

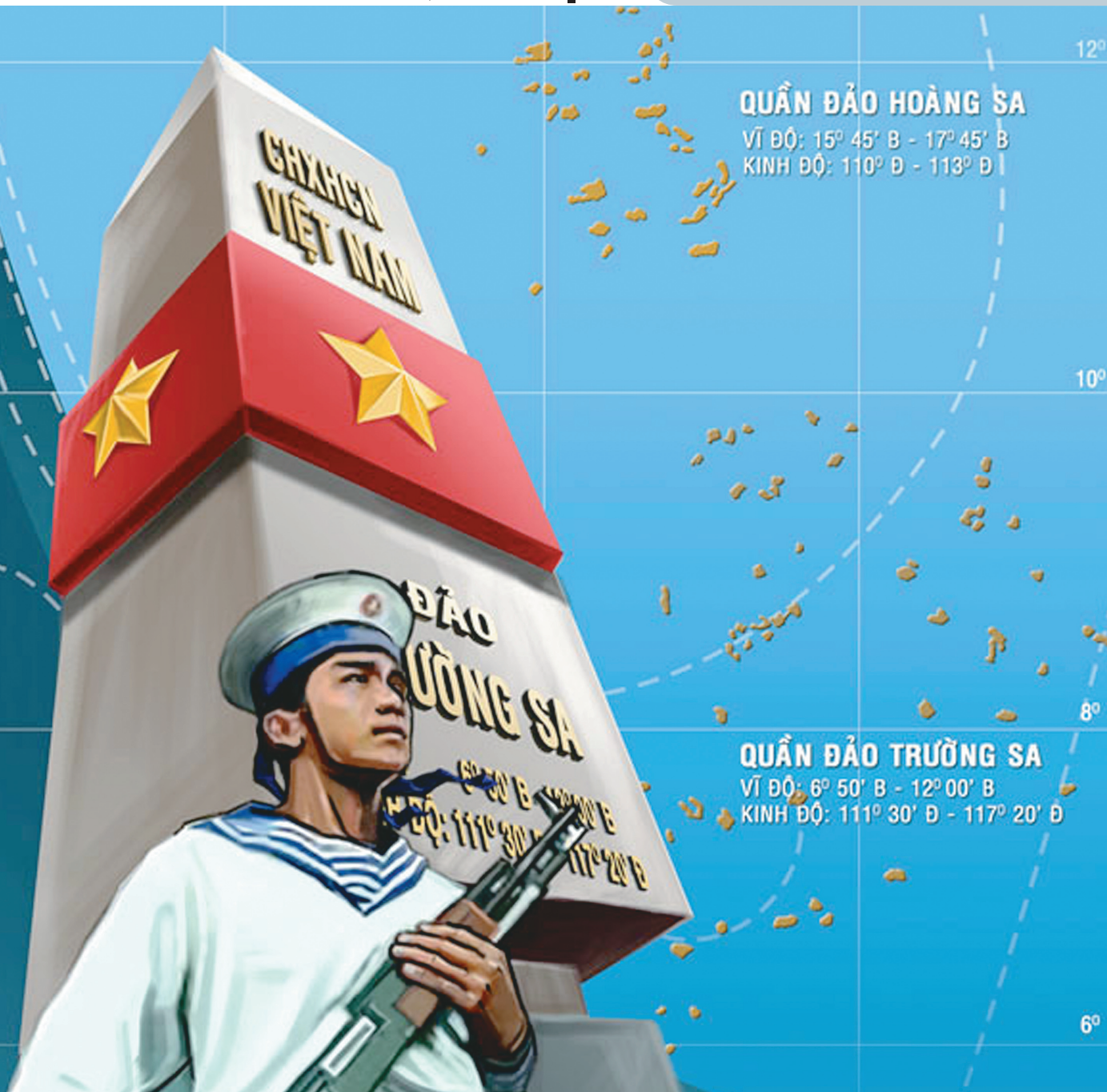
# NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

ISSN 1859 - 2953

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

**VĂN PHÒNG QUỐC HỘI**

**Số 13(198) / Tháng 7/2011**



**QUẦN ĐẢO HOÀNG SA**

VỊ ĐỘ: 15° 45' B - 17° 45' B  
KINH ĐỘ: 110° Đ - 113° Đ

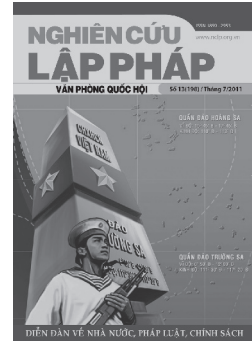
**QUẦN ĐẢO TRƯỜNG SA**

VỊ ĐỘ: 6° 50' B - 12° 00' B  
KINH ĐỘ: 111° 30' Đ - 117° 20' Đ

**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** Lại bàn về nguyên tắc: Quyền lực nhà nước là thống nhất, có sự phân công phân nhiệm giữa ba quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp

**GS, TS. Nguyễn Đăng Dung**

- 9** Bổ sung quy định về quyền miễn trừ trách nhiệm của đại biểu Quốc hội

**Hoàng Minh Hiếu**

- 16** Cuộc chiến pháp lý mới về “đường lưỡi bò” ở Biển Đông

**PGS, TS. Nguyễn Hồng Thao**

- 25** Cơ chế đánh giá việc thực thi công ước của Liên hiệp quốc về chống tham nhũng

**ThS. Nguyễn Quốc Văn**

### BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 34** Hoàn thiện pháp luật về trách nhiệm dân sự trong hợp đồng

**Trần Việt Anh**

- 39** Tiếp tục sửa đổi, bổ sung, hoàn thiện một số quy định của Luật đất đai năm 2003

**ThS. Lê Văn Thành**

### CHÍNH SÁCH

- 43** Hiệu quả từ quỹ tín dụng vi mô và giảm nghèo cho nhóm xã hội yếu thế

**TS. Nguyễn Đức Chiện**

### THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 48** Hoàn thiện pháp luật về tập đoàn kinh tế

**PGS, TS. Nguyễn Thế Quyền**

### KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 55** Ấn lệ ở Úc: lịch sử, khái niệm, nguyên tắc và cơ chế thực hiện

**Nguyễn Đức Lam**

#### HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

TS. TRẦN ĐÌNH ĐÀN (CHỦ TỊCH)  
TS. NGUYỄN SĨ DŨNG (PHÓ CHỦ TỊCH)  
GS. TSKH. ĐÀO TRỌNG THI  
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 NGƯU  
TS. NGÔ ĐỨC MẠNH  
TS. PHẠM VĂN HÙNG

#### TỔNG BIÊN TẬP

TS. PHẠM VĂN HÙNG

#### PHÓ TỔNG BIÊN TẬP:

NGUYỄN QUANG MINH

#### TRỤ SỞ:

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

#### THIẾT KẾ:

NGUYỄN ANH VŨ

#### GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:

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

#### PHÁT HÀNH:

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

#### TÀI KHOẢN:

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

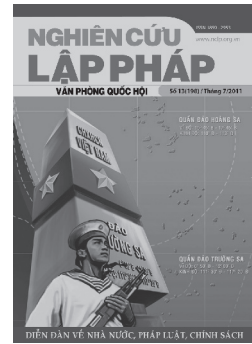
IN TẠI CÔNG TY CP IN KHKT

**GIÁ: 15.000 ĐỒNG**

Ảnh bìa:

# NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn



## Legis 7/2011

### STATE AND LAW

- 5** Revisited the principle that the State power is unified, with a division of responsibilities and coordination of work among State agencies in the exercise of legislative, executive and judicial powers

**Prof, Dr. Nguyen Dang Dung**

- 9** Supplementing provisions on liability immunity of parliament deputies

**Hoang Minh Hieu**

- 16** New legal battle on "the Cow's Tongue" at the Eastern Sea

**Prof, Dr. Nguyen Hong Thao**

- 25** Mechanism for evaluating the implementation of the UN Convention Against Corruption

**LL.M. Nguyen Quoc Van**

### DISCUSSION OF BILLS

- 34** To improve the law on civil liability in the contract

**Tran Viet Anh**

- 39** Further amendment and supplement to complete provisions of Land Law 2003

**LL.M. Le Van Thanh**

### POLICIES

- 43** To improve the law on bussiness group

**Dr. Nguyen Duc Chien**

### LEGAL PRACTICE

- 48** Australian case law: history, concepts, principles and implementation mechanisms

**Prof, Dr. Nguyen The Quyen**

### FOREIGN EXPERIENCE

- 55** Australian case law: history, concepts, principles and implementation mechanisms

**Nguyen Duc Lam**

#### EDITORIAL:

Dr. TRAN DINH DAN (Chairman)  
Dr. NGUYEN SI DUNG (Vice 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:

NGUYEN QUANG MINH

#### OFFICE:

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

#### DESIGN:

NGUYEN ANH VU

#### LICENSE OF PUBLISHMENT:

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

#### DISTRIBUTION:

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

#### ACCOUNT NUMBER:

0011000467735  
LEGISLATIVE STUDY MAGAZINE  
VIETCOMBANK

PRINTED IN SCIENCE TECHNOLOGY  
PRINTING COMPANY

Price: 15,000 VND

# LẠI BÀN VỀ NGUYÊN TẮC:

## QUYỀN LỰC NHÀ NƯỚC LÀ THỐNG NHẤT, CÓ SỰ PHÂN CÔNG PHÂN NHIỆM GIỮA BA QUYỀN LẬP PHÁP, HÀNH PHÁP VÀ TƯ PHÁP

■ NGUYỄN ĐĂNG DUNG\*

**K**ể từ khi có chế độ Dân chủ Cộng hòa, Nhà nước Việt Nam vẫn được tổ chức theo nguyên tắc tập quyền, tức là quyền lực nhà nước là thống nhất, phủ nhận hoàn toàn những biểu hiện của phân quyền. Nhưng với công cuộc đổi mới, mở cửa, và nhất là với công cuộc xây dựng Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa hiện nay, những hạt nhân hợp lý trong học thuyết phân quyền đã được chúng ta ghi nhận trong quy định của Hiến pháp năm 1992, sửa đổi năm 2001. Điều 2 của Hiến pháp hiện hành này quy định: “Nhà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa của nhân dân, do nhân dân, vì nhân dân. Tất cả quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân mà nền tảng là liên minh giữa giai cấp công nhân với giai cấp nông dân và đội ngũ trí thức. 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, tư pháp”.

Nội dung của quy định này, theo chúng tôi, hiện còn một số vấn đề cần phải tập trung

luận giải như: Quyền lực nhà nước thống nhất có nghĩa như thế nào, nhất là việc quyền lực đó thống nhất vào đâu, vào nhân dân hay vào Quốc hội; tại sao quyền lực nhà nước là thống nhất - tập quyền, mà vẫn còn phải phân công, phân nhiệm và cuối cùng, việc phân công và phân nhiệm này có gì khác với phân quyền?

### 1. Thứ nhất, quyền lực nhà nước là thống nhất

Quyền lực nhà nước, về nguyên tắc, luôn luôn phải tập trung, chính sự tập trung mới tạo ra một Nhà nước. Sự tập trung này chính là sự thống nhất của quyền lực nhà nước. Vì nếu không tập trung, không thống nhất thì Nhà nước không thể tồn tại, hay ít nhất cũng là nguy cơ của sự phân rã, một dấu hiệu đầu tiên của sự tan rã, biến mất của Nhà nước. Nhưng sự tập trung hay thống nhất này luôn luôn có biểu hiện - hay ít nhất là có nguy cơ - của sự độc tài, chuyên chế. Cho nên, biện pháp phòng ngừa sự tập trung chuyên chế, độc tài là quyền lực nhà nước luôn luôn phải được phân ra, hay ít nhất là phải có xu hướng của sự phân ra, tức

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

là phân quyền. Quyền lực nhà nước của thời kỳ chiếm hữu nô lệ, của chế độ phong kiến luôn được tập trung vào trong tay nhà vua, tạo thành chế độ độc tài chuyên chế. Để tạo ra một Nhà nước dân chủ tư sản, quyền lực nhà nước đã phải phân ra thành ba quyền: lập pháp, hành pháp và tư pháp. Hiến pháp của Nhà nước tư sản là một bản văn phân chia quyền lực, nhưng trên thực tế, quyền lực nhà nước không phải lúc nào cũng được phân chia rạch ròi như vậy. Ngay cả sự phân quyền rạch ròi nhất như quy định của Hiến pháp và thực tế của Hoa Kỳ, thì giữa lập pháp, hành pháp và tư pháp vẫn có sự phối kết hợp với nhau, tạo nên sự thống nhất của quyền lực nhà nước.

### **2. Thứ hai, quyền lực nhà nước phải được phân công, phân nhiệm nhưng vẫn phải có sự thống nhất giữa lập pháp và hành pháp**

Trước hết phải khẳng định rằng, phân quyền là một học thuyết của cách mạng tư sản, nhằm chống lại nguyên tắc tập quyền của chế độ nhà nước phong kiến chuyên chế. Ở Việt Nam, từ chỗ phủ nhận hoàn toàn đến thừa nhận - dù chỉ là một số những hạt nhân hợp lý - của học thuyết này là cả một bước chuyển rất lớn trong nhận thức. Tuy nhiên, việc áp dụng học thuyết này đã tạo ra những quan điểm khác nhau. Nhiều người cho rằng, trong phân quyền, lập pháp phải do Quốc hội đảm nhiệm và hành pháp phải do Chính phủ đảm nhiệm, theo đúng tinh thần của Hiến pháp. Thậm chí, không ít người cho rằng, cần phải chuyển mọi hoạt động có liên quan đến lập pháp - từ việc soạn thảo đến việc thông qua dự thảo văn bản pháp luật - cho Quốc hội, còn Chính phủ chỉ tập trung vào công tác hành pháp, tức là điều hành đất nước<sup>1</sup>. Quan niệm này có phần hơi máy móc về nguyên tắc phân quyền trong tổ chức bộ máy nhà nước. Thực tế, sự phân quyền - theo cách nói của Nhà nước tư sản - và phân công, phân nhiệm giữa lập pháp và hành

pháp - theo cách nói của Việt Nam chúng ta hiện nay - không hoàn toàn có nghĩa đơn giản như vậy. Mà thực tế, hoạt động của hành pháp có ảnh hưởng rất lớn đến hoạt động của lập pháp. Thậm chí, Quốc hội lập pháp theo nhu cầu của Chính phủ - hành pháp; giữa Chính phủ - hành pháp và Quốc hội - lập pháp phải có quan hệ mật thiết với nhau. *Mối quan hệ mật thiết này tạo nên tính thống nhất của quyền lực nhà nước.*

Trước đây, khi quan sát lịch sử tiến triển của cách mạng tư sản Pháp, Hegel đã rất lo lắng cho sự phân quyền một cách biệt lập. Ông cho rằng: “Một trong những quan niệm sai lầm về Nhà nước là cho rằng, các thành viên của hành pháp cần được loại ra khỏi các cơ quan lập pháp như đã xảy ra, chẳng hạn trong Quốc hội lập hiến của Pháp. Ở Anh, các bộ trưởng phải là các thành viên của Nghị viện và điều ấy là đúng đắn, vì những ai tham gia Chính phủ phải liên kết với quyền lập pháp chứ không phải đối lập lại nó. Quan niệm về cái gọi là sự độc lập của các quyền chứa đựng sai lầm cơ bản khi giả định rằng các quyền lực cần phải độc lập với nhau, thậm chí hạn chế nhau. Nhưng, nếu chúng độc lập với nhau thì sự thống nhất của Nhà nước - vốn là đòi hỏi cao nhất - sẽ bị thủ tiêu”<sup>2</sup>.

Tổ chức và hoạt động của lập pháp và hành pháp trên thực tế không có sự phân định một cách cứng nhắc theo tinh thần của học thuyết phân quyền trước kia - thời tiền cách mạng tư sản - mà chúng có quan hệ mật thiết với nhau. Mối quan hệ giữa lập pháp và hành pháp quan trọng đến mức tạo thành mô hình tổ chức Nhà nước của mỗi quốc gia. Đó là các chính thể Nhà nước: chính thể đại nghị, kể cả cộng hòa lẫn quân chủ; chính thể cộng hòa tổng thống và chính thể cộng hòa hỗn hợp (pha trộn những đặc tính của hai loại hình đại nghị và cộng hòa tổng thống).

Ở nước Anh, Chính phủ - hành pháp và Quốc hội/Nghị viện - lập pháp đều cùng phân

(1) Xem Kỹ yếu Hội nghị của Văn phòng Quốc hội về việc soạn thảo Nghị quyết sửa đổi Hiến pháp năm 2001.

(2) Xem Hegel, Các nguyên lý của triết học pháp quyền, Nxb. Tri thức 2010, tr. 779.

ảnh ý chí của đảng cầm quyền. Đảng cầm quyền là đảng chiếm đa số ghế trong Quốc hội thông qua một cuộc bầu cử phổ thông, có quyền thành lập Chính phủ. Thủ lĩnh của Đảng cầm quyền sẽ là Thủ tướng Chính phủ. Các thành viên của Chính phủ - về nguyên tắc - đều là những người có chân trong ban lãnh đạo của đảng cầm quyền. Với nguyên tắc nghị sĩ của đảng nào chỉ được bỏ phiếu cho ý chí của đảng đó, cộng với quyền trình dự án luật trước Quốc hội, nên gần như mọi dự luật đều xuất phát từ Chính phủ - hành pháp. Mọi hoạt động của Quốc hội - lập pháp và Chính phủ - hành pháp đều do đảng cầm quyền quyết định với lý do là đảng chiếm đa số ghế trong Quốc hội. Cũng vì thế, mọi đề xuất cho hoạt động của Quốc hội - lập pháp đều bắt nguồn từ Chính phủ - hành pháp. Trong nhiều trường hợp, người ta còn gọi Thủ tướng Chính phủ là thủ trưởng của cả cơ quan lập pháp lẫn cơ quan hành pháp. Theo thống kê, có tới hơn 90% tổng số các dự án luật được Quốc hội/Nghị viện thông qua là dự án đệ trình từ Chính phủ.

Như vậy, Quốc hội chỉ còn lại công việc chính là kiểm soát Chính phủ và sẵn sàng thay đổi Chính phủ đang cầm quyền bằng biện pháp bỏ phiếu tín nhiệm. Phe đối lập phải đồng tình với phe đa số trong Quốc hội để thông qua các kế hoạch, các dự luật tốt cho sự phát triển, đồng thời tìm cách liên kết, liên minh để phủ quyết các dự luật, các chính sách không có lợi cho quốc kế dân sinh. Khi có cơ hội tốt sẽ tìm cách bỏ phiếu bất tín nhiệm Chính phủ để lập một Chính phủ mới.

Nếu Hiến pháp của các nước theo chính thể đại nghị (cộng hòa hay quân chủ) quy định rõ sự can thiệp của hành pháp vào lập pháp như quyền trình dự án luật trước Nghị viện, thì trong chính thể cộng hòa tổng thống, pháp luật không quy định hành pháp và lập pháp phải phối kết hợp với nhau. Một trong những biểu hiện này là việc quy định, hành pháp không được quyền trình dự án luật trước Quốc hội - lập pháp. Quyền lập pháp dành riêng cho

cơ quan lập pháp ngay từ khi có sáng quyền lập pháp. Chỉ các nghị sĩ thuộc thượng nghị viện và hạ nghị viện mới có quyền này. Còn cơ quan hành pháp và người đứng đầu nhà nước đều không có quyền trình dự án luật trước nghị viện. Đây là một trong những quy định tạo nên tính cứng rắn của việc áp dụng học thuyết quyền của các nhà nước cộng hòa tổng thống. Nhưng bằng các con đường không chính thức, tổng thống - người đứng đầu hành pháp - vẫn can thiệp rất sâu vào quá trình lập pháp của Quốc hội. Ví dụ như thông qua việc đọc thông điệp hàng năm trước Quốc hội, Tổng thống Mỹ gửi yêu cầu lập pháp của mình sang cho Quốc hội - lập pháp, hoặc bằng con đường trình dự án luật của các đảng viên cùng đảng của mình mà Tổng thống hành pháp can thiệp đến chương trình lập pháp của Quốc hội. Và cuối cùng, bằng con đường phủ quyết (veto), tổng thống ngăn cản việc ban hành những đạo luật không phù hợp với ý chí của mình hay của cơ quan hành pháp. Chính vì vậy, “khái niệm về một Tổng thống có quyền lập pháp đã được phổ biến kể từ sau Chiến tranh thế giới lần thứ hai. Từ đó đến nay, vai trò này đã được thiết chế hoá, được thể hiện không chỉ vì cá tính độc đáo của một vị Tổng thống, hay vì một hoàn cảnh đặc biệt nào, mà chính là vì mọi người, trong đó có Quốc hội, báo chí, và công chúng trông đợi điều này”<sup>3</sup>.

Như vậy, dù chính thể được tổ chức theo mô hình đại nghị hay mô hình cộng hòa tổng thống, thì lập pháp và hành pháp vẫn không có sự phân chia tuyệt đối với nhau, như cách hiểu của nhiều người. Dù có sự phân quyền nhưng hành pháp vẫn can thiệp sang lĩnh vực lập pháp, thậm chí các hoạt động lập pháp lại còn là nhu cầu của hành pháp. Bản thân Quốc hội không có nhu cầu lập pháp. Nhưng với chức năng lập pháp được hiến pháp quy định, Quốc hội vẫn phải biểu quyết thông qua các dự án luật được Chính phủ đệ trình sang. Với quyền quyết định này Quốc hội có quyền thông qua những dự án luật tốt có khả năng khả thi, hoặc

(3) Xem Stephen Wayne, *Quyền lập pháp của Tổng thống*. New York, Harper và Row, 1978.

gạt bỏ những dự án không có khả năng thực thi, hoặc không có lợi cho sự phát triển của quốc gia. Đó là chức năng lập pháp đích thực của Nghị viện trong một nhà nước dân chủ.

Nhu cầu lập pháp của hành pháp còn thể hiện ở chỗ, chính thông qua các đề xuất lập pháp mà hành pháp có khả năng triển khai các chủ trương chính sách của đảng cầm quyền nằm trong chương trình tranh cử của họ trước nhân dân. Như vậy, nhu cầu lập pháp là của hành pháp. Và như thế, không có sự phân quyền tuyệt đối giữa lập pháp và hành pháp. Có lẽ, khi xây dựng học thuyết phân quyền, các nhà tư tưởng hầu như không phát hiện ra là sẽ có sự phối kết hợp lẫn nhau giữa lập pháp và hành pháp của hoạt động nhà nước dân chủ tư sản trên thực tế sôi động sau này.

Không những thế, ảnh hưởng của Chính phủ - hành pháp sang hoạt động Quốc hội - lập pháp còn vượt ra khỏi chương trình lập pháp của Quốc hội, mà còn sang tất cả các lĩnh vực khác thuộc thẩm quyền của Quốc hội. Thậm chí trong nhiều trường hợp, Chính phủ còn quyết định cả chương trình làm việc của Quốc hội. Đó là thực tế diễn ra ở nhiều nước phát triển như Pháp, Anh, Mỹ... Ở Pháp, Quốc hội không có chương trình kỳ họp riêng mà chương trình đó do Chính phủ ấn định<sup>4</sup>.

Ở Mỹ, ảnh hưởng của tổng thống - hành pháp đến chức năng lập pháp cũng rất lớn. “Câu cách ngôn mà mà tổng thống Franklin Roosevelt đưa ra: “mưu sự tại tổng thống, thành sự tại Quốc hội” đã mô tả chính xác một khía cạnh quan trọng trong vai trò của tổng thống thời kỳ hiện đại, khía cạnh mà các nhà lập hiến trước kia không dự tính khi đặt họ vào cuối quy trình lập pháp. Tuy nhiên sự gia tăng nhiệm vụ hành pháp của tổng thống, cùng với việc Quốc hội ủy quyền tự quyết cho tổng thống, đã bảo đảm rằng Quốc hội sẽ xem xét thật kỹ lưỡng các kiến nghị lập pháp của tổng thống. Quốc hội bắt đầu cân nhắc toàn bộ ngân

sách quan trọng hàng năm chỉ sau khi tổng thống đệ trình các kiến nghị về thuế và chi tiêu của Chính phủ cho năm tài khóa tiếp theo, kèm theo các mục chi tiêu dự kiến của từng cơ quan liên bang. Tổng quát hơn, các nhà lập pháp hy vọng tổng thống tư vấn cho họ những vấn đề chính sách hiện hành và công việc hành pháp; kiến nghị những điểm sửa đổi để nâng cao hoạt động. Tổng thống và những người được bổ nhiệm quản lý các cơ quan hành pháp liên bang có lợi thế về thông tin, và vì gắn liền với lợi thế về thông tin, gắn liền với quyền được ủy thác nên hành pháp giành được lợi thế khi kiến nghị dự luật. Đôi khi, tổng thống cũng có thể nâng cao khả năng thành công của dự luật họ mong muốn bằng cách không để các nhà lập pháp biết một số thông tin nhất định, nếu những người này ủng hộ một số chính sách mà tổng thống phản đối. Bằng nhiều cách, vai trò hành pháp trung tâm của các tổng thống thời kỳ hiện đại bảo đảm cho họ có được vị trí chủ chốt trong quá trình lập pháp. Kết quả là, không có gì ngạc nhiên khi các ủy ban và tiểu ban của Quốc hội xem xét, đánh giá tới 90% các sáng kiến của tổng thống”<sup>5</sup>.

Vậy cơ quan lập pháp - Quốc hội/Nghị viện còn lại gì? Chắc chắn là còn trách nhiệm chính lý các dự án luật của Chính phủ đệ trình sang và kiểm tra giám sát việc thực thi các chính sách đã được Nghị viện/Quốc hội thông qua.

Như vậy, không thể tách bạch tuyệt đối hành pháp với lập pháp vì mối liên quan mật thiết giữa chúng. Mối liên hệ này tạo ra sự thống nhất giữa lập pháp và hành pháp, mà chủ yếu là thống nhất vào hành pháp - Chính phủ. Đằng sau Chính phủ là ban lãnh đạo của đảng cầm quyền. Mà đảng cầm quyền là đảng nắm quyền hành pháp, chứ không phải đảng nắm lập pháp hoặc nắm tư pháp. Thông qua hoạt động của hành pháp mà đảng cầm quyền chi phối các hoạt động của lập pháp và tư pháp,

(Xem tiếp trang 15)

(4) Xem, Bài phát biểu của ông Christophe Palles, Giám đốc Trung tâm Thư viện của Quốc hội Pháp ngày 20/11/2007, Văn phòng Quốc hội Việt Nam.

(5) Samuel Kernell và Gary C. Jacobson, Logic chính trị Mỹ, Nxb. Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 2007, tr. 123.

# BỔ SUNG QUY ĐỊNH VỀ QUYỀN MIỄN TRỪ TRÁCH NHIỆM CỦA ĐẠI BIỂU QUỐC HỘI

■ HOÀNG MINH HIẾU\*

Quyền miễn trừ trách nhiệm (MTTN) của các đại biểu Quốc hội (ĐBQH) là quyền của các ĐBQH không phải chịu trách nhiệm pháp lý về những câu hỏi, kiến nghị, sự lựa chọn biểu quyết hay các phát biểu của mình về tất cả các vấn đề được đặt ra tại Quốc hội. Trong bối cảnh hiện nay, cả về mặt lý luận và thực tiễn, cần phải bổ sung các quy định về đặc quyền này cho các ĐBQH để nâng cao hiệu quả, hiệu lực hoạt động của Quốc hội cũng như tăng cường năng lực đại diện của các đại biểu. Quyền MTTN không chỉ mang tính cá nhân, bảo đảm sự an toàn cho cá nhân các đại biểu mà còn là yếu tố góp phần đảm bảo lợi ích chung của toàn xã hội.

## 1. Quyền miễn trừ trách nhiệm của đại biểu Quốc hội ở các nước

Quyền MTTN là một quyền đặc thù của các nghị sĩ Quốc hội (có tài liệu gọi là quyền đặc miễn) được quy định tương đối rộng rãi trong các văn bản pháp luật về tổ chức và hoạt động của Quốc hội các nước. Theo đó, các nghị sĩ Quốc hội không phải chịu trách nhiệm pháp lý về những câu hỏi, kiến nghị, sự lựa chọn biểu quyết hay các phát biểu của mình về tất cả các vấn đề được đặt ra tại Quốc hội<sup>1</sup>.

Pháp luật các nước quy định cho các ĐBQH được hưởng đặc quyền này là để bảo đảm cho ĐBQH có vị trí độc lập và sự tự do trong suy nghĩ khi thực hiện nhiệm vụ là người đại diện của nhân dân. Thực tế cho thấy, ngay từ khi những tổ chức mang tính chất đại diện đầu tiên của nhân dân được thành lập ở La Mã cổ đại, việc đảm bảo sự độc lập của các thành viên của các cơ quan này đã được đề cập. Những người được xem là đại diện cho dân

chúng được hưởng sự bảo vệ đặc biệt khỏi việc bị xâm phạm thân thể cũng như việc cản trở quá trình thực hiện nhiệm vụ của mình<sup>2</sup>.

Đến thời kỳ Nghị viện bắt đầu được thành lập ở Vương quốc Anh - quê hương của nền dân chủ Nghị viện - thì quyền MTTN của nghị sĩ được áp dụng nhằm nhấn mạnh việc đảm bảo quyền tự do ngôn luận trong quá trình thảo luận của Nghị viện. Điều này được đánh dấu bởi sự kiện xảy ra vào năm 1397, khi một nghị sĩ của Hạ nghị viện Anh đã bị vua Richard Đệ nhị khép vào tội khi quân do đã làm chủ mưu trong việc thông qua một đạo luật của Nghị viện nhằm phản đối và bác bỏ một phán quyết của Tòa án do nhà Vua dựng lên và các gánh nặng tài chính mà nhà Vua áp đặt với dân chúng. Tuy nhiên, trước sự phản đối của Nghị viện và công luận, nhà Vua đã phải trả tự do cho vị nghị sĩ này. Và từ đó, Nghị viện Anh đã khẳng định, các nghị sĩ được tự do và độc lập trong việc thảo luận các vấn đề của Nghị viện

(\*) *Trung tâm Thông tin, Thư viện và nghiên cứu khoa học - Văn phòng Quốc hội.*

(1) Bryan A. Garner (Editor in Chief), *Black's Law Dictionary, 7th Edition* (West Group Publishing, St. Paul, 1999), tr. 1215.

(2) *Inter-Parliamentary Union, Parliamentary Immunity* (Geneva, 2006), tr.1-2.



trước sự can thiệp từ phía Hoàng gia cũng như từ bên ngoài Nghị viện. Các nghị sĩ không thể bị truy tố, điều tra, bắt giam hoặc trở thành đối tượng bị xét xử vì thể hiện chính kiến hoặc đề nghị của mình khi đang thực hiện nhiệm vụ<sup>3</sup>.

Cho đến ngày nay, quy định về quyền MTTN của các nghị sĩ Quốc hội đã trở nên phổ biến ở hầu hết Nghị viện các nước trên thế giới. Tuy nhiên, có sự khác biệt nhất định về cách thức và phạm vi áp dụng đặc quyền này ở các quốc gia khác nhau<sup>4</sup>.

Về phạm vi các đối tượng được hưởng quyền miễn trừ, pháp luật của nhiều nước chỉ cho phép áp dụng đối với các ĐBQH. Tuy nhiên, cũng có những Nghị viện cho phép tất cả những người tham gia các phiên thảo luận của Quốc hội được hưởng quyền này như trợ lý của các nghị sĩ (Philippines), các chuyên viên của văn phòng giúp việc (Sri Lanka, Bangladesh), các nhân chứng cung cấp thông tin tại các phiên điều trần của ủy ban Nghị viện (Ireland).

Pháp luật của các nước có những quy định khác nhau về thời điểm bắt đầu và kết thúc của việc áp dụng quyền MTTN. Ở nhiều nước, các nghị sĩ được hưởng quyền miễn trừ kể từ khi họ được tuyên bố trúng cử trong một cuộc tuyển cử hợp pháp (Bi, Italia, Cộng hòa Séc, Ba Lan...). Ở một số nước khác, quyền miễn trừ được áp dụng khi các ứng cử viên được thẩm tra xong tư cách đại biểu (Liên bang Nga, Mali), hoặc sau khi các nghị sĩ chính thức tuyên thệ nhậm chức (Argentina, Hà Lan, Hàn Quốc...). Trong thời gian tại chức, quyền MTTN có thể được áp dụng chỉ trong thời gian diễn ra các phiên họp (Australia, Vương quốc Anh, Ai Cập...) hoặc trong toàn bộ thời gian kỳ họp của Quốc hội (Đan Mạch, Thụy Điển, Phần Lan...). Tuy nhiên, có một điểm chung là thời điểm kết thúc quyền miễn trừ được

pháp luật phần lớn các nước quy định trùng với thời điểm kết thúc nhiệm kỳ của ĐBQH. Quyền được MTTN không bị hạn chế về mặt thời gian đối với các phát biểu và hành vi biểu quyết được công khai dưới bất kỳ hình thức nào mà các nghị sĩ đã thực hiện trong quá trình thực hiện nhiệm vụ đại biểu của mình.

Về phạm vi không gian của quyền MTTN, pháp luật hầu hết các nước không đặt ra giới hạn về mặt không gian áp dụng mà chỉ xem xét các hoạt động đó có thuộc phạm vi trách nhiệm của các nghị sĩ Quốc hội hay không. Điều đó có nghĩa là, tất cả những phát biểu của nghị sĩ, nếu có liên quan đến việc thực hiện nhiệm vụ đại biểu, dù được thực hiện ở địa điểm nào đi nữa đều được hưởng quyền MTTN. Tuy nhiên, cũng có những quốc gia đặt ra những quy định nghiêm ngặt hơn về phạm vi không gian áp dụng. Chẳng hạn như ở Anh, các nghị sĩ chỉ được hưởng đặc quyền này đối với các hành vi diễn ra trong phạm vi tòa nhà Nghị viện. Những hành vi khác, mặc dù có thể liên quan đến phạm vi nhiệm vụ của người đại biểu, nhưng nếu diễn ra ngoài phạm vi tòa nhà Nghị viện, thì vẫn không được hưởng quyền miễn trừ. Điều đó có nghĩa là những hoạt động như tiếp xúc cử tri, hoặc thay mặt cử tri gửi các khiếu nại đến các cơ quan nhà nước được thực hiện bên ngoài Nghị viện đều không thuộc đối tượng được bảo vệ của quyền MTTN. Thậm chí, pháp luật một số nước như ở Malaysia, Bangladesh còn quy định quyền miễn trừ chỉ áp dụng đối với các phát biểu của nghị sĩ Quốc hội tại phòng họp toàn thể của Quốc hội hoặc các phiên họp của ủy ban.

Về những hành vi được áp dụng quyền MTTN, do nguồn gốc của việc áp dụng quyền MTTN là để bảo vệ quyền tự do ngôn luận của các đại biểu trong quá trình thực hiện nhiệm vụ, nên phạm vi những hành vi được áp dụng

(3) Marc Van Der Hulst, *The Parliamentary Mandate*, (Inter-Parliamentary Union, Geneva, 2000), p. 66. Xem thêm: Trần Tuyết Mai, "Lịch sử quyền miễn trừ", *Người đại biểu Nhân dân*, số ngày 23/11/2006.

(4) Các thông tin được sử dụng để tiến hành so sánh các quy định pháp luật về quyền MTTN của nghị sĩ Quốc hội các nước trên thế giới chủ yếu được tổng hợp từ: Robert Myttenaere, 'The Immunities of Members of Parliament', *Constitutional and Parliamentary Information, ASGP*, 1998, no. 175; và *Inter-Parliamentary Union, Parliaments of the World: A Comparative Reference Compendium, Vol. I, 2nd Edition*, (Gover, Hants, 1986), pp. 135 - 179.

thường bao gồm những phát biểu của nghị sĩ tại phiên họp toàn thể của Quốc hội hoặc phiên họp của ủy ban, các lựa chọn biểu quyết và các câu hỏi chất vấn. Để bảo vệ quyền tự do ngôn luận và sự độc lập của các nghị sĩ một cách tối đa trong việc thực thi nhiệm vụ của mình, pháp luật các nước cũng quy định, các đại biểu không phải chịu trách nhiệm về những phát biểu của mình khi chúng được công bố công khai trong các ấn phẩm chính thức của Nghị viện như trong biên bản của Quốc hội hoặc công báo.

Tuy nhiên, để hạn chế việc quyền MTTN có thể bị các nghị sĩ lạm dụng, pháp luật các nước cũng đặt ra những quy định cụ thể cho phép Quốc hội có thể tước quyền miễn trừ của nghị sĩ. Pháp luật hầu hết các nước quy định rất rõ thủ tục này vì tính chất quan trọng của nó, bảo đảm sự cân bằng giữa việc bảo vệ sự hữu hiệu trong hoạt động của Quốc hội và việc áp dụng nguyên tắc bình đẳng của mọi công dân trước pháp luật. Thủ tục tước quyền MTTN của nghị sĩ trên thực tế rất đa dạng. Có những nước dành quyền quyết định việc tước quyền miễn trừ cho Quốc hội (Ba Lan, Thụy Sĩ...) với ý nghĩa chỉ có Quốc hội mới có quyền độc lập trong việc xem xét các vấn đề liên quan đến các thành viên của mình. Về phương diện pháp lý, khi xem xét các đề nghị này, Quốc hội không đóng vai trò thẩm phán để quyết định liệu thành viên của mình có thực sự có tội hay không. Quốc hội chỉ xem xét việc đặt các nghị sĩ vào việc phải đối diện với các trách nhiệm pháp lý có thiếu khách quan hay không, có hợp pháp hay không và có bình thường hay không. Thế nhưng, trao quyền này cho Quốc hội cũng có những rủi ro nhất định. Trong nhiều trường hợp, vì sự đồng cảm giữa các đồng nghiệp mà các nghị sĩ đã biểu quyết một cách thiếu khách quan theo chiều ủng hộ cho đồng nghiệp của mình<sup>5</sup>.

Những phân tích trên cho thấy, mặc dù có

những điểm khác nhau về phạm vi và cách thức áp dụng ở Nghị viện các nước, nhưng quyền MTTN của các nghị sĩ Quốc hội luôn được xem là một trong những công cụ quan trọng để đảm bảo cho các nghị sĩ có thể phát huy hết khả năng hoạt động của mình trong việc thực hiện nhiệm vụ đại diện cho nhân dân.

Tuy nhiên, cũng cần phải nói thêm rằng, việc áp dụng quyền được MTTN chỉ là một trong những hướng tiếp cận để bảo vệ sự độc lập và tự do trong suy nghĩ của các nghị sĩ Quốc hội trong quá trình tham gia các hoạt động của Quốc hội. Bên cạnh quyền MTTN, các nghị sĩ còn được hưởng quyền bất khả xâm phạm nhằm bảo vệ các nghị sĩ khỏi sự truy tố hình sự từ phía các cơ quan nhà nước khác nấp dưới những lý do giả tạo. Theo đó, các nghị sĩ không thể bị bắt giam, truy tố trong thời gian Quốc hội đang họp nếu không có sự đồng ý của Quốc hội<sup>6</sup>.

## 2. Các quy định về quyền miễn trừ trách nhiệm của đại biểu Quốc hội trong pháp luật Việt Nam

Sau khi tiến hành Cách mạng tháng Tám thành công, lật đổ chính quyền do thực dân Pháp dựng nên, việc quan trọng đầu tiên mà Đảng và Nhà nước ta chú trọng thực hiện là xây dựng một mô hình nhà nước dân chủ. Trong mô hình nhà nước đó, quyền lực của nhân dân được thực hiện thông qua thiết chế dân chủ đại diện, cụ thể là thông qua cơ quan quyền lực nhà nước do chính nhân dân bầu ra - đó là Quốc hội. Thông qua cơ quan đại diện này mà nhân dân bảo vệ được quyền và lợi ích của chính mình và cũng thông qua đó, nhân dân giám sát, kiểm soát, phê bình được các cơ quan nhà nước, giúp cho Nhà nước thực hiện tốt hơn nhiệm vụ của mình.

Để đảm bảo hiệu quả hoạt động của những người đại biểu nhân dân, ngay trong bản Hiến pháp đầu tiên của nước ta, các nghị viên nhân

(5) Xem thêm: Minh Hiếu, "Tước quyền miễn trừ của nghị sĩ: Quy trình áp dụng và một số hệ quả", Người đại biểu Nhân dân, số ngày 23/11/2006.

(6) Về quyền bất khả xâm phạm của nghị sĩ, có thể xem thêm: Marc Van Der Hulst, *The Parliamentary Mandate, (Inter-Parliamentary Union, Geneva, 2000)*, p. 66.

dân (ĐBQH) đã được hưởng quyền bất khả xâm phạm và quyền MTTN. Điều thứ 40 của Hiến pháp 1946 quy định: “Nếu chưa được Nghị viện nhân dân đồng ý hay trong lúc Nghị viện không họp mà chưa được Ban Thường vụ đồng ý thì Chính phủ không được bắt giam và xét xử những nghị viên.

Nghị viên không bị truy tố vì lời nói hay phát biểu trong Nghị viện...”.

Có thể nói, những quy định này là hết sức tiến bộ và phù hợp với thông lệ hoạt động của Nghị viện các nước trên thế giới. Việc khẳng định rõ các nghị viên không bị truy tố vì lời nói hay phát biểu trong Nghị viện đã đề cập khá đầy đủ các yếu tố của quyền MTTN của các đại biểu. Theo đó, đối tượng được áp dụng quyền này là các nghị viên; phạm vi được áp dụng là đối với các lời nói và phát biểu trong Nghị viện. Tất nhiên, nếu so sánh với các quy định cụ thể của các nước có nền dân chủ Nghị viện lâu đời thì quy định nói trên chưa làm rõ được phạm vi “trong Nghị viện” là đề cập đến phạm vi không gian trong tòa nhà Nghị viện hay tính chất các công việc liên quan đến việc thực hiện các chức năng, nhiệm vụ của Nghị viện.

Trong giai đoạn từ năm 1946 đến năm 1959, do điều kiện chiến tranh nên các quy định của Hiến pháp 1946 nói chung và quy định tại Điều thứ 40 nói trên chưa có điều kiện được áp dụng nhiều trên thực tế. Chính vì vậy, nội dung của quyền MTTN của các nghị viên chưa được thực tiễn kiểm chứng về tính đúng đắn cũng như chưa được thực tiễn hoạt động của Quốc hội làm sáng tỏ thêm.

Kể từ Hiến pháp năm 1959 trở về sau, trong

khi các quy định về quyền bất khả xâm phạm của ĐBQH tiếp tục được kế thừa và làm rõ hơn<sup>7</sup> thì quy định về quyền MTTN của các ĐBQH không còn được đề cập.

Nguyên nhân cơ bản của tình trạng này có thể là do từ Hiến pháp năm 1959 đến Hiến pháp 1980, mô hình tổ chức bộ máy nhà nước của nước ta đã bắt đầu chịu sự ảnh hưởng của mô hình tổ chức nhà nước Xô-viết, theo đó trách nhiệm tập thể được đề cao<sup>8</sup>. Thực tế hoạt động của Quốc hội cho thấy, trong quá trình thảo luận về các vấn đề đặt ra tại Quốc hội, các ĐBQH cũng không còn chủ động phát biểu với tư cách cá nhân mà chủ yếu phát biểu với tư cách là đại diện cho các Đoàn ĐBQH. Trước khi khai mạc kỳ họp, các Đoàn ĐBQH phải gửi trước các tham luận của mình, nội dung dự kiến của bài phát biểu sẽ đọc, cho thư ký kỳ họp. Các nội dung phát biểu tại Hội trường đều phải được thực hiện theo chương trình sắp xếp sẵn<sup>9</sup>. Với quy trình, thủ tục tiến hành các phiên họp như vậy, việc xem xét trách nhiệm cá nhân của các ĐBQH trở nên không còn cần thiết. Và có lẽ do vậy, việc đặt ra quyền MTTN của cá nhân các ĐBQH không còn được đặt ra.

Trong giai đoạn nước ta tiến hành đổi mới toàn diện đất nước, Hiến pháp 1992 đã được ban hành để thay thế cho Hiến pháp 1980. Nội dung của Hiến pháp năm 1992 đáp ứng yêu cầu thực hiện “đường lối đổi mới toàn diện của Đảng, đẩy mạnh đổi mới về kinh tế và chính trị” của đất nước ta<sup>10</sup>. Song, điều đáng chú ý là ngay cả trong quá trình thảo luận để xây dựng Hiến pháp năm 1992 cũng như các sửa đổi, bổ sung của Hiến pháp này vào năm 2001 (với các nội dung tập trung nhiều vào cách thức tổ

(7) Điều 60, Hiến pháp năm 1959 quy định: “Nếu không có sự đồng ý của Quốc hội, và trong thời gian Quốc hội không họp, nếu không có sự đồng ý của Ủy ban Thường vụ Quốc hội, thì không được bắt giam và truy tố ĐBQH.”; Điều 96, Hiến pháp 1980 quy định: “Không có sự đồng ý của Quốc hội và, trong thời gian Quốc hội không họp, không có sự đồng ý của Hội đồng Nhà nước, thì không được bắt giam và truy tố ĐBQH”; Điều 99, Hiến pháp 1992 cũng có quy định hoàn toàn tương tự.

(8) Xem thêm: PGS.TS Phạm Hồng Thái, “Tổ chức quyền lực nhà nước trong Hiến pháp 1946: Những giá trị mang tính thời đại”, trong: Văn phòng Quốc hội, Phát huy những giá trị lịch sử, chính trị, pháp lý của Hiến pháp 1946 trong sự nghiệp đổi mới hiện nay, NXB Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 2009, tr. 174 – 177.

(9) Về các chi tiết liên quan đến việc sắp xếp các phát biểu tại Hội trường tại kỳ họp này, có thể tham khảo: Thu Hà, Lê Nhung, “Người mở “kỷ nguyên” nói thẳng, nói thật trên nghị trường”, Báo điện tử Vietnamnet, <http://www.vietnamnet.vn> 06/01/2011 06:15:00 AM (GMT+7).

(10) Nguyễn Đình Lộc, “Một số ý kiến nghiên cứu về sửa đổi Hiến pháp năm 1992”, Nghiên cứu Lập pháp, Đặc san chuyên đề Hiến pháp và các luật về nhà nước, số 1, tháng 04/2001.

chức và hoạt động của Quốc hội), thì vấn đề quyền MTTN của các ĐBQH cũng chưa được đề cập đến. Điều này có thể là do vào những thời điểm đó, thực tế hoạt động của Quốc hội chưa đặt ra những yêu cầu bức thiết phải quy định về vấn đề này.

**3. Sự cần thiết phải bổ sung các quy định về quyền miễn trừ trách nhiệm của đại biểu Quốc hội**

Trong thời gian gần đây, thực tiễn hoạt động của Quốc hội ngày càng có nhiều đổi mới tích cực. Báo cáo tổng kết hoạt động của Quốc hội nhiệm kỳ khóa XII (2007-2011) đã khẳng định hoạt động của Quốc hội ngày càng “dân chủ, cởi mở, hiệu quả và đổi mới”; các ĐBQH đã “triển khai nhiều hoạt động với tư cách cá nhân ĐBQH để thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn theo quy định của pháp luật; thường xuyên gắn bó, nắm bắt ý kiến, kiến nghị của cử tri, phát hiện các vấn đề bức xúc trong thực tiễn để đề xuất ý kiến, thảo luận hoặc thực hiện quyền chất vấn...”<sup>11</sup>.

Tiếp tục thực hiện chủ trương đổi mới tổ chức và hoạt động của Quốc hội, tại Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XI, Đảng ta cũng khẳng định cần phải có cơ chế bảo đảm cho Quốc hội thực sự là cơ quan đại biểu cao nhất của nhân dân, các ĐBQH thực sự gắn bó chặt chẽ và có trách nhiệm với cử tri<sup>12</sup>.

Trong bối cảnh đó, việc nghiên cứu bổ sung quy định về quyền MTTN của các ĐBQH để đảm bảo sự độc lập và tự do trong suy nghĩ của các ĐBQH là hết sức cần thiết.

Trước hết, về mặt lý luận, như đã đề cập ở trên, quyền MTTN của ĐBQH là nhằm bảo đảm sự hoạt động hiệu quả của Quốc hội. Nó trao cho các ĐBQH quyền miễn trừ đặc biệt để đảm bảo sự tự do trong việc trình bày chính kiến của các ĐBQH. Trong khi đó, quyền tự do bày tỏ chính kiến là một công cụ làm việc quan trọng của các ĐBQH, cho phép các vị đại biểu

thực hiện nhiệm vụ đại diện cho người dân của mình trong quá trình thực hiện quyền lập pháp, giám sát và quyết định các vấn đề quan trọng của đất nước. Rõ ràng, nếu các ĐBQH không cảm thấy thoải mái và tự do phát biểu chính kiến của mình về các vấn đề đang được thảo luận tại Quốc hội - do lo lắng bị trả đũa hoặc phải chịu trách nhiệm về một hậu quả nào đó từ các thế lực bên ngoài - thì họ không thể phản ánh được một cách đầy đủ các tâm tư, nguyện vọng của người dân cũng như bảo vệ đến cùng các lợi ích chính đáng của nhân dân. Quyền MTTN về những lời nói, phát biểu của mình tại Nghị viện có thể tạo điều kiện cho các ĐBQH có thể nêu lên và phản đối những vấn đề có khả năng xâm hại đến lợi ích của cộng đồng mà nếu họ phát biểu ở những nơi khác, họ có thể phải đối mặt với việc phải chịu trách nhiệm pháp lý.

Bên cạnh đó, cần phải hiểu quyền MTTN của các đại biểu không chỉ mang tính cá nhân, bảo đảm quyền lợi của các ĐBQH mà còn là cơ chế bảo đảm lợi ích chung của nhân dân và cơ quan đại diện của nhân dân là Quốc hội. Việc các ĐBQH được miễn trừ khỏi những đe dọa về hậu quả pháp lý đối với các lời nói, phát biểu của mình tại Quốc hội là điều kiện cần thiết để toàn thể Quốc hội có thể thực hiện được chức năng của mình. Rõ ràng quy trình, thủ tục hoạt động của Quốc hội chỉ có thể vận hành một cách suôn sẻ nếu các thành viên của Quốc hội không gặp các cản trở ngoài ý muốn trong quá trình tham gia vào các hoạt động của Quốc hội. Chính vì ý nghĩa đó, pháp luật của nhiều nước đã khẳng định ngay cả khi các nghị sĩ có ý muốn từ bỏ các đặc quyền của mình thì họ cũng không được từ bỏ quyền MTTN. Ở những nước như Bỉ, Hà Lan, Na Uy, Hàn Quốc, Tây Ban Nha... quyền MTTN là quyền không thể từ bỏ với ý nghĩa đó là quyền miễn trừ công<sup>13</sup>.

Việc bổ sung quy định về quyền MTTN của

(11) Quốc hội khóa XII, Báo cáo tổng kết hoạt động của Quốc hội nhiệm kỳ khóa XII (2007-2011), ngày 21/03/2011, tr. 7.

(12) Đảng Cộng sản Việt Nam, Báo cáo của Ban chấp hành Trung ương Đảng khóa X về các văn kiện trình Đại hội XI, ngày 12/1/2011.

(13) Xem Robert Myttenaere, 'The Immunities of Members of Parliament', *Constitutional and Parliamentary Information*, ASGP, 1998, no. 175, tr. 114 - 115.

các ĐBQH còn phù hợp với thông lệ hoạt động của cơ quan lập pháp của hầu hết các nước trên thế giới, phù hợp với mục tiêu xây dựng Quốc hội nước ta theo hướng chuyên nghiệp hiện đại. Một khảo sát của Liên minh Nghị viện thế giới cho thấy, trong số 82 nước được khảo sát thì chỉ có Nghị viện của 4 nước không có các quy định về quyền MTTN của các nghị sĩ<sup>14</sup>. Hơn thế nữa, để bảo đảm quyền độc lập của các nghị sĩ trong việc thực hiện các nhiệm vụ của mình, trong thời gian gần đây, xu thế chung ở Quốc hội các nước trên thế giới là phạm vi áp dụng của quyền bất khả xâm phạm ngày càng thu hẹp dần, còn quyền MTTN thì lại ngày càng được củng cố thêm. Điều này xuất phát từ thực tế là so với thời kỳ đầu, địa vị của Nghị viện ngày càng được nâng cao và các nghị sĩ ngày nay không còn ở vị thế quá bấp bênh để có thể bị bắt giam, truy tố vì những lý do giả tạo. Vì vậy, các nghị sĩ không còn được xem là đối tượng để được hưởng sự bất khả xâm phạm một cách tuyệt đối. Ngược lại, quyền MTTN thì vẫn luôn được xem là điều kiện thiết yếu để các nghị sĩ yên tâm thực hiện công việc của mình.

Về cơ sở thực tế, trong thời gian gần đây, hoạt động của Quốc hội nước ta cũng đã cho thấy có những vụ việc nếu không có những quy định về quyền MTTN của các ĐBQH, thì có thể gây ra những ảnh hưởng nghiêm trọng đến sự độc lập và tự do thể hiện chính kiến của các ĐBQH. Ví dụ minh họa tốt nhất cho thực tế này là vụ việc liên quan đến chất vấn của ông Lê Văn Công, ĐBQH tỉnh Thanh Hóa đối với Thủ tướng Chính phủ tại kỳ họp thứ 6 Quốc hội khoá XII về việc Chủ tịch Ủy ban nhân dân (UBND) tỉnh Hà Giang không chấp hành các chỉ đạo của Thủ tướng Chính phủ. Sau khi phiên chất vấn kết thúc, ngày 25/11/2009, ĐBQH Lê Văn Công nhận được Công văn số 72 ngày 24/11/2009 của Đoàn ĐBQH tỉnh

Hà Giang với yêu cầu đề nghị ĐBQH Lê Văn Công trả lời Đoàn ĐBQH tỉnh Hà Giang, UBND tỉnh Hà Giang cũng như cử tri của tỉnh Hà Giang về 2 nội dung:

1) ĐBQH Lê Văn Công lấy căn cứ đâu để khẳng định Chủ tịch UBND tỉnh Hà Giang 5 lần không chấp hành chỉ đạo của Thủ tướng Chính phủ;

2) Nếu không đủ căn cứ, đề nghị ĐBQH Lê Văn Công phải có trách nhiệm với ý kiến đã phát biểu của mình.

Ngay sau đó, ĐBQH Lê Văn Công đã có ý kiến trả lời và dẫn ra nguồn thông tin từ các bài báo có đăng tải các nội dung liên quan đến vụ việc mà ông đã sử dụng<sup>15</sup>.

Sự việc này cho thấy, với quá trình đổi mới và hoạt động ngày càng dân chủ của Quốc hội, các ĐBQH nước ta đã bắt đầu phải đối mặt với những mối nguy cơ phải chịu trách nhiệm pháp lý về những lời nói và phát biểu của mình trong quá trình thực hiện nhiệm vụ là người đại diện của nhân dân. Trong vụ việc này, rất may mắn là ĐBQH đã có đầy đủ các lập luận, chứng cứ để tự bảo vệ cho mình. Tuy nhiên, để bảo đảm sự độc lập và tự do trong việc trình bày chính kiến của các ĐBQH, việc quy định về quyền MTTN của các ĐBQH là hết sức cần thiết. Đây cũng là biện pháp để bảo vệ chính lợi ích chung của cộng đồng. Ngay ở ví dụ nêu trên, cũng phần nào bắt đầu từ những chất vấn của đại biểu Lê Văn Công mà các vụ việc liên quan đến Chủ tịch UBND tỉnh Hà Giang cũng bắt đầu được tiến hành xử lý<sup>16</sup>.

Tuy nhiên, cũng có một số ý kiến cho rằng, việc quy định quyền MTTN của các ĐBQH là không cần thiết do pháp luật nước ta đã có các quy định về quyền bất khả xâm phạm của các ĐBQH. Thế nhưng, như đã đề cập ở trên, quyền MTTN và quyền bất khả xâm phạm của các ĐBQH có bản chất không hoàn toàn giống nhau. Tuy có cùng mục đích là để bảo

(14) *Inter-Parliamentary Union, Parliaments of the World: A Comparative Reference Compendium, Vol.1, 2nd Edition (Gover, Hants, 1986), pp. 136.*

(15) Xem: Duy Hùng, ĐBQH Hà Giang “chất vấn” lại ông Lê Văn Công, Lao động, số 276, Ngày 04/12/2009.

(16) Xem: Lê Trường Sơn, Bài nhiệm Chủ tịch UBND tỉnh Hà Giang, Báo VTC News, <http://www.vtc.vn>, 28/07/2010 08:15.

vệ sự độc lập trong quá trình hoạt động của các ĐBQH, nhưng trong khi quyền bất khả xâm phạm hướng đến việc ngăn chặn các hành vi bắt giam, truy tố ĐBQH bằng các lý do giả tạo (nếu không phải là lý do giả tạo thì khi được sự đồng ý của Quốc hội, các cơ quan công quyền vẫn có thể truy tố, bắt giam các ĐBQH) thì quyền MTTN hướng đến việc bảo đảm quyền tự do bày tỏ chính kiến của các ĐBQH. Đây chính là lý do cơ bản mà nghị sĩ ở nhiều nước sẵn sàng từ bỏ quyền bất khả xâm phạm để chứng tỏ mình bình đẳng về mặt pháp lý với các công dân khác, nhưng lại không được từ bỏ quyền MTTN của mình.

Bên cạnh đó, cũng có ý kiến lo ngại rằng, việc quy định quyền MTTN của các ĐBQH có thể dẫn đến việc các đại biểu lạm dụng quyền này để vu khống, chỉ trích cá nhân... tại các phiên họp của Quốc hội. Tuy nhiên, cần phải thấy rằng, bên cạnh việc ghi nhận quyền MTTN, quy định pháp luật của các nước cũng thường có những quy định rất chặt chẽ về nguyên tắc phát biểu của các nghị sĩ trong quá trình tham gia thảo luận tại các phiên họp, cuộc họp của Quốc hội. Pháp luật nhiều nước đặt ra các quy định cấm các nghị sĩ được phát biểu mang tính chỉ trích cá nhân hoặc vi phạm quy tắc ứng xử của các nghị sĩ trong các phiên họp và cho phép Chủ tọa phiên họp trục xuất các nghị sĩ vi phạm ra khỏi phòng họp. Ngoài ra, với những

nghị sĩ có hành vi vi phạm các quy định về kỷ luật phiên họp như trên, họ có thể không phải đối mặt với những trách nhiệm pháp lý nhưng họ có thể sẽ phải trả giá về mặt chính trị khi uy tín của mình bị ảnh hưởng nghiêm trọng dưới mắt các cử tri.

\*

\* \*

Qua những phân tích trên đây cho thấy, quyền MTTN của các ĐBQH là một trong những công cụ rất quan trọng để bảo đảm tính hiệu quả và hiệu lực trong hoạt động của Quốc hội. Trong bối cảnh Quốc hội nước ta đang trong quá trình tiếp tục đổi mới về tổ chức và hoạt động, hướng đến việc xây dựng một Quốc hội chuyên nghiệp, hiện đại, bảo đảm cho Quốc hội thực sự là cơ quan đại biểu cao nhất của nhân dân, thì việc nghiên cứu để bổ sung các quy định pháp luật về quyền MTTN của các ĐBQH là hết sức cần thiết, góp phần nâng cao hiệu quả hoạt động của các ĐBQH. Tuy nhiên, để các quy định này có thể phát huy được hiệu quả trên thực tế, các phân tích trên đây cũng cho thấy, cần phải tiếp tục có các nghiên cứu, đề xuất để xây dựng nên các quy định chặt chẽ và đồng bộ về cách thức tổ chức các phiên họp, cuộc họp của Quốc hội nhằm đảm bảo sự cân bằng giữa hiệu quả hoạt động của Quốc hội và các lợi ích của các chủ thể khác có liên quan. ■

## LẠI BÀN VỀ NGUYÊN TẮC:...

(Tiếp theo trang 8)

tao ra sự thống nhất quyền lực nhà nước.

Quyền lực tư pháp cũng phải nằm trong sự thống nhất đó. Bởi một lẽ đơn giản, các tòa án phải có trách nhiệm trong việc phán xử các hành vi vi phạm pháp luật đã được Quốc hội - lập pháp thông qua, theo đề nghị của hành pháp.

Trên cơ sở của sự thống nhất thì quyền lực

nhà nước vẫn đòi hỏi có một sự phân công, phân quyền, nhất là trong điều kiện công việc của nhà nước càng ngày càng nhiều và phức tạp hơn. Mọi bộ phận cấu thành nhà nước phải biết đảm nhiệm phần việc của mình và hoàn thành nhiệm vụ, đồng thời góp phần vào việc hoàn thành nhiệm vụ chung của nhà nước. Để làm tốt điều này đòi hỏi quyền lực nhà nước phải có sự phân quyền một cách rõ ràng. Và chỉ trong một trạng thái phân công phân nhiệm như vậy, các bộ phận cấu thành quyền lực mới có những kỹ năng chuyên sâu để hoàn thành tốt các các nhiệm vụ của mình. ■

# CUỘC CHIẾN PHÁP LÝ MỚI VỀ “ĐƯỜNG LƯỠI BÒ” Ở BIỂN ĐÔNG

■ NGUYỄN HỒNG THAO\*

Ngày 5/4/2011, Phái đoàn thường trực của Philippin tại Liên hiệp quốc đã gửi Công hàm số 000228 về những vấn đề liên quan trong Công hàm số CML/17/2009 và CML/18/2009 ngày 7/5/2009 của Phái đoàn thường trực Cộng hòa nhân dân (CHND) Trung Hoa và tám bản đồ đính kèm thể hiện đường đứt khúc 9 đoạn (“đường lưỡi bò”) ở Biển Đông. Phái đoàn Philippin ý thức được rằng, Công hàm của Trung Quốc gửi Liên hiệp quốc là để phản đối hồ sơ chung của Việt Nam và Malaysia và hồ sơ riêng của Việt Nam về ranh giới ngoài thềm lục địa. Tuy nhiên Philippin không thể đồng tình với lời khẳng định trong các Công hàm nêu trên của Trung Quốc “đối với chủ quyền không thể tranh cãi của Trung Quốc trên các đảo trong Biển Nam Trung Hoa và các vùng nước kế cận, cũng như các quyền chủ quyền và tài phán đối với các vùng nước, vùng đáy biển và lòng đất dưới đáy biển của chúng...” và “được quốc tế biết đến rộng rãi”.

Ngày 14/4/2011 Phái đoàn thường trực của CHND Trung Hoa tại Liên hiệp quốc đã gửi Công hàm tới Tổng Thư ký Liên hiệp quốc phản đối Công hàm số 000228 ngày 5/4/2011 của Philippin. Trước đó, ngày 10/4/2011 Người phát ngôn Bộ ngoại giao Trung Quốc cho rằng, Công hàm của Philippin là không thể chấp nhận được.

Như vậy một cuộc chiến pháp lý mới về “đường lưỡi bò” lại nổ ra giữa các nước có tranh chấp ở Biển Đông. Trước đó, ngày 8/5/2009, Việt Nam và Malaysia đã có công hàm phản đối các Công hàm ngày 7/5/2009 của Trung Quốc gửi Liên hiệp quốc. Ngày 8/7/2010, Indonesia - nước không có tranh chấp ở Biển Đông - đã gửi Công hàm kết luận bản đồ đường đứt khúc 9 đoạn trong Công hàm ngày 7/5/2009 của Phái đoàn thường trực của Trung Quốc tại Liên hiệp quốc hoàn toàn không có căn cứ pháp lý quốc tế và đi ngược lại với các quy định của Công ước luật biển 1982<sup>1</sup>.

(\*) PGS, TS. Đại học quốc gia Hà Nội.

(1) “Indonesia phản đối “đường lưỡi bò”, TVN 27/7/2010.

### Công hàm của Philippin

Thực tế, “đường lưỡi bò” không chỉ bao lấy các đảo và vùng nước quần đảo Trường Sa mà đã chạy sát Palawan, phủ lên một phần vùng nước mà Manila cho rằng mình có chủ quyền. Tuy nhiên cũng cần phải biết rằng, so với Việt Nam và Trung Quốc, Philippin nhảy vào tranh chấp quần đảo Trường Sa muộn và yêu sách đưa ra được dựa trên những cơ sở pháp lý không đủ mạnh. Năm 1951, Philippin mới bắt đầu nghĩ đến việc mở rộng ảnh hưởng ra quần đảo Trường Sa và bắt đầu xây dựng các lập luận như ủng hộ việc chiếm hữu tư nhân “đất tự do” của Thomas Cloma; quần đảo Trường Sa là “đất vô chủ” - trừ đảo Trường Sa mà Pháp tuyên bố chủ quyền trong Công báo năm 1938 - do tính kế cận của khu vực này đối với quốc gia quần đảo Philippin; do khu vực này tạo thành phần rìa lục địa cho quần đảo Philippin; do lý do an ninh quốc phòng dẫn tới sự cần thiết chiếm đóng và kiểm soát thực sự của Philippin...<sup>2</sup>. Tới năm 1978, bằng Sắc lệnh N 1596 ngày 11/6/1978 của Tổng thống, Philippin tuyên bố ranh giới một vùng mới gọi là Kalayaan (Đất Tự do - viết tắt tên tiếng Anh là KIG), nằm bên ngoài giới hạn hiệp ước lịch sử 1898, bao trùm hầu hết quần đảo Trường Sa, trừ đảo Trường Sa. Tất nhiên yêu sách này của Philippin đã bị các quốc gia liên quan phản đối. Các lập luận đất vô chủ, tính kế cận, yếu tố an ninh quốc phòng, hay sự kéo dài tự nhiên của rìa lục địa bên ngoài máng sâu Palawan đã lần lượt bị sự phát triển của luật quốc tế, luật biển quốc tế cũng như các bình luận phán quyết của các cơ quan tài phán quốc tế và thực tiễn quốc tế đưa vào trạng thái “đèn đỏ”. Ngày 10/3/2009, Tổng thống Arroyo đã ký Luật cộng hoà RA 9522 xác định đường cơ sở mới của Philippin và quản lý Trường Sa và bãi cạn Hoàng Nham theo “quy chế đảo”<sup>3</sup>. Tháng 8/2009, Philippin phản đối hồ sơ chung Việt Nam và Malaysia và hồ sơ riêng của Việt Nam

về ranh giới ngoài thềm lục địa vì chúng có một phần chồng lấn lên yêu sách của Philippin. Điều đáng nói ở đây là, Philippin đã không đáp ứng đề nghị tham gia hồ sơ chung Việt Nam-Malaysia trước đó.

Công hàm Philippin đưa ra ba điểm:

- Nhóm đảo Kalayaan KIG là một phần không tách rời của Philippines, rằng nước này có chủ quyền và quyền tài phán với các đặc trưng địa chất trong Nhóm đảo Kalayaan KIG đó;

- Philippin, theo nguyên tắc đất thông tri biển, thực hiện chủ quyền và quyền tài phán một cách cần thiết trên vùng nước xung quanh hoặc kế cận đối với mỗi đặc trưng địa chất liên quan trong Nhóm đảo Kalayaan KIG theo quy định của Công ước của Liên hiệp quốc về Luật biển (UNCLOS). Phạm vi của các vùng nước kế cận các đặc trưng địa chất có liên quan được định nghĩa và xác định theo UNCLOS, đặc biệt điều 121 Chế độ các đảo;

- Chính vì các vùng nước kế cận các đặc trưng địa chất có liên quan được định nghĩa và là đối tượng của các tiêu chuẩn pháp lý và kỹ thuật nên yêu sách của CHND Trung Hoa tại hai Công hàm số CML/17/2009 và CML/18/2009 ngày 7/5/2009 “đối với các vùng biển liên quan cũng như đáy biển và thềm lục địa của chúng” bên ngoài các đặc trưng địa chất nói trên trong Nhóm các đảo Kalayaan KIG và các vùng nước kế cận của chúng sẽ “không có cơ sở theo luật quốc tế, đặc biệt là UNCLOS. Đối với các khu vực này, chủ quyền, quyền tài phán hay quyền chủ quyền, trong trường hợp này, nhất thiết quy thuộc hoặc thuộc quốc gia ven biển thích hợp hoặc quốc gia quần đảo Philippin - các vùng nước cũng như đáy biển và lòng đất dưới đáy biển của chúng thuộc về quốc gia đó hoặc theo bản chất pháp lý của lãnh hải, hoặc của thềm lục địa phù hợp với các Điều 3,4, 55,57 và 76 của UNCLOS”.

Phân tích ba điểm đã nêu trong Công hàm

(2) Xem Nguyễn Hồng Thao, *Luật pháp quốc tế và chủ quyền trên hai quần đảo Hoàng Sa và Trường Sa*, Tập san Thông tin Nghiên cứu Chiến lược và Khoa học Công An, Hà Nội tháng 5/2010.

(3) AFP – Manila March 11, 2009.



ngày 5/4/2011 của Philippin có thể đi đến những nhận xét sơ bộ sau:

1) Philippin tái khẳng định chủ quyền và quyền tài phán của mình đối với các đặc trưng địa chất trong Nhóm đảo Kalayaan KIG được coi là một phần không tách rời của Philippines. Tuy nhiên tuyên bố lần này có những khác biệt với các văn bản trước. Thứ nhất, trong Sắc lệnh năm 1978, Philippin yêu sách: “nhóm đảo KIG... bao gồm tất cả đáy biển, lòng đất dưới đáy biển, rìa lục địa và vùng trời sẽ thuộc và là đối tượng của chủ quyền của Philippin. Khu vực này tạo thành một quận riêng và tách rời của thủ phủ của tỉnh Palawan và được biết với tên gọi Kalayaan”, nghĩa là toàn bộ các đảo và các vùng nước nằm trong ranh giới KIG tự vạch với đầy đủ các tọa độ. Còn Công hàm ngày 5/4/2011 chỉ yêu sách chủ quyền của các đảo đá như một phần không tách rời của Phillipin, vấn đề vùng nước được tách rời ra và theo logic của những điểm tiếp theo, sẽ chỉ có một phần vùng nước trong ranh giới cũ của KIG chứ không phải toàn bộ vùng nước trong đó được yêu sách. Điều này được bổ sung bằng điểm 2 của Công hàm giúp phân biệt hai vấn đề: chủ quyền và quyền tài phán đối với các đặc trưng địa lý và chủ quyền, quyền tài phán và quyền chủ quyền đối với các vùng biển. Nó sẽ giúp cộng đồng thế giới hiểu rõ hơn về hai dạng tranh chấp đảo và biển ở Biển Đông mà Philippin là một bên yêu sách. Thứ hai, thuật ngữ “đảo” trong Sắc lệnh 1978 đã được thay bằng “đặc trưng địa chất” có thể hiểu bao gồm đảo, đá, bãi cạn nửa nổi nửa chìm để phù hợp với giải thích quy chế đảo trong Điều 121 của UNCLOS. Thứ ba, quốc gia quần đảo này không nhắc đến các lý do về tính tiếp giáp hay an ninh quốc phòng làm cơ sở cho yêu sách của mình đối với các vùng nước như trong Sắc lệnh 1978. Thứ tư, ranh giới của KIG cũng không được nhắc lại. Điều này sẽ liên quan đến phân tích trong điểm 2 tiếp theo.

2) Philippin đã có bước chuyển khi nhấn mạnh nguyên tắc “Đất thống trị biển” để yêu sách các vùng biển. Nguyên tắc này đã được khẳng định bởi Tòa án quốc tế trong Vụ thêm

lục địa Biển Bắc năm 1969 và thực tiễn tài phán cũng như thực tiễn quốc tế. Nó cũng được thể hiện rõ trong tinh thần của Điều 2, 55, 76 của UNCLOS. Chủ quyền của quốc gia ven biển được mở rộng ra vùng biển tiếp liền mà phạm vi vùng biển đó do UNCLOS quy định với sự thừa nhận chung của cộng đồng quốc tế. Có nghĩa chỉ khi quốc gia xác lập được chủ quyền trên đất thì chủ quyền đó mới mang lại các quyền được mở rộng ra trên biển mà không phải ngược lại: vẽ một đường yêu sách trên biển và cho rằng tất cả những gì trong đó là thuộc chủ quyền của mình. Các vùng biển xung quanh hoặc kề cận với các đặc trưng địa chất trong quần đảo Trường Sa là lãnh hải, vùng đặc quyền kinh tế hay thềm lục địa sẽ phụ thuộc vào thỏa thuận của các Bên tranh chấp khi xác định quy chế của từng đảo đá theo Điều 121 của UNCLOS. Ngay trong phần mở đầu của Điểm 2 Công hàm, Philippin nói về vùng nước tiếp giáp của các đảo và các đặc trưng địa chất (ở đây là cách ám chỉ các đá theo Điều 121.3 của UNCLOS và các bãi cạn nửa nổi nửa chìm?). Tiếp đó là việc sử dụng các từ “vùng nước xung quanh” và “vùng nước tiếp giáp”. Từ thực tế quần đảo Trường Sa, nếu đảo đá muốn có vùng nước xung quanh trọn vẹn thì đó chỉ có thể là lãnh hải 12 hải lý. Khái niệm “vùng nước tiếp giáp” ở đây có thể được hiểu là lãnh hải, vùng đặc quyền kinh tế tiếp giáp với các đảo tùy theo từng trường hợp và không phải là vùng nước xung quanh. Như vậy ngay trong ranh giới cũ của KIG mà Manila yêu sách chủ quyền sẽ có khả năng giữa các đảo đá có tồn tại các vùng biển thuộc chủ quyền (lãnh hải), quyền chủ quyền hoặc quyền tài phán (đặc quyền kinh tế hoặc thềm lục địa) của một (hay nhiều) quốc gia ven biển khác. Một cách đơn giản, Công hàm Philippin thể hiện quan điểm tách biệt hai dạng tranh chấp: tranh chấp chủ quyền và tranh chấp vùng biển. Trong tranh chấp vùng biển, tùy thuộc vào quy chế đảo mà các bên có thể chấp nhận sẽ tồn tại ba khả năng: (i) các đảo đá của KIG chỉ có lãnh hải 12 hải lý; (ii) các đảo đá này có vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa riêng;

(iii) một số đảo đá chỉ có lãnh hải và một số đảo đá khác có thể có vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa. Từ đó, các đảo ở KIG có thể được gộp vào đường cơ sở quần đảo mở rộng của Philippin hoặc chúng được tách riêng và quản lý theo quy chế đảo hoặc đá theo Luật đường cơ sở ngày 10/3/2009 tùy thuộc từng đặc trưng địa chất này có được chỉ lãnh hải 12 hải lý hay có vùng đặc quyền kinh tế 200 hải lý hoặc thềm lục địa riêng. Là quốc gia quần đảo duy nhất trong tranh chấp và lại ở gần các vị trí đảo tranh chấp nhất, Philippin có lý do để tận dụng vị thế đó nhằm kéo các đặc trưng địa chất KIG vào đường cơ sở quần đảo. Thế nhưng, nếu theo đúng các quy định pháp lý và kỹ thuật của UNCLOS về đường cơ sở quần đảo thì tỷ lệ nước trên đất của KIG sẽ lớn hơn 9:1 và sẽ làm sai lệch tỷ lệ nước/đất của đường cơ sở tuyên bố năm 2009. Thể hiện theo Điểm 2 sẽ giúp Philippin giải quyết được những cuộc tranh cãi nội bộ, mâu thuẫn giữa tình cảm chủ nghĩa dân tộc và lý trí cần tuân thủ UNCLOS. Chấp nhận nguyên tắc đất thống trị biển có nghĩa là Philippin phủ nhận tất cả các đường yêu sách không dựa trên các quy định pháp lý và kỹ thuật của UNCLOS Điều này đúng với đường yêu sách lưỡi bò của Trung Quốc cũng như đường yêu sách của Malaysia và chính đường ranh giới KIG của Philippin. Các đường này là không có cơ sở pháp lý rõ ràng. Đến đây, có thể hiểu tại sao Philippin không nhắc lại ranh giới KIG mà chỉ là các đặc trưng địa chất trong KIG. Tuy nhiên, sẽ có sự mâu thuẫn trong Điểm 1 và 2 của Philippin, đưa ra ranh giới là một biện pháp kỹ thuật để nêu yêu sách các đặc trưng địa chất trong phạm vi đó mà không cần phải liệt kê tên từng đảo đá và quy chế của chúng, còn bác bỏ ranh giới thì đặc trưng địa chất cụ thể nào Manila yêu sách vẫn sẽ là câu hỏi. Khác với Việt Nam và Malaysia gián tiếp thể hiện các đặc trưng địa chất của quần đảo Trường Sa nên có lãnh hải 12 hải lý<sup>4</sup>, Manila

vẫn duy trì một sự không rõ ràng nhằm trừ tính cho những bước đi chưa hình dung được trong tương lai. Song việc tuân thủ nguyên tắc “Đất thống trị biển” đã có thể coi là một bước tiến rất gần với nguyên tắc xác lập chủ quyền bằng chiếm hữu thực tế và tinh thần duy trì status quo trong Tuyên bố DOC 2002 giữa ASEAN - Trung Quốc vì ổn định, hòa bình, và hiệp tác phát triển ở Biển Đông.

3) Trong Điểm 3 của Công hàm, Philippin dẫn ra kết luận logic mà chúng ta có thể suy ra được ngay từ Điểm 2. Nếu theo đúng luật quốc tế và UNCLOS thì đường đứt khúc 9 đoạn và mọi đường yêu sách khác không đáp ứng các tiêu chuẩn pháp lý và kỹ thuật của UNCLOS đều không có cơ sở pháp lý để tồn tại. Công hàm nhắc đến hiệu quả của kết luận này “đối với các vùng biển liên quan cũng như đáy biển và thềm lục địa của chúng” “bên ngoài các đặc trưng địa chất nói trên trong Nhóm các đảo Kalayaan KIG và các vùng nước kế cận của chúng” Điều này không có nghĩa là Philippin chỉ phản đối một phần “đường lưỡi bò” liên quan trực tiếp đến Nhóm đảo KIG mà phản đối toàn bộ “đường lưỡi bò” trong Biển Đông. Do chưa thể xác định được tên cụ thể của các đặc trưng địa chất trong ranh giới cũ của Nhóm đảo KIG cũng như quy chế của các đặc trưng địa chất này (chỉ có lãnh hải, hay có lãnh hải, đặc quyền kinh tế và thềm lục địa riêng) nên vấn đề phân định biển giữa các quốc gia ở Biển Đông cũng chưa thể được giải quyết. Công hàm Philippin không nói đến hiệu lực của các đặc trưng địa chất “nằm ngoài KIG” như đảo Trường Sa. Tuy nhiên trong logic của nguyên tắc “Đất thống trị biển” và các yêu cầu pháp lý và kỹ thuật của UNCLOS mà Philippin thừa nhận trong Điểm 1 và 2 thì đảo Trường Sa cũng là một đặc trưng địa chất giống như các đặc trưng địa chất khác của quần đảo và phải được xem xét theo quy chế của Điều 121.3 Trong trường hợp tối thiểu các đảo đá ở quần

(4) Ted L. McDorman, “The South China Sea after 2009: Clarity of Claims and Enhanced Prospects for Regional Cooperation?”, *Ocean Yearbook 24*, edited by Aldo Chircop, Scott Coffen-Smout and Moira McConnell (The Hague: Martin Nijhoff Publishers, 2010), pp. 507-535

đảo Trường Sa chỉ có lãnh hải 12 hải lý thì các quốc gia ven biển và quốc gia quần đảo trong khu vực này sẽ phải bàn nhau về việc xác định hay phân chia ranh giới ngoài thềm lục địa có khả năng mở rộng tới 350 hải lý tính từ đường cơ sở của quốc gia ven biển hay quốc gia quần đảo, hoặc 100 hải lý tính từ đường đẳng sâu 2.500m. Trong trường hợp này, Philippin sẽ bị yếu thế do sự hiện diện của máng sâu Palawan ở phía Tây. Trong trường hợp tối đa, một số đảo có thể có vùng đặc quyền kinh tế hoặc thềm lục địa thì việc phân định biển sẽ phải tính đến khoảng cách từ điểm đó đến bờ biển của quốc gia ven biển hay quốc gia quần đảo tùy thuộc đảo đó được xác định chủ quyền thuộc bên nào. Các vùng biển này có bản chất pháp lý từ nguyên tắc “Đất thống trị biển” phù hợp với các Điều 3,4 (Lãnh hải), 55, 57 (đặc quyền kinh tế) và 76 (thềm lục địa). Việc phân định không thể được tiến hành từ những đường yêu sách không có cơ sở pháp lý từ nguyên tắc “Đất thống trị biển” như “đường lưỡi bò”. Vì vậy, Philippin khẳng định các vùng biển này “nhất thiết quy thuộc hoặc thuộc quốc gia ven biển thích hợp hoặc quốc gia quần đảo Philippin - các vùng nước cũng như đáy biển và lòng đất dưới đáy biển của chúng thuộc về quốc gia đó hoặc theo bản chất pháp lý của lãnh hải, hoặc của vùng đặc quyền kinh tế 200 hải lý, hoặc của thềm lục địa phù hợp với các Điều 3,4, 55,57 và 76 của UNCLOS”. Cách thể hiện ở điểm 3 cũng cho thấy, Philippin hoàn toàn đề nghị khả năng có thể tham gia hay tự đệ trình hồ sơ ranh giới thềm lục địa ở Biển Đông và đàm phán phân định biển với các nước trên cơ sở thỏa thuận duy trì nguyên trạng.

### **Công hàm của Trung Quốc**

Công hàm ngày 14/4/2011 của Trung Quốc gồm ba đoạn chính:

- Khẳng định chủ quyền không thể tranh cãi của Trung Quốc đối với các đảo trong biển Nam Trung Hoa và các vùng nước kế cận, và được hưởng quyền chủ quyền và quyền tài phán đối với các vùng nước liên quan cũng như đáy biển và lòng đất dưới đáy biển của chúng. Chủ quyền, các quyền và quyền tài

phán liên quan của Trung Quốc tại Biển Nam Trung Hoa được hỗ trợ bằng các bằng chứng lịch sử và pháp lý phong phú. Nội dung Công hàm số 000228 ngày 5/4/2011 của Philippin là hoàn toàn không thể chấp nhận đối với Chính phủ Trung Quốc.

- Cái gọi là Nhóm đảo Kalayyan KIG mà Philippin yêu sách thực tế là một phần quần đảo Nam Sa của Trung Quốc. Trong hàng loạt các Hiệp ước quốc tế xác định giới hạn lãnh thổ của Philippin và pháp luật quốc gia của Philippin cho đến trước những năm 1970s chưa bao giờ yêu sách quần đảo Nam Sa hoặc bất kỳ một phần nào của quần đảo. Từ những năm 1970s, Philippin bắt đầu xâm lược và chiếm đóng một số đảo và đá thuộc quần đảo Nam Sa của Trung Quốc và đưa ra những yêu sách lãnh thổ liên quan mà Trung Quốc cực lực phản đối. Việc chiếm đóng một số đảo và đá của quần đảo Nam Sa Trung Quốc cũng như các hành vi liên quan khác đã xâm phạm chủ quyền lãnh thổ của Trung Quốc. Theo học thuyết pháp lý “ex injuria jus non oritur”, Philippin không có cách nào viện dẫn sự chiếm đóng bất hợp pháp đó để hậu thuẫn cho các yêu sách lãnh thổ của họ. Hơn nữa theo nguyên tắc pháp lý “Đất thống trị biển”, yêu sách vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa của quốc gia ven biển không thể làm xâm hại đến chủ quyền lãnh thổ của quốc gia khác.

- Từ những năm 1930s Chính phủ Trung Quốc đã nhiều lần công bố phạm vi địa lý quần đảo Nam Sa và tên các thành phần của chúng. Quần đảo Nam Sa do đó đã được xác định rõ ràng. Hơn nữa, theo các điều khoản liên quan của Công ước của Liên hiệp quốc về Luật biển năm 1982 cũng như Luật của Cộng hòa nhân dân Trung Hoa về Lãnh hải và vùng tiếp giáp lãnh hải (1992), Luật về vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa của nước Cộng hòa nhân dân Trung Hoa (1998), quần đảo Nam Sa hoàn toàn có các vùng lãnh hải, đặc quyền kinh tế và thềm lục địa.

Về mặt cấu trúc Công hàm, Phái đoàn Trung Quốc cũng đưa ra ba đoạn đối với ba đoạn trong Công hàm của Philippin. Đoạn 1

cả hai bên đều khẳng định chủ quyền không thể tranh cãi của mình. Đoạn 2 tranh luận về các nguyên tắc pháp lý “Đất thống trị biển” và “Không xâm phạm”. Đoạn 3 cả hai bên đều dựa vào Luật biển để xác định quy chế các đảo đá.

Về nội dung, trong khi Philippin lập luận theo Luật biển thì những đường như đường đứt khúc 9 đoạn là không có cơ sở theo luật quốc tế, đặc biệt là Công ước của Liên hiệp quốc về Luật biển 1982 (UNCLOS) thì Trung Quốc lại nhắc đến các quyền lịch sử và tìm cách làm hài hòa giữa quyền lịch sử với Luật biển hiện đại bằng cách tuyên bố quần đảo Nam Sa hoàn toàn có các vùng lãnh hải, đặc quyền kinh tế và thềm lục địa. Đây có thể coi là một điểm mới nếu chú ý ngôn từ trong Công hàm lần này khác hẳn với những tuyên bố khuôn mẫu trước kia: “Nam Sa quần đảo là một phần lãnh thổ Trung Hoa từ thời xa xưa và Trung Quốc có chủ quyền không thể tranh cãi đối với quần đảo cũng như các vùng biển xung quanh nó”. Trong khi Philippin phản đối đích danh đường đứt khúc 9 đoạn thì Công hàm Trung Quốc không có một chữ nào nói đến đường trên, ngoài câu: “Chủ quyền, các quyền và quyền tài phán liên quan của Trung Quốc tại Biển Nam Trung Hoa được hỗ trợ bằng các bằng chứng lịch sử và pháp lý phong phú”. Nếu cứ như Công hàm thì “Từ những năm 1930s Chính phủ Trung Quốc đã nhiều lần công bố phạm vi địa lý quần đảo Nam Sa và tên các thành phần của chúng. Quần đảo Nam Sa do đó đã được xác định rõ ràng”. Chúng ta đều biết rằng, các khái niệm vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa lúc đó còn chưa tồn tại. So sánh Công hàm ngày 7/5/2009 và Công hàm ngày 14/4/2011 của Phái đoàn Trung Quốc lại càng thấy hai Công hàm này mâu thuẫn nhau. Công hàm ngày 7/5/2009 đòi hỏi “đối với chủ quyền không thể tranh cãi của Trung Quốc trên các đảo trong Biển Nam Trung Hoa và các vùng nước kế cận, cũng như các quyền chủ quyền và tài phán đối với các vùng nước, vùng đáy biển và lòng đất dưới đáy biển của chúng (xem

bản đồ kèm theo)” tức theo “đường lưỡi bò”. Công hàm ngày 14/4/2011 thì lờ “đường lưỡi bò” đi mà cho rằng quần đảo Nam Sa có lãnh hải, vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa theo Công ước Luật biển UNCLOS. Nếu phạm vi địa lý của quần đảo Nam Sa là “đường lưỡi bò” thì có chuyện ngược đời là đi xác định các vùng đặc quyền kinh tế, thềm lục địa bên trong vùng nước mà Bắc Kinh coi như là nội thủy. Hay các đảo trong quần đảo Nam Sa mà Trung Quốc yêu sách có vùng lãnh hải, đặc quyền kinh tế và thềm lục địa nhưng không vượt quá phạm vi “đường lưỡi bò”? Hay cả quần đảo Nam Sa được coi là một tổng thể để đòi hỏi vùng lãnh hải, đặc quyền kinh tế hoặc thềm lục địa như một quốc gia quần đảo? Hay phạm vi địa lý quần đảo Nam Sa là “đường lưỡi bò” và sẽ tiếp tục đòi hỏi từ đó 200 hải lý đặc quyền kinh tế và thềm lục địa. Cứ theo lập luận này thì cả thành phố Hồ Chí Minh, Manila và Kuala Lumpur rồi tới Natura đều rơi vào vòng ảnh hưởng của “đường lưỡi bò” và “các vùng biển liên quan”. “đường lưỡi bò” của Trung Quốc từ 11 đoạn rồi 9 đoạn, từ yêu sách bao gộp cả Tây Sa (Hoàng Sa của Việt Nam), Trung Sa (bãi ngầm Macclefield), Nam Sa (Trường Sa của Việt Nam) bây giờ lại coi là phạm vi địa lý của quần đảo Nam Sa. Không ai có thể hiểu được các Công hàm này trừ khi tác giả của nó giải thích. Việc hai Công hàm trong vòng hai năm có những nội dung mâu thuẫn nhau cho thấy, chính bản thân người Trung Quốc còn lẫn lộn và đang tự mâu thuẫn với chính mình, không biết giải thích thế nào về “đường lưỡi bò” cho có lý. Hay đây là lập trường nhất quán cố tình tạo lẫn lộn, áp dụng một cách tùy tiện lúc theo luật biển, lúc theo yêu sách lịch sử mờ hồ theo kiểu chiến thuật “mèo trắng mèo đen miễn là bắt được chuột?”. Một chiến thuật mập mờ thường hay được sử dụng để buộc dư luận phải “tin” vào những điều vô lý? Lập trường không nhất quán, chỉ sử dụng sức mạnh, nói lấy được thật khó gây được lòng tin và hình ảnh tốt đẹp trong cộng đồng quốc tế.

Rõ ràng, việc tự vẽ một đường yêu sách

không đáp ứng bất kỳ một tiêu chuẩn pháp lý hay kỹ thuật nào để yêu sách chủ quyền các đảo trong đó rồi tiếp tục đòi hỏi các vùng biển liên quan là sự cố tình áp dụng sai nguyên tắc “Đất thống trị biển”. Hơn nữa cũng nên nhắc lại rằng, Công hàm ngày 29/9/1932 của phái đoàn ngoại giao Trung Quốc tại Paris còn tuyên bố các đảo Tây Sa “tạo thành cực nam của lãnh thổ Trung Quốc”<sup>5</sup>. Vậy làm sao có thể nói như trong Công hàm ngày 14/4/2011 là “Từ những năm 1930 Chính phủ Trung Quốc đã nhiều lần công bố phạm vi địa lý quần đảo Nam Sa và tên các thành phần của chúng”. Cũng không thể nêu bằng chứng lịch sử và pháp lý tại đây được, vì Việt Nam mới là quốc gia có những bằng chứng về hoạt động Nhà nước của Đội Hoàng Sa sớm nhất trong khu vực quần đảo Hoàng Sa và Trường Sa.

Khác với Philippin sử dụng khái niệm các “đặc trưng địa chất”<sup>6</sup> (được hiểu bao gồm đảo, đá và bãi cạn nửa nổi nửa chìm - islands, rocks, reefs and shoals), Công hàm Trung Quốc lần này chỉ nói đến “chủ quyền không thể tranh cãi của Trung Quốc đối với các đảo (islands) trong biển Nam Trung Hoa và các vùng nước kế cận”. Trong đoạn 2 khi nhắc đến sự xâm lược của Philippin, Công hàm có dùng thuật ngữ “đảo và đá” (islands and reefs) nhưng khác với Philippin đề xuất áp dụng Điều 121.3 của UNCLOS về quy chế đảo hay đá thì Công hàm của Trung Quốc cho rằng “quần đảo Nam Sa hoàn toàn có các vùng lãnh hải, đặc quyền kinh tế và thềm lục địa”. Phái đoàn Trung Quốc tại Liên hiệp quốc cũng yêu sách “được hưởng quyền chủ quyền và quyền tài phán đối với các vùng nước liên quan cũng như đáy biển và lòng đất dưới đáy của chúng”. Điều này được

củng cố thêm bằng viện dẫn trong đoạn 3 về “các điều khoản liên quan của Công ước của Liên hiệp quốc về Luật biển năm 1982 cũng như Luật của Cộng hòa nhân dân Trung Hoa về Lãnh hải và vùng tiếp giáp lãnh hải (1992), Luật về vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa của nước Cộng hòa nhân dân Trung Hoa (1998)”. Liệu có phải Trung Quốc cho rằng, dù đảo hay đá thì các đảo đá ở Trường Sa đều có vùng lãnh hải, đặc quyền kinh tế và thềm lục địa? Vậy UNCLOS (Điều 121.3) ở đây có giá trị gì với các quốc gia thành viên? Cũng nên nhắc lại ở đây, Công hàm ngày 8/7/2010 của Indonesia, một nước không tranh chấp gì ở Biển Đông<sup>7</sup> đã đưa ra những bằng chứng về quan điểm chính thống của các đại diện Trung Quốc phát biểu tại các diễn đàn về Công ước Luật biển năm 1982 về quy chế của các đảo đá không người ở hoặc không có đời sống kinh tế riêng<sup>8</sup>. Tại khóa họp lần thứ 15 của Cơ quan quyền lực đáy đại dương tại Kingston, Jamaica tháng 6/2009, Đại sứ Chen Jinghua, Trưởng đoàn đại biểu Trung Quốc đã tuyên bố: “Yêu sách vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa từ các đảo đá... là ảnh hưởng đến các nguyên tắc của Công ước Luật biển và đến quyền lợi chung của cộng đồng quốc tế”. Trưởng đoàn Trung Quốc còn viện dẫn lời của Đại sứ Avid Pardo (người đã đưa ra khái niệm vùng đáy biển di sản chung của loài người trong Công ước Luật biển) để lời tuyên bố của mình thêm sức mạnh: “... nếu quyền tài phán 200 hải lý được dựa trên quyền sở hữu các đảo không người ở, xa xôi hoặc rất nhỏ thì hiệu quả của việc quản lý quốc tế các vùng đại dương bên ngoài quyền tài phán quốc gia sẽ bị tổn hại nặng nề”. Tuyên bố của Phái đoàn Trung Quốc tại

(5) Nguyen Hong Thao, *Le Vietnam et ses differends maritimes dans la Mer de Bien Dong (Mer de Chine meridionale)*, Pedone, France 2004, p. 232.

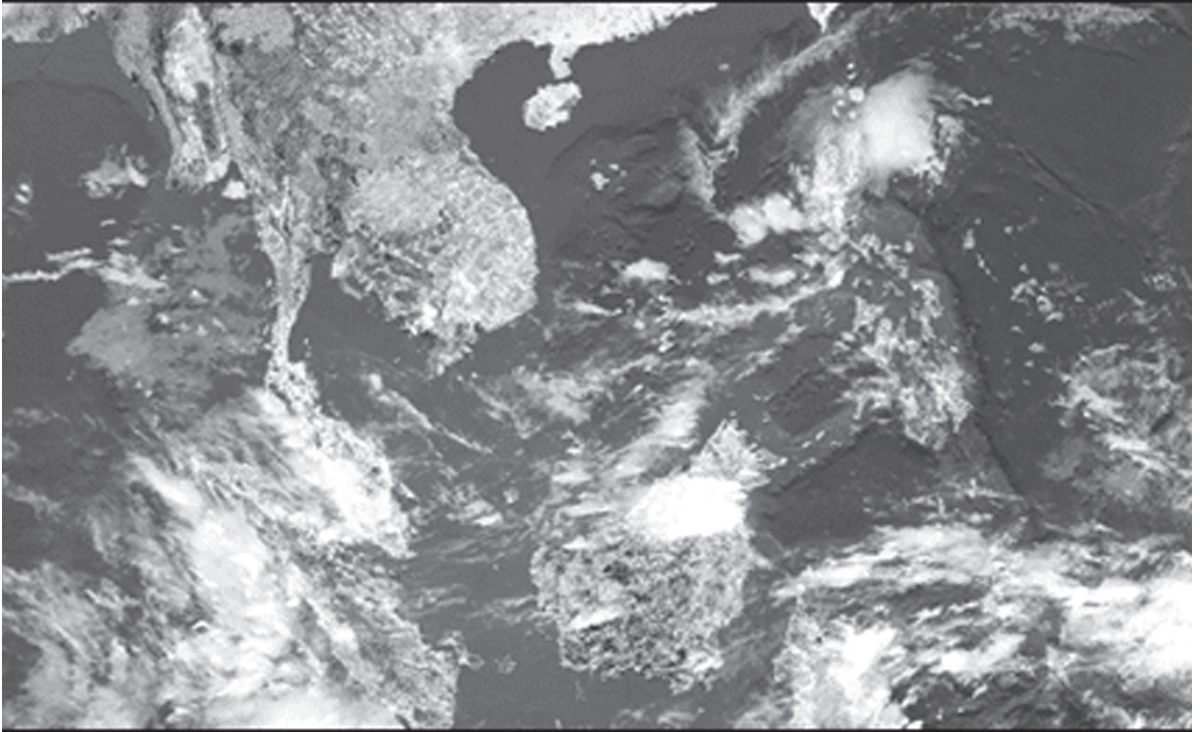
(6) Bản dịch trên Nghiên cứu Biển Đông sử dụng thuật ngữ hình thái địa chất. <http://1371-cong-ham-ca-phi-lip-pin-phn-i-ng-li-bo-ca-trung-quc-ban-dich-NCBD.htm> ngày 18/4/2011

(7) Việt Long, “Sự vô lý của “đường lưỡi bò” trong Biển Đông – Indonesia lên tiếng”, *Tuần Việt Nam*, ngày 27/7/2010.

(8) “Note N. 480/POL-703/VII/10”, 8 July 2010 (Permanent Mission of the Republic of Indonesia to the United Nations, New York), *Commission on the Limits of the Continental Shelf (CLCS)*

*Outer limits of the continental shelf beyond 200 nautical miles from the baselines:*

*Submissions to the Commission: Joint submission by Malaysia and the Socialist Republic of Viet Nam.* [http://www.un.org/Depts/los/clcs\\_new/submissions\\_files/mysvnm33\\_09/idn\\_2010re\\_mys\\_vnm\\_e.pdf](http://www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/mysvnm33_09/idn_2010re_mys_vnm_e.pdf) (accessed 26 October 2010).



Hội nghị các nước thành viên Liên hiệp quốc lần thứ 19 từ ngày 22-26/6/2009 tại New York cũng khẳng định “theo Điều 121 của Công ước Luật biển, các đảo đá không thích hợp cho con người ở hoặc không có một đời sống kinh tế riêng không có vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa riêng”. Những lời tuyên bố của các đại diện toàn quyền của Trung Quốc tại các diễn đàn quốc tế chỉ có thể được hiểu là chúng cũng được áp dụng phù hợp với tình hình Biển Đông và các đảo đá nhỏ không người ở hoặc không có đời sống kinh tế riêng trong Biển Đông nên cũng không có quyền được có vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa. Việc cho phép sử dụng các đảo đá không người ở, ở xa lục địa và nằm giữa biển như điểm cơ sở để đòi hỏi các vùng biển là tổn hại các nguyên tắc cơ bản của Công ước Luật biển cũng như xâm phạm đến các quyền lợi chính đáng của cộng đồng quốc tế. Phái đoàn thường trực của Indonesia tại Liên hiệp quốc kết luận bản đồ đường đứt khúc 9 đoạn trong Công hàm ngày 7/5/2009 của Phái đoàn thường trực của Trung

Quốc tại Liên hiệp quốc là hoàn toàn không có căn cứ pháp lý quốc tế và đi ngược lại với các quy định của Công ước luật biển 1982. Trong quan hệ với Nhật Bản là một nước lớn, Trung Quốc đòi các đảo đá chỉ có lãnh hải 12 hải lý. Trong Biển Đông, giữa các nước nhỏ, yếu, Bắc Kinh đòi cả quần đảo có vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa. Cộng đồng quốc tế buộc phải đặt câu hỏi: liệu có chính sách phân biệt đối xử mà không cần phải dựa vào luật biển không hay Trung Quốc có một tiêu chuẩn kép về quy chế các đảo đá? Thực tiễn quốc tế và các phán quyết của các Tòa án và Trọng tài quốc tế cho thấy, các đảo đá có những điều kiện tương tự như các đảo đá trong Biển Đông, nếu áp dụng đúng Điều 121.3 của UNCLOS thì chỉ được hưởng các vùng biển không mở rộng quá mức, ảnh hưởng đến quyền lợi của các quốc gia ven biển, ảnh hưởng an ninh hàng hải, hàng không của cộng đồng quốc tế, tiếp tục duy trì nguy cơ xung đột ở mức cao. Về quy mô, kích thước, điều kiện sinh sống hay đời sống kinh tế riêng chúng cũng không thể

(9) “China accuses PH of invasion”, Tessa Jamandre | VERA Files, <http://vera/china-accuses-ph-'invasion'.htm>

được coi có cùng hiệu lực pháp lý trong phân định với lãnh thổ đất liền.

Công hàm Trung Quốc kết tội Philippin đã “xâm lược” các đảo và đá của quần đảo Nam Sa thuộc Trung Quốc<sup>9</sup> nên không thể viện dẫn nguyên tắc “Đất thống trị biển” để đòi hỏi quyền chủ quyền đối với các vùng biển kề cận. Trung Quốc dẫn học thuyết pháp lý “*ex injuria jus non oritur*” để cho rằng, Philippin không có cách nào viện dẫn sự chiếm đóng bất hợp pháp đó để hậu thuẫn cho các yêu sách lãnh thổ của họ. Theo định nghĩa của luật quốc tế, xâm lược là một hành vi sử dụng vũ lực trong quan hệ quốc tế. Vậy việc sử dụng vũ lực và đe dọa sử dụng vũ lực bất hợp pháp từ các năm 1974, 1988 và 1995 để chiếm đoạt các đảo đá đã có chủ, hậu thuẫn cho các yêu sách lãnh thổ có nên được áp dụng học thuyết pháp lý “*ex injuria jus non oritur*” không? Khi công hàm ngoại giao tuyên bố “theo nguyên tắc pháp lý “Đất thống trị biển”, yêu sách vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa của quốc gia ven biển không thể làm xâm hại đến chủ quyền lãnh thổ của quốc gia khác”, Phái đoàn thường trực của Trung Quốc tại Liên hiệp quốc cũng cố tình quên mất sự thật là các yêu sách theo Luật của Cộng hòa nhân dân Trung Hoa về Lãnh hải và vùng tiếp giáp lãnh hải (1992), Luật về vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa của nước Cộng hòa nhân dân Trung Hoa (1998)” đang xâm hại đến các vùng đặc quyền kinh tế, thềm lục địa của các quốc gia ven biển theo Luật biển UNCLOS cũng như chủ quyền lãnh thổ của quốc gia khác đã thực hiện chiếm hữu thực sự, hòa bình, không có tranh chấp trong thời gian dài trên quần đảo Hoàng Sa và Trường Sa. Hơn nữa, thật khó có thể chấp nhận việc viện dẫn luật quốc gia để giải quyết một tranh chấp quốc tế. Ngoài ra, nếu theo đúng luật thì “đường lưỡi bò” chỉ mới được Phái đoàn Trung Quốc nêu ra chính thức lần đầu tiên trong Công hàm ngày 7/5/2009, một văn bản thấp hơn luật rất nhiều.

Quần đảo Hoàng Sa và Trường Sa thuộc chủ quyền Việt Nam. Hai Công hàm của Philippin và Trung Quốc đều vi phạm chủ

quyền của Việt Nam trên hai quần đảo này. Song nhìn từ góc độ tích cực thì Công hàm ngày 5/4/2011 của Phái đoàn Philippin đã đóng góp lớn trong việc bác bỏ mọi đường yêu sách quá đáng không trên cơ sở UNCLOS, đặc biệt là yêu sách “đường lưỡi bò” của Trung Quốc. Công hàm của phái đoàn Trung Quốc thì thể hiện tính rắn đê, cứng rắn của một nước lớn, với các lập luận bảo vệ “đường lưỡi bò” đầy mâu thuẫn, mập mờ, cố tình lẫn lộn. Công hàm không làm cho người đọc hiểu rõ thêm về lập trường pháp lý của Trung Quốc đối với vấn đề Biển Đông, về cách hiểu “đường lưỡi bò” ngoài việc phái đoàn Trung Quốc chính thức yêu sách quần đảo Trường Sa có vùng lãnh hải, vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa. Ngược lại, nó cho thấy một sự mập mờ cố ý, sử dụng cả những yêu sách lịch sử chưa được kiểm chứng lẫn luật biển hiện đại một cách tùy tiện để bảo vệ một yêu sách quá đáng. Giống như một thủ tục trước các cơ quan tài phán quốc tế, các bên lần lượt chính thức thể hiện quan điểm của mình về chủ quyền, về quy chế đảo trước Liên hiệp quốc. Cộng đồng quốc tế đã có tương đối đủ dữ liệu để thể hiện quan điểm của mình. Dù còn có những khác biệt, trong tất cả các Công hàm các nước đã trình lên Liên hiệp quốc về vấn đề này đều có một điểm chung không thể phủ nhận: Các bên đều viện dẫn UNCLOS, nguyên tắc “Đất thống trị biển” dù cách giải thích và áp dụng còn khác nhau. Đã đến lúc các bên phải thực sự ngồi với nhau, giải quyết hòa bình các tranh chấp, phù hợp với Luật quốc tế và UNCLOS. Cuộc chiến pháp lý mới liệu có góp phần thúc đẩy các Bên nỗ lực tìm tiếng nói chung, trước tiên là thúc đẩy việc thực hiện Tuyên bố DOC, tiến đến một Bộ Quy tắc ứng xử của các Bên trên Biển Đông, tạo khung pháp lý để trao đổi một cách khách quan và thành thật về quy chế các đảo đá của các quần đảo ở Biển Đông, một trong những chìa khóa then chốt để giải quyết hòa bình các tranh chấp Biển Đông? Câu trả lời phụ thuộc rất nhiều vào thiện chí của các Bên. ■

# CƠ CHẾ ĐÁNH GIÁ VIỆC THỰC THI CÔNG ƯỚC CỦA LIÊN HIỆP QUỐC VỀ CHỐNG THAM NHŨNG

■ NGUYỄN QUỐC VĂN\*

Theo kết quả rút thăm tại Cuộc họp lần thứ nhất Nhóm đánh giá việc thực thi Công ước của Liên hiệp quốc về chống tham nhũng được tổ chức tại Viên, Áo từ ngày 28/6 - 02/7/2010, Việt Nam là nước được đánh giá trong năm 2011 - năm thứ hai của chu trình đánh giá đầu tiên cùng với 40 quốc gia khác. Tham gia cơ chế đánh giá việc thực thi một điều ước quốc tế phổ quát toàn cầu về chống tham nhũng là việc chưa có tiền lệ và kinh nghiệm đối với Việt Nam. Nghiên cứu Lập pháp trân trọng giới thiệu với bạn đọc bài viết về Cơ chế quốc tế này và sự tham gia của Việt Nam.

## 1. Cơ sở pháp lý và mục đích của cơ chế đánh giá việc thực thi Công ước của Liên hiệp quốc về chống tham nhũng

Cơ chế đánh giá việc thực thi Công ước của Liên hiệp quốc (LHQ) về chống tham nhũng (sau đây gọi tắt là Cơ chế đánh giá việc thực thi Công ước) là một cơ chế đánh giá hoạt động trên phạm vi quốc tế được hình thành trong khuôn khổ quy định của Công ước và theo quyết định của Hội nghị các quốc gia thành viên Công ước. Theo các khoản từ 4 đến 6 Điều 63 của Công ước, khi cần thiết, Hội nghị các quốc gia thành viên sẽ thành lập bất kỳ cơ chế hay cơ quan thích hợp nào để trợ giúp việc thi hành Công ước của các quốc gia một cách có hiệu quả. Dựa trên cơ sở đó, Cơ chế đánh giá việc thực thi Công ước được hình

thành với mục tiêu hỗ trợ các quốc gia thành viên thực thi có hiệu quả Công ước, bao gồm cả việc xác định nhu cầu hỗ trợ kỹ thuật và đề xuất giải pháp đáp ứng các nhu cầu hỗ trợ kỹ thuật của các quốc gia thành viên. Cơ chế đánh giá việc thực thi Công ước được nhận thức và hành động dựa trên đồng thời các văn bản sau: 1) Công ước của LHQ về chống tham nhũng; 2) Nghị quyết số 1/2 của Hội nghị lần thứ nhất các quốc gia thành viên Công ước về Cơ chế thu thập thông tin về thực thi Công ước; 3) bốn Nghị quyết được thông qua tại Hội nghị các quốc gia thành viên Công ước lần thứ ba được tổ chức tại Qatar, tháng 11/2009, bao gồm: Nghị quyết về Cơ chế đánh giá việc thực thi Công ước và Điều khoản tham chiếu đính kèm; Nghị quyết về Hỗ trợ kỹ thuật nhằm thực

(\*) ThS. Phó Vụ trưởng Vụ Hợp tác Quốc tế, Thanh tra Chính phủ.



thi Công ước; Nghị quyết về Các biện pháp phòng ngừa tham nhũng và Nghị quyết về Thu hồi tài sản tham nhũng; 4) Hướng dẫn dành cho các chuyên gia chính phủ và Ban thư ký Hội nghị các quốc gia thành viên trong việc tiến hành đánh giá quốc gia; 5) Phần mềm Bản Danh mục tự đánh giá quốc gia; 6) Mẫu Báo cáo đánh giá quốc gia dành cho các chuyên gia chính phủ; 7) Hướng dẫn pháp lý thực thi Công ước và Biên bản quá trình đàm phán xây dựng Công ước.

Mục đích của Cơ chế đánh giá là nhằm đạt được các mục tiêu quy định tại Điều 1 của Công ước và các mục tiêu quan trọng khác, gồm: thúc đẩy và tăng cường các biện pháp phòng, chống tham nhũng hiệu quả hơn; thúc đẩy, tạo điều kiện và hỗ trợ hợp tác quốc tế, trợ giúp kỹ thuật trong phòng, chống tham nhũng, kể cả việc thu hồi tài sản tham nhũng; thúc đẩy sự liêm chính, chế độ trách nhiệm và việc quản lý đúng đắn công vụ và tài sản công; cung cấp thông tin cho Hội nghị các quốc gia thành viên Công ước về các biện pháp mà các quốc gia thành viên áp dụng trong thực thi Công ước và các khó khăn mà các quốc gia gặp phải trong quá trình thực thi; giúp các quốc gia thành viên xác định và chứng minh các nhu cầu hỗ trợ kỹ thuật cụ thể và thúc đẩy, tạo điều kiện thuận lợi cho việc cung cấp hỗ trợ kỹ thuật; cung cấp thông tin về những thành công, các hoạt động thực tiễn tốt và những thách thức của các quốc gia thành viên trong việc thực thi và áp dụng Công ước; thúc đẩy và tạo điều kiện thuận lợi cho việc trao đổi thông tin, thực tiễn và kinh nghiệm tốt trong quá trình thực thi Công ước giữa các quốc gia thành viên.

## 2. Nguyên tắc hoạt động và đặc điểm của Cơ chế đánh giá

Hoạt động của Cơ chế đánh giá dựa trên những nguyên tắc quan trọng sau: minh bạch, hiệu lực, toàn diện và khách quan; không can thiệp đến các vấn đề nội bộ của các quốc gia thành viên mà tôn trọng nguyên tắc về bình đẳng và chủ quyền của các quốc gia thành viên theo quy định tại Điều 4 của Công ước; quá

trình đánh giá sẽ được tiến hành một cách phi chính trị và không chọn lọc; không tạo ra bất kỳ hình thức phân chia thứ hạng nào giữa các quốc gia thành viên; tạo cơ hội để các quốc gia thành viên chia sẻ các thách thức và thực tiễn tốt; có xem xét đến phương pháp tiếp cận đánh giá cân bằng theo địa bàn; không gây thù địch, không trừng phạt; thúc đẩy sự tham gia toàn cầu vào Công ước; hoạt động trên cơ sở các hướng dẫn rõ ràng để tập hợp, xây dựng và phổ biến thông tin, có tính đến các vấn đề về bảo mật; xác định sớm nhất có thể các khó khăn mà các quốc gia thành viên gặp phải trong quá trình thực hiện nghĩa vụ quy định tại Công ước và các hoạt động thực tiễn tốt được áp dụng trong nỗ lực thực thi Công ước; kết quả của hoạt động đánh giá được báo cáo lên Hội nghị các quốc gia thành viên Công ước - là cơ quan có đủ thẩm quyền để hành động dựa trên các kết quả này.

Cơ chế đánh giá có những đặc điểm sau: đó là một quá trình hoạt động liên Chính phủ; tạo cơ hội trao đổi các quan điểm, ý tưởng và các hoạt động thực tiễn tốt, qua đó góp phần tăng cường hợp tác giữa các quốc gia thành viên trong công tác phòng, chống tham nhũng; có xem xét mức độ phát triển khác nhau của các quốc gia thành viên cũng như sự đa dạng của các hệ thống tư pháp, pháp luật, chính trị, kinh tế, xã hội và sự khác nhau về truyền thống pháp lý; việc đánh giá thực thi Công ước là một quá trình diễn ra liên tục và từ từ, do đó, Cơ chế đánh giá sẽ áp dụng các phương pháp tiếp cận tiến bộ và toàn diện; Cơ chế đánh giá mang tính chuyên môn kỹ thuật, thúc đẩy hợp tác giữa các quốc gia trong việc xây dựng các biện pháp phòng ngừa tham nhũng, thu hồi tài sản tham nhũng và hợp tác quốc tế toàn diện trong thực thi Công ước; Cơ chế này có thể được bổ sung và được hợp tác bởi các cơ chế đánh giá quốc tế và khu vực hiện hành về chống tham nhũng nhằm tránh trùng lặp các nỗ lực chống tham nhũng.

## 3. Chu trình và nội dung đánh giá

Mỗi giai đoạn đánh giá bao gồm hai chu

trình, mỗi chu trình được thực hiện trong năm năm; trong bốn năm đầu, mỗi năm, một phần tư số quốc gia thành viên (trong tổng số 148 quốc gia thành viên tính đến hết tháng 11/2008) sẽ được đánh giá. Về nội dung đánh giá, trong chu trình đầu tiên, sẽ đánh giá việc thực hiện Chương III (Hình sự hóa và thực thi pháp luật) và Chương IV (Hợp tác quốc tế); trong chu trình thứ hai sẽ đánh giá Chương II (Các biện pháp phòng ngừa) và Chương V (Thu hồi tài sản tham nhũng). Việc đánh giá đối với tất cả các quốc gia là thành viên ở một chu trình đánh giá sẽ được hoàn thành trước khi một chu trình mới bắt đầu. Tuy nhiên, trong trường hợp ngoại lệ, Hội nghị các quốc gia thành viên có thể quyết định tiến hành một chu trình đánh giá mới trước khi hoàn thành tất cả các cuộc đánh giá của chu trình trước. Không quốc gia thành viên nào phải trải qua hai lần đánh giá trong cùng một chu trình. Cơ chế đánh giá sẽ được áp dụng đối với tất cả các quốc gia thành viên và dần được áp dụng để đánh giá việc thực thi toàn bộ Công ước. Mỗi giai đoạn đánh giá sẽ được kết thúc sau khi đánh giá xong tất cả các điều khoản của Công ước ở tất cả các quốc gia thành viên.

#### **4. Cách thức lựa chọn quốc gia đi đánh giá và được đánh giá**

Số quốc gia của mỗi nhóm khu vực được đánh giá trong một năm nào đó sẽ tỷ lệ thuận với quy mô số lượng quốc gia là thành viên của Công ước của nhóm khu vực đó. Việc lựa chọn các quốc gia được đánh giá trong một năm cụ thể của một chu trình đánh giá sẽ được thực hiện bằng cách rút thăm khi bắt đầu mỗi chu trình. Quốc gia đã được lựa chọn để đi đánh giá vào một năm nào đó có thể trì hoãn việc tham gia đi đánh giá năm tiếp theo của chu trình đánh giá nếu có lý do chính đáng. Mỗi quốc gia sẽ được hai quốc gia khác đánh giá. Một trong hai quốc gia đi đánh giá sẽ là quốc gia ở cùng khu vực địa lý với quốc gia được đánh giá và nếu có thể, sẽ có hệ thống pháp luật tương tự quốc gia được đánh giá. Việc lựa chọn các quốc gia đi đánh giá sẽ được tiến hành

bằng cách rút thăm trước khi bắt đầu mỗi chu trình với điều kiện là các quốc gia sẽ không đánh giá lẫn nhau. Quốc gia được đánh giá có thể yêu cầu rút thăm lại tối đa hai lần. Trong các trường hợp ngoại lệ, việc yêu cầu rút thăm có thể được thực hiện hơn hai lần. Quốc gia được đánh giá có thể hoãn thực hiện vai trò đi đánh giá đối với quốc gia khác vào cùng năm đó. Nguyên tắc tương tự như vậy, sẽ được áp dụng cho các quốc gia đi đánh giá. Trong một chu trình đánh giá, mỗi quốc gia đều phải được đánh giá và có thể tham gia từ một đến ba cuộc đi đánh giá. Cuộc họp lần thứ nhất Nhóm đánh giá thực thi Công ước được tổ chức tại Viên, Áo từ ngày 28/6 - 02/7/2010 đã tổ chức rút thăm chọn các nước được đánh giá trong bốn năm đầu của chu trình đánh giá đầu tiên (2010 - 2014) và các nước đi đánh giá trong năm 2010, kết quả rút thăm như sau:

Năm 2010: Tổng cộng sẽ có 30 quốc gia thành viên được đánh giá, trong đó chín quốc gia châu Phi (Zambia, Uganda, Togo, Morocco, Sao Tome, Rwanda, Niger, Cameroon, Burundi); sáu quốc gia châu Á (Jordan, Bangladesh, Mông Cổ, Fiji, Papua New Guinea, Đông Timor); năm quốc gia Đông Âu (Lit-va, Croatia, Bun-ga-ri, Georgia, Ukraina); sáu quốc gia khu vực châu Mỹ La tinh (Chile, Dominica, Cộng hoà Dominica, Argentina, Jamaica, Pêru); và bốn quốc gia khu vực Tây Âu + Bắc Mỹ (Mỹ, Phần Lan, Tây Ban Nha, Pháp). Cũng trong năm 2010, qua rút thăm có 58 quốc gia được chọn đi đánh giá 30 quốc gia trên (trong 58 quốc gia đi đánh giá năm 2010, có Nga và Thụy Điển được chọn đi đánh giá hai quốc gia khác). Năm 2011: Tổng cộng sẽ có 41 quốc gia thành viên được đánh giá, trong đó 11 quốc gia châu Phi; 11 quốc gia châu Á (Brunei, Irắc, Lào, Sri Lanka, Kazăc-xtan, Phi-lip-pin, In-đô-nê-xia, Việt Nam, Các tiểu Vương quốc Ả rập thống nhất, Iran, Cô-ôét); sáu quốc gia Đông Âu; bảy quốc gia Mỹ La tinh; sáu quốc gia Tây Âu + Bắc Mỹ. Năm 2012 sẽ có 37 quốc gia được đánh giá. Năm 2013 sẽ có 36 quốc gia được đánh giá. Dự kiến năm 2014 là năm cuối cùng của chu

trình đánh giá thứ nhất, sẽ dành để đánh giá những quốc gia hoãn việc được đánh giá trong năm 2013 và những quốc gia phê chuẩn, gia nhập Công ước sau năm 2010. Như vậy, theo kết quả rút thăm, Việt Nam là nước được đánh giá trong năm 2011 - năm thứ hai của chu trình đánh giá đầu tiên. Việc bốc thăm chọn quốc gia đi đánh giá Việt Nam cũng như đánh giá quốc gia thành viên khác (ngoài 30 nước được đánh giá trong năm 2010) sẽ được thực hiện tại cuộc họp Nhóm đánh giá thực thi Công ước vào tháng 5/2011 và những cuộc họp tiếp theo, thời gian tiến hành đánh giá sẽ bắt đầu từ tháng 6/2011. Nhìn chung, theo kết quả rút thăm, thời gian và nội dung đánh giá nêu trên phù hợp với Kế hoạch thực thi Công ước của Chính phủ Việt Nam, tạo điều kiện cho Việt Nam có thêm thời gian triển khai thực hiện Công ước, chuẩn bị xây dựng Báo cáo quốc gia và học tập kinh nghiệm quốc tế thông qua kết quả đánh giá trong năm đầu tiên của chu trình.

### 5. Phương thức và kết quả đánh giá

#### Phương thức đánh giá

Mỗi quốc gia đi đánh giá sẽ cử tối đa 15 chuyên gia của Chính phủ tham gia vào quá trình đánh giá, đồng thời cử một cơ quan đầu mối để điều phối sự tham gia của quốc gia mình vào quá trình đánh giá. Hoạt động đánh giá luôn có sự phối hợp và hướng dẫn của Ban thư ký Hội nghị các quốc gia thành viên; luôn có một thành viên của Ban thư ký Hội nghị các quốc gia thành viên tham gia các cuộc đánh giá để hướng dẫn, “giám sát” và nắm tình hình hoạt động đánh giá; luôn duy trì kênh liên lạc mở giữa các nhóm chuyên gia chính phủ, Ban thư ký Hội nghị các quốc gia thành viên và quốc gia thành viên được đánh giá. Mỗi cuộc đánh giá quốc gia sẽ được tiến hành không quá sáu tháng theo kế hoạch và yêu cầu do Ban thư ký Hội nghị các quốc gia thành viên xây dựng trên cơ sở tham khảo ý kiến của nhóm chuyên gia đi đánh giá và quốc gia được đánh giá. Cuộc đánh giá quốc gia sẽ được tiến hành theo phương thức sau:

- Đánh giá tại chỗ (desk review) của các

chuyên gia chính phủ: Việc đánh giá này dựa trên các câu trả lời theo Bản Danh mục tự đánh giá và những thông tin bổ sung do quốc gia thành viên được đánh giá cung cấp. Theo Hướng dẫn đánh giá dành cho các chuyên gia chính phủ, các chuyên gia chính phủ sẽ tiến hành đánh giá tại chỗ đối với các câu trả lời theo Bản Danh mục tự đánh giá của quốc gia được đánh giá. Việc đánh giá tại chỗ này sẽ phân tích những câu trả lời của quốc gia được đánh giá theo hướng tập trung vào các biện pháp mà quốc gia đó đã áp dụng để thực thi Công ước, các thành công và thách thức. Nhóm chuyên gia đánh giá với sự hỗ trợ của Ban thư ký Hội nghị các quốc gia thành viên có thể yêu cầu quốc gia được đánh giá cung cấp thêm thông tin bổ sung, thông tin chứng minh hay trả lời các câu hỏi bổ sung có liên quan.

- Tổ chức các đối thoại mang tính xây dựng giữa các bên để trao đổi thông tin có liên quan đến việc thực thi Công ước của quốc gia thành viên được đánh giá. Các đối thoại được thực hiện sau khi đánh giá tại chỗ, thông qua các hình thức hội nghị điện thoại, hội nghị truyền hình, trao đổi thư điện tử. Nếu quốc gia thành viên được đánh giá đồng ý, cuộc đánh giá tại chỗ sẽ được bổ sung các hình thức đối thoại, khảo sát trực tiếp, chẳng hạn như tổ chức chuyên thăm và làm việc tại quốc gia thành viên được đánh giá hoặc tổ chức cuộc họp hỗn hợp giữa các bên tại trụ sở của LHQ tại Viên. Trong trường hợp quốc gia được đánh giá là thành viên của tổ chức hoặc cơ chế quốc tế nào đó có chức năng chống tham nhũng, các chuyên gia chính phủ có thể xem xét các thông tin có liên quan đến việc thực thi Công ước của quốc gia đó được đưa ra bởi tổ chức hoặc cơ chế quốc tế mà quốc gia đó là thành viên.

- Quốc gia được đánh giá sẽ nỗ lực chuẩn bị các câu trả lời theo Bản Danh mục tự đánh giá trên cơ sở tham khảo ý kiến rộng rãi của tất cả các chủ thể có liên quan ở các khu vực công và tư ở cấp quốc gia. Cơ chế đánh giá khuyến khích các quốc gia thành viên được đánh giá tạo điều kiện thuận lợi cho sự tham gia của tất cả các chủ thể có liên quan ở trong nước trong

cuộc khảo sát, đánh giá trực tiếp tại quốc gia được đánh giá. Các quốc gia đi đánh giá và Ban thư ký Hội nghị các quốc gia thành viên sẽ bảo mật tất cả các thông tin thu thập được hoặc được sử dụng trong quá trình đánh giá. Ban thư ký Hội nghị các quốc gia thành viên sẽ tổ chức các khóa đào tạo định kỳ cho các chuyên gia tham gia vào quá trình đánh giá.

### **Kết quả đánh giá**

Với sự phối hợp chặt chẽ của quốc gia được đánh giá và sự hỗ trợ của Ban thư ký Hội nghị các quốc gia thành viên, các chuyên gia đi đánh giá sẽ chuẩn bị một Bản Báo cáo kết quả đánh giá quốc gia. Bản Báo cáo sẽ xác định những thành công, những hoạt động thực tiễn tốt, những thách thức và đưa ra những nhận định về việc thực thi Công ước và nhu cầu hỗ trợ kỹ thuật của quốc gia được đánh giá nhằm thúc đẩy việc thực thi Công ước của quốc gia đó. Bản Báo cáo kết quả đánh giá quốc gia, trong đó có Bản Báo cáo tóm tắt sẽ được hoàn thiện trên cơ sở sự đồng thuận giữa các quốc gia đi đánh giá và quốc gia được đánh giá. Ban thư ký Hội nghị các quốc gia thành viên Công ước sẽ tập hợp các thông tin, các đánh giá chung có trong Bản Báo cáo đánh giá quốc gia và sắp xếp theo chủ đề trong “Báo cáo việc thực thi Công ước theo chủ đề” và các phụ lục bổ sung của khu vực để gửi đến Hội nghị Nhóm đánh giá thực thi Công ước liên Chính phủ mở rộng. Các Bản tóm tắt Báo cáo đánh giá quốc gia cuối cùng sẽ được dịch sang sáu ngôn ngữ chính thức của LHQ và sẽ được phát hành dưới dạng các tài liệu chính thức của Nhóm đánh giá phục vụ riêng mục đích cung cấp thông tin. Trên cơ sở Bản Báo cáo đánh giá quốc gia và thông tin nhận được từ các cơ chế và tổ chức quốc tế có liên quan, Hội nghị các quốc gia thành viên sẽ xem xét cách thức hiệu quả nhất để hành động với mục tiêu hỗ trợ các quốc gia thành viên thực thi có hiệu quả Công ước. Bản Báo cáo đánh giá quốc gia được giữ bí mật. Tuy nhiên, Hội nghị các quốc gia thành viên khuyến khích quốc gia được đánh giá công bố một phần hay toàn bộ báo cáo kết quả đánh giá quốc gia. Để thúc đẩy, tăng cường

hợp tác và sự học hỏi giữa các quốc gia thành viên, các quốc gia được đánh giá sẽ cố gắng hỗ trợ quốc gia thành viên khác tiếp cận Báo cáo đánh giá quốc gia của mình nếu được yêu cầu. Trong giai đoạn đánh giá tiếp theo, các quốc gia thành viên sẽ gửi thông tin qua các câu trả lời đối với Bản Danh mục tự đánh giá về những kết quả đã đạt được, trên cơ sở liên hệ với những nhận định đã được đưa ra trong các Bản Báo cáo đánh giá quốc gia ở giai đoạn trước đó, đồng thời cũng cung cấp thông tin về việc các nhu cầu hỗ trợ kỹ thuật được xác định ở Bản Báo cáo quốc gia giai đoạn trước đó có được đáp ứng hay không.

### **6. Bản Danh mục tự đánh giá của quốc gia thành viên Công ước**

Hội nghị lần thứ nhất các quốc gia thành viên Công ước đã thông qua Nghị quyết số 1/2 về Cơ chế thu thập thông tin về việc thực thi Công ước. Theo đó, Hội nghị đã quyết định sử dụng Bản Danh mục tự đánh giá làm công cụ để các quốc gia thành viên thực hiện việc cung cấp thông tin về thực thi Công ước. Bản Danh mục tự đánh giá được coi là một công cụ hiệu quả, dễ sử dụng, dễ tương tác giữa các chủ thể tham gia cơ chế đánh giá và giúp đơn giản hóa công tác báo cáo của quốc gia thành viên theo yêu cầu của Công ước; đồng thời giúp các quốc gia thành viên đánh giá về sự tuân thủ của pháp luật trong nước đối với Công ước, xác định các nhu cầu hỗ trợ về kỹ thuật, pháp lý và chia sẻ những thực tiễn và thông lệ tốt trong quá trình thực thi Công ước. Theo đó, mỗi quốc gia thành viên Công ước coi việc sử dụng Bản danh mục tự đánh giá với các câu trả lời hoàn chỉnh, cập nhật, chính xác và kịp thời như là bước đầu tiên để thực hiện mục đích đó. Bản Danh mục tự đánh giá được thiết kế dưới dạng một phần mềm. Thông qua phần mềm này, các quốc gia thành viên sẽ trả lời các câu hỏi cho trước liên quan đến việc thực thi và sự tuân thủ của quốc gia đối với các quy định của Công ước. Sau khi việc trả lời các câu hỏi và cung cấp thông tin theo yêu cầu của Bản Danh mục tự đánh giá được hoàn tất, phần mềm sẽ



tự động đưa ra một Bản Báo cáo quốc gia về việc thực thi Công ước theo mẫu có sẵn, bao gồm cả các bảng số liệu, biểu đồ minh họa..., qua đó, các quốc gia có thể đánh giá được mức độ tuân thủ của mình đối với các yêu cầu của Công ước, đồng thời xác định được những nhu cầu về hỗ trợ kỹ thuật của mình để đáp ứng các yêu cầu đó.

## **7. Tham gia của Việt Nam vào Cơ chế đánh giá**

### **Tham gia các diễn đàn quốc tế bàn về Cơ chế đánh giá**

Việt Nam đã tham gia đủ bảy vòng đàm phán xây dựng Công ước, và là một trong những quốc gia đầu tiên ký Công ước. Quá trình nghiên cứu đề xuất phê chuẩn Công ước của Việt Nam được tiến hành thận trọng, chu đáo và quyết định phê chuẩn Công ước của Việt Nam diễn ra ở thời điểm thích hợp, khi đã có sự chín muồi của các yếu tố chủ quan. Từ khi ký Công ước đến nay, Việt Nam đã tham gia đầy đủ các diễn đàn, hội nghị quốc tế bàn về Công ước và Cơ chế đánh giá việc thực thi Công ước. Trong đó có Hội nghị các quốc gia thành viên Công ước lần thứ ba, tháng 11/2009

được tổ chức tại Qatar với việc thông qua Nghị quyết về Cơ chế đánh giá và Điều khoản tham chiếu đính kèm cùng ba Nghị quyết quan trọng khác có liên quan; đã tham dự cuộc họp lần thứ nhất Nhóm đánh giá thực thi Công ước được tổ chức tại Viên, Áo từ ngày 28/6 - 02/7/2010 với các nội dung quan trọng như thảo luận và thông qua Bản Hướng dẫn dành cho chuyên gia chính phủ, Ban thư ký Hội nghị các quốc gia thành viên và Mẫu Báo cáo đánh giá quốc gia, rút thăm chọn các nước được đánh giá trong bốn năm đầu của chu trình đánh giá đầu tiên (2010 – 2014) và các nước đi đánh giá trong năm 2010, thảo luận và thống nhất về nguồn lực cho thực hiện Cơ chế đánh giá... Có thể nhận định rằng, việc Việt Nam tham gia Công ước và Cơ chế đánh giá việc thực thi Công ước là quá trình đi từ nhận thức đến thực tiễn, nên chúng ta hoàn toàn chủ động và tự tin khi tham gia Cơ chế này.

### **Xây dựng cơ chế trao đổi thông tin về phòng, chống tham nhũng**

Bản chất của Cơ chế đánh giá là quá trình chia sẻ thông tin từ mỗi quốc gia thành viên trong thực thi Công ước nhằm tiếp nhận sự hỗ trợ từ phía quốc tế để nâng cao hiệu quả

thực thi Công ước của mỗi quốc gia thành viên. Hiện nay, pháp luật Việt Nam đã có những quy định khá phù hợp để tham gia cơ chế này. Khi phê chuẩn Công ước, Chính phủ chỉ định Thanh tra Chính phủ là cơ quan làm đầu mối quốc gia hỗ trợ thông tin với quốc tế trong phòng, chống tham nhũng. Theo đó, Thanh tra Chính phủ là cơ quan chủ trì, chịu trách nhiệm trước Chính phủ về việc cung cấp thông tin về phòng, chống tham nhũng và thực thi Công ước của Việt Nam ra quốc tế, đồng thời tiếp nhận thông tin về phòng, chống tham nhũng và thực thi Công ước từ phía quốc tế gửi tới Việt Nam. Bộ Tư pháp, Bộ Công an và Viện kiểm sát nhân dân tối cao chủ trì tiếp nhận và thực hiện các yêu cầu về tương trợ tư pháp theo quy định tại Luật Tương trợ tư pháp năm 2007. Luật Thanh tra năm 2004 và Luật Phòng, chống tham nhũng năm 2005 đã quy định Thanh tra Chính phủ là cơ quan quản lý nhà nước về công tác phòng, chống tham nhũng. Trong đó, nhiệm vụ nghiên cứu, tổng hợp nhằm xây dựng các báo cáo quốc gia thường niên, các báo cáo thường xuyên, đột xuất và báo cáo chuyên đề về công tác phòng chống tham nhũng nhằm phục vụ cho các yêu cầu xây dựng luật của Quốc hội và yêu cầu chỉ đạo, điều hành của Chính phủ là nhiệm vụ quan trọng hàng đầu. Nhằm đồng bộ hóa cơ chế cung cấp, trao đổi thông tin về phòng, chống tham nhũng giữa các cơ quan chức năng của Việt Nam, ngày 9/11/2007, Thanh tra Chính phủ, Viện Kiểm sát nhân dân tối cao, Tòa án nhân dân tối cao, Kiểm toán Nhà nước, Bộ Quốc phòng, Bộ Công an đã ban hành Thông tư liên tịch số 2462/2007/TTLT quy định việc trao đổi, quản lý và sử dụng thông tin, dữ liệu về phòng, chống tham nhũng.

**Chuẩn bị lực lượng tham gia Cơ chế đánh giá**

Thực hiện Nghị quyết về Cơ chế đánh giá, ngày 02/6/2010, Thủ tướng Chính phủ đã ban hành Quyết định số 776/QĐ-TTg về việc thành lập Nhóm đánh giá việc thực thi Công ước của Chính phủ bao gồm 14 chuyên gia

các bộ, ngành. Nhóm có nhiệm vụ thực hiện các nghĩa vụ và yêu cầu về công tác đánh giá theo các nghị quyết của Hội nghị các quốc gia thành viên Công ước, có quyền yêu cầu các cơ quan, đơn vị có liên quan cung cấp thông tin và hỗ trợ các hoạt động của Nhóm khi cần thiết. Thanh tra Chính phủ có trách nhiệm giúp Thủ tướng Chính phủ quản lý, tổ chức hoạt động của Nhóm và thường xuyên, kịp thời báo cáo Thủ tướng Chính phủ về hoạt động của Nhóm để xin ý kiến chỉ đạo. Nhằm đẩy mạnh việc thực thi Công ước của Việt Nam và căn cứ Kế hoạch thực hiện Công ước của Chính phủ, ngày 11/3/2010, Tổng Thanh tra đã ký Quyết định số 434/QĐ-TTTP về việc thành lập Tổ công tác liên ngành thực thi Công ước với 25 thành viên. Hiện nay, lãnh đạo Thanh tra Chính phủ đã thống nhất hoạt động và phân công nhiệm vụ cụ thể cho từng thành viên của Nhóm đánh giá, Tổ thực thi Công ước và định kỳ rà soát, chỉ đạo hoạt động của từng thành viên. Có thể nói, Nhóm đánh giá, Tổ thực thi Công ước là các nhóm công tác có vai trò hết sức quan trọng trong việc tham mưu và trực tiếp tham gia Cơ chế đánh giá.

**Khó khăn của Việt Nam khi tham gia Cơ chế đánh giá**

Khi Việt Nam là quốc gia được đánh giá: Khó khăn nhất là công tác thu thập, xử lý thông tin về thực thi Công ước để xây dựng được Báo cáo quốc gia theo Bản Danh mục tự đánh giá, vì cơ chế trao đổi thông tin về tình hình tham nhũng và phòng, chống tham nhũng của Việt Nam còn rất nhiều bất cập. Mặt khác, các báo cáo quốc gia hàng năm của Việt Nam thường được trình bày theo phương pháp và bố cục truyền thống đã hoàn toàn không phù hợp với Báo cáo quốc gia theo Bản Danh mục tự đánh giá. Khi Việt Nam là quốc gia được đánh giá, các thông tin trong Báo cáo quốc gia của Việt Nam theo Bản Danh mục tự đánh giá sẽ được các chuyên gia quốc tế độc lập nghiên cứu, so sánh, đối chiếu tham khảo với các nguồn thông tin từ các tổ chức hay cơ chế quốc tế khác và ngay cả các nguồn thông tin từ chính các cơ quan chức năng hay các cơ quan báo chí Việt

Nam. Do đó, việc cung cấp thông tin chính xác, thống nhất, đồng bộ và chứng minh tính đúng đắn, xác thực của thông tin cung cấp là việc làm khó khăn. So với yêu cầu của Công ước, pháp luật Việt Nam và các hiệp định tương trợ tư pháp giữa Việt Nam với các nước hiện còn rất thiếu, chưa cụ thể và đồng bộ. Quá trình đàm phán, ký kết mới hay bổ sung, sửa đổi các hiệp định tương trợ tư pháp giữa Việt Nam với các nước; quá trình nghiên cứu, xây dựng mới hay sửa đổi các quy định pháp luật cho phù hợp với thực tiễn Việt Nam, đảm bảo lợi ích quốc gia và đảm bảo sự đồng bộ với quy định của các điều ước quốc tế khác mà Việt Nam đã tham gia là những việc cần phải mất nhiều thời gian. Do đó, trong năm 2011 (năm Việt Nam là quốc gia được đánh giá), chắc chắn việc thực thi Công ước của Việt Nam vẫn chưa đạt được kết quả căn bản, vì Việt Nam mới phê chuẩn Công ước trong một thời gian rất ngắn (từ 30/6/2009).

Việt Nam chưa có kinh nghiệm tổ chức đón nhận, làm việc, ứng xử và phối hợp với các nhóm chuyên gia đánh giá quốc tế về phòng, chống tham nhũng và thực thi Công ước. Nhận thức về Công ước và thực thi Công ước của các bộ, ngành; của cán bộ, công chức, của nhân dân nhìn chung còn bất cập do công tác nghiên cứu, tuyên truyền, phổ biến và tổ chức triển khai thực thi Công ước thời gian qua còn hạn chế. Chủ thể của hành vi tham nhũng theo pháp luật Việt Nam chủ yếu tập trung ở khu vực công nên quá trình chia sẻ thông tin về thực thi Công ước, các cơ quan chức năng của Việt Nam cần chủ động xử lý những tình huống nhạy cảm, không để các thế lực thù địch lợi dụng phá hoại an ninh quốc gia, nhất là trong các trường hợp công khai trước cộng đồng quốc tế báo cáo quốc gia của Việt Nam về phòng, chống tham nhũng hay tiếp nhận các cuộc khảo sát và đối thoại trực tiếp với chuyên gia quốc tế về việc thực thi Công ước của Việt Nam.

Khi Việt Nam là quốc gia đi đánh giá: Kinh nghiệm hợp tác quốc tế về phòng, chống tham

nhũng của Việt Nam nói chung còn hạn chế. Việt Nam chưa có tiền lệ và kinh nghiệm tham gia cơ chế đánh giá quốc tế về lĩnh vực phòng, chống tham nhũng. Đây là lần đầu tiên các chuyên gia của Chính phủ Việt Nam tham gia hoạt động đánh giá quốc gia khác về lĩnh vực phức tạp và nhạy cảm này. Cơ chế đánh giá có những đòi hỏi khách quan về chuyên môn, kỹ thuật và nguyên tắc ngoại giao; phương pháp tiếp cận đánh giá và các kết luận, nhận định trong quá trình đánh giá có thể làm tổn thương đến quan hệ quốc tế. Trong khi đó, rào cản về ngôn ngữ, việc thiếu kỹ năng, kinh nghiệm làm việc trong môi trường quốc tế; việc tiếp cận các thể chế chính trị và pháp lý khác biệt; việc chưa hiểu biết thấu đáo về Công ước và Cơ chế đánh giá do chưa có điều kiện nghiên cứu sâu và chưa có thực tiễn về Công ước sẽ là những trở ngại, thách thức đối với các chuyên gia của Việt Nam khi tham gia Cơ chế quốc tế này. Các yêu cầu về tài chính, kỹ thuật cho hoạt động của Nhóm chuyên gia chính phủ sẽ gặp khó khăn, nhất là trong các cuộc đánh giá trực tiếp tại các quốc gia khác hay các cuộc họp hỗn hợp tại trụ sở LHQ và trong việc đào tạo các chuyên gia chính phủ. Vì theo Nghị quyết về Cơ chế đánh giá, đây sẽ là các khoản đóng góp tự nguyện của các quốc gia hay tổ chức quốc tế mà không được thanh toán từ ngân sách của LHQ.

## **8. Đề xuất và kiến nghị**

Tham gia Cơ chế đánh giá Công ước là nghĩa vụ pháp lý quốc tế, đồng thời là hoạt động đối ngoại quan trọng mang tầm cỡ quốc gia. Kết quả của hoạt động đánh giá có thể ảnh hưởng nhất định đến uy tín quốc gia hoặc quan hệ quốc tế nên cần phải có sự phối hợp của nhiều bộ, ngành và nhiều lực lượng xã hội, nhất là trong việc xây dựng Báo cáo quốc gia về thực thi Công ước và thông tin ra quốc tế về tình hình tham nhũng và công tác đấu tranh chống tham nhũng của Việt Nam. Về lâu dài, Việt Nam cần hoàn thiện cơ chế trao đổi thông tin về phòng, chống tham nhũng nhằm

phục vụ tốt hơn cho các yêu cầu xây dựng luật của Quốc hội, yêu cầu chỉ đạo, điều hành của Chính phủ và yêu cầu của Cơ chế đánh giá việc thực thi Công ước. Trước mắt, Chính phủ cần có văn bản chỉ đạo các bộ, ngành về việc chuẩn bị tham gia Cơ chế đánh giá việc thực thi Công ước trong năm 2011 gắn với sơ kết một năm việc triển khai Kế hoạch thực thi Công ước. Thanh tra Chính phủ cần có văn bản hướng dẫn các bộ, ngành về việc cung cấp thông tin phục vụ trực tiếp cho việc xây dựng Báo cáo quốc gia về thực thi Công ước theo các tiêu chí cụ thể trong Bản Danh mục tự đánh giá, đồng thời phối hợp với các bộ ngành chức năng khẩn trương hoàn thành việc nghiên cứu và triển khai áp dụng ngay từ năm 2011 hệ thống tiêu chí đánh giá, đo lường tham nhũng và chống tham nhũng của Việt Nam theo chuẩn mực quốc tế, đồng thời cần sớm tổ chức Hội nghị tập huấn về Cơ chế đánh giá việc thực thi Công ước cho đối tượng là cán bộ chỉ đạo, cốt cán, tham mưu tổng hợp về công tác phòng, chống tham nhũng của các bộ, ngành, địa phương và các đối tượng có liên quan.

Thiết thực chuẩn bị cho Cơ chế đánh giá trong năm 2011, Bản dự thảo các nội dung thông tin phục vụ việc xây dựng báo cáo quốc gia theo Bản Danh mục tự đánh giá cần phải xin ý kiến đóng góp không chỉ của các bộ, ngành, mà đồng thời xin ý kiến các tổ chức chính trị - xã hội, các tổ chức xã hội - nghề nghiệp, các cơ quan báo chí và đại diện các tổ chức quốc tế tại Việt Nam. Vì Cơ chế đánh giá luôn khuyến khích các quốc gia được đánh giá tham khảo ý kiến rộng rãi của tất cả các chủ thể có liên quan trong các khu vực công và tư ở cấp quốc gia trong việc chuẩn bị các câu trả lời theo Bản Danh mục tự đánh giá và coi đây là nỗ lực cần thiết.

Việc quyết định mời các nhóm chuyên gia quốc tế đến thăm, đối thoại và khảo sát trực tiếp về thực thi Công ước tại Việt Nam là cần thiết, cần tiến hành chủ động, có kế hoạch, chuẩn bị chu đáo và coi đây là trọng tâm hoạt động hợp tác quốc tế về phòng, chống tham nhũng năm

2011. Cơ chế đánh giá khuyến khích các quốc gia thành viên được đánh giá tạo điều kiện thuận lợi cho sự tham gia của tất cả các chủ thể có liên quan ở trong nước trong cuộc đánh giá trực tiếp tại quốc gia được đánh giá. Vì vậy, để chuẩn bị cho cuộc khảo sát, đánh giá của quốc tế đối với Việt Nam trong năm 2011 (dự kiến vào tháng 8/2011), ngay từ bây giờ, Thanh tra Chính phủ và các bộ, ngành cần đề xuất Thủ tướng Chính phủ về việc tổ chức và phân công lực lượng liên ngành đón tiếp, đối thoại và làm việc trực tiếp với các nhóm chuyên gia quốc tế đến thăm và khảo sát tại Việt Nam; lựa chọn các mô hình và kinh nghiệm tiêu biểu của Việt Nam trong phòng, chống tham nhũng để giới thiệu; dự kiến giải trình hoặc phản biện đối với các nội dung phức tạp mà các chuyên gia nước ngoài có thể yêu cầu; tổng hợp các nhu cầu về hỗ trợ kỹ thuật của Việt Nam trong thực thi Công ước để phản ánh và đề nghị sự hỗ trợ từ phía quốc tế. Mặt khác, Chính phủ cần thường xuyên quan tâm chỉ đạo, định hướng chính trị đối với hoạt động đi đánh giá việc thực thi Công ước của nước khác của các chuyên gia chính phủ Việt Nam. Vì Cơ chế đánh giá không chỉ có những đòi hỏi về chuyên môn, kỹ thuật mà còn đòi hỏi phải tuân thủ các nguyên tắc ngoại giao nên các chuyên gia của Chính phủ Việt Nam cần quán triệt và tuân thủ quan điểm và đường lối ngoại giao của Đảng, Chính phủ, tránh trường hợp có phương pháp, kết luận, nhận định đánh giá làm tổn thương đến quan hệ quốc tế của Việt Nam. Nhằm nâng cao tính hiệu quả, chuyên nghiệp trong quan hệ quốc tế về Công ước; căn cứ vào yêu cầu thực tế của Cơ chế đánh giá việc thực thi Công ước và các diễn đàn quốc tế về Công ước; tùy thuộc vào các mục tiêu chiến lược của Việt Nam trong quan hệ Công ước, trong tương lai, Thanh tra Chính phủ và Bộ Ngoại giao cần nghiên cứu, đề xuất về việc cử đại diện chuyên trách của Việt Nam về Công ước bên cạnh LHQ (UNODC) - có trụ sở tại Viên, Áo - như một số quốc gia khác. ■



# HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT VỀ TRÁCH NHIỆM DÂN SỰ TRONG HỢP ĐỒNG

■ TRẦN VIỆT ANH\*

Để thực hiện mục tiêu “Hoàn thiện pháp luật về hợp đồng theo hướng tôn trọng thỏa thuận của các bên giao kết hợp đồng, không trái với đạo đức xã hội, không xâm phạm trật tự công cộng, phù hợp với tập quán, thông lệ thương mại quốc tế”<sup>1</sup>, các nội dung sửa đổi, bổ sung pháp luật về hợp đồng trong Bộ luật Dân sự năm 2005 (BLDS 2005) đã nhận được sự quan tâm nhiệt tình của các cơ quan, tổ chức và giới luật học. Bài viết nêu lên những bất cập và đưa ra các kiến nghị hoàn thiện chế định trách nhiệm dân sự (TNDS) trong hợp đồng hay TNDS do vi phạm hợp đồng.

## 1. Bất cập trong thực tiễn áp dụng các quy định của Bộ luật Dân sự 2005 về trách nhiệm dân sự trong hợp đồng

Trong thực tiễn áp dụng pháp luật hợp đồng và công tác xét xử của Tòa án hiện nay, xuất hiện một số tồn tại, vướng mắc liên quan đến áp dụng các quy định về TNDS do vi phạm hợp đồng như sau:

- Với vai trò là BLDS thống nhất, BLDS 2005 đã đặt những nền tảng cơ bản nhằm điều chỉnh các quan hệ dân sự theo các quy tắc chung, mà quan hệ hợp đồng là một trong số đó. Mặc dù vậy, vẫn tồn tại những quy định mâu thuẫn nhau của Luật Thương mại 2005 và BLDS 2005 liên quan đến vấn đề hợp đồng.

Ví dụ, về trách nhiệm bồi thường thiệt hại (BTTH), theo BLDS 2005, có bốn căn cứ để xác định trách nhiệm BTTH: *có hành vi vi phạm, có lỗi của bên vi phạm, có thiệt hại thực tế xảy ra, có mối quan hệ nhân quả giữa hành*

*vi vi phạm và thiệt hại. Còn trong Luật Thương mại 2005 lại không quy định yếu tố lỗi là một căn cứ phát sinh trách nhiệm BTTH.*

Về căn cứ miễn trách nhiệm vi phạm nghĩa vụ hợp đồng cũng tồn tại một vài điểm chưa thống nhất. Nếu BLDS chỉ đặt ra hai căn cứ miễn trách nhiệm là *sự kiện bất khả kháng và lỗi của bên bị vi phạm* (còn lại là trường hợp miễn trách nhiệm do các bên thỏa thuận trong hợp đồng) thì Luật Thương mại 2005 lại quy định bốn trường hợp là *căn cứ miễn trách nhiệm đối với hành vi vi phạm* tại Điều 294 bao gồm: các trường hợp miễn trách nhiệm do các bên thỏa thuận, sự kiện bất khả kháng, hành vi vi phạm của một bên hoàn toàn do lỗi của bên kia và hành vi vi phạm của một bên do thực hiện quyết định của cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền mà các bên không thể biết được vào thời điểm giao kết hợp đồng.

- Đối với các quy định về thẩm quyền giải

(\*) Công ty Luật TNHH Baker&McKenzie

(1) Nghị quyết số 48-NQ/TW của Bộ Chính trị ngày 24/05/2005, mục 3 phần II.

quyết các tranh chấp liên quan đến hợp đồng tại Tòa án, thì trước khi có Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2004 (BLTTDS 2004) và BLDS 2005, việc giải quyết các tranh chấp liên quan đến hợp đồng thuộc thẩm quyền của Tòa dân sự hay Tòa kinh tế, áp dụng thủ tục quy định tại Pháp lệnh Thủ tục giải quyết các vụ án dân sự năm 1989 hay Pháp lệnh Thủ tục giải quyết các vụ án kinh tế 1994 tùy thuộc vào tính chất của loại hợp đồng đó là hợp đồng dân sự hay hợp đồng kinh tế theo quy định tại BLDS 1995 và Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế năm 1989<sup>2</sup>. Khi BLTTDS 2004 ra đời, đã xác định tính chất bao quát của khái niệm dân sự theo nghĩa rộng, tức là bao hàm cả dân sự, hôn nhân gia đình, thương mại và lao động, thì lúc này, Tòa án không dựa vào việc xác định hợp đồng kinh tế hay hợp đồng dân sự để xác định văn bản pháp luật tố tụng được áp dụng nữa, mà các tranh chấp liên quan đến hợp đồng đều được giải quyết thống nhất theo quy định của BLTTDS 2004 và BLDS 2005. Tuy nhiên, vẫn cần có quy định để xác định thẩm quyền giải quyết tranh chấp (ví dụ, thuộc thẩm quyền của Tòa kinh tế hay Tòa dân sự), vì vậy, Nghị quyết 01/2005/NQ-HĐTP ngày 31/05/2005 của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao hướng dẫn thi hành Phần thứ nhất “Những quy định chung” của BLTTDS 2004 đã có quy định tại Mục I.1 về thẩm quyền của Tòa án, theo đó Tòa án căn cứ vào việc xác định tranh chấp về dân sự hay tranh chấp về kinh doanh thương mại để thụ lý giải quyết, tính chất của tranh chấp sẽ quyết định thẩm quyền giải quyết vụ việc của Tòa án: “Tòa kinh tế có nhiệm vụ, quyền hạn giải quyết các tranh chấp và các yêu cầu về kinh doanh, thương mại quy định tại Điều 29 và Điều 30 của BLTTDS 2004 và các tranh chấp về kinh doanh, thương mại mà một hoặc các bên không có đăng ký kinh doanh, nhưng đều có mục đích lợi nhuận”. Như vậy, theo quy định này, việc xác định thẩm quyền giải quyết vụ việc, cụ thể là xác định thẩm quyền

của Tòa kinh tế dựa trên các trường hợp được quy định tại điều 29 và điều 30 của BLTTDS 2004. Ngoài ra, các tranh chấp về kinh doanh, thương mại mà các bên đều không có đăng ký kinh doanh, nhưng vì mục đích lợi nhuận thì cũng có thể thuộc thẩm quyền của Tòa kinh tế. Quy định này là chưa hợp lý vì có phần mâu thuẫn với nguyên tắc của pháp luật thương mại. Rõ ràng, trên thực tế, có rất nhiều tranh chấp dân sự phát sinh từ các giao dịch dân sự, phát sinh từ các hợp đồng dân sự và các giao dịch hay hợp đồng này phần lớn đều “vì mục đích lợi nhuận”. Điểm để phân biệt giữa giao dịch/hợp đồng dân sự với các hoạt động thương mại là xác định xem trong giao dịch/hợp đồng đó có tính chất “kinh doanh, thương mại” hay không. Ở trong trường hợp này, nếu giao dịch đó không được thực hiện bởi các bên có đăng ký kinh doanh (không phải là thương nhân)<sup>3</sup>, thì rất khó có thể xác định đó là hành vi, hoạt động thương mại, yếu tố vì “mục đích lợi nhuận” là không đủ để quy một hợp đồng và giao dịch dân sự là hợp đồng hay giao dịch thương mại, để thuộc thẩm quyền giải quyết của Tòa kinh tế.

- Về lãi suất: Theo khoản 2 Điều 313 BLDS 1995, trong trường hợp người có nghĩa vụ chậm trả tiền thì người đó phải trả lãi đối với số tiền chậm trả theo lãi suất nợ quá hạn do Ngân hàng Nhà nước quy định tương ứng với thời gian chậm trả tại thời điểm thanh toán, trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác. Ngoài ra, bên vay có lãi mà khi đến hạn không trả hoặc trả không đầy đủ, thì bên vay phải trả lãi trên nợ gốc và lãi theo lãi suất nợ quá hạn của Ngân hàng Nhà nước tương ứng với thời hạn vay tại thời điểm trả nợ (khoản 5 Điều 471 BLDS 1995). Đến BLDS 2005, cách tính lãi suất đã khác so với BLDS 1995. Cụ thể, theo khoản 5 Điều 474, trường hợp vay có lãi đến hạn mà bên vay không trả hoặc trả không đầy đủ thì bên vay phải trả lãi trên nợ gốc và lãi nợ quá hạn theo

(2) Hiện nay, Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế năm 1989 đã bị bãi bỏ.

(3) Điều 6, Luật Thương mại năm 2005 quy định “Thương nhân bao gồm tổ chức kinh tế được thành lập hợp pháp, cá nhân hoạt động thương mại một cách độc lập, thường xuyên và có đăng ký kinh doanh”.

lãi suất cơ bản do Ngân hàng Nhà nước công bố tương ứng với thời hạn vay tại thời điểm trả nợ. Trong khi đó, Điều 306 Luật Thương mại 2005 lại quy định, bên vi phạm hợp đồng chậm thanh toán phải trả lãi trên số tiền chậm trả theo lãi suất quá hạn trung bình trên thị trường tại thời điểm thanh toán tương ứng với thời gian chậm trả. Cách tính mới của BLDS 2005, trói buộc lãi suất của hợp đồng vay vào lãi suất cơ bản, là chưa thực sự phù hợp với các quy định, chính sách về việc tôn trọng sự thỏa thuận giữa bên vay và bên cho vay của Ngân hàng Nhà nước về lãi suất (Thông tư của Ngân hàng Nhà nước số 07/2010/TT-NHNN ban hành ngày 26/02/2010 có quy định Tổ chức tín dụng cho vay bằng đồng Việt Nam theo lãi suất thỏa thuận đối với khách hàng phù hợp với quy định của pháp luật về cho vay của tổ chức tín dụng đối với khách hàng và trên cơ sở cung - cầu vốn thị trường, mức độ tín nhiệm của khách hàng vay). Do vậy, không ít Tòa án đã lúng túng trong việc áp dụng cách tính lãi suất đối với các hợp đồng vay, đặc biệt là các hợp đồng tín dụng giữa một bên là các tổ chức tín dụng và một bên là cá nhân. Vì thế, đối với các hợp đồng vay có lãi suất không đúng như quy định về lãi suất tại Điều 474 và Điều 476 của BLDS 2005 mà các bên có tranh chấp và vi phạm hợp đồng khởi kiện nhau ra Tòa án, rất có thể Tòa án sẽ tuyên vô hiệu và giải quyết hậu quả của hợp đồng vô hiệu, thay vì Tòa án công nhận hợp đồng và quyết định trách nhiệm của các bên trong hợp đồng. Nếu giải quyết như vậy, phần thiệt thòi thường sẽ rơi vào bên bị vi phạm nghĩa vụ vì họ đã thực hiện nghĩa vụ của mình nhưng hợp đồng vẫn bị tuyên vô hiệu.

- Ngoài ra, trong thực tế, các tranh chấp về hợp đồng cũng có những trường hợp hợp đồng hoàn toàn phù hợp với quy định của pháp luật về cả nội dung lẫn hình thức, nhưng vì lý do nào đó phát sinh trong quá trình thực hiện hợp đồng nên một trong hai bên thay đổi ý định, không muốn tiếp tục thực hiện hợp đồng. Diễn hình như trong các hợp đồng mua bán, bên mua không muốn mua nữa nên không giao đủ

tiền; trường hợp khác do được trả giá cao hơn, bên bán đổi ý không chịu bán nên đã không giao tài sản, hoặc trong hợp đồng mua bán nhà ở, một trong hai bên cố ý không chịu hoàn tất các thủ tục liên quan đến hình thức của hợp đồng dẫn đến khi bên bị vi phạm khởi kiện ra tòa án, Tòa án thường xử hủy hợp đồng và giải quyết hậu quả của việc hủy hợp đồng. Cũng như ở trường hợp trên, bên bị vi phạm nếu đã thực hiện nghĩa vụ của mình thường thiệt thòi trong những vụ việc bị xét xử như vậy.

## **2. Kiến nghị khắc phục các bất cập để hoàn thiện chế định trách nhiệm dân sự trong hợp đồng**

*Một là, thống nhất các văn bản pháp luật Việt Nam về hợp đồng*

Như đã trình bày ở trên, một trong những tồn tại của pháp luật hợp đồng Việt Nam là, tuy BLDS 2005 được coi như một “bộ luật gốc” điều chỉnh những quan hệ cơ bản và thiết lập những quy tắc chung nhất và các luật chuyên ngành khác phải được xây dựng trên nền tảng đó, nhưng giữa BLDS 2005 và Luật Thương mại 2005 vẫn còn nhiều điểm chưa tương đồng. Vì vậy, cần có sự sửa đổi, bổ sung các văn bản pháp luật chuyên ngành có quy định về hợp đồng theo đúng hướng mà BLDS đã xây dựng. Mặc dù một nguyên tắc chung là khi có sự khác biệt giữa luật chuyên ngành và luật chung thì sẽ ưu tiên áp dụng luật chuyên ngành, nhưng cần nhớ rằng, các quy định của luật chuyên ngành có nhiệm vụ quy định rõ hơn về một vấn đề chứ không thể có cách tiếp cận trái ngược so với luật chung và phải tuân theo những nguyên tắc ban đầu cũng như tinh thần mà luật chung đã đưa ra.

Như trường hợp về lãi suất và lãi suất nợ quá hạn đã trình bày ở trên, ngoài BLDS 2005 còn có Luật Thương mại năm 2005 và một số văn bản hướng dẫn khác của Ngân hàng Nhà nước cũng quy định về vấn đề này. Nhưng cả ba loại văn bản này lại chưa thống nhất về quan điểm tiếp cận, cụ thể là cách tính lãi suất trong các trường hợp khác nhau, dẫn đến khó khăn trong công tác áp dụng hay giải thích pháp



luật. Thiết nghĩ, BLDS được coi là bộ luật gốc, vì vậy cần có quy định mang tính bao quát và “dễ dàng” một số “không gian” nhất định để các văn bản luật và dưới luật khác - tùy theo từng trường hợp, trong lĩnh vực của mình - sẽ tự quy định cụ thể đối với trường hợp đó một cách hợp lý và thực tế nhất, và quan trọng hơn, là vẫn đi theo đúng cách tiếp cận mà BLDS 2005 đã đặt ra.

*Hai là, hoàn thiện các quy định của Bộ luật Dân sự năm 2005 về phạt vi phạm hợp đồng*

Chế định hợp đồng trong BLDS 2005 đã có nhiều điểm vượt trội so với BLDS 1995 và Pháp lệnh Hợp đồng dân sự 1991, tuy nhiên trong BLDS 2005, phạt vi phạm hợp đồng lại không được xếp vào là một trong các loại TNDS, dù đây là một loại TNDS được áp dụng rất phổ biến trong đời sống xã hội hàng ngày. Ngoài ra, không có một điều luật độc lập quy định về mối quan hệ giữa phạt vi phạm và BTTH (tuy có được đề cập đến trong Điều 422 BLDS), trong khi Luật Thương mại 2005 có quy định riêng về mối quan hệ này tại Điều 307 và thậm chí BLDS 1995 trước đây cũng đã có một quy định về vấn đề này tại Điều 379. Vì thế, theo chúng tôi, cần nhìn nhận phạt vi phạm là một loại TNDS có mối quan hệ mật thiết với các loại TNDS khác, cần xếp phạt vi

phạm vào phần TNDS do vi phạm nghĩa vụ và phải bổ sung một quy định về mối quan hệ giữa phạt vi phạm và BTTH như BLDS 1995 đã có.

*Ba là, hoàn thiện quy định về các trường hợp miễn trừ trách nhiệm dân sự*

- Như đã trình bày ở phần một, các căn cứ miễn trừ trách nhiệm trong hợp đồng được quy định ở BLDS 2005 và Luật Thương mại 2005 vẫn có sự khác nhau. Như vậy, cần phải có sự thống nhất giữa các văn bản pháp luật về các trường hợp được coi là căn cứ miễn trách nhiệm để hạn chế sự mâu thuẫn này. Do các quy định của Luật Thương mại 2005 đã đưa ra những căn cứ hợp lý và cụ thể, vì vậy, chúng tôi đề nghị nên xây dựng quy định về căn cứ miễn trách nhiệm trong một văn bản hướng dẫn của BLDS thống nhất với quy định của Luật Thương mại 2005.

- Cần phải bổ sung những điều kiện nhất định để đảm bảo sự tôn trọng của các bên trong hợp đồng và hạn chế việc bên có lợi thế hơn trong giao kết hợp đồng lợi dụng căn cứ miễn trách nhiệm do các bên thỏa thuận trong hợp đồng để đặt ra những trường hợp miễn trách nhiệm có lợi cho mình. Vì vậy, muốn xem xét sự thỏa thuận của các bên trong hợp đồng có thể trở thành một căn cứ để miễn trách nhiệm

(4) Nguyễn Mạnh Bách, “Nghĩa vụ dân sự trong luật dân sự Việt Nam”, Nxb. Chính trị quốc gia, 1998.

hay không sẽ phải đánh giá tính hợp lý của thỏa thuận đó. Một thỏa thuận bất hợp lý, không thể hiện sự công bằng giữa các bên chủ thể thì không có đủ điều kiện pháp lý để trở thành căn cứ miễn trách nhiệm.

- Sự kiện bất khả kháng là một trong các căn cứ miễn TNDS thường hay xảy ra trong thực tế. Những sự kiện sau (theo nguyên tắc pháp luật chung) có thể được coi là sự kiện bất khả kháng: thiên tai (tác động của thiên nhiên mà con người không thể kiểm soát), hành vi có tính mệnh lệnh hành chính (sự can thiệp của quyền lực nhà nước), sự đình công và tình trạng chiến tranh<sup>4</sup>. Tuy nhiên, có thể thấy những quy định về sự kiện bất khả kháng của BLDS 2005 có phần chưa cụ thể, hoặc đã được quy định nhưng lại bị phân tán ở các điều luật khác nhau, chưa tập trung và không thống nhất. Vì vậy, để được miễn TNDS trong hợp đồng với căn cứ là sự kiện bất khả kháng, chúng tôi kiến nghị cần phải có các điều kiện cụ thể hơn, chặt chẽ hơn như sau: Sự kiện bất khả kháng là sự kiện khách quan, nằm ngoài ý chí của các bên tham gia hợp đồng và không thể dự đoán trước bởi các bên; đây là sự kiện xảy ra sau khi các bên đã giao kết hợp đồng; hành vi vi phạm phải là kết quả của sự kiện bất khả kháng; bên vi phạm đã dùng hết năng lực của mình để khắc phục hậu quả nhưng không thể khắc phục được. Bên cạnh đó, BLDS chưa có quy định về nghĩa vụ thông báo của bên vi phạm cho bên bị vi phạm về sự kiện bất khả kháng. Trên thực tế, việc thông báo về sự kiện bất khả kháng của bên vi phạm cho bên bị vi phạm sẽ làm giảm đáng kể hoặc ngăn ngừa thiệt hại cho bên bị vi phạm do bên vi phạm không thực hiện được nghĩa vụ trong hợp đồng và việc thông báo về sự kiện bất khả kháng cũng có thể coi là một căn cứ để chứng minh bên vi phạm thực sự gặp phải sự kiện bất khả kháng.

*Bốn là, phân định rõ các quy định về trách nhiệm dân sự trong hợp đồng và ngoài hợp đồng*

TNDS trong hợp đồng được quy định từ điều 302 đến điều 308 của BLDS 2005, tức

TNDS do vi phạm nghĩa vụ, hợp đồng là nguồn phát sinh chủ yếu của nghĩa vụ nên chúng ta có thể hiểu TNDS do vi phạm nghĩa vụ ở đây bao gồm cả nghĩa vụ trong hợp đồng. Tuy nhiên, cách tổ chức, sắp xếp điều luật như vậy đã làm cho sự phân định giữa TNDS trong hợp đồng và ngoài hợp đồng không được rõ ràng. Do đó, theo chúng tôi, nên xếp riêng TNDS do vi phạm hợp đồng tại Mục 7 Chương XVII Phần thứ III “hợp đồng dân sự” của BLDS 2005, và những quy định về TNDS ngoài hợp đồng tại phần trách nhiệm BTTH ngoài hợp đồng tại Chương XXI của BLDS 2005. Cách sắp xếp riêng biệt như vậy sẽ giúp dễ dàng nhận diện các loại trách nhiệm và tránh được nhầm lẫn giữa hai chế định trách nhiệm của luật dân sự.

*Năm là, sửa đổi quy định về lãi suất và bổ sung điều luật về quyền yêu cầu đòi bồi thường thiệt hại vào Bộ luật Dân sự*

- Để đảm bảo quyền lợi hợp pháp của bên bị vi phạm với những thiệt hại phát sinh do bên vi phạm gây ra, chúng tôi kiến nghị nên bổ sung một điều luật quy định về quyền yêu cầu đòi BTTH trong phần TNDS do vi phạm hợp đồng có nội dung như sau: “Bên bị vi phạm hợp đồng bị thiệt hại có quyền yêu cầu đòi BTTH đối với bên vi phạm nghĩa vụ hợp đồng”.

- Sửa đổi khoản 5 Điều 474 BLDS 2005, bổ sung cụm từ “trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác” vào điều khoản này. Theo đó, khoản 5 Điều 474 sẽ được sửa đổi như sau: “Trong trường hợp vay có lãi mà khi đến hạn bên vay không trả hoặc trả không đầy đủ thì bên vay phải trả lãi trên nợ gốc và lãi nợ quá hạn theo lãi suất cơ bản do Ngân hàng Nhà nước công bố tương ứng với thời hạn vay tại thời điểm trả nợ, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác”. Lý do bổ sung cụm từ này là do trong thực tế, có rất nhiều trường hợp vì lý do tình cảm hoặc vì bên cho vay có lãi chỉ cần nhận lại được khoản tiền cho vay ban đầu càng sớm càng tốt nên đã sẵn sàng không tính lãi, hoặc áp dụng một mức lãi thấp đối với bên đi vay. Việc bổ sung cụm từ này sẽ đảm bảo nguyên tắc tự do cam kết hợp đồng, sự tự thỏa thuận của các bên trong giao kết hợp đồng. ■

# TIẾP TỤC SỬA ĐỔI, BỔ SUNG, HOÀN THIỆN MỘT SỐ QUY ĐỊNH CỦA LUẬT ĐẤT ĐAI NĂM 2003

■ LÊ VĂN THÀNH\*

Trong những năm đổi mới vừa qua, các quan hệ đất đai phát triển rất đa dạng, phong phú. Để điều chỉnh các quan hệ này, Nhà nước đã ban hành Luật Đất đai năm 1987, Luật Đất đai năm 1993 và sau mười năm thực hiện Luật Đất đai 1993, ngày 26/11/2003, Quốc hội đã thông qua Luật Đất đai năm 2003. Luật Đất đai năm 2003 đã điều chỉnh có hiệu quả nhiều quan hệ đất đai, tạo cơ sở pháp lý cho việc quản lý nhà nước (QLNN) đối với đất đai, đưa các quan hệ đất đai vận hành cùng thị trường bất động sản; bảo vệ được các quyền và lợi ích hợp pháp của người sử dụng đất; đặc biệt là bảo vệ được đất đai là tài sản rất quan trọng thuộc sở hữu toàn dân. Tuy nhiên, sau 8 năm tổ chức thực hiện, Luật Đất đai năm 2003 đã bộc lộ một số điểm hạn chế, bất cập, không còn phù hợp với thực tiễn quản lý và sử dụng đất ở nước ta hiện nay. Vì vậy, cần phải tiếp tục sửa đổi, bổ sung hoàn thiện.

## 1. Sửa đổi, bổ sung, hoàn thiện một số quy định về quản lý nhà nước đối với đất đai

Trong Luật Đất đai năm 2003, chế định QLNN đối với đất đai được quy định từ Điều 16 đến Điều 65. Có thể nói, đây là một chế định pháp lý quan trọng và có số điều khoản lớn nhất trong Luật. Trong chế định này đã có nhiều quy phạm pháp luật phù hợp với thực tiễn quản lý đất đai ở nước ta. Tuy vậy, theo chúng tôi, cần tiếp tục hoàn thiện một số quy định:

### - Quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất

Quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất là vấn đề mang tính hiến định: “Nhà nước quản lý đất đai theo quy hoạch, kế hoạch và pháp luật” (Điều 18 Hiến pháp 1992). Nhưng tại khoản 4, Điều 25 Luật Đất đai năm 2003 lại quy định để Ủy ban nhân dân (UBND) xã trong kỳ quy hoạch phải tổ chức thực hiện việc lập quy

hoạch, kế hoạch sử dụng đất. Theo chúng tôi, quy định như vậy là chưa hợp lý, vì dẫn đến tình trạng “manh mún” trong quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất, bởi mỗi xã sẽ xây dựng quy hoạch, kế hoạch khác nhau, không thống nhất, ảnh hưởng rất lớn tới quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất chung của cả huyện. Vì thế, Luật Đất đai nên sửa đổi theo hướng: việc xây dựng quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất thuộc thẩm quyền của UBND cấp huyện, còn UBND cấp xã chỉ có tổ chức thực hiện các quy hoạch của UBND cấp huyện đã được phê duyệt.

Tại khoản 7 Điều 24 Luật Đất đai 2003 quy định “Quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất phải được trình đồng thời với kế hoạch phát triển kinh tế - xã hội”. Theo chúng tôi quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất và kế hoạch phát triển kinh tế - xã hội là hai phạm trù có mối quan hệ chặt chẽ với nhau, nhưng có tính độc lập

(\*) ThS, Phó Chánh văn phòng UBND Quận 7, TP Hồ Chí Minh.

tương đối. Trong thực tiễn, quy định này khó có thể thực hiện được cùng một lúc, hay nói cách khác, tính khả thi của quy định này không cao. Vì vậy, nên sửa đổi bổ sung, không quy định việc trình quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất phải cùng với việc trình kế hoạch phát triển kinh tế - xã hội.

Ngoài ra cần quy định cụ thể, chi tiết hơn việc lập quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất nông nghiệp, phi nông nghiệp, trình tự, thủ tục, các bước tiến hành việc lập quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất nông nghiệp. Luật hóa trách nhiệm, quyền hạn của các cá nhân và các cơ quan QLNN đối với đất đai trong việc lập quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất.

*- Hoàn thiện các quy định về giao đất, thu hồi đất*

Việc giao đất và bồi thường thiệt hại, đã được quy định trong Luật Đất đai năm 2003 và các văn bản hướng dẫn thi hành. Đối với các chủ dự án được giao đất sản xuất kinh doanh phù hợp với quy hoạch thì chủ dự án được thỏa thuận “nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất” với người sử dụng đất. Tuy vậy, việc thỏa thuận này trên thực tế là hết sức khó khăn, bởi chủ sử dụng đất có thể đưa ra giá quá cao; hoặc có thể thỏa thuận được với chủ sử dụng đất này, nhưng không thỏa thuận được với chủ sử dụng đất khác, mức giá cả cũng khác nhau, nên dễ gây khiếu nại, làm ách tắc cho công tác giải phóng mặt bằng. Vì vậy, nên bổ sung thêm quy định: trước khi giao đất, Nhà nước tiến hành đền bù thiệt hại cho người có đất bị thu hồi. Sau đó giao lại cho người sử dụng đất và người sử dụng đất phải nộp tiền sử dụng đất theo giá của Nhà nước. Tránh tình trạng người sử dụng đất vừa phải nộp tiền sử dụng đất, vừa nộp tiền đền bù thiệt hại. Quy định như vậy còn hạn chế tình trạng khiếu nại của người có đất bị thu hồi khi giá bồi thường không thống nhất, bởi hiện nay, trên cùng một thửa đất nhưng có hai dự án khác nhau, người sử dụng đất lại hưởng hai giá bồi thường khác nhau.

Luật Đất đai năm 2003 đã có nhiều quy định về thẩm quyền, trình tự thu hồi đất; các trường hợp phải thu hồi đất. Tuy nhiên, Luật

quy định UBND xã, phường, thị trấn (cấp xã) không có quyền thu hồi bất cứ một loại đất nào, mặc dù UBND cấp xã là cơ quan hàng ngày trực tiếp quản lý đất đai. Quy định này hạn chế UBND cấp xã tới việc ngăn chặn tình trạng lấn chiếm đất đai của người dân. Vì vậy, theo chúng tôi, Nhà nước nên bổ sung một số quy định cho phép UBND cấp xã được quyền thu hồi đất mà các tổ chức cá nhân đang ngang nhiên lấn chiếm. Hay nói cách khác, UBND cấp xã được quyền thu hồi các diện tích đất lấn chiếm “quả tang” để bảo vệ đất đai, ngăn chặn triệt để tình trạng lấn chiếm đất đai - một vấn đề đang gây bất xúc hiện nay.

*- Quy định về định giá đất*

Giá đất được quy định tại các Điều 55, 56, 57 và 58 của Luật Đất đai năm 2003 và bước đầu đã điều chỉnh các quan hệ về giá đất. Khoản 1 Điều 56 quy định, việc định giá đất “phải sát với giá chuyển nhượng quyền sử dụng đất thực tế trên thị trường”. Quy định như vậy sẽ rất khó khả thi, bởi giá đất trên thị trường lúc lên lúc xuống và phụ thuộc vào các bên chuyển nhượng. Vì vậy, nên sửa lại việc định giá đất “phải sát với giá chuyển nhượng quyền sử dụng đất trên thực tế và bằng giá bình quân ổn định tại một thời điểm ở trong vùng”.

Khoản 1 Điều 57 cho phép một số tổ chức “đủ điều kiện, năng lực và được hoạt động dịch vụ về giá đất thì được tư vấn giá đất”. Nhưng trong thực tế, tổ chức hoạt động dịch vụ giá đất rất ít (hầu như không có), nên quy định này không sát với thực tế, không có tính khả thi. Nên sửa đổi, bổ sung để cho quy định này sát với thực tiễn quản lý, sử dụng đất hơn.

*- Các quy định về cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất*

Luật Đất đai năm 2003 đã ban hành một số quy định về cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất. Nghị định 181/NĐ-CP ngày 29/10/2004 của Chính phủ hướng dẫn thi hành Luật Đất đai năm 2003 có tới 16 điều quy định về việc cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất. Theo chúng tôi, những quy định nào trong Nghị định đã phù hợp với thực tiễn cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất thì nên “luật

hóa” để tạo sự thống nhất cao trong việc tổ chức thực hiện. Đặc biệt, khoản 3 Điều 48 Luật Đất đai năm 2003 quy định “giấy chứng nhận quyền sử dụng đất được cấp theo từng thửa đất”, theo chúng tôi, quy định như vậy là chưa phù hợp với thực tiễn, bởi các hộ gia đình, cá nhân sử dụng đất nông nghiệp hiện nay thường có nhiều thửa đất, nếu thực hiện đúng theo quy định này thì một hộ gia đình hoặc cá nhân sẽ có nhiều giấy chứng nhận quyền sử dụng đất và họ phải nộp nhiều tiền lệ phí cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, các cơ quan quản lý đất đai phải lưu nhiều hồ sơ giấy tờ. Vì vậy, chỉ nên quy định: “mỗi thửa đất cấp một giấy chứng nhận quyền sử dụng đất hoặc nhiều thửa đất cũng có thể cấp một giấy chứng nhận quyền sử dụng đất”, nhằm giảm bớt các thủ tục hành chính trong cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, tạo thuận lợi cho các cơ quan QLNN về đất đai và người sử dụng đất.

Ngoài ra, Luật Đất đai nên bổ sung các quy định để việc giao đất và cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất là một chu trình khép kín, nghĩa là Nhà nước ra quyết định giao đất và sau khi người sử dụng đất hoàn thành nghĩa vụ tài chính sẽ được cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất. Tránh tình trạng như hiện nay, khi ra quyết định giao đất đã đo đạc, lập đầy đủ hồ sơ, sau đó, khi cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất lại đo đạc, lập lại hồ sơ, gây mất thời gian, tốn kém kinh phí cho cơ quan QLNN về đất đai và người sử dụng đất, làm cho việc cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất thêm phức tạp.

## 2. Sửa đổi, bổ sung và hoàn thiện về quản lý và sử dụng các loại đất

Luật Đất đai năm 2003 quy định đất đai có 3 loại: đất nông nghiệp, đất phi nông nghiệp và đất chưa sử dụng.

Hiện nay ở nước ta diện tích đất nông nghiệp giảm đi một cách nhanh chóng, do đô thị hóa với tốc độ “chóng mặt” hoặc do chuyển đất nông nghiệp sang xây dựng các khu công nghiệp, khu chế xuất... Để bảo vệ đất nông nghiệp và bảo đảm an toàn lương thực. Nhà

nước cần ban hành các quy định cụ thể chi tiết và thu thuế ở mức cao để hạn chế tối đa việc chuyển đất nông nghiệp nhất là đất trồng lúa sang đất xây dựng.

Nhà nước cần ban hành các quy định pháp lý cụ thể để chuyển đất chưa sử dụng, đất hoang hóa thành đất nông nghiệp. Ban hành một số quy định mang tính ưu đãi cho các hộ gia đình, cá nhân, khai hoang phục hóa phủ xanh đất trống, đồi núi trọc. Trong Luật Đất đai cần có những quy định cho phép điều chỉnh các diện tích đất của người đã chết, người đi khỏi địa phương hoặc người có quá nhiều đất nông nghiệp cho người thiếu đất, hoặc không có đất để đảm bảo tính hợp lý trong việc sử dụng đất nông nghiệp. Đánh thuế sử dụng đất lũy tiến đối với những người tích tụ đất đai vượt quá hạn mức sử dụng đất nông nghiệp. Quy định như vậy sẽ hạn chế việc người không có nhu cầu sử dụng đất, nhưng lại có nhiều đất rỗi cho người khác thuê “theo kiểu phát canh thu tô”.

Đối với đất rừng, Nhà nước nên sớm ban hành hạn mức sử dụng đất rừng để tạo cơ sở pháp lý cho các cơ quan QLNN về đất đai giao đất, giao rừng cho các hộ gia đình, cá nhân. Hiện nay, việc phá rừng để lấy đất trồng cà phê, cao su đang diễn ra rất mạnh ở nhiều địa phương. Vì vậy, Luật Đất đai cần quy định cụ thể, việc phá rừng, khai thác trái phép đất rừng bao nhiêu ha thì phải truy cứu trách nhiệm hình sự.

Đối với đất phi nông nghiệp, Nhà nước cần quy định khung hạn mức đất ở tại nông thôn và đô thị cho từng vùng để các tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương có cơ sở pháp lý quy định hạn mức đất ở ở từng địa phương. Đặc biệt, cần quy định cụ thể về việc tính thuế đối với các hộ gia đình, cá nhân sử dụng đất đô thị vượt quá hạn mức. Quy định tỷ lệ cụ thể việc sử dụng đất tại các đô thị, như tỷ lệ đất cho xây dựng nhà ở, đất cho hệ thống giao thông, hạ tầng kỹ thuật, đất cho trồng cây xanh, đất cho khu vui chơi giải trí v.v.. Có như vậy mới góp phần tăng cường công tác QLNN về đất đai và sử dụng đất đô thị hợp lý, tiết kiệm.



### **3. Hoàn thiện các quy định về quyền và nghĩa vụ của người sử dụng đất**

Quyền và nghĩa vụ của người sử dụng đất được quy định tại Chương 4, từ Điều 105 đến Điều 122 của Luật Đất đai năm 2003 và các văn bản hướng dẫn thi hành. Nghiên cứu những quy định này cho thấy, người sử dụng đất có rất nhiều quyền nhưng phần nghĩa vụ lại hết sức đơn giản. Các nghĩa vụ chỉ tập trung vào Điều 107 về “các nghĩa vụ chung”. Vì vậy, theo chúng tôi, trong lần sửa đổi này, Nhà nước cần quy định cụ thể một số nghĩa vụ của người sử dụng đất, như người sử dụng đất phải sử dụng đất đúng mục đích, đúng ranh giới, đúng quy hoạch, kế hoạch, có nghĩa vụ cải tạo, bồi bổ đất, chống ô nhiễm, suy thoái đất.

Ngoài ra, nên bổ sung một số quy định về quyền và nghĩa vụ của người sử dụng đất được miễn giảm tiền thuê đất, tiền thuế sử dụng đất khi đầu tư vào vùng sâu, vùng xa, vùng đặc biệt khó khăn. Bởi hiện nay, một số tổ chức, cá nhân được Nhà nước cho thuê đất, giao đất hưởng chế độ miễn giảm tiền thuê đất, tiền sử dụng đất đang rất lúng túng khi xác định các quyền và nghĩa vụ của mình, vì thiếu căn cứ pháp lý.

Nên bổ sung một số quy định pháp lý cụ thể về hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất thuê, hợp đồng cho thuê lại đất, để có căn cứ pháp lý xác định quyền và nghĩa vụ của các bên khi thiết lập các loại hợp đồng này. Vì hiện nay trong Luật Đất đai năm 2003 và Bộ luật Dân sự năm 2005 chưa quy định cụ thể về vấn đề này, nhưng các quan hệ về cho thuê lại đất, chuyển nhượng quyền sử dụng đất thuê phát triển mạnh. Sự chậm trễ ban hành các quy định pháp lý nói trên đã ảnh hưởng nhất định tới việc điều chỉnh các quan hệ về chuyển quyền sử dụng đất nói chung và chuyển quyền sử dụng đất thuê nói riêng.

### **4. Sửa đổi, bổ sung một số quy định về giải quyết khiếu nại, tranh chấp và xử lý vi phạm pháp luật đất đai**

Vấn đề giải quyết khiếu nại về đất đai được quy định ở Điều 138 Luật Đất đai năm 2003. Tuy vậy, quy định này có sự mâu thuẫn với Điều 39 và Điều 46 của Luật Khiếu nại, tố cáo được sửa đổi bổ sung năm 2005. Theo quy định của Luật Đất đai năm 2003 thì những vụ khiếu nại về đất đai đã được UBND cấp huyện giải quyết lần đầu, nếu đương sự không đồng ý thì có quyền khiếu nại lên UBND cấp tỉnh và quyết định giải quyết của UBND cấp tỉnh có hiệu lực thi hành. Trong khi đó, Luật Khiếu nại, tố cáo quy định: quyết định giải quyết khiếu nại lần hai của cơ quan quản lý hành chính nhà nước có thẩm quyền vẫn được tiếp tục khởi kiện ra Tòa án. Vì vậy, nhiều trường hợp, Tòa án đã căn cứ vào Luật Đất đai để từ chối thụ lý các vụ khiếu kiện. Theo chúng tôi, cần sửa đổi Luật Đất đai để đảm bảo sự thống nhất với Luật Khiếu nại, tố cáo.

Giải quyết tranh chấp đất đai được quy định từ Điều 135 đến Điều 137 của Luật Đất đai năm 2003. Nhưng Điều 135 chưa quy định hiệu lực của việc hòa giải thành. Vì vậy, có một số vụ tranh chấp đất đai đã được UBND cấp xã hòa giải thành, nhưng sau một thời gian lại tiếp tục tranh chấp trở lại. Vì vậy, Luật Đất đai cần quy định rõ hiệu lực của việc hòa giải thành của UBND cấp xã đối với các vụ tranh chấp. Ngoài ra, đối với những vụ hòa giải không thành thì sau thời gian bao lâu đương sự có quyền gửi đơn khiếu kiện lên cơ quan nhà nước có thẩm quyền cũng cần phải quy định rõ, để tạo cơ sở pháp lý cho việc giải quyết các vụ tranh chấp đất đai.

Việc xử lý vi phạm pháp luật về đất đai được quy định từ Điều 140 đến Điều 144 của Luật Đất đai năm 2003 đã tạo cơ sở pháp lý cho việc xử lý các hành vi vi phạm pháp luật đất đai. Tuy vậy, trên thực tế, các hành vi gây ô nhiễm, suy thoái đất đai, đặc biệt là hành vi lấn chiếm đất đai thu lợi bất chính lớn vẫn tiếp tục tái diễn. Vì vậy, chúng tôi cho rằng, khi sửa đổi bổ sung ban hành Luật Đất đai cần quy định các tội phạm về lấn chiếm, hủy hoại, gây

*(Xem tiếp trang 47)*

# HIỆU QUẢ TỪ QUỸ TÍN DỤNG VI MÔ VÀ GIẢM NGHÈO CHO NHÓM XÃ HỘI YẾU THỂ

■ NGUYỄN ĐỨC CHIÊN\*

Quỹ tín dụng vi mô trong nội dung bài viết này là “Mô hình tín dụng cho các hộ gia đình nhóm yếu thế vay vốn tăng thu nhập” trong dự án “Các cơ chế cộng đồng trong việc giảm thiểu tác động của HIV/AIDS tại Việt Nam”, do Hội Liên hiệp phụ nữ Việt Nam, Hội Người cao tuổi Việt Nam, Trường đại học Y Thái Nguyên, Trung tâm Nghiên cứu trợ giúp người cao tuổi, Trung tâm Phòng chống các bệnh lây truyền qua đường tình dục và HIV/AIDS đồng phối hợp thực hiện, với sự vận động và tài trợ của tổ chức Hỗ trợ Người cao tuổi quốc tế (HAI). Dự án này được triển khai ở các cộng đồng có số lượng đông nhóm yếu thế ở các tỉnh miền Bắc Việt Nam. Đối tượng hưởng lợi dự án là thành viên yếu thế, thiệt thòi trong các cộng đồng (phụ nữ người cao tuổi, dân tộc thiểu số có hoàn cảnh khó khăn). Mô hình hoạt động của quỹ tín dụng vi mô là cho các thành viên nhóm yếu thế trong các cộng đồng hưởng lợi nguồn vốn vay của dự án để phát triển kinh tế gia đình. Cùng với hoạt động vay vốn, người vay vốn không phải thế chấp tài sản, thì điểm đặc trưng của mô hình vay vốn này là người vay vốn được tư vấn về phương thức sản xuất kinh doanh phù hợp với điều kiện của gia đình, người vay vốn được tham gia các lớp tập huấn về tăng thu nhập, các buổi hội thảo, chia sẻ

kinh nghiệm do dự án tổ chức. Đây chính là điểm khác biệt của mô hình vay vốn so với các mô hình vay vốn khác. Có thể nói, những ưu điểm này của quỹ tín dụng đã có tác động quan trọng trong việc thay đổi phương thức sản xuất, tạo công ăn việc làm, quan trọng hơn nữa là nâng cao nguồn thu nhập và chi tiêu của hộ gia đình yếu thế trong các cộng đồng hưởng lợi dự án.

Dựa vào kết quả số liệu định tính và định lượng của đợt đánh giá cuối dự án, bài viết này đề cập tới việc tiếp cận quỹ tín dụng vi mô của dự án và những thay đổi trong hoạt động kinh tế (thu nhập, chi tiêu), hay nói cách khác là giúp các hộ gia đình nhóm xã hội yếu thế trong vùng dự án thoát nghèo.

## 1. Vùng dự án, phương pháp và mục đích đánh giá

### *Vùng triển khai dự án*

Dự án “Các cơ chế cộng đồng trong việc giảm thiểu tác động của HIV/AIDS tại Việt Nam” được triển khai từ tháng 10/2005 đến tháng 10/2009 tại miền Bắc Việt Nam. 67 cộng đồng đã được chọn để triển khai dự án là các xã, phường thuộc bốn tỉnh, thành: Hà Nội, Nam Định, Thái Nguyên và Quảng Ninh. Đây là các địa phương đại diện cho các vùng

(\*) TS. Viện Xã hội học.

có số lượng người nhiễm HIV cao nhất ở phía Bắc Việt Nam. Các địa phương này cũng có số lượng đáng kể người nghiện ma túy và gái mại dâm, đồng thời có số người di cư, qua lại làm ăn khá lớn. Các địa bàn được lựa chọn đa dạng về địa lý và dân tộc, có những địa bàn là trung tâm thành thị như Hà Nội, địa bàn có dân tộc thiểu số sinh sống như Thái Nguyên, có địa bàn nằm ở khu vực miền núi và giáp ranh với biên giới như Quảng Ninh. Có thể nói, nhiều người cao tuổi ở những khu vực này đang phải gánh chịu vai trò là người chăm sóc cho con cái bị HIV/AIDS và những đứa cháu mồ côi do bố mẹ chúng đã chết vì căn bệnh AIDS.

Một trong số các mục đích của dự án là cải thiện đời sống (thu nhập và chi tiêu) của những gia đình có người bị ảnh hưởng bởi HIV/AIDS. Dự án đã thông qua Câu lạc bộ đồng cảm người cao tuổi ở 67 cộng đồng, tổ chức cho các thành viên yếu thể vay vốn phát triển sản xuất, tăng thu nhập cho hộ gia đình. Các thành viên thuộc nhóm xã hội yếu thể trong các cộng đồng (là phụ nữ cao tuổi, có thân nhân nhiễm HIV/AIDS, hoàn cảnh kinh tế khó khăn) được vay vốn tăng thu nhập cho gia đình và được tập huấn, tư vấn về hoạt động tăng thu nhập phù hợp với điều kiện và hoàn cảnh gia đình.

#### *Phương pháp và mục đích đánh giá*

Thời điểm đánh giá dự án cuối kỳ vào tháng 8/2009, như đã nêu ở phần trên, phương pháp định tính và định lượng là hai phương pháp chủ đạo của đợt đánh giá cuối kỳ dự án. Trong đó, mẫu định lượng: 3.487 thành viên câu lạc bộ, 100 tình nguyện viên của câu lạc bộ, 67 ban chủ nhiệm, 32 lãnh đạo địa phương, 200 người (nhiễm HIV và nguy cơ cao); mẫu định tính: 4 thảo luận nhóm, 16 phỏng vấn sâu.

Mục đích của đợt đánh giá nhằm làm rõ những thay đổi, trong đó có việc cải thiện đời sống của nhóm yếu thể trong cộng đồng sau bốn năm dự án triển khai, cụ thể là hoạt động tiếp cận nguồn vốn và sử dụng hiệu quả nguồn vốn vay vào phát triển kinh tế gia đình tại các cộng đồng hưởng lợi dự án.

## **2. Tiếp cận quỹ tín dụng vi mô và thay đổi kinh tế hộ gia đình**

### *Tiếp cận quỹ tín dụng*

Vào thời điểm dự án chưa triển khai ở các địa phương thuộc bốn tỉnh, đa số người cao tuổi có thân nhân là người nhiễm HIV và nhóm nguy cơ cao thuộc nhóm gia đình nghèo trong cộng đồng chưa tiếp cận được với các dịch vụ vay vốn của các ngân hàng như Ngân hàng Chính sách, Ngân hàng Nông nghiệp và phát triển nông thôn..., do gia đình không có tài sản thế chấp ngân hàng. Vì vậy, một trong những mục tiêu của dự án là triển khai hoạt động vay vốn nhằm giúp phụ nữ cao tuổi tiếp cận với vốn vay tín dụng vi mô cá nhân hoặc vốn vay theo nhóm phát triển sản xuất, tăng thu nhập, cải thiện điều kiện sống cho gia đình và tiếp cận các dịch vụ xã hội.

Kết quả khảo sát đánh giá cuối dự án cho thấy, phần lớn thành viên tham gia Câu lạc bộ đồng cảm cho biết đã được tiếp cận với dịch vụ vay vốn từ các tổ chức khác nhau ở địa phương. Cụ thể, có 2.267 (chiếm 65,0%) thành viên câu lạc bộ trong mẫu phỏng vấn cho biết đã được vay vốn. Trong đó, 2.121 (93,6%) thành viên vay từ Câu lạc bộ đồng cảm của dự án, 444 (chiếm 19,6%) thành viên vay từ Hội Phụ nữ, 227 (chiếm 12,2%) thành viên vay từ ngân hàng, 53 (chiếm 2,3%) vay từ các hội, đoàn thể khác, 27 (chiếm 1,2%) vay từ Hội Người cao tuổi, 10 (chiếm 0,4%) vay tư nhân, và (0,9%) vay nguồn khác.

Như vậy, kết quả này cho thấy, dự án đã giúp các thành viên yếu thể trong cộng đồng tiếp cận với nguồn vốn vay của dự án để phát triển kinh tế gia đình. Số liệu cũng cho thấy, thành viên nhóm yếu thể không chỉ tiếp cận với nguồn vốn vay của dự án mà còn tiếp cận với một số nguồn vốn khác ở địa phương.

### *Tham gia tập huấn và chia sẻ kinh nghiệm*

Bên cạnh việc giúp thành viên câu lạc bộ tiếp cận nguồn vay vốn, dự án còn hướng dẫn tổ chức hoạt động tập huấn/chia sẻ kinh nghiệm về hoạt động tăng thu nhập nhằm nâng cao khả năng thực hành phát triển sản xuất của

các thành viên được vay vốn. Hoạt động này đã thu hút đông đảo thành viên tham gia.

Kết quả khảo sát cuối kỳ cho thấy, các thành viên Câu lạc bộ rất nhiệt tình tham gia hoạt động này. Về tập huấn, hướng dẫn, chia sẻ kinh nghiệm có 3.294 (chiếm 94,5%) thành viên trả lời có tham gia, chỉ có một số ít cho biết không tham gia (2,8% không tham gia, và 2,6% trả lời không nhớ). Về tập huấn, giới thiệu về mô hình tín dụng tiết kiệm (vốn vay, cơ chế vay, hoàn trả lãi, gửi tiết kiệm,...): có 3.332 (chiếm 95,6%) thành viên Câu lạc bộ cho biết có tham gia hoạt động này, chỉ có 2,0% thành viên trả lời không tham gia, 2,2% thành viên trả lời không nhớ.

Phải thấy rằng, hoạt động tập huấn, chia sẻ kinh nghiệm liên quan đến vấn đề vay vốn tăng thu nhập của dự án đã thu hút sự quan tâm của thành viên. Cùng với hoạt động vay vốn, hoạt động này đã làm thay đổi phương thức sản xuất, hiệu quả kinh doanh của hộ gia đình yếu thế trong các cộng đồng hưởng lợi dự án.

#### *Sử dụng vốn vay và hiệu quả kinh tế*

Khi thành viên câu lạc bộ được tiếp cận với nguồn vốn và tham gia tập huấn, chia sẻ về hoạt động tăng thu nhập thì việc họ sử dụng vốn vay vào hoạt động kinh tế sau khi tham gia tập huấn như thế nào là vấn đề được dự án rất quan tâm. Kết quả khảo sát cho thấy, có 1.202 (chiếm 53%) thành viên trong mẫu khảo sát trả lời sử dụng vốn vay để kinh doanh, buôn bán nhỏ. Hơn 1/3 (37,5%) số thành viên trong mẫu khảo sát cho biết sử dụng vốn vay để chăn nuôi, 319 (chiếm 14,1%) thành viên cho biết sử dụng vốn vay để phát triển trồng trọt, 80 (3,5%) cho biết sử dụng vốn để sản xuất hàng thủ công, chỉ có 231 (chiếm 10,2%) thành viên cho biết sử dụng vốn vay vào việc khác. Như vậy, người vay vốn sử dụng vốn vay rất đa dạng. Nhưng hầu hết thành viên câu lạc bộ đã sử dụng vốn đúng mục đích và mong đợi của thiết kế dự án là tập trung vào các hoạt động phát triển kinh tế, nhằm tạo việc làm và nâng cao thu nhập cho hộ gia đình.

Hiệu quả kinh tế đã thấy rõ. Hầu hết thành viên trong mẫu khảo sát (96,2% thành viên

vay vốn) của dự án cho biết, khoản vay đó có giúp tăng thêm thu nhập của gia đình, trong khi đó chỉ còn một số tỷ lệ rất nhỏ (2,9%) cho biết không tăng thu nhập của gia đình, và 0,1% trả lời thu nhập giảm đi so với trước.

Như vậy, số liệu cho thấy một kết quả rất đáng mừng là hầu hết thu nhập của thành viên Câu lạc bộ tăng lên do được vay vốn từ dự án, và chỉ còn một tỷ lệ không đáng kể thành viên được vay vốn phát triển sản xuất nhưng thu nhập không tăng hoặc giảm đi. Tìm hiểu nguyên nhân, lý do không phát huy hiệu quả nguồn vốn vay của một số hộ gia đình, chủ yếu là do khoản vay ít hoặc do đầu tư không đúng mục đích, hoặc do dịch bệnh, thiên tai... Có 94,0% thành viên trong mẫu khảo sát cho biết khoản được vay quá ít, 31,3% trả lời do không đầu tư đúng hoạt động, 22,4% cho biết do dịch bệnh, thiên tai, 20,9% cho biết không biết cách làm, 20,9% cho biết do lý do khác.

Hiệu quả kinh tế của quỹ tín dụng vi mô đối với gia đình nhóm yếu thế ở các địa phương dự án triển khai cùng được phản ánh trong các số liệu định tính. (Xem hộp 1)

Có thể nói, thành công của quỹ tín dụng vi mô của dự án là bên cạnh việc giúp thành viên tiếp cận nguồn vốn vay, dự án còn tập huấn, hướng dẫn, chia sẻ kinh nghiệm về các hoạt động tăng thu nhập, nhằm nâng cao khả năng thực hành phát triển sản xuất của các thành viên được vay vốn. Điều kiện vay và quy chế hoàn trả vốn và trả lãi của quỹ tín dụng dự án có nhiều ưu thế xã hội hơn điều kiện và quy chế hoàn vốn của các ngân hàng nhà nước. Chính những ưu thế này đã góp phần vào thành công của hoạt động vay vốn. Đây là mô hình vay vốn có hiệu quả, phần lớn thành viên trong câu lạc bộ vay vốn được phỏng vấn đều biết áp dụng kiến thức từ khóa tập huấn và phát triển kinh tế gia đình.

#### *Thay đổi cơ cấu chi tiêu của hộ gia đình*

Khi mức thu nhập của hộ gia đình thành viên trong Câu lạc bộ được nâng cao do hiệu quả của sử dụng vốn vay phát triển sản xuất kinh doanh, thì tất yếu dẫn đến những sự thay đổi trong cơ cấu và hành vi chi tiêu. Kết quả

**Hộp 1: Minh họa tiếp cận vay vốn của 3 thành viên câu lạc bộ**

<p><b>Nữ, Câu lạc bộ phường Ngô Quyền, Nam Định</b></p>	<p><b>Nam, 63 tuổi, Ban chủ nhiệm Câu lạc bộ 15 phường Phan Đình Phùng, Thái Nguyên</b></p>	<p><b>Nữ, 32 tuổi, Câu lạc bộ phường Vĩnh Tuy, Hà Nội</b></p>
<p><i>Sau khi được vay vốn và tập huấn ở Câu lạc bộ, tôi quyết định mở hàng rau. Bán cũng được. Tiền lãi hàng ngày đủ nuôi sống gia đình. Hiện nay tôi đã hoàn trả vốn.</i></p>	<p><i>Tôi có con trai 34 tuổi, nghiện ma túy và nhiễm HIV. Cháu không có việc làm, tôi đã bàn với gia đình vay vốn của câu lạc bộ để mở cửa hàng cầm đồ cho cháu quản lý. Kiếm cũng được, đã hoàn trả vốn. Tôi và gia đình rất vui vì cháu hoà nhập cuộc sống bình thường, đã có bạn gái, dự định cuối năm cưới.</i></p>	<p><i>Với số tiền bản thân đã có cộng vay thêm của Câu lạc bộ, em đã mở hàng bún chả. Em cảm ơn Câu lạc bộ đã cho vay vốn phát triển kinh tế gia đình. Trước đây, em chưa bao giờ được vay vốn.</i></p>

khảo sát cuối dự án cho thấy, cơ cấu và hành vi chi tiêu của gia đình thành viên trong câu lạc bộ rất đa dạng, tuy nhiên, các khoản chi phí lại tập trung chủ yếu cho việc ăn uống, thuốc thang chăm sóc sức khỏe và học hành. Có 94,8% thành viên trong mẫu khảo sát cho biết chi cho việc mua lương thực, thức ăn, 91,5% thành viên trả lời chi cho chăm sóc sức khỏe, mua thuốc, 38,3% cho biết chi cho học tập của các thành viên gia đình; 53,9% cho biết đưa vào nguồn thu nhập chung và sử dụng chung trong gia đình; 34,0% đầu tư tiếp cho sản xuất, kinh doanh; 23,9% mua sắm các tài sản, vật dụng trong gia đình. Phải nói rằng, cơ cấu và tỉ lệ chi tiêu cho các khoản này đã thay đổi và nâng lên hơn nhiều so với thời điểm khảo sát cơ bản ban đầu của dự án.

Kết quả trên tiếp tục chứng minh rằng, việc sử dụng nguồn thu nhập vào các hoạt động chi tiêu của các thành viên Câu lạc bộ đúng mong đợi dự án đưa ra ban đầu là hiệu quả của thu nhập sẽ nâng mức chi cho việc ăn uống, tiếp cận tốt hơn với các dịch vụ xã hội như thuốc thang, chăm sóc sức khỏe và học hành. Các thay đổi về thu nhập và chi tiêu trước và sau dự án của hộ gia đình có thành viên vay vốn từ quỹ tín dụng vi mô của dự án cũng được thể hiện trong số liệu định tính. (Xem hộp 2)

Có thể khẳng định, hiệu quả của sử dụng vốn vay đến tăng thu nhập đã trực tiếp tác động đến cơ cấu và hành vi chi tiêu của hộ gia đình thành viên trong Câu lạc bộ đồng cảm. Điều đáng quan tâm là việc cải thiện thu nhập đã giúp gia đình thành viên Câu lạc bộ tiếp cận tốt

**Hộp 2: Thay đổi chi tiêu của gia đình thành viên trong Câu lạc bộ trước và sau dự án**

<p><b>Nữ, 64 tuổi, câu lạc bộ phường Ngô Quyền, Nam Định</b></p>	
<p><b>Trước dự án</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Thu nhập của gia đình phụ thuộc vào lương hưu của chồng.</li> <li>- Số tiền đó phải nuôi 5 miệng ăn.</li> <li>- Chi tiêu phải tiết kiệm</li> </ul>	<p><b>Sau dự án</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Vay vốn của câu lạc bộ để nuôi lợn.</li> <li>- Đã trả vốn và lãi để Câu lạc bộ cho thành viên khác trong Câu lạc bộ vay.</li> <li>- Ngoài tiền lương, gia đình còn nguồn thu từ nuôi lợn.</li> <li>- Chi tiêu của gia đình thoải mái hơn trước</li> </ul>

hơn đến các dịch vụ xã hội. Nếu trước dự án, do thu nhập thấp nên hoạt động chi tiêu của hộ gia đình cho các khoản hầu như không có gì... nhưng khi nguồn vốn vay của dự án chuyển đến câu lạc bộ, thu nhập của hộ gia đình thành viên câu lạc bộ tăng lên và đã cơ cấu chi tiêu vào rất nhiều khoản. Từ mua lương thực, thực phẩm, thuốc men chữa bệnh, các khoản chi khác thấp hơn như chi cho học tập của các thành viên gia đình, đưa vào nguồn thu nhập chung và sử dụng chung trong gia đình, đầu tư tiếp cho sản xuất, kinh doanh, mua sắm các tài sản, vật dụng trong gia đình. Đây là những kết quả tốt của dự án, đúng như mong đợi ban đầu của dự án.

### 3. Một số nhận xét và bàn luận

Những dẫn chứng và phân tích trên là bằng chứng rõ nét về tác động của quỹ tín dụng vi mô đến việc cải thiện đời sống kinh tế cho nhóm xã hội yếu thế ở các địa phương trong vùng dự án. Các hoạt động của quỹ tín dụng vi mô của dự án đã có đóng góp không nhỏ vào quá trình giảm nghèo ở cộng đồng và giúp nhóm xã hội yếu thế hòa nhập xã hội.

Phải thấy rằng, các hoạt động của mô hình quỹ tín dụng vi mô của dự án không chỉ giúp nhóm xã hội yếu thế (ở đây là phụ nữ cao tuổi, hoàn cảnh khó khăn có thân nhân bị nhiễm HIV/AIDS) tiếp cận nguồn vốn vay của dự án, mà còn mở rộng tiếp cận tốt hơn đến các nguồn vốn khác ở địa phương.

Quỹ tín dụng vi mô, bên cạnh việc cung cấp vốn vay, tạo điều kiện thuận lợi khi vay, quy chế hoàn trả vốn và trả lãi, còn tổ chức các hoạt động tập huấn, hướng dẫn, chia sẻ kinh nghiệm về tăng thu nhập nhằm nâng cao khả năng thực hành phát triển sản xuất của các thành viên được vay vốn. Chính những ưu thế này nổi bật này đã góp phần quan trọng vào thành công và hiệu quả kinh tế của gia đình nhóm yếu thế hưởng lợi vốn vay dự án.

Sau bốn năm dự án triển khai, những thành viên yếu thế trong cộng đồng được vay và sử dụng vốn vay đã thay đổi phương thức sản xuất kinh doanh phù hợp với điều kiện hoàn

cảnh gia đình. Hiệu quả từ nguồn vốn vay đó đã giúp họ mở rộng cơ cấu thu nhập, chi tiêu của hộ gia đình. Nhiều hộ gia đình nhóm yếu thế trong cộng đồng không chỉ giảm, thoát nghèo mà còn tiếp cận tốt hơn đến các dịch vụ xã hội như y tế, giáo dục.

Ở một khía cạnh nào đó, chính sự thay đổi đời sống gia đình yếu thế thông qua tiếp cận nguồn vốn quỹ tín dụng vi mô đã giúp họ khẳng định vị thế của họ hơn, hòa nhập vào cộng đồng. Chính điều này có thể tác động đến nhận thức và nhìn nhận của các cấp chính quyền về khả năng và năng lực hòa nhập xã hội của các nhóm yếu thế, để từ đó có các chính sách xã hội phù hợp hơn. Mặt khác, nó cũng có tác động đến các định chế tài chính ở cơ sở (hệ thống ngân hàng, quỹ tín dụng) cũng cần cải thiện hơn các quy chế vay, hoàn trả vốn sao cho phù hợp với điều kiện của các nhóm xã hội yếu thế ở cộng đồng hiện nay.

Có thể nói, hoạt động vay vốn của dự án không chỉ đem lại những lợi ích trước mắt mà còn mang lại nhiều kết quả thiết thực, lâu dài cho nhóm xã hội yếu thế trong các cộng đồng hưởng lợi dự án. Hoạt động này sẽ và tiếp tục phát huy hiệu quả tại các địa phương hưởng lợi dự án, cho dù dự án đã rút và không còn nguồn tài trợ. Mô hình tín dụng vi mô theo kiểu này rất đáng tham khảo để nhân rộng ra các địa phương, vùng miền trên phạm vi cả nước. ■

## TIẾP TỤC SỬA ĐỔI, BỔ SUNG, HOÀN THIỆN...

(Tiếp theo trang 42)

ô nhiễm cho đất đai, mà không chờ tới lúc sửa đổi bổ sung Bộ luật Hình sự, vì nếu chờ sẽ rất chậm trễ, thiếu cơ sở pháp lý cho quá trình điều chỉnh các hành vi vi phạm pháp luật đất đai. Nhà nước cũng cần quy định rõ, lấn chiếm, hủy hoại, gây ô nhiễm bao nhiêu m<sup>2</sup> thì bị truy cứu trách nhiệm hình sự. Việc xử lý bằng biện pháp hình sự chắc chắn sẽ hạn chế được tình trạng lấn chiếm, gây ô nhiễm, suy thoái đất đai ở nước ta hiện nay. ■

# HOÀN THIÊN PHÁP LUẬT VỀ TẬP ĐOÀN KINH TẾ

■ NGUYỄN THẾ QUYẾN\*

## 1. Nhu cầu hoàn thiện pháp luật nước ta về tập đoàn kinh tế

Hiện nay, nước ta đã hình thành một số tập đoàn kinh tế (TĐKT) nhà nước được đầu tư khá mạnh tay và trong một chừng mực nhất định, đã thể hiện được vai trò nòng cốt của mình trong nền kinh tế quốc dân. Bên cạnh đó, cũng đã hình thành những “TĐKT” ngoài Nhà nước, mặc dù có mức đầu tư chưa lớn nhưng đã có những đóng góp đáng kể vào việc tạo nên sự tăng trưởng kinh tế trong thời gian qua.

Tuy nhiên, hoạt động của các TĐKT nhà nước đã bộc lộ nhiều yếu kém, hiệu quả kinh doanh chưa tương xứng với sự đầu tư và những ưu đãi của Nhà nước, chưa đủ năng lực để hội nhập, cạnh tranh trong khu vực và trên thế giới. Các “TĐKT” ngoài Nhà nước có quy mô nhỏ lẻ, không xứng tầm “tập đoàn”, không đủ sức cạnh tranh với các TĐKT lớn trong điều kiện hội nhập hiện nay.

Bên cạnh những nguyên nhân phát sinh từ quá trình tổ chức thực hiện pháp luật về TĐKT (thể hiện trong nhiều hoạt động khác nhau, ở tất cả các khâu, các công đoạn của

quản lý nhà nước, từ việc hình thành, quản lý, điều hành đến việc thanh tra, kiểm tra hoạt động đối với các TĐKT), thì sự khiếm khuyết trong pháp luật về TĐKT đã trở thành nguyên nhân căn bản dẫn đến những điểm yếu kém, bất cập trong tổ chức và hoạt động của các TĐKT ở nước ta.

Trước hết, là sự thiếu hụt các quy định về TĐKT ngoài Nhà nước. Điều này đã tạo khó khăn không nhỏ cho việc hình thành, tổ chức và đặc biệt là hoạt động kinh doanh của các TĐKT ngoài Nhà nước. Hiện nay, ngoài một số quy định khá chung chung về TĐKT, pháp luật mới chỉ có những quy định chi tiết về TĐKT nhà nước. Trong quá trình tổ chức thực hiện, nhiều quy định đã bộc lộ rõ những điểm bất hợp lý cần sớm được khắc phục, như: một số quy định pháp luật chưa phản ánh đúng bản chất về tổ chức và hoạt động của TĐKT (cơ chế thành lập tập đoàn, cơ chế bổ nhiệm nhân sự quản lý, điều hành tập đoàn...); một số quy định thiếu rõ ràng nên khó thực hiện. Bên cạnh đó, cũng còn nhiều vấn đề phát sinh trong tổ chức và hoạt động của TĐKT nhà nước chưa được pháp luật quy định.

(\*) PGS, TS. Đại học Thương mại.

## 2. Những quan điểm cơ bản trong việc hoàn thiện pháp luật về tập đoàn kinh tế

Để việc hoàn thiện pháp luật về TĐKT đúng với định hướng của Đảng, đáp ứng nhu cầu tự thân của nền kinh tế thị trường, cần xác định đúng đắn và thực hiện nghiêm chỉnh những quan điểm cơ bản sau đây:

*Một là*, pháp luật về TĐKT nhà nước phải hướng tới mục tiêu phục vụ nhiệm vụ công nghiệp hóa, hiện đại hóa, chuyển dịch cơ cấu kinh tế và đổi mới cơ chế quản lý nền kinh tế quốc dân. Điều này có xuất phát điểm từ vai trò của TĐKT nhà nước trong nền kinh tế quốc dân. Với tư cách là sản phẩm tất yếu của sự phát triển kinh tế thị trường, TĐKT nhà nước có vai trò động lực tạo ra và thúc đẩy sự tăng trưởng kinh tế, đồng thời cũng trở thành nhân tố quan trọng trong việc tăng cường khả năng cạnh tranh của các doanh nghiệp Việt Nam trên trường quốc tế. Chính vì vậy, nếu việc thành lập và phát triển TĐKT được tiến hành đúng đắn thì sẽ thực sự trở thành giải pháp chiến lược để đẩy nhanh tốc độ và bảo đảm sự thành công của sự nghiệp công nghiệp hóa, hiện đại hóa đất nước. Ngược lại, nếu việc thành lập và phát triển không đúng hướng thì không những không thể đạt được các mục tiêu này, mà còn gây ra những hậu quả khó lường về chính trị, kinh tế, xã hội. Trên thực tiễn, đã có một số TĐKT nhà nước, đặc biệt là các tổng công ty, được thành lập như một “trào lưu”, một giải pháp né tránh việc cổ phần hoá doanh nghiệp - điều mà một số cán bộ có thẩm quyền của Nhà nước và của các doanh nghiệp là đối tượng cổ phần hoá không mong muốn. Cũng đã có biểu hiện về sự lệch lạc trong tổ chức và hoạt động của một số TĐKT nhà nước, như: sử dụng việc bổ nhiệm các chức vụ quản lý, điều hành trong tập đoàn để kéo bè, kéo cánh hoặc đạt được những mục đích vụ lợi khác mà không quan tâm đến năng lực của người được bổ nhiệm; việc đầu tư tràn lan, theo sở thích ngẫu hứng của người có thẩm quyền trong tập đoàn, bất chấp hiệu quả và không tuân thủ các quy luật kinh tế... Vì vậy, cần xuất phát và gắn với yêu

cầu, nhiệm vụ chuyển dịch cơ cấu kinh tế theo hướng công nghiệp hóa, hiện đại hóa, đổi mới quản lý theo cơ chế thị trường, định hướng xã hội chủ nghĩa để thành lập và phát triển TĐKT nhà nước đã thực sự trở thành một quan điểm tối thượng, cần được đặc biệt lưu ý trong thời gian tới. Điều này không chỉ là vấn đề hoạt động thực tiễn, mà ngay trong pháp luật cũng đã phải có đầy đủ các quy định về điều kiện thành lập, việc xử lý những tập đoàn đã được thành lập mà không đáp ứng điều kiện quy định, cơ chế quản lý hoạt động của tập đoàn nhằm thực hiện mục tiêu đặt ra, biện pháp xử lý đối với những TĐKT có hoạt động sai lệch mục tiêu hoạt động.

Mặt khác, do cơ cấu kinh tế của ta còn nhiều bất hợp lý cần được tổ chức, sắp xếp lại và trong quá trình cơ cấu lại nền kinh tế sẽ hình thành những ngành nghề mới, những lĩnh vực hoạt động mới hay các sản phẩm mới mang tính chiến lược, những vùng kinh tế hoặc trung tâm kinh tế mới, nên pháp luật cũng cần tạo ra cơ chế mở để vừa có thể phát huy vai trò trụ cột, khai thác tiềm lực to lớn của các TĐKT nhà nước, vừa khuyến khích, tạo điều kiện hình thành và phát triển các TĐKT tư nhân để cùng gánh vác những trọng trách này. Có như vậy, các TĐKT nhà nước mới không rơi vào tình trạng “quá tải” như hiện nay.

*Hai là*, pháp luật về TĐKT nhà nước phải phù hợp với xu thế chung của các nước trong khu vực và trên thế giới. Trước hết, cần có tư duy đúng đắn và xây dựng cơ chế pháp luật để khuyến khích, thu hút sự tham gia tự nguyện của các doanh nghiệp vào các TĐKT nhà nước; hạn chế đến mức tối đa việc thành lập TĐKT nhà nước một cách chủ quan, duy ý chí bằng các quyết định hành chính mang tính bắt buộc đối với các doanh nghiệp thành viên. Tuy nhiên, trong giai đoạn đầu, khi phần đa cán bộ chủ chốt trong các doanh nghiệp nhà nước (DNNN) chưa nhận thức đúng đắn và đầy đủ của sự cần thiết thành lập các TĐKT nhà nước thì biện pháp bắt buộc có thể trở nên cần thiết và phát huy hiệu quả, nhưng sự lạm dụng, kéo



dài tình trạng này sẽ gây ra hiệu ứng bất lợi, sẽ tiếp tục cho ra đời các TĐKT nhà nước có mối liên kết lỏng lẻo, thiếu sự phối hợp giữa các doanh nghiệp thành viên, do đó vừa không tạo ra được sức mạnh tổng hợp của tập đoàn, vừa có thể tạo ra sự tập trung kinh tế, dẫn đến hành vi cạnh tranh không lành mạnh, điều mà pháp luật nước ta và nhiều nước khác đã cấm thực hiện trong hoạt động của doanh nghiệp.

Đồng thời, các TĐKT nhà nước cần được đa dạng hóa về sở hữu, về ngành nghề và lĩnh vực kinh doanh, thực hiện mối liên kết đa chiều (theo chiều dọc, theo chiều ngang và hỗn hợp) giữa các doanh nghiệp thành viên trong tập đoàn. Cần nhận thức đúng đắn về vai trò của việc đa dạng hóa sở hữu trong các TĐKT nhà nước, coi đó là biện pháp mang tính tất yếu để đẩy nhanh việc tích tụ và tập trung vốn, nâng cao hiệu quả hoạt động kinh doanh của TĐKT. Trong khi đó, vốn của tập đoàn là điều kiện đặc biệt quan trọng để mở rộng quy mô sản xuất, đầu tư chiều sâu, đổi mới trang thiết bị, nâng cao chất lượng sản phẩm, tăng khả năng cạnh tranh của tập đoàn trên trường quốc tế. Cần đa dạng hóa sở hữu trong TĐKT nhà nước thông qua việc đẩy mạnh cổ phần hóa DNNN là thành viên tập đoàn hoặc thành lập thêm các công ty cổ phần là thành viên trong các tập đoàn. Bằng những cách đó, có thể huy động có hiệu quả mọi nguồn vốn trong xã hội (kể cả vốn của doanh nghiệp nước ngoài) để phục vụ cho mục tiêu phát triển của các TĐKT nhà nước. Để việc cổ phần hoá các DNNN được thực chất, có hiệu quả, trước hết pháp luật cần quy định đầy đủ, rõ ràng và chặt chẽ về mọi vấn đề liên quan đến hoạt động này, đặc biệt là mở rộng phạm vi các đối tượng là doanh nghiệp cần được cổ phần hoá (tức là thu hẹp phạm vi độc quyền của Nhà nước), các biện pháp về tổ chức chỉ đạo hoạt động cổ phần, các biện pháp xử lý cương quyết đối với những cá nhân, tổ chức có hành vi cản trở hoặc dấy dư trong việc cổ phần hoá DNNN.

Hiện nay, vấn đề trọng tâm trong cổ phần hoá DNNN là việc cổ phần hóa các doanh

ngiệp thành viên của các tổng công ty nhà nước, không phân biệt tổng công ty độc lập hay tổng công ty đã là thành viên của TĐKT nhà nước. Điều đó sẽ tạo tiền đề để tạo nên những TĐKT đa sở hữu, mạnh về tiềm lực kinh tế. Bên cạnh đó, cũng cần hoàn thiện cơ chế và thực hiện nghiêm chỉnh cơ chế đầu tư vốn của DNNN là thành viên của TĐKT vào các doanh nghiệp thành viên hoặc doanh nghiệp liên kết trong tập đoàn. Đó chính là cơ chế hữu hiệu, tạo nên sự đan xen sở hữu, vừa tạo ra sự gắn kết hữu cơ, bền chặt về kinh tế giữa các doanh nghiệp trong tập đoàn, vừa có tác dụng phân tán rủi ro trong đầu tư và tăng cường trách nhiệm của các thành viên trong việc quản lý, sử dụng và kiểm tra giám sát việc sử dụng vốn trong các doanh nghiệp, nâng cao hiệu quả hoạt động kinh doanh của từng doanh nghiệp và của cả tập đoàn. Mặc dù vậy, cần quán triệt nguyên tắc phát huy vai trò chủ đạo của kinh tế nhà nước, thông qua quy định công ty mẹ trong TĐKT nhà nước là doanh nghiệp 100% vốn Nhà nước.

Việc đa dạng hóa ngành nghề, lĩnh vực hoạt động và sản phẩm của doanh nghiệp có mục đích phân tán rủi ro trong kinh doanh, khai thác, sử dụng có hiệu quả và hợp lý các nguồn lực trong tập đoàn, từ đó nâng cao hiệu quả hoạt động của TĐKT nhà nước. Tuy nhiên, pháp luật cũng cần có quy định cụ thể về tỷ lệ vốn tối thiểu mà mỗi TĐKT phải sử dụng để đầu tư vào những ngành nghề, lĩnh vực hay sản phẩm chuyên môn chủ lực của mình để tránh sự đầu tư tràn lan, lệch hướng ảnh hưởng đến vai trò chủ lực của tập đoàn trong ngành nghề, lĩnh vực hoạt động chính.

*Ba là*, pháp luật về TĐKT nhà nước vừa phải tạo điều kiện thuận lợi cho các doanh nghiệp phát triển, vừa phải tạo cơ chế hữu hiệu để Nhà nước quản lý đối với hoạt động của tập đoàn.

Một mặt, cần có những quy định cụ thể, đúng đắn để Nhà nước thực hiện vai trò của mình trong việc tạo dựng, duy trì và thúc đẩy môi trường pháp lý, kinh tế, xã hội cần thiết cho sự

ra đời và hoạt động của các TĐKT, thông qua cơ chế chính sách, công cụ quản lý nhà nước để tác động đến hoạt động của các TĐKT nhà nước, nhằm phát huy những mặt tích cực và hạn chế các mặt tiêu cực trong hoạt động của các TĐKT. Cần để cho TĐKT nhà nước quyền tự chủ hoàn toàn trong việc xác định chiến lược và kế hoạch phát triển dài hạn, nghiên cứu áp dụng tiến độ khoa học công nghệ, cũng như các biện pháp cụ thể trong kinh doanh. Cũng cần hoàn thiện pháp luật về chống cạnh tranh không lành mạnh và độc quyền kinh tế vì hoạt động của TĐKT nhà nước thường đi liền với những hiện tượng này.

Mặt khác, cần phân định rõ vai trò của các cơ quan nhà nước trong việc quản lý đối với các tập đoàn và vai trò của sở hữu chủ nhà nước, để vừa có thể quản lý chặt chẽ đối với hoạt động của TĐKT nhà nước, vừa tạo điều kiện thuận lợi để các tập đoàn tự chủ trong hoạt động kinh doanh mà không bị gò bó bởi các quyết định hành chính, không chịu can thiệp quá sâu và phi kinh tế vào hoạt động sản xuất kinh doanh của TĐKT.

Ngoài ra, cũng cần thay đổi cơ chế về việc hình thành và quản lý vốn của các TĐKT nhà nước. Cần nhanh chóng chấm dứt cơ chế cấp vốn theo kiểu bao cấp như hiện nay để chuyển sang cơ chế Nhà nước đầu tư vốn thông qua hoạt động của Tổng công ty Đầu tư và kinh doanh vốn nhà nước. Với cơ chế đó, tập đoàn và mỗi doanh nghiệp thành viên trong tập đoàn sẽ có trách nhiệm cao hơn trong việc huy động và sử dụng nguồn vốn của doanh nghiệp, tránh được sự ỷ lại trong việc huy động vốn hoặc tùy tiện trong đầu tư, sử dụng vốn của DNNN.

### 3. Kiến nghị hoàn thiện pháp luật về tập đoàn kinh tế

*a/ Hoàn thiện quy định về điều kiện thành lập TĐKT nhà nước.*

Trong các điều kiện phải có khi thành lập TĐKT nhà nước thì điều kiện về vốn của tập đoàn có vai trò đặc biệt quan trọng, vì nếu có đầy đủ những điều kiện khác mà thiếu vốn thì trong đa số các trường hợp, doanh nghiệp vẫn

không thể thực hiện được các mục tiêu được đặt ra trong kinh doanh. Hiện nay, mức vốn tối thiểu mà pháp luật quy định doanh nghiệp phải có khi thành lập Tổng công ty nhà nước đã trở nên lạc hậu, không tương xứng với mức vốn của đa số TĐKT đang hoạt động trong khu vực và trên thế giới. Nếu chỉ đáp ứng được yêu cầu đó mà đã thành lập TĐKT nhà nước thì trong hoạt động, TĐKT nhà nước sẽ không thể có đủ năng lực cạnh tranh với các tập đoàn của các nước khác trên thế giới. Cần so sánh với vốn của một số TĐKT trên thế giới, để cân nhắc, chỉnh sửa quy định pháp luật về mức vốn tối thiểu phải có khi thành lập TĐKT nhà nước, bảo đảm sự phù hợp với thực tiễn hiện nay. Điều đó vừa góp phần tạo ra và bảo đảm năng lực cạnh tranh của các TĐKT nhà nước, vừa hạn chế được tình trạng thành lập tràn lan các TĐKT nhà nước làm ảnh hưởng đến việc thực hiện chủ trương của Đảng và Nhà nước ta trong việc hình thành và phát triển các TĐKT nhà nước.

Bên cạnh đó, cũng cần hoàn thiện cơ chế quản lý nhà nước đối với các TĐKT nhà nước, trong đó đặc biệt quan trọng là cơ chế quản lý vốn nhà nước tại các tập đoàn. Rà soát pháp luật hiện hành để loại bỏ những quy định mang tính “bao cấp” trong quản lý vốn, như quy định về cấp vốn, ưu tiên tín dụng, cho sử dụng các trái phiếu nhà nước vay từ bên ngoài... đối với các TĐKT nhà nước. Việc tạo ra sự độc lập về tài chính của các TĐKT nhà nước vừa tạo động lực để các tập đoàn vận động, phát triển, vừa bảo đảm sự bình đẳng giữa các doanh nghiệp thuộc những thành phần kinh tế khác nhau, tạo hành lang pháp lý thuận lợi để các doanh nghiệp phát triển.

Đồng thời, cũng cần khắc phục sự mâu thuẫn giữa quy định trong pháp luật về tên gọi “tập đoàn” và tư cách pháp nhân của TĐKT nhà nước.

Theo quy định tại khoản 2, Điều 26 Nghị định 139/2007/NĐ-CP thì “TĐKT không có tư cách pháp nhân, không phải đăng ký kinh doanh theo qui định của Luật Doanh nghiệp. Việc tổ chức hoạt động của tập đoàn do các

công ty lập thành tập đoàn tự thỏa thuận quyết định”. Như vậy, để tránh lạm dụng từ “tập đoàn” khi thành lập các doanh nghiệp, dẫn đến sự “nhập nhằng” không đáng có, nên bổ sung vào Luật Doanh nghiệp năm 2005, sau khoản 1 Điều 32 một nội dung mới (khoản 1a). Khi đó Điều này có nội dung như sau:

“Điều 32. Những điều cấm trong đặt tên doanh nghiệp

1. Đặt tên trùng hoặc tên gây nhầm lẫn với tên của doanh nghiệp đã đăng ký.

1.a. Sử dụng cụm từ “tập đoàn” để tạo thành một phần tên riêng của doanh nghiệp.

2. ...”.

Mặt khác, cần nghiên cứu thấu đáo để khẩn trương giảm bớt những lĩnh vực thuộc phạm vi độc quyền của Nhà nước, để trên cơ sở đó tạo điều kiện thuận lợi cho các TĐKT thuộc các thành phần kinh tế ngoài nhà nước phát triển. Khi đã có nhiều TĐKT thuộc các thành phần kinh tế khác nhau cùng hoạt động trong một lĩnh vực thì vừa tạo ra động lực nội tại thúc đẩy các TĐKT nhà nước phát triển do có sự cạnh tranh, vừa làm giảm bớt nguy cơ khủng hoảng cho nền kinh tế khi có một TĐKT nhà nước không đáp ứng được vai trò trụ cột do kinh doanh kém hiệu quả, thậm chí bị phá sản.

Nhà nước chỉ nên tiếp tục nắm giữ độc quyền trong kinh doanh đối với những lĩnh vực hoạt động trực tiếp liên quan tới an ninh, quốc phòng. Nhờ đó, Nhà nước vừa chủ động trong việc điều hành hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, đáp ứng yêu cầu trong lĩnh vực an ninh, quốc phòng, vừa có điều kiện để tăng cường các biện pháp bảo vệ bí mật nhà nước. Đối với những lĩnh vực hoạt động khác thì Nhà nước chỉ cần điều tiết hoạt động của



các doanh nghiệp thông qua cơ chế điều chỉnh pháp luật, ngay cả đối với những lĩnh vực được coi là quan trọng, thiết yếu, có tính chủ đạo, then chốt trong nền kinh tế quốc dân thì Nhà nước có thể cũng chỉ cần chi phối hoạt động của doanh nghiệp thông qua hình thức nắm giữ mức vốn hoặc cổ phần chi phối (trên 50% vốn của doanh nghiệp). Có như vậy, mới có thể hình thành được những TĐKT thực sự mạnh, đủ sức giữ vai trò then chốt trong các lĩnh vực và tham gia có hiệu quả vào những quan hệ kinh tế quốc tế với sự tham gia cạnh tranh khốc liệt của các TĐKT hùng mạnh của nước ngoài.

*b/ Hoàn thiện quy định về mô hình tổ chức của TĐKT*

Hiện nay, Điều 146 Luật Doanh nghiệp đã quy định về mô hình tổ chức của TĐKT, coi tập đoàn là một hình thức cụ thể của nhóm công ty. Theo quy định tại khoản 2 Điều này thì “công ty mẹ - công ty con” và “TĐKT” là hai mô hình khác nhau. Quy định này là bất hợp lý bởi những lý do sau đây:

- Khi xác định “nhóm công ty là tập hợp các công ty có mối quan hệ gắn bó lâu dài với nhau về lợi ích kinh tế, công nghệ, thị trường và các

dịch vụ kinh doanh khác” thì trong mỗi nhóm công ty có thể cùng lúc nhiều mối quan hệ khác nhau, vừa có nhóm công ty mẹ - công ty con, vừa có những công ty liên kết theo các mô hình khác (liên kết qua đầu tư chéo về vốn ở mức không chi phối nhau, liên kết về nhượng quyền thương hiệu, liên kết về chia sẻ thị trường...). Trong khi đó, TĐKT cũng là nhóm công ty nên cũng có thể có nhiều mô hình liên kết này. Nghĩa là, giữa TĐKT và những nhóm công ty khác có thể không có sự khác biệt về mô hình tổ chức, mà có chăng chỉ là sự khác biệt về quy mô về vốn, về số lượng doanh nghiệp thành viên tham gia hoặc về lĩnh vực hoạt động.

- Quy định này dẫn tới cách hiểu: Khi thành lập các “nhóm công ty” không phải là TĐKT, thì chỉ có thể lựa chọn một trong hai mô hình là liên kết “công ty mẹ - công ty con” và “liên kết theo các mô hình khác”. Đó là quy định cứng nhắc và mâu thuẫn với quy định tại khoản 1 Điều này.

Bên cạnh đó, sau khi được xác định là một mô hình tổ chức của nhóm công ty, TĐKT lại được quy định riêng ở Điều 149 của Luật Doanh nghiệp: “TĐKT là nhóm công ty có quy mô lớn”.

Những quy định đó vừa tạo ra cách hiểu không đúng như đã phân tích ở trên, vừa tạo ra sự tán mát trong pháp luật. Vì vậy, cần sửa đổi những bất hợp lý này bằng cách loại bỏ nội dung khoản 2 Điều 146 và Điều 149, đưa nội dung của Điều 149 vào khoản 2 Điều 146. Khi đó Điều 146 được trình bày như sau:

“Điều 146. Nhóm công ty

1. Nhóm công ty là tập hợp các công ty có mối quan hệ gắn bó lâu dài với nhau về lợi ích kinh tế, công nghệ, thị trường và các dịch vụ kinh doanh khác.

2. TĐKT là nhóm công ty có quy mô lớn.

Chính phủ quy định về tiêu chí, tổ chức quản lý và hoạt động của TĐKT”.

*c/ Hoàn thiện quy định cơ chế quản lý của Nhà nước đối với TĐKT nhà nước*

Theo các quy định hiện nay thì Nhà nước quản lý đối với TĐKT nhà nước bằng nhiều cơ chế khác nhau: Thứ nhất, là cơ chế cơ quan

chủ quản; thứ hai, là cơ chế cử người đại diện Nhà nước nắm giữ các chức vụ chủ chốt trong tập đoàn; thứ ba, là cơ chế quản lý của các cơ quan nhà nước chức năng ở địa phương. Với các cơ chế thứ nhất và thứ hai, cơ quan chủ quản của TĐKT nhà nước vừa là người quản lý, vừa là người đại diện phần vốn nhà nước trong tập đoàn nên đã dẫn đến tình trạng yếu kém như đã phân tích. Do đó, cần quy định cụ thể về thẩm quyền của cơ quan chủ quản (Chính phủ) đối với TĐKT theo hướng chỉ giới hạn trong những việc thẩm quyền quản lý nhà nước của cơ quan hành chính đó (quy định tại Luật Tổ chức Chính phủ) mà không có quyền can thiệp vào những hoạt động nội bộ của tập đoàn, như: việc kết nạp thêm thành viên mới, quyết định về tổ chức nhân sự, tiến hành hoạt động kinh doanh...

Hiện nay, để cử người đại diện cho sở hữu chủ nhà nước, Thủ tướng Chính phủ bổ nhiệm chủ tịch hội đồng quản trị của tập đoàn. Chủ tịch hội đồng quản trị sẽ thực hiện quyền năng của người đại diện phần vốn nhà nước trong tập đoàn theo quy định của pháp luật về doanh nghiệp và điều lệ của tập đoàn, nhờ đó, Nhà nước quản lý được phần vốn của mình. Tuy nhiên, theo cơ chế bổ nhiệm này, người được Thủ tướng Chính phủ bổ nhiệm chỉ chịu trách nhiệm trước Thủ tướng về vấn đề quản lý nguồn vốn nhà nước trong tập đoàn mà không bị chi phối bởi các bộ chức năng. Trong khi đó, các TĐKT nhà nước hoạt động trong các lĩnh vực thuộc thẩm quyền quản lý nhà nước của các bộ khác nhau, vì vậy các bộ cũng khó có thể tiến kiểm tra hoạt động đại diện của chủ tịch hội đồng quản trị các TĐKT nhà nước. Đó chính là một trong những lý do dẫn đến sự buông lỏng quản lý đối với các TĐKT nhà nước trong thời gian qua ở nước ta. Mặt khác, cơ chế này cũng tạo ra rào cản đối với việc tập trung quản lý vốn nhà nước vào Tập đoàn Đầu tư và kinh doanh vốn nhà nước. Do đó, đã có ý kiến phát biểu tại Quốc hội là Chính phủ nên rút khỏi việc trực tiếp quản lý TĐKT nhà nước và thành lập một cơ quan để quản lý phần vốn và tài sản nhà nước tại doanh nghiệp.

Tuy nhiên, hiện nay đã có Tập đoàn Đầu tư và kinh doanh vốn nhà nước, nên có thể giao quyền quản lý phần vốn và tài sản nhà nước tại các doanh nghiệp cho Tập đoàn này. Như vậy, việc quản lý vốn nhà nước sẽ được tập trung, việc điều phối vốn được thuận tiện và quan trọng hơn cả là đã hình thành cơ chế kinh doanh vốn nhà nước, vừa buộc doanh nghiệp phải có trách nhiệm cao hơn đối với việc quản lý, sử dụng vốn vay (mà không phải vốn cấp như trước đây), chấm dứt được vai trò “bà đỡ” của Nhà nước đối với các TĐKT nhà nước.

Khi Nhà nước còn là “bà đỡ” thì còn xuất hiện nhiều hiện tượng không phù hợp với cơ chế thị trường, như việc xóa nợ, khoan nợ, không cho áp dụng Luật Phá sản đối với các TĐKT nhà nước..., vừa tạo ra sự bất bình đẳng trong kinh doanh (điều mà Nhà nước ta hướng tới xoá bỏ), vừa gây tổn thất về kinh tế cho Nhà nước. Việc nhiều TĐKT nhà nước không còn khả năng thanh toán các khoản nợ đến hạn, thậm chí có số nợ gấp hơn chục lần số vốn điều lệ mà vẫn được tiếp tục tồn tại đã mang lại những hệ lụy khó lường và khó có thể khắc phục. Hiện nay, đang tồn tại quan điểm cho rằng, nếu để một TĐKT nhà nước phá sản thì sẽ có ảnh hưởng xấu đến nền kinh tế, như làm mất việc làm của quá nhiều người lao động, gây dư luận xấu về chính trị, tư tưởng... Tuy nhiên, cũng có nhiều quan điểm được hình thành khi xem xét vấn đề từ những khía cạnh khác, cho rằng cần thiết phải để các DNNN nói chung, các TĐKT nhà nước nói riêng phá sản khi chúng đã lâm vào tình trạng phá sản. Việc phá sản một TĐKT nhà nước có hoạt động kinh doanh yếu kém, thua lỗ kéo dài sẽ là lời cảnh báo hữu hiệu nhất đối với các TĐKT nhà nước khác, nhằm tạo động lực nội tại để thúc đẩy chúng phát triển, còn vấn đề việc làm của người lao động của TĐKT nhà nước bị phá sản sẽ được xã hội tự điều chỉnh theo quy luật “cung - cầu”. Và lại, khi một doanh nghiệp thường xuyên thua lỗ trong kinh doanh thì đời sống của người lao động cũng khó có thể được bảo đảm, thậm chí còn có thể kém hơn khi doanh nghiệp đó phá sản vì người

lao động bị hạn chế cơ hội có việc làm ở những doanh nghiệp khác.

Mặt khác, cũng cần thay đổi quy định về cơ chế Thủ tướng Chính phủ bổ nhiệm tổng giám đốc bằng cơ chế cho các doanh nghiệp thành viên của TĐKT lựa chọn tổng giám đốc của TĐKT nhà nước. Như vậy, chỉ có chủ tịch hội đồng quản trị của tập đoàn là người do Thủ tướng Chính phủ bổ nhiệm để đại diện cho phần vốn nhà nước trong TĐKT. Còn tổng giám đốc tập đoàn do hội đồng quản trị bầu ra trong số các thành viên hội đồng quản trị hoặc thuê người khác để điều hành hoạt động của TĐKT nhà nước. Do thành viên của hội đồng quản trị (trừ chủ tịch) được các doanh nghiệp thành viên bầu ra, là người đại diện cho doanh nghiệp trong bộ máy quản lý của tập đoàn, nên có thể coi cơ chế này đã trao cho các doanh nghiệp thành viên quyền lựa chọn tổng giám đốc của mình, nhờ đó sẽ có điều kiện để lựa chọn người phù hợp, có đủ những điều kiện cần thiết để điều hành hoạt động của tập đoàn. Mặt khác, với tư cách không phải là người đại diện phần vốn nhà nước tại tập đoàn, tổng giám đốc không chịu sự ràng buộc về mặt hành chính với cơ quan chủ quản nên độc lập trong hoạt động điều hành hoạt động của tập đoàn. Nhà nước thực hiện quyền của sở hữu chủ thông qua hoạt động của chủ tịch hội đồng quản trị.

*d/ Nghiên cứu đặt ra quy định về TĐKT ngoài Nhà nước*

Mặc dù xác định TĐKT không có tư cách pháp nhân, không phải đăng ký kinh doanh; vấn đề tổ chức tập đoàn do các doanh nghiệp thành viên tự quyết định, nhưng với vai trò dẫn dắt, định hướng cho các doanh nghiệp trong việc thành lập và quản lý các TĐKT ngoài nhà nước, Nhà nước cũng cần ban hành các quy định mẫu nhằm giúp cho các doanh nghiệp tránh được những lúng túng, sai lầm trong quá trình hình thành và phát triển các TĐKT. Có như vậy, đường lối của Đảng và Nhà nước về việc phát triển các TĐKT mạnh mới sớm được hiện thực hoá. ■

# ÁN LỆ Ở ÚC: LỊCH SỬ, KHÁI NIỆM, NGUYÊN TẮC VÀ CƠ CHẾ THỰC HIỆN

■ NGUYỄN ĐỨC LAM\*

Ở Úc, án lệ được coi là “dấu hiệu tinh tú của thông luật”<sup>1</sup>; “nền tảng của một hệ thống tư pháp thông luật”<sup>2</sup>. Cũng như các nước khác thuộc hệ thống thông luật - Common Law (Anh, Mỹ, Canada, New Zealand...), ở Úc, án lệ là nguồn chủ yếu và quan trọng, được dẫn chiếu khi tòa án xét xử. Các bên có tranh chấp, thông qua luật sư của họ, cũng lấy án lệ để biện luận cho việc kiện tụng của mình.

Trong khoảng 1 - 2 năm gần đây, ở Việt Nam đã bắt đầu bàn đến khả năng áp dụng án lệ<sup>3</sup>. Còn theo Nghị quyết 49-NQ/TW ngày 2/6/2005 của Bộ Chính trị, “Toà án nhân dân tối cao có nhiệm vụ tổng kết kinh nghiệm xét xử, hướng dẫn áp dụng thống nhất pháp luật, phát triển án lệ và xét xử giám đốc thẩm, tái thẩm”. Trong dự án Luật sửa đổi một số điều của Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2010, Toà án nhân dân tối cao đã đề xuất cho phép được

xét xử theo án lệ (nhưng Ủy ban Thường vụ Quốc hội chưa tán thành, chưa đưa ra Quốc hội bàn và quyết).

Nói chung, ở Việt Nam, khái niệm án lệ còn mới không chỉ đối với các nhà thực thi pháp luật mà còn cả đối với các nhà khoa học. Hiện nay còn nhiều quan điểm nhìn nhận khác nhau, nhiều câu hỏi đặt ra mà chưa có câu trả lời rõ ràng.

Trong bối cảnh đó, bài viết này cung cấp một số thông tin tham khảo về án lệ ở Úc từ việc điếm lại lịch sử phát triển của pháp luật và án lệ ở Úc; giới thiệu chung về hệ thống tòa án của Úc, giới thiệu về án lệ ở Úc (gồm: khái niệm, tại sao cần có án lệ, ratio decidendi và obiter dicta; hình thức bản án ở Úc). Cuối cùng, bài viết phân tích cơ chế thực hiện án lệ ở Úc gồm: án lệ trong hệ thống thứ bậc các tòa án Úc; án lệ tham khảo; các kỹ thuật khu biệt và bác bỏ án lệ; đưa ra một số kết luận tổng quan về án lệ ở quốc gia này.

(\*) Văn phòng Quốc hội.

(1) A F Mason, “The Use and Abuse of Precedent” (1988) 4 Australian Bar Review 93, p. 93.

(2) B.V. Harris, “Final Appellate Courts Overruling Their Own “Wrong” Precedents: The Ongoing Search for Principle” (2002) 118 Law Quarterly Review 408, p. 412.

(3) Có thể xem khá đầy đủ các bài viết, bài phỏng vấn về án lệ gần đây tại địa chỉ <http://luathoc.cafeluat.com/forumdisplay.php/73>, truy cập ngày 25/4/2011.

## I. LỊCH SỬ PHÁP LUẬT VÀ HỆ THỐNG TÒA ÁN ÚC

### 1. Lịch sử pháp luật Úc

Pháp luật Úc và các thiết chế pháp lý chịu ảnh hưởng rất nhiều từ các mẫu hình của Anh như hệ thống thông luật, nghị viện, thậm chí có một thời, một số luật của Anh được áp dụng trực tiếp ở Úc. Các quyết định của các tòa án ở Anh có ảnh hưởng lớn và thường được viện dẫn trong quá trình xét xử ở Úc<sup>4</sup>. Pháp luật Úc đã thừa hưởng nhiều từ pháp luật Anh<sup>5</sup>, như trong vụ *Mabo (No 2)*, thẩm phán Brennan lưu ý, pháp luật Úc “không chỉ là sự thừa kế của pháp luật Anh, mà là sự phát triển hữu cơ từ pháp luật Anh”<sup>6</sup>.

Tuy nhiên, pháp luật của Úc cũng có những điểm khác với của Anh, như hình thức nhà nước liên bang, kéo theo hệ thống pháp luật liên bang và tiểu bang, hệ thống tòa án. Liên bang Úc có Hiến pháp thành văn của mình, trong khi Anh không có Hiến pháp thành văn. Trên lãnh thổ Úc cũng tồn tại luật và tập quán của người bản địa. Sự khác biệt về địa lý, thời tiết, lãnh thổ cũng có phần ảnh hưởng đến sự vận hành của pháp luật ở Úc<sup>7</sup>.

Sau đây là quá trình phát triển của hệ thống pháp luật Úc:

- Trước năm 1788: Chỉ có thổ dân sống trên lãnh thổ Úc ngày nay, với hệ thống luật và tập quán bộ tộc phức tạp;

- Năm 1788: Thuyền trưởng Arthur Phillip dẫn hải đội đổ bộ lên bờ biển New South Wales, đánh dấu sự có mặt của người Anh ở Úc. Người Anh cho rằng, luật của người bản địa có tính chất thô sơ, không thích hợp đối với văn minh châu Âu. Người châu Âu đổ bộ lên đây không thừa nhận bất cứ quyền nào của

người bản địa đối với đất đai. Chính phủ Anh trao toàn quyền cho các sĩ quan quân đội và hải quân ở đây.

- Năm 1823: Những biện pháp đầu tiên nhằm áp đặt luật của Anh tại New South Wales;

- Năm 1828: Nghị viện Anh thông qua Luật về các tòa án Úc, theo đó, tất cả mọi luật được áp dụng ở Anh cũng là luật của các thuộc địa ở Úc;

- Năm 1901: Các thuộc địa ở Úc thành lập Liên bang Thịnh vượng chung Australia. Theo đó, bên cạnh thẩm quyền lập pháp của Liên bang, các tiểu bang (các thuộc địa cũ) cũng có các thẩm quyền lập pháp. Nếu có mâu thuẫn, luật của Liên bang bác bỏ luật của tiểu bang.

- Năm 1903, Tòa án Tối cao Úc được thành lập và trong năm đó xét xử vụ kiện đầu tiên;

- Năm 1986: Bãi bỏ hoàn toàn cơ chế kháng án lên Hội đồng Cơ mật Anh. Từ đây, án lệ Anh không còn có tính chất bắt buộc ở Úc.

### 2. Hệ thống tòa án Úc<sup>8</sup>

Giống như mọi thiết chế khác ở Úc, hệ thống tòa án nước này chia ra hai cấp độ: liên bang và các tiểu bang (hoặc vùng lãnh thổ-territories). Ở Úc có sự phân chia quyền lực một cách chặt chẽ giữa quyền tư pháp với các quyền khác<sup>9</sup>. Hệ thống cấp bậc các tòa án của Úc như sau:

#### *Các tòa án theo thủ tục giản lược (Courts of Summary Jurisdiction)*

Các tòa này xem xét những vụ án dân sự và hình sự nhỏ, không phức tạp. Số tiền tranh chấp là cơ sở để tòa này quyết định có thụ lý các vụ kiện dân sự hay là chuyển lên cấp tòa cao hơn.

#### *Các tòa án cấp quận*

(4) Michael Kirby, *Precedent Law, Practice, and Trends in Australia* (2007) *Australian Bar Review*; Susan Y Bell, *Precedent: Attitude of the English and Australian Courts* (1970) 266 *The Adelaide Law Review* 268.

(5) Michael Coper, *Three Good Things and Three Not-So-Good Things About the Australian Legal System, paper presented at International Association of Law School Conference “Learning from Each Other: Enriching the Law School Curriculum in An Interrelated World”, 2007*; Xem sự thừa kế pháp luật Anh và quá trình phát triển của pháp luật Úc qua sự phát triển của Tòa án Tối cao Úc trong bài: Francesca Dominello, *Becoming the Highest Court*, *Griffith Law Review* (2003) Vol 12 No 2, pp.263-283.

(6) *Mabo v Queensland (No 2)* (1992) 175 CLR 1 at 29.

(7) Michael Coper, xem chú thích số 5.

(8) Phần này tổng hợp từ tài liệu: Rosemary Hunter, *Institutional Structure*.

(9) Như chú thích số 8.

Các tòa này xem xét sơ thẩm tất cả các vụ án dân sự và hình sự nghiêm trọng. Bồi thẩm đoàn tham gia tất cả các vụ án hình sự và trong một số vụ kiện dân sự. Các tòa cấp quận cũng có thể xử phúc thẩm đối với các vụ sơ thẩm của tòa giản lược.

### ***Các tòa đặc biệt***

Theo quy định của nhiều đạo luật Liên bang và tiểu bang, các tòa đặc biệt được thành lập ở Úc nhằm giải quyết tranh chấp trong những lĩnh vực riêng biệt như khiếu nại hành chính, cư trú, bảo hiểm xã hội, quy hoạch... Mặc dù không phải lúc nào cũng được coi là thực thi quyền lực tư pháp, các cơ quan này tạo thành một thứ bậc trong hệ thống tòa án của Úc, phải tuân theo các án lệ của tòa cấp cao hơn và thường là áp dụng các án lệ của chính các tòa này.

### ***Các tòa cấp cao (superior courts)***

*Các tòa cấp cao ở Úc gồm:* các tòa án tối cao của từng tiểu bang hoặc vùng lãnh thổ; Tòa án Liên bang Úc (The Federal Court of Australia); Tòa án Gia đình Úc (The Family Court of Australia). Các tòa cấp cao vừa xét xử sơ thẩm, vừa xét xử phúc thẩm đối với các vụ án đã xử ở các cấp tòa thấp hơn bị kháng án.

*Các Tòa án Tối cao của từng tiểu bang hoặc vùng lãnh thổ:* Về nguyên tắc, các tòa này có thẩm quyền xét xử dân sự và hình sự đối với mọi vụ việc theo thông luật và theo quy định của pháp luật thành văn của tiểu bang hoặc vùng lãnh thổ. Tuy nhiên, trên thực tế, Tòa chỉ xét xử sơ thẩm những vụ án hình sự nghiêm trọng nhất như giết người, và các vụ kiện dân sự có khoản tiền lớn. Trong một số trường hợp, các Tòa án tối cao tiểu bang hoặc vùng lãnh thổ cũng xem xét các vụ kiện liên quan đến thẩm quyền liên bang. Chỉ một thẩm phán của Tòa này xét xử sơ thẩm, có thể cùng với bồi thẩm đoàn.

Tòa cũng xét xử phúc thẩm đối với các quyết định của các tòa cấp quận, các tòa đặc biệt và các quyết định sơ thẩm của chính Tòa này. Thông thường có 3-5 thẩm phán xét xử phúc thẩm.

*Tòa án Liên bang Úc:* Tòa này được thành

lập năm 1976 xem xét các vấn đề theo quy định của pháp luật thành văn liên bang. Khi xét xử sơ thẩm, chỉ có một thẩm phán của Tòa tham gia; còn khi xét xử phúc thẩm, có 3 thẩm phán tham gia. Tòa này xét xử phúc thẩm đối với các vụ án sơ thẩm của chính mình và các vụ án sơ thẩm liên quan đến các vấn đề của liên bang do các Tòa án tối cao tiểu bang hoặc vùng lãnh thổ đã xem xét.

Tòa án Gia đình Úc: Tòa này có thẩm quyền xét xử riêng đối với các vấn đề được quy định trong Luật Gia đình năm 1975 của Liên bang Úc. Một thẩm phán của Tòa xét xử sơ thẩm; 3 thẩm phán xét xử phúc thẩm các quyết định sơ thẩm bị kháng án.

### ***Tòa án Tối cao Úc (The High Court of Australia)***

Tòa này đứng ở đỉnh của hệ thống tòa án Úc. Tòa có thẩm quyền xem xét sơ thẩm các vấn đề thuộc luật hiến pháp (bao gồm xem xét tính hợp hiến của các văn bản pháp luật liên bang) và giải quyết tranh chấp giữa các tiểu bang. Có 1-7 thẩm phán của Tòa tham gia xét xử.

Tòa án Tối cao Úc cũng xét xử phúc thẩm (có tính chung thẩm) các vụ việc của các Tòa án tối cao tiểu bang, Tòa án Liên bang, và các quyết định sơ thẩm của chính Tòa này. Tuy nhiên, không phải mọi vụ việc đều được xử phúc thẩm ở Tòa, mà Tòa sẽ xem xét đơn kháng án, chỉ chấp thuận xử phúc thẩm đối với những vấn đề quan trọng. Tùy theo tính chất quan trọng, sẽ có 3-7 thẩm phán của Tòa xét xử phúc thẩm.

### ***Hội đồng cơ mật***

Trước đây, Ủy ban Tư pháp thuộc Hội đồng Cơ mật có thẩm quyền xem xét những đơn kháng án đối với các quyết định của các tòa án ở các nhà nước thành viên của Khối thịnh vượng chung, trong đó có Úc. Như vậy, các quyết định của Ủy ban dựa trên thông luật có tính chất là án lệ bắt buộc phải tuân theo đối với các tòa án ở Úc. Tuy nhiên, từ năm 1986, cơ chế này không còn tồn tại ở Úc, và các quyết định của Hội đồng Cơ mật không còn được coi là án lệ bắt buộc ở Úc. Đây được coi là mốc rất quan trọng trong lịch sử phát triển của hệ



**Sơ đồ: Hệ thống tòa án của Úc**

**Tòa án Tối cao Australia**

- Sơ thẩm (1-7 thẩm phán)
- Phúc thẩm - chung thẩm (3-7 thẩm phán)

**Hội đồng xét xử  
Tòa án Liên bang  
Australia**

- Xử phúc thẩm

**Các Tòa án Liên bang**

- Một thẩm phán xử
- Xử sơ thẩm
- Xem xét các vấn đề do pháp luật của Liên bang quy định

**Hội đồng xét xử Tòa án  
Gia đình Australia**

- Phúc thẩm

**Tòa án gia đình Australia**

- Sơ thẩm

**Hội đồng xét xử toàn thể  
Tòa án Tối cao tiểu bang**

- Xử phúc thẩm

**Tòa án Tối cao tiểu bang  
(Xử sơ thẩm)**

**Tòa địa hạt (hoặc tòa  
quận) của tiểu bang**

**Tòa địa phương  
(ở Victoria: Tòa Magistrate)**

thống pháp luật Úc, đánh dấu sự độc lập hoàn toàn của nó đối với pháp luật Anh.

**II. CÁC KHÁI NIỆM VỀ ÁN LỆ Ở ÚC**

**1. Định nghĩa:**

Án lệ là “vụ án đã được giải quyết tạo cơ sở cho việc xét xử các vụ án sau này mà có những sự kiện hoặc vấn đề pháp lý tương tự”<sup>10</sup>. Trong đó, án lệ cũng được áp dụng đối với việc giải thích luật thành văn<sup>11</sup>, có nghĩa là tòa cấp dưới phải tuân theo cách giải thích luật của tòa cấp trên.

Cần lưu ý rằng, về mặt kỹ thuật, nói một cách chặt chẽ, khi xét xử, các thẩm phán không phải tuân theo quyết định (decision) được đưa ra trong vụ án trước, mà chỉ phải tuân theo quy tắc pháp lý trong phần luận cứ chính (ratio decidendi) được đưa ra trong bản án trước<sup>12</sup>.

Ở Úc, tòa án, giới học thuật, luật sư cũng theo quan niệm này.

Án lệ về hình thức là những bản án đã trở thành luật, tạo thành một thứ luật có tên gọi là luật án lệ (case law) hay luật do thẩm phán làm ra (judge-made law), bên cạnh luật do nghị viện ban hành (legislation hay statutory law). Tuy nhiên, như Blackstone lưu ý, luật và ý kiến của thẩm phán thể hiện trong án lệ không phải lúc nào cũng là một, vì có lúc thẩm phán cũng nhầm lẫn về luật<sup>13</sup>. Do đó, án lệ không phải là tuyệt đối phải tuân theo đối với tòa án và thẩm phán trong các vụ án tương tự sau này, khi họ cho rằng, án lệ đã không còn phù hợp với bối cảnh mới hoặc không bảo vệ được công lý.

Về bản chất, án lệ là một nguyên tắc tổ tụng, theo đó: những bản án sắp sửa được tuyên không được trái với những bản án mà

(10) *Black's Law Dictionary 1102*, Bryan A. Garner ed., 8th ed., 2004, trích theo Stefanie Lindquist & Frank Cross, *Empirically Testing Dworkin's Chain Novel Theory: Studying the Path of Precedent*.

(11) Laurence Boule, *Precedent and Legal Reasoning*, in J. Corkey (ed.), *The Study of Law*, 1988.

(12) Richard Ward & Amanda Wragg, *English Legal System*, 9th Ed, Oxford University Press, 2005, p 81.

(13) William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, 1765, p.71, trích theo Charles J. Reid, Jr., *Judicial Precedent in the Late 18th and Early 19th Centuries: A Commentary on Chancellor Kent's Commentaries*, University of St. Thomas (Minnesota), *Shool of Law, Working Paper* (2006).

tòa cùng cấp hay tòa cấp trên đã tuyên và có hiệu lực trước đó nếu như tình tiết của các vụ án giống hoặc tương tự nhau.

Khi nào án lệ ra đời?

Ở Úc (và các nước thông luật khác), án lệ ra đời trong những điều kiện sau đây:

- Khi chưa có luật nhưng tòa vẫn phải xử để bảo đảm công lý và bản án đó trở thành án lệ (precedent), nghĩa là trở thành luật cho những vụ việc tương tự. Khi phán quyết đã được tuyên, nó phải được coi là giải pháp cho vấn đề tương tự sau này; thẩm phán phải tuân theo phán quyết của vụ án tương tự được xử trước đó<sup>14</sup>.

- Khi luật không rõ ràng, thẩm phán phải tự mình nhận thức, giải thích luật và thể hiện nhận thức đó trong bản án. Bản án đó trở thành luật cho những tình huống tương tự.

- Đã có luật nhưng phát sinh tình huống

mới mà luật chưa dự liệu được nên thẩm phán phải vận dụng luật hiện hành cho tình huống mới đó.

### Ratio decidendi và obiter dicta

Nguyên tắc án lệ ở Úc xoay quanh các khái niệm: Ratio decidendi, obiter dicta. Ratio decidendi có nghĩa là lý do đưa ra quyết định, hay là “quy tắc pháp lý của vụ kiện” do thẩm phán đưa ra để biện luận cho phán quyết của mình<sup>15</sup>. Trong trường hợp có nhiều thẩm phán cùng xét xử và mỗi thẩm phán đều đưa ra lý do phán quyết, lý do nào được đa số thẩm phán đưa ra sẽ là ratio. Nếu không lý do nào được đa số thẩm phán đưa ra, sẽ không có án lệ phải tuân theo đối với tòa án sau này. Nếu các thẩm phán đưa ra hai hay nhiều hơn quy tắc pháp lý, thì mỗi quy tắc pháp lý đó đều tạo nên một ratio decidendi bắt buộc phải tuân theo trong tương lai<sup>16</sup>.

#### **Vụ Bà Cook kiện bà Cook**

Trong vụ *Bà Cook kiện bà Cook*<sup>18</sup>, bà Cook lái ô tô chở một bà Cook khác đâm phải cột đường, làm hành khách của mình bị thương. Khi xét xử phúc thẩm vụ kiện này do Tòa án Tối cao bang Nam Úc xử, Tòa án Tối cao Liên bang Úc đã phải nghiên cứu nhiều quy tắc pháp lý khác nhau được đưa ra trong các vụ án trước đó, cụ thể là cần áp dụng các tiêu chuẩn như nhau đối với tất cả các dạng lái xe, hay là cần có những tiêu chuẩn khác nhau đối với các dạng lái xe khác nhau.

Tòa án Tối cao nghiêng về quan điểm thứ hai và đưa ra quy tắc pháp lý: Theo pháp luật về lỗi do thiếu cẩn trọng (negligence), chuẩn mực về sự cẩn trọng (standard of care) của một bên đang ở “trạng thái gần” với bên khác là chuẩn mực khách quan, nhưng có thể được điều chỉnh cho phù hợp với mối quan hệ đặc thù phát sinh ra chuẩn mực đó.

Trong vụ kiện này, các sự kiện pháp lý cho thấy “quan hệ đặc thù” như thế, cụ thể là: bà hành khách biết bà tài xế không có giấy phép lái xe và không có kinh nghiệm lái xe, mà vẫn xúi người ta cầm lái. Do đó, theo Tòa, cần áp dụng tiêu chuẩn về sự cẩn trọng ít khắt khe hơn. Đây chính là ratio decidendi do Tòa thiết lập nên. Các tòa án sau này có thể chỉ áp dụng nó đối với lái xe ô tô, nhưng cũng có thể áp dụng đối với lái tàu thủy, lái các vật thể bay v.v...

Trong quyết định của Tòa cũng đưa ra một số obiter dicta liên quan đến những chuẩn mực về sự cẩn trọng nào có thể trông đợi từ một thợ rèn khi phải sửa một cái đồng hồ; từ một người chậm phát triển về trí tuệ phải lái máy bay theo lệnh của phi công chuyên nghiệp; từ người học lái đối với thầy dạy lái xe của mình.

(14) Tuy nhiên, thẩm phán chỉ có nghĩa vụ phải tuân theo phần ratio decidendi trong bản án trước, mà không có nghĩa vụ tuân theo obiter dicta. Chúng tôi sẽ giới thiệu các khái niệm này trong phần sau của bài viết.

(15) Laurence Boule, xem chú thích số 11.

(16) Michael Kirby, xem chú thích số 4.

Những gì thuộc luận cứ phụ (*obiter dicta*) không có ý nghĩa như thế; mục đích của nó tạo ra tính thuyết phục cho quyết định của toà án. Có hai loại *obiter dicta*<sup>17</sup>: loại thứ nhất là các quy tắc được thẩm phán đưa ra mà không dựa trên các sự kiện pháp lý của vụ kiện; loại thứ hai là các quy tắc pháp lý do thẩm phán đưa ra dù đã dựa trên các sự kiện pháp lý của vụ kiện, nhưng không phải là cơ sở của quyết định tòa án, ví dụ như quy tắc do thẩm phán thiểu số đưa ra. Mặc dù không có tính chất bắt buộc, nhưng nhiều khi *obiter dicta* vẫn có uy tín như *ratio decidendi* và được áp dụng tùy thuộc vào uy tín của thẩm phán đưa ra nó, thứ bậc của tòa án, tính chất thuyết phục của nó, và bối cảnh cụ thể của vụ kiện đang được xem xét.

Cần phân biệt rằng, bản thân thẩm phán khi ra quyết định không xác định cái gì là chính yếu, còn cái gì là phụ. Điều đó sẽ do thẩm phán khác làm khi xem xét quyết định đó có phải là án lệ cho vụ việc ông ta đang giải quyết hay không. Do đó, thẩm phán phải phân tích kỹ lưỡng các quyết định tòa án trước đó để phân biệt đâu là quy tắc pháp lý trong quyết định đó (*ratio decidendi*) và đâu là phần luận cứ phụ (*obiter dictum*) trong lời giải thích (*reason*) của quan tòa đưa ra biện luận cho quyết định của mình. Như vậy, *ratio decidendi* có thể thay đổi trong quá trình thẩm phán áp dụng sau này - chúng có thể trở nên tổng quát hơn hoặc cụ thể hơn.

### Hình thức của một bản án ở Úc

Để hình dung đầy đủ hơn về án lệ, xin giới thiệu tóm tắt về hình thức của một bản án ở Úc. Thông thường, nó bao gồm:

- Trình bày về các sự kiện pháp lý, trong đó chỉ ra một cách trực tiếp hoặc gián tiếp những sự kiện nào được coi là tư liệu của vụ kiện; các vấn đề pháp lý cần xem xét;

- Trình bày lập luận của các thẩm phán. Phần này có độ dài khác nhau tùy vào vụ kiện,

nhưng nói chung có: Tổng quan về các án lệ trước đó; lập luận, chứng minh; đưa ra (các) quy tắc pháp lý để giải quyết vấn đề pháp lý;

- Phán quyết của tòa, ví dụ như nguyên đơn được bồi thường 50 ngàn đô la Úc.

Các ý kiến của các thẩm phán thiểu số phải được đưa vào bản án. Một bản án ở Úc được đăng tải trong các tuyển tập thường có dung lượng lớn, nhiều bản án dài vài chục trang, thậm chí hơn trăm trang.

## III. SỰ VẬN HÀNH CỦA ÁN LỆ Ở ÚC

Phần này trình bày, phân tích quy tắc án lệ ở Úc theo thứ tự cấp bậc của hệ thống tòa án Úc; kỹ thuật áp dụng khu biệt và bác bỏ; cách trích dẫn, công bố án lệ; án lệ với tư cách là quy phạm pháp luật.

Để án lệ có tính chất bắt buộc phải tuân theo, cần có hai điều kiện: thứ nhất là phải theo thứ bậc trong hệ thống tòa án; thứ hai, quyết định trước đây của tòa án phải đề cập đến những vấn đề pháp lý tương tự và có các sự kiện pháp lý cũng tương tự. Nếu không thỏa mãn tính chất tương tự này, án lệ có thể bị “khu biệt” hoặc “bác bỏ”.

### 1. Án lệ trong hệ thống thứ bậc các tòa án

Án lệ vận hành dựa trên hệ thống thứ bậc của tòa án Úc. Theo đó, cơ chế vận hành của án lệ ở Úc gồm các nội dung sau<sup>19</sup>:

- (i) Những án lệ do Tòa án Tối cao Úc đưa ra có tính chất bắt buộc đối với mọi tòa án cấp thấp hơn, dù đó là vụ việc theo pháp luật liên bang hay tiểu bang. Tuy nhiên, nếu án lệ do một thẩm phán của Tòa án Tối cao đưa ra khi xét xử sơ thẩm, nó chỉ có ý nghĩa thực tiễn rất hạn chế.

- (ii) Trong từng tiểu bang hoặc vùng lãnh thổ, những án lệ do các tòa cấp cao hơn đưa ra có tính chất bắt buộc đối với tòa cấp dưới cùng hệ thống.

- (iii) Giữa các tiểu bang với nhau: Quyết

(17) Richard Ward & Amanda Wragg, *English Legal System*, 9th Ed, Oxford University Press, 2005, tr. 82.

(18) Cook v Cook (1987) 61 ALJR 24.

(19) Laurence Boulle, chú thích số 11.

định của tòa án bang này không có tính chất bắt buộc đối với tòa án bang khác. Tuy nhiên, nếu vụ kiện liên quan đến pháp luật liên bang, một thẩm phán xét xử sơ thẩm phải tuân theo quyết định của hội đồng xét xử ở bang khác về cùng vấn đề đó.

Cơ chế chung như vậy, nhưng ở Úc, án lệ được áp dụng ít khắt khe hơn so với ở Anh, nhất là trong các vụ việc liên quan đến luật hiến pháp<sup>20</sup>. Các cơ quan xét xử hành chính ở Úc (administrative tribunals) mặc dù không được coi là tòa án đích thực, nhưng cũng tuân theo nguyên tắc án lệ như của các tòa án thường với tính chất linh động hơn.

## 2. Hiệu lực của án lệ do bản thân tòa đang xét xử tạo ra

Có một câu hỏi đặt ra là: tòa án ở Úc có chịu ràng buộc bởi các quyết định của chính mình trước đó không? Tòa án Tối cao Úc từ lâu đã tuyên rằng, Tòa không phải tuân theo các án lệ của chính mình, và trên thực tế Tòa đã làm như vậy<sup>21</sup>. Các tòa phúc thẩm khác ở Úc cũng có thực tiễn tương tự.

Nhất là trong các vụ kiện liên quan đến Hiến pháp, tòa án ở Úc càng có lý do rời bỏ án lệ: Vì Hiến pháp có vị thế khác với các luật khác, quan trọng hơn các án lệ trong quá khứ; vì đối với các vấn đề hiến pháp, nếu có xảy ra sai sót, nghị viện không thể bác bỏ các quyết định của Tòa án Tối cao, cũng không thể sửa đổi Hiến pháp, vì phải qua trung cầu dân ý; vì nếu án lệ trước đó về vấn đề hiến pháp mà sai một cách rõ ràng, thì việc bãi bỏ nó sẽ mang lại lợi ích công cộng<sup>22</sup>.

Tuy nhiên, nói chung, và ngay cả trong những trường hợp liên quan đến Hiến pháp,

Tòa án Tối cao Úc cũng rất cẩn trọng khi bác bỏ án lệ của chính mình, xem xét thấu đáo mọi yếu tố như án lệ đó đưa ra đã bao lâu, những hệ quả nếu bác bỏ án lệ v.v... Không những thế, Tòa án Tối cao và các Tòa có thẩm quyền phúc thẩm khác ở Úc còn tính đến đến các yếu tố chính trị, kinh tế, xã hội, văn hóa khi áp dụng án lệ<sup>24</sup>. Từ cuối những năm 1980, trong một số trường hợp các thẩm phán đã tuyên bố rõ, họ ra phán quyết dựa trên các nguyên tắc chung và chính sách hơn là dựa trên án lệ, ví dụ trong vụ *Mabo (No 2)*<sup>25</sup>. Trong vụ này, thẩm phán Brennan nhấn mạnh: “Dù có biện luận thế nào chăng nữa trong những ngày đầu tiên xuất hiện nhằm từ chối không công nhận các quyền và lợi ích của người thổ dân đối với đất đai, cái kiểu lý luận bất công và phân biệt đối xử như thế không còn được chấp nhận. Trên phương diện này, mong đợi của cộng đồng quốc tế có tính chất tương đồng với các giá trị đương đại của nhân dân Úc”. Như chúng ta thấy, trong lập luận này thẩm phán không viện dẫn các quy tắc pháp lý của thông luật, mà dựa vào các chính sách như: chính sách đối với thổ dân, chính sách quan hệ quốc tế, các giá trị chung của nhân dân Úc.

## 3. Án lệ tham khảo

Giống như ở các nước thông luật khác, ở Úc cũng phân biệt các án lệ “phải tuân thủ” đã nói ở trên (binding precedent) và án lệ “cần tôn trọng và cân nhắc cẩn trọng” hay còn gọi là án lệ có sức thuyết phục (persuasive precedent). Những trường hợp sau đây được coi là tiền lệ tham khảo, không có tính chất bắt buộc trong thực tiễn xét xử ở Úc:

- Obiter dicta: Các luận cứ phụ của tòa cấp

(20) Laurence Boulle, xem chú thích số 11.

(21) Michael Kirby, xem chú thích số 4; Laurence Boulle, xem chú thích số 11.

(22) Michael Kirby, xem chú thích số 4; các lý do này đã được đưa ra trong các vụ kiện: *Australian Agricultural Co v Federated Engine-Drivers and Fireman's Association of Australia* (1913) 17 CLR 261; *Amalgamated Society of Engineers v Adelaide Steamship Co Ltd* (1920) 28 CLR 129; *R v Kirby* (1956) 94 CLR 254; *Lange v ABC*.

(23) Michael Kirby, xem chú thích số 4.

(24) Catriona Cook, Robin Creyke, Robert Geddes, Ian Holloway, *Laying Down the Law, chapter 6: Judicial Decision-Making*, 5th ed, Butterworths, Australia, 2001, p.103; xem thêm về các yếu tố cân cân nhắc khi Tòa án cấp cao nhất từ bỏ án lệ của chính mình trong bài: *Final Appellate Courts Overruling Their Own "Wrong" Precedents: The Ongoing Search for Principles*, (2002) 408 *Law Quarterly Review* 427, Vol 118.

(25) *Mabo v Queensland (No 2)* (1992) 175 CLR 1.

cao hơn không có tính chất bắt buộc, nhưng là một nguồn tham khảo có uy tín đối với các tòa cấp thấp hơn trong những vụ kiện phức tạp.

- Những quyết định tòa án ở các bang khác có thể được tham khảo ở Úc nếu đó là những phán quyết có tính thuyết phục cao, được đưa ra bởi những thẩm phán có uy tín.

- Các quyết định tòa án nước ngoài: Các thẩm phán và luật sư Úc có xu hướng viện dẫn các quyết định của tòa án ở các nước thông luật như Anh, Mỹ, Canada, New Zealand<sup>26</sup>.

Trước đây, nhiều quyết định của các tòa án Anh được tuân theo ở Úc như những án lệ<sup>27</sup>, thậm chí có trường hợp Tòa án Tối cao Úc coi trọng chúng hơn cả những quyết định của chính mình như trong vụ Piro kiện Foster<sup>28</sup>. Tòa án Tối cao Úc nhiều lần đã cho rằng, lịch sử của nước Úc và lịch sử thông luật khiến cho việc tìm kiếm hỗ trợ và phương hướng từ các tòa án Anh là điều tất yếu và nên làm<sup>29</sup>. Mặt khác, Tòa án Tối cao Úc cũng lưu ý, các án lệ từ các hệ thống pháp luật khác không có tính chất bắt

buộc ở Úc, và chỉ có ích khi có độ thuyết phục cao trong lập luận.

Hơn nữa, Tòa này nhấn mạnh, cần coi các án lệ từ Anh không hơn cũng không kém, không nhất thiết phải coi đó là những án lệ có tính thuyết phục cao hơn các án lệ từ các nước khác<sup>30</sup>. Chẳng hạn, khi xem xét các vấn đề của luật hiến pháp, các quyết định của các tòa án từ Mỹ và Canada có ảnh hưởng lớn đối với tòa án Úc vì đều có những điểm tương đồng. Còn đối với các vấn đề khác, các quyết định tòa án từ Scotland, Ireland, New Zealand, thậm chí Papua New Guinea thường được viện dẫn ở Úc.

- *Quy tắc pháp lý được đưa ra thiếu căn trọng (per incuriam)*: Tòa án ở Úc có thể không áp dụng một án lệ trước đó với lý do quyết định đó được đưa ra per incuriam, tức là thiếu căn trọng. Thẩm phán khi đưa ra lý do này phải chứng minh được rằng, tòa trước đó đã bỏ sót không viện dẫn quyết định tòa án hoặc quy định thành văn có liên quan, và nếu

### ***Ví dụ về bác bỏ án lệ***

1. *Bác bỏ án lệ vì cho rằng nó sai*: Trong phán quyết của vụ Northern Territory of Australia v Mengel (1995) ALR 1, Tòa án Tối cao Úc đã bác bỏ quy tắc pháp lý đưa ra trong vụ tương tự Beudesert Shirre Council v Smith (1966) 120 CLR 145. Lý do bác bỏ: quy tắc đó trái với luật về bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng do lỗi cầu thả (tort of negligence), vi phạm các quy định pháp luật thành văn liên quan, không viện dẫn được một quy tắc nào trước đó làm luận chứng.

2. *Bác bỏ án lệ không còn phù hợp*: Trong vụ R v L (1991) 174 CLR 379, Tòa án Tối cao phải phán xử việc chồng hãm hiếp vợ có phải là tội phạm hình sự không. Trong hơn 200 năm có quy tắc pháp lý của thông luật cho rằng, đó không phải là tội phạm, và Tòa án Tối cao Úc cũng đã có lần áp dụng nó trong vụ Bartlett v Barlett (1933) 50 CLR 3. Tuy nhiên, vào thời điểm xử vụ R v L năm 1991, các điều kiện và giá trị xã hội đã thay đổi rất nhiều khiến cho quy tắc đó không còn được chấp nhận trong dân chúng. Do đó, Tòa án Tối cao đã bác bỏ quy tắc đã tồn tại hơn 200 với lý do không còn phù hợp với sự phát triển của xã hội.

(26) Laurence Boule, xem chú thích số 4.

(27) Susan Y Bell, xem chú thích số 2.

(28) Piro v Foster (1943) 68 CLR 313.

(29) Ví dụ, trong vụ Cook v Cook, xem chú thích số 16.

(30) Ví dụ, Tòa án Tối cao Úc đã áp dụng một án lệ có gần 100 năm của Anh được đưa ra trong vụ Lister and Co v Stubbe (1890) 45 ChD 1 để xét xử các vụ kiện Day and Dent Constructions Proprietary Limited v North Australian Properties Proprietary Limited (1981-1982) 150 CLR 85; Daly v Sydney Stock Exchange Limited (1986) 60 ALJR 371.



tòa trước đó mà không bỏ sót thì quyết định của tòa đã phải khác. Về nguyên tắc, bất kỳ tòa nào cũng có thể viện dẫn lý do này, nhưng trên thực tế, các tòa cấp thấp hơn ở Úc thường không sử dụng nó đối với các quyết định của tòa cấp cao hơn.

- *Sử dụng pháp luật quốc tế*: Trong khoảng hai chục năm gần đây, thẩm phán của Tòa án tối cao Úc đã vài lần viện dẫn luật quốc tế khi xét xử, nhất là đối với giải thích hiến pháp và các quyền cơ bản của con người<sup>31</sup>. Tuy nhiên, vẫn còn nhiều ý kiến phản đối việc áp dụng trực tiếp luật quốc tế trong thực tiễn xét xử của tòa án ở Úc.

#### 4. Các kỹ thuật khu biệt và bác bỏ

*Khu biệt*: Khi xem xét một vụ kiện, thẩm phán ở Úc có thể “khu biệt” (distinguishes) phán quyết trước, tức là chỉ ra những điểm khác biệt về vấn đề pháp lý hoặc sự kiện pháp lý giữa hai vụ kiện để không áp dụng án lệ<sup>32</sup>. Ở đây thẩm phán không bác bỏ quy tắc pháp lý được thiết lập trong án lệ trước đó, mà chỉ

đơn giản không áp dụng nó. Chẳng hạn, lấy vụ Cook v Cook nói trên làm ví dụ. Quyết định của tòa trong vụ này có thể bị “khu biệt” trong một vụ sau này dựa trên cơ sở như: lái xe có thể có nhiều kinh nghiệm hơn bà Cook, hoặc hành khách không biết rằng lái xe không được phép lái v.v..

Kỹ thuật khu biệt cũng có thể dựa trên lý do là án lệ được đưa ra trước đó quá chung chung, quá rộng, cần phải thu hẹp, giới hạn trong các sự kiện pháp lý của vụ kiện đó<sup>33</sup>. Chẳng hạn, trong vụ Attorney - General (NSW) v Munday [1972] 2 NSWLR 887, thẩm phán đã từ chối không áp dụng án lệ của một vụ tương tự năm 1961 với lý do: án lệ đó quá chung chung.

Thẩm phán Úc cũng có thể lấy lý do án lệ đưa ra trước đó “không thỏa đáng” (unsatisfactory) để từ chối áp dụng nó. Chẳng hạn trong vụ Burnie Port Authority v General Jones Pty Ltd (1994) 179 CLR 520, Tòa án Tối cao Úc không áp dụng quy tắc pháp lý của vụ Rylands v Fletcher (1868) LR 3 HL 330 với lý

(31) Michael Kirby, xem chú thích số 4.

(32) Catriona Cook, Robin Creyke, Robert Geddes, Ian Holloway, *Laying Down the Law*, xem chú thích số 24, p.109.

(33) Catriona Cook, Robin Creyke, Robert Geddes, Ian Holloway, *Laying Down the Law*, xem chú thích số 24, p.108.

do “không thỏa đáng”. Tòa cho rằng, quy tắc đó phát sinh nhiều khó khăn khi áp dụng, tạo ra nhiều điều bất ổn, nhiều ngoại lệ.

Kỹ thuật khu biệt có thể được sử dụng bởi bất kỳ tòa án nào, thậm chí một tòa sơ thẩm cấp thấp nhất cũng có thể khu biệt một quyết định của tòa phúc thẩm cấp cao nhất<sup>34</sup>. Đây là một yếu tố then chốt trong hệ thống án lệ.

Bác bỏ: Trong một số trường hợp, nếu thẩm phán Úc thấy án lệ sai hoặc không còn phù hợp, ông/bà ta có thể bác bỏ (overules) và đưa ra phán quyết khác với quyết định trong án lệ trước đó (xem thêm trong hộp dưới đây). Chỉ có tòa cấp cao hơn hoặc cùng cấp mới được bác bỏ án lệ, khi họ cho rằng tòa cấp thấp hơn sai sót về luật<sup>35</sup>. Nói chung, người ta cho rằng, ở Úc không nhiều các trường hợp tòa án bác bỏ án lệ trước đó.

### 5. Công bố và trích dẫn án lệ

Không thể có án lệ nếu chúng không được lưu giữ. Ở Úc (cũng như các nước thông luật khác), án lệ được đăng tải trong các tuyển tập tòa án (Law Reports) và lưu giữ đã hơn trăm năm. Tuy nhiên, không phải mọi quyết định của tòa đều được đăng tải trong các tuyển tập này; những quyết định không được đăng vẫn có thể được áp dụng. Những tuyển tập các quyết định tòa án ở Úc gồm có Commonwealth Law Reports (CLR), Australia Law Report (ALR) và Australian Law Journal Reports (ALJR).

Các quyết định tòa án ở Úc được trích dẫn đúng như sau: *Babanlaris v Lutony Fashions Pty Ltd* (1987) 61 ALJR 304. Trong đó, *Babanlaris* - nguyên đơn, *Lutony Fashions Pty Ltd* - bị đơn. Chữ cái v. ở giữa - viết tắt của “versus” - “chống lại, kiện”. Những dữ liệu tiếp theo cho thấy quyết định đó đăng tải trong tuyển tập “Australian Law Journal Reports”, ở

tập xuất bản năm 1987, từ trang 304.

### 6. Quy tắc án lệ và luật thành văn (Statutory law)

Quy tắc án lệ được áp dụng trong việc giải thích luật thành văn ở Úc. Về mối quan hệ giữa luật thành văn và án lệ, nhiều tác giả phê phán việc áp dụng án lệ để giải thích luật thành văn<sup>36</sup>. Bởi lẽ, những điều khoản của luật bị chìm trong vô số các quyết định của thực tiễn tòa án. Tinh thần chung và mục đích của luật có nguy cơ bị lãng quên và mất hút trong vô số quyết định tòa án mà mỗi trong số đó chỉ giải quyết vấn đề riêng rẽ nào đó. Để tránh nguy cơ lạm dụng án lệ, giữ sự cân bằng giữa án lệ và luật thành văn, trong những trường hợp cần thiết, Nghị viện ở Úc có thể thông qua đạo luật bác bỏ án lệ của tòa án.

Mặt khác, thẩm phán của Tòa án Tối cao Úc Michael Kirby cho rằng, liên quan đến án lệ ở Úc, việc chuyên hướng trọng tâm trong thực tiễn xét xử của tòa sang luật thành văn trong những năm gần đây là bước thay đổi đáng chú ý nhất trong pháp luật nước này<sup>37</sup>. Số lượng các văn bản pháp luật (luật của nghị viện và văn bản dưới luật của hành pháp), tính chất quan trọng của chúng với tư cách là nguồn của pháp luật đã làm giảm ý nghĩa của án lệ trong việc phân tích, xác định giải pháp cho các vấn đề pháp lý.

### KẾT LUẬN

Án lệ đã ăn sâu vào thực tiễn xét xử của tòa án Úc, trở thành một nguồn pháp luật quan trọng hàng đầu ở nước này đối với cả tòa án, công quyền và công dân. Mặc dù không ít ý kiến phê phán án lệ<sup>38</sup>, nhưng không thể phủ nhận thực tế là nhờ án lệ, pháp luật Úc vẫn giữ

(34) *Laurence Boule*, xem chú thích số 11; *Catriona Cook, Robin Creyke, Robert Geddes, Ian Holloway, Laying Down the Law*, xem chú thích số 24, p.107.

(35) Xem vụ *Babanlaris v Lutony Fashions Pty Ltd* (1987) 61 ALJR 304; *Catriona Cook, Robin Creyke, Robert Geddes, Ian Holloway, Laying Down the Law*, như trên.

(36) *David Rene, Các hệ thống pháp luật chính trong thế giới hiện đại, sách dịch từ tiếng Nga, người dịch: Nguyễn Sĩ Dũng và Nguyễn Đức Lam, NXB TP Hồ Chí Minh, 2003, Chương III: Hệ thống thông luật.*

(37) *Michael Kirby*, xem chú thích số 4.

(38) Xem tổng hợp các ý kiến phê phán án lệ trong *Laurence Boule, Precedent and Legal Reasoning*, in *J. Corkey (ed.), The Study of Law*, 1988.

được sự nhất quán, thống nhất, tiên liệu, ổn định<sup>39</sup>. Hơn nữa, quy tắc án lệ không phải được áp dụng một cách máy móc, mà luôn đồng thời có đất cho sự sáng tạo, linh hoạt, đóng góp vào sự phát triển của luật pháp Úc.

Cần nhắc lại lần nữa, án lệ ở Úc, cũng như sự phát triển chung của hệ thống pháp luật nước này, không thể tách rời khỏi sự phát triển của thông luật Anh và án lệ Anh, ngay cả từ năm 1986, khi Luật nước Úc 1986 (Australia Act 1986) bãi bỏ hoàn toàn cơ chế bắt buộc tòa án Úc phải tuân theo án lệ Anh. Bên cạnh đó, pháp luật các nước khác thuộc hệ thống thông luật cũng có ảnh hưởng đến quá trình phát triển của án lệ ở Úc.

Cùng với sự phát triển cả về số lượng và tầm quan trọng ngày càng tăng của pháp luật thành văn, cần xem xét lại cơ chế vận hành của án lệ. Nhưng án lệ vẫn tiếp tục đóng vai trò quan trọng trong hệ thống pháp luật Úc. Trong hầu hết các trường hợp, nhất là ở cấp tòa sơ thẩm và cấp trung gian, việc xác định và áp dụng các quy tắc pháp lý trong án lệ vẫn có tính chất quyết định.

Thực tiễn án lệ ở Úc tạo ra cảm giác, dường như vai trò sáng tạo của thẩm phán là rất lớn. Thậm chí ở mức độ nhất định, có thể gọi pháp luật Úc là do thẩm phán tạo ra (jude-made law), thẩm phán cũng là nhà làm luật (law-maker)? Về vấn đề này, cần trao đổi vài điều.

Trước hết, sự sáng tạo của thẩm phán ở Úc đã thành thực tiễn được định hình, không thể chối bỏ. Nhưng chỉ có các thẩm phán của tòa cấp cao hơn mới có thẩm quyền tạo ra các quy tắc pháp lý. Thẩm phán Úc cũng có thái độ khác nhau đối với sự sáng tạo trong các lĩnh vực khác nhau. Như đã nói, trong lĩnh vực luật hiến pháp, họ mạnh dạn hơn; nhưng trong lĩnh vực luật tư, họ cẩn trọng hơn trong việc tạo ra án lệ.

Các thẩm phán Tòa án Tối cao Úc đã nhiều lần lưu ý đến những rủi ro của sự sáng tạo trong xét xử. Họ không phủ nhận những trường hợp Tòa án có lý do thay đổi các quy tắc pháp lý để theo kịp sự phát triển của xã hội. Nhưng các thẩm phán Úc cũng nêu ra “những lý do rất vững chắc tại sao Tòa án nên hạn chế làm việc này”<sup>40</sup>. Đó là: Tòa án không phải là cơ quan lập pháp, cũng không phải là Ủy ban cải cách pháp luật, cho nên không nhận được sự ủy quyền hợp pháp như Nghị viện hoặc không có các phương tiện như Ủy ban cải cách pháp luật hoặc các Ủy ban của Nghị viện để lúc nào cũng đòi thay đổi pháp luật.

Tuy nhiên, vai trò sáng tạo pháp luật của Tòa án Úc, nhất là Tòa án Tối cao ngày càng được thừa nhận. Đã có những trường hợp không có luật về vấn đề tòa phải giải quyết, hoặc luật hiện hành không đưa ra câu trả lời thỏa đáng như trong vụ Wik People v Queensland (1996) 187 CLR hoặc vụ Mambo đã dẫn. Lúc đó, theo nhiều ý kiến ở Úc, Tòa án không chỉ đơn thuần áp dụng pháp luật hiện hành, mà còn phải phát triển pháp luật bằng nhiều cách, ví dụ lấp các khoảng trống trong pháp luật. Nhờ vậy, thông luật đã “lớn mạnh” ở Úc. Qua đó, các thẩm phán Tòa án Tối cao Úc đóng vai trò như những “nhà làm luật”<sup>41</sup>, nhất là dưới thời Chánh án Mason.

Cuối cùng, điều quan trọng là, như thẩm phán Kirby đã nhấn mạnh, các thẩm phán Úc cần xác định đúng giới hạn, “biên giới” của sự sáng tạo<sup>42</sup>. Sự sáng tạo của thẩm phán nhằm thúc đẩy quá trình phát triển của pháp luật Úc, nhưng không được đi quá xa, tiềm ẩn nguy cơ tạo ra sự lộn xộn, hoặc phá vỡ trật tự pháp lý đã được định hình, cũng tức là phá vỡ sự ổn định, tiên liệu vốn là một mục tiêu, đồng thời là giá trị, đặc điểm của án lệ nói riêng, cũng như thông luật nói chung. ■

(39) Michael Kirby, xem chú thích số 4.

(40) Xem luận điểm của thẩm phán Mason trong vụ *State Government Insurance Commission v Trigwell* (1979) 142 CLR 617 at 633; của thẩm phán Gaudron và McHugh trong vụ *Breen v Williams* (1966) 186 CLR 71 at 115; của thẩm phán Kirby trong: Michael Kirby, “Courts and Policy: The Exciting Australian Scene” (1993) *Commonwealth Law Bulletin* 1794.

(41) G Williams, *The High Court and the Media* (1999) 1 *UTS Law Review* 136, p. 139; M N McHugh, *The Judicial Method*, (1999) *The Australian Law Journal*, Vol 73, pp. 37-51.

(42) Kirby, “Courts and Policy: The Exciting Australian Scene” (1993) *Commonwealth Law Bulletin* 1794, p. 1799.



### **Đính chính:**

Do lỗi sơ suất kỹ thuật từ nhà in, Mục lục Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 12(197) tháng 6/2011 có đưa thông tin nhầm tên bài viết và tác giả tại trang 19, chuyên mục **Nhà nước và pháp luật**. Xin được sửa lại là:

#### **NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT**

- 5** Tổ chức bộ máy quyền lực nhà nước trong xây dựng nhà nước pháp quyền Việt Nam dưới ánh sáng tư tưởng Hồ Chí Minh  
**GS,TSKH. Lê Văn Cẩm - TS. Nguyễn Khắc Hải**
- 19** Thẩm tra và giá trị pháp lý của thẩm tra  
**PGS, TS. Phan Trung Lý**
- 25** Nội dung của tuyên bố về ứng xử của các bên ở Biển Đông năm 2002  
**Nguyễn Duy Chiến**

#### **BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT**

- 30** Hợp đồng repo chứng khoán và việc sửa đổi chế định hợp đồng chuộc lại tài sản trong Bộ luật dân sự 2005  
**TS. Nguyễn Thị Thu Vân - TS. Trần Thị Thu Hà**
- 39** Xây dựng cơ chế bảo vệ người tố cáo  
**ThS. Hồ Thị Thu An**

#### **CHÍNH SÁCH**

- 46** Góc nhìn lịch sử về tính tự trị trong chính sách đối với cộng đồng các dân tộc Tây Nguyên  
**TS. Nguyễn Quốc Sửu - Nguyễn Anh Tuấn**

#### **THỰC TIỄN PHÁP LUẬT**

- 51** Hai ý kiến về quyết định hình phạt trong Bộ luật hình sự  
**TS. Phạm Văn Beo**

#### **KINH NGHIỆM QUỐC TẾ**

- 55** Cải cách hành chính tại một số quốc gia và kinh nghiệm vận dụng vào Việt Nam  
**TS. Nguyễn Văn Cường**

*Chúng tôi thành thật xin lỗi Tác giả PGS, TS. Trung Lý và Quý bạn đọc.*