trong Dự thảo cần quy định: "XLVPHC, bao gồm xử phạt vi phạm hành chính và áp dụng các biện pháp xử lý hành chính đặc biệt".

3. Thẩm quyền áp dụng xử phạt vi phạm hành chính

Cần làm rõ về cơ sở lý luận và thực tiễn của việc quy định người có thẩm quyền xử phạt vi phạm hành chính, để chỉ ra tại sao nhân viên, lãnh đạo của cơ quan nhà nước này có thẩm quyền, còn đối với cơ quan khác lại không có. Bên cạnh đó, chúng tôi đề nghị cần khảo sát, tổng hợp trong quá trình áp dụng pháp luật, để xác định tính khả thi của quy định pháp luật. Ví dụ, nếu như trong Pháp lệnh XLVPHC năm 2002 quy định Thẩm phán chủ tọa phiên tòa có quyền phạt cảnh cáo hoặc phạt tiền đến 1.000.000 đồng⁶ thì trong Pháp lệnh XLVPHC 2002 được sửa đổi, bổ sung năm 2008, thẩm quyền của Thẩm phán chủ tọa phiên tòa có quyền phạt cảnh cáo, phạt tiền đến 2.000.000 đồng; ngoài ra còn quy định thêm các chức danh khác như Thẩm phán được phân công giải quyết vụ việc phá sản, Chánh án Tòa án nhân dân cấp huyện, Chánh án Tòa án nhân dân cấp tỉnh, Chánh án Tòa án quân sự khu vực, Chánh án Tòa án quân sự quân khu và tương đương, Chánh án Tòa án nhân dân tối cao có quyền phạt cảnh cáo hoặc phạt tiền lên đến từ 10.000.000 đồng đến 20.000.000 đồng tùy theo từng chức danh cụ thể; đồng thời, các chức danh trên đều có thẩm quyền tịch thu tang vật, phương tiện được sử dụng để vi phạm hành chính⁷. Quy định như vậy, song thực tiễn áp dụng cho thấy, hầu như các Thẩm phán,

(5) ThS. Lê Ngọc Thanh, Sự cần thiết phải định danh lại cho nhóm "Các biện pháp xử lý hành chính khác, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật, số 2/2009, tr. 21.

(6) Điều 40 Pháp lệnh XLVPHC năm 2002.

(7) Điều 40 Pháp lệnh sửa đổi, bổ sung một số điều của Pháp lệnh XLVPHC năm 2008.

Chánh án Toà án nhân dân cấp huyện, cấp tỉnh chưa thực hiện thẩm quyền này của mình⁸, nếu như trong khi xét xử có xảy ra tình trạng gây rối trật tự công cộng tại phiên toà mà chưa đến mức truy cứu trách nhiệm hình sự. Tình trạng các cá nhân được trao quyền nói trên từ chối thực thi quyền của mình, theo chúng tôi, vì các lẽ sau:

(i) Thẩm quyền Nhà nước trao cho các chức danh trên chủ yếu là thẩm quyền để thực hiện hoạt động xét xử do pháp luật tổ tụng quy định. Trong khi đó, quan hệ pháp luật phát sinh giữa họ và người có hành vi VPPL tại phiên toà mà chưa đến mức truy cứu trách nhiệm hình sự là quan hệ pháp luật hành chính; do vậy, khi quyết định xử phạt vi phạm hành chính đối với người có hành vi VPPL tại phiên toà, các chức danh này phải nhân danh thẩm quyền hành chính, nên phải dự liệu các hệ lụy pháp lý phát sinh như: tổ chức cưỡng chế thi hành quyết định xử phạt vi phạm hành chính nếu đối tượng vi phạm không chấp hành; tự mình giải quyết khiếu nại quyết định xử phạt vi phạm hành chính nếu bị đối tượng bị xử phạt khiếu nại với các bước: gặp gỡ, đối thoại, ban hành quyết định giải quyết khiếu nại, hoặc trở thành đương sự (người bị kiện) trong vụ án hành chính⁹. Với những hệ lụy pháp lý “rắc rối” phải giải quyết khi thực hiện thẩm quyền hành chính của mình tại phiên toà như thế, sẽ làm tốn rất nhiều thời gian, công sức và điều chắc chắn là sẽ ảnh hưởng nhiều đến nhiệm vụ chuyên môn là chức năng tổ tụng theo quy định pháp luật, cho nên, họ chọn “giải pháp an toàn” là “từ chối” thẩm quyền của mình.

(ii) Trong các phiên toà, nhất là phiên toà xét xử các vụ án hình sự, thường có lực lượng cảnh sát nhân dân tham gia bảo vệ phiên toà; do vậy, nếu có tình huống phát sinh như một số phần tử quá khích gây rối trật tự phiên toà, các chiến sĩ cảnh sát bảo vệ sẽ xử lý theo quy định thẩm

quyền hoặc Trưởng Công an, Chủ tịch UBND các cấp sẽ xử lý theo chức năng, nhiệm vụ và quyền hạn của mình nếu hành vi vi phạm vượt quá thẩm quyền của chiến sĩ cảnh sát.

Do vậy, chúng tôi đề nghị cần rà soát lại các chức danh có thẩm quyền áp dụng xử phạt vi phạm hành chính theo hướng:

- Bỏ thẩm quyền xử phạt vi phạm hành chính đối với các chức danh tổ tụng của Toà án nhân dân các cấp trong Luật XLVPHC để họ tập trung vào chức năng chính là giải quyết, xét xử các vụ án theo quy định pháp luật;

- Mở rộng thẩm quyền áp dụng xử phạt vi phạm hành chính đối với một số chức danh thuộc cơ quan hành chính nhà nước có phát sinh vi phạm hành chính của các tổ chức, cá nhân trong phạm vi chức năng được pháp luật quy định, để đảm bảo một trong những nguyên tắc quan trọng của XLVPHC là: mọi vi phạm hành chính phải được phát hiện kịp thời và phải bị đình chỉ ngay. Việc XLVPHC phải được tiến hành nhanh chóng, công minh, triệt để; mọi hậu quả do vi phạm hành chính gây ra phải được khắc phục theo đúng quy định của pháp luật¹⁰.

Liên quan đến nội dung trên về tiêu chuẩn, trình độ của người áp dụng pháp luật, chúng ta có thể thấy rằng, các chức danh thực hiện chức năng tổ tụng như: Điều tra viên, Kiểm sát viên, Thẩm phán, pháp luật đều quy định trình độ pháp lý của họ tương đương với cử nhân luật¹¹; tuy vậy, các chức danh có quyền xử phạt vi phạm hành chính hoặc áp dụng các biện pháp xử lý hành chính khác như: giáo dục tại xã, phường, thị trấn, đưa vào trường giáo dưỡng, đưa vào cơ sở giáo dục, đưa vào cơ sở chữa bệnh mà các biện pháp ấy in đậm dấu ấn của “biện pháp tư pháp”, hạn chế quyền tự do của con người, thì pháp luật chưa quy định yêu cầu về trình độ, kiến thức pháp lý của các cá nhân được trao quyền. Thực tế cho thấy, họ xuất thân

(8) Theo Báo cáo tổng kết của Toà án nhân dân tỉnh Đắk Lắk trong các năm từ năm 2002 - 2009, chưa thể hiện việc các thẩm phán chủ tọa phiên toà áp dụng thẩm quyền của mình trong việc xử phạt vi phạm hành chính.

(9) Điều 43, Điều 46, Luật Khiếu nại, tố cáo năm 2005.

(10) Điều 3, Pháp lệnh XLVPHC năm 2002.

(11) Điều 30 Pháp lệnh Tổ chức điều tra hình sự năm 2004; Điều 2 Pháp lệnh về Kiểm sát viên Viện kiểm sát nhân dân năm 2002; Điều 5 Pháp lệnh về Thẩm phán và Hội thẩm nhân dân năm 2002.

từ nhiều ngành chuyên môn trong các cơ quan nhà nước hoặc các tổ chức chính trị, chính trị - xã hội, được bầu cử vào cơ quan hành chính nhà nước (đối với Chủ tịch UBND các cấp) hoặc được bổ nhiệm vào vị trí lãnh đạo, công chức thừa hành trong các cơ quan chuyên môn của cơ quan hành chính, kiến thức về pháp luật nói chung, kiến thức pháp luật hành chính nói riêng chưa đáp ứng được yêu cầu trong việc đánh giá hành vi vi phạm của các đối tượng để áp dụng quy định pháp luật phù hợp. Do vậy, chúng tôi đề nghị, cần có kế hoạch bồi dưỡng kiến thức pháp lý cho các đối tượng nói trên, đồng thời quy định ngay trong Luật XLVPHC tiêu chuẩn về trình độ pháp lý của người có thẩm quyền ban hành quyết định XLVPHC để hạn chế đến mức thấp nhất việc áp dụng pháp luật chưa chính xác, đảm bảo quyền và lợi ích hợp pháp của các tổ chức, cá nhân.

Hiện nay trong Dự thảo Luật XLVPHC, thẩm quyền xử phạt vi phạm hành chính vẫn được giữ nguyên như trong Pháp lệnh XLVPHC 2002, chỉ có sự thay đổi về mức xử phạt bằng tiền, áp dụng biện pháp bổ sung, khắc phục hậu quả đối với một số chức danh, còn những nội dung nêu trên chưa được đề cập. Đây là vấn đề mà Ban soạn thảo cần quan tâm xem xét trong quá trình tiếp thu, hoàn thiện Dự thảo.

4. Thẩm quyền ban hành quyết định cưỡng chế thi hành quyết định xử phạt vi phạm hành chính

Theo quy định tại Điều 67 Pháp lệnh XLVPHC 2002 (đã được sửa đổi, bổ sung năm 2007, 2008) thì chỉ có 13 nhóm chức danh có thẩm quyền ra quyết định cưỡng chế và có nhiệm vụ tổ chức việc cưỡng chế thi hành quyết định xử phạt của mình và của cấp dưới. Như vậy, đối với các quyết định xử phạt vi phạm hành chính của các chức danh: Hạt trưởng Hạt kiểm lâm, nhân viên Hạt kiểm lâm, Hạt trưởng Hạt phúc kiểm lâm sản, Đội trưởng Đội kiểm lâm cơ động; nhân viên thuế vụ, Trạm trưởng Trạm thuế, Đội trưởng đội thuế, Chi cục trưởng Chi cục thuế; Chấp hành viên Thi hành án dân sự, Trưởng Thi hành án dân sự cấp huyện (nay là Chi cục trưởng

Chi cục thi hành án dân sự cấp huyện) mà các tổ chức, cá nhân không chịu chấp hành thì người có thẩm quyền cấp trên có trách nhiệm tổ chức việc cưỡng chế thi hành quyết định xử phạt. Qua thực tiễn áp dụng cho thấy, do địa bàn hành chính của cơ quan cấp trên xa, điều động lực lượng để tổ chức cưỡng chế rất tốn kém... đồng thời, nếu các đối tượng bị cưỡng chế khiếu nại quyết định cưỡng chế và sau đó, cơ quan nhà nước có thẩm quyền xác định quyết định xử phạt vi phạm hành chính là trái pháp luật, thì ai là người chịu trách nhiệm bồi thường: người ban hành quyết định xử phạt vi phạm hành chính hay người ra quyết định cưỡng chế thi hành quyết định xử phạt vi phạm hành chính?

Để khắc phục tình trạng nêu trên, chúng tôi đề nghị xác định thẩm quyền cưỡng chế thi hành quyết định xử phạt vi phạm hành chính theo hướng: Người có thẩm quyền xử phạt vi phạm hành chính thì có quyền cưỡng chế các đối tượng vi phạm không chịu chấp hành phải thi hành quyết định xử phạt của chính mình ban hành; cơ quan cảnh sát, các cơ quan khác có liên quan có trách nhiệm hỗ trợ trong quá trình cưỡng chế; đồng thời người ban hành quyết định cưỡng chế chịu trách nhiệm pháp lý về quyết định hành chính của mình. Trong trường hợp nội dung cưỡng chế liên quan đến nhiều địa phương thì người có thẩm quyền cấp trên mới có trách nhiệm tổ chức cưỡng chế; người ban hành quyết định xử phạt vi phạm hành chính phải chịu trách nhiệm bồi thường toàn bộ thiệt hại (nếu có) phát sinh trong quá trình các tổ chức, cá nhân có liên quan thực hiện quyết định xử phạt và quyết định cưỡng chế.

Về thẩm quyền ban hành quyết định cưỡng chế nêu trên, trong Điều 93 của Dự thảo Luật XLVPHC chỉ bổ sung: Thủ trưởng cơ quan được giao thực hiện chức năng thanh tra chuyên ngành, Chi cục trưởng Chi cục Thi hành án dân sự cấp huyện; còn đối với hai chức danh Chi cục trưởng Chi cục Thuế và Hạt trưởng Hạt Kiểm lâm vẫn chưa được quy định thẩm quyền này. Chúng tôi đề nghị, Ban soạn thảo Luật XLVPHC cần nghiên cứu, khảo sát thực tiễn để bổ sung trong Dự thảo tiếp theo.

5. Thẩm quyền quyết định giảm thời hạn, tạm đình chỉ hoặc miễn phần chấp hành còn lại của quyết định áp dụng các biện pháp xử lý hành chính khác

Theo quy định tại Điều 70, Điều 72; Điều 95, Điều 99 Pháp lệnh XLVPHC 2002 thì Chủ tịch UBND cấp xã có quyền áp dụng biện pháp giáo dục tại cấp xã, quyết định miễn thời hạn chấp hành phần thời gian còn lại của quyết định giáo dục tại cấp xã theo đề nghị của cơ quan, tổ chức có liên quan; Chủ tịch UBND cấp huyện có quyền quyết định đưa người vào cơ sở chữa bệnh, quyết định giảm thời hạn, tạm đình chỉ hoặc miễn chấp hành phần thời gian còn lại tại cơ sở chữa bệnh. Với quy định trên, chúng ta có thể hiểu là người có thẩm quyền quyết định áp dụng biện pháp giáo dục tại cấp xã, đưa người vào cơ sở chữa bệnh thì cũng có thẩm quyền quyết định việc giảm thời hạn, tạm đình chỉ hoặc miễn phần thời gian còn lại phải chấp hành biện pháp bị áp dụng theo từng trường hợp cụ thể.

Tuy vậy, theo Điều 77, Điều 81; Điều 86, Điều 90 của Pháp lệnh XLVPHC 2002 thì Chủ tịch UBND cấp huyện có quyền quyết định đưa người vào trường giáo dưỡng, Chủ tịch UBND cấp tỉnh có quyền quyết định đưa người vào cơ sở giáo dục; song thẩm quyền quyết định giảm thời hạn, tạm đình chỉ hoặc miễn chấp hành phần thời gian còn lại tại trường giáo dưỡng, cơ sở giáo dục lại thuộc về Cục trưởng Cục Quản lý trại giam, cơ sở giáo dục, trường giáo dưỡng trên cơ sở đề nghị của Hiệu trưởng Trường giáo dưỡng hoặc Giám đốc cơ sở giáo dục.

Chúng tôi nghĩ rằng, việc phân cấp về thẩm quyền nêu trên chưa phù hợp với lý luận về quyết định hành chính nhà nước cá biệt, đó là quyết định do cơ quan hành chính nhà nước hoặc cá nhân, tổ chức được uỷ quyền hành pháp ban hành nhằm giải quyết các công việc cụ thể gồm các giai đoạn: giai đoạn xây dựng và ban hành quyết định quản lý hành chính nhà nước (gồm các bước: điều tra nghiên cứu, thu

thập thông tin và xử lý thông tin; soạn thảo quyết định; thông qua quyết định); giai đoạn tổ chức thực hiện quyết định (gồm các bước: triển khai quyết định; tổ chức lực lượng thực hiện quyết định) và giai đoạn kiểm tra việc thực hiện quyết định¹².

Như vậy, giai đoạn đưa đối tượng chấp hành quyết định của người có thẩm quyền đưa người vào trường giáo dưỡng, đưa vào cơ sở giáo dục chỉ là một giai đoạn trong cả quá trình xây dựng, ban hành, tổ chức, kiểm tra việc thực hiện quyết định quản lý hành chính nhà nước, mà trường giáo dưỡng và cơ sở giáo dục là tổ chức có trách nhiệm triển khai thực hiện quyết định quản lý hành chính nhà nước. Do vậy, việc giao cho Cục trưởng Cục quản lý trại giam, cơ sở giáo dục, trường giáo dưỡng quyết định việc giảm thời hạn, tạm đình chỉ hoặc miễn chấp hành phần thời gian còn lại tại trường giáo dưỡng, cơ sở giáo dục là chưa thống nhất với các quy định tương tự trong trường hợp áp dụng biện pháp giáo dục tại cấp xã. Bên cạnh đó, vấn đề này chưa phù hợp với việc phân định thẩm quyền giữa cơ quan hành chính nhà nước có thẩm quyền chung (UBND các cấp) và cơ quan hành chính nhà nước có thẩm quyền riêng (Bộ Công an) mà Cục Quản lý trại giam, cơ sở giáo dục, trường giáo dưỡng là cơ quan tham mưu cho Bộ Công an. Đối chiếu trong Dự thảo Luật XLVPHC thì Điều 95(18), Điều 95(32) quy định về thẩm quyền theo nội dung đã nêu vẫn không có gì thay đổi. Vì thế, chúng tôi đề nghị cần xây dựng thẩm quyền quyết định giảm thời hạn, tạm đình chỉ hoặc miễn phần chấp hành còn lại của quyết định áp dụng các biện pháp xử lý hành chính khác theo hướng: người nào có thẩm quyền quyết định áp dụng các biện pháp xử lý hành chính khác thì có thẩm quyền nêu trên, vì thẩm quyền này phát sinh từ thẩm quyền quyết định áp dụng các biện pháp xử lý hành chính khác và là một trong những giai đoạn của việc thực hiện quyết định hành chính của người có thẩm quyền. ■

(12) Phạm Hồng Thái - Đinh Văn Mậu (2003), *Tìm hiểu pháp luật Luật Hành chính Việt Nam*, trang 316.

ĐIỀU TRA THÂN THIỆN ĐỐI VỚI NGƯỜI CHƯA THÀNH NIÊN

■ LÊ MINH THẮNG*

Khái niệm điều tra thân thiện (điều tra nhạy cảm) - mô hình điều tra được tiến hành theo những nguyên tắc, chuẩn mực quốc tế, cân nhắc nhu cầu và quyền lợi của trẻ em, cân nhắc sự cân bằng giữa quyền được bảo vệ của trẻ em với luật pháp quốc gia và nhu cầu của cộng đồng - là khái niệm ngày càng phổ biến trong đời sống pháp lý quốc tế và các quốc gia có hệ thống pháp luật phát triển, trở thành một chỉ số đánh giá mức độ thực hiện quyền con người và tiến bộ xã hội. Là quốc gia đầu tiên ở châu Á và thứ hai trên thế giới phê chuẩn Công ước của Liên hiệp quốc về quyền trẻ em, với những yêu cầu mà các văn kiện pháp lý quốc tế về điều tra, xử lý những vụ án trẻ em/người chưa thành niên (NCTN) phạm tội hoặc bị tổn thương bởi tội phạm, Việt Nam sẽ tiếp cận mô hình điều tra thân thiện (ĐTTT) như thế nào? Cần có các điều kiện gì để hoàn thiện mô hình ĐTTT?

1. Điều tra thân thiện đối với người chưa thành niên theo pháp luật quốc tế

Khái niệm ĐTTT được hình thành từ sự ra đời và thực hiện một loạt các văn bản pháp luật quốc tế về quyền của trẻ em trong thời gian gần đây như Công ước của Liên hiệp quốc về quyền trẻ em (1989), Quy tắc tối thiểu phổ biến của Liên hiệp quốc về tư pháp NCTN (1985), Hướng dẫn phòng, chống tội phạm ở NCTN (1990), Quy tắc về bảo vệ NCTN bị tước đoạt quyền tự do (1990), Hướng dẫn của Liên hiệp quốc về các vấn đề tư pháp liên quan tới nạn nhân và nhân chứng trẻ em (2005)...

Qua các văn kiện pháp luật quốc tế, thông lệ quốc tế và các quan điểm khoa học về ĐTTT với NCTN, chúng tôi nhận thấy khái niệm ĐTTT được tiếp cận ở các góc độ cơ bản sau: thứ nhất, ĐTTT được tiếp cận như một thiết chế tố tụng tiền xét xử với yếu tố bộ máy, nhân

lực, cơ sở vật chất và phương thức làm việc với NCTN trong quá trình điều tra thu thập chứng cứ; thứ hai, ĐTTT được tiếp cận như một phương thức tiến hành tố tụng bảo đảm quyền và lợi ích hợp pháp của NCTN tham gia tố tụng với sự ghi nhận quyền của NCTN và trách nhiệm, nghĩa vụ của các cơ quan tiến hành tố tụng.

Hoạt động ĐTTT đối với NCTN cần đạt được các tiêu chí cụ thể¹: “Việc điều tra phải thực hiện trên cơ sở trẻ em/NCTN phải được coi là vô tội cho tới khi luật pháp chứng minh được chúng có tội; cấm mọi hình thức đe dọa, vũ lực hoặc làm trẻ sợ hãi; công tác quan hệ với nạn nhân, nhân chứng được cải thiện tốt hơn sẽ khiến trẻ và gia đình sẵn sàng khai báo những vụ ngược đãi và ủng hộ hơn cho hệ thống tư pháp; cần đối xử nhạy cảm và quan tâm chăm sóc đến nạn nhân, nhân chứng trẻ

(*) ThS. Khoa Nhà nước và Pháp luật, Học viện Chính trị - Hành chính khu vực I.

(1) Theo: Phạm Văn Hùng, Hệ thống ĐTTT với NCTN, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, số 20(136), tháng 12/2008.

em, cân nhắc nhu cầu, độ tuổi, giới tính, mức độ trưởng thành của các em, tôn trọng sự toàn vẹn thể chất, tinh thần và đạo đức của các em; không được ép cung trẻ em/NCTN, ép chúng nhận tội dưới bất kỳ hình thức nào. Các phương pháp lừa gạt và mọi hình thức đe dọa tâm lý có thể được hoặc có thể không được cho phép trong quá trình lấy cung một nghi phạm người lớn sẽ không được sử dụng trong các vụ việc liên quan tới trẻ em/NCTN; nhân viên thực thi luật pháp không được áp dụng, xúi giục hoặc cho phép mọi hành động tra tấn hoặc các hành động dã man, vô nhân đạo hoặc thô bạo khác; quá trình tố tụng phải được tiến hành không chậm trễ; trong các trường hợp một trẻ bị giam giữ trong quá trình điều tra, cần nhanh chóng kết thúc quá trình điều tra mà không sợ ảnh hưởng tới kết quả; trong trường hợp cần thiết, cần có người phiên dịch để đảm bảo quá trình điều tra được công bằng và các tuyên bố và thú nhận của người vi phạm không bị hiểu sai. Trẻ cũng có quyền yêu cầu một người phiên dịch khi cần để giao tiếp với đại diện của mình; trẻ em/NCTN phải được báo tin trực tiếp và nhanh chóng về các cáo buộc chống lại chúng ngay khi một cuộc điều tra về các cáo buộc đó được tiến hành; quyền tự do cá nhân của trẻ cần được tôn trọng trong suốt quá trình điều tra và các quy trình tố tụng khác; trẻ em/NCTN có quyền được bào chữa và được hưởng sự trợ giúp pháp lý và các hình thức biện hộ khác trong quá trình chuẩn bị và đưa ra lời biện hộ của mình. Trẻ em và người đại diện của chúng có quyền đối chứng và quyền đưa nhân chứng khác đại diện cho chúng. Quyền này buộc cảnh sát phải có trách nhiệm cung cấp thông tin cho trẻ về những chứng cứ chống lại chúng và các thông tin liên quan khác mà cảnh sát thu thập được trong quá trình điều tra”.

Như vậy, mô hình ĐTTT qua những phác thảo này nhấn mạnh đến phương thức đối xử của các cơ quan tiến hành tố tụng với NCTN theo hướng tôn trọng danh dự, nhân phẩm cho đối tượng đặc biệt này. Trong mô hình ĐTTT, việc đặt ra trách nhiệm, nghĩa vụ đối xử của

các cơ quan tiến hành tố tụng chính là phương thức bảo đảm cho các quyền của NCTN. Những tiêu chí nêu trên của mô hình ĐTTT xuất phát từ nguyên tắc cơ bản về quyền trẻ em: “Mọi trẻ bị cáo buộc, buộc tội hoặc bị coi là vi phạm luật hình sự đều có quyền được đối xử phù hợp với sự phát triển ý thức về nhân phẩm và phẩm chất của trẻ. Sự phát triển ý thức đó giúp tăng thêm ý thức tôn trọng các quyền con người và quyền tự do cơ bản của người khác, và giúp xem xét khía cạnh lứa tuổi của trẻ và mong muốn của chúng về sự tái hòa nhập cộng đồng” (Điều 40 Công ước của Liên hiệp quốc về quyền trẻ em).

Cách tiếp cận khái niệm ĐTTT theo giác độ thứ hai cũng có những hợp lý, bởi phương thức đối xử với NCTN, phương thức xử lý các vấn đề trong vụ án NCTN quy định nội hàm, bản chất của cái gọi là “ĐTTT”. Tuy nhiên, để phương thức đó được thực hiện, các điều kiện về pháp luật, bộ máy, con người, cơ sở vật chất... (mà cách tiếp cận thứ nhất đưa vào nội dung khái niệm) phải được đặt ra, những yếu tố này là điều kiện để bảo đảm cho mô hình ĐTTT.

Nói một cách khái quát, chúng tôi cho rằng, ĐTTT được hiểu là một phương thức xử lý các vấn đề trong quá trình điều tra vụ án có sự tham gia tố tụng của NCTN trên cơ sở nguyên tắc tôn trọng tối đa các quyền của NCTN, các quyết định và hành vi tố tụng phải xuất phát từ sự cân nhắc nhu cầu và quyền lợi của NCTN.

Mặc dù không quy định cụ thể về ĐTTT nhưng các văn bản pháp lý quốc tế đòi hỏi (Công ước của Liên hiệp quốc về quyền trẻ em) hay khuyến nghị (với các Quy tắc, Hướng dẫn khác của Liên hiệp quốc):

- Tôn trọng và thực hiện đầy đủ các nội dung nhân quyền cơ bản của NCTN khi họ tham gia tố tụng hình sự (quyền được bảo hộ về tính mạng, sức khỏe, danh dự, nhân phẩm, tài sản...);

- Tôn trọng và thực hiện đầy đủ các quyền cơ bản của người bị buộc tội trong TTTH (quyền được suy đoán vô tội, quyền tự bào

chữa và nhờ người khác bào chữa...);

- Tôn trọng và thực hiện đầy đủ các quyền ưu tiên của NCTN về đối tượng chứng minh trong vụ án NCTN phạm tội;

- Giai đoạn điều tra và toàn bộ quá trình tố tụng hướng tới sự phục hồi nhân cách, phẩm giá của NCTN phạm tội và NCTN bị tổn thương bởi tội phạm với yêu cầu giảm thiểu tối đa phạm vi tiếp cận thông tin về vụ án từ phía công chúng và các chủ thể có liên quan; các thiết chế vật thể - hoạt động tố tụng phải bảo đảm sự phù hợp với độ tuổi trẻ em/NCTN từ kiến trúc, các trang thiết bị nội, ngoại thất, giảm thiểu tối đa tính thị uy, trấn áp mà không gian tổ chức điều tra, giam giữ đưa lại;

- Giai đoạn điều tra và toàn bộ quá trình tố tụng giảm thiểu tối đa thời hạn tố tụng; hướng bỏ ngõ ở mức độ tối đa khả năng chuyên hướng xử lý sang các biện pháp pháp lý phi hình sự;

- Việc giam giữ tiền xét xử NCTN trong thời hạn ngắn nhất có thể và là biện pháp cuối cùng; chế độ giam giữ riêng theo hướng nhân đạo hơn đối với NCTN phạm tội phù hợp với tâm sinh lý lứa tuổi.

- Người tiến hành tố tụng phải có kiến thức, kỹ năng, kinh nghiệm về tội phạm do NCTN thực hiện, về tâm sinh lý lứa tuổi chưa thành niên, về giao tiếp với NCTN và tâm huyết, sự chia sẻ với NCTN;

- Sự tham gia tố tụng sớm hơn, sâu hơn và đầy đủ hơn, thậm chí là bắt buộc của người bào chữa trong vụ án NCTN;

- Sự tham gia tố tụng bắt buộc của đại diện gia đình và/hoặc của tổ chức bảo trợ trẻ em đại diện cho cộng đồng cùng sự cung cấp các dịch vụ y tế và hỗ trợ tâm lý trong vụ án NCTN.

2. Pháp luật Việt Nam hướng tới mô hình điều tra thân thiện đối với trẻ em

Xuất phát từ chính sách hình sự nhân đạo và sự quan tâm sâu sắc của Đảng và Nhà nước đối với NCTN, Bộ luật Tố tụng hình sự (TTHS) Việt Nam đã có những quy định tại Phần thứ 7 Chương XXXII gồm 10 điều ghi nhận và bảo đảm thực hiện các quyền của người bị buộc tội, các quyền của trẻ em, nhiều điều luật đã

hướng tới một môi trường tố tụng thân thiện đối với NCTN.

Người tiến hành tố tụng là chủ thể quan trọng nhất trong việc tạo ra một môi trường ĐTTT. Bộ luật TTHS đã đặt ra yêu cầu “Điều tra viên, Kiểm sát viên, Thẩm phán tiến hành tố tụng đối với NCTN phạm tội phải là người có những hiểu biết cần thiết về tâm lý học, khoa học giáo dục cũng như về hoạt động đấu tranh phòng, chống tội phạm của NCTN” (Điều 302).

Các vấn đề đặc thù trong vụ án NCTN đã được các nhà làm luật Việt Nam quy định trong pháp luật TTHS có tác dụng định hướng tiến trình điều tra. Mặc dù đây là những vấn đề thuộc về mục đích, nội dung của hoạt động chứng minh nhưng liên quan chặt chẽ đến phương thức và các biện pháp điều tra. Bởi lẽ, việc làm rõ trình độ phát triển về thể chất và tinh thần, mức độ nhận thức về hành vi phạm tội, điều kiện sinh sống và giáo dục, nguyên nhân và điều kiện phạm tội của NCTN... về cơ bản chỉ đạt hiệu quả tốt khi bản thân các chủ thể chứng minh có tâm huyết, sự cảm thông chia sẻ và kỹ năng làm việc với NCTN. Tâm huyết, sự cảm thông, chia sẻ và kỹ năng làm việc với NCTN chính là điều kiện cho việc thiết lập một môi trường ĐTTT với NCTN.

Công ước về quyền trẻ em yêu cầu trẻ em không bị tước đoạt quyền tự do một cách bất hợp pháp hay tùy tiện. Việc giam giữ NCTN trước khi xét xử chỉ trong thời hạn thích hợp ngắn nhất và là biện pháp cuối cùng khi không còn sự lựa chọn nào khác. Pháp luật TTHS Việt Nam cũng đã có những quy định hạn chế việc áp dụng các biện pháp giam giữ khi cho phép Cơ quan điều tra, Viện kiểm sát, Tòa án có thể ra quyết định giao NCTN phạm tội cho cha, mẹ hoặc người đỡ đầu của họ giám sát để bảo đảm sự có mặt của NCTN phạm tội khi có giấy triệu tập của cơ quan tiến hành tố tụng. Điều 303 Bộ luật TTHS quy định: “1. Người từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi có thể bị bắt, tạm giữ, tạm giam nếu có đủ căn cứ quy định tại các điều 80, 81, 82, 86, 88 và 120 của Bộ luật này, nhưng chỉ trong những trường hợp



phạm tội rất nghiêm trọng do cố ý hoặc phạm tội đặc biệt nghiêm trọng. 2. Người từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi có thể bị bắt, tạm giữ, tạm giam nếu có đủ căn cứ quy định tại các điều 80, 81, 82, 86, 88 và 120 của Bộ luật này, nhưng chỉ trong những trường hợp phạm tội nghiêm trọng do cố ý, phạm tội rất nghiêm trọng hoặc phạm tội đặc biệt nghiêm trọng”.

Để bảo đảm quyền bào chữa của NCTN, bảo đảm cho việc xác định toàn diện các vấn đề cần phải chứng minh trong vụ án NCTN cũng như bảo đảm cho NCTN nhận được các hỗ trợ về tâm lý trong quá trình điều tra, sự tham gia của người bào chữa và đại diện gia đình, nhà trường, tổ chức trong giai đoạn điều tra cũng được pháp luật ghi nhận. Người bào chữa tham gia tố tụng là bắt buộc trong vụ án NCTN phạm tội và cơ quan điều tra có trách nhiệm tạo điều kiện cho họ tham gia tố tụng.

Những quy định nêu trên cho thấy pháp luật Việt Nam đã chủ động hướng tới một mô hình ĐTTT cho NCTN. Tuy nhiên, vì nhiều nguyên nhân khác nhau, pháp luật Việt Nam mặc dù đã có những nỗ lực không nhỏ trong việc nội luật hóa các chuẩn mực, yêu cầu về bảo đảm quyền của NCTN trong TTHS cũng như tiếp thu các kinh nghiệm lập pháp nước ngoài, nhưng vẫn còn những bất cập tương đối lớn cần được bổ sung, hoàn thiện, cụ thể:

Một là, các văn bản pháp luật quốc tế yêu cầu các quốc gia thành viên ban hành các thủ tục, đạo luật, thành lập các cơ quan chuyên trách xử lý NCTN vi phạm pháp luật, đặc biệt khuyến nghị các quốc gia thành lập tòa án chuyên trách thực hiện việc xét xử NCTN phạm tội. So với các yêu cầu trên, pháp luật TTHS Việt Nam tuy đã có một chế định bao gồm 10 điều luật quy định trong một chương riêng của Bộ luật TTHS nhưng chưa có một văn bản pháp luật độc lập

ở cấp độ luật quy định về thủ tục tố tụng đối với NCTN. Thủ tục tố tụng đối với NCTN là người bị hại, người làm chứng được ghi nhận tãn mạn trong Bộ luật TTHS.

Hai là, các văn bản dưới luật hiện nay cũng chưa đặt ra tiêu chuẩn về đào tạo, kinh nghiệm đối với đội ngũ cán bộ tố tụng được phân công thụ lý vụ án NCTN để cụ thể hóa quy định về những người tiến hành tố tụng phải là “những người có những hiểu biết cần thiết về tâm lý học, khoa học giáo dục cũng như về hoạt động đấu tranh phòng, chống tội phạm của NCTN”.

Ba là, pháp luật quốc tế đặc biệt nhấn mạnh sự rút ngắn các thời hạn tố tụng và thời hạn giam giữ đối với NCTN. Pháp luật Việt Nam tại Điều 303 Bộ luật TTHS chỉ đề cập đến các trường hợp bắt, tạm giữ, tạm giam NCTN theo tinh thần chung là hạn chế việc áp dụng các biện pháp ngăn chặn này với NCTN phạm tội trên cơ sở loại tội phạm mà chưa có sự rút ngắn về thời hạn tạm giữ, tạm giam NCTN.

Bốn là, đối với NCTN là người làm chứng, người bị hại, việc giải quyết các vụ án liên quan đến họ cần được tiến hành nhanh nhất có thể, có sự hỗ trợ của các nhà chuyên môn để NCTN được cảm thấy an toàn, khai báo trung thực, tự do bày tỏ quan điểm về kết quả tiến trình tố tụng. Tuy nhiên, Thông tư liên tịch số 01/2011/TTLT-VKSTC-TANDTC-BCA-BTP-BLĐT BXH ngày 12/07/2011 hướng dẫn

thi hành một số quy định của Bộ luật TTHS đối với người tham gia tố tụng là NCTN - văn bản được ban hành gần đây nhất - cũng mới chỉ đặt ra những quy định mang tính khuyến nghị đối với các cơ quan tiến hành tố tụng về vấn đề này.

Năm là, các bảo đảm cho NCTN là người làm chứng, người bị hại được phục hồi và thúc đẩy sự phục hồi về sức khỏe, tâm lý do tác động của tội phạm và quy trình TTHS, tái hòa nhập xã hội, các dịch vụ tư vấn tâm lý, bảo vệ an toàn, bảo vệ sự riêng tư... mà Hướng dẫn của Liên hiệp quốc về các vấn đề tư pháp đối với trẻ em là người bị hại và người làm chứng khuyến nghị cũng chưa được pháp luật Việt Nam đặt ra cụ thể và cũng chưa có chính sách xã hội về vấn đề.

3. Đội ngũ cán bộ, chế độ chính sách và các điều kiện kinh tế - xã hội khác để áp dụng mô hình điều tra thân thiện

Mô hình ĐTTT được áp dụng thí điểm tại một số địa phương như Đồng Tháp, Hải Phòng từ năm 2007 và tiếp đó là TP. Hồ Chí Minh, Lào Cai, Hà Nội... Qua theo dõi thực tiễn áp dụng thí điểm mô hình này, chúng tôi nhận thấy có ba tiêu chí là những yếu tố cơ bản định hình mô hình ĐTTT. Đó là: cơ sở vật chất (buồng hỏi cung) có nội thất nhẹ nhàng, phù hợp tâm lý lứa tuổi NCTN; cách thức hỏi cung, tiến hành các hoạt động điều tra trực tiếp với NCTN có sự khác biệt đối với người thành niên (nhẹ nhàng hơn, không mắng mỏ, áp đặt; điều tra viên ngồi sau tấm kính một chiều để người bị hại chưa thành niên không nhìn thấy mặt...); các cán bộ tiến hành tố tụng chuyên sâu hơn về án NCTN, thường được phân công điều tra thụ lý vụ án NCTN phạm tội và có hiểu biết về tâm lý giáo dục và thái độ thân thiện, gần gũi với NCTN (tuy đội ngũ cán bộ điều tra này chưa phải là một bộ phận riêng hay chuyên trách điều tra án do NCTN thực hiện). Thông tư liên tịch số 01/2011/TTLT-

VKSTC-TANDTC-BCA-BTP-BLĐT BXH ngày 12/07/2011 cũng đã đặt yêu cầu: “Nơi lấy lời khai hoặc hỏi cung cần được bố trí theo cách thức phù hợp để làm giảm bớt sự căng thẳng, sợ hãi của NCTN”; và “Điều tra viên, Kiểm sát viên khi tiến hành lấy lời khai người bị tạm giữ, hỏi cung bị can là NCTN phải có thái độ, hành vi cũng như sử dụng ngôn ngữ phù hợp với độ tuổi, giới tính, khả năng nhận thức, mức độ trưởng thành của họ”.

Tuy những phác thảo trên trong hoạt động xây dựng và áp dụng pháp luật còn có khoảng cách nhất định với những đòi hỏi, khuyến nghị của quốc tế về mô hình ĐTTT với NCTN, nhưng đã là tiến bộ vượt bậc về nhận thức và thực tiễn TTHS ở nước ta. Song, qua bốn năm áp dụng thí điểm, mặc dù chưa có tổng kết chính thức nhưng có thể nhận thấy mô hình này cũng mới chỉ dừng lại ở mức độ “thí điểm”, hiệu quả còn tương đối hạn chế và chưa mang tính phổ cập. Điều quan trọng hơn là những nhận thức về mô hình ĐTTT còn tương đối phiến diện, nặng về mô hình “vật thể”; vấn đề con người, thể chế - những yếu tố phi vật thể chưa thực sự được chú trọng.

Tình trạng điều tra viên không có nhiều kiến thức về NCTN và tâm lý giáo dục dẫn tới những bất cập trong quá trình xử lý vụ án NCTN phạm tội còn tương đối phổ biến. Không ít điều tra viên chưa hiểu hết tâm sinh lý trẻ em nên áp dụng những phương pháp không thật sự phù hợp trong quá trình làm việc với NCTN. Vì vậy, có ý kiến cho rằng qua những từ ngữ trong các biên bản lấy lời khai mà Cơ quan điều tra lập ra cho thấy, những nghi ngờ về các nội dung không phải do trẻ khai mà do điều tra viên khai không phải là không có cơ sở, ví dụ: làm sao NCTN có thể biết, sử dụng thuần thục những từ ngữ như “hành vi, âm hộ, giao cấu”². “Thực tế có chuyện điều tra viên mặt hầm hầm, thậm chí đập bàn, quát tháo khi lấy lời khai các cháu. Làm như thế trẻ sẽ hoảng loạn ngay, nhiều khi khai sai sự thật”³. Vì vậy,

(2) Theo Vi Trân, Tòa án cho vị thành niên: Không thể trì hoãn, Báo Pháp luật TP. Hồ Chí Minh, xem: <http://phapluattp.vn/216658p1015c1074/toa-cho-vi-thanh-nien-khong-the-tri-hoan.htm>

tiến tới một mô hình ĐTTT, bên cạnh các vấn đề pháp luật và hoàn thiện pháp luật, phải có những người tiến hành tố tụng và những cán bộ tham gia quá trình giải quyết vụ án (cán bộ nhà tạm giữ, trại tạm giam, trại giam...) “chuyên nghiệp”. Tính chất chuyên nghiệp trong loại án trên thậm chí đặt ra yêu cầu có hoạt động đào tạo và bằng cấp riêng với đội ngũ cán bộ đặc biệt này, bởi lẽ họ không chỉ đóng vai trò đại diện cho Nhà nước và xã hội mà còn là đại diện cho thế giới “người lớn”. Hình ảnh của Nhà nước, của xã hội, sự công bằng xã hội thể hiện cụ thể, trực tiếp trước mắt NCTN thông qua người tiến hành tố tụng cũng như những cán bộ tham gia quá trình giải quyết án. Do đó, bên cạnh phương diện chuyên môn, về phương diện đạo đức, những người này phải công tâm, chính trực, không định kiến, không tiêu cực. Nếu không có những phẩm chất đó, thái độ và việc làm của họ sẽ dẫn tới sự phủ nhận và ngộ nhận về bản chất của xã hội, của Nhà nước và của thế giới người lớn trong nhận thức của NCTN phạm tội, gây khó khăn cho việc định hình lại nhân cách đứa trẻ. Ngoài ra, bảo đảm NCTN được đối xử thật sự thân thiện còn đòi hỏi sự tham gia bắt buộc của người bào chữa chuyên nghiệp. Trong trường hợp gia đình NCTN không biết hoặc không mời được người bào chữa, cơ quan tiến hành tố tụng phải yêu cầu Đoàn luật sư phân công văn phòng luật sư chỉ định người bào chữa đã được đào tạo và có kinh nghiệm làm việc với NCTN.

Như chúng tôi đã đề cập, mô hình ĐTTT phải bỏ ngõ ở mức độ tối đa khả năng chuyển hướng xử lý sang các biện pháp pháp lý phi hình sự. Ở Việt Nam hiện nay và trong thời gian tới, các biện pháp xử lý của tư pháp phục hồi và xử lý chuyên hướng cần được nhận thức và áp dụng song hành với tiến trình tố tụng hoặc trước, sau với tiến trình tố tụng để vừa như một điều kiện bảo đảm của mô hình ĐTTT, vừa bảo đảm quyền lợi cho NCTN, đồng thời giúp các cơ quan tư pháp hình sự có thêm các tình tiết là căn cứ quyết định hình phạt, rút ngắn thời gian giam, giữ để điều tra, truy tố, xét xử hoặc giảm

thiểu mức trách nhiệm hình sự mà Tòa án áp dụng với NCTN phạm tội hoặc giúp cho quá trình cải tạo, giáo dục, tái hòa nhập cộng đồng của NCTN vận hành đúng hướng.

Yếu tố kinh phí tác động rất lớn tới sự duy trì và lan tỏa của mô hình ĐTTT. Cơ sở vật chất - kỹ thuật của các thiết chế phòng làm việc với NCTN tại Cơ quan điều tra, Viện kiểm sát, nhà tạm giữ, trại tạm giam, chế độ giam giữ NCTN với các vấn đề về khẩu phần ăn, chế độ sách báo, quần áo, đồ sinh hoạt cá nhân của NCTN cũng có vai trò không nhỏ đối với việc thiết lập môi trường tố tụng thân thiện, chăm lo sức khỏe thể chất và sức khỏe tâm thần cho NCTN. Do đó, nếu không có một chính sách tài chính phù hợp thì cũng rất khó có thể đòi hỏi sự khác biệt theo hướng tích cực của thủ tục tố tụng đối với NCTN so với thủ tục tố tụng chung.

Trong mô hình ĐTTT, gia đình, nhà trường, các tổ chức bảo trợ trẻ em và dư luận xã hội đóng vai trò điểm tựa về tâm lý cho NCTN và giúp NCTN tham gia vào quá trình khôi phục các quan hệ xã hội bị tội phạm xâm hại. Các chủ thể này, đặc biệt là gia đình thực hiện việc bồi thường thiệt hại, làm giảm bớt tác hại của tội phạm, động viên, khuyến khích NCTN xin lỗi người bị hại để NCTN được giảm nhẹ trách nhiệm hình sự, được chuyển hướng xử lý. Những việc làm đó giảm bớt những mâu thuẫn, căng thẳng từ hai phía, khiến người bị hại thân thiện hơn với NCTN, giúp cho NCTN nhận thức được những sai lầm, phục hồi nhân cách và tìm kiếm con đường trở lại với xã hội sau quá trình thi hành án.

Các vấn đề nêu trên dù chưa phải là toàn bộ những tiền đề cho sự vận hành của mô hình ĐTTT với NCTN ở Việt Nam, nhưng cho thấy một hướng đi đúng để tiếp cận với các chuẩn mực của thế giới trong điều kiện Việt Nam trên cả ba lĩnh vực: luật pháp, việc thực thi của các cơ quan chuyên trách và các biện pháp, dịch vụ hỗ trợ. ■

(3) Theo Vi Trần, *Tòa án cho vị thành niên, tldr*

ĐỀ XUẤT GIẢI PHÁP QUẢN LÝ VÀ SỬ DỤNG LAO ĐỘNG NƯỚC NGOÀI TẠI VIỆT NAM

■ PHAN THỊ THANH HUYỀN*

Một trong những vấn đề nổi cộm trong những năm gần đây và đặc biệt thời điểm hiện tại là tình hình sử dụng bất hợp pháp lao động nước ngoài (LĐNN) trong các doanh nghiệp tại Việt Nam. Hiện tượng này có xu hướng gia tăng, vượt ngoài tầm kiểm soát của các cơ quan quản lý nhà nước. Điều đó không những gây ảnh hưởng tiêu cực đến thị trường lao động Việt Nam, đến đời sống của người lao động Việt Nam mà còn là một trong những nguyên nhân dẫn đến tệ nạn xã hội phát triển. Thực tế này đặt ra câu hỏi lớn về năng lực quản lý, giám sát của các cơ quan chức năng về việc sử dụng LĐNN trong các tổ chức, doanh nghiệp; đồng thời đặt ra yêu cầu có tính cấp bách đối với các cơ quan quản lý nhà nước về việc tăng cường kiểm tra, kiểm soát lực lượng lao động này.

1. Thực trạng lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam

Thông kê cho thấy lượng người nước ngoài vào Việt Nam làm việc ngày càng tăng, nhất là trong ba năm gần đây¹. Năm 2008, số lượng người nước ngoài là 52.633 người; năm 2009 số lượng người nước ngoài tăng 6% so với năm trước, lên 55.428 người; năm 2010 là 56.929 và đến nay (tháng 8/2011) số lượng người nước ngoài làm việc tại Việt Nam là hơn 74.000 người.

Người nước ngoài đến Việt Nam làm việc có quốc tịch từ hơn 60 quốc gia, trong đó người châu Á chiếm hơn 58% gồm Trung Quốc, Nhật Bản, Hàn Quốc, Malaysia...; khoảng 28,5% mang quốc tịch châu Âu và còn lại là các nước khác. Những lao động này đa số là nam giới, chiếm tới 89,9% với 86% thuộc độ tuổi từ 30 trở lên, trình độ đại học và trên đại học là 48,3%, có tay nghề là 34,6%.

Phần lớn họ làm việc theo các hợp đồng lao động (HĐLĐ), chiếm 54,4%, trong đó HĐLĐ từ 24 tháng đến 36 tháng chiếm tỉ lệ cao nhất (76,4%). Đặc biệt đáng chú ý là chỉ từ tháng 1 - 7/2011 đến nay, bình quân mỗi tháng có thêm gần 2.000 LĐNN vào làm việc tại Việt Nam. Cụ thể:

Ngày 7/5/2011, Đoàn kiểm tra tỉnh Cà Mau tiến hành kiểm tra hành chính về lao động người nước ngoài tại Nhà máy điện đạm Cà Mau (do Liên danh nhà thầu Wuhuan Engineering Co. Ltd - WEC và China National Machinery Import and Export Corporation - CMC làm Tổng thầu) đã phát hiện có rất nhiều lao động phổ thông (LĐPT) người Trung Quốc không có giấy phép đang hoạt động trên công trường, trong số 1.728 LĐPT là người nước ngoài chỉ có 677 lao động có phép, còn lại 1.051 lao động không phép².

Tại Hải Phòng, Quảng Ninh, đi kèm một

(*) ThS. Khoa Luật, Đại học Công đoàn.

(1) Thống kê của Bộ Lao động - Thương binh và Xã hội.

(2) Nguồn: Sở Lao động- Thương binh và Xã hội tỉnh Cà Mau.

nhà máy nhiệt điện do nhà thầu Trung Quốc đảm nhận là hàng trăm công nhân Trung Quốc được tuyển dụng. Sự xuất hiện đông đảo những LĐPT Trung Quốc trong những nhà máy này đã làm đảo lộn cuộc sống của người dân địa phương và kéo theo nhiều tệ nạn xã hội phát triển. Theo số liệu từ Công an xã Ngũ Lão (huyện Thủy Nguyên, Hải Phòng) thì hiện trên địa bàn xã này có khoảng 300 người Trung Quốc đang tạm trú, đại đa số là công nhân làm việc tại công trường Nhà máy Nhiệt điện Hải Phòng II.

Ở công trường Nhà máy nhiệt điện Mạo Khê đang có tới 760 công nhân người Trung Quốc, trong khi đó chỉ có hơn 100 công nhân Việt Nam. Có khoảng 80% lao động Trung Quốc trên công trường là LĐPT, còn lại 20% là kỹ sư, công nhân kỹ thuật.

Tại công trường Nhà máy Alumin Nhân Cơ (huyện Đắc R'lấp, tỉnh Đắc Nông), thời điểm giữa tháng 7/2011 có 267 lao động Trung Quốc, gồm 133 quản lý, kỹ sư và 154 công nhân kỹ thuật. Trong đó, có 252 người làm việc trên ba tháng, nhưng chỉ có 67 người được Sở Lao động - Thương binh và Xã hội (LĐTBXH) Đắc Nông cấp giấy phép lao động, 33 hồ sơ đang được thẩm định. Như vậy, hiện 202 lao động vẫn chưa có giấy phép lao động³.

Theo Sở LĐTBXH tỉnh Ninh Bình, ở đây hiện có 26 dự án đang sử dụng LĐNN, với tổng cộng khoảng 2.400 lao động. Riêng ở dự án Nhà máy đạm Ninh Bình có tới 1.988 lao động Trung Quốc, trong đó có tới 1.448 lao động không được cấp phép. Tổng số LĐNN không được cấp phép đang làm việc chui trên địa bàn tỉnh Ninh Bình là 1.683 người. Trong số 1.988 lao động Trung Quốc đang làm việc ở Nhà máy đạm Ninh Bình, có hơn 1.300 LĐPT...

Từ những số liệu cụ thể này, có thể dễ dàng nhận thấy thực trạng LĐPT nước ngoài tại Việt Nam là phổ biến và chiếm phần lớn trong tổng số LĐNN tại Việt Nam. Và đương nhiên, sử

dụng LĐPT nước ngoài dù có phép hay không phép đều là bất hợp pháp.

Trong xu thế hội nhập kinh tế quốc tế, nhất là khi Việt Nam đã trở thành thành viên của WTO, hay đang trên đường cùng ASEAN xây dựng một cộng đồng chính trị - kinh tế - xã hội chung, thì việc dần dần phải loại bỏ các rào cản, tiến tới mở cửa thị trường lao động là xu hướng không thể tránh khỏi. Vì thế, chúng ta không nên có thái độ cực đoan khi nhìn nhận hiện tượng người LĐNN, cho dù từ bất kỳ quốc gia nào, có mặt hợp pháp tại Việt Nam. Nếu hiện nay ở nước ta có trên bảy vạn người nước ngoài đang làm việc, thì hàng năm cũng có bằng ấy người Việt ra nước ngoài lao động theo thỏa thuận của Chính phủ với các quốc gia. Tuy nhiên, nếu LĐNN bất hợp pháp mà làm việc tại Việt Nam sẽ gây ra rất nhiều hệ lụy. Trước tiên, họ tước đi cơ hội việc làm của người lao động Việt Nam, trong khi sức ép giải quyết công ăn việc làm đang là gánh nặng cho Chính phủ và xã hội. Điều đáng buồn là đại đa số những lao động trái phép bị phát hiện lại đang làm những công việc giản đơn hoặc những loại việc mà người lao động Việt Nam hoàn toàn có thể đảm đương được. Thêm nữa, tình trạng này có thể tạo ra làn sóng nhập cư, định cư "lậu" khó kiểm soát, gây ra những vấn đề nan giải về xã hội, văn hóa, thậm chí là an ninh.

Để bảo vệ thị trường lao động trong nước, đặc biệt là vấn đề bảo đảm quỹ việc làm cho người lao động, Chính phủ Việt Nam đã ban hành Nghị định số 34/2008/NĐ-CP quy định về tuyển dụng và quản lý người nước ngoài làm việc tại Việt Nam và Thông tư số 08 ngày 10/6/2008 của Bộ LĐTBXH hướng dẫn thi hành Nghị định số 34/CP. Tháng 6/2011, Chính phủ ban hành Nghị định 46/2011/NĐ-CP bổ sung một số điều của Nghị định số 34/2008/NĐ-CP, trong đó nhiều quy định mới theo hướng quản lý chặt chẽ, hợp lý hơn việc sử dụng người LĐNN⁴. Theo các căn cứ

(3) Nguồn: Sở Lao động Thương binh và Xã hội Đắc Nông.

(4) Nghị định này có hiệu lực từ ngày 01/8/2011.

pháp lý này, lao động là người nước ngoài làm việc tại Việt Nam, ngoài điều kiện chung như đối với lao động Việt Nam, còn phải đáp ứng những điều kiện riêng. Như LĐNN ít nhất phải từ đủ 18 tuổi trở lên; phải có sức khoẻ và trình độ chuyên môn đáp ứng yêu cầu của công việc quản lý hoặc công việc có yêu cầu cao về chuyên môn nghiệp vụ mà lao động Việt Nam chưa đáp ứng được; không có tiền án về tội vi phạm an ninh quốc gia; không thuộc diện đang bị truy cứu trách nhiệm hình sự, đang chấp hành hình phạt hình sự theo quy định của pháp luật Việt Nam và pháp luật nước ngoài; có giấy phép lao động do cơ quan nhà nước có thẩm quyền của Việt Nam cấp (cụ thể là do Sở LĐTBXH nơi đơn vị sử dụng LĐNN có trụ sở). Có một số trường hợp LĐNN tại Việt Nam được miễn giấy phép lao động cũng đã được quy định cụ thể về các điều kiện, nhưng những người LĐNN dù đã có đủ các điều kiện đã quy định, nếu muốn làm việc tại Việt Nam thì cần có thêm một điều kiện nữa, đó là có giao kết HĐLĐ. Họ phải làm hồ sơ đăng ký dự tuyển lao động theo quy định của pháp luật Việt Nam⁵.

Những quy định này đã góp phần bảo đảm quỹ việc làm cho người lao động Việt Nam, tránh đẩy lao động Việt Nam rơi vào tình trạng thất nghiệp, đồng thời thực hiện tốt việc quản lý LĐNN tại Việt Nam, hạn chế tình trạng tội phạm xuyên quốc gia lẫn trốn.

Người sử dụng lao động (SDLĐ) nếu muốn tuyển dụng lao động là người nước ngoài thì phải thuộc các đơn vị được phép sử dụng LĐNN, phải đăng báo nhu cầu tuyển dụng và phải lập hồ sơ xin cấp giấy phép lao động cho LĐNN trước thời hạn ít nhất hai mươi ngày, kể từ ngày người nước ngoài dự kiến bắt đầu làm việc tại Việt Nam. Thời hạn cơ quan nhà nước có thẩm quyền cấp giấy phép lao động, gia hạn giấy phép lao động là 10 ngày; cấp lại giấy phép lao động là 03 ngày. Hàng năm, người SDLĐ phải đăng ký nhu cầu tuyển và sử dụng người nước ngoài với Sở LĐTBXH địa

phương để nắm được nhu cầu sử dụng người nước ngoài và có các biện pháp hướng dẫn, hỗ trợ và quản lý. Danh sách LĐNN, người SDLĐ phải báo cáo với cơ quan quản lý lao động cấp tỉnh (Sở LĐTBXH).

Theo những văn bản trên, để đưa được người lao động vào làm việc tại Việt Nam, các tổ chức, doanh nghiệp phải tuân theo những điều kiện rất nghiêm ngặt và các thủ tục chặt chẽ. Trách nhiệm của các ngành như Công an, Tư pháp, Công thương, LĐTBXH v.v.. cũng được quy định rất rõ ràng. Như vậy, vấn đề chính nằm ở khâu thực thi pháp luật. Nếu các cơ quan chức năng liên quan làm đúng và làm hết trách nhiệm, thì rất khó có kẻ hở để LĐNN bất hợp pháp lọt vào thị trường lao động Việt Nam. Các cơ quan quản lý nhà nước đã nhắc nhở các địa phương bằng nhiều văn bản, đối với những lao động làm việc dưới ba tháng thì dứt khoát phải thực hiện theo Nghị định 34; đồng thời, yêu cầu các địa phương kiểm tra kỹ các đối tượng này. Trong hồ sơ mời thầu, dự thầu... đều phải có kế hoạch sử dụng nhân sự. Tuy nhiên, có nơi các chủ đầu tư, nhà thầu vẫn cố tình vi phạm với nhiều lý do khác nhau. Việc phát hiện ra quá nhiều lao động làm việc không phép tại các công trình, dự án do nhà thầu nước ngoài thực hiện cho thấy năng lực quản lý của các cơ quan chức năng là còn hạn chế.

Để giải quyết tình trạng LĐNN bất hợp pháp tại Việt Nam, trước mắt, *thứ nhất*, yêu cầu các ngành liên quan cần nhanh chóng họp với các đơn vị SDLĐ để phân loại lao động, đề nghị nhà thầu báo cáo kế hoạch sử dụng nhân lực để xem có bao nhiêu lao động có trình độ chuyên môn, kỹ thuật cần phải cấp phép. Từ đó, với những công nhân kỹ thuật đáp ứng được điều kiện của pháp luật Việt Nam về độ tuổi, về trình độ chuyên môn cần thiết phải sử dụng mà chưa có phép, cơ quan chức năng sẽ tiến hành hướng dẫn, quy định cụ thể thời gian tối thiểu để đơn vị thi công lập thủ tục xin cấp phép lao động. Nếu quá thời gian mà

(5) Điều 4 Nghị định số 34.

vẫn không thực hiện thì kiên quyết trục xuất. Với những LĐPT thì phải khẩn trương rà soát lại, thống kê danh sách và trục xuất trong thời gian sớm nhất có thể. Nhà thầu cũng được yêu cầu phải sử dụng những LĐPT trong nước làm những công việc mà họ có thể đảm đương được. Nếu thấy khó khăn trong việc tìm lao động thì liên hệ với các Sở LĐTBXH để được giúp đỡ nhằm tạo công ăn việc làm cho nguồn lao động tại địa phương. Việc xử lý như trên phải được tiến hành khẩn trương, nghiêm minh theo đúng quy định pháp luật hiện hành, nếu không sẽ nảy sinh tâm lý coi thường pháp luật Việt Nam từ chính LĐNN, từ người SDLĐ và hệ quả chúng ta đã thấy là xu hướng gia tăng lượng người nước ngoài có trình độ thấp từ châu Phi, LĐPT Trung Quốc... nhập cảnh theo hình thức du lịch rồi ở lại làm việc thời vụ mà chưa có giấy phép lao động ở thành phố. *Thứ hai*, xử phạt nghiêm minh đối với những nhà thầu nước ngoài và chủ đầu tư sử dụng LĐNN không thực hiện đúng các quy định của pháp luật Việt Nam. Thứ ba, xác định trách nhiệm của Ủy ban nhân dân tỉnh (thành phố trực thuộc trung ương), của Thanh tra lao động, của cơ quan quản lý lao động địa phương nơi có địa bàn xảy ra tình trạng sử dụng LĐNN không thực hiện đúng các quy định của pháp luật Việt Nam.

Vấn đề lực lượng LĐNN vào Việt Nam tăng nhanh trong thời gian qua có nhiều lý do, trong đó chủ yếu là do đầu tư nước ngoài vào Việt Nam tăng, nhu cầu tuyển dụng trong các lĩnh vực đòi hỏi chất lượng cao như điện tử, quản lý dịch vụ... cũng phát triển mạnh theo. Những vụ việc liên quan đến số LĐNN không giấy phép cho thấy nguyên nhân chủ yếu và trước hết là do ý thức chấp hành pháp luật của doanh nghiệp, của các nhà thầu. Họ thường vi phạm trong việc làm các thủ tục, cấp giấy phép cho LĐNN. Nhà thầu, chủ đầu tư không ngại đưa ra nhiều lý do khác nhau để lách luật. Một trong những cách thức thường được nhiều chủ đầu tư, nhà thầu nước ngoài sử dụng là khai báo lao động dưới ba tháng để trốn tránh thực hiện các nghĩa vụ và thủ tục liên quan. Thêm

vào đó, một số quy định của pháp luật liên quan đến vấn đề sử dụng và quản lý LĐNN tại Việt Nam còn có những điểm bất cập, thiếu phù hợp với nhu cầu thực tiễn. Công tác tổ chức thực hiện pháp luật, trách nhiệm của các cơ quan có thẩm quyền liên quan như Sở LĐTBXH, Ủy ban nhân dân tỉnh (thành phố thuộc trung ương), thanh tra lao động... yếu kém cũng là nguyên nhân dẫn đến tình trạng vi phạm pháp luật trong quá trình sử dụng LĐNN tại Việt Nam gia tăng.

2. Đề xuất một số giải pháp

2.1. Kịp thời sửa đổi, bổ sung các quy định của pháp luật

Hiện nay, còn một số vướng mắc trong các quy định của pháp luật dẫn đến tình trạng khó thực hiện pháp luật. Nghị định 34/2008/NĐ-CP quy định, người SDLĐ nếu muốn tuyển dụng lao động là người nước ngoài thì phải đăng báo nhu cầu tuyển dụng. Điều này khó thực hiện và chưa thực tế bởi quy trình tiêu chuẩn, việc chọn lựa lao động phù hợp cho từng công việc là quyền quyết định của người SDLĐ. Quy định này vừa mang tính hình thức, vừa không chứng minh được việc tuyển LĐNN là do không có lao động Việt Nam thay thế theo quy định của pháp luật Việt Nam. Ngoài ra, việc tuyển dụng lao động hiện nay có rất nhiều kênh như thông qua các công ty cung cấp nhân sự, các mạng tuyển dụng trực tuyến, các trung tâm giới thiệu và dịch vụ việc làm... thì việc quy định tuyển dụng LĐNN chỉ qua kênh đăng quảng cáo tuyển dụng trên báo chí sẽ gây khó khăn cho quá trình tuyển dụng LĐNN của các chủ SDLĐ. Với đối tượng người nước ngoài làm việc tại Việt Nam dưới hình thức “di chuyển nội bộ doanh nghiệp”, chào bán dịch vụ cũng cần phải quy định rõ yếu tố thời gian “di chuyển tạm thời” là bao lâu để thuận lợi hơn trong công tác quản lý lao động.

Một số quy định của pháp luật còn thiếu thực tế. Chẳng hạn như quy định về cấp lại giấy phép lao động chỉ áp dụng đối với giấy phép bị hỏng hoặc mất nhưng không quy định hướng xử lý đối với trường hợp có sự thay



đổi về mặt nội dung trên giấy phép như số hộ chiếu, chức danh công việc, tên doanh nghiệp. Ngoài ra, đối với người lao động vào Việt Nam chào bán dịch vụ cũng chưa có quy định cụ thể là trong thời gian bao lâu. Trường hợp đối tượng này không báo cáo, các Sở LĐTBXH cũng không thể quản lý, kiểm tra, giám sát. Đặc biệt, quy định về cấp giấy phép lao động đối với chức danh Trưởng văn phòng đại diện (VPĐD), Tổng giám đốc là người nước ngoài. Nhiều người nước ngoài trước đây thực hiện HĐLĐ, sau quá trình làm việc được bổ nhiệm lên chức Trưởng VPĐD. Ở thời điểm bổ nhiệm, người này được miễn cấp giấy phép lao động. Nhưng khi Nghị định 34/CP có hiệu lực, họ phải xin giấy phép lao động và một trong những loại giấy tờ phải có khi xin giấy phép là thư bổ nhiệm với nội dung ghi rõ “phải có thời gian công tác tại công ty mẹ trên 12 tháng”. Trong trường hợp này, các Trưởng VPĐD được bổ nhiệm trong quá trình làm việc nội bộ thì không thể chứng minh được. Cũng cần phải quy định việc xuất trình giấy phép lao động tại cửa khẩu Việt Nam đối với những người muốn vào Việt Nam làm việc.

2.2. Tăng cường công tác tổ chức thực hiện pháp luật

Những bất cập của cơ chế thực hiện pháp luật cũng như quản lý lỏng lẻo chính là nguyên nhân của tình trạng LĐPT nước ngoài ào ạt

vào Việt Nam không kiểm soát được. Trên thực tế, các doanh nghiệp, tổ chức không khai báo việc SDLĐ thời vụ trước bảy ngày theo quy định thì cơ quan quản lý nhà nước cũng không thể giám sát được. Việc một số nhà thầu nước ngoài nhận thầu thi công các dự án như dự án cải thiện môi trường nước, các dự án xây dựng cầu đường... sử dụng một lực lượng chuyên gia, LĐPT hùng hậu nhưng ngành chức năng không theo dõi, quản lý sát sao. Những khó khăn trong việc nắm thông tin, quản lý và cấp giấy phép lao động cho người nước ngoài là do thiếu sự phối hợp của các ngành liên quan. Đây có thể nói là điểm yếu kém nhất trong tổ chức thực hiện pháp luật liên quan đến sử dụng LĐNN tại Việt Nam một cách hiệu quả. Do vậy, cần có sự phối kết hợp một cách chặt chẽ và hiệu quả giữa các cơ quan có thẩm quyền trong quá trình triển khai thực hiện các quy định của pháp luật và quá trình quản lý LĐNN trong thực tiễn.

Một trong những nguyên nhân dẫn đến sự vi phạm của các đơn vị sử dụng LĐNN là do sự hạn chế trong nhận thức về các quy định của pháp luật Việt Nam liên quan và sự thiếu ý thức pháp luật trong việc chấp hành những quy định này. Chính vì vậy, cần phải đẩy mạnh công tác tuyên truyền, phổ biến, giáo dục pháp luật liên quan để nâng cao nhận thức và ý thức pháp luật cho người SDLĐ, đặc biệt là đối với

các doanh nghiệp nước ngoài trúng thầu tại Việt Nam và đây là một khâu quan trọng trong tổ chức thực hiện pháp luật. Thực tế, vấn đề này thời gian qua cũng chưa được chú trọng một cách đúng mức.

2.3. Đẩy mạnh công tác thanh tra, kiểm tra và xử lý vi phạm

Gần đây có sự gia tăng đột biến lượng LĐPT người nước ngoài vào Việt Nam. Họ nhập cảnh theo hình thức du lịch, được các doanh nghiệp, tổ chức tuyển vào làm thời vụ, giao kết HĐLĐ và làm việc khi chưa có giấy phép lao động dựa trên sự lợi dụng quy định người nước ngoài làm việc có thời hạn dưới ba tháng được miễn giấy phép lao động. Do vậy, lực lượng công an cần tăng cường thanh tra những đối tượng cư trú không đúng mục đích nhập cảnh. Việc gia hạn visa cũng cần phải siết chặt, nhất là với những người làm việc không có giấy phép lao động cũng như không chuyển mục đích visa từ du lịch sang lao động. Việc ghi rõ trong thị thực D (du lịch tự do) nội dung không được phép lao động cũng sẽ góp phần vào việc giảm thiểu số đối tượng núp bóng đi du lịch để ở lại lao động bất hợp pháp tại Việt Nam.

Thời gian qua, với vai trò quản lý nhà nước, Sở LĐTBXH ở nhiều tỉnh, thành đã tổ chức nhiều đợt thanh tra, kiểm tra tình hình sử dụng LĐNN trên địa bàn, đồng thời áp dụng nhiều biện pháp như nhắc nhở, xử phạt hành chính. Tuy nhiên, bên cạnh đó, ở nhiều địa bàn, việc thanh tra và xử lý vi phạm diễn ra một cách chiếu lệ, nửa vời, kéo dài, không dứt điểm, không thể hiện đúng tinh thần thượng tôn của pháp luật, dẫn đến tình trạng sử dụng trái phép LĐNN có xu hướng gia tăng và để lại những hậu quả nghiêm trọng. Vì vậy, việc thanh tra và xử lý nghiêm minh các vi phạm trong lĩnh vực này là giải pháp hết sức cần thiết hiện nay.

Tuy nhiên, để công tác thanh tra, kiểm tra và xử lý vi phạm hiệu quả, cần các biện pháp chế tài đủ mạnh và không chỉ là chế tài mang tính kinh tế như hiện nay đối với những chủ thể vi phạm. Do quy định của pháp luật, nên thực tế, Thanh tra Sở LĐTBXH chỉ xử phạt được mỗi lần 20 triệu đồng khi phát hiện đơn

vị thi công SDLĐ người nước ngoài không phép. Mức phạt này không đủ sức răn đe nên dẫn đến việc tái phạm nhiều lần. Nhiều doanh nghiệp vi phạm sẵn sàng nộp phạt để tiếp tục duy trì quan hệ lao động với người nước ngoài trái pháp luật. Theo Nghị định 34/CP, người nước ngoài sau sáu tháng làm việc tại Việt Nam mà không có giấy phép lao động thì Sở LĐTBXH các tỉnh, thành đề nghị Bộ Công an ra quyết định trục xuất khỏi Việt Nam. Nhưng thực tế, biện pháp trục xuất LĐNN khỏi Việt Nam từ trước đến nay đều chưa có.

Phải khẳng định rằng, nhu cầu phải sử dụng những LĐNN có trình độ chuyên môn cao, hoặc có kỹ năng đặc biệt (ví dụ như các cầu thủ bóng đá) là nhu cầu tự thân của nền kinh tế - xã hội nước ta. Hiện nay, các vị trí quản lý, các chuyên gia trung, cao cấp trong các tổ chức có yếu tố quốc tế thuộc ngành tài chính, ngân hàng, dịch vụ du lịch, công nghệ thông tin... tại Việt Nam phần lớn vẫn do những người nước ngoài đảm nhận. Họ có đóng góp tích cực vào sự tăng trưởng và hội nhập của Việt Nam. Tuy nhiên, thực tế này cũng thể hiện những bất cập, khiếm khuyết của hệ thống giáo dục - đào tạo trong việc chuẩn bị đủ nguồn nhân lực nội địa đáp ứng được nhu cầu tăng trưởng và phát triển. Như vậy, chính sách đối với người LĐNN làm việc tại Việt Nam cần được đặt trong chiến lược tổng thể phát triển nguồn nhân lực quốc gia. Một mặt, cần có cơ chế khuyến khích, chào đón những nhân sự có đẳng cấp quốc tế gia nhập thị trường lao động Việt Nam, phục vụ mục tiêu hiện đại hóa đất nước. Mặt khác, cần hình thành “một bộ lọc tốt để những LĐPT chất lượng thấp không thể thâm thấu vào thị trường nội địa”. Và điều quan trọng hơn nhiều, là phải tìm được cách tối ưu nhất nâng cấp nguồn nhân lực Việt Nam. Làm sao để người lao động Việt Nam không chỉ đứng vững trên thị trường nhân lực trong nước mà còn có thể đứng vững cả trên những thị trường nhân lực quốc tế khó tính nhất. Đây mới là giải pháp bền vững, lâu dài khi mọi rào cản bảo hộ sẽ bị xô đổ bởi quá trình toàn cầu hóa. ■

HÒA GIẢI - MỘT PHƯƠNG THỨC GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP THAY THẾ

■ DƯƠNG QUỲNH HOA*

Trong nền kinh tế thị trường, các nhà kinh doanh đều muốn xây dựng lòng tin, duy trì mối quan hệ kinh tế với các đối tác một cách lâu dài để bảo đảm cho hoạt động kinh doanh, thương mại ổn định và phát triển. Tuy vậy, đôi khi vì nhiều lý do chủ quan và khách quan, các mối quan hệ kinh tế thương mại giữa các nhà kinh doanh cũng có những bất đồng và mâu thuẫn dẫn đến các tranh chấp trong việc thực hiện các cam kết. Vì thế, cần phải có những phương thức giải quyết tranh chấp nhanh gọn, tiết kiệm và có thể duy trì được quan hệ làm ăn giữa các bên. Hòa giải là một trong những phương thức đáp ứng được những yêu cầu đó.

1. Khái niệm, đặc điểm của hòa giải

Hòa giải là một biện pháp truyền thống để giải quyết các tranh chấp trong đời sống xã hội, nhưng quan niệm về hòa giải còn nhiều vấn đề chưa thống nhất. Trên thế giới có nhiều quan niệm khác nhau về hòa giải: Hòa giải (conciliation) là sự can thiệp, sự làm trung gian hòa giải; hành vi của người thứ ba làm trung gian giữa hai bên tranh chấp nhằm thuyết phục họ dàn xếp hoặc giải quyết tranh chấp (GQTC) giữa họ. Việc GQTC thông qua người trung gian hòa giải (bên trung lập)¹; Hòa giải là một quá trình mà bên thứ ba tạo điều kiện và phối hợp để các bên thương lượng với nhau. Từ điển pháp lý của Rothenberg định nghĩa hòa giải là “hành vi thỏa hiệp giữa các bên sau khi có tranh chấp, mỗi bên nhượng bộ

một ít”². Một định nghĩa khác của hòa giải là “việc GQTC giữa hai bên thông qua sự can thiệp của bên thứ ba, hoạt động một cách trung lập và khuyến khích các bên xóa bỏ sự khác biệt”³. Theo Từ điển tiếng Việt, “hòa giải là việc thuyết phục các bên đồng ý chấm dứt xung đột, xích mích một cách ôn hòa”. Từ những quan niệm trên, có thể rút ra một số đặc trưng chung của hòa giải như sau:

Một là, hòa giải là một biện pháp GQTC.

Hai là, chủ thể trung tâm của hòa giải là bên trung gian giúp cho các bên tranh chấp thỏa thuận với nhau về GQTC. Điều này làm cho hòa giải có sự khác biệt với thương lượng. Người trung gian có thể là cá nhân, tổ chức luật sư, tư vấn, hoặc các tổ chức khác do các bên thỏa thuận lựa chọn. Người này phải có vị

(*) Viện Nhà nước và Pháp luật.

(1) Pryan A. Garner chủ biên (2004), *Black's Law Dictionary*, tái bản lần thứ 8, NXB West, Thomson, tr.307.

(2) F E A Sander và S B Goldberg, “Giải tỏa nỗi lo không cần thiết: Cẩm nang hướng dẫn thân thiện với người lựa chọn ADR” (1994), Nguyệt san Đàm phán 55.

(3) L Mulcahy và các tác giả, *Trung gian hòa giải các vụ kiện về thiếu trách nhiệm trong y tế: một giải pháp cho tương lai? NHS Executive*, 2000, tr. XVII.

trí độc lập với các bên và hoàn toàn không có lợi ích liên quan đến tranh chấp. Bên thứ ba làm trung gian không đại diện cho quyền lợi của bất cứ bên nào và không có quyền đưa ra phán quyết.

Ba là, sự điều chỉnh, thỏa thuận về giải quyết các tranh chấp phải do chính các bên tranh chấp quyết định. Các thỏa thuận, cam kết từ kết quả của quá trình hòa giải không có giá trị bắt buộc cưỡng chế thi hành mà phụ thuộc vào thiện chí, sự tự nguyện của các bên.

Như vậy, có thể hiểu *hòa giải là một phương thức GQTC với sự giúp đỡ của một bên thứ ba trung lập, các bên tranh chấp tự nguyện thỏa thuận giải quyết các tranh chấp phù hợp với quy định của pháp luật, truyền thống đạo đức xã hội.*

Trong nhiều thế kỷ, “hòa giải” đã được sử dụng như một hình thức GQTC⁴. Trong xã hội phương Tây hiện đại, nó thường được mô phỏng như một hình thức GQTC “thay thế”, và hòa giải là một nét đặc trưng nổi bật của xu hướng GQTC thay thế (Alternative Dispute Resolution- ADR). Điều này đặt ra câu hỏi là nó thay thế cho cái gì. Nếu câu hỏi như vậy được đưa ra trong ngữ cảnh pháp luật, thì câu trả lời sẽ gắn với hình thức tố tụng. Ở đây, “thay thế” hàm nghĩa những khác biệt về định tính với hình thức tố tụng, nó bao gồm một tập hợp các nguyên tắc và quy định mà có thể là đối lập với những nguyên tắc và quy định về hoạt động của Tòa án. Trong ngữ cảnh này, “thay thế” còn hàm ý một sự lựa chọn, các bên có ý lựa chọn sử dụng trung gian hòa giải vì những lợi thế được cảm nhận so với hình thức tố tụng.

Tuy nhiên, có thể sẽ có sự hiểu lầm khi coi hòa giải là biện pháp thay cho tố tụng. Hầu hết các tranh chấp trong xã hội hiện đại được chính các bên tự giải quyết thông qua đàm phán. Trong số tương đối ít vụ tranh chấp cần đến luật sư, thì chỉ có một tỷ lệ rất ít số vụ như vậy được tiến hành theo trình tự thủ tục tố tụng, thậm chí số vụ tranh chấp được đưa ra

Tòa án xét xử còn ít hơn thế. Trong số những vụ cần đến luật sư và không được giải quyết bằng tố tụng, thì một vài vụ đơn giản là không được theo đuổi nữa, còn những vụ khác thì được luật sư giải quyết hoặc các bên giải quyết thông qua đàm phán hay thỏa thuận. Vì vậy, xét về phương thức chủ đạo được sử dụng để GQTC trong xã hội hiện đại, thì bản thân tố tụng lại chính là một phương thức “thay thế” với nghĩa là nó hiếm khi được sử dụng. Nếu trung gian hòa giải được cho là một phương thức thay thế, thì nó cần phải được nhìn nhận như một phương thức thay thế cho hầu hết các phương pháp GQTC thường được sử dụng nhất. Vì đa số các vụ tranh chấp được giải quyết thông thường bên ngoài hệ thống Tòa án, nên yêu cầu áp dụng phương thức hòa giải phải được đánh giá khác với các phương thức thay thế khác cho hình thức tố tụng, kể cả việc giải quyết tại Tòa án.

2. Ưu điểm của hòa giải

2.1. Linh hoạt về thủ tục

Hòa giải có thể được tiến hành trong nhiều môi trường khác nhau, thủ tục có thể được thỏa thuận và điều chỉnh cho thích nghi. Tính linh hoạt đem lại lợi thế là các bên được bày tỏ ý kiến xem quá trình nào thì phù hợp với họ; cho phép có những điều chỉnh khi bản chất của tranh chấp và các bên tranh chấp đòi hỏi phải vậy; tránh khả năng về việc có những yêu cầu về thủ tục kỹ thuật quá phức tạp. Ngược lại, phương thức tố tụng Tòa án có một cách thức tổ chức cứng nhắc hơn, có những quy định và thủ tục cố hữu. Có một vài yếu tố mang tính kỹ thuật đòi hỏi rất cao, buộc các bên phải nghiêm chỉnh chấp hành cả trong thời gian trước và đang diễn ra quá trình xét xử.

Một sự khác biệt quan trọng giữa hòa giải và biện pháp tố tụng là những thông tin và chứng cứ nào có thể được sử dụng, sử dụng và kiểm chứng như thế nào. Trong tố tụng, vấn đề này được điều chỉnh theo quy định về chứng cứ và thủ tục để đảm bảo tính chính xác và độ

(4) J Wall và A Lynn, “Trung gian hòa giải: điểm lại hiện trạng” (1993), 37, *Nguyệt san giải quyết xung đột*, 160-169.

tin cậy. Trong hòa giải thường không có quy định nào về chứng cứ và cũng không có quy định về kiểm chứng cũng như xem xét về mặt thủ tục. Chỉ có những quy định thủ tục mở về phương pháp nói chuyện và giao tiếp. Các bên tranh chấp được phép kể chuyện của họ nếu thấy phù hợp và có thể biểu lộ tình cảm mà không bị bài bác và bị cho là không có ý nghĩa.

Tuy nhiên cũng có những giới hạn đối với tính linh hoạt của hoạt động hòa giải. Mặc dù nó không phải là một quá trình cứng nhắc, nhưng khi các hòa giải viên hướng dẫn, các bên vẫn phải có sự thống nhất cao trong các giai đoạn khác nhau. Các hòa giải viên phải thực hiện một cách có hệ thống qua từng giai đoạn của hoạt động hòa giải theo trình tự cụ thể. Điều này giúp khai thác được từng điểm mạnh trong toàn bộ quá trình hòa giải, vì mỗi một giai đoạn trong quá trình đó đều có cái lý lẽ riêng của nó. Vì thế, mặc dù có sự linh hoạt, nhưng hòa giải mang tính tổ chức hơn so với những cuộc đàm phán có tính chất tùy tiện. Một trong những đóng góp của một hòa giải viên là có thể xác lập trật tự trong những cuộc đàm phán vô tổ chức và thiếu thống nhất.

2.2. Tính thân mật

Tính thân mật trong hòa giải luôn luôn gắn liền với tính linh hoạt của nó. Ở đây, tính thân mật là muốn nói đến không gian và môi trường, phong thái và ngôn ngữ trong hòa giải, hành vi giao tiếp và ứng xử của những người tham gia. Hoạt động này thân mật, hoặc có khả năng thân mật, từ góc độ trang phục ăn mặc, địa điểm tổ chức, không gian và môi trường, ngôn ngữ sử dụng và thời gian tham dự. Hòa giải không có thủ tục nghi lễ và không gian trầm tĩnh huyền bí như của hoạt động xét xử. Hoạt động xét xử tại Tòa án luôn thể hiện tính trang trọng, nghi lễ và tính thứ bậc. Nhưng trong hòa giải, các bên tham gia thường không

có cảm nhận về hình thức nghi lễ và tính thứ bậc trong đó.

Giá trị của tính thân mật là ở chỗ nó có thể làm cho quá trình trung gian hòa giải gần gũi và thân thiện với các bên tranh chấp hơn, không tạo ra sự lo lắng và căng thẳng so với hoạt động xét xử tại tòa. Đặc biệt hơn là trong trung gian hòa giải, các bên có thể sử dụng ngôn ngữ thông tục hàng ngày, khác hẳn với những hình thức giao tiếp được phong cách hóa trong môi trường Tòa án. Tuy nhiên, hòa giải viên cũng có thể yêu cầu sử dụng ngôn ngữ trang trọng và các bên tranh chấp cũng có thể khách sáo trong việc sử dụng ngôn từ khi hòa giải. Khác với hệ thống Tòa án, mức độ trang trọng đến đâu thì cũng có thể được các bên thỏa thuận để phù hợp với văn hóa của các bên tranh chấp.

2.3. Sự tham gia của các bên vào quá trình hòa giải

Chính tính thân mật và tính linh hoạt của hòa giải cho phép sự tham gia trực tiếp của các bên vào quá trình này. Sự tiếp cận và tham gia trước hết dành cho các bên tranh chấp. Trong hòa giải, các bên tranh chấp có thể nói chuyện, trao đổi, đàm phán và thảo luận về các giải pháp trong toàn bộ quá trình. Quá trình hòa giải tạo cơ hội cho mỗi bên bày tỏ quan điểm của mình về tranh chấp. Đây là một bước rất quan trọng trong việc giải quyết các tranh chấp của hòa giải⁵. Hòa giải đem lại cơ hội cho các bên trình bày, giải thích và đưa ra lời xin lỗi với nhau⁶. Sự tham gia trực tiếp của các bên tranh chấp trong hòa giải là rất cần thiết vì nó đề cao được tinh thần trách nhiệm của các bên đối với các lựa chọn của mình. Thông thường, so với việc để những người bên ngoài như thẩm phán hay trọng tài viên đưa ra quyết định thì bản thân các bên thường đưa ra những quyết định có lợi hơn cho mình⁷. Bằng cách

(5) F E A Sander và S B Goldberg, "Giải tỏa nỗi lo không cần thiết: Cẩm nang hướng dẫn thân thiện với người lựa chọn ADR" (1994), Nguyệt san Đàm phán 55.

(6) L Mulcahy và các tác giả, Trung gian hòa giải các vụ kiện về thiếu trách nhiệm trong y tế: một giải pháp cho tương lai? NHS Executive, 2000, tr. Xvii.

(7) P Wahrhaftig, "Giải quyết xung đột không chuyên nghiệp", trong J Palenski và H Launer (chủ biên), Trung gian hòa giải xung đột và thách thức, Charles C Thomas, 1986.

này, sự tham gia có thể xóa bỏ cảm giác của các bên khi cho rằng họ phải chịu áp lực để đưa ra một quyết định nào đó⁸. Nếu các bên nhận thấy rằng họ “làm chủ” quá trình, thì họ có thể dễ dàng ủng hộ kết quả hơn⁹. Không một phương pháp GQTC nào có thể đảm bảo sự tham gia trực tiếp của các bên được như hình thức hòa giải, các bên đánh giá rất cao “quyền tự quyết” của hình thức này dù tranh chấp chưa được giải quyết. Quá trình tham gia vào hòa giải cũng mang tính giáo dục cho các bên ở chỗ họ được trực tiếp tham gia và học được cách thức giải quyết vấn đề mà có thể áp dụng trong những hoàn cảnh khác¹⁰.

Ngược lại, mô hình tố tụng truyền thống chỉ cho phép sự tham gia rất hạn chế và theo nguyên tắc nhất định đối với những bên có lợi ích hợp pháp liên quan. Nó khuyến khích sự thụ động, sự phụ thuộc và thiếu vắng trách nhiệm lựa chọn¹¹.

2.4. Đặt con người ở vị trí trung tâm

Trong khi phần lớn việc GQTC có xu hướng tập trung vào hành vi, vào tình tiết là chính thì trong hòa giải, trọng tâm là con người chứ không phải tình tiết vụ việc. Việc này đòi hỏi hòa giải viên phải xét đến nhu cầu hiện tại cũng như mối quan tâm của các bên. Hòa giải cho phép giải quyết vụ việc dựa trên lợi ích mong muốn của các bên. Hòa giải viên thường không yêu cầu các bên phải thuyết phục hay

làm cho họ tin về những tình tiết thực tế, hơn nữa, họ cũng thiếu những cơ chế hỗ trợ điều tra hoặc kiểm nghiệm sự thật. Mặt khác, các bên cũng không có điều kiện để chất vấn hay kiểm chứng những lời nói hay tuyên bố của nhau theo những cách thức giống như trong tố tụng Tòa án.

2.5. Duy trì mối quan hệ

Bên cạnh việc đặt con người ở vị trí trung tâm, hòa giải còn đặt trọng tâm vào khía cạnh duy trì mối quan hệ. Điều này mang ý nghĩa nhân văn của GQTC. Các bên có cơ hội thể hiện tình cảm, bày tỏ sự quan tâm đến các quan hệ trong tương lai giữa các bên. GQTC bằng hòa giải có thể duy trì hoặc cải thiện quan hệ giữa các bên¹² nhờ việc xem xét đến lợi ích và quan tâm thực tế của các bên, có thủ tục dễ dàng và áp dụng phương pháp cùng tham gia, xây dựng mô hình đàm phán và các kỹ thuật giải quyết vấn đề mang tính xây dựng, có cách quản lý xung đột đầy tính nhân văn¹³... làm cho hòa giải trở thành một phương thức GQTC mềm dẻo chứ không cứng nhắc như tố tụng Tòa án¹⁴. Mặc dù hoạt động tố tụng cũng sẽ giải quyết được tranh chấp thông qua xét xử, nhưng nó có thể dẫn đến sự thiệt hại mà không thể sửa chữa được trong các mối quan hệ vì gắn với hoạt động tố tụng là những ngôn ngữ không thiện chí¹⁵. Thậm chí, hoạt động trọng tài cũng không thường xuyên đảm bảo việc

(8) M Rogers và C McEwan, *Trung gian hòa giải: Chính sách pháp luật và thực tiễn, Tổ hợp tác luật sư, Rochester New York, 1989, tr. 234-235.*

(9) A Taylor “*Hướng tới một lý thuyết toàn diện về trung gian hòa giải*” (1981), 19, *Tuần san hòa giải của Tòa án*, 1-4.

(10) M Power, “*Đào tạo cán bộ trung gian hòa giải*” (1992), 3, *ADRJ* 214, tr. 214-215.

(11) G Bellow và B Moulton, *Quá trình làm luật sư: đàm phán*, Foundation Press, Mineola, New York, 1981, tr. 131.

(12) Trong một nghiên cứu của Trung tâm trung gian hòa giải Singapore, từ 1/1998 đến 8/1999, khoảng 68% các bên và 78% luật sư được hỏi đều khẳng định có sự cải thiện trong mối quan hệ giữa các bên. 81% luật sư cũng cho rằng mối quan hệ của họ với luật sư bên đối lập cũng cải thiện sau trung gian hòa giải. Phát hiện này rất có ý nghĩa vì thực tế các hoạt động trung gian hòa giải được tiến hành tại Trung tâm này cũng thường kết thúc trong một ngày. Kết quả điều tra đầy đủ được đăng trong cuốn sách: L Boulle và T Hwee Hwee, *Trung gian hòa giải: nguyên tắc, quá trình và thực tiễn*, Butterworths, Singapore, 2000, Chương 11 và Phụ lục A.

(13) Xem M Davies và các tác giả, *Thúc đẩy trung gian hòa giải, Cơ quan kế hoạch chính sách và nghiên cứu, Báo cáo nghiên cứu về chương trình trung gian hòa giải của Hội luật học Bristol trong giai đoạn đầu, Nghiên cứu số 21, Hội luật học, 1996, tr. 26 thuộc Chương trình Bristol và H Genn, Báo cáo đánh giá thí điểm trung gian hòa giải Tòa án Trung tâm Luân Đôn, Chương trình nghiên cứu LCD, số 5/98, tr. Vi, 107 và 139 thuộc dự án Thí điểm tại Tòa án Trung tâm Luân Đôn.*

(14) D Bok, “*Một hệ thống không hoàn thiện*”, 1983, *Tạp chí Đoàn luật sư Bang New York* 8. Về kết quả điều tra của Úc ghi nhận trung gian hòa giải có thể là một nhân tố cải thiện quan hệ giữa các bên, xem A Prior “*Các bên nghĩ gì?*”, 1993, 4, *ADRJ* 99. Về kết quả điều tra của Singapore, xem chú thích 15 ở trên.

(15) S Macaulay, “*Quan hệ phi hợp đồng trong kinh doanh: Nghiên cứu sơ bộ*”, 1963, 28(1), *Tạp chí Xã hội học của Mỹ*, 55-64.

duy trì các mối quan hệ được tiếp tục lâu dài¹⁶.

2.6. Tạo lập quy chuẩn

Khi đưa ra quyết định, Tòa án và các trọng tài viên đều dựa vào các quy phạm pháp luật, nghĩa là các quy tắc và nguyên tắc được quy định trong các đạo luật. Trong hòa giải, các bên không viện dẫn các quy phạm để định hướng giải quyết, nhưng các quy phạm lại có thể được các bên rút ra từ chính kết quả giải quyết vụ việc.

Trong hòa giải, các bên được tự do không áp dụng các quy tắc, nguyên tắc và chính sách mà vốn có tính ràng buộc với các Tòa án, trọng tài viên. Thỏa thuận giữa các bên có thể đạt được trên cơ sở lợi ích chung vì nó chỉ diễn ra vào một thời điểm cụ thể nhất định. Các bên thường có cách nhìn của họ về lợi ích rộng hơn so với một thẩm phán. Chính vì vậy, các doanh nghiệp mong muốn sớm đi đến một thỏa thuận GQTC trước đó mà không cần phải đề cập đến quyền và nghĩa vụ pháp lý để sao cho họ có thể lồng ghép những thương vụ làm ăn sau này vào trong thỏa thuận giải quyết. Khi xây dựng các quy phạm riêng để GQTC, các bên có thể quyết định những lợi ích riêng của họ, xác lập những ưu tiên, cân đối và hoàn thành hợp đồng xét theo cách thức kinh doanh hay đánh giá xã hội và phương pháp giải quyết của chính họ. Đây là một biểu hiện của quyền tự định đoạt. Một khía cạnh khác trong bản chất của việc tạo lập quy phạm trong hòa giải là tính linh hoạt của kết quả. Các bên có thể nhất trí về kết quả mà có lẽ chẳng bao giờ giống như kết luận của Tòa án. Tuy nhiên, các quyết định hòa giải của các bên phải là một thỏa thuận phải hợp pháp hoặc không được trái với chính sách công theo quy định trong luật.

2.7. Sự kín đáo và tính bảo mật

Sự kín đáo và tính bảo mật được thể hiện ở việc: phiên họp hòa giải được tổ chức kín, người ngoài chỉ có thể biết được trình tự thủ tục và nội dung nếu được các bên đồng ý;

không công bố công khai nội dung được trao đổi trong phiên họp; việc công bố điều khoản giải quyết là vấn đề phải được hai bên thỏa thuận.

Trình tự, thủ tục hòa giải được tiến hành trên cơ sở “không có sự phản cung”, nghĩa là không cho phép các bên được sử dụng những tuyên bố trong hòa giải làm chứng cứ nếu sau này phải xét xử tại Tòa và hòa giải viên cũng thường bị ràng buộc bởi nguyên tắc bảo mật. Những yêu cầu này tạo điều kiện để có các cuộc đàm phán thẳng thắn và cởi mở và vì lợi ích của một bên hay của các bên nếu muốn tránh để các vấn đề riêng tư của họ bị công bố với các đối thủ cạnh tranh làm ăn kinh doanh, những người thân quen hoặc bạn bè.

3. Thực trạng pháp luật về hòa giải trong giải quyết tranh chấp thương mại

Hòa giải luôn được coi là một trong những phương thức GQTC kinh doanh thương mại quan trọng và có hiệu quả. Ở Việt Nam, phương thức hòa giải đã được sử dụng, nhưng phạm vi và hiệu quả áp dụng còn ở mức khiêm tốn. Đặc biệt hòa giải với tư cách là một phương thức GQTC thay thế dường như vẫn được coi là công việc riêng tư của các bên nên cho đến thời điểm hiện tại, hầu như không có văn bản nào quy định cụ thể, hướng dẫn chi tiết về quy trình, thủ tục, nội dung, hiệu lực của phương thức GQTC này.

Trong khi đó, ở nhiều quốc gia, về mặt lập pháp, hòa giải ngày càng được quan tâm thể chế hóa trên cả bình diện quốc gia, khu vực và quốc tế. Đây cũng là điều giải thích cho việc ra đời các trung tâm hòa giải, chẳng hạn như Trung tâm hòa giải Bắc Kinh để giải quyết các tranh chấp thương mại và hàng hải quốc tế... và các quy tắc hòa giải như Quy tắc hòa giải mẫu của UNCITRAL 2002, quy trình hòa giải không bắt buộc của Phòng Thương mại quốc tế tại London, Ủy ban quốc gia về thống

(16) Một nghiên cứu ở Mỹ phát hiện ra rằng trong số 78 vụ việc trọng tài trong ngành dệt ở đây, chỉ có 14 trường hợp khôi phục và duy trì được quan hệ: M Galanter “Tim hiểu toàn cảnh tranh chấp: chúng ta biết gì và không biết gì (và nghĩ chúng ta biết gì) về xã hội bất đồng và kiện tụng của chúng ta”, 31, Tạp chí Luật UCLA, 4-25.

nhất pháp luật Hoa Kỳ ban hành đạo luật Hòa giải thống nhất năm 2001. Gần đây nhất, Liên minh châu Âu đã ban hành Chỉ thị số 2008/52/EC về một số khía cạnh hòa giải các vụ việc dân sự, thương mại.

Ở nước ta, Nghị quyết số 49-NQ/TW của Bộ Chính trị ngày 2/6/2005 về Chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020 đã khẳng định: “khuyến khích việc giải quyết một số tranh chấp thông qua thương lượng, hòa giải, trọng tài; Tòa án hỗ trợ bằng quyết định công nhận việc giải quyết đó”. Đây là chủ trương rất quan trọng làm cơ sở cho việc xây dựng các quy định pháp luật về các phương thức GQTC thay thế như hòa giải, trọng tài.

Pháp luật hiện hành đã có một số quy định liên quan đến hòa giải tranh chấp kinh doanh, thương mại, tuy nhiên mới chỉ được ghi nhận trong pháp luật thực định ở những nguyên tắc cơ bản. Điều 12 Bộ luật Dân sự năm 2005 quy định: “Trong quan hệ dân sự, việc hòa giải giữa các bên phù hợp với quy định của pháp luật được khuyến khích. Không ai được dùng vũ lực hoặc đe dọa dùng vũ lực khi tham gia quan hệ dân sự, giải quyết các tranh chấp dân sự”. Điều 11 Luật Thương mại năm 2005 quy định về nguyên tắc tự do, tự nguyện thỏa thuận trong hoạt động thương mại: “các bên có quyền tự do thỏa thuận không trái với các quy định của pháp luật, thuần phong mỹ tục và đạo đức xã hội để xác lập các quyền và nghĩa vụ của các bên trong hoạt động thương mại...”. Điều 317 Luật Thương mại có quy định hòa giải là một trong những phương thức GQTC nhưng hình thức này chưa được quy định một cách cụ thể. Điều 12 Luật Đầu tư năm 2005 quy định: “Tranh chấp liên quan đến hoạt động đầu tư tại Việt Nam được giải quyết thông qua thương lượng, hoà giải, Trọng tài hoặc Tòa án theo quy định của pháp luật”.

Trong các điều ước quốc tế mà Việt Nam tham gia như các Hiệp định bảo hộ và khuyến khích đầu tư, các Hiệp định thương mại song phương và đa phương cũng có những quy định về áp dụng phương thức thương lượng, hòa giải như là các biện pháp ưu tiên trong việc

giải quyết các tranh chấp phát sinh. Việc hòa giải ngoài tổ tụng tư pháp được coi là công việc riêng tư của các bên mà pháp luật không có sự điều chỉnh trực tiếp và chi tiết. Hiện tại ở Việt Nam, mới chỉ có Trung tâm Trọng tài quốc tế Việt Nam (TTTTQTVN) bên cạnh Phòng Thương mại và công nghiệp Việt Nam (VIAC) xây dựng và ban hành Quy tắc hòa giải. Đây là một nỗ lực lớn của VIAC trong việc định hướng cho các bên lựa chọn hòa giải viên và khuyến nghị trình tự, thủ tục cho các bên lựa chọn làm căn cứ cho quá trình hòa giải ngoài tổ tụng tư pháp.

Quy tắc hoà giải của VIAC gồm 20 điều, có hiệu lực từ ngày 10/9/2007. Quy tắc hòa giải này áp dụng cho việc hoà giải tranh chấp phát sinh từ hoặc liên quan tới quan hệ pháp lý trong hoạt động thương mại, khi các bên quyết định tiến hành hoà giải tranh chấp thông qua VIAC. Những điểm nổi bật của việc hòa giải theo Quy tắc này là: các bên được quyền tự do lựa chọn hòa giải viên theo danh sách do VIAC giới thiệu hoặc người ngoài danh sách đó; các hòa giải viên phải tuân thủ nguyên tắc độc lập, vô tư, khách quan và phải tôn trọng thỏa thuận của các bên cũng như tính tập quán thương mại, thực tiễn kinh doanh của các bên, các bối cảnh liên quan đến tranh chấp để tiến hành hòa giải; tính công khai thông tin giữa hòa giải viên với các bên; nghĩa vụ giữ bí mật của hòa giải viên và các bên đối với những tổ chức, cá nhân không liên quan; các bên và hòa giải viên được chủ động đề xuất phương án GQTC; các bên cam kết không tiến hành bất cứ tổ tụng trọng tài hoặc toà án nào đối với tranh chấp đang là đối tượng của quá trình hòa giải; khi hoà giải thành, các bên kết thúc tranh chấp và bị ràng buộc bởi thỏa thuận hoà giải đã ký theo các quy định của pháp luật dân sự.

Hiện tại trong Luật Trọng tài thương mại năm 2010 cũng có một số quy định về hòa giải. Điều 9 Luật Trọng tài thương mại quy định về thương lượng, hoà giải trong tổ tụng trọng tài như sau: “Trong quá trình tổ tụng trọng tài, các bên có quyền tự do thương lượng, thỏa thuận với nhau về việc GQTC hoặc yêu cầu Hội

đồng trọng tài hòa giải để các bên thỏa thuận với nhau về việc GQTC”.

Việc quy định thương lượng, hòa giải trong tố tụng trọng tài nhằm tăng cường vai trò của các hình thức GQTC thay thế, khuyến khích các bên tranh chấp sử dụng chúng; tăng cường vai trò hỗ trợ của Nhà nước (Tòa án). Thực tiễn GQTC nhiều nước trên thế giới cho thấy việc sử dụng các hình thức GQTC thay thế rất phổ biến, như Philippin, Indônêsi, Malaysia, Singapore, Nhật Bản, Hoa Kỳ, Canada... Điều khoản này cũng nhằm khuyến khích các bên GQTC một cách hòa bình, nghĩa là bằng thương lượng, hòa giải trước khi đưa vụ tranh chấp ra trọng tài. Khi đã thương lượng hoặc có trung gian hoà giải thì mối quan hệ giữa các bên sẽ có sự thân thiện. Hình thức của nó cũng linh hoạt và mềm dẻo. Quy trình và thủ tục hoà giải cũng rất đơn giản. Hoà giải nếu được thực hiện tốt thì sẽ rất nhanh chóng về thời gian và tiết kiệm được chi phí.

Việc ban hành Quy tắc hòa giải của VIAC và việc xây dựng một số điều khoản về hòa giải và thương lượng trong Luật Trọng tài thương mại thể hiện rằng, hòa giải đã bắt đầu có xu hướng phát triển thành một phương thức GQTC kinh doanh thương mại độc lập ở Việt Nam.

Mặc dù hòa giải đã được pháp luật quy định thành một nguyên tắc và được các nhà kinh doanh ghi nhận là phương thức GQTC có hiệu quả, nhưng Việt Nam còn thiếu sự nghiên cứu một cách có hệ thống để làm rõ các vấn đề lý thuyết về hòa giải, đưa ra các mô hình hòa giải có hiệu quả. Hiện nay, chúng ta mới chỉ có Pháp lệnh về Tổ chức và hoạt động hòa giải ở cơ sở là có quy định đầy đủ về nguyên tắc và phạm vi hòa giải, mô hình hòa giải, cách thức hòa giải. Tuy nhiên, Pháp lệnh về Tổ chức và hoạt động hòa giải ở cơ sở chủ yếu được áp dụng đối với những việc được quy định trong Điều 3 của Pháp lệnh mà không áp dụng đối với những tranh chấp thương mại. Theo đó,

phạm vi hòa giải chỉ được tiến hành đối với những vi phạm pháp luật và tranh chấp nhỏ trong cộng đồng dân cư, bao gồm: mâu thuẫn, xích mích giữa các cá nhân với nhau; tranh chấp về quyền, lợi ích phát sinh từ quan hệ dân sự, hôn nhân và gia đình; những việc vi phạm pháp luật khác mà theo quy định của pháp luật chưa đến mức bị xử lý bằng biện pháp hình sự hoặc biện pháp hành chính.

Việc hoàn thiện hệ thống pháp luật nói chung và hệ thống pháp luật về GQTC thay thế nói riêng vẫn theo lối cắt khúc thành từng mảng, chưa thành hệ thống. Tư tưởng phân chia hệ thống pháp luật thành các ngành luật dựa trên đối tượng điều chỉnh và phương pháp điều chỉnh đã ngự trị trong nhiều năm qua không chỉ ở trong học thuật mà còn ở trong hoạt động xây dựng pháp luật. Chính vì thế, ở Việt Nam có cách tiếp cận là thương mại thuộc lĩnh vực kinh tế chứ không phải dân sự, nên khi xây dựng Pháp lệnh Hòa giải ở cơ sở chỉ đề cập đến những tranh chấp dân sự theo nghĩa hẹp mà không điều chỉnh những tranh chấp thương mại.

Một thiếu sót lớn là pháp luật Việt Nam cho đến nay vẫn chưa có quy định về vai trò của người hòa giải và thủ tục hòa giải. Thiếu sót đó đang làm cho những quy định về nguyên tắc hòa giải trong GQTC thương mại trong nước cũng như quốc tế vẫn nặng về hình thức¹⁷.

Đối với hòa giải tại Trung tâm Trọng tài thương mại (chủ yếu là được thực hiện bởi Trung tâm Trọng tài quốc tế Việt Nam), các quy định về hòa giải tuy có chi tiết và quy mô, song nhìn chung vẫn chưa thể hiện được một cách triệt để tính chất trung gian hòa giải. Hiệu quả hòa giải còn hạn chế do số vụ việc được Trọng tài Thương mại thụ lý và giải quyết còn rất ít. Các doanh nghiệp Việt Nam khi có tranh chấp thường đưa nhau ra Tòa án.

Một số hạn chế nữa có thể nhận thấy như thể chế cho các phương thức này chưa hoàn thiện, nhân lực thực hiện chưa đảm bảo về số

(17) Hoàng Thế Liên (1999) Về các phương thức GQTC chủ yếu tại Việt Nam trong lĩnh vực kinh tế và đầu tư nước ngoài, được in trong số chuyên đề về “Các phương thức GQTC kinh tế ở Việt Nam hiện nay”, Thông tin Khoa học pháp lý, Viện Nghiên cứu Khoa học pháp lý- Bộ Tư pháp, tr.8



lượng và chất lượng, đối với người tiến hành tố tụng thì trình độ chuyên môn tương đối nhưng kỹ năng hòa giải thì chưa được đào tạo nhiều, do đó đã ảnh hưởng đến chất lượng thực hiện phương thức này.

4. Giải pháp tiếp tục hoàn thiện phương thức giải quyết tranh chấp thương mại thông qua hòa giải

4.1. Để các quy định pháp luật về hòa giải có thể đi vào cuộc sống, cần phải tăng cường nhận thức của cộng đồng, đặc biệt là các cộng đồng doanh nghiệp về vai trò của hình thức giải quyết tranh chấp bằng hòa giải với tư cách là một phương thức giải quyết tranh chấp thay thế

Từ phía Nhà nước. Trên cơ sở nhận thức về lợi ích của các phương thức GQTC bằng hòa giải, thông qua pháp luật cũng như các giải pháp khác, Nhà nước cần có một chính sách nhất quán và những thông điệp chính thức về chính sách khuyến khích các bên GQTC của họ bằng con đường hòa giải. Có thể tham khảo kinh nghiệm của Anh, Hồng Kông, Canada, Ấn Độ... trong những đạo luật mới nhất đã quy định trách nhiệm của Tòa án từ chối thụ lý vụ tranh chấp nếu các bên chưa đưa vụ tranh chấp đó ra giải quyết bằng một trong những hình thức GQTC thay thế và nếu các bên quyết định đưa thẳng vụ tranh chấp ra Tòa án, thì phải có lý do xác đáng được Tòa án chấp nhận.

Luật Trọng tài thương mại năm 2010 của Việt Nam cũng đã phản ánh khá rõ xu hướng khuyến khích sử dụng hình thức GQTC bằng hòa giải. Điều 9 của Luật quy định: “Trong quá trình sử dụng trọng tài, các bên có quyền tự do thương lượng, thỏa thuận với nhau về GQTC hoặc yêu cầu Hội đồng Trọng tài hòa giải để các bên thỏa thuận với nhau về việc GQTC”. Tuy nhiên, ngoài quy định này, chưa có một văn bản nào của các cơ quan nhà nước đưa ra những chủ trương mang tính khuyến khích

hoặc định hướng sử dụng các hình thức GQTC thay thế nói chung, hòa giải nói riêng thay vì đưa vụ kiện ra Tòa án.

Từ phía các chủ thể tranh chấp. Để có nhận thức đúng về vai trò của phương thức GQTC bằng hòa giải và khả năng sử dụng các phương thức đó trong việc giải quyết các tranh chấp phát sinh, các cộng đồng kinh doanh cũng như cá nhân nhà kinh doanh cần tạo cho mình những hiểu biết đúng đắn và đầy đủ về các hình thức GQTC thay thế.

4.2. Xây dựng các cơ sở pháp lý cần thiết cho việc mở rộng hình thức giải quyết tranh chấp bằng hòa giải

Phát triển và khuyến khích sử dụng hình thức hòa giải là điều cần thiết trong quá trình tạo “hạ tầng dịch vụ” GQTC thương mại. Tính thời sự của giải pháp GQTC bằng hòa giải được đặt ra bởi nhiều lý do. Trước hết, đó là sự quá tải của Tòa án. Cũng như trọng tài, hình thức hòa giải là sự lựa chọn thay thế cho tố tụng tại Tòa án bằng việc tạo cho các bên sự linh hoạt và bảo đảm bí mật. Mặt khác, chi phí ngày càng tăng của tố tụng tại Tòa án nhiều khi cũng là gánh nặng không chỉ cho các cá nhân doanh nhân mà cả đối với các công ty. Thêm vào đó, tố tụng tại Tòa án luôn luôn là hình thức bắt buộc, còn hình thức GQTC bằng hòa giải không mang tính bắt buộc. Trong hình thức không bắt buộc này thì ngoài hai bên tranh chấp cần có người thứ ba, làm nhiệm vụ phân

xử, nhưng khác với Tòa án, họ là người trung gian, trung lập. Người này không áp đặt một quyết định nào đó với các bên, nhưng ngược lại vai trò của người này là giúp đỡ các bên, hỗ trợ, chỉ dẫn các bên tự GQTC của họ. Thủ tục này hoàn toàn không mang tính nghi thức.

Việc sử dụng hình thức hòa giải thương mại ở Việt Nam hiện nay chỉ mới được coi là việc làm tùy nghi của các bên. Luật Trọng tài thương mại năm 2010 cũng đưa ra một quy tắc mang tính khuyến cáo: “Trong quá trình tổ tụng trọng tài, các bên có quyền tự do thương lượng, thỏa thuận với nhau về GQTC hoặc yêu cầu Hội đồng trọng tài hòa giải để các bên thỏa thuận với nhau về việc GQTC” (Điều 9, Luật Trọng tài thương mại năm 2010).

Tuy nhiên, để bảo đảm tính hiệu lực của hình thức trung gian hòa giải thương mại, cần tạo ra những cơ sở pháp lý vững chắc hơn, cũng giống như đã làm đối với Trọng tài Thương mại. Có thể nói rằng, thời gian qua, chúng ta đã nhìn nhận đúng và đã tạo được những cơ sở pháp lý cần thiết cho hoạt động trọng tài đáp ứng yêu cầu của kinh tế thị trường, của hoạt động kinh doanh và của quá trình hội nhập quốc tế. Thiết nghĩ, việc ban hành Luật Trung gian và hòa giải thương mại sẽ là một bước đi tiếp theo mang tính logic và tính hệ thống của hoạt động xây dựng pháp luật ở nước ta.

Việc thể chế hóa tư tưởng và định hướng này cần được thực hiện trên những quan điểm sau đây:

Thứ nhất, cần tạo dựng một chính sách công khai, chính thức khuyến khích các bên tự GQTC trước hết bằng con đường hòa giải, tương tự như việc Nhà nước đã có thái độ về hình thức trọng tài thể hiện ở Điều 6 Luật Trọng tài thương mại: “Tòa án từ chối thụ lý trong trường hợp có thỏa thuận trọng tài”.

Thứ hai, cần quy định trình tự, thủ tục mang

tính giống tổ tụng cho các hình thức trung gian, hòa giải với tính cách là những thủ tục GQTC thương mại. Thủ tục đó nhất thiết phải cho phép làm rõ thiện ý của các bên giải quyết các bất đồng của họ bằng hình thức thương lượng hoặc hòa giải: bằng hình thức nào, bắt đầu như thế nào, chủ thể là ai v.v.. đều thể hiện thiện chí đích thực đó? Nếu thiếu sự rõ ràng đó thì quá trình thương lượng, dù có bắt đầu, cũng không thể có khả năng tạo ra sự ràng buộc của các bên. Tính chính thức của thủ tục này còn cần được xác định bởi việc pháp luật coi đó như một phương thức GQTC, một phần của quá trình GQTC.

Thứ ba, cần hỗ trợ xúc tiến hình thành một mạng lưới các trung tâm hòa giải thương mại và hình thành, đào tạo và bồi dưỡng đội ngũ hòa giải viên; xây dựng các bộ quy tắc về hòa giải. Cần nghiên cứu, tham khảo những bộ quy tắc hòa giải hiện đại và được áp dụng rộng rãi trong thực tiễn GQTC thương mại như Quy tắc hòa giải của UNCITRAL, ICC, ICSID, đặc biệt là Bộ Quy tắc hòa giải của UNCITRAL được Đại hội đồng Liên hiệp quốc giới thiệu tháng 12/1980. Ngoài ra, năm 2002, UNCITRAL xuất bản Luật mẫu về Hòa giải thương mại quốc tế. Giống như Luật mẫu của UNCITRAL về Trọng tài thương mại quốc tế, Luật này được dùng như một bản hướng dẫn và khuyến cáo cho các quốc gia muốn ban hành pháp luật về hòa giải.

Thực tiễn ký kết và thực hiện hợp đồng thương mại ở Việt Nam cho thấy, hòa giải cũng thường được các bên ghi nhận trong hầu hết các hợp đồng¹⁸. Tuy nhiên, cho đến nay, do pháp luật nước ta chưa có các quy định về hình thức pháp lý để ghi nhận thủ tục, các điều kiện và kết quả hòa giải giữa các bên tranh chấp nên việc thực thi những gì đã đạt được không được bảo đảm. ■

(18) Theo Báo cáo nghiên cứu: “Đánh giá chức năng và các phương thức GQTC kinh doanh thương mại ở Việt Nam hiện nay” do TANDTC-Chương trình hỗ trợ doanh nghiệp thực hiện, năm 2007, khi khảo sát tại 6 tỉnh, thành phố đối với các doanh nghiệp đã từng phát sinh tranh chấp thương mại, có 42% doanh nghiệp được hỏi đã lựa chọn phương thức GQTC bằng thương lượng, đàm phán trực tiếp với đối tác. Tuy nhiên, chỉ có 20,3% doanh nghiệp được hỏi đã cho rằng việc giải quyết đó đã mang lại hiệu quả. Nhiều doanh nghiệp đã cho biết mặc dù trong quá trình thương lượng, đàm phán với đối tác để GQTC, các bên đã đạt được những thỏa thuận tích cực để GQTC nhưng sau đó, bên đối tác đã không thực hiện theo những thỏa thuận đã đạt được trong khi doanh nghiệp không có một công cụ pháp lý nào để bắt buộc đối tác tôn trọng và thực hiện thỏa thuận đã đạt được.

HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT VỀ TỘI MUA DÂM NGƯỜI CHƯA THÀNH NIÊN

■ NGUYỄN THỊ NGỌC HOA*

Hiện nay, trong nền kinh tế thị trường, hành vi mua bán dâm diễn ra khá phổ biến. Đặc biệt nghiêm trọng là hành vi mua dâm người chưa thành niên (MDNCTN). Hành vi này ảnh hưởng xấu đến trật tự công cộng, xói mòn đạo đức truyền thống, ảnh hưởng đến sự phát triển lành mạnh của người chưa thành niên. Các quy định của Bộ luật Hình sự (BLHS) về Tội MDNCTN đã góp phần quan trọng trong đấu tranh phòng, chống tội phạm này. Tuy nhiên, các quy định đó còn chưa thật cụ thể, chưa đầy đủ và chưa hợp lý, dẫn đến không ít trường hợp các cơ quan bảo vệ pháp luật vẫn còn lúng túng, chưa có quan điểm thống nhất hoặc mắc phải thiếu sót trong việc giải quyết các vụ án về Tội MDNCTN. Để thống nhất trong nhận thức và áp dụng đúng đắn các quy định của pháp luật về Tội MDNCTN, bài viết đề xuất giải pháp hoàn thiện quy định của pháp luật về Tội MDNCTN.

1. Hoàn thiện khái niệm Tội mua dâm người chưa thành niên

Cho đến nay, chưa có một văn bản pháp luật nào, kể cả BLHS, đưa ra khái niệm về Tội MDNCTN. Để xác định chính sách hình sự và yêu cầu của công cuộc đấu tranh, phòng, chống tội phạm này, việc tìm ra khái niệm Tội MDNCTN là rất cần thiết.

Tội phạm, theo quy định tại khoản 1 Điều 8 BLHS “là hành vi nguy hiểm cho xã hội được quy định trong BLHS, do người có năng lực trách nhiệm hình sự thực hiện một cách cố ý hoặc vô ý, xâm phạm độc lập, chủ quyền, thống nhất và toàn vẹn lãnh thổ Tổ quốc, xâm phạm chế độ chính trị, chế độ kinh tế, nền văn hoá, quốc phòng, an ninh xã hội, quyền, lợi ích hợp pháp của tổ chức, xâm phạm tính mạng, sức khoẻ, danh dự, nhân phẩm, tự do, tài sản, các quyền và lợi ích hợp pháp khác của công dân, xâm phạm những lĩnh vực khác của trật tự pháp luật xã hội chủ nghĩa”. Căn cứ vào quy định trên ta thấy, khái niệm tội phạm nói chung bao

gồm các dấu hiệu sau: (1) hành vi nguy hiểm cho xã hội; (2) được quy định trong BLHS; (3) do người có đủ điều kiện chủ thể thực hiện; (4) có lỗi cố ý hoặc vô ý; (5) xâm phạm độc lập, chủ quyền, thống nhất và toàn vẹn lãnh thổ Tổ quốc, xâm phạm chế độ chính trị, chế độ kinh tế, nền văn hoá, quốc phòng, an ninh xã hội, quyền, lợi ích hợp pháp của tổ chức, xâm phạm tính mạng, sức khoẻ, danh dự, nhân phẩm, tự do, tài sản, các quyền và lợi ích hợp pháp khác của công dân, xâm phạm những lĩnh vực khác của trật tự pháp luật xã hội chủ nghĩa.

Vì chưa có một văn bản nào đưa ra khái niệm về Tội MDNCTN, nên trong lý luận và thực tiễn, còn có nhiều quan điểm khác nhau về tội này. Quan điểm thứ nhất cho rằng, “Tội MDNCTN là hành vi mua dâm dưới bất kỳ hình thức nào đối với người chưa thành niên”¹. Quan điểm thứ hai cho rằng, “Tội MDNCTN là hành vi thoả thuận đưa tiền hoặc lợi ích vật chất khác cho người chưa thành niên và thực hiện hành vi giao cấu với người chưa thành niên nhằm thoả

(*) ThS, NCS. Học viện Báo chí và Tuyên truyền.

mãn dục vọng của mình”². Quan điểm thứ ba cho rằng, “Tội MDNCTN là hành vi của người phạm tội dùng tiền hoặc vật chất mua chuộc người chưa thành niên để người chưa thành niên đồng ý cho giao cấu”³. Tuy có nhiều quan điểm khác nhau về khái niệm Tội MDNCTN, nhưng các quan điểm đều có những cái chung, đó là: (1) đều là hành vi của người đã thành niên; (2) đều dùng tiền hoặc lợi ích vật chất khác để người chưa thành niên từ 13 đến dưới 18 tuổi cho giao cấu.

Điều 3 Pháp lệnh Phòng, chống mại dâm (2003) ghi: “Mua dâm là hành vi của người dùng tiền hoặc lợi ích vật chất khác trả cho người bán dâm để được giao cấu”⁴.

Từ các khái niệm tội phạm nói chung, quy định của BLHS, Bộ luật Dân sự (BLDS), Pháp lệnh Phòng, chống mại dâm năm 2003 và các quan điểm khác nhau về khái niệm Tội MDNCTN, chúng tôi cho rằng, *Tội MDNCTN là hành vi dùng tài sản để người từ 13 đến dưới 18 tuổi cho giao cấu, do người có năng lực trách nhiệm hình sự và từ đủ 18 tuổi trở lên cố ý thực hiện, xâm phạm đến trật tự nơi công cộng*⁵.

2. Hoàn thiện khái niệm hành vi khách quan của Tội mua dâm người chưa thành niên

Hiện nay, cũng chưa có văn bản pháp luật nào quy định về khái niệm hành vi khách quan (HVKQ) của Tội MDNCTN. Theo quy định tại Điều 3 Pháp lệnh Phòng, chống mại dâm năm 2003 “mua dâm là hành vi của người dùng tiền hoặc lợi ích vật chất khác trả cho người bán dâm để được giao cấu”⁶. Từ quy định này và quy định tại Điều 256 BLHS, theo chúng tôi, *HVKQ của Tội MDNCTN là hành vi của người đã thành niên dùng tiền hoặc lợi ích vật*

*chất khác trả cho người bán dâm từ đủ 13 tuổi nhưng chưa đủ 18 tuổi để được giao cấu*⁷.

Bản chất của hành vi MDNCTN là việc chủ thể đã dùng tiền hoặc lợi ích vật chất khác trả cho người bán dâm từ đủ 13 tuổi nhưng chưa đủ 18 tuổi để được giao cấu. Vì vậy, nếu người nào tuy có hành vi giao cấu với người từ đủ 13 nhưng chưa đủ 18 tuổi mà không có hành vi dùng tiền hoặc lợi ích vật chất khác trả cho người bán dâm thì không phạm Tội MDNCTN. Trường hợp này họ có thể không phạm tội hoặc phạm tội khác như tội hiếp dâm, hiếp dâm trẻ em, cưỡng dâm, cưỡng dâm trẻ em, giao cấu với trẻ em và loạn luân. Người nào giao cấu với trẻ em chưa đủ 13 tuổi (dù trước đó họ cũng có hành vi dùng tiền hoặc lợi ích vật chất khác trả cho người bán dâm chưa đủ 13 tuổi) thì họ cũng không phạm Tội MDNCTN mà phạm tội hiếp dâm trẻ em được quy định tại khoản 4 Điều 112 BLHS.

3. Hoàn thiện quy định về phương tiện phạm tội mua dâm người chưa thành niên

Theo quy định tại Điều 3 Pháp lệnh Phòng, chống mại dâm năm 2003 thì phương tiện phạm Tội MDNCTN phải là “tiền hoặc lợi ích vật chất khác”. Tuy nhiên, cả về lý luận lẫn trong thực tiễn, phương tiện phạm Tội MDNCTN được xác định bao gồm: tiền Việt Nam đồng, ngoại tệ, các giấy tờ có giá trị thanh toán khác hoặc đồ vật và các quyền về tài sản. Như vậy, rõ ràng so với từ ngữ dùng để diễn đạt trong điều luật thì khái niệm về phương tiện phạm tội của Tội MDNCTN được hiểu rộng hơn. Nói cách khác, nó được hiểu theo nghĩa của khái niệm tài sản. Theo Điều 163 BLDS năm 2005 thì tài sản bao gồm “vật, tiền, giấy tờ có giá và các quyền tài sản”. BLDS năm 2005 cũng đã

(1) Xem thêm: Võ Khánh Vinh chủ biên (2001), *Giáo trình Luật hình sự Việt Nam (Phần các tội phạm)*, Nxb Công an nhân dân, H., tr. 515-519.

(2) Xem thêm: Khổng Văn Hà chủ biên (2005), *Giáo trình Luật hình sự Việt Nam phần các tội phạm, Tập II, Học viện Cảnh sát nhân dân, Bộ môn Pháp luật, H., tr. 107-108.*

(3) Xem thêm: Lê Cẩm chủ biên (2003), *Giáo trình luật hình sự Việt Nam (Phần các tội phạm)*, Nxb Đại học Quốc gia Hà Nội, tr. 610-612.

(4) Xem thêm: *Pháp lệnh Phòng, chống mại dâm, ngày 14/3/2003.*

(5) Xem thêm: Đỗ Đức Hồng Hà (2010), “Tội MDNCTN, lý luận và thực tiễn”, *Tạp chí Tòa án nhân dân, (số 10), tr. 14-20.*

(6) Xem thêm: *Pháp lệnh Phòng, chống mại dâm*

(7) Xem thêm: *Nghị định số 150/2005/NĐ-CP ngày 12/12/2005 của Chính phủ về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực an ninh và trật tự, an toàn xã hội.*

có quy định cụ thể hóa các loại tài sản ghi trong điều này. Vì vậy, chúng tôi cho rằng, cần quy định rõ trong khoản 1 Điều 256 BLHS phương tiện phạm tội của Tội MDNCTN là tài sản theo quy định tại Điều 163 BLDS năm 2005, theo đó, phương tiện phạm Tội MDNCTN có thể là vật, tiền, giấy tờ có giá và các quyền tài sản chứ không chỉ là “tiền hoặc lợi ích vật chất khác” như quy định hiện nay.

Vụ án sau đây là một ví dụ. Trong khoảng thời gian khá dài, kể từ trước khi vụ án bị phát hiện vào tháng 9/2009, ông Sầm Đức Xương đã có tới 15 lần mua dâm các nữ sinh ở huyện V, trong đó có 6 nữ sinh chưa thành niên và nhiều lần ép các nữ sinh phải bán dâm để được nâng đỡ kết quả học tập... Tại phiên sơ thẩm tháng 3-2011, bị cáo Sầm Đức Xương bị TAND tỉnh H. tuyên phạt 9 năm tù giam về Tội MDNCTN.

4. Hoàn thiện quy định về chủ thể của Tội mua dâm người chưa thành niên

Hiện nay, theo quy định tại Điều 256 BLHS thì bất kỳ ai (từ đủ 14 hoặc 16 tuổi trở lên, có năng lực trách nhiệm hình sự) MDNCTN đều bị truy cứu trách nhiệm hình sự về Tội MDNCTN. Tuy nhiên, thực tiễn xét xử chỉ xử lý người đã thành niên vì các cơ quan tiến hành tố tụng cho rằng, nếu người mua dâm là người chưa thành niên thì bản thân họ cũng chưa phát triển hoàn thiện về tâm sinh lý nên hành vi của họ chưa có tính nguy hiểm đáng kể cho xã hội và không cần phải xử lý họ về hình sự. Vì vậy, để thống nhất giữa quy định trong luật và thực tiễn áp dụng luật, Điều 256 cần quy định rõ: Chủ thể của Tội MDNCTN là người đã thành niên (giống như quy định tại Điều 115 BLHS về Tội giao cấu với trẻ em).

Cũng cần nói thêm rằng, hoàn thiện pháp luật về tội này cần đặt trong mối tương quan với Tội hiếp dâm trẻ em, Tội cưỡng dâm trẻ em. Vì vậy, nếu sửa chủ thể của tội mua dâm người chưa thành niên theo hướng trên thì cũng cần sửa chủ thể của Tội hiếp dâm trẻ em, Tội cưỡng dâm trẻ em theo hướng:

Thứ nhất, về Tội hiếp dâm trẻ em (khoản 1, Điều 112): theo Điều 112 BLHS, Tội hiếp dâm trẻ em được áp dụng cho hành vi dùng vũ lực, đe dọa dùng vũ lực hoặc lợi dụng tình trạng không thể tự vệ được của nạn nhân hoặc thủ đoạn khác giao cấu với nạn nhân trái với ý muốn của họ. Trên cơ sở quy định của BLHS, hầu hết quan điểm cho rằng, chủ thể của tội hiếp dâm trẻ em là chủ thể đặc biệt - nam giới; hành vi khách quan của tội này là hành vi giao cấu trái ý muốn của người phụ nữ bằng thủ đoạn dùng vũ lực, đe dọa dùng vũ lực, lợi dụng tình trạng không thể tự vệ được hoặc bằng thủ đoạn khác⁸. Tuy nhiên, cũng có quan điểm không đồng tình khi cho rằng, “chủ thể của tội hiếp dâm trẻ em là chủ thể thường - nam hoặc nữ có năng lực trách nhiệm hình sự và đạt độ tuổi luật định; hành vi khách quan của tội này là hành vi dùng vũ lực, đe dọa dùng vũ lực, lợi dụng tình trạng không thể tự vệ được hoặc hành vi khác và hành vi giao cấu trái ý muốn của nạn nhân”⁹. Quan điểm thứ ba tuy đồng ý chủ thể của tội hiếp dâm trẻ em là chủ thể thường - nam hoặc nữ có năng lực trách nhiệm hình sự và đạt độ tuổi luật định; nhưng lại cho rằng, hành vi khách quan của tội này là hành vi giao cấu trái ý muốn hoặc không có ý muốn của nạn nhân bằng một trong các thủ đoạn: dùng vũ lực; đe dọa dùng vũ lực; lợi dụng tình trạng không thể tự vệ được của nạn nhân; lợi dụng tình trạng không thể biểu lộ được ý chí của nạn nhân; tạo ra tình trạng không thể tự vệ được hoặc không thể biểu lộ được ý chí ở nạn nhân.

Chúng tôi đồng ý với quan điểm thứ ba vì: thứ nhất, về lý luận, nữ giới cũng có thể phạm tội hiếp dâm trẻ em thông qua hành vi giao cấu trái ý muốn hoặc không có ý muốn của nam giới bằng thủ đoạn tạo ra tình trạng không thể tự vệ được hoặc không thể biểu lộ được ý chí ở nạn nhân như cho nạn nhân uống thuốc mê, thuốc kích thích...; thứ hai: về thực tiễn, vài năm gần đây ở nước ta đã xuất hiện một số trường hợp nữ giới dùng thủ đoạn tạo ra tình trạng không thể tự vệ được hoặc không thể biểu lộ được ý chí ở nam giới để giao cấu trái ý muốn hoặc

(8) Xem thêm: Võ Khánh Vinh chủ biên, *Tlđđ*, tr. 115-121; Lê Cẩm chủ biên, *Tlđđ*, tr. 142-146.

(9) Xem thêm: Khổng Văn Hà chủ biên, *Tlđđ*, Bộ môn *Tlđđ*, 2005, tr. 79-82.

không có ý muốn của nam giới nhưng không bị trừng trị về tội hiếp dâm, dẫn đến bỏ lọt tội phạm và gây bất bình trong nhân dân (vì theo quy định hiện hành thì chủ thể của tội phạm này chỉ là nam giới); thứ ba, về kinh nghiệm nước ngoài, qua nghiên cứu luật hình sự một số nước trên thế giới (như Trung Quốc, Pháp, Anh, Mỹ, Thụy Điển...) chúng tôi thấy hầu hết các nước đều quy định chủ thể của Tội hiếp dâm trẻ em là chủ thể thường (nam hoặc nữ); thứ tư, về bản chất, Tội hiếp dâm trẻ em là hành vi giao cấu trái ý muốn hoặc không có ý muốn của nạn nhân, chứ không phải là hành vi dùng vũ lực; đe dọa dùng vũ lực; lợi dụng tình trạng không thể tự vệ được của nạn nhân; lợi dụng tình trạng không thể biểu lộ được ý chí của nạn nhân; tạo ra tình trạng không thể tự vệ được hoặc không thể biểu lộ được ý chí ở nạn nhân (vì đây chỉ là những thủ đoạn để thực hiện hành vi giao cấu). Vì vậy, để thống nhất trong nhận thức và áp dụng luật hình sự, chúng tôi đề nghị sửa lại tình tiết định tội trong Tội hiếp dâm trẻ em, bao gồm cả chủ thể và hành vi, thủ đoạn thuộc mặt khách quan như sau: 1) Quy định rõ chủ thể của Tội hiếp dâm trẻ em là chủ thể thường (bất cứ người nào, có năng lực trách nhiệm hình sự và đạt độ tuổi luật định); 2) Quy định hiếp dâm trẻ em là hành vi giao cấu trái ý muốn hoặc không có ý muốn của nạn nhân bằng thủ đoạn dùng vũ lực, đe dọa dùng vũ lực hoặc lợi dụng tình trạng không thể tự vệ được của nạn nhân hoặc thủ đoạn khác; 3) Bổ sung cụm từ hoặc không có ý muốn của họ để tránh tình trạng bỏ lọt Tội hiếp dâm trẻ em vì không chứng minh được dấu hiệu trái ý muốn của nạn nhân; 4) Sửa lại một số thuật ngữ cho chính xác. Cụ thể, điều luật mới được sửa đổi thành: “1. Người nào giao cấu trái ý muốn hoặc không có ý muốn của người dưới 16 tuổi bằng thủ đoạn dùng vũ lực, đe dọa dùng vũ lực hoặc lợi dụng tình trạng không thể tự vệ được của nạn nhân hoặc thủ đoạn khác,…” (cần lưu ý là theo khoản 4, Điều 112 BLHS: “Mọi trường hợp giao cấu với trẻ em chưa đủ 13 tuổi là phạm tội hiếp dâm trẻ em và người phạm tội bị phạt tù từ mười hai năm đến hai mươi năm, tù chung thân hoặc tử hình”.

Thứ hai, về Tội cưỡng dâm trẻ em (khoản 1, Điều 114): cần sửa lại tình tiết định tội, bao gồm cả chủ thể và hành vi, thủ đoạn thuộc mặt khách quan (giống như Tội hiếp dâm). Đồng thời, quy định rõ cưỡng dâm trẻ em là hành vi giao cấu với người khác có sự miễn cưỡng đồng ý của họ bằng thủ đoạn uy hiếp tinh thần; bỏ cụm từ dùng mọi thủ đoạn khiến người lệ thuộc mình hoặc người đang ở trong tình trạng quần bách cho dễ hiểu, dễ áp dụng và dễ chứng minh về mặt tố tụng bởi, về mặt lý luận cũng như thực tiễn để xác định đúng thế nào là trong tình trạng quần bách là rất khó. Như vậy, điều luật mới được sửa đổi thành: “1. Người nào giao cấu với người từ 13 đến dưới 16 tuổi có sự miễn cưỡng đồng ý của họ bằng thủ đoạn uy hiếp tinh thần,…”.

5. Hoàn thiện quy định về hình phạt và tình tiết tăng nặng định khung của Tội mua dâm người chưa thành niên

Hình phạt là biện pháp cưỡng chế nghiêm khắc nhất của Nhà nước nhằm tước bỏ hoặc hạn chế quyền, lợi ích của người phạm tội. Mục đích của hình phạt không chỉ nhằm trừng trị người phạm tội mà còn nhằm giáo dục, cải tạo người phạm tội trở thành người có ích cho xã hội, có ý thức tuân theo pháp luật và các quy tắc của cuộc sống. Xem xét cụ thể các hình phạt mà BLHS quy định đối với Tội MDNCTN ta thấy, các hình phạt, mức phạt được xác định rất cụ thể, bao gồm cả hình phạt chính và hình phạt bổ sung.

Các hình phạt chính: BLHS quy định một loại hình phạt chính áp dụng đối với người phạm Tội MDNCTN, đó là hình phạt tù có thời hạn. Hình này được áp dụng đối với người phạm tội tại khoản 1 Điều 256, với mức phạt “từ một năm đến năm năm”; tại khoản 2 Điều 256, với mức phạt “từ ba năm đến tám năm”; tại khoản 3 Điều 256, với mức phạt “từ bảy năm đến mười lăm năm”.

Các hình phạt bổ sung: BLHS quy định một loại hình phạt bổ sung áp dụng đối với người phạm Tội MDNCTN tại khoản 4 Điều 256 là “phạt tiền từ năm triệu đồng đến mười triệu đồng”.

Hình phạt đối với Tội MDNCTN hiện nay, theo chúng tôi là còn nhẹ, chưa đủ nghiêm khắc để trừng trị, răn đe người phạm tội. Tham khảo pháp luật một số nước, chúng tôi thấy gần đây, Australia đã tăng hình phạt đối với tội mua dâm trẻ em¹⁰. Thủ tướng Australia cho biết, sẽ sớm triệu tập một cuộc họp với Thủ hiến các tiểu bang nhằm thảo luận biện pháp giải quyết và thắt chặt luật pháp xung quanh tệ nạn này. Tại bang Queensland, hình phạt tối đa cho những kẻ phạm tội mua dâm với trẻ em và sản xuất tranh ảnh khiêu dâm trẻ em lên tới 10 năm tù, tăng gấp đôi so với trước đây. Ở Thái Lan, trong Luật Phòng, chống mại dâm B.E. 2539, từ Điều 9 đến Điều 12 quy định hình phạt khá nghiêm khắc đối với những người hành nghề mại dâm, mua dâm người từ 15 đến 18 tuổi, dụ dỗ mua chuộc người khác bán dâm... Thậm chí, cha, mẹ của người từ 18 tuổi trở xuống nếu biết về việc thực hiện hành vi mua bán dâm đối với

con mình mà làm ngơ, thì bị phạt tù từ 4 năm đến 20 năm và phạt tiền từ 80.000 Baht đến 400.000 Baht.

Để góp phần trừng trị nghiêm người phạm Tội MDNCTN, chúng tôi cho rằng, BLHS cần tăng hình phạt đối với Tội MDNCTN lên hai mươi năm tù, nhất là trường hợp mua dâm làm nạn nhân chết. Thêm vào đó, để không bỏ lọt những trường hợp phạm tội nguy hiểm như “mua dâm thuộc trường hợp tái phạm nguy hiểm”, “mua dâm có tính chất loạn luân” và “mua dâm làm nạn nhân chết” mà còn bảo đảm sự thống nhất với quy định trong các điều luật khác của BLHS như Điều 111 (tội hiếp dâm), Điều 113 (tội cưỡng dâm)..., chúng tôi đề nghị bổ sung thêm tình tiết tăng nặng định khung “tái phạm nguy hiểm” vào khoản 2 Điều 256 và tình tiết tăng nặng định khung “hoặc làm nạn nhân chết” vào khoản 3 Điều 256; cụ thể như sau:

Điều 256. Tội MDNCTN (cũ)	Điều 256. Tội MDNCTN (mới)
<p>1. Người nào MDNCTN từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi, thì bị phạt tù từ một năm đến năm năm.</p> <p>2. Phạm tội thuộc một trong các trường hợp sau đây, thì bị phạt tù từ ba năm đến tám năm:</p> <p>a) Phạm tội nhiều lần;</p> <p>b) Mua dâm trẻ em từ đủ 13 tuổi đến dưới 16 tuổi;</p> <p>c) Gây tổn hại cho sức khỏe của nạn nhân mà tỷ lệ thương tật từ 31% đến 60%.</p> <p>3. Phạm tội thuộc một trong các trường hợp sau đây, thì bị phạt tù từ bảy năm đến mười lăm năm:</p> <p>a) Phạm tội nhiều lần đối với trẻ em từ đủ 13 tuổi đến dưới 16 tuổi;</p> <p>b) Biết mình bị nhiễm HIV mà vẫn phạm tội;</p> <p>c) Gây tổn hại cho sức khỏe của nạn nhân mà tỷ lệ thương tật từ 61% trở lên.</p>	<p>1. Người nào MDNCTN từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi, thì bị phạt tù từ một năm đến năm năm.</p> <p>2. Phạm tội thuộc một trong các trường hợp sau đây, thì bị phạt tù từ ba năm đến tám năm:</p> <p>a) Phạm tội nhiều lần;</p> <p>a1) Tái phạm nguy hiểm;</p> <p>a2) Có tính chất loạn luân;</p> <p>b) Mua dâm trẻ em từ đủ 13 tuổi đến dưới 16 tuổi;</p> <p>c) Gây tổn hại cho sức khỏe của nạn nhân mà tỷ lệ thương tật từ 31% đến 60%.</p> <p>3. Phạm tội thuộc một trong các trường hợp sau đây, thì bị phạt tù từ bảy năm đến mười lăm năm:</p> <p>a) Phạm tội nhiều lần đối với trẻ em từ đủ 13 tuổi đến dưới 16 tuổi;</p> <p>b) Biết mình bị nhiễm HIV mà vẫn phạm tội;</p> <p>c) Gây tổn hại cho sức khỏe của nạn nhân mà tỷ lệ thương tật từ 61% trở lên hoặc làm nạn nhân chết.</p>

(10) Xem <http://www.nld.com.vn/101770POC1006/australia-tang-hinh-phat-doi-voi-toi-mua-dam-tre-em.htm>

QUAN ĐIỂM VỀ TỘI PHẠM CỦA MỘT SỐ NƯỚC TRONG BỐI CẢNH TOÀN CẦU HÓA

■ NGUYỄN MINH ĐỨC*

Các quốc gia đều xác định tội phạm là một hiện tượng xã hội tiêu cực, các hoạt động tội phạm luôn đi ngược lại với lợi ích xã hội, gây ra thiệt hại cho xã hội. Trong mỗi thời kỳ khác nhau và trong mỗi giai đoạn khác nhau, tội phạm trong xã hội luôn có sự biến đổi cả về nội dung lẫn hình thức. Thế kỷ 21 đã xuất hiện những hình thức biến tướng mới của tội phạm. Vì vậy, nhận thức đầy đủ về phương thức, thủ đoạn hoạt động của tội phạm và có giải pháp đấu tranh phòng, chống tội phạm luôn được các quốc gia ưu tiên quan tâm, đặc biệt là trong bối cảnh toàn cầu hóa hiện nay. Bài viết tổng hợp một số quan điểm mới về tội phạm và giải pháp đấu tranh phòng chống tội phạm trong tình hình hiện nay của một số nước.

1. Các quan điểm về tội phạm và giải pháp phòng, chống tội phạm ở Liên minh Châu Âu, Hoa Kỳ, Úc, Nhật Bản, Hàn Quốc trong bối cảnh toàn cầu hóa

a) Quan điểm về tội phạm

Phân tích các quan điểm về tội phạm trong bối cảnh toàn cầu hóa của các quốc gia thuộc nhóm này, có thể rút ra một số kết luận:

Thứ nhất, tất cả các quốc gia này trong bối cảnh toàn cầu hóa đều không đề cập về bản chất giai cấp của tội phạm. Họ cho rằng, tội phạm chỉ là một hiện tượng xã hội tiêu cực, có quá trình phát sinh, tồn tại, phát triển và diệt vong. Vì nó mang bản chất tiêu cực luôn đe dọa và gây ra những thiệt hại cho xã hội, do vậy cần được quy định cấm trong luật hình sự để làm cơ sở đấu tranh loại trừ.

Thứ hai, các quốc gia này đều xác định, một người khi thực hiện một trong các hành vi nguy hiểm đã được ghi nhận trong Luật Hình sự thì mới bị coi là tội phạm. Điều này có nghĩa, tội phạm được xác định trên nguyên tắc: không có luật thì không có tội và “trong luật không có tội

phạm thì không có hình phạt”.

Thứ ba, đa số đều thừa nhận trong bối cảnh toàn cầu hóa, nhiều loại tội phạm phát triển quá nhanh, có lúc ngoài tầm kiểm soát của nhà nước, cho nên, không thể tránh khỏi những hậu quả nhất định mà tội phạm gây ra. Đồng thời, các quốc gia nói trên đều xác định một số loại tội phạm như: tội phạm ma túy; tội phạm rửa tiền; tội phạm xâm phạm sở hữu sử dụng công nghệ cao; tội phạm khủng bố; tội phạm có tổ chức; tội phạm buôn bán người hiện nay là những tội phạm nguy hiểm nhất cần tập trung đấu tranh và xác định, những tội phạm này trong bối cảnh toàn cầu hóa rất dễ trở thành tội phạm “không biên giới”.

Thứ tư, cùng chung quan điểm mới về tội phạm là phải chịu hình phạt, nhưng không ghi nhận biện pháp trừng trị và phòng ngừa triệt để - đó là áp dụng hình phạt tử hình, nên đã cố gắng loại bỏ hình phạt tử hình ra khỏi hệ thống hình phạt. Đồng thời, tư nhân hóa nhà tù nhằm xã hội hóa hình thức cải tạo người phạm tội. Công tác thống kê tội phạm vẫn trung thành với

(*) TS Phó Giám đốc Trung tâm Nghiên cứu Tội phạm học và phòng ngừa tội phạm - Học viện Cảnh sát nhân dân.

lý thuyết thống kê theo hành vi phạm tội chứ không theo số vụ án hình sự, nghĩa là, trong mỗi vụ án hình sự, có bao nhiêu hành vi nguy hiểm do chủ thể tội phạm gây ra mà tương ứng với mỗi tội phạm được quy định trong Luật Hình sự thì được coi đó là một tội phạm đã xảy ra. Cơ quan bảo vệ pháp luật xác nhận đó là hành vi phạm tội, đăng ký vào sổ báo cáo, ghi nhận một tội phạm đã xảy ra. Vì vậy, thống kê hàng năm của mỗi quốc gia nói trên thường lên đến hàng triệu tội phạm/năm.

b) Quan điểm về giải pháp phòng ngừa

Xuất phát từ những quan điểm trên về tội phạm trong bối cảnh toàn cầu hóa, hầu hết các quốc gia nói trên đều có chung quan điểm là:

Một là, các cơ quan bảo vệ pháp luật của mỗi quốc gia phải thường xuyên bám sát thực tiễn đấu tranh phòng chống tội phạm, kịp thời phát hiện những phương thức, thủ đoạn phạm tội mới, đề xuất kịp thời sửa đổi, bổ sung để hoàn thiện pháp luật hình sự, hoàn thiện hệ thống pháp luật đấu tranh phòng, chống tội phạm. Trong trường hợp chưa kịp ban hành quy phạm pháp luật thì có thể cho phép các cơ quan tư pháp áp dụng nguyên tắc tương tự, xác định sự tương đồng giữa hoàn cảnh thực tế cuộc sống và những quy phạm pháp luật tương tự. Linh hoạt thực hiện hai phương pháp khắc phục những lỗ hổng trong pháp luật nói chung và pháp luật hình sự nói riêng, đó là áp dụng luật và pháp luật tương tự.

Hai là, do tính chất phức tạp của nhiều loại tội phạm, đặc biệt là tội phạm có tổ chức và tội phạm xuyên quốc gia, nên các quốc gia này luôn chú ý việc tăng cường cơ sở vật chất cho lực lượng chuyên trách bảo vệ pháp luật với những trang thiết bị hiện đại, đầu tư ngân sách cho các lực lượng đấu tranh phòng, chống tội phạm là ưu tiên số một, trong đó có cả vấn đề lương bổng và chế độ ưu đãi, tinh nhuệ lực lượng bảo vệ pháp luật từ cơ sở đến trung ương và cả các bộ phận phục vụ, các đơn vị nghiên cứu, đào tạo.

Ba là, tăng cường hợp tác quốc tế song phương và đa phương trên cơ sở các hiệp ước

và điều ước quốc tế về đấu tranh, phòng chống tội phạm, thường xuyên trao đổi thông tin và chia sẻ kinh nghiệm giữa các quốc gia với nhau trong khu vực và trên thế giới về đấu tranh phòng, chống tội phạm trong bối cảnh toàn cầu hóa.

2. Các quan điểm về tội phạm và giải pháp phòng, chống một số loại tội phạm ở Liên bang Nga, Trung Quốc trong tình hình hiện nay

a) Các quan điểm về tội phạm và giải pháp phòng, chống một số loại tội phạm ở Liên bang Nga

Quan điểm về tội phạm: Quan điểm thứ nhất cho rằng, những hiện tượng tiêu cực mới nổi lên như khiêu dâm, lạm dụng tình dục trẻ em, sử dụng ma túy, mại dâm nam... và những hành vi phạm tội mới du nhập vào Nga như sử dụng công nghệ cao để phạm tội, mua bán người và bộ phận cơ thể người, tội phạm rửa tiền, mua bán ma túy tổng hợp và tổ chức sử dụng ma túy, tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia... đó là những “tội phạm mới” hoặc đó là “tội phạm không mang tính truyền thống”. Những người ủng hộ quan điểm này cho rằng, những dạng hành vi nêu trên, trước đây trong lòng xã hội Xô viết không có mà chỉ xuất hiện khi nước Nga chuyển sang chế độ mới với nền kinh tế thị trường. Chính những “tội phạm không mang tính truyền thống” như vậy xuất hiện đã làm cho các cơ quan bảo vệ pháp luật không kịp thích nghi để kiểm soát chúng, đồng nghĩa với việc các nhà lập pháp cũng không kịp nhận diện để bổ sung vào trong luật, và đương nhiên, hệ thống luật của Liên bang Nga về đấu tranh chống tội phạm trở nên lạc hậu, có nhiều lỗ hổng¹.

Quan điểm thứ hai cho rằng, tất cả những hiện tượng tiêu cực, dù có nguy hiểm đến đâu cho xã hội, nếu không được quy định trong luật hình sự Liên bang Nga thì không thể coi đó là “tội phạm mới”, bởi tội phạm phải được quy định trong Bộ luật Hình sự (BLHS) Liên bang và chỉ một người phạm một tội được quy

(1) L.K. Saviuk. Bàn về quan niệm chính sách hình sự của Nhà nước. Báo Nước Nga 17/2/2000.

định trong BLHS Liên bang thì mới bị coi là tội phạm (Điều 5 BLHS Liên bang Nga 1996). Đồng thời, quan điểm này cho rằng, những tội phạm đang có xu hướng gia tăng ở nước Nga hiện nay với những thủ đoạn tinh vi xảo quyệt nhờ sử dụng công nghệ cao hoặc mới có sự biến tướng du nhập từ nước ngoài vào như lừa đảo qua mạng internet, qua sàn chứng khoán, buôn bán người, mua bán ma túy, tham nhũng, trốn thuế dưới nhiều hình thức khác nhau... là hình thức “tội phạm mới” mà không thừa nhận đó là “tội phạm không mang tính truyền thống”². Bởi “tội phạm không mang tính truyền thống” là loại tội phạm đã được quy định trong luật hình sự nhưng thực tế ít xảy ra, thậm chí nhiều năm không xảy ra vụ án nào. Còn tội phạm nào mà thực tế xảy ra nhiều, kể cả với những phương thức thủ đoạn mới tinh vi thì được coi là “tội phạm mang tính truyền thống”³.

Quan điểm về giải pháp đấu tranh phòng, chống với tội phạm hình sự trong bối cảnh toàn cầu hóa của Nhà nước Liên bang Nga: Trên cơ sở biện giải và tổng hợp hai quan điểm về tội phạm nói trên, Quốc hội Liên bang đã thống nhất với quan điểm thứ hai rằng: những hiện tượng tiêu cực mà không được quy định trong BLHS thì không thể coi là “tội phạm mới” hoặc những hành vi biến tướng mới của tội phạm mà tội phạm đó đã được quy định trong BLHS thì coi là “hành vi phạm tội mới” hoặc là “hành vi phạm tội không mang tính truyền thống”⁴. Ngày 13/5/2008, Quốc hội Liên bang Nga đã họp và quyết định sửa đổi bổ sung BLHS 1996 nhằm giải quyết những vấn đề đấu tranh chống tội phạm trong bối cảnh toàn cầu hóa hiện nay. Trên cơ sở Nghị quyết số 63 của Quốc hội Liên bang Nga về sửa đổi BLHS 1996 và một số văn bản chỉ đạo của các cơ bảo vệ pháp luật Nga, có thể tổng hợp một số quan điểm cơ bản mang tính chính sách hình sự quốc gia của Nhà nước Nga trong đấu tranh phòng, chống tội phạm hình sự hiện nay trên một số phương diện sau:

Thứ nhất, tội phạm là một hiện tượng xã hội

mang tính chất hình sự - pháp lý, bởi thế nó chịu sự tác động sâu sắc của ý thức pháp quyền. Ý thức pháp quyền thể hiện ý chí của giai cấp thống trị xã hội, được thể hiện bằng pháp luật, nhằm điều chỉnh hành vi của con người trong cộng đồng xã hội nhất định. Sự điều chỉnh đó luôn mang tính cưỡng chế thông qua hệ thống pháp luật của Nhà nước. Trong một xã hội nếu có hệ thống pháp luật đầy đủ, pháp luật được thực hiện nghiêm minh, mọi công dân đều có ý thức tuân thủ pháp luật thì sẽ hạn chế được các hành vi phạm tội. Ngược lại, pháp luật không đầy đủ, thiếu đồng bộ, không được tôn trọng và thực hiện không nghiêm minh sẽ có nguy cơ làm tăng tình hình tội phạm. Chính vì vậy, các cơ quan bảo vệ pháp luật Liên bang Nga cần thường xuyên cải tổ, thực hiện nghiêm chỉnh các quy định của pháp luật về phòng, chống tội phạm; thực hiện tốt chức năng, nhiệm vụ phòng chống tội phạm trên toàn lãnh thổ Liên bang Nga.

Thứ hai, để ngăn chặn tình trạng tội phạm, cần thiết phải có sức mạnh của Nhà nước. Vì vậy, phải nâng cao vai trò của Nhà nước trong tất cả các lĩnh vực của đời sống xã hội. Nhà nước cần phải cải cách kinh tế và xã hội, bắt đầu từ việc bảo đảm thi hành những tuyên bố trong Hiến pháp Liên bang Nga năm 1992 về bảo đảm các giá trị của con người, quyền và sự tự do của công dân. Đóng vai trò quan trọng của việc thi hành các yêu cầu này có thể chính là cơ quan tự quản địa phương theo mô hình cơ quan tự quản địa phương ở Liên bang Nga hiện nay.

Thứ ba, các cơ quan bảo vệ pháp luật Liên bang Nga cần phải xác định rõ ràng con đường và phương pháp tương xứng giữa pháp luật hình sự với nguyên tắc phòng ngừa xã hội của khoa học tội phạm học; hoàn thiện tính hiện thực cơ bản, cân nhắc (tính toán) sự đánh giá chính xác tình hình, khả năng, quy luật và khuynh hướng phát triển xã hội, các biện pháp mang tính cụ thể, chiến lược về việc kiềm chế tội phạm. Xã

(2) GS.TSKH Luật Kozotrkin. I.D. Luật hình sự so sánh: Luật hình sự các nước trên thế giới. Mátxcova, 2004, tr. 5.

(3) GS.TSKH Luật Ruvaliev M.R. Về khái niệm chính sách nhà nước đấu tranh với tội phạm ở Nga. Tạp chí Nhà nước và Pháp luật số 12/2006 (tiếng Nga).

(4) Nghị quyết số 63 của Quốc hội Liên bang Nga về sửa đổi BLHS 1996 ngày 13/5/2008. Báo Nước Nga ngày 14/5/2008.

hội cần phải được tiếp nhận những bảo đảm giúp đỡ có cơ sở của những văn bản chính sách hình sự và phải được xác định phù hợp với quan điểm bảo đảm an ninh quốc gia của Liên bang Nga đối với chiến lược đấu tranh chống tội phạm hình sự.

Thứ tư, các cơ quan bảo vệ pháp luật Liên bang cần thiết phải có mức độ quản lý mới, có sức mạnh và hiệu lực trên mặt trận chống tội phạm hình sự; củng cố tăng cường mối quan hệ giữa các cơ quan nhà nước và cấu trúc xã hội công dân, hoạt động phối hợp với tất cả các nhánh quyền lực, sự phối hợp không chỉ trong phạm vi hệ thống các cơ quan bảo vệ pháp luật mà còn cả trong các cơ quan chính quyền - hành chính ở mức độ trong các chủ thể liên bang, khu vực liên bang, cũng như trên phạm vi cả nước.

Thứ năm, Quốc hội Liên bang và Chính phủ Nga khi ban hành các văn bản luật hay văn bản về chính sách pháp luật hình sự phải xác định những nguyên tắc (cơ sở) chính sách nhà nước trong phạm vi đấu tranh với tội phạm; trong trường hợp văn bản được ban hành ở mức độ cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất, cần phải trở thành văn bản có hiệu lực dài hạn, ổn định mà khi thi hành sẽ bảo đảm (tạo điều kiện) thống nhất nỗ lực của chính quyền và sức mạnh xã hội đối với các phương hướng, mục tiêu đối phó với cả những hiện tượng xã hội tiêu cực nảy sinh và cuối cùng là khắc phục tình hình tội phạm hình sự trầm trọng hiện nay ở Liên bang Nga⁵.

Thứ sáu, các biện pháp đấu tranh của Liên bang Nga với mafia: trước tình hình hoạt động của tội phạm có tổ chức kiểu mafia, Bộ Nội vụ Liên bang Nga đã áp dụng nhiều biện pháp nhằm hoàn thiện cơ cấu tổ chức và các lực lượng đấu tranh phòng chống tội phạm có tổ chức, thành lập bộ phận thường trực, chỉ đạo về nghiệp vụ, rà soát lại hệ thống tổ chức các lực lượng này. Bộ Nội vụ Liên bang đã thống nhất tổ chức các bộ phận đấu tranh chống tội phạm

có tổ chức. Theo quyết định này, cơ cấu tổ chức của lực lượng đấu tranh chống tội phạm có tổ chức bao gồm: Tổng cục đấu tranh chống tội phạm có tổ chức thuộc Bộ Nội vụ Liên bang; các Cục Liên vùng đấu tranh chống tội phạm có tổ chức thuộc Bộ Nội vụ, Sở Nội vụ thành phố, tỉnh thuộc Liên bang. Trên toàn lãnh thổ Liên bang Nga đã có 10 Cục liên vùng và 67 phòng ở các địa phương làm các công tác đấu tranh phòng chống tội phạm có tổ chức⁶.

Thứ bảy, tăng cường hợp tác quốc tế trong đấu tranh phòng chống tội phạm, bằng việc ban hành chính sách cho phù hợp với pháp luật quốc tế và pháp luật Liên bang Nga. Trong số đó, kế hoạch mang tính quốc tế rất quan trọng là phải thể hiện được Nhà nước Nga trực tiếp và tuyên bố rõ ràng cho cộng đồng quốc tế về sự không khoan nhượng của mình đối với tội phạm, trong đó có tội phạm xuyên quốc gia, về quyết tâm sẵn sàng đấu tranh đến cùng với các loại tội phạm nói chung, tội phạm tham nhũng, tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia và mafia nói riêng ở Liên bang Nga và trên thế giới⁷.

b) Quan điểm về tội phạm của Nhà nước Cộng hòa nhân dân Trung Hoa trong bối cảnh toàn cầu hóa và hội nhập kinh tế quốc tế

Quan điểm về tội phạm: Điều 14 của BLHS Trung Quốc (1997) đã định nghĩa tội phạm như sau: Tất cả các hành vi gây nguy hiểm đến chủ quyền, toàn vẹn lãnh thổ và an ninh của quốc gia, chia rẽ quốc gia, phá hoại quyền lực chính trị của chuyên chính dân chủ nhân dân và lật đổ hệ thống xã hội chủ nghĩa, phá hoại trật tự kinh tế và xã hội; xâm phạm tài sản sở hữu của Nhà nước hoặc của tập thể quần chúng lao động, xâm phạm tài sản của công dân; xâm phạm quyền cá nhân, quyền dân chủ và các quyền khác của công dân; và các hành vi khác gây nguy hiểm cho xã hội đều là tội phạm nếu theo luật những hành vi này cần phải xử lý bằng hình sự. Tuy nhiên, nếu trong những hoàn cảnh rõ ràng là nhỏ và thiệt hại của các hành vi gây

(5) Báo cáo của Viện trưởng Viện Kiểm sát Liên bang Nga Traika Youri Iakovlevich trước Hội đồng Liên bang - Quốc hội Liên bang Nga ngày 20/5/2008.

(6) Xem. Saviuk L.K. Các cơ quan bảo vệ pháp luật và các cơ quan xét xử Liên bang Nga. M., 2004. tr.257.

(7) Kế hoạch đấu tranh chống tham nhũng của Tổng thống Liên bang Nga Dmitri Medvedev có hiệu lực ngày 1/10/2008. Báo Nước Nga ngày 19/8/2008.

ra là không lớn, thì những hành vi này không bị coi là tội phạm.

Hiện nay, Trung Quốc cũng như hầu hết các nước trên thế giới không đưa ra khái niệm tội phạm truyền thống và tội phạm phi truyền thống trong bối cảnh toàn cầu hóa. Trái lại, các nước này đã đưa khái niệm về các vấn đề an ninh truyền thống và vấn đề an ninh phi truyền thống trên cơ sở xem xét đánh giá về lợi ích quốc gia, sự nguy hại đối với xã hội và quyền con người trong bối cảnh các quốc gia, dân tộc trên thế giới có mục tiêu và các bước phát triển chung về hiện đại hóa nền kinh tế; có chung động cơ thúc đẩy hội nhập quốc tế và khu vực; và những yêu cầu về giải quyết các mối đe dọa về an ninh phi truyền thống nói chung hay an ninh xã hội, an ninh môi trường, an ninh con người nói riêng.

Đây chính là cơ sở nền tảng để xác định hành vi nào là hành vi phạm tội, đồng thời cũng là điều kiện để mở rộng phạm vi xác định của hành vi phạm tội đối với các hành vi nguy hiểm cho xã hội ở bên ngoài Trung Quốc hoặc có liên quan đến những vấn đề toàn cầu khác (ví dụ như việc điều chỉnh của luật đối với những người Trung Quốc ở nước ngoài khác với người gốc Trung Quốc ở nước ngoài như thế nào). Trung Quốc đã nêu ra hàng loạt các vấn đề an ninh phi truyền thống đã và đang bộc lộ ra các diện mạo mới. Những vấn đề này bao gồm các hiện tượng như: sự gia tăng của tội phạm buôn bán ma túy và cướp biển, nguy cơ về ô nhiễm hạt nhân, sự gia tăng của hạt nhân và chuyển giao công nghệ về vũ khí hủy diệt hàng loạt, sự thiếu hụt và yếu kém của hệ thống tài chính tiền tệ, các bệnh truyền nhiễm như AIDS, cúm gà và bệnh suy giảm đường hô hấp (SARC), cũng như sự chuyên quyền và tham nhũng của các quan chức chính phủ trong quá trình đổi mới nền kinh tế xã hội...

Theo đó, Trung Quốc đã đưa ra quan niệm về sự biến đổi đa dạng và phức tạp của tội phạm cũng như là cơ sở để xác định sự xuất hiện những loại tội phạm mới. Một số loại tội phạm trước đây xuất hiện với những hình thức mới nghiêm trọng hơn, trong khi một số loại tội

phạm khác lại giảm đi hoặc trở nên ít nghiêm trọng hơn, nhường chỗ cho một số loại tội phạm mới ra đời như tội phạm rửa tiền, tội phạm công nghệ cao, tội phạm xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ, tội phạm lừa đảo kinh tế tài chính quốc tế... Trong vấn đề này, một số nghiên cứu cho thấy, ở Trung Quốc, thời gian qua tội phạm có động cơ kinh tế gia tăng ở tỉ lệ cao hơn tội phạm bạo lực trên đường phố. Những tội phạm lừa đảo và tiền giả hoặc tội phạm gây thiệt hại tài chính lớn thì có tốc độ phát triển tăng nhanh hơn các tội phạm ít nghiêm trọng hoặc tội phạm bạo lực... Về mặt thực tiễn, mặc dù Trung Quốc vẫn là một trong số nước trên thế giới có tỷ lệ tội phạm thấp, nhưng thời gian qua, tình hình tội phạm vẫn liên tục tăng. Hiện nay, Chính phủ Trung Quốc đang đề ra nhiều biện pháp phòng chống những tội phạm cụ thể trong chiến lược tổng thể giải quyết hàng loạt các vấn đề như tội phạm, khủng bố, bệnh dịch, thiên tai... trong bối cảnh toàn cầu hóa.

Quan điểm về giải pháp phòng ngừa: Trước tình trạng tội phạm có tổ chức phát triển, Chính phủ Trung Quốc đã áp dụng những biện pháp hữu hiệu để đấu tranh phòng chống tội phạm có tổ chức:

- Đấu tranh mạnh mẽ chống loại tội phạm này và tập trung vào việc phòng ngừa. Công an các cấp đã đặc biệt quan tâm tới hậu quả nghiêm trọng của tội phạm có tổ chức đối với an ninh xã hội; tập trung nghiên cứu luật pháp, các đặc điểm và xu hướng của tội phạm có tổ chức, kiên quyết tuân theo những phương châm “sớm còn hơn muộn”, “tấn công tốt hơn là bảo vệ”, “nghiêm khắc tốt hơn và bóp chết từ trong trứng”. Ở những khu vực tội phạm có tổ chức chiếm ưu thế, cảnh sát tập trung thời gian và lực lượng để đấu tranh triệt để. Ngăn cản sự phát triển của loại tội phạm này.

- Hoàn thiện hệ thống pháp luật và nghiêm khắc trừng phạt những tên tội phạm có tổ chức. Ngành lập pháp Trung Quốc đã bổ sung các điều khoản về chống tội phạm có tổ chức trong BLHS nước Cộng hòa nhân dân Trung Hoa mới được sửa đổi. Các điều khoản này nhấn mạnh việc trừng phạt nghiêm minh những tên cầm đầu

các nhóm tội phạm có tổ chức. Ngoài ra, một số địa phương đã có những quy định của mình về phòng chống tội phạm có tổ chức. Sự tham gia của nhân dân trong việc đấu tranh chống tội phạm có tổ chức có ảnh hưởng trực tiếp đến hiệu quả công việc. Vì vậy, lực lượng Công an Trung Quốc tăng cường việc tuyên truyền để làm cho công chúng nhận biết bộ mặt thực và các thủ đoạn thường xuyên của tội phạm có tổ chức và tăng cường khả năng chống lại chúng. Ngoài ra, các cơ quan công an còn tăng cường bảo vệ nạn nhân và người làm chứng để mở rộng thu thập dấu vết và bằng chứng của loại tội phạm này.

- Thành lập các cơ quan chuyên trách chống tội phạm có tổ chức và nhấn mạnh việc đào tạo chuyên môn. Qua đó, các điều tra viên phải hiểu rõ đặc điểm và phương thức hoạt động của tội phạm có tổ chức. Họ cũng phải hiểu và vận dụng luật pháp để điều tra các vụ án có hiệu quả và trừng phạt những tên tội phạm, đặc biệt là những tên cầm đầu một cách nghiêm khắc. Vì vậy, việc thành lập các cơ quan đặc biệt chống tội phạm có tổ chức, huấn luyện các biện pháp phát hiện đấu tranh và nâng cao hiểu biết về luật pháp cho điều tra viên là rất cần thiết.

- Đẩy mạnh hợp tác quốc tế và đề phòng việc xâm nhập vào lục địa của các “tổ chức xã hội đen” nước ngoài. Đấu tranh chống tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia là một công việc quan trọng trong hợp tác giữa cảnh sát Trung Quốc và nước ngoài, trong đó có hợp tác với ngành Công an Việt Nam.

Chính phủ Trung Quốc đã có các chính sách rõ ràng về đấu tranh chống sự xâm nhập của các tổ chức tội phạm nước ngoài và tuân theo ba nguyên tắc: thứ nhất, không cho phép phát triển các tổ chức bất hợp pháp ở lục địa, một khi đã phát hiện ra thì phải ngăn chặn triệt để; thứ hai, không cho phép tồn tại ở lục địa như là một “bến cảng an toàn” để bọn tội phạm nước ngoài trốn tránh; thứ ba, bất cứ hoạt động tội phạm nào xảy ra ở lục địa sẽ bị trừng phạt nghiêm khắc theo BLHS Trung Quốc. Trong những năm qua, Công an Trung Quốc đã thường xuyên hợp tác rộng rãi với công an, cảnh sát các nước

và khu vực hợp tác đấu tranh chống các tổ chức tội phạm nước ngoài xâm nhập vào Trung Quốc và tội phạm có tổ chức Trung Quốc hoạt động ở nước ngoài. Sự hợp tác này bao gồm trao đổi thông tin về tội phạm, tương trợ tư pháp hình sự, dẫn độ tội phạm, cùng phối hợp điều tra các vụ tội phạm có tổ chức. Thông qua việc trao đổi thông tin tội phạm có thể tìm ra xu hướng của tội phạm có tổ chức trong nước và nước ngoài, sau đó kiểm soát các hoạt động có tổ chức tội phạm. Nhờ sự phối hợp và tương trợ tư pháp, Trung Quốc đã bắt gọn nhiều thành viên của các tổ chức tội phạm đang bị các cơ quan nước ngoài truy nã và đưa chúng ra xét xử. Công an Trung Quốc cũng đã cử các điều tra viên tới một số nước theo lời mời của họ để cùng phối hợp đấu tranh chống tội phạm có tổ chức, đồng thời tham gia các hội nghị quốc tế về tội phạm có tổ chức để tăng cường trao đổi thông tin và kinh nghiệm đấu tranh.

3. Kiến nghị hoàn thiện chính sách hình sự ở Việt Nam

Qua nghiên cứu các quan điểm mới về tội phạm và các quan điểm về phòng ngừa và đấu tranh chống tội phạm của một số nước trên thế giới nói trên, chúng ta cần thiết phải nghiên cứu và học tập một số kinh nghiệm sau:

Thứ nhất, trong cả lý luận và thực tiễn, chúng ta luôn thừa nhận tội phạm là một hiện tượng xã hội tiêu cực và luôn mang bản chất giai cấp. Đồng thời, trong bối cảnh toàn cầu hóa hiện nay, với xu thế hoạt động của một số tội phạm, nhất là tội phạm có tổ chức, đã vượt ra tầm kiểm soát của biên giới quốc gia, chúng ta phải xác định và dự báo chính xác về các phương thức thủ đoạn hoạt động của các loại tội phạm và các tổ chức tội phạm du nhập vào Việt Nam, để chủ động xây dựng hệ thống biện pháp phòng ngừa đấu tranh.

Thứ hai, tiếp tục và cần thiết phải giữ hình phạt chung thân và hình phạt tử hình trong BLHS. Xét về mọi phương diện kinh tế, văn hóa, xã hội ở nước ta chưa cho phép loại bỏ hai loại hình phạt này. Đối với hình phạt tử hình, từng loại tội phạm nên đưa hình phạt này vào

hay không là do yêu cầu và hiệu quả đấu tranh. Có thể tham khảo kinh nghiệm một số nước: (1) BLHS Trung Quốc chỉ có 7 tội danh có hình phạt tử hình, thậm chí, nhiều tội xâm phạm an ninh quốc gia và một số tội phạm tham nhũng không có hình phạt tử hình, nhưng nhiều đối tượng phạm một trong các tội phạm ở nhóm này vẫn bị tử hình. Bởi vì, cuối mỗi chương tội phạm đều có điều luật quy định hình phạt bổ sung và cho phép các thẩm phán áp dụng “nguyên tắc tương tự” trong xử lý tội phạm hình sự. Cho nên, về hình thức BLHS Trung Quốc rất ít tội danh có án tử hình - đây là một nghệ thuật xây dựng luật và có tác dụng phòng ngừa rất cao; (2) BLHS Liên bang Nga, trong hệ thống hình phạt vẫn có tử hình, nhưng 10 năm nay Nga không áp dụng hình phạt này. Tuy nhiên, họ không loại bỏ hình phạt này mà vẫn để trong BLHS, mặc dù từ 1999 đến nay đã sửa đổi 4 lần. Thay vào đó, Quốc hội ra nghị quyết hoãn áp dụng hình phạt tử hình. Việc duy trì nhưng không áp dụng hình phạt này có tính chất phòng ngừa rất cao. Chúng ta cần nghiên cứu và có thể nên học kinh nghiệm trong vấn đề xây dựng và áp dụng hình thức hình phạt này trong BLHS. Cần tiếp tục duy trì hình phạt tử hình đối với một số tội phạm nguy hiểm theo tinh thần sửa đổi của BLHS năm 2009. Tuy nhiên, hạn chế tới mức thấp nhất việc áp dụng hình phạt này trong một số trường hợp và để làm được điều này, chúng ta cần cân nhắc và hoàn thiện chế định tình tiết giảm nhẹ và tăng nặng trách nhiệm hình sự (TNHS) trong BLHS làm căn cứ quyết định hình phạt chính xác.

Thứ ba, thay đổi hình thức hoàn thiện pháp luật hình sự, bằng việc hàng năm Quốc hội nên đưa chương trình hoàn thiện pháp luật hình sự vào một kỳ họp của Quốc hội. Tại kỳ họp đó, Quốc hội sẽ xem xét, thảo luận nên sửa hay không sửa, bổ sung hay không nên bổ sung vào BLHS những hành vi nguy hiểm đang tồn tại, phát triển là tội phạm hay không phải là tội phạm, để có chế tài xử lý nghiêm khắc; đồng thời loại bỏ hay không loại bỏ những quy định không cần thiết cũng như những hành vi không còn tính chất nguy hiểm cho xã hội ra khỏi

BLHS, thay vào đó sẽ được điều chỉnh bằng chế tài hành chính.

Thứ tư, nên xem xét và nâng mức tuổi chịu TNHS, cũng như đưa vào trong BLHS vấn đề TNHS đối với pháp nhân.

- Trong những năm gần đây, tội phạm do người chưa thành niên gây ra ngày một gia tăng, thậm chí có nơi có lúc ở mức báo động. Nhiều vụ phạm tội do đối tượng này gây ra đặc biệt nghiêm trọng. Mức độ đáng lo ngại ở đây là nhiều đối tượng phạm tội ở lứa tuổi dưới 14 (tuổi chịu TNHS theo quy định của BLHS hiện hành). Qua khảo sát cho thấy, các vụ vi phạm pháp luật hình sự chiếm tới 62% các em ở lứa tuổi từ 12 đến dưới 14 tuổi, trong đó có nhiều vụ giết người, hiếp dâm, cướp tài sản. Nhiều em khi được hỏi về động cơ và nhận thức hành vi của mình đã trả lời: pháp luật không xử lý người dưới 14 tuổi phạm các tội này nên đã thực hiện hành vi phạm tội. Vấn đề đặt ra, cần thiết phải sửa đổi BLHS quy định lại mức độ tuổi chịu TNHS để phòng ngừa và xử lý đối với loại chủ thể này.

- Khẩn trương quy định thiết chế TNHS đối với pháp nhân vào BLHS, bởi nhiều năm qua, hai loại tội phạm đang lợi dụng lỗ hổng này trong pháp luật hình sự là (1) tội phạm trốn thuế, theo thống kê của Tổng cục Thuế, hầu hết (85%) các doanh nghiệp nhà nước luôn ở trong tình trạng “nợ đọng thuế” nhiều năm; (2) tội phạm môi trường, theo báo cáo của Cục C36 - Bộ Công an và Bộ Tài nguyên Môi trường, ở nước ta có 97% các doanh nghiệp, cơ sở sản xuất, dịch vụ vi phạm về môi trường. Nhưng cả hai tội phạm trên hầu như không xử lý được vì lý do “cả tập thể vi phạm”, không quy kết TNHS cho cá nhân người đứng đầu, do vậy tập thể phải gánh chịu, nhưng pháp luật hình sự không quy định TNHS đối với tập thể (pháp nhân), do đó, các đối tượng hoạt động trong lĩnh vực này đã lợi dụng triệt để kẽ hở này vi phạm. Kinh nghiệm sau một thời gian thực hiện nền kinh tế thị trường, Trung Quốc và Liên bang Nga đã sửa đổi và bổ sung vào BLHS vấn đề TNHS đối với pháp nhân bằng những hình phạt như: phạt tiền, cấm kinh doanh một số lĩnh vực và giải thể doanh nghiệp. ■

