

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

ISSN 1859 - 2953

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

VĂN PHÒNG QUỐC HỘI

Số 22(159) / Tháng 11/2009



DIỄN ĐÀN VỀ NHÀ NƯỚC, PHÁP LUẬT, CHÍNH SÁCH

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn



Mục lục

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

- 5** Các tiêu chuẩn đánh giá mức độ đảm bảo yêu cầu phát triển bền vững trong hoạt động xây dựng pháp luật ở nước ta hiện nay (kỳ 1)
PGS, TS. Thái Vinh Thắng
- 11** Dân chủ hóa, phân quyền hóa cơ cấu hệ thống quyền lực Nhà nước theo tư duy pháp quyền biện chứng
TS. Hồ Bá Thâm

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 21** Những bất cập về khái niệm tài sản, phân loại tài sản của Bộ luật Dân sự 2005 và định hướng cải cách
TS. Ngô Huy Cương
- 30** Nhầm lẫn trong chế định hợp đồng: những bất cập và hướng sửa đổi Bộ luật Dân sự (kỳ 1)
TS. Đỗ Văn Đại
- 37** Luật Công đoàn – một số bất cập và hướng hoàn thiện
TS. Lê Thị Hoài Thu

CHÍNH SÁCH

- 43** Giải quyết việc làm góp phần bảo đảm ổn định xã hội và tăng trưởng kinh tế bền vững
Đặng Như Lợi

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 48** Chế tài bồi thường thiệt hại trong thương mại quốc tế qua Luật Thương mại Việt Nam, Công ước CISG và bộ nguyên tắc của Unidroit
Nguyễn Thị Hồng Trinh
- 53** Hoạt động xuất khẩu lao động: thực trạng và một số khuyến nghị
Nguyễn Thị Phượng

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 57** Tòa án hình sự quốc tế - một thiết chế pháp lý bảo vệ các quyền con người (kỳ 2)
TS. Nguyễn Khắc Hải

HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

TS. TRẦN ĐÌNH ĐÀN (CHỦ TỊCH)
TS. NGUYỄN SĨ DŨNG (PHÓ CHỦ TỊCH)
GS. STKH. ĐÀO TRỌNG THỊ
GS. TS. TRẦN NGỌC ĐƯỜNG
PGS. TS. ĐÌNH VĂN NHẢ
PGS. TS. TRẦN ĐÌNH NHẢ
PGS. TS. PHAN TRUNG LÝ
PGS. TS. ĐẶNG VĂN THANH
TS. DƯƠNG NGỌC NGUU
TS. NGÔ ĐỨC MẠNH
TS. PHẠM VĂN HÙNG

TỔNG BIÊN TẬP

TS. PHẠM VĂN HÙNG

PHÓ TỔNG BIÊN TẬP:

TH.S. NGUYỄN QUANG MINH

TRỤ SỞ:

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

THIẾT KẾ:

NGUYỄN ANH VŨ

GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:

Số 117/GP-NGÀY 30-3-2001
CỦA BỘ VH TT

PHÁT HÀNH:

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

TÀI KHOẢN:

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

IN TẠI CÔNG TY CP IN KHKT

GIÁ: 9.500 ĐỒNG

Ảnh bìa: *Trái tim người thầy*
Tác giả: **Văn Thọ**



Legis 11/2009

STATE AND LAW

- 5** Standards to assess levels of ensuring sustainable development requirement in law-making activities in our country today (part 1)
Prof, Dr. Thai Vinh Thang
- 11** Democratizing, decentralizing the structure of state power system in dialectical thinking of the rule of law
Dr. Ho Ba Tham

DISCUSSION OF BILLS

- 21** The inadequacies of the concept of assets and the asset classification in the Civil Code 2005 and the orientation to reform
Dr. Ngo Huy Cuong
- 30** Confusion in the law provisions of contract: The inadequacies and orientation to amend the Civil Code (part 1)
Dr. Do Van Dai
- 37** Trade Union Law - some inadequacies and orientation to improve
Dr. Le Thi Hoai Thu

POLICIES

- 43** Contribution of job creation to social stability and sustainable economic growth
Dang Nhu Loi

LEGAL PRACTICE

- 48** Compensation for harm in international trade through Vietnam Commercial Law, the Convention on CISG (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods) and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts
Nguyen Thi Hong Trinh
- 53** Labor exportation: actual situation and recommendations
Nguyen Thi Phuong

FOREIGN EXPERIENCE

- 57** International Criminal Court - A legal institution to protect the human rights (part 2)
Dr. Nguyen Khac Hai

EDITORIAL:

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

EDITOR-IN-CHIEF:

Dr. PHAM VAN HUNG

VICE EDITOR-IN-CHIEF:

LL.M. NGUYEN QUANG MINH

OFFICE:

27A VONG THI - TAY HO - HA NOI
ĐT: 080-48486/ 44078
FAX: 080-48486
Email: nclp@org.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: 9,500 VND

CÁC TIÊU CHUẨN ĐÁNH GIÁ MỨC ĐỘ ĐẢM BẢO YÊU CẦU PHÁT TRIỂN BỀN VỮNG TRONG HOẠT ĐỘNG XÂY DỰNG PHÁP LUẬT Ở NƯỚC TA HIỆN NAY

■ THÁI VĨNH THẮNG *

Ngày nay, không ít quốc gia đứng trước một tình trạng nan giải là tốc độ tăng trưởng kinh tế phát triển cao; xuất hiện nhiều trung tâm công nghiệp, nhiều cao ốc, nhiều siêu thị hàng hoá phong phú; xe hơi trên đường phố nhiều hơn nhưng đạo đức xã hội xuống cấp, môi trường bị tàn phá nặng nề; nạn ách tắc giao thông ngày càng trầm trọng; khoảng cách về thu nhập giữa nông thôn và đô thị, giữa người giàu và người nghèo ngày càng gia tăng. Đó chính là dấu hiệu của sự phát triển không bền vững. Mặc dù còn có nhiều quan điểm khác nhau, tuy nhiên cho đến nay hầu như những người nghiên cứu về phát triển bền vững đều có quan điểm tương đối thống nhất về các tiêu chí phát triển bền vững là tốc độ phát triển kinh tế phải liên tục và đều đặn đi liền với phát triển văn hoá- xã hội, bảo vệ thiên nhiên, môi trường và bảo đảm công bằng và an sinh xã hội.

1. Xây dựng hệ thống pháp luật phát triển toàn diện

Xây dựng hệ thống pháp luật phát triển toàn diện là xây dựng hệ thống pháp luật phát triển đầy đủ các ngành luật và các chế định pháp luật, không những phát triển về mặt hình sự mà phát triển cả về mặt dân sự; không những phát triển các thiết chế về nhà nước mà phát triển cả các thiết chế của công dân; không những phát triển pháp luật về thương

mai, tài chính, ngân hàng, chứng khoán, đầu tư mà còn phát triển cả pháp luật về bảo vệ thiên nhiên, môi trường và pháp luật về an sinh xã hội. Hệ thống pháp luật Việt Nam trước thời kỳ đổi mới là một hệ thống pháp luật phát triển không toàn diện và cân đối vì nó nặng về hình sự mà nhẹ về dân sự, nặng về các thiết chế nhà nước mà nhẹ về các thiết chế công dân. Do chính sách kế hoạch hoá tập trung và cơ chế hành chính quan liêu bao cấp nên hệ thống pháp luật này chủ yếu tạo

(*) PGS, TS. Đại học Luật Hà Nội.

điều kiện cho kinh tế nhà nước và kinh tế tập thể phát triển mà không tạo điều kiện cho các thành phần kinh tế phi xã hội chủ nghĩa như kinh tế hộ gia đình, kinh tế tư nhân và kinh tế tư bản tư nhân phát triển. Pháp luật hình sự khá đầy đủ, còn hệ thống pháp luật phục vụ cho nền kinh tế thị trường hầu như không có. Do quyền tự do kinh doanh của công dân chưa được Hiến pháp và pháp luật ghi nhận nên công dân không thể thành lập công ty, không thể có các tư liệu sản xuất như máy cày, máy kéo, ô tô tải, nhà xưởng. Do thành phần kinh tế tư nhân và kinh tế tư bản tư nhân không được khuyến khích phát triển nên trong xã hội có quan điểm khá lệch lạc là chỉ có cán bộ, công chức, viên chức nhà nước hoặc công nhân làm việc trong các doanh nghiệp nhà nước mới được xã hội tôn trọng; còn dân làm nghề tự do, nhất là những người buôn bán nhỏ thì bị coi là dân “phe phây”. Hệ thống pháp luật Việt Nam trong thời kỳ này vô hình trung đã trói buộc tư duy độc lập, sáng tạo của con người. Người sản xuất trong các doanh nghiệp nhà nước không quan tâm đến sản phẩm của mình được tiêu thụ trên thị trường như thế nào. Người nông dân ngoài phần thuế đóng cho nhà nước, sản phẩm lúa gạo dư thừa chỉ có thể bán cho nhà nước theo giá quy định, không được bán trên thị trường tự do. Điều này đã làm cho người nông dân không muốn sản xuất và kinh tế nông nghiệp vì thế mà trì trệ trong một thời gian khá dài. Nền kinh tế khép kín, không có đầu tư nước ngoài vào Việt Nam và cũng không có đầu tư của Việt Nam ra nước ngoài. Trong điều kiện không có sự giao lưu và tương tác với các nền kinh tế lớn trên thế giới, kinh tế cũng như khoa học và công nghệ Việt Nam lạc hậu so với nhiều nước trên thế giới. Từ năm 1986 sau Đại hội Đảng toàn quốc lần thứ VI, Việt Nam bắt đầu thực hiện đường lối đổi mới chuyển từ nền kinh tế kế hoạch hoá tập trung, quan liêu, bao cấp sang nền kinh tế thị trường, định hướng xã hội chủ nghĩa. Theo đó, Việt Nam chuyển sang

nền kinh tế với nhiều thành phần và nhiều hình thức sở hữu. Các thành phần kinh tế phi XHCN như kinh tế tư nhân, kinh tế hộ gia đình, kinh tế tư bản tư nhân, kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài được tạo điều kiện phát triển bình đẳng như những thành phần kinh tế khác. Luật đầu tư nước ngoài vào Việt Nam được ban hành với những chính sách mở cửa thông thoáng đã tạo điều kiện thuận lợi cho các hoạt động đầu tư nước ngoài vào Việt Nam. Việc các nhà kinh doanh nước ngoài đầu tư, đưa vốn và công nghệ mới vào Việt Nam đã làm cho nền kinh tế Việt Nam nhanh chóng thay đổi theo hướng phát triển. Tuy nhiên, để phát triển kinh tế bền vững, nhiều vấn đề mới được đặt ra với Việt Nam, nhất là khi chúng ta đã gia nhập Tổ chức Thương mại thế giới (WTO).

Trước hết, phải nhận thức một cách đầy đủ và kịp thời việc đổi mới tư duy trong việc xây dựng một hệ thống pháp luật toàn diện. Hệ thống pháp luật này phải tính đến các chuẩn mực quốc tế trong sản xuất và tiêu thụ hàng hoá. Để được gia nhập WTO, Việt Nam đã tiếp nhận nhiều quy định của WTO mà hầu như trước đây không có trong tư duy pháp luật XHCN nói chung và pháp luật Việt Nam nói riêng. Trước hết, đó là các nguyên tắc của hệ thống thương mại của WTO, như:

Nguyên tắc thương mại không phân biệt đối xử - quy chế tối huệ quốc (MFN). Nguyên tắc này đặc biệt quan trọng vì nó được quy định ngay tại Điều 1, Điều 2 của GATS và Điều 4 của TRIPS. Tên gọi của nguyên tắc này là quy chế tối huệ quốc có thể làm cho mọi người nghĩ rằng WTO áp dụng một chế độ đãi ngộ đặc biệt, tuy nhiên trên thực tế, nguyên tắc này dùng để chỉ sự không biệt đối xử, nghĩa là đối xử công bằng với tất cả các thành viên WTO. Nói một cách cụ thể hơn, MFN có nghĩa là khi một nước giảm bớt hàng rào thương mại, mở cửa thị trường nước mình thì nước này phải dành sự đãi ngộ như vậy đối với hàng hoá và dịch vụ cùng loại của tất cả các đối tác thương mại, cho dù đối tác

đó giàu hay nghèo, mạnh hay yếu¹.

- *Nguyên tắc đối xử quốc gia- đối xử bình đẳng giữa sản phẩm nước ngoài và sản phẩm nội địa.* Nguyên tắc đối xử quốc gia có nghĩa là dành cho các nước khác chế độ đãi ngộ như chế độ đãi ngộ trong nước và nó cũng được thể hiện trong cả ba hiệp định chính của WTO (Điều 3, Điều 17 của GATS và Điều 3 của TRIPS). Nguyên tắc này có nghĩa hàng nhập khẩu và hàng nội địa cần phải được đối xử bình đẳng, ngay sau khi hàng nhập khẩu xâm nhập thị trường nội địa. Nguyên tắc này cũng được áp dụng đối với lĩnh vực dịch vụ, thương hiệu, bản quyền, bằng sáng chế nước ngoài cũng như trong nước.

Nguyên tắc tự do hoá thương mại từng bước và bằng con đường đàm phán. Tự do hoá thương mại được các nước tham gia WTO thừa nhận như là một trong những nguyên tắc quan trọng của WTO. Nguyên tắc này phát sinh từ một nhu cầu khách quan hiện nay là xu hướng toàn cầu hoá trong việc sản xuất và tiêu thụ hàng hoá. Nhu cầu này đòi hỏi phải giảm bớt và tháo gỡ các rào cản thương mại như hàng rào thuế quan và những biện pháp cấm nhập khẩu hay hạn ngạch nhập khẩu nhằm hạn chế định lượng nhập khẩu... Từ khi GATT ra đời (năm 1947-1948) đến nay đã diễn ra 8 vòng đàm phán thương mại. Thời kỳ đầu các vòng đàm phán xoay quanh vấn đề cắt giảm thuế quan áp dụng đối với hàng hóa nhập khẩu. Nhờ các cuộc đàm phán này vào khoảng giữa những năm 70, ở các nước công nghiệp phát triển, thuế quan đã giảm đến mức dưới 4%. Đến thập niên 80, phạm vi đàm phán đã được mở rộng, bao trùm cả những hàng rào phi thuế quan đối với những hàng hóa và những lĩnh vực mới như thương mại dịch vụ và sở hữu trí tuệ.

Nguyên tắc dự đoán trước được nhờ ràng buộc, cam kết và minh bạch hoá chính sách, pháp luật. Chính sách, pháp luật ổn định và

minh bạch sẽ khuyến khích đầu tư và tạo việc làm. Người tiêu dùng cũng tận dụng được nhiều lợi thế nhờ tự do cạnh tranh, nghĩa là họ có thêm nhiều cơ hội lựa chọn và được hưởng một mức giá thấp. Hệ thống thương mại đa biên cụ thể hoá những nỗ lực của chính phủ các quốc gia thành viên nhằm tạo một môi trường thương mại ổn định và dễ dự đoán. Đối với WTO, việc các quốc gia thành viên thoả thuận mở cửa thị trường hàng hoá hay dịch vụ đồng nghĩa với việc ràng buộc các cam kết. WTO yêu cầu các thành viên của tổ chức mình phải tìm cách làm cho các quy tắc thương mại trở nên rõ ràng và công khai, minh bạch.

Nguyên tắc thúc đẩy cạnh tranh bình đẳng và lành mạnh. Có thể nói rằng, hệ thống pháp luật của WTO là một hệ thống các quy tắc nhằm đảm bảo cạnh tranh bình đẳng và lành mạnh. Đó là những quy định liên quan đến nguyên tắc không phân biệt đối xử (quy chế tối huệ quốc), đối xử quốc gia nhằm bảo đảm những điều kiện thương mại bình đẳng cũng như những quy định về chống bán phá giá (xuất khẩu với giá thấp hơn giá thành sản phẩm nhằm chiếm thị phần) và trợ cấp xuất khẩu.

Nguyên tắc khuyến khích phát triển và cải cách kinh tế. Hệ thống pháp luật của WTO góp phần vào quá trình phát triển và cải cách kinh tế của các quốc gia. Tuy nhiên, do bên cạnh các nước kinh tế phát triển, trong WTO còn tồn tại các quốc gia đang phát triển nên các Hiệp định của WTO cũng thừa kế các quy định của GATT trước đây về việc dành sự trợ giúp đặc biệt ưu đãi hơn về thương mại cho các nước đang phát triển.

Theo các nguyên tắc cơ bản trên đây của WTO, Việt Nam đang cố gắng xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật của mình nhằm thực hiện đầy đủ và nghiêm túc các cam kết của mình khi gia nhập WTO.

(1) Xem: *Tìm hiểu tổ chức thương mại thế giới (WTO) do Ủy ban quốc gia về hợp tác kinh tế quốc tế tổ chức biên dịch, Nxb. Lao động-Xã hội, 2005, tr. 25.*

2. Mở rộng và đảm bảo thực hiện các quyền tự do của công dân

Theo Amartya Sen, người được giải thưởng Nobel về kinh tế học, phát triển là quyền tự do. Theo ông, quyền tự do cá nhân của con người là tài sản độc nhất, không thuộc riêng bất kỳ dân tộc nào, bất kỳ khu vực nào, bất kỳ truyền thống lịch sử và trí tuệ hoặc tôn giáo nào và đó chính là nguồn gốc của năng lực tham gia chính trị, phát triển kinh tế và tiến bộ xã hội.

Trong cuốn sách “Phát triển là quyền tự do” ông đã viết: “Chúng ta sống trong một thế giới giàu có chưa từng thấy, một loại giàu có mà cách đây một hoặc hai thế kỷ khó có thể tưởng tượng được. Thế giới của chúng ta cũng đã trải qua những thay đổi đáng chú ý vượt ra ngoài lĩnh vực kinh tế. Thế kỷ XX đã thiết lập chế độ quản lý dân chủ và có sự tham gia quản lý của nhân dân như là mô hình tổ chức chính trị ưu việt. Các khái niệm về nhân quyền và tự do chính trị đã trở thành một bộ phận quan trọng của ngôn ngữ hùng biện hiện đang thịnh hành. Tuổi thọ trung bình của người dân cao hơn bao giờ hết. Cũng vậy, các vùng khác nhau trên toàn cầu liên kết với nhau chặt chẽ hơn bao giờ hết, không chỉ trong lĩnh vực buôn bán, thương mại và liên lạc, mà cả trong những ý tưởng và lý tưởng tương tác lẫn nhau. Tuy nhiên, chúng ta cũng sống trong một thế giới có sự tước đoạt, nghèo khổ và áp bức đáng lưu ý. Có nhiều vấn đề mới và cũ, kể cả sự nghèo khổ dai dẳng và những nhu cầu cơ bản không được đáp ứng, nạn đói chết người và tình trạng đói nghèo rộng khắp, tình trạng vi phạm các quyền tự do chính trị và quyền tự do cơ bản, sự sao nhãng một cách phổ biến những lợi ích và vai trò của phụ nữ và những đe dọa ngày càng lớn đối với môi trường và tính bền vững của đời sống kinh tế xã hội của chúng ta. Chúng ta có thể quan sát thấy nhiều sự tước đoạt ấy, dưới hình thức này hay hình thức khác, ở các nước giàu cũng

như các nước nghèo”.

Theo quan điểm của Amartya Sen, việc mở rộng quyền tự do vừa được coi là mục đích cơ bản vừa được coi là phương tiện chủ yếu của sự phát triển. Phát triển bao gồm việc xoá bỏ các hạn chế quyền tự do làm cho nhân dân ít có lựa chọn và ít có cơ hội để thực thi vai trò cá nhân hợp lý của mình. Các quyền tự do kinh tế và chính trị củng cố lẫn nhau chứ không đối nghịch nhau. Cũng như vậy, các cơ hội xã hội về giáo dục và chăm sóc y tế lại có thể bổ sung cho các cơ hội tham gia kinh tế và chính trị của cá nhân. Các mối liên hệ lẫn nhau giữa các quyền tự do cá nhân có tính công cụ quan trọng bao gồm các cơ hội kinh tế, các quyền tự do chính trị, các cơ sở xã hội, các đảm bảo về tính minh bạch và an toàn xã hội. Các thiết chế xã hội bao gồm các thể chế nhà nước, thị trường, hệ thống pháp luật, các chính đảng, phương tiện truyền thông, các nhóm lợi ích công cộng và các diễn đàn thảo luận công cộng có sự đóng góp nhất định vào việc đảm bảo và tăng cường các quyền tự do thiết yếu của công dân và được coi là những tác nhân tích cực cho sự phát triển bền vững². Sự phát triển bền vững có thể được coi là một quá trình mở rộng các quyền tự do thực sự mà người dân được hưởng. Việc tập trung vào các quyền tự do của con người là sự tương phản với những quan điểm hạn hẹp về sự phát triển, chẳng hạn như quan điểm coi phát triển chỉ là sự tăng trưởng tổng sản phẩm quốc dân (GNP) hoặc tăng thu nhập cá nhân, hoặc công nghiệp hoá, hoặc tiến bộ công nghệ, hoặc là hiện đại hoá xã hội. Tất nhiên, tăng trưởng GNP hoặc thu nhập cá nhân có ý nghĩa hết sức quan trọng với vai trò là phương tiện để mở rộng các quyền tự do mà các thành viên trong xã hội được hưởng. Tuy nhiên, các quyền tự do cũng phụ thuộc vào những nhân tố quyết định khác như hệ thống giáo dục và y tế, các quyền chính trị và dân sự của công dân như mức độ công dân được tham gia vào những quyết sách quan trọng của nhà

(2) Amartya Sen, *Phát triển là tự do*, Nxb. Thống kê, 2002, tr. 9.

nước. Cũng như vậy, công nghiệp hoá hoặc tiến bộ công nghệ hoặc hiện đại hoá xã hội có thể đóng góp quan trọng vào việc mở rộng các quyền tự do của con người nhưng tự do còn phụ thuộc vào các điều kiện khác nữa. Nếu quyền tự do là điều kiện mà sự phát triển thúc đẩy thì có một sự tranh luận lớn về việc nên tập trung vào mục tiêu hàng đầu đó chứ không phải một số phương tiện cụ thể hay tập trung vào một số công cụ được sự lựa chọn đặc biệt nào đó. Việc nhìn nhận sự phát triển theo nghĩa mở rộng các quyền tự do thiết yếu sẽ dẫn dắt sự chú ý tới các mục đích làm cho phát triển phải toàn diện và bền vững, chứ không chỉ đơn thuần chú ý đến một số phương tiện có vai trò nổi bật trong quá trình phát triển. Sự phát triển đòi hỏi phải gạt bỏ những nguồn gốc chủ yếu làm hạn chế quyền tự do của con người như sự nghèo khổ cũng như sự chuyên chế. Nếu sự nghèo khổ tước đoạt khả năng và cơ hội về hoạt động kinh tế và chính trị của con người thì sự chuyên chế hoặc sự trấn áp quá mức của các nhà nước độc tài cũng đưa đến hậu quả như vậy. Trong nhiều trường hợp, sự hạn chế quá mức các quyền tự do là nguyên nhân dẫn đến tình trạng đói nghèo như: người nông dân sản xuất ra lương thực nhưng không được bán trên thị trường tự do; việc cấm lưu thông hàng hoá làm cho người sản xuất không bán được sản phẩm của mình; việc pháp luật không cho phép công dân quyền tự do kinh doanh làm cho người dân không thể giàu lên được; việc cấm mua bán đất làm hạn chế khả năng kinh doanh bất động sản của công dân.

Theo Amartya Sen, quyền tự do là nhân tố trung tâm của quá trình phát triển vì hai lý do cơ bản sau đây:

- Lý do về ước lượng - việc đánh giá sự tiến bộ phải được tiến hành chủ yếu căn cứ vào việc dự liệu các quyền tự do của con người có được tăng cường hay không;

- Lý do về hiệu quả - việc đạt được sự phát triển là hoàn toàn phụ thuộc vào quyền tự do hoạt động của con người.

Cũng theo tác giả này, các quyền tự do của con người vừa là mục tiêu vừa là công cụ đảm bảo sự phát triển xã hội. Có năm loại quyền tự do và cơ hội mang tính công cụ: 1) các quyền tự do chính trị; 2) các quyền tự do kinh tế; 3) các cơ hội xã hội; 4) các bảo đảm về tính minh bạch; 5) các bảo đảm về an toàn xã hội. Các quyền tự do và các cơ hội có sự tương tác lẫn nhau và đều có vai trò thúc đẩy sự phát triển xã hội bền vững. Tự do chính trị (dưới hình thức tự do ngôn luận và tự do tuyển cử) góp phần thúc đẩy an ninh kinh tế. Các cơ hội xã hội (một hệ thống giáo dục và y tế chất lượng cao) tạo điều kiện dễ dàng cho các hoạt động kinh tế. Các điều kiện kinh tế (dưới hình thức cơ hội tham gia vào thương mại và sản xuất) có thể góp phần tạo ra sự giàu có cá nhân và những nguồn lực công cộng cho các cơ sở tiện nghi xã hội. Các quyền tự do khác nhau có thể có sự tương hỗ thúc đẩy nhau cùng phát triển.

Trong những năm cuối cùng của thế kỷ XX và những năm đầu của thế kỷ XXI, quyền tiếp cận thông tin được nhiều quốc gia trên thế giới coi như là điều kiện không thể thiếu để có thể phát triển bền vững. Không phải ngẫu nhiên mà Thụy Điển- quốc gia được coi là một trong những quốc gia phát triển toàn diện và bền vững nhất lại là quốc gia ban hành Luật tiếp cận thông tin sớm nhất (năm 1776). Vào những năm 1990 mới chỉ có 13 quốc gia ban hành Luật tiếp cận thông tin thì đến năm 2008 đã có 86 quốc gia ban hành Luật tiếp cận thông tin. Với luật này, thông tin được coi là tài sản quốc gia. Ngày nay, quyền tiếp cận thông tin như một nền tảng thiết yếu của chế độ dân chủ. Nói cách khác, dân chủ chính là khả năng của người dân tham gia một cách có hiệu quả vào quá trình ra quyết định của cơ quan nhà nước - những quyết định mà người dân chính là người chịu hậu quả. Muốn tham gia vào quá trình này, người dân phải có quyền tiếp cận thông tin. Ở nước ta, muốn thực hiện phương châm mọi công việc quan trọng của nhà nước

dân biết, dân bàn, dân làm, dân kiểm tra thì phải đảm bảo cho công dân thực hiện quyền tiếp cận thông tin. Hiện nay, chúng ta đang tiến hành xây dựng Luật tiếp cận thông tin. Có thể nói, đây là bước hoàn thiện mới cho việc bảo đảm quyền tự do của công dân.

3. Xây dựng và hoàn thiện pháp luật bảo vệ môi trường

Đây là điều kiện tiên quyết cho phát triển bền vững. Pháp luật có vai trò quan trọng trong việc bảo vệ môi trường sống bao gồm bảo vệ các nguồn nước, các hệ sinh thái động, thực vật, rừng, đất đai, sự trong sạch của không khí, tầng ô zôn. Trong thời kỳ đổi mới, bên cạnh những thành tựu đạt được trong lĩnh vực tăng trưởng kinh tế, chúng ta đã phạm nhiều sai lầm khi không chú ý đúng mức đến vấn đề bảo vệ môi trường. Những “dòng sông chết” như sông Tô Lịch, sông Séc, Sông Lừ ở Hà Nội, sông Sài Gòn ở TP. Hồ Chí Minh, sông Thị Vải ở Đồng Nai... xuất hiện ngày càng nhiều. Đó chính là hệ quả của việc phát triển đô thị ồ ạt mà không quan tâm đúng mức đến việc xây dựng các hệ thống xử lý nước thải. Do nguồn nước ô nhiễm nặng nề mà nguy cơ bệnh tật của người dân Việt Nam hiện nay khá cao. Nguồn nước ô nhiễm cũng khiến các loại rau xanh cung cấp cho các đô thị ở Việt Nam cũng có nguy cơ ô nhiễm cao do nguồn nước tưới cây không được trong sạch. Nguồn nước ô nhiễm khiến không khí cũng bị ô nhiễm do mùi bốc lên từ các dòng sông và kênh rạch. Do tốc độ đô thị phát triển nhanh nhưng kết cấu hạ tầng cơ sở không được thay đổi cơ bản nên hiện tượng ùn tắc giao thông ở Hà Nội và TP. Hồ Chí Minh ngày càng trầm trọng. Đi liền với nạn ùn tắc giao thông là ô nhiễm không khí. Mức độ ô nhiễm không khí ở các đô thị lớn ở Việt Nam do bụi đường, khói xe và đất cát rơi vãi từ các xe chở nguyên vật liệu trong thành phố là khá cao. Đây là nguyên nhân dẫn đến tỷ lệ người thành phố mắc các bệnh

về xoang, mũi, họng, phổi khá cao. Vấn đề xử lý rác đô thị cũng đặt ra nhiều vấn đề cấp bách như nhiều bãi rác lớn do xử lý thiếu khoa học nên đã gây ô nhiễm cho nhân dân khu vực gần bãi rác. Hiện tượng tiếng ồn do động cơ ô tô, tàu hỏa và các loại còi xe cùng với các loại ô nhiễm khác đã làm cho người dân thành thị có chất lượng cuộc sống giảm sút mặc dù thu nhập của họ có thể tăng lên.

Những bất cập trên đây đòi hỏi các cơ quan xây dựng pháp luật cần tăng cường hơn nữa các chế tài xử phạt và nghiêm minh trong việc áp dụng đối với những cá nhân và tổ chức vi phạm pháp luật môi trường. Bên cạnh đó, Chính phủ và các cơ quan quản lý nhà nước địa phương cần nhanh chóng tìm các biện pháp tiếp cận với công nghệ hiện đại khi xử lý chất thải rắn và lỏng của các nước tiên tiến để áp dụng ở Việt Nam. Vấn đề môi trường nước ta hiện nay cần phải được coi là công việc quan trọng nhất trong các công việc quan trọng đặt trên bàn nghị sự của các cơ quan nhà nước. Tiến hành một chiến lược bảo vệ môi trường lâu dài và bền vững, theo đó các dự án trong lĩnh vực xây dựng, giao thông vận tải, bưu chính viễn thông, phát triển kinh tế, phát triển điện lực, phát triển giáo dục- đào tạo phải đặt tiêu chí bảo vệ và khôi phục môi trường sống lên hàng đầu. Thêm nữa, cần tách Bộ Khoa học - công nghệ và môi trường thành hai Bộ là Bộ Khoa học - công nghệ và Bộ Môi trường. Trên thế giới, nhiều nước cũng đã nhìn thấy tầm quan trọng của vấn đề môi trường đối với đời sống quốc gia nên đã thành lập Bộ Môi trường, ví dụ Hoa Kỳ năm 1990 đã thành lập Bộ Môi trường. Ngoài ra, nước ta cần nhanh chóng xây dựng Bộ luật môi trường để có thể hệ thống hoá pháp luật môi trường một cách đồng bộ và thống nhất trong một văn bản pháp luật có mức độ hệ thống hoá và pháp điển hoá cao, tạo điều kiện thuận lợi cho việc quản lý và bảo vệ môi trường.

(Kỳ sau đăng tiếp)

DÂN CHỦ HÓA, PHÂN QUYỀN HÓA CƠ CẤU HỆ THỐNG QUYỀN LỰC NHÀ NƯỚC THEO TƯ DUY PHÁP QUYỀN BIỆN CHỨNG

■ HỒ BÁ THÂM (*)

Trước yêu cầu “Nhà nước nhỏ, xã hội lớn”, Nhà nước chuyên nghiệp, Nhà nước nhân văn và xây dựng Nhà nước pháp quyền của dân do dân vì dân, “Nhà nước kiến tạo sự phát triển”¹, tăng cường hiệu lực và hiệu quả của hoạt động của Nhà nước trước thời kỳ mới, hiện đại hóa và hội nhập ở tầng cao mới, đòi hỏi phải xem xét và đổi mới nhận thức về vấn đề quyền lực nhà nước.

Thực trạng quyền lực và cơ cấu, quan hệ quyền lực nhà nước ở nước ta hiện nay không chỉ chồng chéo, nhiều tầng nấc, chập chạc, nặng nề mà còn thiếu cơ chế thực thi quyền lực, đảm bảo giám sát, kiểm chế quyền lực, chống lạm quyền, chống tùy tiện. Từ đó, chế độ dân chủ pháp quyền trong hệ thống nhà nước và trong xã hội còn nhiều hạn chế, khuyết tật. Nhiều chỗ hổng trong quyền lực nhà nước và cơ chế quản lý, quản trị quốc gia lỗi thời đã làm phát sinh trì trệ, giảm hiệu lực của quyền lực và còn làm tha hóa quyền lực, phát sinh tiêu cực tràn lan. Những khuyết tật hệ thống như vậy đã được nêu lên trong các văn kiện của Đảng

và Nhà nước, các công trình nghiên cứu khoa học. Đây là một trong những khiếm khuyết lớn của hệ thống chính trị và Nhà nước ở nước ta đang được nghiên cứu, khắc phục.

Vấn đề là cần phải nhận diện cho đúng và thiết kế lại theo nguyên tắc, cơ chế nào? Nhưng, về nhận thức thì ngay việc hiểu như thế nào là nguyên tắc thống nhất quyền lực và phân quyền vẫn chưa rõ và chưa có nhất trí². Trong nhiều nguyên nhân, có nguyên nhân tư duy, định kiến cũ còn gây cản trở lớn cho việc đổi mới hệ thống cơ quan quyền lực nhà nước về chức năng, nhiệm vụ và bộ máy, cơ chế. Tâm thức tập quyền còn ảnh hưởng nặng trong suy nghĩ của nhiều người.

Chẳng hạn, mấy năm trước đây, trong bài viết *Bàn về nguyên tắc “Quyền lực nhà nước là thống nhất, có sự phân công và phối hợp giữa các cơ quan nhà nước trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp và tư*

(*) TS, Viện Nghiên cứu phát triển TP. Hồ Chí Minh.

(1) Theo TS. Vũ Minh Khương (TuanNamNam, 19/5/2009).

(2) Xem GS, TS. Nguyễn Phú Trọng (chủ biên), *Đổi mới và phát triển ở Việt Nam, Một số vấn đề lý luận và thực tiễn*, Nxb. Chính trị quốc gia, H.2006, tr.312-313.

pháp” của Trương Hồ Hải (*Tạp chí Sinh hoạt lý luận, số 75/2006*), tác giả cũng chỉ nói về việc thống nhất, phân công và phối hợp quyền lực mà không rõ một nội dung giám sát hay kiểm chế quyền lực. Nguyễn Đăng Dung cho rằng, trong ngôn ngữ Nghị quyết, Hiến pháp cũng như luật thì Nhà nước ta được tổ chức theo nguyên tắc tập quyền. Quốc hội là cơ quan quyền lực đại diện cao nhất và quyền lực nhà nước thống nhất ở Quốc hội. Một số học thuyết gia thì cho rằng, tất cả quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân, nên chỉ có thể thống nhất quyền lực trong tay nhân dân, vì chỉ nhân dân mới có quyền phân quyền cho các nhánh quyền lực lập pháp, hành pháp, tư pháp. Nguyễn Đăng Dung đã có lần khẳng định Nhà nước ta được tổ chức theo nguyên tắc tập quyền, còn các nước tư bản thì theo phân quyền, ba quyền cân bằng, đối trọng nhau, nhưng rất tương đối, như ở Anh theo chế độ đại nghị, ba quyền gần như hòa vào nhau làm một. Còn ở Việt Nam, trong quan hệ giữa Nhà nước và đảng cầm quyền có lẽ cũng có điểm chung nào đó với các nước đa đảng³. Nhưng cái chung ấy là gì, tác giả không nêu rõ. Lê Tuấn Huy trong *Triết học chính trị Montesquieu với việc xây dựng Nhà nước pháp quyền Việt Nam* (Nxb. Tổng hợp TP. Hồ Chí Minh, 2006) đã phân tích khá sâu về vấn đề phân quyền và tập quyền. Gần đây, Nguyễn Đăng Dung đã phân tích khá sâu sắc và thuyết phục về các dấu hiệu, đặc trưng, đặc điểm của Nhà nước pháp quyền, nhất là về quan hệ giữa các bộ phận của quyền lực nhà nước pháp quyền sao cho chống được sự lạm quyền, tùy tiện khi sử dụng quyền lực nhà nước và cho rằng “Nhà nước pháp quyền là Nhà nước phải được tổ chức theo nguyên tắc phân quyền”⁴...

Về ba quyền cơ bản trong hệ thống quyền

lực nhà nước, thì Locke chỉ thừa nhận hai quyền lập pháp và hành pháp, đồng thời đề xuất về sự phân công quyền lực, nhưng không nêu việc kiểm soát quyền lực. Chỉ đến Montesquieu thì mới đề xuất yêu cầu kiểm soát quyền lực. Hơn nữa, *không phải chỉ kiểm soát từ bên ngoài mà là ngay trong cơ cấu nội tại của hệ thống quyền lực nhà nước, như một cơ thể sống với cơ chế tự động*⁵, *tự phòng chống*. Tất nhiên, Montesquieu còn nhìn nhận sự kiểm soát quyền lực trong quan hệ giữa nhân dân - Nhà nước và công luận khi nêu lên tư tưởng Nhà nước dân chủ pháp quyền. Khi phân tích vấn đề này, Lê Tuấn Huy đã nhấn mạnh rằng, trong Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa thì sẽ xuất hiện “phân quyền xã hội chủ nghĩa”, đó là nguyên tắc dù trong đó bao hàm tập quyền phi định chế. Nhưng phải chăng, bản chất của phân quyền chỉ là “cơ chế kiểm chế, đối trọng và không để quyền lực đi đến lạm quyền, chuyên chế”⁶ như tác giả này khẳng định là đúng và đủ? Và khi chúng ta nói đến cơ chế - nguyên tắc “tam quyền phân lập”, thường được hiểu là phân ra và đối lập - đối trọng trong Nhà nước tư sản, thì phải chăng, trong Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa cũng là “tam quyền phân lập” ấy hay là “tam quyền phân hợp” (phân chia, phân công, phân cấp và phối hợp, thống hợp)?

Từ góc nhìn triết học chính trị và triết học hệ thống, chúng tôi xin trao đổi như sau.

1. Nói quyền lực nhà nước thống nhất nhưng thống nhất ở đâu?

Có người cho rằng, thống nhất quyền lực nhà nước là ở Quốc hội. Nếu thế thì Quốc hội sẽ là cơ quan toàn quyền và sẽ đi đến tập quyền định chế. Nhưng ai là người giám sát Quốc hội? Có người cho rằng, không phải

(3) Đúng sau Quốc hội là nhân dân, Báo Pháp luật TPHCM, ngày 2/6/2006, tr. 3.

(4) PGS.TS. Nguyễn Đăng Dung, Nhà nước pháp quyền là Nhà nước phòng chống sự tùy tiện, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, số 8 (45) tháng 4/2009, tr. 13.

(5) Xem thêm TS. Lê Tuấn Huy, Triết học chính trị Montesquieu với việc xây dựng nhà nước pháp quyền Việt Nam, Nxb. Tổng hợp TP. Hồ Chí Minh, 2006, tr. 138-139

(6) TS. Lê Tuấn Huy, *sđđ*, tr. 211

quyền lực nhà nước thống nhất ở Quốc hội, mà ở nhân dân, nhưng nên hiểu như thế nào khi nhân dân là một chủ thể trừu tượng?⁷. Có người lại cho rằng, quyền lực nhà nước thống nhất ở mục tiêu chính trị chung của Nhà nước.

Chúng ta thấy rằng, quyền lực của nhân dân một mặt thể hiện ở Quốc hội, mặt khác ở quyền lực xã hội dân sự, thể hiện ở dư luận xã hội, ở quyền biểu tình hay ở quyền bầu cử của mình, tức quyền lực đó cũng bị phân ra nhiều phần. Ý chí nhân dân trở thành ý chí Nhà nước, thống nhất ý chí là phải thống nhất thông qua Nhà nước, ví dụ ở Hiến pháp. Hiến pháp là quyền cao nhất và tập trung nhất. Quốc hội là cơ quan lập pháp, phê chuẩn Hiến pháp, nhưng Quốc hội cũng phải tuân thủ Hiến pháp. Hiến pháp là ý chí tập trung nhất của nhân dân. Nhân dân là gốc của quyền lực nhà nước nhưng vừa ở trong Nhà nước, vừa ở ngoài quyền lực nhà nước, tức mang tính “bán quyền lực nhà nước” (nửa nằm trong, nửa nằm ngoài Nhà nước). Do vậy, nói rằng quyền lực nhà nước thống nhất ở nhân dân cũng chưa thật chuẩn xác và thỏa đáng. Nếu hiểu quyền lực nhà nước thống nhất ở chính mục tiêu và quyền lực nói chung của Nhà nước thông qua hệ thống thể chế của nó được nhân dân giao phó, ủy thác, như nguyên Chủ tịch Trần Đức Lương nhận xét⁸ thì sao? Hệ thống thể chế được nhân dân giao phó, ủy thác là thể chế nào?

Theo chúng tôi, khi nói quyền lực nhà nước ở Việt Nam hiện nay là thống nhất thì đó là *thống nhất quyền lực nhà nước*, hay quyền lực nhà nước là thống nhất, nghĩa là các cơ quan và nhánh quyền lực khác nhau như những bộ phận cấu thành hệ thống, tạo nên một chỉnh thể quyền lực và tạo nên sức mạnh chung và theo một hướng chung như là sản phẩm của chỉnh thể, hợp trội, vượt trội. *Sự thống nhất quyền lực nhà nước trong một*

bản chất, trong một mục tiêu, trong một ý chí, ở sự đồng bộ, đồng thuận và hợp trội của chỉnh thể phức hợp quyền lực. Nhưng chính Hiến pháp và luật pháp là thể hiện vai trò thần linh pháp quyền chi phối và thể hiện sự thống nhất đó trên cơ sở quyền lực của nhân dân, chứ không phải chỉ ở mục tiêu chính trị và cũng không phải ở Quốc hội. Quyền lực nhà nước là thống nhất (trừu tượng) nhưng về mặt kết cấu và chức năng lại phải phân công, phân quyền (hiện hữu cụ thể). Phân công, phân quyền thì tất yếu. Nhưng từ đó thì lại sinh ra cơ chế hợp tác cũng là tất yếu. Và rồi chúng lại phải nằm trong sự giám sát, chế ước lẫn nhau. Phân công - phân quyền, hợp tác và kiểm chế - giám sát lẫn nhau là ba mặt, ba chức năng khác nhau không bỏ một mặt, một chức năng nào, nhưng lại ràng buộc và bổ sung cho nhau. Chính từ đó, chúng mới tạo nên tính hợp trội trong chỉnh thể hệ thống và bảo vệ được sức sống của nó, chống sự tha hóa quyền lực từ bên trong. Điều này, xét đến cùng là chung cho mọi Nhà nước pháp quyền. Chỉ có điều ở nước ta, không có đối kháng trong quyền lực nhà nước, còn nhà nước pháp quyền tư sản chẳng hạn thì sự thống nhất ở đây bao hàm sự đối lập - đối kháng nhất định giữa ba quyền lực khi đại biểu cho các tập đoàn thống trị khác nhau nhưng với danh nghĩa của nhân dân.

Xét rộng hơn, sâu xa hơn thì sự thống nhất đó nằm ở *quyền lực xã hội nói chung của nhân dân, nên khi nhân dân bầu cử hay thể hiện ý chí chung của mình, tức ở quyền lực của nhân dân.* Do vậy, nên nói chính xác là quyền lực nhà nước thống nhất trên nền tảng quyền lực của nhân dân (toàn bộ quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân) và thể hiện ở Hiến pháp. Và đúng là trong thời đại ngày nay không có sự thống nhất quyền lực ở một định chế cụ thể nào của Nhà nước (dù là Quốc hội)⁹. Nhưng nói thống nhất quyền lực nhà

(7) Xem Tạp chí Sinh hoạt lý luận, số 2 (75)2006, tr. 29.

(8) Theo Lê Tuấn Huy, *Triết học chính trị Montesquieu với việc xây dựng nhà nước pháp quyền Việt Nam*, Nxb. Tổng hợp TP. Hồ Chí Minh, 2006, tr. 240

(9) Lê Tuấn Huy, *sđd*, tr. 206

nước là ở quyền lực nhân dân như một quyền lực trừu tượng, nhất là phần ngoài quyền lực nhà nước và điều đó không thể là một kiểu nhà nước tập quyền (dù hiểu theo nghĩa phi định chế). Hơn nữa, theo nghĩa chung thì nhà nước tư sản vẫn dựa trên quyền lực xã hội dân sự, tức là nhân dân, dù là có đối kháng lợi ích. Và nếu thiếu xã hội dân sự thì khó mà có Nhà nước pháp quyền đúng nghĩa, dù là Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa..

2. Do vậy, không chỉ phân công và hợp tác mà còn là giám sát, kiểm chế giữa các quyền lực

Quyền lực nhà nước là thống nhất theo nghĩa tạo thành một chỉnh thể hài hòa, nhưng Nhà nước này, quyền lực này tất yếu phải phân công - phân quyền thành từng bộ phận quyền lực độc lập trong hệ thống, gần như công nghệ máy móc, thì mới vận hành có hiệu quả. Nhưng nói quyền lực nhà nước là thống nhất, tức “không phân chia” nhưng lại nói phân công hay phân quyền thì mâu thuẫn, không hợp logic. Vì phân chia (chia ra ba quyền lực chứ không phải chia phần và chia là cho hết) cũng là phân công, phân quyền (chữ phân công tỏ ra nhẹ hơn chữ phân quyền). Thực ra phân chia, phân lập, phân công với vấn đề hợp tác và kiểm soát quyền lực dù nghĩa rộng, hẹp khác nhau nhưng có chúng thực chất ba mặt của phân quyền. *Phân quyền như vậy là một nguyên tắc lớn, không phải là phân tán hay sợ các quyền ngang nhau, độc lập tuyệt đối*, mà trong thực tế không bao giờ có. Có quan niệm không đúng cho rằng, chia ba quyền lực ấy thành các quyền lực tuyệt đối, có sức mạnh “ngang nhau” và “đối nghịch, ngăn cản nhau”. “Khi đó thì cả guồng máy chính quyền sẽ ngưng trệ”. Thực ra ở đâu cũng vậy, trong Nhà nước pháp quyền, không có một cơ quan nào toàn quyền nhưng ba loại quyền lực, ba loại chức năng này khác nhau, chế định nhau và có sự hợp tác với nhau trong chỉnh thể hệ thống

mà xét đến cùng lại do hệ thống kinh tế - xã hội trong đó nhân dân là chủ thể quyết định.

Nhưng vấn đề không chỉ là phân công và hợp tác quyền lực mà còn quan trọng hơn là kiểm soát, kiểm chế quyền lực, quyền lực giám sát, kiểm chế quyền lực (hơn nữa đây là điều mà chúng ta còn yếu và chưa rõ ràng về mặt thể chế). Yêu cầu giám sát, kiểm chế quyền lực lẫn nhau (chức năng hãm trong hệ thống) là nguyên tắc rất quan trọng nhưng chúng ta lại bị hiểu lầm (chỉ là đối trọng- đối kháng hay phân tán quyền lực), nên thường né tránh. Chúng ta lại có tâm lý sợ (hay chưa có thói quen dân chủ, bình đẳng kiểu này) giám sát, kiểm chế quyền lực lẫn nhau, sợ cả “đối trọng” theo nghĩa giám sát, kiểm chế ấy. Ở đây chúng tỏ vừa *thiếu tư duy hệ thống phức hợp - biện chứng, thiếu tư duy kiểu dân chủ pháp quyền*, bị mê muội của mặc cảm chính trị và tâm lý tập quyền truyền thống (truyền thống phong kiến và truyền thống chính quyền thời bao cấp). Nếu chỉ nhân mạnh nguyên tắc thống nhất, hợp tác, không có “đối trọng” (đối quyền), hay không có kiểm soát, kiểm chế lẫn nhau giữa các nhánh quyền lực thì lại không đủ khi nói về nhà nước pháp quyền hay theo nguyên tắc pháp quyền (phân quyền). Chúng tôi nghĩ rằng, cần nêu yêu cầu giám sát, kiểm chế quyền lực lẫn nhau là một trong những nội dung của nguyên tắc nhà nước pháp quyền mới đủ rõ. Có trường hợp khi phân tích nội dung thì có nói tới trách nhiệm giám sát từ bên trong hệ thống quyền lực, hoặc chỉ nói đến giám sát từ bên ngoài Nhà nước, mà chưa thành một công thức khái quát, nếu như vậy là chưa đủ. Đây là vấn đề cực kỳ quan trọng. Lê Tuấn Huy - theo tinh thần của Montesquieu - cũng cho rằng “bản chất của phân quyền không có gì khác hơn chính là cơ chế kiểm chế, đối trọng và không để quyền lực đi đến lạm quyền, chuyên chế”¹⁰. Nhưng theo chúng tôi, về bản chất phân quyền thì nói như thế là chưa đủ. Dù rằng, ở những phần khác của cuốn sách,

(10) Lê Tuấn Huy, *Sđd*, tr. 211

tác giả có nói đến phối hợp, tạo nên sự thống nhất của quyền lực nhà nước nhưng lại hầu như không đưa vào khái niệm bản chất đặc trưng.

Bản chất của phân quyền trước hết ở chỗ kiểm chế, giám sát quyền lực, nhưng thực ra còn ở chỗ tính độc lập của nó và tính hợp tác (tạo thống nhất) của nó nữa, không có cái này không có cái kia. Bản chất của phân quyền trong chủ nghĩa xã hội như một cơ chế, một công nghệ thực thi quyền lực nhà nước có hiệu quả thì, nó cần cả *phân biệt trách nhiệm quyền năng, cần hợp tác với nhau và cần kiểm chế lẫn nhau* như ba mặt, ba nội dung không thể thiếu nội dung nào. Chính nhờ phân công, phân quyền và hợp tác với nhau một cách có kiểm chế, giám sát trong quá trình vận động mà nó “đi tới một cách nhịp nhàng” (từ của Montesquieu) với nhau, và tránh sự lạm quyền, tuy không tránh khỏi mâu thuẫn (lạm quyền) là khuynh hướng của quyền lực nhà nước thống nhất theo “nguyên tắc tổng hợp lực” (đường chéo hình bình hành)¹¹. Ngay cả Nhà nước pháp quyền tư sản, dù tổ chức khá đa dạng thì nói chung, “mục đích của phân quyền là để nhằm kiểm soát quyền lực nhà nước, bảo đảm cho sự tồn tại của nhà nước và nền dân chủ chứ không phải là để thỏa hiệp hay chia rẽ quyền lực giữa các lực lượng đối lập trong xã hội”¹². Do vậy, không chỉ là thống nhất, phối hợp, đồng thuận mà có cả đối quyền - đối tác và đấu tranh (giám sát, kiểm chế) giữa các nhánh quyền lực nhà nước (dù khác nhau về mức độ). Suy nghĩ khác đi sẽ không biện chứng, dù là Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa.

Như vậy, nội dung (bản chất) của nguyên tắc (của cơ chế “tự động hóa” thực thi quyền lực) trong Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa là *vừa thống nhất vừa phân công, vừa hợp tác hay phối hợp, vừa giám sát lẫn nhau.*

Và đó cũng là đặc trưng của hệ thống đa trí tuệ, đa chủ thể¹⁴. Có một cơ chế tự động được thiết kế và vận hành như vậy mới vừa chống bệnh chung chung vô trách nhiệm, vô chính phủ, vừa chống lạm quyền và bất hợp tác, quay lưng lại với nhau. Điều này cần nói rõ như là phân quyền là một nguyên tắc lớn của Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa. Vấn đề là nhấn mạnh hợp tác hay nhấn mạnh kiểm soát, kiểm chế quyền lực? Trong tình hình hiện nay, nhấn mạnh chức năng kiểm chế, kiểm soát quyền lực theo chúng tôi là quan trọng hơn khi nói về phân quyền, nhưng không coi nhẹ hợp tác. Hoặc nếu chỉ nói phân công và hợp tác mà không nói giám sát, kiểm chế quyền lực, chống lạm quyền là thiếu sót quan trọng.

Cho nên nếu tuyệt đối hóa sự thống nhất, phối hợp, hợp tác quyền lực hay tuyệt đối hóa sự kiểm chế, kiểm soát quyền lực cũng đều không đúng. Trong tư duy biện chứng thật sự thì khi nói một mặt đã bao hàm cả hai, tuy nhiên phải nhìn nhận, phân tích tường minh cả hai mặt ấy (bộ phận và toàn bộ) mới thấy rõ cái hồn biện chứng của nó, tránh cho tư duy sai lầm, cực đoan... Vấn đề đặt ra là, Nhà nước ta theo nguyên tắc phân quyền hay tập quyền, hay kết hợp cả hai, nếu kết hợp thì nó ngang nhau hay mặt nào ưu thế hơn và cách gọi thế nào?

3. Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa tổ chức hệ thống quyền lực theo nguyên tắc nào, nó có bao nhiêu nội dung, khái quát ra sao?

Phải chăng hiện nay, việc nêu lên một nguyên tắc và cơ chế thực thi quyền lực nhà nước là bất di bất dịch về nội dung, không thể hoàn thiện hay bổ sung? Nhất định là không! Gần đây, trong Văn kiện Đại hội X của Đảng ta có khái quát mới hơn trước và

(11) Chữ của F.Ăngghen.

(12) GS,VS. Nguyễn Duy Quý và PGS,TS. Nguyễn Tất Viễn (đồng chủ biên): Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa VN của dân, do dân vì dân, lý luận và thực tiễn, Nxb. Chính trị quốc gia, H. 2008, tr. 61.

(13) Xem Hồ Bá Thâm, Phương pháp hệ thống và yêu cầu, quan điểm đổi mới, hiện đại hóa hệ thống chính trị ở nước ta hiện nay (một cách tiếp cận), Tạp chí Triết học, số 5(180) 2006, tr. 52-57.

cho rằng: *Xây dựng cơ chế vận hành của Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa, bảo đảm nguyên tắc tất cả quyền lực nhà nước đều thuộc về nhân dân; quyền lực nhà nước là thống nhất, có sự phân công và phối hợp giữa các cơ quan nhà nước trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp. Xây dựng, hoàn thiện cơ chế kiểm tra, giám sát tính hợp hiến, hợp pháp trong các hoạt động và các quyết định của các cơ quan công quyền*¹⁴. Qua đây, ta thấy vấn đề giám sát quyền lực đã được nêu ra, nhưng lại không rõ ai giám sát ai trong hệ thống quyền lực nhà nước hay từ bên ngoài hệ thống nhà nước, đồng thời, khái quát này có thể không nằm trong nguyên tắc khái quát nói trên khi xét về mặt văn phạm ở câu dẫn trên đây (chỉ nói tính thống nhất, phân công và phối hợp trong quyền lực nhà nước). Còn vấn đề giám sát nói riêng ra một ý khác, một câu về khác. Chúng tôi thấy, Văn kiện Đại hội X đã nêu bật một hệ thống quan niệm (mới) và yêu cầu về giám sát và phản biện xã hội như là một yêu cầu, điều kiện¹⁵ của chế độ nhà nước pháp quyền trong quan hệ với xã hội dân sự. Nhưng chưa rõ trong các cơ quan quyền lực nhà nước thì như thế nào, có giám sát lẫn nhau hay không và có lấy quyền lực hạn chế quyền lực hay không để chống tùy tiện, lạm quyền và tha hóa quyền lực hay không? Trong thực tế thì quyền giám sát của Quốc hội, cơ quan lập pháp đối với cơ quan hành pháp là nêu khá rõ, mặc dù chưa đủ và gần đây có nhiều tiến bộ, chất lượng và hiệu quả hoạt động chung của Nhà nước khá hơn.

Tuy nhiên, từ phân tích ở trên theo chúng tôi, cần khái quát nguyên tắc Nhà nước pháp quyền ở Việt Nam như sau: *Quyền lực Nhà nước pháp quyền là thống nhất trên nền tảng của quyền lực của nhân dân, nhưng phải có sự phân công, phối hợp và giám sát, kiểm*

chế lẫn nhau giữa các cơ quan quyền lực nhà nước đồng đẳng trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp.

Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa lấy thống nhất làm mục tiêu và phân quyền làm phương thức, phương tiện. Và vấn đề là phải tạo nên cơ chế phân công, phân quyền, phối hợp và giám sát lẫn nhau chứ không phải chỉ quan tâm tới thống nhất chung chung, không chuyên môn hóa, trách nhiệm hóa. Như vậy, đúng là quyền lực phải theo cơ chế và nguyên tắc phân quyền là chủ yếu chứ không phải là tập quyền. Cho nên hiện nay Đảng ta nhấn mạnh yêu cầu “Xây dựng, hoàn thiện cơ chế kiểm tra, giám sát tính hợp hiến, hợp pháp trong các hoạt động và các quyết định của các cơ quan công quyền”. Đó là dân chủ pháp quyền. Nhà nước pháp quyền là nhà nước phân quyền hóa theo Hiến pháp. Thống nhất là mục tiêu mà phân quyền và giám sát, kiểm chế và hợp tác là phương thức, là cơ chế tổ chức quyền lực nhà nước hiện đại dân chủ pháp quyền. Theo Montesquieu là một xã hội pháp quyền là xã hội có có hiến pháp, là xã hội tuân thủ pháp luật và có phân quyền rõ ràng¹⁶.

Tại kỳ họp thứ 9 khóa XI của Quốc hội, Thủ tướng Chính phủ Nguyễn Tấn Dũng đã nêu lên rằng, Chính phủ “trân trọng đặt niềm tin vào sự giám sát, phối hợp, ủng hộ của Quốc hội, của Mặt trận Tổ quốc Việt Nam, các đoàn thể xã hội, các hội nghề nghiệp, và các cơ quan thông tin đại chúng”¹⁷. Có thể thấy, Thủ tướng đặt yêu cầu giám sát lên trên yêu cầu phối hợp và tách như một nội dung riêng. Điều này cũng rất rõ trong nhận định về Nhà nước pháp quyền của Chủ tịch nước Nguyễn Minh Triết khi cho rằng: “Nhà nước pháp quyền là Nhà nước quản lý xã hội bằng pháp luật, tăng cường pháp chế, xử lý nghiêm minh, kịp thời mọi vi phạm pháp luật nhằm

(14) Đảng Cộng sản Việt Nam, Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ X, Nxb, Chính trị quốc gia, 2006, tr.126.

(15) Đảng cộng sản Việt Nam, Sđd, tr.124, 126, 270.

(16) Xem Lê Tuấn Huy, Sđd, tr. 135.

(17) Báo Nhân Dân, ngày 28/6/2006, tr. 1, 2. bài Đốc sức cùng tập thể Chính phủ....

thực hiện và bảo vệ quyền tự do dân chủ và lợi ích hợp pháp của công dân; ngăn ngừa mọi sự lạm quyền từ phía cơ quan và cán bộ công chức nhà nước; ngăn ngừa hiện tượng dân chủ cực đoan, vô kỷ luật, bảo đảm hiệu lực, hiệu quả hoạt động của Nhà nước”¹⁸. Ba ý này nhấn mạnh tập trung vào việc giám sát, kiểm chế quyền lực của nhà nước pháp quyền. *Với thực tế nảy sinh tràn lan và kéo dài ngày càng trầm trọng tệ nạn tham nhũng, cửa quyền, quan liêu và lãng phí hiện nay trong hệ thống chính trị và trong xã hội ta, càng thấy khiếm khuyết lớn trong một cơ chế thiếu giám sát và kiểm chế quyền lực tệ hại như thế nào.* Đó là chỗ hỏng và yếu kém nhất trong cơ chế hệ thống tam quyền của Nhà nước, phải được khắc phục sớm bằng cả nhận thức và thể chế. Có như thế mới phù hợp với phân công lao động quyền lực và cơ chế thực thi quyền của Nhà nước văn minh, hiện đại và dân chủ.

Không phân công, phối hợp và không có giám sát (kiểm soát) quyền lực nhà nước, ngăn chặn sự lạm quyền từ mỗi cơ quan thì không thể có dân chủ pháp quyền và hiệu quả trong hoạt động của Nhà nước hiện đại và cũng không làm trong sạch, minh bạch được hoạt động của Nhà nước. Tất nhiên, Nhà nước còn chịu sự giám sát của xã hội dân sự, quyền lực dư luận xã hội, của Đảng cầm quyền. Hơn nữa, khi đường lối của Đảng cầm quyền đã cụ thể hoá thành Hiến pháp thì Hiến pháp là cao nhất, chứ không phải quyền lực của đảng cầm quyền khi thực thi quyền lực nhà nước.

4. Phải chăng nhà nước pháp quyền ở Việt Nam là kết hợp giữa tập quyền và phân quyền, hay giữa phân quyền và tập quyền?

Trong kết quả đề tài nghiên cứu KX.

04.01 (Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa Việt Nam của dân, do dân, vì dân, lý luận và thực tiễn) do Nguyễn Duy Quý và Nguyễn Tất Viễn đồng chủ biên (Nxb. Chính trị quốc gia, H. 2008) đã phân tích khá sâu sắc về vấn đề Nhà nước pháp quyền ở Việt Nam. Các tác giả đặc biệt chú ý những nhận thức chưa rõ về nguyên tắc thiết lập tổ chức quyền lực nhà nước xã hội chủ nghĩa, nên có thời lấy nguyên tắc tập quyền phủ nhận nguyên tắc phân quyền, trong khi chưa hiểu rõ, và phân biệt đúng, hơn nữa còn lầm lẫn nội dung các nguyên tắc này. Các tác giả có cho rằng, chính vì vậy đã cản trở nhiều đến thiết kế và vận hành hệ thống quyền lực nhà nước. Nhưng không thấy rõ lắm các tác giả nghiêng về khẳng định nguyên tắc tập quyền hay phân quyền xã hội chủ nghĩa¹⁹. Mặc dù trong công trình này, các tác giả có khẳng định rằng, khắc phục sự đồng nhất nguyên tắc tập quyền với sự tập trung quyền lực ở Quốc hội; và khắc phục “cách tiếp cận lâu nay rằng tính thống nhất của quyền lực nhà nước là xuất phát từ nguyên tắc tập quyền”. Hoặc không nên tiếp cận giáo điều, máy móc mà cần linh hoạt rằng Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa thì không có phân quyền, không có kiểm soát, kiểm chế quyền lực bằng quyền lực trong hệ thống Nhà nước...²⁰.

Nguyễn Đăng Dung có quan niệm rằng, “cho đến hiện nay, lịch sử của việc tổ chức quyền lực nhà nước vẫn chỉ xoay quanh hai nguyên tắc cơ bản nhưng lại là đối nghịch nhau một trời một vực. Đó là việc tổ chức nhà nước theo nguyên tắc tập quyền hay phân quyền. Có cả một thời gian dài, việc tổ chức quyền lực nhà nước ta được tổ chức theo nguyên tắc tập quyền, mà mãi cho tới gần đây trong công cuộc đổi mới, chúng ta mới thừa nhận một số hạt nhân của sự phân quyền. Đó là sự phân công, phân nhiệm và

(18) Báo Nhân Dân, ngày 28/6/2006, tr. 1, 3. bài Xây dựng nhà nước pháp quyền...

(19) GS,VS. Nguyễn Duy Quý và PGS.TS. Nguyễn Tất Viễn (đồng chủ biên): Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa Việt Nam của dân do dân vì dân. Lý luận và thực tiễn, Nxb. Chính trị quốc gia, H. 2008, tr. 231, 233, 295.

(20) GS,VS. Nguyễn Duy Quý và PGS.TS. Nguyễn Tất Viễn (đồng chủ biên), sđd, tr. 293, tr. 191.

sự phối hợp giữa ba quyền: lập pháp, hành pháp, tư pháp - hạt nhân của triết học chính trị trong các tác phẩm của Montesquieu”²¹.

Có tác giả cho rằng, hiện nay, sự kết hợp hai nguyên tắc đó là đặc thù của Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa Việt Nam²². Nếu thế thì sự kết hợp như vậy sẽ hình thành nên một nguyên tắc, chứ không thể tách rời thành hai nguyên tắc khi xem xét tổ chức nhà nước như một thực thể thống nhất. Nếu là một thì gọi là nguyên tắc gì? Nhưng ta thấy, trước hết sự kết hợp nói trên lại có mức hiểu khác nhau về vị thế, phạm vi từng nguyên tắc, hoặc đó là nguyên tắc phân quyền có kết hợp với tập quyền phi định chế, tức tập quyền này chỉ là một ý trong quan niệm phân quyền tức tập quyền trong phân quyền. Còn ngược lại thì cho rằng nguyên tắc là tập quyền, phân quyền chỉ là một ý trong đó, tức phân quyền trong tập quyền. Ngoài quan niệm cũ lấy nguyên tắc tập quyền xã hội chủ nghĩa phủ nhận phân quyền tư bản chủ nghĩa, hiện nay có ba cách đề xuất: *Một là*, nguyên tắc “tập quyền xã hội chủ nghĩa”²³, tức bao hàm phân quyền; *Hai là*, nguyên tắc “phân quyền xã hội chủ nghĩa” bao hàm tập quyền (phi định chế); *Ba là*, nguyên tắc kết hợp tập quyền với phân quyền (có thể gọi là nguyên tắc tập phân). Phải chăng trong nguyên tắc kết hợp giữa tập quyền và phân quyền thì phân quyền và tập quyền là ngang nhau?

Nếu không phân quyền thì làm sao tổ chức thực thi quyền lực công bằng và rõ ràng trách nhiệm và hợp tác hay ngăn cản lạm quyền trong mỗi cơ quan quyền lực? Chỉ có phân quyền mới cụ thể hiện hữu, còn thống nhất là một tổng hòa trừu tượng. Thống nhất quyền lực là bản chất nhưng phân quyền là phương thức. Phân quyền biện chứng là *phân quyền thống nhất trong mâu thuẫn*,

hay thống nhất trong phân quyền, trong giám sát và kiểm chế quyền lực, nên nó chống cả phân tán và chống cả chuyên quyền, lạm quyền. Đó là mâu thuẫn trong một thể thống nhất (nhịp nhàng, đồng bộ, đồng thuận, liên thông, hanh thông). Không thể có phân quyền loại trừ thống nhất hay ngược lại thống nhất quyền lực loại trừ phân quyền. Nhưng điều phải làm rõ là phân quyền chứ không phải thống nhất quyền lực hay tập quyền. Và “nếu có giai đoạn lịch sử đã tồn tại nguyên tắc tập quyền thì đó là sự biểu đạt tư tưởng: toàn bộ quyền lực thuộc về nhân dân chứ không phải toàn bộ quyền lực thuộc về Quốc hội như đã từng được quan niệm”²⁴. Thế nhưng chúng ta lại thường nhấn mạnh thống nhất quyền lực hay tập quyền hơn là phân quyền, ngại nói về phân quyền, chỉ nói phân công (trong khi đó lại không làm rõ được sự khác nhau thật sự giữa các khái niệm này). Thực ra, theo chúng tôi, *thì ngay cả khi thực hiện nguyên tắc phân quyền xã hội chủ nghĩa trong cơ chế một đảng cầm quyền duy nhất như nước ta hiện nay như là công nghệ thực thi quyền lực nhà nước, thì quyền lực nhà nước vẫn thống nhất và toàn bộ quyền lực vẫn thuộc về nhân dân là hiển nhiên, không thể khác được*.

Nhà nước tư sản đã vượt qua phương thức nhà nước tập quyền chuyên chế (phong kiến), chế tác, phát minh ra phương thức phân quyền và pháp quyền là hết sức tiến bộ phù hợp với cuộc cách mạng theo hướng dân chủ. Do vậy, không thể có cái gọi là tập quyền tư bản chủ nghĩa. *Tập quyền* với *thống nhất* là khái niệm khác nhau tuy có liên quan. Tập quyền chỉ là một trường hợp (mô hình) cụ thể của thống nhất quyền lực nhà nước cụ thể (một định chế hữu thể). Tập quyền theo kiểu phong kiến là tập trung quyền lực vào một cơ quan nhà nước hay một chủ thể (định chế

(21) Bài viết giới thiệu cuốn sách *Triết học chính trị của Montesquieu với việc xây dựng nhà nước pháp quyền Việt Nam*, Nxb. Tổng hợp TP. Hồ Chí Minh, 2006, tr.18-19.

(22) Xem *Tạp chí Sinh hoạt lý luận*, số 2 (75)2006, tr. 28.

(23) Có thể dùng từ “*hợp quyền*”(phối hợp quyền lực) thay cho từ *tập quyền* (tập trung quyền lực vào một định chế hữu hình).

(24) GS,VS. Nguyễn Duy Quý và PGS,TS. Nguyễn Tất Viễn (đồng chủ biên): *Sđd*, tr. 295.

hữu hình) và không có nền tảng xã hội dân chủ. Chính “sự tập trung” này dù có nghĩa lịch sử nhưng nó có xu hướng chuyên chế, độc quyền, phi dân chủ và phi pháp quyền mà lịch sử đã vượt qua bằng kiểu nhà nước với hình thái nhà nước pháp quyền tư sản hay phân quyền tư sản. Phân quyền là đặc thù của nhà nước pháp quyền tư sản nhưng chính phân quyền xét về mặt công nghệ lại là có ý phổ biến như một giá trị nhân loại (như cơ chế kinh tế thị trường) của nền văn minh chính trị nhà nước. Tập quyền định chế hữu thể trong kiểu phong kiến hay trong một số “nhà nước xã hội chủ nghĩa”(chủ nghĩa xã hội nhà nước) mà thường là còn nhiều tàn tích gia trưởng, chuyên chế phong kiến, tập quyền phong kiến và trong bối cảnh chiến tranh có khi chỉ là tình thế của nền dân chủ quân sự và rốt cuộc đã hết vai trò và thậm chí khủng hoảng xét về mặt thể chế. “Bởi vì, tập quyền luôn luôn là cơ sở tiềm ẩn cho sự độc tài. Mọi sự tập quyền hay những mô hình tập quyền đều tạo điều kiện cho sự lạm dụng quyền lực”²⁵.

Quyền lực nhà nước là thống nhất khác với tập quyền (không đồng nhất hoàn toàn). Tập quyền (Nhà nước trung ương tập quyền) là tập trung toàn bộ quyền lực vào một cơ quan nhà nước, dẫn tới phi dân chủ, phi pháp quyền, lộng quyền đã trở nên lạc hậu (nhưng nó cũng dễ tái sinh dưới hình thức mới như thực tế đã và đang diễn ra). Theo nghĩa tập trung thì vẫn có giá trị chung nhưng nó thay đổi hình thức, tập quyền theo nghĩa phi định chế, nó nằm ở quyền lực gián tiếp của nhân dân, với hiến pháp hay quyền lực của các định chế trực tiếp ra quyết định, nhưng là rất tương đối, “không duy nhất” và “có kiểm soát”, như quan niệm của Montesquieu, và *như thế thì không còn tập quyền thật sự nữa*. Khi quyền lực nhà nước đã phân ra quyền

lập pháp, hành pháp, tư pháp với tính độc lập tương đối của nó, và tạo cơ chế quan hệ tương tác biện chứng giữa ba nhánh quyền lực tạo nên hệ thống quyền lực vừa dân chủ vừa tập trung, thì chính là nguyên tắc phân quyền chứ không còn tập quyền nữa. Đúng là, từ Đại hội Đảng lần thứ VII đến lần thứ IX, Đảng ta đã nhận thấy Nhà nước pháp quyền rất đa dạng về hình thức nhưng vẫn có đặc trưng chung, cơ bản, trong đó có nguyên tắc “phân công và kiểm soát giữa các nhánh quyền lực”²⁶. Tuy nhiên, vẫn có những ý kiến không tán thành quan niệm kiểm soát giữa các nhánh quyền lực. Chúng tôi cơ bản đồng ý với Lê Tuấn Huy khi phân tích khá thuyết phục về vấn đề “phân quyền xã hội chủ nghĩa”²⁷ (thay cho khái niệm “tập quyền xã hội nghĩa”).

Tuy nhiên, khi nói cơ chế - nguyên tắc “*tam quyền phân lập*”- (theo thuyết của Montesquieu), thường được hiểu là phân ra và đối lập - đối trọng trong Nhà nước tư sản (của nhiều đảng phái đối lập). Cho nên phải chăng trong Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa cũng là “*tam quyền phân lập*” ấy hay là “*tam quyền phân hợp*”? Trong chế độ ta, một đảng cầm quyền duy nhất và toàn bộ quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân thì càng không có và không sợ đối lập - đối kháng giữa các quyền lực. Do vậy, chúng ta thường nhấn mạnh đến phối hợp các nhánh quyền lực. Cho nên nó là “*tam quyền phân hợp*” vẫn chưa đủ. Cái khó nhất, thiếu nhất và đáng nói nhất vẫn là giám sát, kiểm soát để hạn chế sự tùy tiện và lạm quyền. Tiếc thay, đây lại là điều chúng ta hay né tránh nhất, hay là lúng túng nhất.

Và để tránh duy danh khái niệm rằng phân quyền (dù là có tính từ xã hội chủ nghĩa) chỉ là phân chia hay phân công, chưa rõ phối hợp và giám sát, kiểm chế lẫn nhau, chúng tôi có

(25) Xem Nguyễn Đăng Dung, Nhà nước pháp quyền là nhà nước phòng chống sự tùy tiện, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, số 8 (45) tháng 4-2009, tr. 12.

(26) Nguyễn Duy Quý và Nguyễn Tất Viễn, Sđd, tr. 118.

(27) Lê Tuấn Huy, sđd, tr. 202-233

thể đưa ra một cách khái quát bằng công thức hóa cơ chế của hệ thống quyền lực của Nhà nước pháp quyền ở Việt Nam hiện nay như sau: “tam quyền phân-hợp-giám”²⁸ (hay gọi tắt là “tam quyền phân giám”- phân quyền và giám sát).

Rõ ràng phải pháp quyền hóa, phân quyền hóa, dân chủ hóa, vừa phối hợp vừa giám sát lẫn nhau giữa các cơ quan quyền lực nhà nước theo cả hàng ngang và hàng dọc một cách đồng bộ, liên thông, hài hòa, năng động. Phải thay đổi tâm thức vừa tập quyền chuyên chế vừa phân tán cục bộ, cát cứ trong hệ thống cơ quan nhà nước và cán bộ, công chức. Đồng thời cũng phải khắc phục và tránh chủ

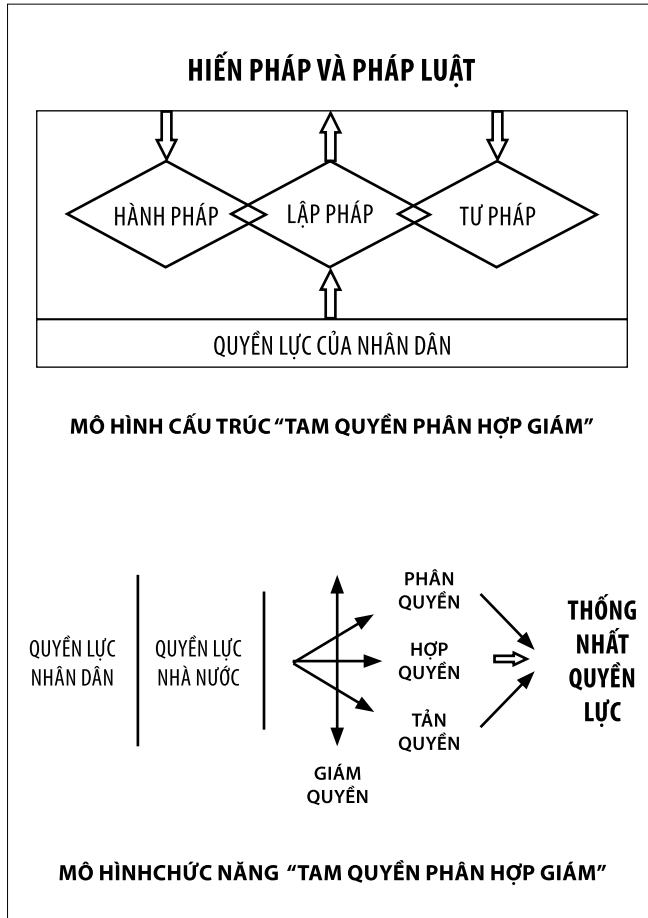
nghĩa duy tình, kiểu “anh em một nhà”, một trăm cái lý không bằng một tí cái tình, hòa cả làng. Các quan sát từ nhiều phía đã thấy rất rõ nhược điểm này của các cơ quan quyền lực ở nước ta, nhất là qua diễn đàn Quốc hội. Rằng Quốc hội ta rất hiền; rằng Quốc hội thường chỉ thông qua các văn bản chuẩn bị sẵn; rằng chỉ thấy một số đại biểu ít dính dáng đến

ngành lập pháp tiến hành chất vấn, còn đa phần thì im lặng; rằng tỉ lệ đại biểu Quốc hội kiêm nhiệm chức vụ quản lý nhà nước quá nhiều, nên Quốc hội kiêm nhiệm chứ không chuyên nghiệp; rằng không khó quy được trách nhiệm, nên có khi hứa nhiều hơn làm; ít dựa vào cử tri và ít vì quyền lợi hợp pháp của đa số cử tri; rằng khó mà miễn nhiệm được đại biểu Quốc hội yếu kém năng lực...

Muốn tránh được những điều đó phải làm sáng tỏ về lý luận cải cách cơ cấu quyền lực nhà nước và thể chế hóa bằng luật, xây dựng lại thể chế trên tinh thần dân chủ hóa, phân quyền hóa với nguyên tắc “tam quyền phân-hợp-giám”. Đồng thời, phải xây dựng xã hội dân sự một cách toàn

diện²⁹. Nếu không, không thể có Nhà nước pháp quyền thật sự và mạnh. Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa không chỉ của dân, do dân và vì dân, thực thi dân chủ, phát huy cao nhất vai trò, tiềm năng của con người, biết bảo vệ họ khi cần thiết, mà còn là Nhà nước có năng lực kiến tạo sự phát triển hanh thông, bền vững. ■

Có thể mô hình hóa “tam quyền phân hợp giám” như sau:



(28) Ý tưởng và nguyên tắc này, chúng tôi đã nêu trong một bài viết, in trong kỷ yếu hội thảo của Viện Nghiên cứu xã hội TP. Hồ Chí Minh (PGS.TS. Phan Xuân Biên chủ biên) Một số vấn đề về xây dựng chính quyền đô thị từ thực tế TP. Hồ Chí Minh, Nxb. Tổng hợp TP. Hồ Chí Minh, 2007, tr 119 (tr. 112-123).

(29) Vấn đề quan hệ giữa Nhà nước pháp quyền và xã hội dân sự, chúng tôi sẽ trình bày vào dịp khác.

NHỮNG BẤT CẬP VỀ KHÁI NIỆM TÀI SẢN, PHÂN LOẠI TÀI SẢN CỦA BỘ LUẬT DÂN SỰ 2005 VÀ ĐỊNH HƯỚNG CẢI CÁCH

■ NGÔ HUY CƯƠNG (*)

Tài sản là một khái niệm quen thuộc đối với bất kỳ ai, bởi đơn giản tài sản là công cụ của đời sống con người. Tuy nhiên, quan niệm pháp lý và quan niệm đời thường về tài sản lại có đôi chút khác biệt. Về mặt pháp lý, nhận thức đúng về tài sản và phân loại tài sản có vai trò rất quan trọng trong việc tạo lập các quy định pháp luật và giải quyết các tranh chấp pháp lý. Nhưng ngay Bộ luật Dân sự 2005 của Việt Nam cũng đã diễn đạt khác nhiều so với quan niệm của thế giới về khái niệm tài sản và phân loại tài sản. Hệ quả là nhiều quy chế pháp lý liên quan tới tài sản đã không thỏa đáng về mặt khoa học và thực tiễn, gây ảnh hưởng không nhỏ tới giao lưu dân sự và phát triển kinh tế, thương mại.

1. Nhìn lại quan niệm về tài sản của Bộ luật Dân sự 2005

Điều 163, Bộ luật Dân sự (BLDS) 2005 giải nghĩa: “Tài sản bao gồm vật, tiền, giấy tờ có giá và các quyền tài sản”. Có lẽ, đây là một giải nghĩa tài sản đặc biệt nhất đã từng được biết đến, bởi khó có thể tìm được một giải nghĩa tài sản tương tự ở trong các quyền từ điển thuật ngữ pháp luật và ở các BLDS của các nước trên thế giới, mặc dù con người không thể sống mà không có tài sản và pháp luật nói chung thì đã chú ý tới câu chuyện này từ nhiều thiên niên kỷ. Giải nghĩa này kế thừa có phát triển giải nghĩa tài sản tại Điều 172, BLDS năm 1995. Thế nhưng, chưa từng

một lần những người “có trách nhiệm” giải thích cho giới luật học hiểu tính đúng đắn của những giải nghĩa như vậy. Tất nhiên quy định thì dễ, nhưng giải thích cho tính đúng đắn của quy định thì bao giờ cũng khó.

Gắn trực tiếp với Điều 163, có một số điều luật thể hiện rõ quan niệm của nhà làm luật về tài sản, như Điều 164, Điều 173, Điều 174, Điều 181... của BLDS 2005. Qua giải nghĩa khái niệm tài sản tại Điều 163 và các điều luật này của BLDS 2005, có thể rút ra mấy nhận xét sơ bộ như sau: thứ nhất, giải nghĩa được đưa ra theo kiểu liệt kê các loại tài sản, chứ không xác định phạm vi dứt khoát của tài sản; thứ hai, các quy định tiếp đó tại “Chương XI- Phân loại tài sản” (các Điều từ 174 đến 181) diễn giải cụ thể các loại tài sản được nêu ra trong giải nghĩa

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

này không đề cập gì tới tiền và giấy tờ có giá; thứ ba, Điều 173, Điều 181 và toàn bộ các quy định của BLDS 2005 không diễn giải một cách có thể hiểu được phạm vi của quyền tài sản; thứ tư, quyền sở hữu được quy định dường như tách biệt với tài sản tại Điều 164 và Điều 174, BLDS 2005, có nghĩa là khái niệm tài sản dường như không bao trùm quyền sở hữu, trong khi vẫn quy định các vấn đề chuyển dịch tài sản gắn với quyền sở hữu tại rất nhiều các quy định.

Để phân tích những điểm phù hợp và bất cập trong quan niệm của nhà làm luật Việt Nam hiện nay về tài sản và lý giải cho các nhận xét sơ bộ trên, có lẽ cần khảo sát quan niệm về tài sản của pháp luật các nước.

Lần tới BLDS Liên bang Nga 1994 (có lẽ là một tài liệu tham khảo quan trọng của những nhà làm luật Việt Nam trong hai thập kỷ 80 và 90 của thế kỷ trước, khi đang xây dựng BLDS 1995), người ta thấy khó khăn trong việc tìm ra một giải nghĩa riêng về tài sản tại đó. Tuy nhiên để xác định các đối tượng chung của các quyền dân sự, Bộ luật này quy định:

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

Thuộc về đối tượng của các quyền dân sự phải được nhắc đến là vật, trong số đó bao gồm tiền và giấy tờ có giá và cũng bao gồm các loại tài sản khác, như các quyền tài sản; công việc và dịch vụ; thông tin; kết quả của hoạt động trí tuệ, bao gồm quyền loại trừ đối với chúng (quyền sở hữu trí tuệ); những giá trị phi vật chất”.

Có lẽ nhà làm luật Việt Nam đã chắt lọc từ điều luật này được bốn loại tài sản để đưa vào Điều 172, BLDS 1995 (đây chỉ là phỏng đoán), sau đó kế thừa và phát triển thành Điều 163, BLDS 2005? Nhưng xem ra, có sự khác biệt căn bản giữa Điều 163, BLDS 2005 với Điều 128, BLDS Liên bang Nga. Dựa trên nền tảng phân loại tài sản của Luật La Mã và có cập nhật các vấn đề mới phát sinh trong đời sống dân sự hiện nay, Điều

128, BLDS Liên bang Nga đã phân chia tài sản thành hai loại căn bản là tài sản hữu hình và tài sản vô hình. Trong khi đó, Điều 163, BLDS 2005 không xác định rõ tiền và giấy tờ có giá thuộc về tài sản vô hình hay tài sản hữu hình nhưng vẫn cứ liệt kê. Lưu ý rằng, tài sản hữu hình liên quan tới vật, còn tài sản vô hình liên quan tới các quyền. Tuy nhiên Điều 128, BLDS Liên bang Nga cũng không xác định phạm vi dứt khoát của tài sản và chỉ liệt kê các loại tài sản nói riêng và các đối tượng của các quyền dân sự nói chung. Việc không xác định được phạm vi dứt khoát của tài sản sẽ được nói tới dưới đây.

Không đưa ra một định nghĩa về khái niệm tài sản, BLDS của Tiểu bang Louisiana (Hoa Kỳ) đã dựa vào phân loại tài sản để xác định khái niệm tài sản như sau:

“Điều 448. Phân loại tài sản

Tài sản được phân chia thành tài sản chung, tài sản công và tài sản tư; tài sản hữu hình và tài sản vô hình; và động sản và bất động sản”.

Điều luật này đã phân loại tài sản theo ba cách dựa trên các căn cứ khác nhau: Thứ nhất, căn cứ vào chủ sở hữu, tài sản được chia thành tài sản chung, tài sản công và tài sản tư; thứ hai, căn cứ vào việc có hay không có đặc tính vật lý, tài sản được chia thành tài sản hữu hình và tài sản vô hình; thứ ba, căn cứ vào đặc tính di dời hay không di dời được của tài sản hữu hình và các quyền được thiết lập trên đó hay không được thiết lập trên đó, tài sản được chia thành động sản và bất động sản. Mỗi phân loại tài sản như vậy có các quy chế pháp lý tương ứng.

BLDS Québec (Canada) đưa ra một định nghĩa khái niệm tài sản cũng dựa trên các phân loại tài sản như sau:

“Điều 899. Tài sản, dù hữu hình hay vô hình, được phân chia thành bất động sản và động sản”.

Chúng ta cũng bắt gặp các định nghĩa tài sản tương tự của các luật gia thuộc Common Law. Chẳng hạn *Deluxe Back's*



Ảnh S.T: corbisimages.com

Law Dictionary giải nghĩa: Tài sản là một từ được sử dụng chung để chỉ mọi thứ là đối tượng của quyền sở hữu, hoặc hữu hình hoặc vô hình, hoặc bất động sản hoặc động sản. Ta cũng có thể bắt gặp cách định nghĩa tài sản khác mà các luật gia Common Law thường sử dụng, như: “Theo định nghĩa rộng về tài sản như một mớ quyền (a bundle of rights), tài sản là bất kể những gì có khả năng sở hữu, hoặc bởi cá nhân, tập thể hoặc cho lợi ích của người khác”¹. Các định nghĩa như vậy về tài sản thường nhấn mạnh tới tài sản là một mớ quyền được thiết lập trên vật có hiệu lực chống lại những người khác². Tại đây, người ta thể hiện quan niệm tài sản là các mối quan hệ giữa người với người liên quan tới vật, hơn là nhấn mạnh tới vật có đặc tính vật lý hay vật chất liệu như BLDS 2005. Tuy nhiên có thể nói đây là cách định nghĩa khai thác vào bản chất của tài sản, nghiêm hơn về giác độ nghiên cứu, có thể có những khó khăn nhất định khi đưa vào văn bản quy phạm pháp luật. Cho nên cách định nghĩa theo kiểu liệt

kê các phân loại tài sản cơ bản thích hợp hơn đối với xây dựng văn bản. Tuy nhiên, khi cần phân loại các vật quyền thì không thể không tham khảo tới cách thức định nghĩa này.

Qua việc khảo sát các định nghĩa tài sản ở trên, có thể thấy: (1) Các định nghĩa đều sử dụng cách thức liệt kê các phân loại tài sản mà không đưa ra một phạm vi cụ thể của tài sản; (2) tài sản là đối tượng của quyền sở hữu; và (3) tài sản được phân chia thành bốn phân loại lớn là *bất động sản hữu hình và động sản hữu hình, bất động sản vô hình và động sản vô hình*.

Có thể hiểu tài sản là một khái niệm động và phụ thuộc vào giá trị kinh tế của nó bởi tài sản là công cụ của đời sống con người. Trong mỗi giai đoạn phát triển khác nhau của xã hội loài người, tài sản có một phạm vi khác nhau, nhưng đều là công cụ đáp ứng các nhu cầu sống của con người. Vì vậy nó được nhận thức không mấy khác nhau ở các hệ thống pháp luật bởi con người rất nhạy bén với sự đáp ứng nhu cầu của mình. Tuy

(1) Robert W. Emerson, John W. Hardwick, *Business Law, Barron's educational series Inc., USA, 1997, p. 408.*

(2) John G. Sprankling, *Understanding Property Law, Lexis Nexis, New York, 2000, p.2; Bruce Ziff, Principles of Prop.*

nhiên, người ta chỉ có thể nhận thức đầy đủ về nó qua phân loại.

Chưa cần luận giải sâu vào các phân loại tài sản cụ thể thì đã có thể thấy ngay: không có sự phân loại thì sẽ không thể hiểu được khái niệm tài sản. Và khó có thể thiết lập được các quy chế cụ thể cho việc điều tiết các hành vi pháp lý. Chẳng hạn, pháp luật điều tiết các hành vi mua bán hàng hóa (goods) của hầu hết các nền tài phán, trừ Việt Nam³, thường xác định hàng hóa là động sản hữu hình để xác lập cho các hành vi mua bán hàng hóa một quy chế khác với quy chế mua bán bất động sản, quy chế mua bán chứng khoán hay các động sản vô hình khác...

Luật La Mã phân chia tài sản thành vật chất liệu và tài sản phi chất liệu - đó là các quyền. Và bản thân các quyền này được phân chia thành hai loại là các quyền thiết lập trên vật chất liệu (*rights in rem*) và các quyền có giá trị kinh tế đối với người khác (*rights in personam*). Bản thân vật chất liệu cũng được phân chia thành hai loại là bất động sản và động sản. Việc phân chia vật thành bất động sản và động sản dẫn tới nhiều hệ quả pháp lý khác nhau. Chẳng hạn, các vật quyền được phân biệt thành hai loại: có loại chỉ thiết lập trên bất động sản và có loại thiết lập trên cả bất động sản và động sản. Các quyền thiết lập trên bất động sản và các quyền được thiết lập trên động sản có sự khác nhau về chi tiết, ví dụ: chủ nợ dễ dàng sai áp và bán động sản để lấy nợ hơn đối với bất động sản; hệ thống đăng ký bất động sản dễ dàng được thiết lập hơn so với đăng ký động sản, đặc biệt đối với các quyền mà không bao gồm việc chiếm hữu tài sản.

Ngày nay, với sự xuất hiện nhiều loại tài sản mới như: chứng khoán, sở hữu trí tuệ v.v.. thì chủ nghĩa vật chất liệu trong luật tài sản đã được xem xét lại. Tuy nhiên vẫn có nhiều

nền tài phán đã mượn chủ nghĩa vật chất liệu trong luật tài sản để áp đặt cho một số loại tài sản. Có quan niệm chất liệu hoá tài sản vô hình, chẳng hạn: mặc dù có sự tách bạch giữa quyền với hình thức vật chất (giấy tờ) chứng minh nó như trong trường hợp đối với cổ phần hoặc trái phiếu, nhưng quan niệm này vẫn gộp quyền vào các giấy tờ chứng minh sự tồn tại của nó⁴.

Quyền sở hữu trí tuệ thường được phân biệt thành một loại quyền riêng biệt phụ thuộc vào pháp luật. Nó không phải là quyền đối vật và cũng không phải là quyền đối nhân. TS. Nguyễn Ngọc Điện nhấn mạnh rằng đây là một quyền vô hình tuyệt đối⁵.

Vì vậy qua các luận giải này, có thể hiểu được tại sao Điều 128, BLDS Liên bang Nga đã phân chia tài sản thành hai loại căn bản là tài sản hữu hình và tài sản vô hình. Và trong đó xếp tiền và giấy tờ có giá vào tài sản hữu hình, còn phân biệt sở hữu trí tuệ thành một loại tài sản riêng biệt. Các điều luật sau đó cùng chương của Bộ luật này diễn giải cụ thể hơn các phân loại tài sản, nhưng đặt trọng tâm vào chủ nghĩa vật chất liệu. Vì đã lựa chọn pháp điển hóa theo hướng hợp nhất luật dân sự và luật thương mại, nên nhiều tài sản đặc biệt trong thương mại cũng được Bộ luật này xếp vào các phân loại. Đặc biệt, Bộ luật này đã thể hiện chính sách quan hệ quốc tế trong việc lãnh thổ hóa tàu bay, tàu biển, tàu thủy nội địa và tàu vũ trụ. Tuy quan niệm này cần được nhìn nhận nghiêm túc khi nghiên cứu, nhưng Bộ luật này cho ta thấy một kinh nghiệm là, từng quy định cần phải có một ý đồ được dẫn dắt bởi một chủ thuyết, chứ không thể là một sự sao chép đơn thuần.

Tóm lại, phân loại tài sản là một nhu cầu khách quan, là linh hồn của khái niệm tài sản và là kỹ thuật pháp lý quan trọng của luật dân sự nói chung và luật tài sản nói riêng.

(3) Luật Thương mại 2005 của Việt Nam đã xem hầu hết các loại tài sản là hàng hóa, kể cả bất động sản và các tài sản vô hình (xem định nghĩa hàng hóa của đạo luật này).

(4) John E. C. Brierley, Roderick A. Macdonald, *Quebec Civil Law - An Introduction to Quebec Private Law*, Emond Montgomery Publications Limited, Toronto, Canada, 1993, pp. 274- 275.

(5) Nguyễn Ngọc Điện, *Nghiên cứu về tài sản trong luật dân sự Việt Nam*, Nxb. Trẻ, TP. Hồ Chí Minh, 1999, tr. 70.

2. Nhìn lại quan niệm về quyền sở hữu và quan niệm về các vật quyền của Bộ luật Dân sự 2005

2.1. Quan niệm về quyền sở hữu

Gắn liền với tài sản là quyền sở hữu. Do đó, khi nói tới tài sản không thể không nói về quyền sở hữu. Một trong các vấn đề quan trọng của quyền sở hữu là tính chất và phạm vi hay nội dung của nó.

BLDS 2005 quy định:

“Quyền sở hữu bao gồm quyền chiếm hữu, quyền sử dụng và quyền định đoạt tài sản của chủ sở hữu theo quy định của pháp luật.

Chủ sở hữu là cá nhân, pháp nhân, chủ thể khác có đủ ba quyền là quyền chiếm hữu, quyền sử dụng, quyền định đoạt tài sản” (Điều 164).

Định nghĩa này không chỉ cho biết quan niệm về quyền sở hữu, mà còn cho thấy quan niệm về chủ sở hữu của pháp luật Việt Nam hiện nay. Trước hết, cần phân tích một số ảnh hưởng của quan niệm này về quyền sở hữu tới các quy định pháp luật khác về giao dịch pháp lý.

BLDS 2005 có đưa ra định nghĩa: “Hợp đồng mua bán tài sản là sự thỏa thuận giữa các bên, theo đó bên bán có nghĩa vụ giao tài sản cho bên mua và nhận tiền, còn bên mua có nghĩa vụ nhận tài sản và trả tiền cho bên bán” (Điều 428). Trong khi đó Luật Thương mại 2005 định nghĩa: “Mua bán hàng hóa là hoạt động thương mại, theo đó bên bán có nghĩa vụ giao hàng, chuyển quyền sở hữu hàng hóa cho bên mua và nhận thanh toán; bên mua có nghĩa vụ thanh toán cho bên bán, nhận hàng và quyền sở hữu hàng hóa theo thỏa thuận” (Điều 3, khoản 8). Đây là định nghĩa về hợp đồng mua bán, nhưng hai định nghĩa kể trên có sự khác biệt lớn về một vấn đề pháp lý quan trọng. Đó là: định nghĩa của BLDS 2005 không hề đề cập tới nghĩa vụ của người bán chuyển giao quyền sở hữu tài sản cho người mua mà chỉ đề cập tới nghĩa vụ của người bán “giao tài sản” cho người mua;

trong khi định nghĩa của Luật Thương mại 2005 đề cập tới nghĩa vụ của người bán giao hàng hóa và chuyển quyền sở hữu hàng hóa cho người mua. Câu chuyện này cần được luận giải cẩn trọng, bởi nó không chỉ là sự không nhất quán đơn thuần của hệ thống pháp luật, mà còn liên quan tới quan niệm về quyền sở hữu.

Có ý kiến cho rằng định nghĩa nói trên của BLDS 2005 là định nghĩa về mua bán tài sản chứ không phải là định nghĩa về mua bán hàng hóa, nên có sự khác biệt. Hiểu đơn giản rằng hàng hóa cũng là tài sản, nhưng là một khái niệm hẹp hơn và được sử dụng trong luật thương mại. Hợp đồng mua bán tài sản và hợp đồng mua bán hàng hóa có thể khác nhau về đối tượng (cứ cho là thế), song không thể khác nhau về bản chất mua bán. Có sự bênh vực khác nói rằng cụm từ “giao tài sản” có nghĩa rộng bao hàm cả chuyển giao quyền sở hữu đối với tài sản. Sự bênh vực này khó chấp nhận được bởi tại Điều 463 và Điều 465, BLDS 2005 có các định nghĩa như sau: “Hợp đồng trao đổi tài sản là sự thỏa thuận giữa các bên, theo đó các bên giao tài sản và chuyển quyền sở hữu đối với tài sản cho nhau” và “Hợp đồng tặng cho tài sản là sự thỏa thuận giữa các bên, theo đó bên tặng cho giao tài sản của mình và chuyển quyền sở hữu cho bên được tặng cho mà không yêu cầu đền bù, còn bên được tặng cho đồng ý nhận”. Hợp đồng trao đổi tài sản khác biệt với hợp đồng mua bán ở chỗ thay vì nhận một khoản tiền khi chuyển giao quyền sở hữu tài sản, người chuyển giao nhận một tài sản khác. Còn đối với hợp đồng tặng cho thì thay vì nhận một lợi ích khi chuyển giao quyền sở hữu một tài sản, người chuyển giao không nhận gì. Vậy là trong hai loại hợp đồng này nhà làm luật Việt Nam đã đề cập đầy đủ việc giao tài sản và chuyển quyền sở hữu tài sản và đã phân biệt dứt khoát giữa “giao tài sản” và “chuyển quyền sở hữu tài sản”. Bản thân BLDS 2005, ngay sau định nghĩa hợp đồng mua bán, có quy định: nếu

đối tượng của hợp đồng mua bán là vật thì vật phải được xác định rõ, còn nếu đối tượng của hợp đồng mua bán là quyền tài sản thì phải có giấy tờ hoặc bằng chứng khác chứng minh quyền đó thuộc sở hữu của người bán (Điều 429) và thời điểm chuyển giao quyền sở hữu tài sản mua bán là thời điểm giao tài sản. Điều đó có nghĩa là, nhà làm luật đã biết là cần phải chuyển quyền sở hữu tài sản trong mua bán và phân biệt với giao tài sản. Thế nhưng trong khi định nghĩa hợp đồng mua bán tài sản thì nhà làm luật lại quên mất vấn đề này hay nhà làm luật thể hiện quan niệm về quyền sở hữu được nêu trong Điều 164, BLDS 2005?

Định nghĩa khiêm khuyết này nếu không được giải thích kỹ lưỡng theo logic của cả Chương XVIII, Mục 1 của BLDS 2005 thì khó thấy được đặc trưng quan trọng của hợp đồng mua bán là việc bên bán có nghĩa vụ chuyển giao quyền sở hữu tài sản cho bên mua, còn bên mua phải trả giá cho việc nhận được quyền sở hữu tài sản đó. Nhược điểm thứ hai của định nghĩa này là vấn đề giao tài sản mua bán. Trong nhiều trường hợp mua bán, bên bán chuyển giao quyền sở hữu tài sản cho bên mua, còn giao tài sản (với tính cách là vật) cho người khác. Ví dụ: Trong thuê tài chính, người cho thuê mua thiết bị từ người bán theo yêu cầu của người thuê, có nghĩa là người bán trong trường hợp này nhận tiền từ người cho thuê và chuyển giao quyền sở hữu thiết bị cho người cho thuê, nhưng giao thiết bị cho người thuê.

Có thể còn có ý kiến bênh vực cho định nghĩa hợp đồng mua bán của BLDS 2005 bằng cách viện dẫn định nghĩa hợp đồng mua bán tại Điều 1582 của BLDS Pháp bởi định nghĩa này cũng chỉ nói tới vấn đề giao vật mà không nói tới việc chuyển giao quyền sở hữu. Điều luật này định nghĩa: “Hợp đồng mua bán là sự thỏa thuận theo đó một bên có nghĩa vụ giao một vật và người kia có nghĩa

vụ trả tiền cho vật ấy”. Nhưng sau ngay định nghĩa này, Điều 1583, BLDS Pháp khẳng định: “Việc mua bán được hoàn thành khi quyền sở hữu vật đương nhiên chuyển sang cho người mua sau khi đã thỏa thuận về vật bán và giá cả, tuy rằng vật chưa được giao và tiền chưa được trả”.

Pháp luật Anh quan niệm hợp đồng mua bán hàng hóa là “Một hợp đồng mà bởi nó người bán chuyển giao hoặc đồng ý chuyển giao quyền sở hữu hàng hóa (the property in goods) cho người mua để nhận lại một khoản đối ứng bằng tiền mà được gọi là giá”. Trong định nghĩa này có đôi điều cần phải giải thích. Thuật ngữ *property* của người Anh (mà người Việt thường dịch ra tiếng Việt là *tài sản*) có nhiều nghĩa. Tác giả H. R. Light giải thích: Khi một người nói về tài sản (property) của mình, thì hẳn trong đầu anh ta nghĩ tới đất đai, hàng hóa và chứng khoán mà anh ta có và đang kiểm soát chúng; nhưng khi chúng ta nói một người có tài sản trên một vật (the property in a thing), thì có nghĩa là anh ta có toàn quyền sở hữu (the full rights of ownership) để phân biệt với việc chỉ có quyền chiếm hữu (possession) với vật đó. Ông còn nhấn mạnh, việc phân biệt giữa quyền sở hữu và quyền chiếm hữu là vấn đề quan trọng. Sự phân biệt này được ông lược giảng giống với quan niệm của truyền thống Civil Law rằng, quyền chiếm hữu là vấn đề thực tế, còn quyền sở hữu là vấn đề thiết yếu của pháp luật⁶. (Có thể vì chưa hiểu tường tận lắm về thuật ngữ *property* này, nên có tác giả Việt Nam phê bình rằng, người Việt hiện nay gọi “intellectual property” là sở hữu trí tuệ là không đúng, mà cần phải gọi là “tài sản trí tuệ”⁷).

Vì nhận thức rằng quyền sở hữu đã được chuyển từ người bán sang người mua, trong khi hàng hóa vẫn có thể thuộc chiếm hữu của người bán, nên trong vụ *Tarling v. Baxter* (1827) tòa án Anh đã ra phán quyết

(6) H. R. Light, *The Legal Aspects of Business and General Principles of Law*, Sir Isaac Pitman & sons LTD, London, 1967, p. 30.

(7) Phạm Duy Nghĩa, *Chuyên khảo luật kinh tế*, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, 2004, tr. 181- 182

quyền sở hữu hàng hóa đã được chuyển từ Baxter sang Tarling, nên Tarling phải gánh chịu tổn thất đối với hàng hóa. Vụ án này có các tình tiết như sau: Nguyên đơn và bị đơn thỏa thuận mua bán đồng cỏ khô vào ngày 01 tháng 12; Việc trả tiền cho đồng cỏ đã được thực hiện vào ngày 01 tháng 01 năm sau; Hai bên thỏa thuận rằng vẫn để đồng cỏ tại ruộng của bị đơn cho tới ngày 01 tháng 05 mặc dù đã trả tiền; Trước ngày 01 tháng 05, đồng cỏ bị cháy; Nguyên đơn đòi bồi thường⁸.

Giải thích về Common Law, J. E. Smyth, D. A. Soberman, J. H. Telfer và R. Johanson nói: một hệ thống pháp luật phức tạp có sự phân biệt giữa hai khái niệm quyền chiếm hữu và quyền sở hữu mà hai quyền này trong các xã hội sơ khai xem là hòa trộn dựa trên sức mạnh vật lý của sự chiếm hữu. Các luật gia này cho biết sự phân biệt giữa quyền sở hữu và quyền chiếm hữu là vấn đề pháp lý được ghi nhận trong pháp luật Anh⁹.

Các nước theo truyền thống Civil Law quan niệm quyền sở hữu bao gồm quyền sử dụng, quyền thu lợi và quyền định đoạt. Chẳng hạn: Điều 206, BLDS Nhật Bản quy định: “Chủ sở hữu có quyền, phụ thuộc vào các giới hạn của luật và các sắc lệnh, tự do sử dụng, thu lợi và định đoạt tài sản thuộc sở hữu của mình”; Điều 544, BLDS Pháp quy định: “Quyền sở hữu là quyền hưởng dụng và định đoạt tài sản một cách tuyệt đối, miễn là không sử dụng tài sản vào việc pháp luật cấm”; Điều thứ 462, BLDS Bắc Kỳ 1931 cũng có quy định tương tự; Điều 348, BLDS Tây Ban Nha quy định: “Quyền sở hữu là quyền hưởng dụng và quyền định đoạt tài sản mà không có giới hạn nào khác hơn giới hạn được thiết lập bởi luật”. Quan niệm về nội dung của quyền sở hữu như vậy thừa hưởng từ nội dung của quyền sở hữu theo Luật La Mã, bao gồm: (1) *Usus* (sử dụng

vật), có nghĩa là thu được lợi ích một cách đơn giản từ việc có vật; (2) *Fructus*: (thu nhặt lợi ích từ vật), có nghĩa là thu nhặt bất kỳ thứ gì có được từ vật do bản chất của vật mang lại; (3) *Abusus* (định đoạt vật), có nghĩa là quyết định số phận của vật về mặt vật lý và pháp lý.

Việc chiếm hữu một vật chất liệu là cần thiết để một vật trở thành tài sản. Nhưng quyền chiếm hữu thường được xem là một quan hệ thực tế. Vì vậy, Điều 854, khoản 1, BLDS Đức quy định: “Quyền chiếm hữu một vật được thủ đắc bởi việc nắm quyền kiểm soát thực tế đối với vật”.

Quyền sở hữu là một vật quyền mẫu mực và trở thành trung tâm của luật dân sự, bởi quyền sở hữu là một quyền lớn nhất thiết lập trên tài sản thể hiện chủ quyền đối với tài sản mà không có quyền nào đứng trên nó và là cơ sở cho tất cả các vật quyền chính yếu khác. Bản chất của quyền sở hữu là độc quyền hay quyền loại trừ những người khác. Vì vậy, quyền loại trừ được xem là xương sống của quyền sở hữu¹⁰ ở tất cả các truyền thống pháp luật. Quyền này thường được làm bật lên trong sở hữu trí tuệ. Vì vậy, BLDS Đức định nghĩa về quyền sở hữu như sau: “Chủ sở hữu của tài sản có thể, trong chừng mực không trái với pháp luật hoặc quyền của những người thứ ba, hành xử với tài sản theo sự lựa chọn của mình và loại trừ những người khác từ bất kể một sự can thiệp nào. Chủ sở hữu của một con vật phải cân nhắc tới những quy tắc pháp lý đặc biệt về việc bảo vệ vật khi thực hiện quyền sở hữu của mình” (Điều 903).

Các quy định này không nói tới nội dung của quyền sở hữu nhưng nhấn mạnh tới nguyên tắc chủ sở hữu có toàn quyền theo ý chí của mình đối với tài sản thuộc sở hữu của mình và quyền loại trừ. Ngoài ra thiết lập nguyên tắc đặc biệt đối với bảo vệ động vật.

(8) H. R. Light, *The Legal Aspects of Business and General Principles of Law*, Sir Isaac Pitman & sons LTD, London, 1967, p. 242.

(9) J. E. Smyth, D. A. Soberman, J. H. Telfer, R. Johanson, *Australian business law*, Prentice-Hall of Australia Pty. Ltd., Australia, 1980

(10) Bruce Ziff, *Principles of Property Law*, Second Edition, Carswell, 1996, p. 6.

2.2. Quan niệm về các vật quyền khác vật quyền sở hữu

Điều 173, BLDS 2005 rụt rè đưa ra các quy định khó hiểu và bất cập sau:

“1. Người không phải là chủ sở hữu chỉ có quyền chiếm hữu, sử dụng, định đoạt tài sản không thuộc sở hữu của mình theo thỏa thuận với chủ sở hữu tài sản đó hoặc theo quy định của pháp luật.

2. Các quyền của người không phải là chủ sở hữu đối với tài sản bao gồm:

- a) Quyền sử dụng đất;
- b) Quyền sử dụng hạn chế bất động sản liền kề;
- c) Các quyền khác theo thỏa thuận hoặc theo quy định của pháp luật.

3. Việc chủ sở hữu chuyển quyền sở hữu tài sản cho người khác không phải là căn cứ để chấm dứt các quyền của người không phải là chủ sở hữu đối với tài sản đó quy định tại khoản 2 Điều này.

4. Các quyền đối với tài sản của người không phải là chủ sở hữu được bảo vệ theo quy định tại Điều 261 của Bộ luật này.

5. Các quyền của người không phải là chủ sở hữu đối với tài sản phải đăng ký bao gồm quyền sử dụng đất, quyền sử dụng hạn chế bất động sản liền kề theo thỏa thuận và các quyền khác theo quy định của pháp luật”.

Và Điều 261, BLDS 2005 được nói tới ở điều trên chỉ đề cập tới quyền sử dụng đất và quyền sử dụng hạn chế bất động sản liền kề.

Các Điều luật này thể hiện ý đồ của nhà làm luật phân chia các vật quyền thành hai loại là các quyền trên tài sản của mình và các quyền trên tài sản của người khác. Song đáng tiếc là hai điều luật này lại không nói được đầy đủ các vật quyền mà chỉ tập trung nói tới quyền sử dụng đất và địa dịch theo nghĩa hẹp. Trong khi đó chẳng biết vô tình hay hữu ý mà Bộ luật Dân sự 2005 lại đề cập tới nhiều vật quyền hơn thế. Để thấy rõ các bất cập của hai điều luật này cần giới thiệu

quan niệm về vật quyền từ trước tới nay trên thế giới.

Quyền sở hữu là vật quyền thống trị và làm cơ sở cho việc phân chia và xác định các vật quyền khác mà các vật quyền này thường được gọi là các chi phân của quyền sở hữu. Được gọi là chi phân của quyền sở hữu bởi chúng là quyền sở hữu bị tiết giảm đi thành tổ nào đó. Các vật quyền này được trao cho người khác không phải là chủ sở hữu của tài sản. Vì vậy, khi một vật quyền được tạo lập thì lập tức xuất hiện hai loại quyền cùng tồn tại trên một vật - đó là quyền sở hữu của chủ sở hữu và quyền của người khác trên vật đó, có nghĩa là chi phân của quyền sở hữu được thiết lập khi có hai vật quyền cùng tồn tại trên một đối tượng. Quyền sở hữu còn lại gọi là quyền sở hữu tối thiểu bởi nó đã bị cắt đi một phần bởi chi phân của quyền sở hữu. Và khi chi phân của quyền sở hữu chấm dứt thì quyền sở hữu lại trọn vẹn.

Vật quyền được thiết lập trên vật cụ thể đang tồn tại và nói tới mối quan hệ giữa người với vật, có nghĩa là người có vật quyền có quyền trực tiếp và tự do tiếp cận vật mà mình có quyền để thực hiện quyền đó.

Nếu vật quyền không phải là quyền sở hữu thì chủ sở hữu là người bị động; do đó, người có vật quyền chịu rủi ro trong phạm vi quyền mình có. Người có vật quyền có quyền yêu cầu tòa án bảo vệ quyền của mình chống lại sự xâm phạm của người khác và được ưu tiên hơn những người thủ đắc sau với điều kiện đã đăng ký (nếu là bất động sản)¹¹.

Vì các lẽ trên, BLDS của Tiểu bang Louisiana có quy định tổng quát như sau:

“Điều 476. Các quyền đối với tài sản

Một người có thể có các quyền khác nhau đối với tài sản:

1. Quyền sở hữu;
2. Dịch quyền thuộc người (personal servitudes) và dịch quyền thuộc vật (predial

(11) John E. C. Brierley, Roderick A. Macdonald, *Quebec Civil Law- An Introduction to Quebec Private Law*, Emond Montgomery Publications Limited, Toronto, Canada, 1993, p. 283.

servitudes); và

3. Các vật quyền khác theo quy định của pháp luật”.

Vật quyền còn có thể được chia thành: Vật

loại và mô tả đầy đủ các vật quyền, có nghĩa là mô tả quan hệ giữa người và vật phát sinh một cách khách quan. Từ xưa tới nay người ta xem các vật quyền là phạm vi truyền thống

của luật tài sản. Do đó không thể lảng tránh câu chuyện này. Kinh nghiệm Trung Quốc cho thấy, các vật quyền (ngoài quyền sở hữu) hiện nay được xem xét trực diện trong Đạo luật về tài sản mới ban hành 2007. Tuy

“...BLDS 2005 đã không đưa ra được quan niệm tài sản dựa trên sự phân loại thích hợp; quan niệm về quyền sở hữu khác biệt so với thế giới và không nhìn nhận đầy đủ các vật quyền - các quyền xuất hiện một cách khách quan trong đời sống dân sự”.

“...Trước hết cần xây dựng mô hình BLDS mà tại đó, phải phân loại và mô tả đầy đủ các vật quyền, có nghĩa là mô tả quan hệ giữa người và vật phát sinh một cách khách quan”...”thay đổi tận gốc quan niệm về quyền sở hữu và tách quyền chiếm hữu ra khỏi nội dung của quyền sở hữu cho phù hợp với giao lưu dân sự và kinh tế, thương mại ngày nay”...”chia các quyền trên tài sản của người khác thành dịch quyền thuộc người bao gồm quyền hưởng dụng (trên cả động sản và bất động sản), quyền ngụ cư, quyền sử dụng; và dịch quyền thuộc vật”...

quyền chính yếu như quyền sở hữu...; và vật quyền phụ thuộc có chức năng bảo đảm thực hiện nghĩa vụ, có đặc điểm là không tồn tại độc lập mà phụ thuộc vào quyền đối nhân.

Các vật quyền có thể phát sinh bởi ý chí (hợp đồng, di chúc) và ngoài ý chí (chiếm giữ, phụ thêm và thủ đắc do thời hiệu).

Tóm lại, BLDS 2005 đã không đưa ra được quan niệm tài sản dựa trên sự phân loại thích hợp; quan niệm về quyền sở hữu khác biệt so với thế giới và không nhìn nhận đầy đủ các vật quyền - các quyền xuất hiện một cách khách quan trong đời sống dân sự.

3. Định hướng cải cách các quy định về tài sản và quyền sở hữu trong Bộ luật Dân sự 2005

1. Có lẽ, xây dựng lại BLDS thay thế BLDS 2005 là mong muốn lớn của nhiều luật gia Việt Nam hiện nay. Vì vậy, trước hết cần xây dựng mô hình BLDS mà tại đó phải phân

nhiên, trong việc xây dựng mô hình BLDS phải lựa chọn được một chủ thuyết về pháp điển hóa luật dân sự mà trong đó có chủ thuyết về luật tài sản.

2. Trong mô hình BLDS tương lai cần tính đến việc thay đổi tận gốc quan niệm về quyền sở hữu và tách quyền chiếm hữu ra khỏi nội dung của quyền sở hữu cho phù hợp với giao lưu dân sự và kinh tế, thương mại ngày nay. Gắn với chúng là việc thiết lập quy chế cho ba loại tài sản: tài sản chung, tài sản công và tài sản tư, trong đó tài sản công do nhà nước đại diện chủ sở hữu, còn tài sản chung có quy chế bảo vệ và khai thác thích hợp.

3. Xuất phát từ các thành tố của quyền sở hữu mà loài người hiện nay thừa hưởng từ Luật La Mã, nên chia các quyền trên tài sản của người khác thành dịch quyền thuộc người bao gồm quyền hưởng dụng (trên cả động sản và bất động sản), quyền ngụ cư, quyền sử dụng; và dịch quyền thuộc vật. ■

Nhầm lẫn trong chế định hợp đồng:

những bất cập và hướng sửa đổi

Bộ luật Dân sự

■ ĐỖ VĂN ĐẠI (*)

Dẫn nhập

Hợp đồng là kết quả của sự ưng thuận giữa các bên. Trong thực tế, không hiếm trường hợp sự ưng thuận này có «*khiếm khuyết*» và nhìn chung, pháp luật hợp đồng các nước đều dự liệu ba trường hợp «*khiếm khuyết*» cho phép tuyên bố hợp đồng vô hiệu. Đó là *nhầm lẫn*, *lừa dối*, *đe dọa* trong quá trình giao kết hợp đồng. Ở Việt Nam, vấn đề xử lý *lừa dối* hay *đe dọa* trong giao kết hợp đồng đã tồn tại khá sớm. Một số quy định trong Bộ luật Hồng Đức (thế kỷ 15) đã tiềm ẩn những quy định về hai «*khiếm khuyết*» này. Chẳng hạn, về *lừa dối*, theo Điều 187, Bộ luật Hồng Đức, “trong các chợ tại kinh thành và thôn quê, những người mua bán không theo đúng cân, thước, thăng, đấu của Nhà nước mà làm riêng của mình để mua bán thì xử tội *biếm*

hoặc *đồ*”. Tương tự, theo điều 190 «người dùng thăng, đấu, cân, thước để mua bán lấy lợi riêng thì tội cũng như tội ăn trộm». Cũng tương tự, Điều 191 phạt “những người làm đồ khí dụng giả dối và vải lụa ngắn hẹp để đem bán” 50 roi, giáng hạ một bậc, và bắt sung công hàng hóa. Về *đe dọa*, theo Điều 198, Bộ luật Hồng Đức, “những người từ chối không tiêu tiền đồng bị sứt mẻ hoặc đòi giá hàng quá cao mới bán, hay là đóng cửa hàng không bán để bán giấu ở trong nhà, thì đều phải tội hạ bậc và bắt điếu đi trước công chúng 3 ngày. Những hàng hóa nói trên đều bị tịch thu sung công. Những người cậy quyền mua hàng ức hiếp, thì cũng bị tội như thế”. Tương tự, theo Điều 355, Bộ luật Hồng Đức, “người nào ức hiếp để mua ruộng đất của người khác thì phải *biếm* hai tự và cho lấy lại tiền mua”. Tuy nhiên, trong cổ luật Việt Nam, việc xử lý *khiếm khuyết* trên mang nhiều màu sắc hình sự hơn dân sự so với pháp luật đương đại.

(*) TS, Trưởng Bộ môn Luật Dân sự, ĐH Luật TP. HCM.

Các quy định về “nhằm lẫn” dường như lại không thấy thể hiện trong Bộ luật Hồng Đức như lừa dối hay đe dọa mà chúng ta vừa nêu. Rất khó kết luận từ thời điểm nào chế định “nhằm lẫn” bắt đầu tồn tại trong hệ thống pháp luật Việt Nam¹. Từ những năm 80 của thế kỷ thứ 20 đến nay, chúng ta có một số văn bản ảnh hưởng ít nhiều tới lĩnh vực hợp đồng. Đó là Pháp lệnh Hợp đồng dân sự (HDDS - hết hiệu lực năm 1996), Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế (HĐKT - hết hiệu lực năm 2006), Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 1995 (hết hiệu lực năm 2006), Luật Thương mại (LTM) năm 1997 (hết hiệu lực năm 2006), LTM năm 2005 và BLDS năm 2005. Trong các văn bản này chỉ có Pháp lệnh HDDS và BLDS có quy định về nhằm lẫn. Cụ thể, theo khoản 3, Điều 15, Pháp lệnh HDDS, hợp đồng vô hiệu “khi một bên hợp đồng bị nhằm lẫn về nội dung chủ yếu của hợp đồng” và theo khoản 1, Điều 141, BLDS năm 1995, “khi một bên do nhằm lẫn về nội dung chủ yếu của giao dịch mà xác lập giao dịch, thì có quyền yêu cầu bên kia thay đổi nội dung của giao dịch đó; nếu bên kia không chấp nhận yêu cầu thay đổi của bên bị nhằm lẫn, thì bên bị nhằm lẫn có quyền yêu cầu Tòa án tuyên bố giao dịch vô hiệu”. BLDS năm 2005 cũng có quy định về nhằm lẫn tại Điều 131 mà chúng ta sẽ phân tích kỹ ở phần tiếp theo. Pháp lệnh HĐKT, LTM năm 1997 và LTM năm 2005 đều có quy định về hợp đồng nhưng không có quy định về nhằm lẫn. Do đó, khi vấn đề nhằm lẫn trong giao kết hợp đồng được đặt ra, Tòa án thường “mượn” các quy định của Pháp lệnh HDDS hay của BLDS để giải quyết. Ví dụ, liên quan đến một tranh chấp trong lĩnh vực kinh doanh, thương mại, Tòa án đã áp dụng Pháp lệnh HDDS với nội dung sau đây: “Mặc dù tại phiên tòa phúc thẩm hôm nay, ông Trần Ngọc Cừ không thừa nhận là mình có sửa số từ 342m² đất được cấp để ký hợp

đồng liên doanh xây dựng nhà với Công ty xây dựng kinh doanh nhà (nay là Công ty cổ phần địa ốc Sài Gòn) nhưng theo hồ sơ thể hiện về phía Lữ đoàn 596 xác định Lữ đoàn chỉ có cấp 342m² đất cho ông Cừ theo quyết định số 02 ngày 10/11/1986 chứ không đến 942m² đất như ông Cừ khai (Lữ đoàn không còn bản chính của quyết định số 02 nhưng về sổ sách theo dõi thì Lữ đoàn vẫn còn ghi sổ lưu, việc này đã được Bộ Tư lệnh Thông tin giải quyết, Bộ Tư lệnh Thông tin có ra quyết định số 206g3/QĐ ngày 18/6/1997 thu hồi lại diện tích 666m² đất (Bút lục 104 và 74), ông Cừ không có khiếu nại lại quyết định trên, quyết định trên đã có hiệu lực pháp luật, cấp sơ thẩm cho rằng chưa có căn cứ để xác định ông Cừ có hành vi lừa dối khi ký kết hợp đồng bằng việc sửa chữa lại nội dung của quyết định số 02 nhưng với phân tích như trên thì có căn cứ để xác định ông Cừ có lỗi trong việc làm cho Công ty xây dựng và kinh doanh nhà nhằm lẫn về quyền sử dụng đất đối với khu đất mà ông Cừ đã thỏa thuận hợp tác - xây dựng, dẫn đến hợp đồng bị vô hiệu, không thực hiện được là do lỗi của ông Cừ, nên ông Cừ phải chịu trách nhiệm bồi hoàn khoản thiệt hại gián tiếp (vốn bị ứ đọng) cho Công ty xây dựng và kinh doanh nhà (nay là Công ty cổ phần địa ốc Sài Gòn theo quy định tại khoản 4 điều 16 Pháp lệnh HDDS)”². Tương tự, liên quan đến nhằm lẫn sản phẩm giữa hai công ty, Tòa án đã sử dụng BLDS năm 1995 để giải quyết. Cụ thể, theo Tòa án, “xét các bên thỏa thuận mua bán sản phẩm để dùng cho sản phẩm da tổng hợp PO là vật liệu không có thực, căn cứ vào điều 141 BLDS 1995 thì hợp đồng số 241 và 243 bị vô hiệu do nhằm lẫn. Do đó, hội đồng xét xử vô hiệu hợp đồng 241 và 243 do việc các bên giao dịch mua bán Myflame 84527E để dùng cho vật liệu PO là loại vật liệu không có thật”³.

(1) Về chế định hợp đồng hay khế ước trong cổ luật Việt Nam, xem Bộ Tư pháp, Một số vấn đề về pháp luật dân sự Việt Nam từ thế kỷ XV đến thời Pháp thuộc, Nxb. CTQG, 2007, tr. 57 và tiếp theo.

(2) Bản án số 82/2008/KDTM-PT ngày 11/06/2008 của Tòa phúc thẩm Tòa án nhân dân tối cao tại TP. Hồ Chí Minh.

(3) Bản án số 380/2006/KDTM-ST ngày 01/08/2006 của Tòa án nhân dân TP. Hồ Chí Minh.

BLDS 2005 đã có sự sửa đổi so với BLDS năm 1995 và Pháp lệnh HĐDS về nhầm lẫn. Cụ thể, Điều 131 BLDS năm 2005 về “giao dịch dân sự vô hiệu do bị nhầm lẫn” quy định: “Khi một bên có lỗi vô ý làm cho bên kia nhầm lẫn về nội dung của giao dịch dân sự mà xác lập giao dịch thì bên bị nhầm lẫn có quyền yêu cầu bên kia thay đổi nội dung của giao dịch đó, nếu bên kia không chấp nhận thì bên bị nhầm lẫn có quyền yêu cầu Tòa án tuyên bố giao dịch vô hiệu. Trong trường hợp một bên do lỗi cố ý làm cho bên kia nhầm lẫn về nội dung của giao dịch thì được giải quyết theo quy định tại Điều 132 của Bộ luật này”. Trong quá trình vận dụng chế định này chúng ta thấy thể hiện một số bất cập về nguyên nhân gây nhầm lẫn (I), đối tượng của nhầm lẫn (II), xử lý vấn đề nhầm lẫn (III) cũng như về khái niệm nhầm lẫn (IV).

1. Về nguyên nhân của sự nhầm lẫn

1.1. Hai nguyên nhân

BLDS đưa ra hai nguyên nhân của sự nhầm lẫn làm cho hợp đồng vô hiệu.

Theo đoạn 1 của Điều 131, nhầm lẫn của một bên là do «lỗi vô ý» của bên kia. Trong vụ việc liên quan đến ông Cừ ở trên, chúng ta có thể cho rằng bên Công ty cổ phần địa ốc Sài Gòn đã có nhầm lẫn và nhầm lẫn này là do phía ông Cừ nhưng đó là «lỗi vô ý». Bởi lẽ, ông Cừ không «cố ý» làm cho Công ty nhầm lẫn; ông không cố ý thay đổi nội dung hợp đồng mà chỉ «vô ý» làm cho Công ty hiểu nhầm. Đoạn 2 của điều luật trên còn đề cập đến nhầm lẫn của một bên do «lỗi cố ý» của bên kia. Đối với trường hợp này chúng ta xử lý như lừa dối. Vụ việc sau đây dường như là trường hợp một bên nhầm lẫn do lỗi cố ý của bên kia⁴: Công ty Vĩnh Ký đồng ý chuyển nhượng cho Công ty Trang Anh 42.175 m² đất trong đó có 10.000 m²

là đất xây dựng nhà máy và 32.175 m² là đất nông nghiệp. Tuy nhiên, từ năm 1996 Công ty Vĩnh Ký biết là đất không còn được sử dụng vào mục đích xây dựng nhà máy nhưng lại không thông báo cho Công ty Trang Anh. Ở đây, bên mua đã hiểu không đúng về đối tượng của hợp đồng và việc này dường như do sự cố ý của bên bán là không nói rõ thông tin của mình về tài sản cho bên mua. Trong quá trình giải quyết tranh chấp, theo kháng nghị của Chánh án Tòa án nhân dân tối cao, “bên bán biết rõ 10.000 m² đất đã thay đổi quy hoạch từ năm 1996, nhưng khi bán không thông báo cụ thể cho bên mua biết là có lỗi”. Cuối cùng, theo Hội đồng thẩm phán, “từ năm 1996 Công ty Vĩnh Ký đã biết 10.000 m² đất không còn sử dụng được vào mục đích xây dựng nhà máy, nhưng khi ký hợp đồng đã gian dối không thông báo rõ tình trạng đất cho Công ty Trang Anh”⁵.

Như vậy, BLDS năm 2005 dự liệu hai trường hợp nhầm lẫn của một bên: nhầm lẫn do lỗi vô ý hay cố ý của bên kia và thực tế cho thấy hai loại nhầm lẫn này hoàn toàn có thể tồn tại. Tuy nhiên, ngoài hai nguyên nhân trên, BLDS không có đưa ra một nguyên nhân nào khác nữa và đây chính là một bất cập.

1.2. Thiếu nguyên nhân

Trong thực tế có thể xảy ra một bên nhầm lẫn mà bên kia hoàn toàn “không có lỗi”; bên kia không có lỗi cố ý hay lỗi vô ý. Bởi, cả hai cùng có nhầm lẫn và không thể suy luận rằng một ai trong hai bên có lỗi. Ví dụ, bên bán nghĩ rằng tài sản của mình bán là đồ cổ của thế kỷ thứ 15 và người mua cũng nghĩ là như vậy. Một thời gian sau, cả hai bên được biết rằng đây là đồ cổ của thế kỷ thứ 12. Như vậy, bên bán có nhầm lẫn, bên mua cũng vậy và nhầm lẫn của bên bán hoàn toàn không có “lỗi” của bên mua. Những ví dụ loại này không hiếm trong thực tế.

(4) Về vụ việc này, xem thêm Đỗ Văn Đại, Luật hợp đồng Việt Nam-Bản án và Bình luận bản án, Nxb. CTQG 2009 (Tái bản lần thứ nhất, có sửa chữa, bổ sung), Bản án số 12.

(5) Quyết định số 30/2003/HĐTP-DS ngày 03/11/2003 của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao.

Ví dụ, ngày 15/11/1998, anh Mạnh mua của anh Thắng một chiếc xe Dream với giá là 28 triệu đồng. Ngày 8/12/1998, khi vợ anh Mạnh sử dụng thì Công an kiểm tra giấy tờ và phát hiện xe máy này là tang vật của một vụ án đang điều tra. Theo Tòa án, “thực tế chiếc xe Dream II anh Thắng đã bán cho anh Mạnh không phải là của anh mà là tang vật của vụ cướp tài sản của công dân nên hợp đồng mua bán xe giữa anh Thắng với anh Mạnh là vô hiệu. Buộc anh Thắng phải có trách nhiệm trả anh Mạnh số tiền 28 triệu đồng”. Cũng theo Tòa án, “việc anh Thắng mua chiếc xe máy Dream II của anh Quang cũng là anh bị nhầm lẫn và không biết chiếc xe này là tang vật của vụ án hình sự”. Từ đó, Tòa án đã căn cứ vào “điều 136 và 141-146 BLDS (năm 1995)” để “xác định giao dịch dân sự giữa anh Thắng và anh Mạnh là vô hiệu (...); chấp nhận yêu cầu của anh Mạnh đòi anh Thắng số tiền 28 triệu đồng”⁶. Đối với Tòa án, hợp đồng vô hiệu vì có nhầm lẫn. Bởi Tòa án đã viện dẫn Điều 141 BLDS năm 1995 trong khi đó điều này quy định “giao dịch dân sự vô hiệu do bị nhầm lẫn”. Ở đây, bên mua là anh Mạnh có nhầm lẫn, khi mua anh Mạnh không thể nghĩ rằng đây là tang vật của một vụ án hình sự, nhưng thực tế đây lại là tang vật của một vụ cướp. Vẫn theo Tòa án, bản thân anh Thắng “cũng” “bị nhầm lẫn”.

Trong vụ việc vừa nêu, hợp đồng bị vô hiệu do nhầm lẫn là hợp đồng giữa anh Mạnh và anh Thắng; cả hai cùng nhầm lẫn. Do vậy, không thể coi ai trong hai người có lỗi cả. Tòa án đã vận dụng BLDS năm 1995 và cho rằng có nhầm lẫn làm cho hợp đồng vô hiệu. Cách giải quyết như vậy là hoàn toàn thuyết phục. Bởi, BLDS năm 1995 (và Pháp lệnh HỖDS) không phân biệt nguyên nhân của nhầm lẫn như BLDS năm 2005. Do đó, mọi nguyên nhân làm cho một bên nhầm lẫn đều thuộc phạm vi điều chỉnh của BLDS năm 1995. BLDS năm 2005 thay đổi so với BLDS

năm 1995 và chỉ đề cập đến 02 nguyên nhân, do đó cách giải quyết của BLDS năm 2005 là chưa toàn diện, không đầy đủ. Nếu vụ việc tương tự như trên xảy ra và phải áp dụng BLDS năm 2005 thì chúng ta thiếu cơ sở pháp lý để giải quyết.

1.3. Hướng sửa đổi BLDS

Thực chất, việc quy định như BLDS năm 2005 có vẻ thuyết phục khi phân biệt lỗi cố ý hay lỗi vô ý nhưng thực tế cách quy định này không đầy đủ, thiếu toàn diện như đã phân tích. Chúng ta nên sửa đổi BLDS theo hướng là không nên giới hạn các nguyên nhân làm cho một bên nhầm lẫn ở lỗi cố ý hay vô ý của bên kia. Vậy hướng sửa đổi BLDS nên tiến hành như thế nào?

Cách sửa đổi thứ nhất là chúng ta nên quay lại Pháp lệnh HỖDS và BLDS năm 1995 bằng cách quy định cho phép yêu cầu tuyên bố hợp đồng vô hiệu do nhầm lẫn mà không quy định “nguyên nhân” của sự nhầm lẫn: tất cả các nguyên nhân làm cho một bên nhầm lẫn đều có thể làm cho hợp đồng vô hiệu. Nếu theo hướng này, chúng ta có thể thay đoạn “khi một bên có lỗi vô ý làm cho bên kia nhầm lẫn (...) mà xác lập giao dịch thì bên bị nhầm lẫn có quyền yêu cầu bên kia thay đổi nội dung của giao dịch đó...” thành “khi một bên nhầm lẫn (...) mà xác lập giao dịch thì bên bị nhầm lẫn có quyền yêu cầu bên kia thay đổi nội dung của giao dịch đó...”. Với cách sửa đổi này chúng ta không phân biệt nguyên nhân làm cho một bên nhầm lẫn; quy định này bao gồm nhầm lẫn do lỗi vô ý, lỗi cố ý của một bên hay cả trường hợp hai bên cùng có lỗi. Điều đó có nghĩa là ngoài hai nguyên nhân làm cho một bên nhầm lẫn như hiện nay chúng ta đã thêm các nguyên nhân khác. Về đoạn 2 của Điều 131, theo đó “trong trường hợp một bên do lỗi cố ý làm cho bên kia nhầm lẫn (...) thì được giải quyết theo quy định tại Điều 132

(6) Bản án số 08/DSST ngày 9/2/1999 của Tòa án nhân dân Quận Hai Bà Trưng.

của Bộ luật này”, chúng ta nên giữ để cho phép áp dụng các quy định về lừa dối đối với nhằm lẫn do lỗi cố ý của một bên.

Lưu ý là Cộng hòa Pháp đang sửa đổi BLDS về phân hợp đồng và hiện nay họ đã có một dự thảo sửa đổi. Ở đây họ cũng không quan tâm đến nguyên nhân của sự nhằm lẫn. Do vậy, chúng ta hoàn toàn có thể theo hướng này.

Cách sửa đổi thứ hai là, ngoài hai nguyên nhân làm cho một bên nhằm lẫn như BLDS hiện nay, chúng ta bổ sung thêm một nguyên nhân nữa. Đó là một bên nhằm lẫn về một vấn đề mà bên kia cũng bị nhằm lẫn: cả hai cùng nhằm lẫn. Với hướng đi này thì sau đoạn 1 của Điều 131, theo đó, “Khi một bên có lỗi vô ý làm cho bên kia nhằm lẫn ...” chúng ta có thể thêm một đoạn nữa là các quy định trên cũng được áp dụng đối với trường hợp “cả hai bên cùng nhằm lẫn”.

Lưu ý là hướng xử lý như trên đã được thể hiện trong Bộ nguyên tắc châu Âu về hợp đồng. Ở đây, Điều 4:103 đã cho phép một bên yêu cầu tuyên bố hợp đồng vô hiệu (nếu các điều kiện khác hội đủ) khi: (i) nhằm lẫn được gây ra do thông tin của bên kia cung cấp, (ii) bên kia biết hoặc phải biết có nhằm lẫn nhưng đã để cho nạn nhân nhằm lẫn trái với nguyên tắc thiện chí, (iii) hoặc bên kia cũng có cùng nhằm lẫn. Theo các nhà bình luận thì “tất cả các hệ thống luật đều cho phép tuyên bố vô hiệu hợp đồng đối với mỗi bên khi các bên giao kết hợp đồng trên cơ sở của việc nhằm lẫn quan trọng chung, ví dụ như ở Áo, ở Ý”⁷. Bộ nguyên tắc Unidroit về hợp đồng thương mại quốc tế cũng theo hướng này tại Điều 3.5. Cụ thể, theo điểm a, khoản 1, một bên được yêu cầu tuyên bố hợp đồng vô hiệu do nhằm lẫn (nếu các điều kiện khác hội đủ) “*khi bên kia cũng có cùng nhằm lẫn* hoặc là nguyên nhân của sự nhằm lẫn hoặc đã biết hay phải biết về tình trạng nhằm lẫn nhưng đã để nạn nhân nhằm

lẫn trái với nguyên tắc thiện chí trong lĩnh vực thương mại”.

Có thể có ý kiến cho rằng, không cần sửa đổi BLDS mà chỉ cần “mở rộng” khái niệm nhằm lẫn “do lỗi vô ý” đối với trường hợp cả hai cùng nhằm lẫn, nên coi trường hợp cả hai cùng nhằm lẫn là một trường hợp *một bên nhằm lẫn “do lỗi vô ý” của bên kia*. Hướng đi này dường như không ổn vì việc xác định một bên có lỗi kéo theo hậu quả liên quan đến bồi thường thiệt hại. Do vậy, với cách “giải thích thông thoáng” khái niệm “lỗi” chúng ta có thể dẫn đến hậu quả là buộc một bên ngay tình phải chịu bồi thường thiệt hại. Trong trường hợp này, để bảo vệ bên ngay tình nếu vẫn xác định có “lỗi” để cho phép tuyên bố hợp đồng vô hiệu, chúng ta có thể quyết định bên “có lỗi” đó không phải bồi thường. Tuy nhiên, với cách xử lý này, chúng ta lại mâu thuẫn với quy định tại Điều 137, BLDS về “hậu quả pháp lý của giao dịch dân sự vô hiệu” theo đó “bên có lỗi gây thiệt hại phải bồi thường”.

2. Về đối tượng của sự nhằm lẫn

2.1. Nội dung hợp đồng

Trong thực tế, không hiếm trường hợp các bên nhằm lẫn nội dung hợp đồng; một bên yêu cầu sửa đổi phần nhằm lẫn và được bên kia cũng như Tòa án thừa nhận.

Ví dụ, vào năm 1997, vợ chồng bà Sáu, ông Tuấn có lập hợp đồng trao đổi nhà, đất với vợ chồng ông Hòa, bà Phương. Qua đó, ông Tuấn, bà Sáu giao phần đất ngang 05m; dài 20m cho vợ chồng ông Hòa bà Phương tọa lạc tại khóm 9, phường 7, thị xã Trà Vinh, nay là số 95 Nguyễn Thị Minh Khai, khóm 9, phường 7, thị xã Trà Vinh. Phía vợ chồng ông Hòa, bà Phương phải giao cho vợ chồng bà Sáu căn nhà 29/11 Phạm Thái Bường, phường 3, thị xã Trà Vinh. Theo yêu cầu của bà Sáu, vợ chồng ông Hòa, bà Phương làm thủ tục mua bán căn nhà trên cho con bà Sáu là Kiều Quốc Vương đứng tên, để thuận

(7) Xem G. Rouhette (chủ biên), Bộ nguyên tắc châu Âu về hợp đồng, Nxb. Société de législation comparée, 2003, tr. 198.

lợi cho việc hợp thức hóa. Nhưng khi đến phường làm thủ tục thì mới phát hiện trong giấy tờ chỉ ghi địa chỉ nhà là đường Độc Lập, khóm 2, phường 3. Bà Sáu cũng đã yêu cầu ký lại hợp đồng mới cho phù hợp với địa chỉ nhà đất trong giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà nhưng vợ chồng bà Phương, ông Hòa nghi ngờ có sự gian dối nên không đồng ý ký. Từ đó, bà Sáu yêu cầu hủy hợp đồng. Về vụ việc này, theo Tòa án, “xét thấy tại phiên tòa hôm nay anh Vương được bà Sáu và ông Tuấn ủy quyền tự nguyện rút lại đơn kháng cáo không yêu cầu hủy hợp đồng trao đổi nhà đất, chỉ yêu cầu ông Hòa và bà Phương lập lại hợp đồng trao đổi nhà, đất lập vào năm 1997. Yêu cầu của anh Vương được ông Hòa và bà Phương chấp nhận lập lại hợp đồng mới cho anh Vương theo đúng địa chỉ căn nhà số 29/11, Phạm Thái Bường, phường 3, thị xã Trà Vinh. Xét thấy việc thỏa thuận giữa anh Vương với ông Hòa, bà Phương là sự tự nguyện đúng pháp luật nên công nhận”⁸.

Ba văn bản về hợp đồng có quy định về nhầm lẫn là Pháp lệnh HĐDS, BLDS năm 1995 và BLDS năm 2005 đều chỉ đề cập tới nhầm lẫn về “nội dung” của hợp đồng. Cụ thể, theo khoản 3, Điều 15, Pháp lệnh HĐDS, hợp đồng vô hiệu “khi một bên hợp đồng bị nhầm lẫn về nội dung chủ yếu của hợp đồng” và theo khoản 1, Điều 141, BLDS năm 1995, “khi một bên do nhầm lẫn về nội dung chủ yếu của giao dịch mà xác lập giao dịch, thì có quyền yêu cầu bên kia thay đổi nội dung của giao dịch đó; nếu bên kia không chấp nhận yêu cầu thay đổi của bên bị nhầm lẫn, thì bên bị nhầm lẫn có quyền yêu cầu Tòa án tuyên bố giao dịch vô hiệu”. BLDS năm 2005 có quy định về nhầm lẫn tại Điều 131 và ở đây chúng ta cũng chỉ thấy đề cập tới nhầm lẫn “về nội dung” của hợp đồng. Một vấn đề đặt ra là khi có sự nhầm lẫn về chủ thể của hợp đồng thì phải giải quyết như thế nào?

2.2. Chủ thể của hợp đồng

Trong thực tế, hoàn toàn có thể xảy ra nhầm lẫn về chủ thể tham gia giao kết hợp đồng. Vụ việc sau đây dường như là một ví dụ⁹.

Ngày 21/4/2006, ông Trường và bà Thu có lập hợp đồng thỏa thuận hợp tác thành lập Công ty cổ phần đầu tư thẩm mỹ Xuân Trường với ngành nghề kinh doanh gồm mua bán mỹ phẩm, trang thiết bị y tế, dụng cụ thẩm mỹ, y ngoại tổng quát, đào tạo nghề. Ông Trường là Tổng Giám đốc. Lợi nhuận công ty sau khi trừ chi phí hoạt động chia đều 50% cho ông Trường và bà Thu. Công ty đã đi vào hoạt động được khoảng 2 tháng thì hai bên bắt đầu có mâu thuẫn. Ông Trường khởi kiện yêu cầu bà Thu phải bồi thường cho ông các khoản thiệt hại và khoản tiền mà ông đã đầu tư vào công ty. Tuy nhiên, khi giải quyết tranh chấp, Tòa án đã tuyên hợp đồng hợp tác giữa ông Trường và bà Thu là vô hiệu do nhầm lẫn (Tòa án đã viện dẫn Điều 131, BLDS năm 2005). Cơ sở để Tòa án cho rằng có sự nhầm lẫn trong hợp đồng thỏa thuận hợp tác giữa ông Trường và bà Thu là “Bà Thu không phải là bác sỹ nên bị nhầm lẫn y ngoại tổng quát với phẫu thuật tạo hình thẩm mỹ ngay từ khi xác lập hợp đồng thỏa thuận hợp tác”. Ở đây, Tòa án cho rằng sự nhầm lẫn xuất phát từ nhận thức của bà Thu bởi bà đã nhầm “y ngoại tổng quát” là “phẫu thuật tạo hình thẩm mỹ”. Điều đó có nghĩa là đối với bà Thu, có sự khác nhau giữa nhận thức của bà Thu về chuyên môn của ông Trường và “sự thật” về chuyên môn của ông Trường. Trong nhận thức của mình, bà Thu nghĩ rằng bằng cấp chuyên môn của ông Trường là y ngoại tổng quát, tức là ông Trường có chuyên môn về phẫu thuật thẩm mỹ nên mới hợp tác kinh doanh. Ông Trường có chuyên môn về y ngoại tổng quát nhưng ông lại không có chuyên môn về phẫu thuật thẩm

(8) Bản án số 193/2006/DSPT ngày 21/7/2006 của Tòa án nhân dân tỉnh Trà Vinh.

(9) Bản án số 49/2008/KDTM-PT ngày 10 tháng 04 năm 2008 của Tòa phúc thẩm Tòa án nhân dân tối cao tại TP. Hồ Chí Minh.

mỹ. Như vậy, nếu có nhầm lẫn như Tòa án đã nhận định thì đây là nhầm lẫn về chủ thể giao kết hợp đồng.

BLDS chỉ đề cập đến nhầm lẫn về «nội dung» của hợp đồng còn vụ việc vừa rồi dường như có nhầm lẫn về chủ thể. Mặc dù vậy, Tòa án vẫn cho tuyên bố hợp đồng vô hiệu. Xét về góc độ văn bản thì Tòa án đã thiếu cơ sở pháp lý.

Trong vụ việc sau đây, dường như hợp đồng đã được giao kết và một bên đã nhầm lẫn về chủ thể của hợp đồng.

Cụ thể, bà Lê Thị Hoà và ông Hoàng Hiếu Dân đã ly hôn ngày 11/5/2001, nhưng tại giấy vay ngày 18/1/2003 do ông Hoàng Hiếu Dân lập, xác định ông có vay bà Oanh 30 lượng vàng; phía dưới dòng chữ “Người vay” ông Dân ký tên và ghi rõ họ tên, phía bên phải giấy này có chữ ký bà Lê Thị Hoà.

Theo Tòa án, “không đủ cơ sở xác định bà Lê Thị Hoà là người vay (...). Tuy nhiên, bà Oanh nêu bà chỉ đồng ý cho hai vợ chồng vay chứ không cho ông Dân vay, vì ông Hoàng Hiếu Dân và bà Lê Thị Hoà muốn giấu tình trạng hôn nhân giữa hai người nên bà Hoà dù không vay nợ nhưng vẫn ký thì bà cũng có một phần lỗi làm bà Oanh nhầm tưởng mà cho vay, nên đây là giao dịch dân sự vô hiệu do bị nhầm lẫn và phải tuyên bố giao dịch này vô hiệu, bà Lê Thị Hoà phải có một phần trách nhiệm, cụ thể là bà Lê Thị Hoà phải trả ½ số nợ là phù hợp”. Ở đây, Tòa án đã áp dụng “Điều 131; Điều 137 BLDS”¹⁰ năm 2005, tức các quy định về nhầm lẫn trong BLDS.

Trong vụ việc vừa nêu, Tòa án cho rằng có nhầm lẫn và tuyên bố vô hiệu hợp đồng, nhưng với thông tin của bản án thì khó có thể khẳng định có nhầm lẫn về “nội dung” của hợp đồng. Nếu có nhầm lẫn ở đây thì đó dường như là nhầm lẫn về “chủ thể” của hợp đồng.

2.3. Sửa đổi BLDS

Phần trình bày trên cho thấy, văn bản chỉ giới hạn ở nhầm lẫn về nội dung của hợp đồng trong khi đó thực tế có thể tồn tại nhầm lẫn về chủ thể. Mặc dù văn bản chỉ giới hạn ở nhầm lẫn về nội dung, thực tiễn xét xử vẫn cho phép tuyên bố hợp đồng vô hiệu do nhầm lẫn về chủ thể. Tòa án dường như đã «vượt rào», thiếu cơ sở «văn bản» cho quyết định của mình. Để thực tiễn có «cơ sở pháp lý» cho những phán quyết của mình về nhầm lẫn đối với trường hợp như ở trên, chúng ta nên sửa đổi BLDS. Nên thêm quy định cho phép tuyên bố hợp đồng vô hiệu do nhầm lẫn về chủ thể.

Không hiếm hệ thống luật đã quy định rõ khả năng tuyên bố hợp đồng vô hiệu do có nhầm lẫn về chủ thể tham gia hợp đồng. BLDS Pháp cho phép tuyên bố hợp đồng vô hiệu do nhầm lẫn về chủ thể nếu đó là nhầm lẫn về những yếu tố quan trọng của đối tác và khi nhân thân của đối tác có vai trò quan trọng đối với quyết định giao kết hợp đồng. Giải pháp này vẫn được giữ lại và bổ sung trong dự thảo sửa đổi BLDS Pháp về hợp đồng. Ở Bỉ, Luxembourg, nhầm lẫn về chủ thể tham gia giao kết hợp đồng cũng là một lý do làm cho hợp đồng vô hiệu khi nhân thân của chủ thể có ảnh hưởng tới quyết định giao kết hợp đồng. Tương tự như vậy đối với pháp luật của Áo, Tây Ban Nha...¹¹.

Với việc so sánh và phân tích thực tiễn Việt Nam ở trên, thiết nghĩ, chúng ta nên bổ sung quy định về nhầm lẫn về chủ thể: một bên có quyền yêu cầu Tòa án tuyên bố hợp đồng vô hiệu do nhầm lẫn về chủ thể tham gia giao kết hợp đồng khi nhân thân của chủ thể tham gia giao kết hợp đồng là quan trọng trong việc giao kết. *(Kỳ sau đăng tiếp)*

(10) Bản án số 18/2007/DSPT ngày 04/01/2007 của Tòa án nhân dân TP. Hồ Chí Minh.

(11) Xem G. Rouhette (chủ biên), *Bộ nguyên tắc châu Âu về hợp đồng*, Nxb. Société de législation comparée, 2003, tr. 199.

LUẬT CÔNG ĐOÀN

MỘT SỐ BẤT CẬP VÀ HƯỚNG HOÀN THIỆN

■ LÊ THỊ HOÀI THU (*)

Luật Công đoàn 1990 đã thể chế hoá được các chủ trương, các định hướng của Đảng và Nhà nước trong lĩnh vực điều tiết quan hệ lao động. Tuy nhiên, trước sự biến đổi và phát triển nhanh chóng của các quan hệ xã hội, Luật này đã bộc lộ nhiều hạn chế, bất cập với thể chế kinh tế thị trường. Đồng thời, về kỹ thuật lập pháp, các quy định liên quan đến đối tượng, phạm vi điều chỉnh, cách tiếp cận xây dựng quyền công đoàn, sự phân công quyền và trách nhiệm giữa các cấp công đoàn, nội dung các điều luật, và đặc biệt là các cơ chế bảo đảm thực hiện quyền công đoàn... đã tỏ ra hạn chế, gây ảnh hưởng lớn đến khả năng đi vào cuộc sống. Do vậy, cần phải nghiên cứu để có những sửa đổi, bổ sung phù hợp.

1. Nhận xét chung

Luật Công đoàn năm 1990 (LCD) được Quốc hội khoá 8, kỳ họp thứ 7 thông qua vào ngày 30/06/1990 thay thế Luật Công đoàn năm 1957¹. LCD gồm 4 Chương 19 Điều, là cơ sở pháp lý để phát huy vai trò của công đoàn trong sự nghiệp đổi mới, phát triển nền kinh tế hàng hoá nhiều thành phần theo cơ chế thị trường, bảo đảm quyền dân chủ và lợi ích của người lao động trong thời kỳ công nghiệp hoá, hiện đại hoá đất nước. Vai trò, vị trí của tổ chức công đoàn đã được xác định rõ hơn trong hệ thống chính trị: “Công đoàn

là tổ chức chính trị - xã hội của giai cấp công nhân và của người lao động, cùng với các cơ quan nhà nước, tổ chức kinh tế, tổ chức xã hội chăm lo và bảo vệ quyền lợi của cán bộ, công nhân, viên chức và những người lao động khác; tham gia quản lý nhà nước và xã hội, tham gia kiểm tra, giám sát hoạt động của cơ quan nhà nước, tổ chức kinh tế, giáo dục cán bộ, công nhân, viên chức và những người lao động khác xây dựng và bảo vệ Tổ quốc”². LCD đã quy định về vị trí, chức năng, quyền và nghĩa vụ của tổ chức công đoàn cũng như trách nhiệm của các cơ quan, đơn vị... trong việc tạo điều kiện cho công đoàn thực hiện các quyền của công đoàn.

LCD là một trong những luật ra đời sớm

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

(1) Đây là Luật Công đoàn đầu tiên của nước ta được ban hành năm 1957 (tại Kỳ họp thứ 7 Quốc hội nước Việt Nam Dân chủ Cộng hoà tháng 9/1957).

(2) Điều 10 Hiến pháp năm 1992.

(năm 1957) và ngày càng phát huy tốt vai trò tác dụng trong quá trình phát triển kinh tế - xã hội ở nước ta. Đến nay, nhờ LCD, tổ chức và hoạt động công đoàn đã có bước phát triển tốt cả về số lượng và chất lượng¹.

Các quy định của LCD là cơ sở pháp lý quan trọng để tổ chức công đoàn thực hiện các chức năng, quyền và trách nhiệm cũng như địa vị xã hội của một tổ chức. Về hình thức, LCD đã trở thành hệ thống luật chuyên ngành tương đối quy củ với khá nhiều văn bản pháp luật. Nhiều quy định liên quan đến tổ chức công đoàn đã được đề cập trong các văn bản có hiệu lực pháp lý cao nhất như trong LCD và trong nhiều nghị định, quyết định, chỉ thị, thông tư... của các cơ quan quản lý ban hành, đặc biệt là Bộ luật Lao động đã dành cả Chương XIII quy định quyền và trách nhiệm của tổ chức công đoàn (từ Điều 153 đến Điều 156) và có tới 43 Điều liên quan trực tiếp đến công đoàn. Hệ thống pháp luật này đã điều chỉnh quan hệ lao động, cơ chế hoạt động công đoàn một cách tương đối toàn diện trong tất cả các thành phần kinh tế, kể cả các quan hệ lao động có yếu tố nước ngoài.

Về nguyên tắc, LCD đã thực hiện đồng bộ hai nguyên tắc: tôn trọng quyền độc lập, tự do hoạt động của công đoàn và đảm bảo quyền, trách nhiệm của công đoàn. Các nguyên tắc này là cơ sở để cho công đoàn hoạt động, đề cao địa vị pháp lý và thực hiện tốt các chức năng của mình, xây dựng mối quan hệ lao động hài hoà, ổn định, phát triển kinh tế song hành với tiến bộ xã hội.

Về nội dung, LCD đã xác định rõ quyền và trách nhiệm của công đoàn trên tất cả lĩnh vực của quan hệ lao động, đáp ứng yêu cầu của việc điều chỉnh quan hệ công đoàn hiện nay. Cụ thể là: Quyền gia nhập, thành lập và hoạt động công đoàn của người lao động thuộc mọi thành phần kinh tế, đây còn là

một trong những quyền cơ bản trong “quyền công đoàn”, là nhiệm vụ quan trọng của công đoàn Việt Nam; Quyền đại diện của công đoàn (được ghi nhận tại Điều 10 Hiến pháp năm 1992) được xác định trong cơ cấu của tổ chức công đoàn, nội dung chức năng đại diện, địa vị pháp lý của đại diện và các bảo đảm cho việc thực hiện chức năng đại diện của từng cấp công đoàn; Quyền tham gia với cơ quan nhà nước và đại diện của người sử dụng lao động thảo luận các vấn đề về quan hệ lao động (đây là quyền hạn của hệ thống công đoàn các cấp); Quyền tham gia kiểm tra, giám sát việc thi hành các quy định của pháp luật lao động (là một trong những nhóm quyền thể hiện chức năng tham gia vào hoạt động quản lý của tổ chức công đoàn); Một số quyền của công đoàn trong bảo vệ người lao động về việc làm, tiền lương, tính mạng, sức khỏe, bồi thường thiệt hại, giải quyết tranh chấp lao động, đình công... cũng đồng bộ với cơ chế điều chỉnh mới, góp phần bảo vệ người lao động, phát triển quan hệ lao động hài hoà, ổn định; Các quy định về bảo đảm hoạt động của công đoàn nhằm tạo điều kiện cho công đoàn hoạt động làm tròn chức năng của mình đối với giai cấp công nhân và người lao động.

Qua hơn 20 năm chuyển đổi cơ chế quản lý kinh tế, LCD đã từng bước thiết lập cơ chế hoạt động công đoàn, góp phần xác lập và hình thành thị trường lao động theo cơ chế thị trường. Đây thực sự là lĩnh vực pháp luật của giai cấp công nhân và người lao động Việt Nam, tạo cơ chế bảo vệ người lao động trước xu hướng giảm chi phí nhân công của giới chủ và trước những tác động tiêu cực của nền kinh tế thị trường. Tuy nhiên, trong thời gian qua, các quan hệ lao động phát triển và biến đổi một cách nhanh chóng. Do đó, LCD không thể tránh khỏi những bất cập cần phải sửa đổi, bổ sung.

(1) Tính đến tháng 6/2009 cả nước có 670 Liên đoàn lao động cấp quận huyện, 436 công đoàn ngành địa phương, 97.306 công đoàn cơ sở, nghiệp đoàn với hơn 6.463.000 đoàn viên. So với năm 1990, số lượng tăng hơn 3 triệu đoàn viên (Lê Đình Quảng, Một số đánh giá về kết quả thực hiện Luật Công đoàn năm 1990, Tạp chí Lao động và Công đoàn, Số 393/2007).

2. Một số bất cập của Luật Công đoàn

Thứ nhất, về hình thức, các quy định của LCD còn bị ảnh hưởng của tư duy kinh tế cũ, thể hiện rõ nét nhất là những quy định về quyền dân chủ, quyền tham gia quản lý của công đoàn, những quy định về hoạt động công đoàn đối với từng loại hình doanh nghiệp. Nhiều quy định trong LCD còn chung chung, không thiết thực với quyền lợi của người lao động trong nền kinh tế thị trường hoặc đã lỗi thời, gây trở ngại lớn đến quyền thành lập và gia nhập công đoàn của đông đảo người lao động (ví dụ khoản 1, khoản 2 Điều 1; Điều 4, khoản 1 Điều 8, Điều 11, Điều 12...). Có lẽ vì vậy mà hiện nay, có tới 85% số doanh nghiệp dân doanh, 65% số doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài chưa có tổ chức công đoàn².

Thứ hai, về nội dung, LCD được ban hành ở thời kỳ nước ta còn thiếu những văn bản pháp lý quan trọng đối với hoạt động công đoàn. Sau gần 20 năm, nhiều đạo luật quan trọng đã được sửa đổi, bổ sung như Hiến pháp năm 1992 (đã được sửa đổi, bổ sung năm 2001), Bộ luật Lao động năm 1994 (đã được sửa đổi, bổ sung năm 2002, 2006, 2007), Luật Doanh nghiệp năm 2005, Luật Bảo hiểm xã hội... Do vậy, một số nội dung quy định trong LCD hiện hành đã không còn phù hợp và tương thích với các đạo luật trên, chẳng hạn như: Quyền và trách nhiệm của tổ chức công đoàn được ghi nhận tại Điều 10 Hiến pháp năm 1992 (sửa đổi, bổ sung năm 2001) quy định quyền và trách nhiệm rất rộng và cụ thể, nhưng nội dung và các quy định điều chỉnh trong LCD còn nhiều hạn chế, định tính là chủ yếu, thiếu chi tiết cụ thể. Đồng thời, LCD quy định về quyền và trách nhiệm của tổ chức công đoàn từ Điều 4 đến Điều 13 (chiếm quá 1/2 số điều của LCD) nhưng lại trùng chéo với hệ thống pháp luật hiện hành, không chi tiết hoá được các quy định để điều chỉnh trực tiếp các hoạt động công đoàn, mặt khác, Luật cũng chưa chi tiết hoá được các

quy định nhằm điều chỉnh hệ thống tổ chức công đoàn, hoặc nhiều quy của Luật chưa đồng bộ với hệ thống pháp luật nói chung và pháp luật lao động nói riêng trong những năm gần đây. Cũng với các quy định hiện hành, Luật chưa tạo được điều kiện để các bên tham gia xây dựng thoả ước ngành mà Bộ luật Lao động đã ghi trong Chương thoả ước lao động tập thể hay nội dung công đoàn ngành không liên quan đến tranh chấp lao động và đình công.

Nhìn chung, các quyền thiết thực của tổ chức công đoàn trong quan hệ lao động hiện nay, như quyền tổ chức và lãnh đạo đình công, quyền tham gia các cơ cấu giải quyết tranh chấp lao động, tham gia Ủy ban quan hệ lao động, tham gia với các tổ chức đại diện người sử dụng lao động và Nhà nước... vẫn chủ yếu do các văn bản khác quy định. Điều đó, làm giảm hiệu lực của đạo luật này, khiến cho LCD ngày càng trở nên “hữu danh vô thực”. Ngoài ra, tại thời điểm LCD được ban hành, Việt Nam chưa trở lại sinh hoạt với tư cách là thành viên của Tổ chức Lao động quốc tế (ILO), chưa là thành viên của Tổ chức Thương mại thế giới (WTO), quan hệ quốc tế của Công đoàn Việt Nam với công đoàn nhiều nước thành viên Liên hiệp Công đoàn thế giới (WFTU) lâm vào khủng hoảng do sự sụp đổ của mô hình xã hội chủ nghĩa ở Liên Xô và Đông Âu... nên việc tham khảo kinh nghiệm quốc tế trong việc xây dựng Luật gặp nhiều khó khăn, chưa có điều kiện thuận lợi để tiếp cận với những tư tưởng, quan điểm về công đoàn trong nền kinh tế thị trường và hội nhập quốc tế.

Thứ ba, về kỹ thuật lập pháp. Đây là một trong những hạn chế lớn nhất của LCD, làm cho việc hiểu và thực hiện các quyền công đoàn chưa được đầy đủ, nghiêm túc, ảnh hưởng tới tính khả thi của Luật. Cụ thể là:

- LCD chưa xác định đối tượng và phạm vi điều chỉnh một cách rõ ràng, cụ thể và

(2) Báo Lao động số 295/2007, Luật Công đoàn năm 1990: Cần sửa đổi cho phù hợp với thực tiễn.

nhất quán. Một số nội dung thuộc phạm vi, đối tượng điều chỉnh của Luật nhưng chưa được quy định, trong đó có những nội dung quan trọng như: vấn đề thanh tra, kiểm tra, xử lý vi phạm pháp luật về công đoàn, việc giải quyết khiếu nại và tranh chấp liên quan tới quyền công đoàn...

- Cách tiếp cận xây dựng các quyền của công đoàn trong LCD không theo một tiêu chí rõ ràng, thống nhất. Có sự lẫn lộn giữa quyền hạn, chức năng và nhiệm vụ của công đoàn. Chương II của LCD với tiêu đề “Quyền và trách nhiệm của công đoàn” nhưng trong chương này có vấn đề được tiếp cận theo chức năng của công đoàn (Điều 4, Điều 11...), song lại có vấn đề được tiếp cận theo lĩnh vực hoạt động của công đoàn (Điều 5, Điều 6, Điều 8...). Chính vì thế, việc thực hiện các quyền công đoàn gặp nhiều khó khăn trên thực tế.

- Nội dung các điều luật thiếu thống nhất, trùng lặp. Nhiều nội dung độc lập cần được quy định ở những điều luật khác nhau lại đang được thể hiện trong cùng một điều luật (Điều 1, Điều 3, Điều 4, Điều 11...). Ngược lại, có một số nội dung được quy định lặp đi lặp lại ở nhiều điều luật, như quyền đại diện của công đoàn được quy định rải rác ở nhiều điều (Điều 2, Điều 4, Điều 6, Điều 10, Điều 11) hay quyền tham gia quản lý (Điều 2, Điều 5, Điều 7, Điều 8, Điều 11) hoặc quyền kiểm tra giám sát của công đoàn (Điều 5, Điều 6, Điều 9). Như vậy, có thể thấy, nhiều nội dung quy định tại các khoản trong một Điều cũng như các Điều trong một Chương của LCD chưa được sắp xếp theo một tiêu chí thống nhất, thiếu tính logic. Những hạn chế này cũng làm cho việc nắm bắt và thực hiện các quy định cụ thể của Luật gặp không ít khó khăn, hạn chế tính khả thi.

- Một số từ ngữ, cụm từ trong Luật sử dụng không chính xác, không còn phù hợp với thuật ngữ pháp lý hiện hành như “Hội đồng Bộ trưởng”, “Hội đồng Nhà nước”, “Giám đốc xí nghiệp”, “Xí nghiệp quốc

doanh”, “thi hành kỷ luật đến mức buộc người lao động thôi việc”...

Thứ tư, thiếu cơ chế bảo đảm thi hành các quyền công đoàn, đặc biệt là các chế tài pháp lý cụ thể đối với các hành vi vi phạm các quy định của LCD. Điều 18 LCD quy định: “Người vi phạm các quy định của Luật này, thì tùy theo mức độ nhẹ hoặc nặng mà bị xử lý kỷ luật, xử phạt hành chính hoặc bị truy cứu trách nhiệm hình sự”. Quy định này quá chung chung, không có tính khả thi, vì việc xử lý kỷ luật, xử lý hành chính hoặc truy cứu trách nhiệm hình sự chỉ có thể được thực hiện khi pháp luật tương ứng có các quy định về hành vi vi phạm và chế tài xử lý cụ thể. Trong trường hợp pháp luật hình sự và pháp luật hành chính không quy định cụ thể thì người có hành vi vi phạm LCD cũng không thể xử lý được bằng các chế tài kỷ luật, hành chính hoặc hình sự, dẫn đến tình trạng coi thường Luật diễn ra khá phổ biến.

Pháp luật công đoàn cũng chưa có các biện pháp chế tài phù hợp để xử lý những doanh nghiệp trốn tránh, không trích nộp kinh phí công đoàn. Quyền công đoàn trong việc quản lý, hướng dẫn sử dụng ngân sách công đoàn chưa rõ ràng.

Thứ năm, vấn đề chức năng, nhiệm vụ công đoàn. Công đoàn là tổ chức đại diện duy nhất của giai cấp công nhân và những người lao động Việt Nam. LCD đã xác định: “Công đoàn đại diện và bảo vệ các quyền, lợi ích hợp pháp, chính sách của người lao động; tham gia quản lý nhà nước, kiểm tra hoạt động nhà nước; giáo dục, động viên công nhân lao động phát huy quyền làm chủ của đất nước, thực hiện nghĩa vụ công dân, xây dựng và bảo vệ Tổ quốc Việt Nam xã hội chủ nghĩa” (Điều 2). Đây là ba chức năng cơ bản của tổ chức công đoàn, các chức năng phụ thuộc nhau, quan hệ mật thiết với nhau, trong đó chức năng đại diện bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp chính đáng của người lao động là trung tâm, là tiền đề, động lực để thực hiện các chức năng khác. Tuy nhiên,



Ảnh S.T: corbisimages.com

cho đến nay, vẫn còn những cản trở không nhỏ từ cơ chế, chính sách cũng như từ chính bản thân tổ chức công đoàn đến chức năng này. Trong mối quan hệ với Nhà nước và giới sử dụng lao động, Công đoàn Việt Nam chưa độc lập về phương diện kinh tế (còn sử dụng nguồn kinh phí lớn từ giới sử dụng lao động và ngân sách nhà nước, cán bộ công đoàn cơ sở tuyệt đại đa số là người lao động hưởng lương của người sử dụng lao động...). Trong cơ chế kinh tế kế hoạch hoá tập trung, vai trò của người lao động và người sử dụng lao động (hay đúng hơn vai trò của người lao động và Nhà nước) là đồng nhất thì cách làm này là phù hợp. Ngược lại, trong cơ chế kinh tế thị trường, Nhà nước, người lao động và người sử dụng lao động đóng vai trò khác nhau trên thị trường lao động và trong quan hệ lao động thì cách làm này lại nảy sinh những vấn đề không thuận lợi cho tổ chức công đoàn. Từ chỗ lệ thuộc về kinh tế, công đoàn rất khó hoặc không thể độc lập thực sự về phương diện tổ chức. Đây có thể coi là cản trở lớn nhất cho việc thực hiện chức năng đại diện, bảo vệ người lao động của tổ chức công đoàn. Đến lượt mình, hệ thống tổ chức nội tại của công đoàn chưa thực sự hợp lý để có thể thực hiện tốt chức năng, nhiệm vụ. Nội dung và phương pháp hoạt động, nhất là ở công đoàn cấp cơ sở -

nơi thực hiện thường xuyên và chủ yếu nhất chức năng bảo vệ người lao động - chưa thực sự đổi mới để có thể theo kịp nhu cầu của đời sống lao động - xã hội. Ngoài ra, chất lượng của đội ngũ cán bộ làm công tác công đoàn, nhất là cán bộ công đoàn cơ sở, chưa đáp ứng được yêu cầu thực tế.

3. Phương hướng hoàn thiện Luật Công đoàn

Một là, cần khắc phục những bất hợp lý của các quy định trong LCD, các quy định liên quan đến quyền của tổ chức công đoàn trong các văn bản pháp luật khác để xác định những vấn đề còn phù hợp, không còn phù hợp cần sửa đổi, bổ sung nhằm đảm bảo sự hợp lý, tính thống nhất trong điều chỉnh và thực thi LCD, đảm bảo sự phù hợp với điều kiện kinh tế thị trường ở Việt Nam.

Hai là, LCD sửa đổi không những phải được xây dựng trên cơ sở của Hiến pháp năm 1992 (đã được sửa đổi, bổ sung), đồng bộ, phù hợp với Bộ luật Lao động sửa đổi bổ sung, Luật Doanh nghiệp, Luật Bảo hiểm xã hội và các văn bản pháp luật khác có liên quan, mà còn phải trở thành văn bản quan trọng nhất để điều chỉnh các mối quan hệ trong hoạt động công đoàn, dẫn chiếu đến các văn bản khác nếu phạm vi điều chỉnh của văn bản đó có liên quan đến hoạt động

công đoàn.

LCD cần sửa đổi, bổ sung theo hướng xác định những vấn đề cần thiết điều chỉnh để đáp ứng yêu cầu của quan hệ lao động, thể hiện chức năng chính của công đoàn là đại diện và bảo vệ người lao động ở tất cả các cấp hoạt động công đoàn (vấn đề ký kết thoả ước lao động tập thể, tổ chức và lãnh đạo đình công, tham gia giải quyết tranh chấp lao động, kể cả những tranh chấp được giải quyết tại toà án, tham gia các thiết chế ba bên như Ủy ban quan hệ lao động, Hội đồng trọng tài lao động...).

Ba là, cần phải thống nhất tiêu chí xây dựng những quy định về quyền công đoàn theo các chức năng cơ bản của công đoàn. Chẳng hạn, công đoàn cấp trên của công đoàn cơ sở sẽ có vai trò và trách nhiệm lớn hơn trong việc thực hiện chức năng đại diện, bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp, chính đáng của người lao động trong quan hệ lao động một cách trực tiếp. Công đoàn cơ sở chỉ thực hiện chức năng này khi có sự phân công, phân nhiệm của công đoàn cấp trên cơ sở đối với những nơi có đủ điều kiện.

Bốn là, LCD cần cụ thể hoá những điều kiện đảm bảo cho hoạt động công đoàn như: Quy định việc trích nộp kinh phí công đoàn; Quy định đảm bảo về kinh phí, vật chất, điều kiện, phương tiện, thời gian hoạt động công đoàn của cán bộ công đoàn; Quy định cơ chế bảo vệ cán bộ công đoàn trong các trường hợp như việc làm, thu nhập, nhất là cán bộ công đoàn cơ sở hoạt động kiêm nhiệm; Việc thanh tra, kiểm tra, xử lý vi phạm pháp luật; Giải quyết khiếu nại và tranh chấp liên quan tới quyền công đoàn...

Năm là, cần xây dựng các cơ chế bảo đảm thực hiện quyền công đoàn. Đây là những quy định pháp lý vô cùng quan trọng trong việc bảo đảm cho công đoàn có thể thực hiện được chức năng của mình, song chưa được LCD hiện hành điều chỉnh. Cụ thể là: Quy

định về các chế tài pháp lý đối với những hành vi vi phạm LCD; Vấn đề thanh tra, kiểm tra việc thực hiện LCD; Thẩm quyền, trình tự, thủ tục khiếu nại, giải quyết khiếu nại trong quá trình thực hiện LCD; Quyền khởi kiện và cơ chế giải quyết các tranh chấp phát sinh liên quan đến quyền công đoàn...

Sáu là, hoàn thiện LCD trên cơ sở tiếp thu có chọn lọc kinh nghiệm quốc tế trong việc xây dựng pháp luật về công đoàn, bảo đảm các quy định của LCD vừa phù hợp với thực tiễn Việt Nam, vừa phù hợp với pháp luật và thông lệ quốc tế. Hơn nữa, hoàn thiện LCD cần phải tiếp cận các tiêu chuẩn lao động quốc tế trong bối cảnh toàn cầu hoá và hội nhập quốc tế. Việc tiếp cận các tiêu chuẩn lao động quốc tế không chỉ bó hẹp trong 18 Công ước của ILO mà Việt Nam đã phê chuẩn³ mà còn phải tính đến các nguyên tắc cơ bản của ILO như: loại bỏ lao động cưỡng bức, việc làm bền vững, chống phân biệt đối xử, đảm bảo các quyền cơ bản của người lao động tại nơi làm việc... Do đó, hoàn thiện pháp luật cần phải dựa trên cả những Công ước mà Việt Nam chưa phê chuẩn như: Công ước số 87 (1948) về quyền tự do liên kết và về việc bảo vệ quyền được tổ chức; Công ước số 98 (1949) về áp dụng những nguyên tắc của quyền tổ chức và thương lượng tập thể... Do vậy, LCD cần phải thể chế hoá các Công ước này, tạo điều kiện để Việt Nam sớm phê chuẩn các Công ước trên trong thời gian tới.

Để góp phần đưa LCD đi vào cuộc sống, tiếp tục phát huy hiệu lực, thì việc đánh giá đúng vai trò, chức năng, nhiệm vụ của tổ chức công đoàn là rất quan trọng. Có như vậy, LCD mới đáp ứng được yêu cầu của sự nghiệp công nghiệp hoá, hiện đại hoá đất nước gắn liền với yêu cầu xây dựng tổ chức công đoàn lớn mạnh, xây dựng nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa ở Việt Nam, góp phần thắng lợi mục tiêu dân giàu, nước mạnh, xã hội công bằng, dân chủ, văn minh. ■

(3) Nguồn của ILO: Tính đến tháng 6/2009 Việt Nam đã phê chuẩn 18 Công ước của ILO trong đó có 17 công ước đã có hiệu lực.

GIẢI QUYẾT VIỆC LÀM GÓP PHẦN BẢO ĐẢM ỔN ĐỊNH XÃ HỘI VÀ TĂNG TRƯỞNG KINH TẾ BỀN VỮNG

■ ĐẶNG NHƯ LỢI (*)

Việc làm có vai trò và ý nghĩa hết sức quan trọng đối với người lao động và đối với sự phát triển kinh tế - xã hội của đất nước.

Sau 20 năm thực hiện thắng lợi công cuộc đổi mới, Việt Nam đã đạt được nhiều thành tựu về giải quyết việc làm và phát triển thị trường lao động, song tại Đại hội lần thứ X (năm 2006), Đảng ta tiếp tục khẳng định: “Ưu tiên dành vốn đầu tư của Nhà nước và huy động vốn của toàn xã hội để giải quyết việc làm, giảm tỷ lệ thất nghiệp. Khuyến khích người lao động tự tạo việc làm, phát triển nhanh các loại hình doanh nghiệp để thu hút nhiều lao động. Chú trọng đào tạo nghề, tạo việc làm cho nông dân, nhất là những nơi đất nông nghiệp bị chuyển đổi do đô thị hóa và công nghiệp hóa... Trong 5 năm, tạo việc làm cho trên 8 triệu lao động; tỷ lệ thất nghiệp ở thành thị dưới 5% vào năm 2010”. Thực hiện chủ trương, đường lối của Đảng, ngày 6/7/2007, Thủ tướng Chính phủ đã ban hành Quyết định số 101/2007/QĐ-TTg phê duyệt Chương trình mục tiêu quốc gia về việc làm giai đoạn 2005 - 2010 với:

- Mục tiêu chung: tạo việc làm cho 8 triệu lao động trong 5 năm 2006 - 2010; giảm tỷ lệ thất nghiệp ở thành thị xuống dưới 5% vào năm 2010.

- Mục tiêu cụ thể:

+ Thông qua Chương trình mục tiêu quốc gia về việc làm, tạo việc làm cho 2 - 2,2 triệu lao động, trong đó: thông qua các dự án vốn vay tạo việc làm từ Quỹ quốc gia tạo việc làm cho 1,7 - 1,8 triệu lao động; từ xuất khẩu lao động tạo việc làm cho 40 - 50 vạn lao động.

+ Thông qua các Trung tâm giới thiệu việc làm, tư vấn và giới thiệu cho 4 triệu lao động.

1. Dân số và lực lượng lao động

a. Về dân số và lực lượng lao động

Theo Niên giám thống kê năm 2008 của Tổng cục Thống kê (Bộ Kế hoạch và Đầu tư) xuất bản năm 2009, dân số và lực lượng lao động (lao động đang làm việc, trừ lực lượng vũ trang) của Việt Nam từ năm 2006 đến 2008 như sau:

Tuy nhiên, theo kết quả Tổng điều tra dân số, tính đến 0h ngày 1/4/2009, dân số của Việt Nam là 85.789.573 người và tỷ lệ tăng dân số bình quân trong 10 năm (1999-2009) là 1,2%/năm. Nếu như theo tốc độ dân số năm 2009 chỉ tăng 1,17% so với 2008, năm 2008 tăng 1,18% so với năm 2007, năm 2007 tăng 1,18% so với năm 2006 và giữ nguyên cơ cấu lực lượng lao động như các năm theo số liệu thống kê thì dân số và lực lượng lao

(*) Phó chủ nhiệm Ủy ban về Các vấn đề xã hội của Quốc hội.

Năm	Dân số (ngàn người)	Lực lượng lao động (LLLĐ) (ngàn người)	Tỷ lệ LLLĐ so với dân số (%)	Cơ cấu lao động (%)					
				Theo khu vực			Theo ngành kinh tế		
				Nhà nước	Ngoài Nhà nước		Nông - Lâm - Ngư - Diêm nghiệp	Công nghiệp - Xây dựng	Dịch vụ
					Chung	Cá thể			
1	2	3	4	5	6	7	8	9	10
2006	84.137	43.339	51,51	9,11	90,89	80,81	55,37	19,23	25,4
2007	85.172	44.174	51,86	9,02	90,98	79,9	53,9	19,97	26,13
2008	86.211	44.916	52,1	9,07	90,93	78,37	52,62	20,83	26,55

động của các năm sẽ có sự chênh lệch lớn:

+ Năm 2006, dân số chỉ còn 82.826 ngàn người, thấp hơn Niên giám thống kê 1.311 ngàn người; lực lượng lao động chỉ còn 42.664 ngàn người, thấp hơn Niên giám thống kê 675 ngàn người.

+ Năm 2007, dân số chỉ còn 83.803 ngàn người, thấp hơn Niên giám thống kê 1.364 ngàn người; lực lượng lao động chỉ còn 43.460 ngàn người, ít hơn Niên giám thống kê 714 ngàn người.

+ Năm 2008, dân số chỉ còn 84.797 ngàn người, thấp hơn Niên giám thống kê 1.414 ngàn người; lực lượng lao động chỉ còn 44.179 ngàn người, thấp hơn Niên giám thống kê 737 ngàn người.

Sự sai lệch này có ảnh hưởng lớn đến phân bổ ngân sách, tính toán năng suất lao động bình quân xã hội, thu nhập quốc dân bình quân đầu người, đặc biệt là chính sách lao động, việc làm.

b. Về chất lượng lực lượng lao động

Theo số liệu của Bộ Lao động - Thương binh và Xã hội, tuy Việt Nam có nguồn lao động dồi dào nhưng tỷ lệ lao động qua đào tạo còn thấp, năm 2006: 31,9%; năm 2007: 34,75% và năm 2008 gần 37%. Chất lượng lao động chưa đáp ứng yêu cầu, lao động phổ

thông chiếm phần lớn, thiếu lao động ở miền núi, thừa lao động ở đồng bằng.

c. Về năng suất lao động xã hội

Theo Niên giám thống kê 2008, năng suất lao động xã hội bình quân chung tính theo giá trị còn quá thấp: Năm 2006: 22,5 triệu đồng/người.năm, trong đó, nông - lâm - ngư - diêm nghiệp là 8,33 triệu đồng/người.năm (bằng 37% năng suất lao động bình quân chung), tương tự, năm 2007: 25,9 triệu đồng/9,76 triệu đồng (37,7%) và năm 2008: 32,9 triệu đồng/13,8 triệu đồng (41,9%).

2. Tình hình thực hiện chính sách giải quyết việc làm từ năm 2006 đến nay

Nhìn chung, giải quyết việc làm ở Việt Nam được thực hiện theo ba hướng chính:

- Tạo hành lang pháp lý, bảo đảm môi trường thu hút đầu tư, kinh doanh, phát triển kinh tế tạo thêm chỗ làm việc;

- Thực hiện Chương trình mục tiêu quốc gia về việc làm thông qua các dự án cho vay từ Quỹ Quốc gia về việc làm (ưu tiên lao động thanh niên, lao động chính sách, lao động thiếu việc làm ở nông thôn) cùng với Chương trình xóa đói giảm nghèo cho vay vốn ưu đãi, tạo việc làm;

- Đưa lao động đi làm việc ở nước ngoài

theo hợp đồng (xuất khẩu lao động và chuyên gia)

Theo báo cáo 8 tháng đầu năm 2009 của Bộ Lao động - Thương binh và Xã hội, giải quyết việc làm thông qua việc thu hút đầu tư, kinh doanh, phát triển kinh tế năm 2006 tạo việc làm được 1,222 triệu lao động; năm 2007 cho 1,25 triệu lao động và năm 2008 khoảng 1,28 triệu lao động. Từ cuối năm 2008 đến tháng 8 năm 2009, do ảnh hưởng của khủng hoảng tài chính, suy thoái kinh tế thế giới, tác động tiêu cực đến phát triển kinh tế - xã hội Việt Nam, kinh tế suy giảm, số lao động mất việc làm tăng lên, ảnh hưởng không nhỏ đến giải quyết việc làm. Ước 6 tháng đầu năm 2009 chỉ giải quyết việc làm cho khoảng 650.000 lao động.

Cũng theo Bộ Lao động - Thương binh và Xã hội, bằng việc đẩy mạnh hỗ trợ người lao động tự tạo việc làm thông qua chương trình, dự án cho vay từ Quỹ quốc gia hàng năm đã góp phần hỗ trợ quan trọng tự tạo việc làm cho 300 - 350 ngàn lao động, chủ yếu cho cá thể và hộ gia đình. Trong xuất khẩu lao động và chuyên gia, năm 2006 đưa được 78 ngàn lao động đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng, hai năm 2007 và 2008 mỗi năm có 85 ngàn lao động đi xuất khẩu. Năm 2009, do tác động của khủng hoảng tài chính, suy thoái kinh tế, 6 tháng đầu năm chỉ tạo được khoảng 35 ngàn lao động đi làm việc ở nước ngoài.

Tính chung lại từ năm 2006 đến nay, đã tạo việc làm cho gần 5,6 triệu lao động (năm 2006: 1,65 triệu lao động, năm 2007: 1,68 triệu lao động, năm 2008: 1,615 triệu lao động và 6 tháng đầu năm 2009 ước khoảng 0,65 triệu lao động), đạt 70% mục tiêu chung giải quyết việc làm cho 5 năm 2006 - 2010 (8 triệu lao động), góp phần giảm tỷ lệ thất nghiệp ở khu vực thành thị năm 2008 chỉ còn 4,65%, vượt mục tiêu đề ra là dưới 5% vào năm 2010.

Qua số liệu báo cáo trên cho thấy, chúng ta đã đạt được kết quả khả quan trong thực

hiện chính sách giải quyết việc làm, góp phần ổn định xã hội, tăng trưởng kinh tế. Tuy nhiên, còn một số vấn đề trong giải quyết việc làm cần được xem xét, làm rõ để có thể thảo luận việc thực hiện nhiệm vụ phát triển kinh tế - xã hội năm 2009 và định hướng cho năm 2010, đặc biệt là chỉ tiêu giải quyết việc làm.

Thứ nhất, số liệu của Niên giám thống kê và số liệu Tổng điều tra dân số 2009 cho thấy, từ năm 2006 đến 2008 số liệu dân số Niên giám thống kê cao hơn Tổng điều tra dân số 1,311 triệu người đến 1,414 triệu người (1,58% - 1,67% tổng dân số) và lực lượng lao động cao hơn từ 675 ngàn người đến 737 ngàn người (1,58% - 1,67% tổng lực lượng lao động). Đây là số chênh lệch quá lớn, nếu đó là sự thật thì các năm gần đây chúng ta hoạch định phát triển kinh tế - xã hội nói chung và giải quyết việc làm nói riêng trên con số không thật.

Thứ hai, trong hệ thống theo dõi lao động, chúng ta không có hệ thống thống kê hoặc báo cáo, hoặc có nhưng thực hiện không thường xuyên, không đầy đủ từ cấp xã lên huyện, từ doanh nghiệp, đơn vị sử dụng lao động lên huyện hoặc cơ quan quản lý, từ cấp huyện lên cấp tỉnh, từ cấp tỉnh, Tập đoàn, Tổng công ty, Bộ quản lý ngành, lĩnh vực đến ngành Lao động - Thương binh và Xã hội... Nhưng chúng ta vẫn có đầy đủ số liệu lao động - việc làm. Không biết mức độ tin cậy của các số liệu này có bảo đảm việc hoạch định và thực hiện chính sách giải quyết việc làm một cách có hiệu quả để đưa vào chỉ tiêu nhiệm vụ phát triển kinh tế - xã hội hàng năm hay không.

Thứ ba, năm 2006 ta giải quyết việc làm cho 1,65 triệu lao động, năm 2007: 1,68 triệu lao động và năm 2008: 1,615 triệu lao động (kế hoạch đặt ra là 1,7 triệu). Mục tiêu chung giải quyết việc làm trong 5 năm 2006 - 2010 là 8 triệu người, bình quân mỗi năm 1,6 triệu lao động. Với số lao động vào độ tuổi hàng năm hiện nay khoảng 1,1 - 1,2 triệu người và

giả sử số lao động này đều có nhu cầu giải quyết việc làm thì để bảo đảm đủ số người giải quyết việc làm theo chỉ tiêu đặt ra (hàng năm 1,7 triệu lao động) thì số lao động mất việc hàng năm cũng phải từ 500 - 600 ngàn người, chiếm 30% - 37% tổng số lao động được giải quyết việc làm. Như vậy, số lao động giải quyết việc làm hàng năm càng lớn thì số mất việc làm cũng càng lớn, có nghĩa việc làm không ổn định, gây phức tạp cho công tác quản lý và lãng phí lớn trong xã hội. Phải chăng, cần tập trung vào chất lượng việc làm chứ không nên chạy theo số lượng việc làm.

Thứ tư, mất việc làm, thất nghiệp là sản phẩm tất yếu của cơ chế thị trường. Năm 2009, kinh tế trong nước suy giảm, số lao động mất việc làm tăng lên, vậy chúng ta làm sao phân biệt được mất việc làm do suy giảm kinh tế và mất việc làm bình thường để áp dụng chính sách hỗ trợ của Chính phủ và tỉ lệ thất nghiệp có tăng lên không. Đây là vấn đề cần quan tâm vì từ 01/01/2009, chế độ bảo hiểm thất nghiệp bắt đầu có hiệu lực.

Thứ năm, theo Niên giám thống kê 2008, cơ cấu dân số sống ở thành thị thấp hơn nhiều so với dân số sống ở nông thôn (2006: 27,09%/72,91%; 2007: 27,47/72,53; 2008: 28,11/71,89 và 2009: 29,6%/70,4%) nhưng cơ cấu lực lượng lao động ngành nông, lâm, ngư, diêm nghiệp lại thấp hơn và ngày càng giảm dần (2006: 55,37%; 2007: 53,9%; 2008: 52,62% và năm 2009: trên 51%). Mất việc làm đưa đến thất nghiệp của lực lượng lao động xảy ra theo cơ cấu ngành kinh tế chứ không phải do họ sống ở đâu. Vậy sao chúng ta tính tỷ lệ thất nghiệp theo cơ cấu dân số thay vì theo cơ cấu lực lượng lao động?

Thứ sáu, theo số liệu thống kê, năm 2008 tỷ lệ thất nghiệp chung trong cả nước là 2,38%, trong đó, thành thị là 4,65%, nông thôn là 1,53%. So với các nước có thu nhập quốc dân bình quân cao hơn Việt Nam thì chúng ta có tỉ lệ thất nghiệp thấp nhất nhưng vẫn là một nước nghèo, năng suất lao động

xã hội bình quân thấp nhất. Phải chăng việc làm của chúng ta chưa ổn định, chất lượng thấp và người được cho là có làm việc nhưng thu nhập thấp hơn trợ cấp xã hội, thấp hơn trợ cấp thất nghiệp, không đủ nuôi sống bản thân vẫn được coi là có việc làm là chưa phản ánh đúng thực chất tỉ lệ thất nghiệp.

3. Các biện pháp giải quyết việc làm góp phần bảo đảm ổn định xã hội và tăng trưởng kinh tế bền vững

Từ nền kinh tế kế hoạch hóa tập trung chuyển đổi sang cơ chế thị trường với nhiều yếu tố bất ổn từ nhận thức đến thể chế hóa quá trình thực hiện, bên cạnh lực lượng lao động dồi dào vừa là thế mạnh vừa là thách thức, thì giải quyết việc làm đầy đủ, giảm tỉ lệ thất nghiệp, xóa đói giảm nghèo, ổn định xã hội và tăng trưởng kinh tế bền vững là mối quan tâm lớn của Đảng và Nhà nước trong suốt quá trình xây dựng đất nước theo con đường xã hội chủ nghĩa. Với thế giới, việc làm cũng là vấn đề chung được chú trọng của các quốc gia. Còn nội tại của chủ nghĩa tư bản thì giải quyết mâu thuẫn việc làm và thất nghiệp, chống khủng hoảng kinh tế để tồn tại và tiếp tục phát triển đã là một học thuyết kinh tế được tồn tại nhiều năm. Vì vậy, xác định đúng đắn chủ trương, đường lối với các biện pháp giải quyết việc làm có hiệu quả, góp phần bảo đảm ổn định xã hội và tăng trưởng kinh tế bền vững ở Việt Nam là nỗi trăn trở lớn của Đảng và Nhà nước.

Theo lẽ tự nhiên, tăng trưởng kinh tế chỉ ổn định khi xã hội, cuộc sống và việc làm của người dân nói chung và người lao động nói riêng ổn định; và việc làm chỉ ổn định khi sản xuất, kinh doanh và thị trường ổn định. Với thực tế của Việt Nam hiện nay, để bảo đảm tính ổn định cao của xã hội và tăng trưởng kinh tế thì định hướng giải quyết việc làm phải có cơ sở vững chắc, khoa học, biện pháp phải cụ thể, thực tế, hiệu quả trên nền tảng:

- *Thứ nhất*, chiến lược, quy hoạch phát triển kinh tế - xã hội phải có tầm nhìn xa trên

cơ sở dự báo có căn cứ khoa học, thực tiễn, phù hợp với quy luật khách quan của kinh tế thị trường. Quy hoạch từ tổng thể đến chi tiết phải đồng bộ, ăn khớp và ổn định. Quy hoạch hiện tại vẫn chưa trả lời chính xác được 20-30 năm nữa định hướng phát triển hiện tại có còn phù hợp hay lại thay đổi, thậm chí làm lại từ đầu. 10 và 20 năm chỉ là kế hoạch dài hạn, còn chiến lược phải trên 20 năm đến 50 năm thì qui hoạch mới không manh mún, thay đổi nhiều, gây lãng phí lớn cho toàn xã hội.

- *Thứ hai*, một trong những nhiệm vụ quan trọng của quản lý vĩ mô là phải tìm, khai thác, dần hình thành một thị trường hàng hóa ổn định và chất lượng ngày một nâng cao, đặc biệt là thị trường xuất khẩu, để định hướng cho người sản xuất, kinh doanh đầu tư, tạo việc làm ổn định cho người lao động. Nền kinh tế của chúng ta hiện nay phần lớn được đóng góp từ người sản xuất, kinh doanh nhỏ lẻ, tự phát, bị lệ thuộc, thiếu ổn định, hiệu quả thấp, không đủ lực và kinh nghiệm để tìm được thị trường hàng hóa ổn định, trong khi ở tầm quản lý vĩ mô, Nhà nước với quyền lực và sức mạnh của mình nhưng chưa chú trọng tìm và khai thác được thị trường hàng hóa ổn định, phù hợp với tiềm lực trong nước để lập quy hoạch, định hướng, chỉ dẫn đầu tư cho sản xuất trong nước, để nhà đầu tư lựa chọn sản phẩm, ổn định sản xuất, kinh doanh, nhất là khu vực ngoài Nhà nước, giảm dần mức độ tự bươn trải toàn diện như hiện nay.

- *Thứ ba*, trong nhiều năm tới, phát triển kinh tế cá thể nằm ở nông thôn vẫn chiếm tỉ trọng cao, vì vậy, trên cơ sở quy hoạch lại vùng nông thôn có kế hoạch phù hợp với từng vùng để phát triển kinh tế nông thôn một cách đồng bộ, từ cơ cấu sản xuất đến cơ cấu xã hội, dân cư, phát triển làng nghề truyền thống, liên kết các cá thể kinh tế để tạo sức mạnh đầu tư vốn và khoa học, công nghệ vào nông thôn, không thể để ruộng, vườn bị bỏ hoang, đầu tư sản xuất, nuôi trồng cây, con nhỏ lẻ luôn thay đổi, bị động, gây lãng phí lớn như hiện nay.

- *Thứ tư*, nhu cầu lao động của nhiều nước trên thế giới ngày một tăng cao, Nhà nước ta cần đặt vấn đề ở cấp quốc gia, kí kết các hiệp định hoặc thỏa thuận song phương để đưa người lao động đi làm việc ở nước ngoài một cách ổn định, có hiệu quả, bảo đảm được các mục đích đặt ra thay vì cho phép các doanh nghiệp lớn, nhỏ, có hoặc không có kinh nghiệm, trình độ chuyên môn, có tiềm lực hoặc không có tiềm lực tự tìm thị trường lao động ở nước ngoài, kí kết nhiều hợp đồng cung ứng lao động nhỏ lẻ, chất lượng và tính ổn định thấp, làm ảnh hưởng tiêu cực đến xuất khẩu lao động hiện nay.

- *Thứ năm*, việc làm trong xóa đói giảm nghèo bền vững là một nội dung hết sức quan trọng. Cần thống kê đầy đủ lực lượng lao động trong các hộ nghèo, sau đó phân tích kĩ lưỡng nguyên nhân đói nghèo để có giải pháp phù hợp với từng nguyên nhân, không thể để chung một giải pháp cho nhiều nguyên nhân đói nghèo. Nghèo do lười biếng, không biết làm ăn chiếm tỉ trọng khá lớn, không thể cứ cho vay và xóa nợ mãi như hiện nay.

- *Thứ sáu*, điều tra, thống kê hàng năm hoặc định kì, theo dõi nắm chắc số lượng, chất lượng cung - cầu lao động là một việc làm vô cùng quan trọng trong phân bổ, phân công sử dụng có hiệu quả nguồn lực lao động để phát triển kinh tế - xã hội. Đảng và Nhà nước cần hết sức quan tâm, coi trọng từ nội dung hoạt động, quản lý đến bộ máy thực hiện công tác này. Bộ máy ngành Lao động - Thương binh và Xã hội hiện tại phần lớn dành cho công tác bảo đảm chính sách người có công và an sinh xã hội với nhiệm vụ bảo đảm chi là chủ yếu, bộ phận còn lại không thể thực hiện được nhiệm vụ quản lý trên 55 triệu lao động của cả nước, lực lượng mà không có họ thì không có của cải vật chất, tăng trưởng kinh tế, bảo đảm công bằng và tiến bộ xã hội. Vì vậy, Đảng và Nhà nước cần quan tâm tăng cường, củng cố đội ngũ người làm công tác lao động từ trung ương tới địa phương.

(Xem tiếp trang 56)

CHẾ TÀI BỒI THƯỜNG THIẾT HẠI TRONG THƯƠNG MẠI QUỐC TẾ QUA LUẬT THƯƠNG MẠI VIỆT NAM, CÔNG ƯỚC CISG VÀ BỘ NGUYÊN TẮC UNIDROIT

■ NGUYỄN THỊ HỒNG TRINH (*)

Đối với hợp đồng thương mại quốc tế, khi xảy ra hành vi vi phạm hợp đồng, một trong những chế tài được áp dụng phổ biến là bồi thường thiệt hại¹. Luật Thương mại Việt Nam 1997 và 2005 đều dành điều khoản (Điều 229 Luật 1997 và Điều 320 Luật 2005) để quy định vấn đề này. Công ước Viên 1980 về mua bán hàng hóa quốc tế (Công ước CISG) cũng dành Mục II Chương 5 cho chế tài bồi thường thiệt hại. Bộ nguyên tắc của Unidroit² về hợp đồng thương mại quốc tế (sau đây gọi tắt là Bộ nguyên tắc Unidroit) dành Mục 4 Chương 7 để thống nhất các vấn đề về bồi thường thiệt hại. Tuy nhiên, những quy định trên lại có những điểm khác biệt trong thuật ngữ, trong cách giải thích và trong thực tế áp dụng. Nằm trong nỗ lực hài hòa hóa pháp luật cho hoạt động mua bán hàng hóa quốc tế, bài viết sẽ phân tích những điểm còn khác biệt giữa những quy định trên.

1. Sự khác biệt và bổ trợ giải thích cho nhau giữa ba văn bản về chế tài bồi thường thiệt hại

Bồi thường thiệt hại là hình thức trách nhiệm do không thực hiện hay thực hiện không đúng nghĩa vụ hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế được tất cả các hệ thống pháp luật trên thế giới áp dụng³. Luật Thương mại Việt Nam 2005 quy định về chế tài bồi thường thiệt hại tại Điều 302. Chế tài này sẽ được áp dụng cho hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế khi luật điều chỉnh hợp đồng là luật Việt Nam.

“Điều 302: Bồi thường thiệt hại

1. Bồi thường thiệt hại là việc bên vi phạm bồi thường những tổn thất do hành vi vi phạm hợp đồng gây ra cho bên bị vi phạm.

2. Giá trị bồi thường thiệt hại bao gồm

giá trị tổn thất thực tế, trực tiếp mà bên bị vi phạm phải chịu do bên vi phạm gây ra và khoản lợi trực tiếp mà bên bị vi phạm đáng lẽ được hưởng nếu không có hành vi vi phạm⁴”.

Điều 74 Công ước CISG đưa ra khung cơ bản cho việc đền bù thiệt hại: “Thiệt hại do vi phạm hợp đồng của một bên là tổng số các tổn thất kể cả lợi tức bị mất, mà bên kia phải chịu do hậu quả của việc vi phạm hợp đồng. Những thiệt hại như vậy không thể vượt quá tổn thất mà bên vi phạm hợp đồng đã dự đoán được hoặc buộc phải dự đoán được trong thời điểm ký kết hợp đồng như là hậu quả có thể xảy ra của vi phạm hợp đồng đó, trên cơ sở các thông tin và tình tiết mà bên vi phạm hợp đồng đã biết hoặc phải biết vào thời điểm đó”⁵. Bộ nguyên tắc Unidroit đưa ra những

(*) Giảng viên Khoa Luật - Đại học Huế

(1) Xem thêm 50 phán quyết trọng tài quốc tế chọn lọc, Trung tâm trọng tài quốc tế VIAC, Hà Nội, 2002.

(2) Unidroit: Viện quốc tế về nhất thể hoá pháp luật tư (BT).

(3) Xem Giáo trình luật hợp đồng thương mại quốc tế, Nxb. Đại học quốc gia Thành phố Hồ Chí Minh, 2007, tr.57.

(4) Luật Thương mại Việt Nam 2005, Nxb. Lao động - xã hội, 2005, tr. 143.

(5) Xem John Y. Gotanda, Using the UNIDROIT principles to fill gaps in the CISG, Hart Publishing, 2008, tr.6,10.

quy phạm chung cho hợp đồng thương mại quốc tế với mục tiêu thiết lập một bộ nguyên tắc cân bằng để áp dụng trên thế giới không phụ thuộc vào truyền thống pháp luật và điều kiện kinh tế xã hội của các nước. Bộ nguyên tắc này có Mục 4 Chương 7 quy định về bồi thường thiệt hại.

a. Về phạm vi thiệt hại được đền bù

Khi xác định thiệt hại, cả ba nguồn luật trên đều giới hạn phạm vi thiệt hại được đền bù. Luật Thương mại Việt Nam quy định giá trị bồi thường thiệt hại bao gồm hai loại là tổn thất thực tế, trực tiếp và khoản lợi đáng lẽ được hưởng. Công ước CISG thì quy định thiệt hại bao gồm những tổn thất. Khoản lợi đáng lẽ được hưởng (lợi tức bị mất) cũng được tính là tổn thất. Đối với phạm vi thiệt hại được bồi thường trên, Bộ nguyên tắc Unidroit có những quy định chi tiết hơn và phạm vi bồi thường rộng hơn⁶.

Cụ thể, *thứ nhất*, Bộ nguyên tắc Unidroit ở Điều 7.4.2 quy định nguyên tắc bồi thường toàn bộ, bao gồm cả những thiệt hại vật chất (tổn thất và lợi ích bị mất đi) và cả những thiệt hại phi tiền tệ bất nguồn đặc biệt từ nỗi đau thể chất hoặc tinh thần trong đó có thiệt hại do mất uy tín (loại thiệt hại mà bên bị thiệt hại đòi bồi thường trong một số tranh chấp điển hình⁷). Công ước Viên không có quy định cụ thể về loại thiệt hại này. Bên cạnh đó, Công ước tại Điều 5 còn quy định loại trừ việc áp dụng Công ước cho những thiệt hại do người chết hoặc bị thương. Luật Thương mại 2005 Điều 302 không nói rõ phạm vi thiệt hại có bao gồm thiệt hại phi vật chất hay không, nhưng khi xét Điều 307 Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 thì có thể thấy phạm vi bồi thường thiệt hại có bao gồm những thiệt hại này.

“Điều 307 Bộ luật Dân sự 2005. Trách nhiệm bồi thường thiệt hại:

1. Trách nhiệm bồi thường thiệt hại bao gồm trách nhiệm bồi thường thiệt hại về vật chất, trách nhiệm bồi thường bù đắp tổn thất về tinh thần... .

3. Người gây thiệt hại về tinh thần cho người khác do xâm phạm đến tính mạng, sức khỏe, danh dự, nhân phẩm, uy tín của người đó thì ngoài việc chấm dứt hành vi vi phạm, xin lỗi, cải chính công khai còn phải bồi thường một khoản tiền để bù đắp về tinh thần cho người bị thiệt hại⁸”.

Một loại chi phí cần được xem xét xem có thuộc phạm vi của thiệt hại được bồi thường hay không đó là chi phí luật sư - vấn đề gây nhiều tranh cãi trong nhiều năm gần đây, khi mà cả ba nguồn luật trên đều không có quy định chi tiết. Và thực tiễn khi nghiên cứu các phán quyết về những tranh chấp thương mại điển hình, có thể thấy rằng những yêu cầu về bồi thường chi phí luật sư thường bị bác (một phần nguyên nhân là bên bị thiệt hại không đưa ra được các chứng cứ chứng minh)⁹.

Thứ hai, Bộ nguyên tắc Unidroit còn có những điểm chi tiết hơn so với hai nguồn luật còn lại nữa là việc tính đến khoản lợi cho bên có quyền từ một khoản chi phí hay tổn thất tránh được với mục đích làm cho việc bồi thường thiệt hại không được làm lợi cho bên có quyền. Trong khi đó, Công ước CISG không có quy định cụ thể về vấn đề này. Luật Thương mại Việt Nam 2005 cũng không có quy định cụ thể. Tuy nhiên Điều 229 của Luật Thương mại Việt Nam 1997 lại có ghi nhận: “Số tiền bồi thường thiệt hại không thể cao hơn giá trị tổn thất và khoản lợi đáng lẽ được hưởng”¹⁰ với mục đích là để việc bồi thường thiệt hại không được làm lợi cho bên có quyền mặc dù không đưa ra được cách tính cụ thể như Bộ nguyên tắc Unidroit.

(6) Xem John Y. Gotanda, *Using the UNIDROIT principles to fill gaps in the CISG*, Hart Publishing, 2008, tr.6,10.

(7) Xem thêm 50 phán quyết trong tài quốc tế chọn lọc, Trung tâm trọng tài quốc tế VIAC, Hà nội, 2002, tr.40

(8) Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005, Nxb. Chính trị quốc gia, 2006, tr.148.

(9) Xem thêm 50 phán quyết trong tài quốc tế chọn lọc, Trung tâm trọng tài quốc tế VIAC, Hà nội, 2002.

(10) Luật Thương mại Việt Nam 1997, Nxb. Chính trị quốc gia, 2003.

b. Về tính dự đoán trước của thiệt hại

Công ước CISG theo thuyết *tính dự đoán trước của thiệt hại* khi nêu cụ thể rằng thiệt hại phải là những tổn thất mà bên vi phạm hợp đồng đã dự đoán được hoặc buộc phải dự đoán trước được trong thời điểm ký kết hợp đồng như là hậu quả có thể xảy ra đối với vi phạm hợp đồng đó. Bộ nguyên tắc Unidroit cũng có những quy định cụ thể về tính dự đoán trước của thiệt hại ở Điều 7.4.4: “Bên có nghĩa vụ chỉ chịu trách nhiệm đối với những thiệt hại mà mình đã dự đoán trước hoặc đã có thể dự đoán trước một cách hợp lý, vào thời điểm giao kết hợp đồng như một hậu quả có thể xảy ra từ việc không thực hiện”.

Xét quy định của Luật Thương mại Việt Nam, chúng tôi thấy rằng, Điều 302 có quy định về tính trực tiếp, thực tế của thiệt hại mà không nói rõ về tính dự đoán trước. Một số học giả cho rằng, thiệt hại theo quy định của Luật Thương mại 2005 là có tính dự đoán trước¹¹. Tuy nhiên, theo quan điểm cá nhân, chúng tôi thấy rằng từ tính trực tiếp, thực tế (với nghĩa tương đương với tính xác thực của thiệt hại - “certainty of damages” theo Bộ nguyên tắc Unidroit) mà suy luận ra tính dự đoán trước thì còn nhiều vấn đề cần bàn luận. Bởi vì, *thứ nhất*, tính xác thực, trực tiếp của thiệt hại và tính dự đoán trước của thiệt hại không phải là một. Ví dụ rõ ràng là Bộ nguyên tắc Unidroit có hai điều luật riêng biệt về hai tính chất này là Điều 7.4.3 và 7.4.4; *thứ hai*, mặc dù từ tính dự đoán trước có thể suy rộng ra tính xác thực của thiệt hại như trường hợp của Công ước CISG¹², việc suy luận ngược lại rằng từ tính trực tiếp, xác thực mà hiểu thêm có tính dự đoán trước thì cần phải có thêm lý giải xác đáng. Mặc dù

nếu thiệt hại là thực tế, trực tiếp thì thiệt hại đó phải có mối quan hệ nhân quả với hành vi vi phạm hợp đồng. Tuy nhiên, vì thiệt hại có mối quan hệ nhân quả nên nó có tính dự đoán trước là một điều chưa chắc. Bởi vì không phải thiệt hại có mối quan hệ nhân quả nào bên vi phạm cũng có thể dự liệu trước; *thứ ba*, một số nước trên thế giới ví dụ như Pháp không giới hạn mức thiệt hại được đền bù trong phạm vi dự đoán trước¹³. Như vậy, tính xác thực không nhất thiết phải đi cùng tính dự đoán trước.

c. Về giá trị tính toán của các khoản bồi thường thiệt hại

Công ước CISG và Bộ nguyên tắc Unidroit có phương thức tính toán thiệt hại gần giống nhau trong trường hợp hợp đồng bị hủy. Điều 75 Công ước CISG đưa ra cách tính toán thiệt hại trong trường hợp hợp đồng bị hủy và bên bị vi phạm đã ký một hợp đồng thay thế. Lúc này bên bị thiệt hại sẽ được bồi thường khoản chênh lệch giữa giá theo hợp đồng và giá của giao dịch thay thế. Điều 76 đưa ra cách tính toán thiệt hại trong trường hợp hủy hợp đồng nhưng bên bị thiệt hại đã không ký hợp đồng thay thế. Bộ nguyên tắc Unidroit cũng có những điều khoản tương tự là Điều 7.4.5 và 7.4.6.

Tuy nhiên, không tìm thấy những quy định tương tự như vậy trong Luật Thương mại Việt Nam mặc dù trong thực tế cách tính toán thiệt hại như trên là khá thông dụng¹⁴.

d. Về nghĩa vụ chứng minh thiệt hại

Điều 302 Luật Thương mại Việt Nam quy định nghĩa vụ này thuộc về bên yêu cầu bồi thường thiệt hại. Họ phải chứng minh tổn thất, mức độ tổn thất do hành vi vi phạm gây ra và khoản lợi trực tiếp mà bên vi phạm đáng lẽ được hưởng nếu không có hành vi vi

(11) Xem thêm Phạm Duy Nghĩa, *Tìm hiểu Luật Thương mại Việt Nam*, Nxb. Chính trị quốc gia, 2000, tr.108; Xem thêm Giáo trình luật hợp đồng thương mại quốc tế, Nxb Đại học quốc gia Thành phố Hồ Chí Minh, 2007, tr.58.

(12) Xem John Y. Gotanda, *Using the UNIDROIT principles to fill gaps in the CISG*, Hart Publishing, 2008, “Công ước CISG không quy định về tính xác thực của thiệt hại. Trong bài viết, tác giả đã biện luận giải thích tính dự đoán trước cần mối quan hệ nhân quả, từ đó mà thiệt hại là xác thực”.

(13) Xem thêm Giáo trình luật hợp đồng thương mại quốc tế, Nxb. Đại học quốc gia Thành phố Hồ Chí Minh, 2007, tr.58.

(14) Xem thêm 50 phán quyết trọng tài quốc tế chọn lọc, Trung tâm trọng tài quốc tế VIAC, Hà nội, 2002, tr.70.

phạm. Bộ nguyên tắc Unidroit thì đòi hỏi ở Điều 7.4.3 rằng “những thiệt hại chỉ được bồi thường khi chúng được thiết lập với một mức độ hợp lý về tính xác thực”. Bộ nguyên tắc của Unidroit còn quy định thêm trường hợp “khi không thể thiết lập với một mức độ đầy đủ tính xác thực về khoản tiền bồi thường thì thiệt hại được xác định tùy theo Tòa án”. Về vấn đề trên, Công ước CISG như đã đề cập không quy định về tính xác thực của thiệt hại¹⁵ và cũng không xác định mức độ mà bên bị thiệt hại cần chứng minh về tổn thất được đền bù.

e. Về đồng tiền tính toán thiệt hại

Cả Luật Thương mại Việt Nam và Công ước CISG đều không có điều khoản về đồng tiền dùng để tính toán thiệt hại. Tuy nhiên, Bộ nguyên tắc Unidroit có Điều 7.4.12 quy định về đồng tiền thanh toán thiệt hại như sau: “Thiệt hại được tính bằng đồng tiền quy định trong điều khoản về nghĩa vụ thanh toán, hoặc bằng đồng tiền tại nơi thiệt hại phát sinh tùy theo đồng tiền nào thích hợp nhất”.

f. Về điều khoản tiền lãi

Công ước CISG có Điều 78 quy định về việc tính lãi trên khoản tiền chưa trả và không xác định cụ thể cách tính lãi suất nợ “Nếu một bên hợp đồng không thanh toán tiền hàng hoặc một khoản tiền nào đó thì bên kia có quyền được hưởng tiền lãi tính trên khoản tiền đó mà không ảnh hưởng đối với bất cứ yêu cầu nào về bồi thường thiệt hại có thể nhận được theo quy định của Điều 74”. Trong khi đó Bộ nguyên tắc Unidroit lại có một điều khoản chi tiết về tiền lãi từ việc không thanh toán (Điều 7.4.9) với việc xác định tỷ lệ lãi suất trung bình cho vay ngắn hạn của ngân hàng cho đồng tiền thanh toán của hợp đồng... Bên cạnh đó, Điều 7.4.10 của

Bộ nguyên tắc còn quy định cụ thể về tiền lãi khoản tiền bồi thường thiệt hại “Trừ trường hợp có thỏa thuận khác, tiền bồi thường thiệt hại do không thực hiện nghĩa vụ không phải là nghĩa vụ thanh toán làm phát sinh tiền lãi từ ngày không thực hiện”.

Ở đây, do Công ước CISG không quy định cụ thể cách xác định lãi suất, nên có thể áp dụng mức lãi suất của Bộ nguyên tắc Unidroit để giải quyết câu hỏi đặt ra bởi Công ước CISG¹⁶. Tuy nhiên thực tiễn áp dụng chung lại thường sử dụng luật quốc gia điều chỉnh hợp đồng để ấn định mức lãi suất phù hợp hơn là lãi suất của Bộ nguyên tắc Unidroit¹⁷.

Theo Luật Thương mại Việt Nam 2005, Điều 306 quy định về tiền lãi: “Trong trường hợp bên vi phạm hợp đồng chậm thanh toán tiền hàng hay chậm thanh toán thù lao dịch vụ và các chi phí hợp lý khác thì bên bị vi phạm hợp đồng có quyền yêu cầu trả tiền lãi trên số tiền chậm trả theo lãi suất nợ quá hạn trung bình trên thị trường tại thời điểm thanh toán tương ứng với thời gian chậm trả, trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác”. Ở đây, có thể nhận thấy sự khác biệt của Luật Thương mại Việt Nam trong việc sử dụng lãi suất nợ quá hạn so với lãi suất vay của Bộ nguyên tắc Unidroit - loại lãi suất bị cho là trong một số trường hợp đã bồi thường vượt quá cho bên bị vi phạm¹⁸ và không được áp dụng phổ biến so với lãi suất tiết kiệm¹⁹. Một sự khác biệt thứ hai có thể nhận thấy là sự đổi thay về lãi suất của Điều 306 Luật Thương mại 2005 so với Điều 233 Luật Thương mại 1997. Tiền lãi theo Điều 306 được tính theo lãi suất nợ quá hạn trung bình trên thị trường, khác với lãi suất nợ quá hạn do Ngân hàng

(15) Xem John Y. Gotanda, *Using the UNIDROIT principles to fill gaps in the CISG*, Hart Publishing, 2008, tr.20.

(16) Xem John Y. Gotanda, *Using the UNIDROIT principles to fill gaps in the CISG*, Hart Publishing, 2008, tr.14.

(17) Xem John Y. Gotanda, *Using the UNIDROIT principles to fill gaps in the CISG*, Hart Publishing, 2008, tr.18; Xem thêm 50 phán quyết trọng tài quốc tế chọn lọc, Trung tâm trọng tài quốc tế VIAC, Hà nội, 2002, phán quyết số 9 “Tranh chấp hợp đồng mua bán thép”, tr.72.

(18) Xem John Y. Gotanda, *Using the UNIDROIT principles to fill gaps in the CISG*, Hart Publishing, 2008, tr.19.

(19) Xem thêm án lệ Công ước ICSID số ARB/96/1 (2000), <http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm>.

Nhà nước Việt Nam quy định vào thời điểm thanh toán trong Điều 233 Luật Thương mại Việt Nam 1997: "... thì bên kia có quyền đòi lãi trên số tiền chậm trả đó theo lãi suất nợ quá hạn do Ngân hàng Nhà nước quy định tại thời điểm thanh toán tương ứng với thời gian chậm trả...". Việc áp dụng mức lãi suất thị trường của Luật Thương mại 2005 xem ra là hợp lý bởi vì phương pháp này sẽ đặt bên bị vi phạm vào vị trí như là họ đã đầu tư khoản tiền này trên thị trường²⁰.

2. Kiến nghị hoàn thiện chế tài bồi thường thiệt hại của Luật Thương mại Việt Nam cho tương thích với luật thương mại quốc tế

Trên thế giới, việc sử dụng Bộ nguyên tắc Unidroit để bổ trợ giải thích Công ước Viên là phổ biến. Tuy nhiên ở Việt Nam, việc sử dụng Bộ nguyên tắc Unidroit và Công ước Viên như những nguồn tập quán quốc tế để giải thích luật thương mại nói chung và chế tài bồi thường thiệt hại nói riêng là một quan điểm chưa được thừa nhận rộng rãi. Theo tư duy phổ biến hiện nay, đối với những vấn đề mà luật thương mại (luật chuyên ngành) chưa điều chỉnh thì sẽ áp dụng Bộ luật Dân sự (đạo luật mẹ) để giải thích²¹. Nhưng điều này chỉ được thừa nhận áp dụng phổ biến đối với quan hệ thương mại quốc nội. Còn đối với hợp đồng thương mại quốc tế, điều này có áp dụng không? Và cho dù có áp dụng, chế tài bồi thường thiệt hại trong Bộ luật Dân sự cũng không bao quát được hết các vấn đề của thương mại quốc tế. Trong bối cảnh đó, quy định về chế tài bồi thường thiệt hại trong Luật Thương mại cần bổ sung thêm một số điểm để đảm bảo tính rõ ràng và tương thích với pháp luật quốc tế:

Thứ nhất, cần giới hạn rõ phạm vi thiệt hại được bồi thường cho hợp đồng thương mại, quy định rõ phạm vi bồi thường có bao gồm những thiệt hại phi tiền tệ hay không,

nếu có thể nên liệt kê rõ những thiệt hại phi tiền tệ được bồi thường nếu có chứng cứ xác đáng như thiệt hại do mất uy tín, thiệt hại do người chết, bị thương... đến những thiệt hại khác như chi phí luật sư, dịch thuật... Và thiệt hại có tính đến mọi khoản lợi cho bên có quyền từ một khoản chi phí hay tổn thất tránh được hay không.

Thứ hai, quy định rõ thiệt hại là có tính dự đoán trước bên cạnh tính thực tế, trực tiếp.

Thứ ba, quy định thêm cách tính toán thiệt hại trong trường hợp hợp đồng bị hủy với hai khả năng là bên bị vi phạm đã ký hợp đồng thay thế hoặc không như cách tính toán thiệt hại với hai khả năng trên của Công ước Viên và Bộ nguyên tắc Unidroit.

Thứ tư, quy định rõ về đồng tiền tính toán thiệt hại là đồng tiền quy định trong điều khoản nghĩa vụ thanh toán hoặc đồng tiền tại nơi thiệt hại phát sinh tùy theo đồng tiền nào thích hợp nhất.

Thứ năm, xác định rõ có tính tiền lãi trên khoản tiền bồi thường thiệt hại như quy định tại Điều 7.4.10 của Bộ nguyên tắc Unidroit hay không.

Tuy nhiên cần chú ý rằng, vì chế tài bồi thường thiệt hại trong Luật Thương mại Việt Nam trước hết là được áp dụng đối với quan hệ thương mại quốc nội. Việc điều chỉnh nó theo khuynh hướng áp dụng cho quan hệ thương mại quốc tế như trên chưa hẳn là xác đáng. Sự lựa chọn hợp lý nhất, theo chúng tôi, là khi Luật Thương mại Việt Nam được áp dụng cho một hợp đồng thương mại quốc tế, nên giải thích áp dụng chế tài bồi thường thiệt hại này theo hướng điều chỉnh trên và để đảm bảo tính tổng quan, nên thừa nhận việc áp dụng Công ước Viên là Bộ nguyên tắc Unidroit để bổ trợ giải thích Luật Thương mại nói chung và chế tài bồi thường thiệt hại nói riêng. ■

(20) Xem thêm án lệ Công ước ICSID số ARB/96/1 (2000), <http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm>.

(21) Xem Nguyễn Bá Bình, Bàn về nội hàm khái niệm và tính hợp pháp của hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế, Tạp chí Khoa học pháp lý số 1/2008, tr.34.

HOẠT ĐỘNG XUẤT KHẨU LAO ĐỘNG Ở VIỆT NAM:

THỰC TRẠNG**VÀ MỘT SỐ KHUYẾN NGHỊ**■ **NGUYỄN THỊ PHƯỢNG (*)**

Trong thời kỳ mở cửa, hội nhập với nền kinh tế toàn cầu, chúng ta đã xây dựng được nhiều mối quan hệ kinh tế quốc tế. Một trong những mối quan hệ kinh tế này là việc hợp tác đưa người lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài, hay còn gọi là xuất khẩu lao động (XKLĐ). Hoạt động XKLĐ của Việt Nam đang ngày càng mở rộng đến nhiều quốc gia và các vùng lãnh thổ trên toàn thế giới, đáp ứng một phần nhu cầu về nguồn lao động của các nước, với đủ các loại hình lao động khác nhau. Đồng thời, hoạt động này đã tạo cho người lao động Việt Nam nhiều cơ hội làm việc, tìm kiếm được nguồn thu nhập tốt. Tuy nhiên, xung quanh hoạt động XKLĐ đang tồn tại nhiều vấn đề cần phải giải quyết.

1. Thực trạng hoạt động xuất khẩu lao động ở Việt Nam

Theo thống kê, đến tháng 6 năm 2009 Việt Nam đã có hơn 96.000 lao động đi làm việc ở nước ngoài. Phần lớn, người lao động Việt Nam đi sang các thị trường truyền thống như Hàn Quốc, Đài Loan, Nhật Bản, Malaysia, Macau và một số quốc gia Trung Đông... (95%); số còn lại sang lao động tại một số nước Châu Âu và Châu Mỹ.

Theo Cục Quản lý lao động ngoài nước, để đạt mục tiêu tăng số lượng lao động đi làm việc ở nước ngoài đến năm 2010 là hơn 100.000 lao động, Cục sẽ thực hiện một số giải pháp trọng tâm như đẩy mạnh

tuyên truyền, vận động người lao động sang thị trường trọng điểm Malaysia; mở rộng các thị trường mới, thị trường có thu nhập cao, khuyến khích XKLĐ có nghề, lao động kỹ thuật...

So với nguồn lao động dồi dào của Việt Nam hiện nay, thì việc hoàn thành chỉ tiêu trên không phải là khó. Nếu như trong thời gian qua, các hoạt động liên quan tới việc XKLĐ được thực hiện nghiêm túc, có sự quản lý tốt, thì chắc chắn con số đi lao động ở nước ngoài còn lớn hơn nhiều, so với kết quả đã đạt được.

Một thực tế đáng buồn hiện nay là nguồn lao động của Việt Nam đang bị lãng phí rất lớn. Có rất nhiều người lao động đang phải chờ được đi XKLĐ ở các Trung tâm hay Công ty XKLĐ không có đủ chức năng và cả ở những Trung tâm, Công ty XKLĐ “ma”. Nguồn lao động này chủ yếu là những người nông dân đang chờ mong một cơ hội để thay đổi cuộc sống. Tuy nhiên, niềm hy vọng đó của nhiều người đang ngày càng bị mai một bởi những chiêu thức lừa đảo quá tinh vi và bởi cả những khoản nợ chồng chất do đi vay để nộp tiền đặt cọc. Và thêm vào đó là hàng loạt các rủi ro khác như: không XKLĐ được sau một thời gian dài chờ đợi và cũng không thể lấy lại được số tiền đã đặt cọc, hoặc nếu có thì chỉ là một phần nhỏ.

Theo số liệu thống kê năm 2005 có 43 vụ việc liên quan đến tình trạng này, đến năm

(*) Trung tâm Luật So sánh, Khoa Luật, ĐHQGHN.

2006 con số này tăng lên 117 vụ và năm 2007 là 118 vụ. Thực tế cho thấy, số vụ lừa đảo không những đã tăng lên hàng năm mà

người đi lao động khiến cho nhiều tổ chức tham gia vào hoạt động này. Nhưng đáng tiếc là họ không đủ khả năng. Thị trường lao động

nước ngoài mặc dù đem lại cho nguồn lao động trong nước cơ hội làm việc với mức thù lao lớn hơn trong nước nhưng nó cũng có rất nhiều vấn đề pháp lý liên quan. Nếu không nắm bắt rõ được các quy định của cả trong nước và nước ngoài thì quyền lợi

Phòng XKLD thuộc Tổng đội Thanh niên xung phong (TNXP) Trường Sơn thông báo tuyển 67 lao động để đưa đi Phần Lan. “Để tham gia “đoàn lao động đi Phần Lan”, mỗi lao động phải đóng ít nhất 2.000 USD tiền cọc. Nhiều lao động cho biết, họ đều đến với Tổng đội TNXP Trường Sơn thông qua các đầu mối “cò”, với chi phí “ngoài luồng” lên đến 2.000-3.000 USD/người. Số lao động của các lớp Phần Lan phải học ngoại ngữ sáu tháng, sau đó thì được bảo trở về nhà chờ đợi. Khi thấy một số người có dấu hiệu sốt ruột, cán bộ Phòng XKLD lại tung tin: sẽ có 3-4 lao động được xuất cảnh sang Phần Lan vào cuối tháng 3-2008 (!). Thậm chí đơn vị còn cử người ra Hà Nội, nói là để liên hệ với Đại sứ quán Phần Lan xin visa cho lao động. Nhưng cuối cùng chẳng thấy ai xuất cảnh. Và gần một năm trôi qua, số tiền vay chịu lãi gần bằng tiền gốc nhưng vẫn chưa thấy mọi chuyện nhúc nhích”¹.

diễn biến của nó cũng hết sức phức tạp với nhiều thủ đoạn tinh vi hơn. Bên cạnh việc tuyển dụng lao động bất hợp pháp của một số cán bộ chi nhánh, trung tâm thuộc một số doanh nghiệp đầu mối là sự xuất hiện một số doanh nghiệp không có chức năng này cũng làm công tác tư vấn và thu tiền bất hợp pháp của người lao động dưới danh nghĩa đưa đi học và làm việc tại nước ngoài. Có trường hợp đối tượng lừa đảo còn chọn vị trí ngay gần các doanh nghiệp có uy tín, thương hiệu trong lĩnh vực này để hoạt động. Ngoài ra, chúng còn thông qua các trung tâm đào tạo nghề, thành lập các doanh nghiệp ở vị trí lẩn khuất, giả danh cán bộ đi tuyển sinh, đưa người lao động đi học để gây được niềm tin... Vì thế mà nhiều người sau một thời gian dài đi học, đã đóng một khoản tiền lớn cho cò mồi mới hay mình bị lừa².

Hiện nay, việc đưa người lao động đi XKLD nước ngoài là một trong những hoạt động hấp dẫn khá nhiều các đối tượng tham gia. Những lợi ích trước mắt trong việc đưa

của người lao động Việt Nam sẽ rất khó được đảm bảo. Theo quy định tại mục c khoản 2 Điều 27 Luật Người lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng (Luật NLĐVNĐLVONN) năm 2006 thì doanh nghiệp dịch vụ có nghĩa vụ “*Phối hợp với chính quyền địa phương thông báo công khai, cung cấp cho người lao động đầy đủ các thông tin về số lượng, tiêu chuẩn tuyển chọn và các điều kiện của Hợp đồng đưa người lao động đi làm việc ở nước ngoài*”. Tuy nhiên, qua tìm hiểu từ những người lao động đã từng đi đăng ký ở một số Công ty, Trung tâm XKLD nước ngoài (hiện nay đã về quê vì không được đi XKLD) chúng tôi được biết, đa số họ chỉ thông qua một người giới thiệu nào đó để đi đến các Công ty, các Trung tâm XKLD đăng ký XKLD. Đến các Công ty hay Trung tâm này, họ cũng được yêu cầu nộp hồ sơ, đóng tiền phí và được học tiếng của nước mình sẽ đi XKLD. Song có một điều quan trọng mà họ không hề được biết là công ty nước ngoài nào thuê mình, vì trong

(1) Lao động xuất khẩu lại đi... tàu bay giấy! 22-04-2008, www.nguoiiaodong.com

(2) Lừa đảo xuất khẩu lao động gia tăng: Nhà quản lý nói gì? 08-05-2008, www.nguoiiaodong.com

hợp đồng đưa người lao động đi làm việc ở nước ngoài do các Công ty, các Trung tâm cấp cho họ, không hề ghi tên và số của hợp đồng cung ứng lao động. Mà bản hợp đồng này chỉ có giá trị làm thủ tục vay tiền ngân hàng. Họ được học trong một thời gian dài nhưng không được ký hợp đồng. Có người đã học xong tiếng để đi Hàn Quốc, nhưng lại phải chuyển qua lớp học tiếng Đài Loan, vì Trung tâm thông báo nhu cầu của bên Hàn Quốc hiện thời không có. Lúc đầu, các Công ty, Trung tâm cũng thông báo thời gian xuất cảnh đi lao động, nhưng đến hạn lại thông báo chuyển sang thời điểm khác vì nhiều lý do khác nhau.

Hơn thế nữa, ngay cả đối với những trường hợp đã được XKLD thì quyền và lợi ích của những người lao động này cũng không được bảo đảm đầy đủ. Nhiều doanh nghiệp dịch vụ đã không thực hiện đúng các nghĩa vụ đã cam kết sau khi họ đưa người lao động ra làm việc ở nước ngoài. Tại mục e khoản 2 Điều 27 Luật NLDVNĐLVONN cũng đã quy định cho các doanh nghiệp dịch vụ phải có nghĩa vụ: “Phối hợp với bên nước ngoài giải quyết các vấn đề phát sinh khi người lao động chết, bị tai nạn lao động, tai nạn rủi ro, bị bệnh nghề nghiệp, bị xâm hại tính mạng, sức khỏe, danh dự, nhân phẩm, tài sản và giải quyết tranh chấp liên quan tới người lao động”. Nhưng thực tế thì hiện tượng người lao động của Việt Nam không được bảo vệ thích đáng trong quá trình lao động còn xảy ra khá phổ biến, vì khi sang nước ngoài họ không hề liên lạc được với doanh nghiệp dịch vụ đã đưa mình đi cũng như không có tổ chức nào ở nước ngoài đứng ra bảo vệ họ.

Sau một thời gian áp dụng Luật NLDVNĐLVONN năm 2006 (có hiệu lực thi hành từ ngày 1/7/2007), đến nay, Luật vẫn chưa thực sự đem lại hiệu quả như mong đợi. Nhiều điều khoản trong Luật này chưa được áp dụng, thực thi nghiêm chỉnh. Và bên cạnh đó, Luật cũng còn có những hạn chế cần phải sửa đổi, bổ sung để đảm bảo quyền lợi

cho người lao động, nghĩa vụ cho các doanh nghiệp hoạt động XKLD. Ví dụ như Điều 27 quy định về quyền và nghĩa vụ của các doanh nghiệp dịch vụ, cần bổ sung thêm quy định về thời hạn đưa người lao động đi XKLD tính từ ngày doanh nghiệp nhận hồ sơ của người lao động, nhằm yêu cầu doanh nghiệp làm dịch vụ XKLD phải có trách nhiệm đưa người lao động XKLD đi đúng thời gian, đảm bảo lợi ích cho người lao động.

2. Nguyên nhân

Thực trạng này xuất phát từ nhiều nguyên nhân. Tuy nhiên, có thể nêu ra một số nguyên nhân chính như sau:

Thứ nhất, chúng ta chưa tạo được một cơ chế thuận lợi để người lao động tiếp cận được với các nguồn thông tin về các vấn đề liên quan tới hoạt động XKLD. Vì thế, người lao động thường chỉ tìm hiểu thông tin thông qua những người quen biết, những người đã đi làm ở người ngoài trở về và không ít những trường hợp phải nhờ “cò” môi giới với nhiều thông tin không chính xác. Sự thiếu thông tin khiến cho những người lao động dễ bị lừa đảo và không cân nhắc được hết các lợi ích và rủi ro cho mình.

Thứ hai, việc thành lập các trung tâm, tổ chức có chức năng XKLD trong thời gian qua tăng nhanh, khiến cho công tác quản lý của các cơ quan có chức năng gặp nhiều khó khăn. Hiện nay cả nước có hơn 150 doanh nghiệp có chức năng XKLD, các doanh nghiệp này mở các trung tâm và cơ sở một cách tràn lan và không có sự giám sát, kiểm tra chặt chẽ từ các doanh nghiệp, khiến cho tình trạng vi phạm pháp luật xảy ra ngày càng phổ biến. Thêm vào đó, còn có tình trạng doanh nghiệp bán giấy phép XKLD khiến cho việc giám sát, theo dõi càng trở nên khó khăn.

Thứ ba, các cơ quan quản lý còn tỏ ra thiếu hiệu quả. Các địa phương, nơi có các doanh nghiệp dịch vụ XKLD, đã không nắm bắt được tình hình thực tế nên không biết

được các hoạt động của các doanh nghiệp, các trung tâm XKLD này. Khi xảy ra sai phạm rồi, các cơ quan quản lý mới biết. Nhưng thiệt hại đã xảy ra, những người của các doanh nghiệp dịch vụ đó đã chuyển đi nơi khác (vì hầu hết các trụ sở là do họ thuê). Cuối cùng, người lao động vẫn là người phải gánh chịu hậu quả.

Thứ tư, hệ thống pháp luật điều chỉnh nội dung XKLD còn hạn chế, đặc biệt là trong vấn đề xử lý các sai phạm. Các chế tài tỏ ra thiếu mạnh mẽ và cứng rắn khiến cho việc tôn trọng pháp luật còn yếu.

3. Khuyến nghị

Thứ nhất, với người lao động, cần triển khai các hoạt động tuyên truyền, phổ biến nâng cao nhận thức về pháp luật, đặc biệt là Luật NLĐVNĐLVONN. Nên khuyến cáo rộng rãi đến người dân, khi có nhu cầu đi làm việc ở nước ngoài thì người lao động cần liên hệ trực tiếp với Cục Quản lý lao động ngoài nước và Sở Lao động - Thương binh và xã hội địa phương, các công ty có chức

(Tiếp theo trang 47)

Thứ bảy, trong khi chưa quản lý và kiểm soát được chỉ tiêu giải quyết việc làm hàng năm thì nên chuyển thành chỉ tiêu tham khảo, phần đầu có tính định hướng, đồng thời nghiên cứu tiêu chí thất nghiệp phản ánh đúng thực chất, nhằm nâng cao chất lượng giải quyết việc làm, bảo hiểm thất nghiệp.

Giải quyết việc làm và thất nghiệp là vấn đề lớn, phức tạp, luôn sống động theo cơ chế thị trường, khó có ngay một hệ thống chính sách và biện pháp đồng bộ để giải quyết hiệu quả vấn đề này. Vì vậy, các đại biểu Quốc hội, các cơ quan, tổ chức, cá nhân cần trao đổi, thảo luận để lựa chọn một chủ trương, đường lối cùng các biện pháp phù hợp, có hiệu quả trong giải quyết việc làm, góp phần ổn định xã hội, ổn định kinh tế vĩ mô, tăng trưởng bền vững. ■

năng XKLD. Khi đã đăng ký để XKLD ở các doanh nghiệp có dấu hiệu trái pháp luật thì người lao động cần thông báo cho các cơ quan chức năng và phối hợp với các cơ quan chức năng xử lý những sai phạm đó.

Thứ hai, đối với việc thành lập các tổ chức hoạt động XKLD, phải có những quy định chặt chẽ hơn để hạn chế những đơn vị không có đủ điều kiện, không đúng chức năng. Việc thanh lọc các đơn vị này sẽ giúp hạn chế các hành vi tiêu cực. Các doanh nghiệp cần phải công bố thông tin một cách công khai, minh bạch về các điều kiện, thủ tục, tiêu chuẩn tuyển chọn, mức lương và nhất là chi phí XKLD đối với từng thị trường; chỉ đạo và quản lý chặt chẽ các chi nhánh, trung tâm hoạt động theo đúng quy định của pháp luật.

Thứ ba, cơ quan có chức năng ở địa phương có các trụ sở của các doanh nghiệp dịch vụ XKLD phải tăng cường kiểm tra, giám sát các hoạt động, diễn biến tình hình XKLD của các doanh nghiệp này. Nắm bắt một cách kịp thời tình hình thực hiện pháp luật cũng như phát hiện sớm các sai phạm. Xử lý thích đáng đối với các trường hợp có dấu hiệu trái pháp luật. Trong nhiều trường hợp, khi sắp bị phát hiện sai phạm, hoặc đã thu tiền lừa đảo XKLD xong, các đơn vị XKLD lại chuyển qua địa bàn khác để hoạt động. Do vậy, các cơ quan chức năng ở các địa phương cần có sự phối hợp chặt chẽ với nhau để phát hiện.

Thứ tư, sửa đổi, bổ sung hệ thống pháp luật một cách đầy đủ hơn, chặt chẽ hơn, đồng thời ban hành chính sách, văn bản pháp luật về phòng chống, xử lý các hành vi vi phạm trong hoạt động XKLD với các chế tài xử lý ngày càng mạnh và hiệu quả hơn.

Thứ năm, hoạt động XKLD là một hoạt động cần có sự phối hợp giữa các các quốc gia có mối quan hệ XKLD. Trong quá trình hợp tác này, chúng ta cần phải ký kết các điều ước quốc tế để tạo ra sự thuận lợi cho hoạt động XKLD, cũng như có những cơ chế hữu hiệu nhất để bảo vệ quyền và lợi ích của người Việt Nam lao động ở nước ngoài. ■

TÒA ÁN HÌNH SỰ QUỐC TẾ

MỘT THIẾT CHẾ PHÁP LÝ

BẢO VỆ CÁC QUYỀN CON NGƯỜI

■ NGUYỄN KHẮC HẢI (*)

(Tiếp theo kỳ trước)

3. Một số vấn đề đặt ra từ việc nghiên cứu ICC và các quyền con người

Việc bảo đảm và thúc đẩy CQC�N là trách nhiệm của mỗi quốc gia. Có thể nói rằng việc tham gia ICC là một trong những cách thức hữu hiệu cho việc nhận thức CQC�N, tạo điều kiện cho sự đảm bảo và thúc đẩy CQC�N. Là thành viên ICC thì quốc gia cần hoàn thiện hệ thống pháp luật của mình cho phù hợp với những nguyên tắc cơ bản của luật pháp quốc tế. Do hoàn cảnh ở mỗi nước khác nhau nên cách tiếp cận về CQC�N ở mỗi quốc gia ít nhiều có sự khác nhau. Chính vì vậy nên sự giao lưu, hợp tác về nhiều mặt, đặc biệt là sự đồng thuận trong các văn bản pháp lý quốc tế đa phương như Quy chế Rome là yêu cầu cần thiết và khách quan, tạo điều kiện cho CQC�N được nhận thức và bảo vệ ở bất kỳ đâu trên thế giới. Việt Nam có hàng triệu người đang lao động và học tập tại nước ngoài, trong số này có cả những quốc gia có sự bất ổn lớn về chính trị như Iraq. ICC là thiết chế có thể bảo đảm được CQC�N trong trường hợp họ

trở thành nạn nhân của các tội phạm nguy hiểm thuộc thẩm quyền tài phán nếu như Việt Nam tham gia Quy chế Rome.

Từ việc nghiên cứu cơ chế bảo vệ CQC�N của ICC trên các phương diện khác nhau, theo chúng tôi, có một số vấn đề đặt ra cho Việt Nam như sau:

3.1. Hoàn thiện hệ thống pháp luật và thể chế bảo vệ các quyền con người

Không thể phủ nhận rằng những nguyên tắc được thừa nhận chung trong các văn bản pháp lý quốc tế (công ước, hiệp ước, quy chế...) chính là những thành tựu mà cộng đồng quốc tế đã đạt được bằng lịch sử của chính mình. Những thành tựu này cũng chính là những chuẩn mực quốc tế có giá trị tham khảo cho bất cứ quốc gia nào. Hiện nay cơ hội đang mở ra cho các quốc gia, đặc biệt là các quốc gia châu Á, trong đó có Việt Nam, tham gia ICC. Khi tham gia ICC, năng lực tố tụng tư pháp và hành chính tư pháp của quốc gia sẽ được tăng cường. Thông qua việc ban hành các văn bản hướng dẫn thi hành

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

Quy chế Rome, chúng ta có thể hoàn thiện hệ thống pháp luật trong nước, nội luật hoá các chuẩn mực được quy định trong Quy chế Rome, những chuẩn mực được thừa nhận rộng rãi và là thành tựu quan trọng của lịch sử pháp luật quốc tế.

Trong giai đoạn xem xét gia nhập Quy chế Rome, Việt Nam phải tiến hành nghiên cứu Quy chế hết sức kỹ lưỡng bởi có như vậy mới đưa ra các kiến nghị, bổ sung, bãi bỏ hay ban hành một cách xác đáng những văn bản quy phạm pháp luật bởi những sửa đổi, bổ sung cần thiết lại nằm trong những văn bản pháp luật quan trọng và tương đối ổn định như Bộ luật Hình sự (BLHS), Bộ luật Tố tụng hình sự (BLTTHS), Luật Tương trợ tư pháp... Qua nghiên cứu so sánh Quy chế Rome với hệ thống pháp luật cho thấy một số điểm hạn chế, không tương thích và cần hoàn thiện để bảo vệ tốt hơn CQCN, mà cụ thể là:

- Theo Điều 20 Quy chế Rome quy định nguyên tắc công minh, không xét xử hai lần đối với cùng một tội phạm, ICC không xét xử một cá nhân phạm tội về những tội mà người đó đã bị một toà án khác kết án hoặc tha bổng (trừ trường hợp vi phạm những thủ tục tố tụng được pháp luật quốc tế thừa nhận) và toà án khác cũng không xét xử một cá nhân phạm tội về những tội mà ICC đã kết án và tha bổng. Còn căn cứ vào BLHS Việt Nam năm 1999 quy định không một người phạm tội nào có thể chịu trách nhiệm hình sự hai lần về một tội phạm, khả năng Tòa án Việt Nam xét xử những cá nhân phạm tội đã được ICC tha bổng trước đó vẫn có thể xảy ra. Bởi vì, việc quy định tội danh, hình phạt giữa pháp luật hình sự nước ta và Quy chế Rome không đồng nhất mặc dù tính chất, mức độ hành vi phạm tội là như nhau.

- Về nguyên tắc bình đẳng trước pháp luật, Điều 27 Quy chế Rome giải thích, việc tiến hành các hành vi tố tụng áp dụng đối với tất cả cá nhân bị coi là phạm tội mà không có bất kỳ sự phân biệt đối xử về địa vị pháp

lý, kể cả các cá nhân được hưởng quy chế miễn trừ ngoại giao. Tuy nhiên, Điều 3, Điều 5, Điều 19 BLTTHS năm 2003, Điều 44 Luật Tổ chức Hội đồng nhân dân năm 2003, Điều 58 Luật Tổ chức Quốc hội năm 2001 (sửa đổi, bổ sung năm 2007) của Việt Nam lại có khác biệt. Cụ thể, đối với đại biểu Quốc hội, “không có sự đồng ý của Quốc hội và trong thời gian Quốc hội không họp, không có sự đồng ý của Ủy ban thường vụ Quốc hội thì không được bắt giam, truy tố đại biểu Quốc hội và không được khám xét nơi ở và nơi làm việc của đại biểu Quốc hội”; đối với đại biểu HĐND, “trong thời gian HĐND họp, nếu không được sự đồng ý của chủ tọa kỳ họp thì không được bắt giữ đại biểu HĐND”.

- Có khá nhiều điểm khác biệt giữa pháp luật hình sự Việt Nam với Quy chế Rome như vấn đề tội danh, loại và khung hình phạt, dẫn độ công dân, thi hành án, thẩm quyền điều tra của công tố viên, bắt khẩn cấp người phạm tội... Cũng có điểm khác biệt cơ bản giữa Quy chế Rome và pháp luật hình sự Việt Nam về vấn đề cá thể hoá trách nhiệm của người chỉ huy. Theo Điều 28 Quy chế Rome, người chỉ huy quân sự, người làm việc như chỉ huy quân sự hoặc cấp trên vẫn phải chịu trách nhiệm hình sự về các tội phạm thuộc quyền tài phán của ICC ngay cả khi người này không phạm tội một cách độc lập hoặc với vai trò đồng phạm. Trong khi đó, chế định đồng phạm và các tội về phá hoại hòa bình, chống loài người và tội phạm chiến tranh của BLHS năm 1999 chỉ quy định trách nhiệm của người chỉ huy khi người đó tham gia với tư cách độc lập hoặc với vai trò đồng phạm.

- Về quy định tội danh, Điều 5 Quy chế Rome quy định bốn loại tội phạm thuộc quyền tài phán của ICC: tội diệt chủng, tội chống nhân loại, tội phạm chiến tranh và tội xâm lược. Trừ tội xâm lược còn nhiều quan điểm khác nhau về định nghĩa, còn lại các tội khác đã được định nghĩa rõ ràng tại các Điều 6, 7, 8 của Quy chế. BLHS Việt Nam 1999 chưa quy định tội diệt chủng. Ngoài ra về nội

dung cũng chưa bao quát hết được các hành vi cụ thể được nhóm vào cùng một tội danh, chẳng hạn Điều 7 Quy chế Rome quy định 11 hành vi cấu thành của tội chống nhân loại, trong khi đó Điều 342 BLHS về tội chống loài người chỉ xác định 3 hành vi trong cấu thành (diệt chủng, diệt sinh, diệt môi trường) mà lại không đưa ra khái niệm cụ thể hơn cho từng hành vi này.

- Về bảo vệ quyền con người trong tố tụng hình sự, Quy chế Rome quy định quyền im lặng của bị can, bị cáo, người bị tình nghi khi bị thẩm vấn, hỏi cung. Nghĩa là, họ có quyền không bắt buộc phải khai báo và sự im lặng của họ không được xem xét theo hướng bất lợi cho họ khi kết tội sau này tại phiên tòa. Nếu các quy định trên bị vi phạm, ICC hoàn toàn có quyền không chấp nhận các chứng cứ thu thập được từ việc vi phạm. Không những thế, để tránh tình trạng lạm dụng quyền lực cũng như để bảo vệ quyền con người, gần như tất cả các biện pháp điều tra, cưỡng chế (bắt, triệu tập...) đều phải có sự phê chuẩn của Hội đồng tiền xét xử ICC trên cơ sở đề nghị của công tố viên. Nhưng, pháp luật tố tụng hình sự Việt Nam mới đang nghiên cứu xây dựng chế định này.

- Về chứng cứ trong tố tụng hình sự, Quy chế Rome cho phép công tố viên được đưa ra bằng chứng dưới hình thức ghi âm, ghi hình của nhân chứng thông qua các phương tiện điện tử. Tuy nhiên, BLTTHS Việt Nam lại quy định việc lấy lời khai của nhân chứng bắt buộc phải bằng biên bản và khi cần thiết, tòa án có thể triệu tập nhân chứng tham gia phiên tòa. Hơn nữa, pháp luật nước ta cũng chưa quy định việc ứng dụng công nghệ trong các hoạt động tố tụng.

- Về tương trợ tư pháp: i) Một trong những nghĩa vụ của quốc gia thành viên của ICC là hỗ trợ tư pháp về hình sự. Tuy nhiên cả BLTTHS 2003 và Luật Tương trợ tư pháp không có quy định nào về việc hợp tác giữa

Việt Nam với bất kỳ tòa án quốc tế nào, kể cả với ICC. Điều này hạn chế Việt Nam trong việc tham gia bảo vệ công lý và CQCN ở tầm quốc tế; ii) Điều 89 Quy chế Rome quy định khi có yêu cầu thì quốc gia thành viên (hoặc quốc gia không phải thành viên nhưng có thỏa thuận về hợp tác dẫn độ) dẫn độ người phạm tội cho ICC để truy tố, xét xử. Trong khi đó cả BLTTHS, Luật Tương trợ tư pháp và Luật Quốc tịch của Việt Nam đều không cho phép dẫn độ công dân Việt Nam cho nước ngoài; iii) Điều 92 Quy chế Rome quy định ICC có thể yêu cầu bắt khẩn cấp người phạm tội khi chưa có văn bản yêu cầu chính thức. Tuy nhiên việc bắt khẩn cấp trong tương trợ tư pháp hình sự lại chưa được quy định trong Luật Tương trợ tư pháp do e ngại vấn đề bồi thường thiệt hại do bắt oan sai, do vậy cơ quan tiến hành tố tụng của Việt Nam sẽ không có căn cứ pháp lý để thực hiện việc bắt khẩn cấp theo yêu cầu của ICC.

Theo báo cáo của Bộ Tư pháp, năng lực hoạt động của các cơ quan tư pháp Việt Nam chưa đáp ứng được các yêu cầu nêu trong Quy chế Rome. Cơ chế phối hợp hoạt động giữa các cơ quan trong lĩnh vực hợp tác và tương trợ tư pháp vẫn còn yếu kém và không chặt chẽ, hiệu quả hoạt động chưa cao¹.

Tham gia vào quá trình tố tụng của Việt Nam không chỉ có Tòa án, mà còn các cơ quan khác như Viện kiểm sát thực hành chức năng công tố; hệ thống cơ quan điều tra đặt tại một số cơ quan của Chính phủ có nhiệm vụ cùng Viện kiểm sát thực hiện chức năng công tố tại giai đoạn điều tra. Ngoài ra còn một số cơ quan hỗ trợ tư pháp cũng tham gia quá trình tố tụng như tổ chức luật sư, giám định. Trong khi đó, cơ cấu, tổ chức và điều hành của ICC (Phần IV Quy chế Rome) quy định Tòa án, ngoài Ban chánh án, Bộ phận phúc thẩm, Bộ phận sơ thẩm còn có Bộ phận dự thẩm, Văn phòng công tố, Văn phòng lục sự. Cơ cấu tổ chức này khác với cơ cấu

(1) Xem: Bộ Tư pháp, Báo cáo "Cơ sở lý luận và thực tiễn xây dựng Luật Tương trợ tư pháp", tháng 4/2006, tr. 50.

các cơ quan tiến hành tố tụng của Việt Nam. Vấn đề này có thể khắc phục được, vì bộ máy tư pháp của Nhà nước Việt Nam đang trong tiến trình cải cách tư pháp, theo hướng chuyển Viện Kiểm sát thành Viện công tố, tăng cường trách nhiệm của công tố trong hoạt động điều tra; đổi mới tổ chức phiên tòa xét xử theo hướng đảm bảo công khai, dân chủ, nghiêm minh; nâng cao chất lượng tranh tụng tại phiên tòa², mà đích cuối cùng là bảo vệ và bảo đảm CQCN. Tuy nhiên, tiến trình cải cách này cần phải có thời gian.

3.2. Tuyên truyền, giáo dục và đào tạo quyền con người

Chúng ta đang có trong tay món quà quý giá và nhân đạo do các quốc gia trao tặng và cam kết thực hiện thông qua các văn bản pháp lý quốc tế, đó là CQCN. Thật đáng tiếc khi mà hàng triệu con người trong suốt cả cuộc đời không hề biết rằng mình là chủ nhân của những quyền đó. Giáo dục nhân quyền là những hoạt động giảng dạy, tập huấn và phổ biến thông tin về quyền con người, nhằm xây dựng một nền văn hóa nhân quyền trong đó hướng tới: (i) Tăng cường sự tôn trọng các quyền và tự do cơ bản của con người; (ii) Phát triển đầy đủ nhân phẩm và ý thức về nhân phẩm của con người; (iii) Thúc đẩy sự hiểu biết, khoan dung, bình đẳng giới và tình hữu nghị giữa các quốc gia, các nhóm dân tộc, chủng tộc, tôn giáo và ngôn ngữ; (iv) Tạo điều kiện cho tất cả mọi người tham gia một cách hiệu quả vào các hoạt động của xã hội, và (v) Hỗ trợ các hoạt động của LHQ về duy trì hòa bình và an ninh quốc tế³. Giáo dục quyền con người thông qua chuyển giao kiến thức, xây dựng kỹ năng và hình thành quan điểm được coi là nền tảng của một nền

văn hóa đích thực về phòng ngừa⁴.

Là tổ chức quốc tế tiên phong trong hoạt động thúc đẩy và bảo vệ nhân quyền, LHQ đặc biệt quan tâm đến vấn đề giáo dục nhân quyền, xem đó như là một biện pháp cốt yếu và một chiến lược hiệu quả để ngăn chặn các vi phạm nhân quyền cũng như để xây dựng các xã hội bình đẳng, tự do và hòa bình⁵. Để phổ biến và vận động cho hoạt động giáo dục nhân quyền trên toàn thế giới, Đại hội đồng LHQ đã thông qua một Nghị quyết số 48/127 ngày 20/12/1993 (A/RES/48/127) quy định lấy giai đoạn 1995-2004 là *Thập kỷ giáo dục nhân quyền của Liên hợp quốc*⁶. Tiếp theo đó, từ 1994 đến 2003, Đại hội đồng LHQ còn thông qua một loạt nghị quyết khác đề cập đến những vấn đề cụ thể trong việc triển khai thực hiện Thập kỷ Giáo dục nhân quyền, bao gồm các Nghị quyết A/RES/49/184, A/RES/50/173, A/RES/50/177, A/RES/51/104, A/RES/52/127, A/RES/53/153, A/RES/54/161, A/RES/55/94, A/RES/56/167, A/RES/57/212⁷.

Trong khoảng hai thập kỷ gần đây, giáo dục nhân quyền là vấn đề thu hút sự quan tâm thường xuyên của cộng đồng quốc tế. Nhiều tổ chức quốc tế, trong đó đặc biệt là LHQ và UNESCO, đã có những chương trình hành động lớn và rộng khắp trên thế giới về vấn đề này. Ở phạm vi quốc gia, giáo dục nhân quyền cũng đã trở thành một phần trong chương trình giáo dục của nhiều nước, tuy có sự khác nhau về phạm vi, mức độ và cách thức tổ chức hoạt động. Trên thực tế, giáo dục nhân quyền, xét ở góc độ nhất định, từ lâu đã được thực hiện trong hệ thống giáo dục quốc dân của Việt Nam, dưới hình thức giáo dục đạo đức công dân. Gần đây, hoạt động giáo dục

(2) Xem: Đỗ Ngọc Quang, *Một số thuận lợi và thách thức đối với Việt Nam gia nhập quy chế Rome trong bối cảnh hiện nay*, Kỷ yếu hội thảo khoa học. Nxb. Tư pháp. Hà Nội. 2007, tr.287.

(3) Nghị quyết A/52/469/Add.1 ngày 20/10/1997 của Đại hội đồng LHQ, đoạn 11. Xem trong [http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.RES.48.127.En?OpenDocument](http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.RES.48.127.En?OpenDocument).

(4) Xem: *Tìm hiểu về quyền con người (Tài liệu hướng dẫn về giáo dục quyền con người)*. Chủ biên: Wolfgang Benedek (tài liệu dịch). Nxb Tư pháp. Tr. 32.

(5) *Pocket Guide on Basic Human Rights Instruments*

(6) *Human Rights - A Basic Handbook for UN Staff*

(7) *Human Rights and Social Work: A Manual for Schools of Social Work and the Social Work Profession*



thấy có thể đưa nội dung học về ICC và quyền con người theo các phương án sau:

- Nội dung ICC và CQCN được ghi nhận ở một chương độc lập trong giáo trình Luật Hình sự quốc tế. Hiện nay giáo trình Luật Hình sự quốc tế đã có nhưng chưa có một chương độc lập về ICC và việc bảo vệ CQCN;

- Nội dung ICC và việc bảo vệ CQCN được thể hiện trong một chương độc lập

Ảnh S.T: Anh Vũ

nhân quyền đã được tăng cường thêm một bước, xét cả về nội dung và phạm vi tổ chức. Tương tự như các quốc gia khác trên thế giới, giáo dục nhân quyền đã và đang thực hiện ở cả trong và ngoài hệ thống nhà trường ở Việt Nam. Đây là một tiền đề quan trọng cho việc thúc đẩy hoạt động giáo dục nhân quyền ở Việt Nam trong thời gian tới⁸.

Lịch sử nhân loại, bối cảnh toàn cầu cho thấy việc nâng cao nhận thức và trách nhiệm của cộng đồng thế giới đối với những hành vi đặc biệt nguy hiểm xâm phạm đến những giá trị cao quý nhất của xã hội văn minh - con người - là vấn đề mang tính cấp thiết. Để thực hiện được điều này, ngoài các biện pháp về pháp luật và quản lý nhà nước, giáo dục thông qua chương trình nghiên cứu, giảng dạy ở các trường đại học luật, khoa luật, các trường đào tạo luật sư và thẩm phán là hết sức cần thiết.

Nghiên cứu kết cấu chương trình đào tạo đại học⁹ và sau đại học luật tại Việt Nam cho

của giáo trình giáo dục CQCN. Hiện nay giáo trình này mới được thể hiện trên ý tưởng và đang được triển khai;

- Nội dung ICC và việc bảo vệ CQCN với tính chất là một môn học, được biên soạn trong tập bài giảng hoặc có thể nâng lên thành một giáo trình riêng;

- Nội dung ICC và việc bảo vệ CQCN được giảng dạy cho các sinh viên đại học, học viên sau đại học chuyên ngành tư pháp hình sự với tính chất là một chuyên đề.

Việc giáo dục CQCN theo các nội dung về ICC dù theo cách thức, phương án nào cũng cần phải thể hiện được CQCN trong nội dung sau: 1) Tình hình bảo vệ hòa bình và an ninh quốc tế, trừng trị tội phạm chiến tranh từ sau chiến tranh thế giới thứ hai; 2) Quá trình hình thành ICC; 3) Mối quan hệ giữa ICC với các thiết chế bảo vệ hòa bình và an ninh quốc tế; 4) Thẩm quyền tài phán đối với các loại tội phạm và thẩm quyền theo thời gian của ICC; 5) Các nguyên tắc được quy định trong Quy chế Rome và những

(8) Xem: <http://crights.org.vn/home.asp?id=80&langid=1>

(9) Tại Khoa Luật trực thuộc Đại học Quốc gia Hà Nội, hai môn học "Lý luận về nhân quyền" và "Bảo vệ quyền con người bằng hệ thống tư pháp hình sự" bắt đầu được đưa vào giảng dạy từ tháng 1/2008 cho sinh viên năm thứ tư chuyên ngành Lý luận-Hiến pháp-Hành chính và chuyên ngành Tư pháp hình sự với thời lượng là 30 tiết/môn.

điểm tương đồng với luật hình sự quốc gia; 6) Điều kiện thực hiện quyền tài phán của ICC; 7) Thủ tục tố tụng: thông báo tội phạm, thụ lý, điều tra, truy tố, xét xử, kháng cáo; 8) Thi hành án.

Hoạt động nghiên cứu cũng như giáo dục về quyền con người ở nước ta hiện còn nhiều hạn chế. Các nội dung về quyền đã được đưa vào chương trình giáo dục phổ thông, tuy nhiên dung lượng còn ít, chủ yếu trong môn học “Đạo đức” và “Giáo dục công dân”. Tại Khoa luật, Đại học Quốc gia Hà Nội, môn học về nhân quyền mới được giảng dạy có tính thí điểm để rút kinh nghiệm cho các sinh viên năm cuối như một môn học chuyên ngành. Theo chúng tôi, việc giáo dục nhân quyền là cần thiết cho tất cả các đối tượng trong cộng đồng, rất phù hợp với truyền thống nhân đạo của dân tộc, sẽ phát triển nhanh chóng và đem lại hiệu quả thiết thực cho xã hội nếu được chúng ta quan tâm đúng mức¹⁰.

Ngoài hoạt động giáo dục trong hệ thống nhà trường, các hoạt động giáo dục nhân quyền bên ngoài xã hội cũng đóng vai trò quan trọng trong quá trình nâng cao nhận thức về nhân quyền cho các thành viên của xã hội, bởi các lý do sau: 1) việc các hoạt động giáo dục bên ngoài xã hội có tính chuyên nghiệp cao do được tiếp cận đa phương diện và linh hoạt chứ không cứng nhắc như chương trình học trong trường; 2) đối tượng giảng dạy là các chuyên gia trong và ngoài nước có nhiều thực tiễn; 3) đối tượng được giáo dục đa dạng các thành phần, trong đó có những nhóm rất quan trọng như quan chức nhà nước, cán bộ xã hội, nhân viên của các tổ chức quốc tế, các đại biểu Quốc hội, đại biểu hội đồng nhân dân, cán bộ an ninh, cán bộ quản lý trại giam, người làm công tác xã hội; 4) có thể thực hiện đan xen với hoạt động giáo dục nhân quyền trong hệ thống giáo dục quốc dân; 5) nội dung đa dạng và mang tính

thực tế hơn, bao gồm các vấn đề lý luận về quyền con người nói chung, các tiêu chuẩn quốc tế và các quy định quốc gia về quyền con người; 6) đa dạng về chủ thể tổ chức như các bộ ngành, tổ chức xã hội, cơ sở đào tạo trên cơ sở tổ chức độc lập hoặc kết hợp với các nhà tài trợ nước ngoài (các tổ chức quốc tế, các cơ quan viện trợ quốc gia, các đại sứ quán các nước...); 7) tài liệu phong phú từ nhiều nguồn khác nhau, thiết bị giảng dạy hiện đại do các nhà tài trợ cung cấp.

Tiến trình của một quốc gia đi đến việc tham gia Quy chế Rome chính là quá trình tuyên truyền, giáo dục nhận thức và tầm quan trọng của ICC đối với việc bảo vệ CQCN. Chính vì vậy, các hoạt động thúc đẩy cho quá trình tham gia Quy chế Rome chính là việc củng cố ý chí chính trị, cũng như giáo dục, tuyên truyền và đào tạo về CQCN. Những hoạt động đó là:

- Nâng cao kiến thức và năng lực cho cán bộ công chức và các cơ quan của Việt Nam trong lĩnh vực luật hình sự quốc tế cũng như về ICC;

- Nghiên cứu quy chế Rome và phổ biến rộng rãi hơn về ICC trên phạm vi cả nước thông qua việc đánh giá và giải thích các hướng dẫn về Quy chế Rome;

- Tiếp tục phổ biến các ấn phẩm về ICC cho tất cả các đối tượng có liên quan, kể cả các thành viên của Quốc hội, thẩm phán, kiểm sát viên, cán bộ cảnh sát và quân đội, luật sư, quan chức chính phủ cấp trung ương và địa phương;

- Ban hành văn bản pháp luật mới hoặc sửa đổi, bổ sung văn bản quy phạm pháp luật hiện hành để tiến tới tham gia Quy chế Rome và tạo cơ sở pháp lý cho việc hợp tác với ICC.

- Vận động hành lang với Chính phủ nhằm thuyết phục phê chuẩn Quy chế Rome và nội luật hoá các quy định của Quy chế Rome vào hệ thống pháp luật trong nước. ■

(10) Xem: Nguyễn Đăng Dung, *Phỏng vấn đăng trên trang 5, Báo Pháp luật Việt Nam số 257 (3.665) ngày 26/10/2008*