

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

ISSN 1859 - 2953

www.nclp.org.vn

VĂN PHÒNG QUỐC HỘI

Số 2+3(234+235)/Tháng 1+2/2013



Xuân Quý Tỵ

2013

Chúc mừng năm mới

DIỄN ĐÀN VỀ NHÀ NƯỚC, PHÁP LUẬT, CHÍNH SÁCH

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn



Mục lục 1(2)+2(1)/2013

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

BÀN VỀ LẬP HIẾN

- 4** Vấn đề kiểm soát quyền lực trong dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992
TS. Đinh Xuân Thảo
- 13** Chế độ kinh tế trong Hiến pháp các nước và hiến pháp Việt Nam
GS, TS. Nguyễn Đăng Dung
- 19** Bàn về việc lấy ý kiến nhân dân đối với Dự thảo Hiến pháp
TS. Tào Thị Quyên
- 24** Chủ nghĩa hợp hiến tích cực
Bùi Ngọc Sơn
- 30** Luật Biển Việt Nam năm 2012: Khung pháp lý quan trọng bảo vệ, quản lý, sử dụng và hợp tác, hội nhập biển
PGS, TS. Nguyễn Hồng Thao
- 46** Quyền lựa chọn pháp luật trong tư pháp quốc tế Việt Nam
PGS, TS. Đỗ Văn Đại

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 56** Quyền sở hữu và quyền chiếm hữu – bài học về tình huống luật xa rời cuộc sống
PGS, TS. Nguyễn Ngọc Điện
- 63** Triết lý nào cho việc sửa đổi Bộ luật Dân sự?
TS. Nguyễn Quốc Vinh
- 69** Bộ luật Dân sự cần bổ sung quy định về chuyển giao hợp đồng
TS. Ngô Quốc Chiên
- 78** Sửa đổi Luật Doanh nghiệp để bảo đảm an toàn tài chính công ty cổ phần, lợi ích của cổ đông và chủ nợ
TS. Nguyễn Thị Lan Hương

CHÍNH SÁCH

- 85** Chính sách của Đảng và Nhà nước Việt Nam về phát triển văn hóa trong thời kỳ đổi mới
PGS, TS. Nguyễn Thanh Tuấn - ThS. Trần Thị Thúy Hà

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 93** Phạm vi các loại khiếu kiện hành chính thuộc thẩm quyền giải quyết của tòa án
PGS, TS. Nguyễn Cửu Việt
- 103** Bất cập và giải pháp hoàn thiện pháp luật hợp đồng ở Việt Nam
ThS. Phan Thông Anh
- 111** Môi trường pháp lý liên quan tới việc áp dụng tập quán thương mại ở Việt Nam
ThS. Nguyễn Mạnh Thắng

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 117** Các cơ quan giám sát độc lập trên thế giới
TS. Vũ Công Giao

HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

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

TỔNG BIÊN TẬP

TS. PHẠM VĂN HÙNG

TRỤ SỞ:

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

THIẾT KẾ:

HOÀNG NHI

GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:

Số 117/GP-NGÀY 30-3-2001
CỦA BỘ VH TT

PHÁT HÀNH:

HÀ NỘI: 080-43364

TÀI KHOẢN:

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

IN TẠI CÔNG TY CỔ PHẦN IN TÂY HỒ

GIÁ: 39.000 ĐỒNG

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn

Legis 1(2)+2(1)/2013

STATE AND LAW

Discussion on Constitution

- 4** The issue of power control in the draft amendment of the 1992 Constitution
Dr. Dinh Xuan Thao
- 13** Economic regime in the Vietnam Constitution and the constitution of other countries.
Prof, Dr. Nguyen Dang Dung
- 19** Discussion on the gathering people's opinions on the draft of the Constitution.
Dr. Tao Thi Quyen
- 24** Positive Constitutionalism
LLM. Bui Ngoc Son
- 30** Law of the Vietnamese Sea 2012: an important legal framework to protect, manage, use the seas, and the cooperation and integration of the sea.
Prof, Dr. Nguyen Hong Thao
- 46** The choice of laws in international judicial in Vietnam
Prof, Dr. Do Van Dai

DISCUSSION OF BILLS

- 56** Ownership and possession right - A lesson of law inappropriate to the life situations
Prof, Dr. Nguyen Ngoc Dien
- 63** Which standpoint for the amendment of the Civil Code
Dr. Nguyen Quoc Vinh
- 69** The Civil Code needs additional regulations on the contract transferring
Dr. Ngo Quoc Chien
- 78** Amendments to the Law on Enterprises to ensure the financial security of the joint stock company, the interests of shareholders and creditors
Dr. Nguyen Thi Lan Huong

POLICIES

- 85** Policies of the Party and State of Vietnam on cultural development in the reform era
**Prof, Dr. Nguyen Thanh Tuan -
LLM. Tran Thi Thuy Ha**

LEGAL PRACTICE

- 93** Range of administrative claims under the court's jurisdiction
Prof,
Dr. Nguyen Cuu Viet
- 103** Inadequacy and solutions to perfect the legislation on contract in Vietnam
LLM. Phan Thong Anh
- 111** Legal environment related to the application of commercial practices in Vietnam
LLM. Nguyen Manh Thang

FOREIGN EXPERIENCE

- 117** The independent supervisory agencies in the world
Dr. Vu Cong Giao



EDITORIAL:

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

EDITOR-IN-CHIEF:

Dr. PHAM VAN HUNG

OFFICE:

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

DESIGN:

HOANG NHI

LICENSE OF PUBLICATION:

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

DISTRIBUTION:

HA NOI: 080-43364

ACCOUNT NUMBER:

0011000467735
LEGISLATIVE STUDY MAGAZINE
VIETCOMBANK

PRINTED BY: TAYHO PRINTING
JOINT STOCK COMPANY

Price: 39,000 VND



Chúc Mừng Năm Mới
Happy New Year

Mừng

NGUYỄN SINH HÙNG

**Chủ tịch Quốc hội nước Cộng hòa Xã hội chủ nghĩa Việt Nam
The President of the National Assembly of the S.R. Viet Nam**



VẤN ĐỀ KIỂM SOÁT QUYỀN LỰC TRONG DỰ THẢO SỬA ĐỔI HIẾN PHÁP 1992

ĐINH XUÂN THẢO*

1. Vấn đề kiểm soát quyền lực nhà nước

Tư tưởng phân quyền được các nhà triết học đặt ra từ thời La Mã cổ đại và phát triển hoàn thiện ở thời kỳ Khai sáng với sự ra đời của thuyết tam quyền phân lập.

Nội dung cốt lõi của học thuyết này cho rằng, quyền lực nhà nước (QLNN) luôn có xu hướng tự mở rộng, tự tăng cường vai trò của mình, dần dần xuất hiện xu thế lạm quyền, chuyên quyền trong việc thực thi QLNN. Do vậy, để đảm bảo các quyền tự do cơ bản của công dân được thực thi, ngăn ngừa hành vi lạm quyền của các chủ thể nắm giữ quyền lực, Nhà nước cần phải thiết lập cơ chế nhằm giới hạn quyền lực của các cơ quan của mình. Theo đó, thuyết tam quyền phân lập đề cao phương án giới hạn quyền lực của các nhánh quyền lực bằng công cụ pháp lý thông qua việc phân chia thành các nhánh lập pháp, hành pháp và tư pháp, làm cho các nhánh quyền lực này chỉ được phép hoạt động trong phạm vi quy định của pháp luật. Trên thực tế, sự phân chia này không

chỉ nhằm chuyên môn hoá các quyền mà còn tạo ra cơ chế giám sát, chế ước lẫn nhau giữa các nhánh quyền lực, tạo nên sự cân bằng về quyền lực giữa các cơ quan công quyền.

Trải qua các thời kỳ lịch sử, mặc dù còn những hạn chế nhất định nhưng tinh thần của học thuyết tam quyền phân lập về sự phân công và kiểm soát quyền lực vẫn được các quốc gia theo các thể chế chính trị khác nhau kế thừa và phát triển.

Ở nước ta, mặc dù không thừa nhận việc phân chia quyền lực theo cơ chế tam quyền phân lập nhưng Đảng ta đã khẳng định: “Nhà nước ta là Nhà nước pháp quyền (NNPQ) xã hội chủ nghĩa (XHCHN) của nhân dân, do nhân dân và vì nhân dân”; tổ chức và hoạt động của bộ máy nhà nước (BMNN) dựa trên nguyên tắc nền tảng là: “QLNN¹ là thống nhất; có sự phân công, phối hợp và kiểm soát giữa các cơ quan trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp”². Như vậy, việc khẳng định cơ chế

* TS. Viện trưởng Viện Nghiên cứu Lập pháp thuộc Ủy ban Thường vụ Quốc hội.

1 QLNN được hiểu là quyền lực của nhân dân trao cho các cơ quan nhà nước tổ chức và thực hiện trên thực tế.

2 Cương lĩnh xây dựng đất nước trong thời kỳ quá độ đi lên chủ nghĩa xã hội (bổ sung, phát triển năm 2011).

kiểm soát quyền lực trong hoạt động của BMNN đã cho thấy sự thay đổi trong nhận thức lý luận và thực tiễn của Đảng ta trong quá trình xây dựng và hoàn thiện NNPQ Việt Nam XHCN. Vậy kiểm soát quyền lực được hiểu như thế nào?

Theo nghĩa rộng, kiểm soát QLNN chính là việc thiết kế tổ chức và thực thi QLNN sao cho đạt được mục đích chính trị chung và hiệu quả cao nhất. Xét theo nghĩa hẹp, kiểm soát QLNN là toàn bộ những phương thức, quy trình, quy định mà dựa vào đó, Nhà nước và xã hội có thể ngăn chặn, loại bỏ những hoạt động sai trái của các thiết chế QLNN, đảm bảo cho QLNN thực thi đúng mục đích chung và đạt được hiệu quả cao nhất.

Trên thực tế, kiểm soát QLNN là một nhu cầu khách quan từ phía người ủy quyền là nhân dân đối với người được ủy quyền là Nhà nước. Vì thế, mục đích chính của kiểm soát quyền lực là bảo đảm cho QLNN được sử dụng đúng mục đích, được thực thi có hiệu quả trong thực tiễn.

2. Quan điểm của Đảng và Nhà nước ta về sự phân công, phối hợp và kiểm soát quyền lực nhà nước

Ở nước ta, nguyên tắc phân công, phối hợp và kiểm soát QLNN bắt nguồn từ nguồn gốc và bản chất của NNPQ XHCN là “tất cả QLNN thuộc về nhân dân”. Cương lĩnh xây dựng đất nước trong thời kỳ quá độ đi lên chủ nghĩa xã hội năm 1991 khẳng định: “Nhà nước Việt Nam thống nhất ba quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp, với sự phân công rành mạch ba quyền đó”³. Tiếp tục

tổng kết thực tiễn, hoàn thiện và phát triển quan điểm nói trên của Cương lĩnh 1991 trong điều kiện xây dựng NNPQ XHCN của dân, do dân và vì dân, Nghị quyết Đại hội Đại biểu toàn quốc lần thứ VIII của Đảng khẳng định: “QLNN 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”⁴. Tiếp theo đó, Nghị quyết Đại hội IX của Đảng khẳng định: “Nhà nước ta là công cụ chủ yếu để thực hiện quyền làm chủ của nhân dân, là NNPQ của dân, do dân, vì dân. QLNN 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”⁵. Đến năm 2001, Quốc hội khóa X đã tiến hành sửa đổi, bổ sung một số điều của Hiến pháp năm 1992, trong đó đã thể chế các quan điểm trên của Đảng thành một trong những nguyên tắc tổ chức và hoạt động của BMNN ta. Điều 2 Hiến pháp 1992 sửa đổi (2001) ghi rõ: “Nhà nước Cộng hòa XHCN Việt Nam là NNPQ XHCN của nhân dân, do nhân dân, vì nhân dân. Tất cả QLNN thuộc về nhân dân mà nền tảng là liên minh giai cấp công nhân với giai cấp nông dân và đội ngũ trí thức. QLNN 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”⁶.

Có thể nói, tư tưởng về sự thống nhất quyền lực có sự phân công, phối hợp với nhau trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp đã được thể hiện nhất quán trong tư duy lý luận của Đảng ta. Đây là một trong những quan điểm quan

3 Trích Cương lĩnh xây dựng đất nước trong thời kỳ quá độ đi lên chủ nghĩa xã hội năm 1991 – Văn kiện Đại hội Đảng toàn quốc lần thứ VII. Nguồn: www.dangcongsan.vn.

4 Điểm 2, mục X Văn kiện Đại hội Đảng toàn quốc lần thứ VIII, nguồn Văn kiện Đảng, Báo điện tử Đảng cộng sản, <http://www.dangcongsan.vn>

5 Điểm 1 mục IX - Báo cáo chính trị của Ban Chấp hành Trung ương Đảng khoá VIII tại Đại hội Đại biểu toàn quốc lần thứ IX của Đảng. Nguồn Văn kiện Đảng, Báo điện tử Đảng cộng sản, <http://www.dangcongsan.vn>

6 Điều 2 Hiến pháp nước Cộng hòa XHCN Việt Nam, đã được sửa đổi bổ sung năm 2001.

trọng, thể hiện sự phát triển về nhận thức lý luận của Đảng và Nhà nước trong quá trình tổ chức và thực hiện QLNN thuộc về nhân dân, trở thành nguyên tắc cơ bản chỉ đạo công cuộc cải cách, xây dựng BMNN ta trong thời kỳ đổi mới.

Cùng với sự phát triển tư duy lý luận trong thời kỳ lịch sử mới, trên cơ sở tổng kết thực tiễn của quá trình 25 năm đổi mới, Đại hội Đảng lần thứ XI đã thông qua Cương lĩnh xây dựng đất nước trong thời kỳ quá độ lên chủ nghĩa xã hội (bổ sung, phát triển năm 2011), trong đó tiếp tục khẳng định “Nhà nước ta là NNPQ XHCN của nhân dân, do nhân dân và vì nhân dân”; tổ chức và hoạt động của nó dựa trên một trong những nguyên tắc nền tảng: “QLNN là thống nhất; có sự phân công, phối hợp và kiểm soát giữa các cơ quan trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp”⁷. So với Cương lĩnh năm 1991, Cương lĩnh 2011 đã thể hiện sự nhận thức đúng đắn của Đảng ta trước bối cảnh lịch sử mới. Cương lĩnh không chỉ khẳng định rõ ràng: “Nhà nước ta là NNPQ XHCN” mà còn đưa một nội dung mới vào nguyên tắc tổ chức và hoạt động của BMNN là: “Kiểm soát giữa các cơ quan trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp”. Sự bổ sung và phát triển này có ý nghĩa to lớn, thể hiện quyết tâm chính trị của Đảng ta trong quá trình xây dựng và hoàn thiện NNPQ XHCN Việt Nam trong giai đoạn lịch sử mới hiện nay.

3. Cơ chế kiểm soát quyền lực trong Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992

Hiến pháp năm 1992, sửa đổi, bổ sung năm 2001 đã thể hiện một bước tiến quan

trọng khi quy định về phương thức tổ chức QLNN so với các bản Hiến pháp trước đó. Sau 20 năm thực hiện các quy định của Hiến pháp năm 1992, nhân dân ta đã thực hiện được quyền làm chủ của mình, quyền lực nhân dân được bảo đảm ngày càng hiệu quả hơn; nhân dân trực tiếp bầu ra các cơ quan QLNN từ trung ương đến địa phương; tham gia vào các công việc của Nhà nước; trực tiếp tham gia kiểm tra, giám sát hoạt động của BMNN hoặc thông qua các cơ quan dân cử, các tổ chức chính trị - xã hội hay bằng các cơ chế, cách thức cụ thể khác.

Tuy nhiên, bên cạnh những thành tựu cơ bản đã đạt được thì việc thi hành các quy định của Hiến pháp năm 1992 về nguyên tắc tổ chức và hoạt động của BMNN vẫn còn một số điểm hạn chế. Cụ thể, nguyên tắc “tất cả QLNN thuộc về nhân dân” trong Hiến pháp năm 1992 chưa được thể hiện một cách đầy đủ trên cả hai hình thức là dân chủ đại diện và dân chủ trực tiếp. Cơ chế để nhân dân thực hiện quyền dân chủ trực tiếp và giám sát việc thực hiện QLNN trên thực tế chưa đầy đủ. Việc sử dụng QLNN của nhân dân theo Hiến pháp năm 1992 còn chủ yếu thể hiện ở hình thức dân chủ đại diện. Bên cạnh đó, Hiến pháp năm 1992 đã khẳng định Nhà nước Cộng hòa XHCN Việt Nam là NNPQ XHCN nhưng nguyên tắc này chưa được thể hiện rõ ràng trong bản Hiến pháp khi chưa xác định rõ chủ thể thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp; chưa thể hiện rõ yêu cầu mới về “kiểm soát QLNN” trong nguyên tắc tổ chức thực hiện QLNN...

Xuất phát từ những nội dung trên, Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992 đã có những

⁷ Trích Điểm 2, Mục IV – Hệ thống chính trị và vai trò lãnh đạo của Đảng, Cương lĩnh xây dựng đất nước trong thời kỳ quá độ đi lên chủ nghĩa xã hội, bổ sung, phát triển năm 2011.

bước tiến mới, thể hiện sự phát triển trong tư duy lý luận của Đảng ta khi bổ sung, hoàn thiện nguyên tắc tổ chức và hoạt động của BMNN. Điều 2 Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992 khẳng định: “Nhà nước Cộng hòa XHCN Việt Nam là NNPQ XHCN của nhân dân, do nhân dân, vì nhân dân. Tất cả QLNN 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. QLNN là thống nhất, có sự phân công, phối hợp và kiểm soát giữa các cơ quan nhà nước trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp”⁸.

Như vậy, nội dung kiểm soát QLNN đã được Dự thảo sửa đổi Hiến pháp ghi nhận nhằm bảo đảm thực hiện triệt để nguyên tắc: Tất cả QLNN thuộc về nhân dân trên thực tiễn. Tuy nhiên, kiểm soát QLNN là một vấn đề phức tạp và QLNN chỉ có thể được kiểm soát khi Nhà nước có cơ chế xác định rõ ràng và có các điều kiện cần thiết cho sự vận hành của nó trên thực tế. Cơ chế đó bao gồm hình thức kiểm soát theo chiều ngang (là sự phân công, phối hợp và kiểm soát giữa các cơ quan trong BMNN) và hình thức kiểm soát theo chiều dọc (là sự kiểm soát giữa trung ương và địa phương thông qua việc phân công, phân cấp, phân quyền giữa các cơ quan nhà nước ở trung ương với các cơ quan nhà nước ở địa phương; sự kiểm soát của nhân dân với tư cách là chủ thể tối cao của QLNN đối với các cơ quan được ủy quyền thực thi QLNN). Theo đó, những nội dung đã được Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992 thể hiện một cách cụ thể hơn.

Về hình thức kiểm soát theo chiều ngang: đây là mối quan hệ kiểm soát quyền lực bên trong tổ chức và hoạt động của

BMNN ở trung ương: lập pháp, hành pháp, tư pháp.

Thứ nhất, Dự thảo sửa đổi Hiến pháp năm 1992 đã thể hiện rõ sự phân công quyền lực giữa các cơ quan trong BMNN. Theo đó, Quốc hội được xác định là cơ quan đại biểu cao nhất của nhân dân, cơ quan QLNN cao nhất của nước Cộng hòa XHCN Việt Nam, thực hiện quyền lập hiến, quyền lập pháp, quyết định các vấn đề quan trọng của đất nước và giám sát tối cao đối với hoạt động của Nhà nước; Chính phủ được khẳng định là cơ quan hành chính nhà nước cao nhất, cơ quan thực hiện quyền hành pháp và là cơ quan chấp hành của Quốc hội; Tòa án nhân dân được xác định là cơ quan xét xử và là cơ quan thực hiện quyền tư pháp. Bên cạnh đó, việc phân biệt rõ ràng các nhóm quyền thuộc ba quyền này cũng được Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992 quy định.

Như vậy, mặc dù Nhà nước ta không thừa nhận cơ chế tam quyền phân lập nhưng Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992 thể hiện rõ nội dung “ba quyền được xác lập” khi đã xác lập rõ ba quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp trên thực tế. Sự phân công rành mạch ba quyền này không chỉ tạo cơ sở pháp lý cho việc chuyên nghiệp hóa các quyền mà còn là yếu tố đầu tiên tạo ra cơ chế kiểm soát quyền lực hiệu quả giữa các cơ quan trong BMNN. Thực tiễn cho thấy, chỉ trên cơ sở phân công một cách đúng đắn, hợp lý, minh bạch, rõ ràng giữa ba quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp để cho các quyền đó có điều kiện thực hiện đầy đủ và đúng đắn ý nguyện của nhân dân đã được ghi nhận thành các quy định của Hiến pháp và các đạo luật thì việc kiểm soát QLNN mới có hiệu quả.

8 Điều 2 Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992. Nguồn: nld.com.vn – Toàn văn Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992, ngày 2/1/2013.

Thứ hai, Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992 thể hiện rõ hơn sự phối hợp chặt chẽ giữa các cơ quan trong việc thực thi QLNN.

Cùng với sự phân công rành mạch chức năng, nhiệm vụ của các cơ quan trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp, cơ chế kiểm soát QLNN trong Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992 còn được thực hiện thông qua sự phối hợp chặt chẽ giữa các cơ quan trong việc thực hiện chức năng, nhiệm vụ của mình, tránh sự lấn sân, chồng chéo khi thực thi các chức năng, nhiệm vụ đó.

a) Cơ chế phối hợp trong việc thực hiện quyền lập pháp: Dự thảo sửa đổi Hiến pháp năm 1992 khẳng định Quốc hội là cơ quan thực hiện quyền lập hiến, lập pháp, cơ quan QLNN cao nhất. Theo đó, sự phối hợp, kiểm soát hoạt động của Quốc hội cũng được thể hiện ở việc thực hiện các chức năng, nhiệm vụ này. Cụ thể:

Quyền lập hiến: Theo tinh thần của Nghị quyết Trung ương 5, trong Dự thảo sửa đổi Hiến pháp năm 1992, việc làm Hiến pháp, sửa đổi Hiến pháp được quy định như sau: “1. Chủ tịch nước, Ủy ban Thường vụ Quốc hội (UBTVQH), Chính phủ hoặc ít nhất một phần ba tổng số đại biểu Quốc hội có quyền đề nghị làm Hiến pháp, sửa đổi Hiến pháp. Quốc hội quyết định việc làm Hiến pháp, sửa đổi Hiến pháp khi có ít nhất hai phần ba tổng số đại biểu Quốc hội biểu quyết tán thành; 2. Quốc hội thành lập Ủy ban dự thảo Hiến pháp. Thành phần, số lượng thành viên, nhiệm vụ và quyền hạn của Ủy ban dự thảo Hiến pháp do Quốc hội

quyết định; 3. Ủy ban dự thảo Hiến pháp soạn thảo, tổ chức lấy ý kiến nhân dân và trình Quốc hội về dự thảo Hiến pháp; 4. Dự thảo Hiến pháp được thông qua khi có ít nhất hai phần ba tổng số đại biểu Quốc hội biểu quyết tán thành. Việc trưng cầu ý dân về Hiến pháp do Quốc hội quyết định”⁹.

Quyền lập pháp: Hiến pháp 1992 quy định quyền lập pháp do Quốc hội thực hiện. Quốc hội là cơ quan duy nhất có quyền quyết định việc thông qua hay không thông qua các dự án luật. Tuy nhiên, Hiến pháp cũng quy định sự tham gia và phối hợp của nhiều chủ thể khác nhau trong việc trình các dự án luật¹⁰. Xuất phát từ tầm quan trọng của vấn đề sáng kiến lập pháp, Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992 tiếp tục ghi nhận các chủ thể có quyền trình các dự án luật tại Điều 89 như sau: “Chủ tịch nước, UBTVQH, Hội đồng Dân tộc, Ủy ban của Quốc hội, Chính phủ, Tòa án nhân dân tối cao, Viện kiểm sát nhân dân tối cao, Kiểm toán Nhà nước, Mặt trận Tổ quốc Việt Nam và các tổ chức thành viên của Mặt trận có quyền trình dự án luật trước Quốc hội. Đại biểu Quốc hội có quyền trình kiến nghị về luật và dự án luật trước Quốc hội”¹¹.

Như vậy, Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992 đã ghi nhận quyền sáng kiến lập pháp của nhiều chủ thể và có quy định rõ sự khác nhau về quyền sáng kiến lập pháp của cá nhân đại biểu Quốc hội với các cơ quan, tổ chức có thẩm quyền¹². Trên thực tế, ở nước ta hiện nay, có hơn 95% các dự án luật là do Chính phủ trình, một số văn bản luật do Tòa

9 Điều 124 Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992. Nguồn: nld.com.vn – Toàn văn Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992, ngày 2/1/2013.

10 Điều 87 Hiến pháp 1992 ghi rõ: “Chủ tịch nước, UBTVQH, Hội đồng Dân tộc và các Ủy ban của Quốc hội, Chính phủ, Tòa án nhân dân tối cao, Viện kiểm sát nhân dân tối cao, Mặt trận Tổ quốc Việt Nam và các tổ chức thành viên của Mặt trận có quyền trình dự án luật ra trước Quốc hội. Đại biểu Quốc hội có quyền trình kiến nghị về luật và dự án luật ra trước Quốc hội. Thủ tục trình Quốc hội dự án luật, kiến nghị về luật do luật định”.

11 Điều 89 Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992. Tlđđ.

12 Theo đó, đại biểu Quốc hội có hai quyền là quyền trình dự án luật và quyền trình kiến nghị về luật; còn các chủ thể là các cơ quan, tổ chức có quyền trình dự án luật.

án soạn thảo và trình Quốc hội. Sự tham gia của các cơ quan trong quá trình soạn thảo và trình các dự án luật đã thể hiện rõ sự phối hợp giữa Quốc hội với các cơ quan hành pháp, tư pháp trong việc thực hiện quyền lập pháp.

Bên cạnh đó, Chủ tịch nước cũng tham gia vào quá trình lập pháp này với vai trò sáng kiến lập pháp, công bố Hiến pháp, luật, pháp lệnh. Trong quá trình công bố các văn bản pháp luật, Chủ tịch nước cũng có quyền không công bố pháp lệnh đã được UBTVQH thông qua và có quyền đề nghị UBTVQH xem xét lại pháp lệnh. Trong trường hợp UBTVQH vẫn tán thành pháp định đó thì Chủ tịch nước có quyền đề nghị Quốc hội xem xét lại ở kỳ họp gần nhất. Đây là cách thức Chủ tịch nước vừa tham gia, vừa kiểm soát quyền ban hành pháp lệnh của UBTVQH.

b) Cơ chế phối hợp trong việc thực hiện quyền hành pháp

Dự thảo sửa đổi Hiến pháp năm 1992 khẳng định: Chính phủ là cơ quan thực hiện quyền hành pháp. Theo đó, Chính phủ có quyền ban hành các chính sách, văn bản độc lập để thực hiện nhiệm vụ của mình. Đây là một điểm mới được quy định trong Dự thảo sửa đổi Hiến pháp so với Hiến pháp năm 1992. Nếu như Hiến pháp năm 1992 chỉ quy định Chính phủ có quyền ban hành các văn bản hướng dẫn chi tiết việc thi hành luật, pháp lệnh, nghị quyết của Quốc hội, UBTVQH thì Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992 đã khẳng định sự độc lập của Chính phủ trong việc ban hành một số văn bản quy phạm pháp luật nhằm phục vụ cho hoạt động quản lý thống nhất các cơ quan trong BMNN của mình¹³.

Trong việc thực hiện quyền hành pháp, mối quan hệ phối hợp giữa Quốc hội và

Chính phủ còn được thể hiện rõ ở quyền quyết định và hoạch định chính sách. Theo đó, Quốc hội chỉ quyết định những chính sách dài hạn, mang tầm định hướng quốc gia; còn Chính phủ sẽ quyết định những chính sách ngắn hạn, mang tính chất điều hành, thể hiện sự phản ứng linh hoạt của Nhà nước với thực tiễn phát triển ở trong nước và quốc tế.

Bên cạnh đó, cơ chế phối hợp trong việc thực hiện quyền hành pháp còn được thể hiện thông qua việc Quốc hội tham gia vào việc quy định tổ chức và hoạt động của Chính phủ, quyết định việc thành lập hoặc bãi bỏ các bộ, cơ quan ngang bộ; thành lập mới, phân chia điều chỉnh địa giới hành chính tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương; thành lập hoặc giải thể các đơn vị hành chính kinh tế đặc biệt...; UBTVQH có quyền quyết định thành lập mới, nhập, chia điều chỉnh địa giới đơn vị hành chính dưới tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương.

c) Cơ chế phối hợp trong việc thực hiện quyền tư pháp

Quyền tư pháp là quyền xét xử, được nhân dân giao cho Tòa án. Độc lập và chỉ tuân theo pháp luật trong xét xử là nguyên tắc xuyên suốt và cao nhất trong tổ chức thực hiện quyền này. Mọi cá nhân, cơ quan, tổ chức không được phép can thiệp vào hoạt động xét xử của Tòa án. Việc bảo vệ pháp luật, công lý, tự do của công dân là trách nhiệm hàng đầu của quyền tư pháp. Do đó, các cơ quan, tổ chức và cá nhân tôn trọng, giữ gìn, bảo vệ tính pháp quyền và công lý trong các phán quyết của Tòa án chính là cách thức thể hiện sự phối hợp quan trọng nhất, giúp cơ quan tư pháp thực hiện tốt chức năng, nhiệm vụ của mình.

13 Điều 105 Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992 quy định: "Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ, Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ ban hành văn bản pháp luật để thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn của mình theo quy định của luật và kiểm tra việc thi hành các văn bản đó".

Thứ ba, cơ chế kiểm soát quyền lực giữa các cơ quan trong BMNN

Nhằm nâng cao tính hiệu lực, hiệu quả của kiểm soát quyền lực trên thực tiễn, bên cạnh việc quy định rõ sự phân công, phối hợp trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp, Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992 còn khẳng định cơ chế kiểm soát giữa các cơ quan trong BMNN.

Dự thảo sửa đổi Hiến pháp đã quy định một chương riêng về các thiết chế hiến định độc lập, bao gồm ba cơ quan: Hội đồng Hiến pháp, Hội đồng bầu cử Quốc gia và Kiểm toán Nhà nước. Việc ghi nhận các thiết chế hiến định độc lập này, một lần nữa cho thấy quyết tâm chính trị của Đảng và Nhà nước ta trong việc thực hiện triệt để nguyên tắc kiểm soát QLNN.

Kiểm soát đối với quyền lập pháp: Hội đồng Hiến pháp là cơ quan do Quốc hội thành lập, gồm Chủ tịch, các Phó Chủ tịch và các Ủy viên. Hội đồng Hiến pháp kiểm tra tính hợp hiến của các văn bản quy phạm pháp luật do Quốc hội, Chủ tịch nước, UBTVQH, Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ, Tòa án nhân dân tối cao, Viện Kiểm sát nhân dân tối cao ban hành¹⁴. Nếu phát hiện luật vi hiến, Hội đồng Hiến pháp có quyền kiến nghị Quốc hội xem xét lại văn bản quy phạm pháp luật của mình; có quyền yêu cầu Chủ tịch nước, UBTVQH, Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ, Tòa án nhân dân tối cao, Viện Kiểm sát nhân dân tối cao sửa đổi, bổ sung văn bản quy phạm pháp luật của mình hoặc đề nghị cơ quan có thẩm quyền hủy bỏ văn bản vi phạm Hiến pháp. Có thể nói, đây là thiết chế hiến định độc lập đầu tiên có chức năng hỗ trợ, giúp Quốc hội - cơ quan QLNN cao nhất - thực hiện cơ chế tự kiểm soát việc ban hành các văn bản quy phạm

pháp luật của mình; giúp Quốc hội thực hiện quyền giám sát các văn bản, bãi bỏ các văn bản quy phạm pháp luật vi hiến do các chủ thể khác ban hành.

Kiểm soát quyền hành pháp: cơ chế kiểm soát đối với quyền hành pháp được thực hiện trước hết từ cơ quan lập pháp. Theo đó, Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992 tiếp tục khẳng định Quốc hội có quyền bầu, bãi nhiệm, miễn nhiệm Thủ tướng Chính phủ; có quyền phê chuẩn việc bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức các Phó Thủ tướng Chính phủ, Bộ trưởng... Quốc hội có quyền bãi bỏ các văn bản pháp luật sai trái của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ trái với Hiến pháp, luật, nghị quyết của Quốc hội và thực hiện quyền giám sát hoạt động của Chính phủ, xem xét báo cáo của Chính phủ.

Sau khi Nghị quyết về lấy phiếu tín nhiệm, bỏ phiếu tín nhiệm được thông qua thì một cơ chế kiểm soát mới từ phía Quốc hội đối với Chính phủ được thực hiện. Theo đó, Quốc hội có quyền lấy phiếu tín nhiệm, bỏ phiếu tín nhiệm đối với người giữ các chức vụ do Quốc hội bầu như Thủ tướng Chính phủ, phê chuẩn như Phó Thủ tướng, các Bộ trưởng... Về phía các cơ quan tư pháp, việc thực hiện cơ chế kiểm soát từ phía tư pháp đối với cơ quan thực hiện quyền hành pháp cũng được xác lập thông qua cơ chế phán quyết của Tòa hành chính đối với các quyết định hành chính và hành vi hành chính của cán bộ thuộc cơ quan quản lý hành chính nhà nước.

Kiểm soát quyền tư pháp: Tòa án được xác định là cơ quan thực hiện quyền tư pháp. Hiện nay, trong cơ chế phân công, phối hợp giữa các cơ quan trong BMNN, Tòa án đóng vai trò quan trọng trong việc phối hợp tham gia vào quyền lập pháp.

¹⁴ Theo Điều 120, Dự thảo sửa đổi Hiến pháp năm 1992. Nguồn: nld.com.vn - Toàn văn Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992, ngày 2/1/2013.

Theo Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992, cơ chế kiểm soát từ phía lập pháp đối với quyền tư pháp được thể hiện thông qua việc Quốc hội có quyền bầu, bãi nhiệm, miễn nhiệm đối với các chức danh là Chánh án Tòa án nhân dân tối cao; Quốc hội lấy phiếu tín nhiệm, bỏ phiếu tín nhiệm đối với các chức danh do mình bầu ra như Chánh án Tòa án nhân dân tối cao, Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao¹⁵.

Cơ chế kiểm soát thứ hai đối với quyền tư pháp là Chủ tịch nước thực hiện quyền kiểm soát tư pháp thông qua việc bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức đối với chức danh Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao.

Như vậy, kiểm soát QLNN theo chiều ngang chính là cơ chế kiểm soát bên trong giữa các cơ quan trong BMNN. Thông qua việc phân định rõ vai trò, trách nhiệm của các chủ thể trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp, Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992 không chỉ tạo ra cơ chế ngăn chặn sự lạm quyền mà còn tạo được sự chủ động trong hoạt động của mỗi cơ quan, tiến tới sự hoạt động đồng bộ của BMNN.

VỀ HÌNH THỨC KIỂM SOÁT THEO CHIỀU DỌC:

Hình thức kiểm soát này được hiểu là sự kiểm soát của nhân dân đối với các cơ quan công quyền (theo chiều từ trên xuống và từ dưới lên) và sự phân công, phân cấp, phân quyền rõ ràng giữa các cơ quan nhà nước ở trung ương với các cơ quan nhà nước ở địa phương.

Trước hết, cơ chế kiểm soát theo chiều dọc được thực hiện thông qua hình thức kiểm soát quan trọng nhất, kiểm soát của nhân dân - chủ thể tối cao và duy nhất của QLNN, đối với Nhà nước - chủ thể quản lý. Đây là mối

quan hệ kiểm soát quyền lực của người chủ đối với chủ thể được ủy quyền là các cơ quan nhà nước. Theo quy định của pháp luật hiện hành, nhân dân có quyền kiểm soát trực tiếp các cơ quan nhà nước thông qua việc tham gia vào hoạt động quản lý nhà nước; bầu, miễn nhiệm Đại biểu Quốc hội, giám sát hoạt động của Đại biểu Quốc hội; thông qua Quốc hội, nhân dân có quyền lấy phiếu tín nhiệm, bỏ phiếu tín nhiệm đối với các chức danh do Quốc hội bầu, phê chuẩn... Bên cạnh đó, thông qua các tổ chức chính trị - xã hội, nghề nghiệp của mình, nhân dân thực hiện việc giám sát và phản biện xã hội đối với hoạt động của các cơ quan nhà nước, đại biểu dân cử và cán bộ, công chức, viên chức¹⁶. Đối với cách tiếp cận giám sát từ dưới lên: nhân dân có quyền nêu ý kiến, nguyện vọng của mình đối với Quốc hội, các cơ quan và tổ chức hữu quan thông qua các đại biểu do mình bầu ra...

Thứ hai, về sự phân cấp, phân quyền, kiểm soát giữa trung ương và địa phương: Dự thảo sửa đổi Hiến pháp ghi nhận Hội đồng nhân dân (HĐND) và Ủy ban nhân dân (UBND) là một thể thống nhất (dưới tên chung là chính quyền địa phương), có vị trí quan trọng trong tổ chức và hoạt động của BMNN. Điều 116, Dự thảo sửa đổi Hiến pháp quy định: “HĐND là cơ quan QLNN ở địa phương, đại diện cho ý chí, nguyện vọng và quyền làm chủ của nhân dân, do nhân dân địa phương bầu ra, chịu trách nhiệm trước nhân dân địa phương và cơ quan nhà nước cấp trên. Căn cứ vào Hiến pháp, luật, văn bản của cơ quan nhà nước cấp trên, HĐND quyết định các biện pháp bảo đảm thi hành Hiến pháp và pháp luật ở địa phương, các vấn đề quan trọng của địa phương và giám sát hoạt động của các cơ quan nhà nước tại địa

15 Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao do Chủ tịch nước bổ nhiệm nhưng lại do Quốc hội phê chuẩn, do đó sẽ do Quốc hội lấy phiếu tín nhiệm.

16 Theo điểm 2 Điều 9 Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992. Nguồn: nld.com.vn – Toàn văn Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992, ngày 2/1/2013



phương; UBND là cơ quan chấp hành của HĐND, là cơ quan hành chính nhà nước ở địa phương. Chủ tịch UBND và các thành viên của UBND chịu trách nhiệm tập thể về hoạt động của UBND và chịu trách nhiệm cá nhân về việc thực hiện nhiệm vụ được giao trước HĐND và cơ quan hành chính nhà nước cấp trên”¹⁷.

Như vậy, trong mối quan hệ với các cơ quan trung ương, Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992 đã quy định cụ thể về vị trí, vai trò, chức năng, nhiệm vụ của chính quyền địa phương. Việc quy định vừa bảo đảm cho chính quyền địa phương chủ động, linh hoạt trong việc xử lý các vấn đề thực tiễn tại địa phương, vừa giúp các cơ quan trung ương có điều kiện kiểm soát việc thực thi nhiệm vụ của cơ quan này. Theo đó, sự kiểm soát từ phía cơ quan lập pháp đối với chính quyền địa phương được thể hiện qua việc

UBTVQH có quyền hướng dẫn, giám sát, kiểm tra hoạt động của HĐND, có quyền bãi bỏ các nghị quyết sai trái của HĐND tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương, giải tán HĐND tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương trong trường hợp HĐND đó gây thiệt hại nghiêm trọng đến lợi ích của nhân dân¹⁸.

Từ phía cơ quan hành pháp, bên cạnh chức năng, nhiệm vụ lãnh đạo công tác của UBND các cấp, Chính phủ có quyền kiểm tra HĐND trong việc thực hiện văn bản của cơ quan nhà nước cấp trên¹⁹... Thủ tướng Chính phủ có quyền kiểm tra hoạt động của HĐND và UBND, đình chỉ, bãi bỏ các văn bản sai trái của UBND tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương trái với Hiến pháp, luật, văn bản của cơ quan nhà nước cấp trên; phê chuẩn, bầu, miễn nhiệm, điều động, cách chức Chủ tịch, Phó Chủ tịch UBND tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương.

Tóm lại, kiểm soát quyền lực là một trong những nội dung quan trọng trong nguyên tắc tổ chức và hoạt động của BMNN ta, đã được thực tiễn chứng minh và kiểm nghiệm. Trong giai đoạn hiện nay, việc tiếp tục phân công, phân nhiệm một cách rạch ròi, hợp lý, khoa học giữa ba quyền, có sự phối hợp chặt chẽ và tăng cường kiểm soát lẫn nhau trong thực thi QLNN là một công việc cần phải được tiến hành thường xuyên trong quá trình xây dựng và hoàn thiện BMNN, mà trước hết là việc quy định cụ thể nội dung này trong Hiến pháp ■

17 Điều 116, Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992. Nguồn: nld.com.vn – Toàn văn Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992, ngày 2/1/2013.

18 Theo điểm 6, Điều 79, Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992. Nguồn: nld.com.vn – Toàn văn Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992, ngày 2/1/2013.

19 Theo điểm 2, Điều 101 Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992. Nguồn: nld.com.vn – Toàn văn Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992, ngày 2/1/2013.

CHẾ ĐỘ KINH TẾ

TRONG HIẾN PHÁP CÁC NƯỚC VÀ HIẾN PHÁP VIỆT NAM

NGUYỄN ĐĂNG DUNG*

1. Các loại hình chế độ kinh tế trong Hiến pháp

Do tầm quan trọng - mang tính quyết định - của vấn đề kinh tế đối với đời sống của mỗi quốc gia, nên với tư cách là đạo luật cơ bản, không có một bản Hiến pháp nào không có quy định về nội dung của chế độ kinh tế. Tuy nhiên, các bản Hiến pháp của các nước khác nhau có sự khác nhau về mức độ, phạm vi quy định. Căn cứ vào mức độ quy định, có thể phân định thành hai mô hình hiến pháp quy định về chế độ kinh tế.

1. Mô hình thứ nhất, Hiến pháp không quy định một cách trực tiếp chế độ kinh tế, hay chỉ quy định tối thiểu về chế độ kinh tế, mà Hiến pháp của Hoa Kỳ là một điển hình. Trong 194 quốc gia có Hiến pháp, có tới 105 quốc gia không quy định tính chất, mô hình nền kinh tế trong Hiến pháp¹. Lý do của việc không quy định chế độ kinh tế trong Hiến pháp là nhà nước không can thiệp vào lĩnh vực kinh tế, làm kinh tế không phải chức năng của nhà nước. Thị trường là tự do theo

học thuyết “Bàn tay vô hình” của Adam Smith (1776). Tuy vậy, Hiến pháp của các quốc gia này vẫn can thiệp một cách gián tiếp bằng cách quy định các quyền cơ bản, quyền con người làm nền tảng cho chế độ kinh tế: quyền tư hữu tài sản, trong đó có quyền tư hữu đất đai, quyền lao động, quyền tự do nghề nghiệp, quyền lập hội, quyền tham gia công đoàn, hội hợp, quyền tự do kinh doanh, quyền bình đẳng trong các quan hệ kinh tế; bình đẳng giữa các thành phần kinh tế... Những quyền ấy là những quyền tự nhiên có tính chất phổ biến, không chuyên nhượng và không thể bị tước đoạt. Mục đích của việc thành lập ra nhà nước là để bảo vệ cho mọi người dân được thụ hưởng các quyền cơ bản, để họ có cơ hội hạnh phúc hơn, không để cho bất kỳ chủ thể nào tước đoạt chúng, kể cả nhà nước. Vì một lẽ hiển nhiên rằng, khi một nhà nước có trách nhiệm giải phóng tôi khỏi ách nô lệ của người hàng xóm thì cũng có khả năng bắt tôi làm nô lệ.

* GS, TS. Đại học Quốc gia Hà Nội.

1 Một số vấn đề cơ bản của Hiến pháp các nước trên thế giới, Nxb. Chính trị quốc gia, H., 2012, tr. 116-117.

Hiến pháp đề cập đến chế độ kinh tế thường là đề cập đến những vấn đề có liên quan đến việc bảo hộ chế độ sở hữu tài sản của con người, tức là bảo vệ chế độ tư hữu tài sản. Một khi con người đã có quyền được sống thì mọi thứ liên quan đến cuộc sống của họ đều quan trọng, nhưng trước hết phải kể đến quyền tư hữu tài sản. Khái niệm tư hữu được các lý thuyết gia hiện đại hiểu ở nghĩa rất rộng. Khái niệm này vượt ra khỏi quan niệm thuần túy về mặt pháp lý là chỉ có quyền về tài sản vật chất, mà còn cả tài sản tinh thần, cho đến các tập tục, quy tắc và những chuẩn mực xác định cách sử dụng, được phép hay không được phép của các tài sản. Kiểm soát cách sử dụng tài sản hữu hình cho phép gián tiếp kiểm soát con người. Lý thuyết đó có xu hướng cho rằng, mọi quan hệ của con người với nhau có thể quy về quan hệ giữa những đồ vật. Trên tinh thần này, bảo vệ quyền con người tức là bảo vệ quyền sở hữu. “Quyền con người đơn giản là một bộ phận của những quyền sở hữu”². Tiếp theo vấn đề tư hữu là vấn đề bảo đảm quyền tự do giao kết hợp đồng giữa các cá nhân và giữa các tổ chức khác nhau. Mô hình này xét về mặt thực tiễn có tính áp dụng khá cao, giúp cho người Mỹ có thể uyển chuyển thay đổi chế độ quản lý kinh tế của mình từ chỗ một nền kinh tế chủ yếu và thuần khiết dựa trên mô hình của nền kinh tế tự do cạnh tranh chuyển sang tình trạng dành một mức độ vừa phải cho sự điều tiết của nhà nước những năm gần đây, mà Hiến pháp của họ không cần thiết phải có một sự thay đổi nào, mà vẫn tỏ rõ hiệu lực.

Chỉ chừng đó thôi cũng đủ cho sự vận hành của nền kinh tế thị trường tự do, có cơ sở cho việc đảm bảo quyền của người dân trong lĩnh vực kinh tế mà không cần thiết phải có những quy định riêng, hay một

chương riêng dành cho việc quy định chế độ kinh tế trong Hiến pháp.

Mặc dù trong lĩnh vực kinh tế, thị trường vận hành tốt hơn nhà nước, nhưng cũng có những hoạt động khác của kinh tế đòi hỏi phải có sự liên quan đến nhà nước. Không có nền tảng lý thuyết kinh tế nào ủng hộ chính sách tự do kinh doanh thuần túy. Không một nền kinh tế nào hoạt động hiệu quả được nếu như nhà nước không đóng một vai trò thích hợp và ngay cả trong trường hợp nếu vai trò đó được giới hạn như quan điểm theo học thuyết “bàn tay vô hình”. Ngay cả Hoa Kỳ, nơi mà chủ nghĩa tự do kinh doanh và tình trạng không tin tưởng vào nhà nước là trọng tâm của việc hình thành nên xã hội, thì các hành động của nhà nước cũng luôn luôn tỏ ra vô cùng quan trọng đối với sự tăng trưởng và phát triển của thị trường. Morris Abraham, cựu Đại sứ Mỹ tại Liên hiệp quốc về vấn đề nhân quyền và cựu Chủ tịch Ủy ban quan sát của Liên hiệp quốc tại Gio-ne-vơ đã phát biểu: "Chỉ riêng tự do không thể đảm bảo cho thành công về kinh tế, nhưng sự cưỡng ép chắc chắn sẽ mang lại thất bại". Nhưng tất cả những sự can thiệp đó thường chỉ thể hiện trong các chủ trương chính sách của nhà nước thông qua luật thuế, mà không bằng các quy định của Hiến pháp.

2. Mô hình thứ hai, hiến định chế độ kinh tế. Hiến pháp dành một chương riêng hay một số quy định về chế độ kinh tế, mà Hiến pháp của Liên Xô cũ là điển hình. Theo mô hình này thì mọi vấn đề có liên quan đến chế độ kinh tế đều phải được điều chỉnh từ phía nhà nước, từ nội dung của chế độ sở hữu cho đến các vấn đề khác như mục tiêu, vai trò của từng thành phần kinh tế, các chỉ tiêu phát triển kinh tế đều phải được quy định từ trên thông qua pháp luật và chỉ thị

2. Benjamin Coriat & Olivier Weistein: *Những lý thuyết mới về doanh nghiệp*. Nxb. Trí thức, H., tr. 118.

của cấp trên. Người ta gọi là mô hình chế độ kinh tế kế hoạch tập trung.

2. Chế độ kinh tế trong các Hiến pháp Việt Nam

Hiến pháp là bản văn quy định về lĩnh vực hoạt động của nhà nước, lĩnh vực chính trị. Cũng như lĩnh vực khác thuộc thượng tầng kiến trúc, chính trị rất phụ thuộc vào kinh tế - hạ tầng cơ sở. Đó là mối quan hệ biện chứng mà chủ nghĩa Mác đã chỉ ra giữa chính trị và kinh tế. Kinh tế quyết định chính trị, nhưng bản thân chính trị cũng có tác động ngược trở lại đến sự phát triển của kinh tế. Sở dĩ chế độ kinh tế cũng như các chế độ văn hóa - xã hội khác phải được quy định trong Hiến pháp, vì xét cho cùng, sự phát triển chính trị đều có mục tiêu cho sự phát triển kinh tế - xã hội.

Hiến pháp Việt Nam thường có chương riêng quy định về chế độ kinh tế. Tại Hiến pháp 1946, chế độ kinh tế nước ta còn là tự nhiên, tự do với nền kinh tế nhiều thành phần, đúng với mục tiêu cách mạng dân chủ tư sản kiểu mới (sau gọi là cách mạng dân chủ nhân dân). Hiến pháp quy định quyền tư hữu tài sản của công dân Việt Nam được bảo đảm (Điều 12).

Hiến pháp 1959 đã xác lập một chế độ kinh tế theo chủ nghĩa xã hội (CNXH), biến nền kinh tế lạc hậu thành một nền kinh tế xã hội chủ nghĩa (XHCN) với công nghiệp hiện đại và nông nghiệp hiện đại, khoa học và kỹ thuật tiên tiến (Điều 9). Thời kỳ này, Hiến pháp còn thừa nhận tồn tại 4 loại hình sở hữu cơ bản về tư liệu sản xuất là sở hữu nhà nước, sở hữu tập thể, sở hữu của người lao động riêng lẻ và sở hữu của nhà tư sản dân tộc, tức là tư hữu tài sản. Mặc dù như Hiến pháp 1946, Hiến pháp 1959 thừa nhận sở hữu tư nhân như nhiều Hiến pháp của các nhà nước - theo mô hình Hiến pháp thứ nhất - nhưng sau đó Nhà nước lại có chủ trương đẩy mạnh công cuộc cải tạo XHCN, nhanh

chóng xóa bỏ các hình thức sở hữu phi XHCN, tăng cường sự lãnh đạo tập trung thống nhất của nhà nước đối với kinh tế bằng các công cuộc cải cách ruộng đất, và cải tạo công thương, đưa người nông dân vào Hợp tác xã. Sở dĩ có hiện tượng này vì Điều 9 của bản Hiến pháp năm 1959 quy định rõ: “Nước Việt Nam dân chủ cộng hoà tiến dần từ chế độ dân chủ nhân dân lên CNXH bằng cách phát triển và cải tạo nền kinh tế quốc dân theo CNXH, biến nền kinh tế lạc hậu thành một nền kinh tế XHCN với công nghiệp và nông nghiệp hiện đại, khoa học và kỹ thuật tiên tiến. Mục đích cơ bản của chính sách kinh tế của nước Việt Nam dân chủ cộng hoà là không ngừng phát triển sức sản xuất nhằm nâng cao đời sống vật chất và văn hoá của nhân dân”.

Khác với Hiến pháp 1946 và Hiến pháp 1959, Hiến pháp 1980 dành một chương riêng quy định một chế độ kinh tế thuần túy XHCN với một nền kinh tế chủ yếu có hai thành phần: kinh tế quốc doanh và kinh tế tập thể, với hai hình thức sở hữu tương ứng là sở hữu toàn dân và sở hữu tập thể. Thực hiện một chế độ quản lý kinh tế theo kế hoạch tập trung thống nhất kết hợp quản lý theo ngành, theo địa phương và vùng lãnh thổ. Chính những quan niệm chủ quan về chế độ kinh tế như vậy đã góp phần không nhỏ tạo nên sự khủng hoảng kinh tế - xã hội những năm cuối cùng của thế kỷ 20, buộc Việt Nam phải có một công cuộc đổi mới.

Hậu quả của quan niệm giản đơn về CNXH và về nền kinh tế trong thời kỳ quá độ lên CNXH này đã quá rõ. Thực tế đó buộc Đảng và Nhà nước ta phải nhìn nhận lại những quan niệm giáo điều về xây dựng CNXH. Đại hội Đại biểu toàn quốc lần thứ VI của Đảng đã đề ra đường lối đổi mới toàn diện, mở ra bước ngoặt trong sự nghiệp xây dựng CNXH ở nước ta. Chủ trương phát triển một nền kinh tế hàng hóa nhiều thành

phần theo định hướng XHCN được tiến hành mạnh mẽ. Hiến pháp 1992 thể chế hóa đường lối này của Đảng. Việc thừa nhận và bảo vệ sự tồn tại và phát triển của sở hữu tư nhân đối với tư liệu sản xuất bên cạnh các loại hình sở hữu khác là điểm mấu chốt trong chế độ kinh tế nước ta giai đoạn này. Các thành phần kinh tế: kinh tế quốc doanh, kinh tế tập thể, kinh tế cá thể, kinh tế tư bản tư nhân và kinh tế tư bản nhà nước được phát triển, bình đẳng trước pháp luật, tự chủ và liên kết, hợp tác và cạnh tranh trong sản xuất kinh doanh.

Hiến pháp 1992 mở ra một giai đoạn mới - Hiến pháp của thời kỳ đổi mới. Chế độ kinh tế được quy định là kinh tế nhiều thành phần theo định hướng XHCN. Nhận thức mới này rút ra từ bài học của những sai lầm, nóng vội, duy ý chí trong quá khứ. Hiến pháp đã quy định những nội dung mới về chế độ kinh tế như chính sách kinh tế, hình thức sở hữu, chế độ lao động sản xuất, phân phối và tiêu dùng và chế độ quản lý kinh tế. Cái quan trọng nhất của chế độ kinh tế là quy định sở hữu tư nhân được tồn tại và được Hiến pháp bảo đảm. Thừa nhận và bảo vệ sự tồn tại và phát triển của sở hữu tư nhân đối với tư liệu sản xuất là một bước phát triển trong chế độ kinh tế nước ta thời kỳ đổi mới nhận thức lại CNXH. Chính chủ trương này đã góp phần to lớn cho việc giải phóng mọi năng lực sản xuất, hỗ trợ, bổ sung cho kinh tế XHCN, đã giúp Việt Nam thoát khỏi cuộc khủng hoảng kinh tế - xã hội, đặt cơ sở cho sự mở cửa và hòa nhập vào nền kinh tế thế giới.

Khác với Hiến pháp 1980, bên cạnh việc thừa nhận sự tồn tại lâu dài của các hình thức sở hữu phi XHCN như sở hữu tư nhân, Nhà nước Việt Nam vẫn chủ trương không

từ bỏ những nguyên tắc kinh tế XHCN, nền kinh tế quốc doanh dựa trên sở hữu nhà nước (SHNN) hay còn được gọi là sở hữu toàn dân vẫn chiếm địa vị chủ đạo. Chính điều này đã tạo nên sự “không thuần khiết” của một nền kinh tế thị trường. Hiện nay, có nên chia cắt nền kinh tế thành các khu vực kinh tế hay không đang là câu hỏi lớn. Càng không nên ưu ái bất cứ một thành phần kinh tế nào, kể cả khu vực kinh tế nhà nước (KTNN)³. Việc ưu tiên cho một thành phần kinh tế sẽ ngang bằng với việc tước đoạt quyền bình đẳng trong kinh tế của thành phần bên kia.

Đối với các quy định về sở hữu toàn dân (hay SHNN): Đây là hình thức sở hữu tạo nên thành phần KTNN có vai trò chủ đạo trong nền kinh tế quốc dân. Nó nắm những tư liệu sản xuất chủ chốt quyết định sự phát triển của nền kinh tế. Tài sản thuộc sở hữu toàn dân bao gồm: đất đai, rừng núi, sông hồ, nguồn nước, tài nguyên trong lòng đất, nguồn lợi ở vùng biển, thềm lục địa và vùng trời, phân vốn và tài sản do Nhà nước đầu tư vào các xí nghiệp, công trình thuộc các ngành và lĩnh vực kinh tế, văn hóa, xã hội, khoa học, kỹ thuật, ngoại giao, quốc phòng, an ninh cùng các tài sản khác mà pháp luật quy định là của Nhà nước (Điều 17).

Tài sản thuộc sở hữu toàn dân là tài sản chung của toàn xã hội, một chủ thể pháp lý không rõ ràng. Chủ thể của sở hữu này là toàn thể nhân dân mà Nhà nước là đại diện. Nhà nước với tính cách là đại diện chủ sở hữu của toàn dân định đoạt toàn bộ tài sản nhà nước, thực hiện thẩm quyền của nhân dân đối với tài sản đó. Nhà nước cũng là chủ thể thống nhất và duy nhất đối với tất cả tài sản thuộc SHNN. Nhà nước giao những tài sản thuộc sở hữu của mình cho các tập thể,

3 Xem, Phạm Duy Nghĩa, *Chế độ kinh tế của Hiến pháp 1992: Một số bất cập và hướng sửa đổi; trong Sửa đổi, bổ sung Hiến pháp 1992 – Những vấn đề lý luận và thực tiễn, t.II, Chủ biên Phạm Hồng Thái, Nguyễn Sĩ Dũng, Nguyễn Đăng Dung, Hoàng Minh Hiếu và Đặng Minh Tuấn, Nxb. Hồng Đức 2012, tr. 213.*

cá nhân sử dụng theo quy định của pháp luật.

Kinh nghiệm của nhiều nước trên thế giới qua nhiều thập kỷ đã cho thấy, một khi nhà nước sở hữu và kiểm soát doanh nghiệp, thì nhà nước có xu hướng sử dụng quyền sở hữu và kiểm soát đó để phục vụ những lợi ích khác hơn là phục vụ khả năng tạo ra lợi nhuận lâu dài và do đó, SHNN thông thường khác với mục tiêu về tính hiệu quả của thị trường⁴.

Hiệu quả hoạt động của các doanh nghiệp nhà nước (DNNN) ở nước ta là một vấn đề đang được công cuộc cải tổ kinh tế hiện nay rất quan tâm. Vì hiệu quả hoạt động của chúng ảnh hưởng rất lớn đến mức thu nhập quốc dân lẫn tốc độ tăng trưởng kinh tế. Cũng như hầu hết các nước khác, các doanh nghiệp thuộc SHNN được gọi là các DNNN ở nước ta đang ở tình trạng làm ăn thua lỗ, kém hiệu quả. Đa số các doanh nghiệp này có mức lợi nhuận thấp hoặc thậm chí âm, ngay cả trong trường hợp được bảo hộ khỏi sự cạnh tranh quốc tế và trong nước, và được hưởng cả lợi thế độc quyền thị trường trong nước. Sự hoạt động kém hiệu quả của các DNNN Việt Nam đã đẩy hệ thống tài chính rơi vào tình trạng nguy ngập, hạn chế sự đầu tư của tư nhân và đầu tư nước ngoài, dẫn đến việc mất ổn định nền kinh tế.

Đất đai là tài sản đặc biệt thuộc sở hữu toàn dân. Nhà nước thống nhất quản lý toàn bộ đất đai theo quy hoạch và pháp luật, bảo đảm sử dụng đúng mục đích và có hiệu quả. Nhưng bản thân SHNN (toàn dân) đã không hiệu quả, sở hữu đất đai toàn dân cũng

không hiệu quả. Tính không hiệu quả này nảy sinh từ những hạn chế về quyền chuyển nhượng, quyền sử dụng và cầm cố đất đai. Việc công hữu hóa đất đai cũng giống như quốc hữu hóa các hình thức sở hữu tư nhân khác. Nhà nước không thừa nhận quyền sở hữu tư nhân về đất, quyền chuyển nhượng đất, người dân muốn chuyển giao đất từ người này qua người khác chỉ một cách duy nhất là trả lại cho Nhà nước, Nhà nước mới có quyền chuyển cho người sử dụng. Với sức ép của nền kinh tế thị trường, người dân đã nghĩ ra nhiều kế để mua bán, chuyển nhượng đất đai, những giao dịch ngầm, giao dịch chui, chỉ cần hai bên thỏa thuận với nhau bằng những giấy tờ viết tay mà không cần thiết phải qua bất cứ một khâu quản lý nào của chính quyền. Quyền sử dụng đất của người nông dân còn mong manh hơn, đất nông nghiệp của họ bị thu hồi vĩnh viễn với giá thấp hơn nhiều so với giá thị trường do Nhà nước ấn định⁵... Và từ đây, những khiếu kiện về đất đai nảy sinh ào ạt, người dân khiếu kiện với người dân, giữa người dân khiếu kiện với chính quyền, tranh chấp đất đai trở thành điểm nóng trên mọi phương tiện thông tin đại chúng cũng đời sống xã hội.

Khác với trước đây, Hiến pháp 1992 đã quy định: Nhà nước giao đất cho các tổ chức và cá nhân sử dụng ổn định lâu dài. Họ có trách nhiệm bảo vệ, bồi bổ, khai thác hợp lý, sử dụng tiết kiệm đất, được chuyển quyền sử dụng đất được Nhà nước giao theo quy định của pháp luật (Điều 18)⁶. Tuy nhiên, để phát huy hết nguồn lực từ đất đai - tư liệu sản xuất chủ yếu, là tài sản đặc biệt của quốc gia và người dân, cần phải có giải pháp

4 Xem, UNDP và MPI/DSI, *Việt Nam hướng tới 2010*, t. 1, Nxb. Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 2001, tr. 114.

5 Phạm Duy Nghĩa, *Sổ*, tr. 214.

6 Thông tin Khoa học pháp lý Bộ Tư pháp, năm 2012 số 7&8: *Hiến định chế độ kinh tế trong các Hiến pháp của quốc gia - Một số kinh nghiệm quốc tế* (Chủ biên GS. Lê Hồng Hạnh và TS. Nguyễn Văn Cương) tr. 71.

quyết liệt, mới mẻ và giải pháp này cần được biến thành quy định trong Hiến pháp sửa đổi, bổ sung.

3. Một số gợi ý cho việc sửa đổi Hiến pháp

Hiến pháp 1992 hiện hành mặc dù đã có những sửa đổi nhất định (2001), nhưng về cơ bản, vẫn thể hiện tinh thần của chế độ kinh tế tập trung. Đây là vấn đề rất đáng phải lưu ý trong quá trình rà soát, đánh giá lại các quy định của Hiến pháp 1992 để sửa đổi, bổ sung năm 2013. Việc “bê-tông hóa” một chính sách, một xu hướng phát triển trong Hiến pháp có thể làm cho Nhà nước không thể phản ứng kịp thời với sự biến chuyển mau lẹ của thời cuộc⁷. Đồng thời, việc xác định mô hình phát triển kinh tế hiệu quả và bền vững không chỉ đơn giản là việc học tập kinh nghiệm, những bài học của các mô hình quốc tế, mà còn phải dựa trên những trải nghiệm - có cả thành công và thất bại, của thời kỳ kế hoạch hóa tập trung.

Vì lẽ đó, việc quy định trong chương về Chế độ kinh tế của Hiến pháp cần bao quát những vấn đề có tính chất mấu chốt nhất theo hướng mở, có hướng ưu tiên, không nên quá chi tiết, và phải có tính dự báo xu hướng phát triển của tương lai về vấn đề phát triển kinh tế. Trong đó phải xác định rõ, Nhà nước bảo hộ bình đẳng các loại hình sở hữu, như sở hữu toàn dân, sở hữu tập thể, sở hữu tư nhân; sự bình đẳng giữa các doanh nghiệp, không phân biệt nguồn gốc của sở hữu. Quyền sở hữu tư nhân được Nhà nước bảo đảm không bị quốc hữu hóa, mà chỉ bị trưng dụng, trưng mua theo đúng thời giá thị

trường vì mục đích công cộng trong các trường hợp được quy định rõ trong luật.

Hơn nữa, một trong những nhiệm vụ quan trọng của công cuộc đổi mới ở Việt Nam hiện nay là nhận thức lại vai trò của Nhà nước trong nền kinh tế thị trường. Vị trí đó hoàn toàn khác với vai trò của Nhà nước trong một nền kinh tế tập trung kế hoạch hóa mà chúng ta đã từng trải qua. Hiến pháp sửa đổi, bổ sung cũng như Chiến lược phát triển đất nước cần lưu ý đến việc xác định chính xác, chuẩn vai trò của Nhà nước “Trong việc xây dựng Chiến lược kinh tế - xã hội cho mười năm tới, không vấn đề nào quan trọng hơn là vai trò của nhà nước trong nền kinh tế. Trên thực tế, ở bất kỳ nơi nào trên thế giới, vai trò của nhà nước đang thay đổi và không nơi nào rõ nét hơn là ở các nền kinh tế chuyển đổi. Việt Nam không phải là ngoại lệ. Bốn vấn đề lớn chính liên quan đến vai trò mới của nhà nước ở Việt Nam được bàn đến (trong dự án này) là: SHNN, cung cấp kết cấu hạ tầng kinh tế và xã hội, sự can thiệp của Chính phủ vào thị trường và “vai trò chủ đạo của KTNN”⁸. Và “...vai trò của Chính phủ vẫn thực sự là trọng yếu vì sự thành bại về kinh tế - xã hội chủ yếu quyết định bởi phương sách mà Chính phủ thực thi vai trò của mình. Vai trò này giờ đây phải thay đổi từ chỗ tham gia trực tiếp vào các hoạt động sản xuất sang cung cấp các thể chế, kết cấu hạ tầng vật chất và xã hội và môi trường kinh doanh mang tính cạnh tranh. Về phương diện này, nhà nước có thể đóng vai trọng yếu và tích cực như chất xúc tác cho tăng trưởng dài hạn bền vững và như một đối tác của khu vực tư nhân”⁹■

7 Thông tin Khoa học pháp lý Bộ Tư pháp, năm 2012, Tlđđ.

8 Xem, UNDP and MPI/DSI: Việt Nam hướng tới 2010/Tuyển tập các báo cáo phối hợp nghiên cứu chiến lược phát triển kinh tế - xã hội của các chuyên gia quốc tế và Việt Nam. Tập 1. Nxb. Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 2001, tr. 111 - 113.

9 Xem, UNDP and MPI/DSI: Tlđđ.

Bàn về việc lấy ý kiến nhân dân ĐỐI VỚI DỰ THẢO HIẾN PHÁP

TÀO THỊ QUYÊN*

1. Quan điểm Mác - Lênin, tư tưởng Hồ Chí Minh về việc lấy ý kiến nhân dân đối với dự thảo Hiến pháp

Lấy ý kiến nhân dân (LYKND) đối với dự thảo Hiến pháp là một trong những hoạt động thuộc hình thức dân chủ trực tiếp, thông qua đó nhân dân tham gia thảo luận và góp ý kiến xây dựng chính sách, pháp luật của nhà nước. Trong quá trình lãnh đạo cách mạng nước Nga đầu thế kỷ XX, V.I. Lênin đã xây dựng lý luận về dân chủ xã hội chủ nghĩa (XHCHN) và rất đề cao vai trò của quần chúng nhân dân trong quản lý nhà nước. Với mục tiêu xây dựng một chế độ dân chủ triệt để, dân chủ là “do nhân dân tự quy định”, V.I. Lênin cho rằng: “Mục đích của chính quyền Xô viết là thu hút những người lao động tham gia vào quản lý nhà nước”, thực hiện một nền dân chủ rộng rãi nhằm giải phóng con người và phát triển toàn diện con người trong xã hội mới. Có

nhều phương thức để nhân dân tham gia quản lý nhà nước, trong đó, việc nhân dân tham gia thảo luận và góp ý kiến xây dựng Hiến pháp, pháp luật của nhà nước có ý nghĩa hết sức quan trọng. Trong nhà nước XHCN, Hiến pháp, pháp luật phải vì lợi ích của nhân dân, thể hiện ý chí của đông đảo các tầng lớp nhân dân. Việc nhân dân tham gia thảo luận và góp ý kiến xây dựng Hiến pháp, pháp luật chính là phương thức dân chủ rộng rãi nhất và không thể thiếu để nhân dân thể hiện một cách trực tiếp ý chí của mình về các vấn đề được Hiến pháp, pháp luật quy định.

Chủ tịch Hồ Chí Minh hết sức coi trọng việc LYKND trong quá trình xây dựng Hiến pháp, pháp luật. Người cho rằng: “Làm việc gì cũng phải có quần chúng. Không có quần chúng thì không thể làm được”¹. Chủ tịch Hồ Chí Minh nhấn mạnh một phương châm rằng: “đưa mọi vấn đề cho dân chúng thảo

* TS. Giảng viên chính - Học viện Chính trị Hành chính Quốc gia Hồ Chí Minh

1 Hồ Chí Minh, Bàn về nhà nước và pháp luật, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội 2000, tr. 481.

luận và tìm cách giải quyết”². Với phương châm đó, trong quá trình chỉ đạo công tác xây dựng Hiến pháp, pháp luật, Hồ Chủ tịch đã rất đề cao việc tổ chức thảo luận, LYKND. Điều đó được minh chứng cụ thể và rõ ràng nhất khi Người chỉ đạo soạn thảo bản Hiến pháp năm 1959. Ban soạn thảo Hiến pháp năm 1959 đã tổ chức hai đợt LYKND với thời gian 4 tháng. Hồ Chủ tịch đã đánh giá rất cao vai trò của quần chúng nhân dân trong công tác xây dựng Hiến pháp, pháp luật thông qua hai đợt thảo luận dự thảo Hiến pháp này và tổng kết rằng: "Tại khắp các nơi, trong các cơ quan, xí nghiệp, trường học và các tổ chức khác của nhân dân, ở thành thị và nông thôn, việc nghiên cứu và thảo luận dự thảo Hiến pháp tiến hành sôi nổi và đã trở thành một phong trào quần chúng rộng rãi có đủ các tầng lớp nhân dân tham gia. Trên các báo chí, việc thảo luận cũng sôi nổi và phong phú. Ban sửa đổi Hiến pháp đã nhận được nhiều thư góp ý của cá nhân và tập thể, trong đó có những thư của đồng bào miền Nam thân mến và của kiều bào ở nước ngoài"³. Xét về phương diện thực hiện quyền dân chủ của nhân dân, Người đánh giá: "Hai đợt thảo luận dự thảo Hiến pháp trong nhân dân là những cuộc sinh hoạt chính trị rất sôi nổi. Nhân dân đã hăng hái sử dụng quyền dân chủ của mình để xây dựng Hiến pháp của mình"⁴. Điều đó được thể hiện qua 10 điểm đóng góp lớn đã được Ban sửa đổi Hiến pháp tiếp thu, chỉnh sửa. Ngoài những đề nghị mà Ban sửa đổi Hiến pháp đã đồng ý và căn cứ vào đó để chỉnh lý bản Dự thảo Hiến pháp, còn có nhiều ý kiến đóng góp về những vấn đề chi tiết khác thuộc phạm vi lập

pháp hoặc phạm vi hoạt động của các cơ quan nhà nước cũng đã được chuyển đến các cơ quan phụ trách để nghiên cứu, tiếp thu⁵. Như vậy, Chủ tịch Hồ Chí Minh đã thể hiện một tinh thần sâu sắc và nhất quán rằng: tin vào dân, dựa vào dân, tạo cơ chế và điều kiện cho nhân dân tham gia xây dựng Hiến pháp, pháp luật, trân trọng ý kiến đóng góp của nhân dân là phương châm cốt lõi để bảo đảm xây dựng nhà nước và pháp luật thực sự của dân, do dân và vì dân.

2. Quan điểm của Đảng Cộng sản Việt Nam về việc lấy ý kiến nhân dân trong quá trình xây dựng Hiến pháp, pháp luật

Với tinh thần đổi mới, phát huy dân chủ, ngay từ Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ VI, Đảng ta đã xác định yêu cầu: “Đối với những chủ trương có quan hệ trực tiếp tới đời sống nhân dân trên phạm vi cả nước cũng như ở địa phương và đơn vị cơ sở, cấp uỷ Đảng hoặc cơ quan chính quyền phải trưng cầu ý kiến nhân dân trước khi quyết định. Dân biết, dân bàn, dân làm, dân kiểm tra, đó là nề nếp hàng ngày của xã hội mới, thể hiện chế độ nhân dân lao động tự quản lý nhà nước của mình”⁶. Theo quan điểm của Đảng ta, nhân dân không chỉ là người thực hiện các đường lối, chính sách của Đảng và Nhà nước, mà còn là người có quyền được thông tin và tham gia xây dựng, quyết định các chủ trương, chính sách đó. Cụ thể hoá chủ trương nói trên, Hội nghị lần thứ 8 Ban Chấp hành Trung ương khoá VI viết: “Đảng và Nhà nước thực hiện chế độ lấy ý kiến của nhân dân trong việc xây dựng đường lối, chủ trương, chính sách, pháp luật, trong việc sắp xếp tổ chức và bố trí cán bộ”⁷.

2 Hồ Chí Minh, *Bàn về nhà nước và pháp luật*, Sđd, tr. 464.

3 Hồ Chí Minh, *Toàn tập*, Tập 9, Nxb. Chính trị quốc gia, H. 2002, tr. 509.

4 Hồ Chí Minh, *Toàn tập*, Tập 9, Nxb. Chính trị quốc gia, H. 2002, tr. 72.

5 Xem Hồ Chí Minh, *Bàn về nhà nước và pháp luật*, Nxb. Chính trị quốc gia, H. 2000, tr. 705-706.

6 Đảng Cộng sản Việt Nam, *Văn kiện Đại hội Đại biểu toàn quốc lần thứ VI*, Nxb. Sự thật, Hà Nội 1987, tr. 20.

7 Đảng Cộng sản Việt Nam, *Nghị quyết Hội nghị lần thứ 8 Ban Chấp hành Trung ương Khoá VI*, Nxb. Sự thật, Hà Nội 1990, tr. 20.

Trên cơ sở những đánh giá khách quan về tình hình tổ chức triển khai cho nhân dân tham gia xây dựng chính sách, pháp luật, Hội nghị lần thứ ba Ban Chấp hành Trung ương khoá VIII đã chỉ đạo: “Cải tiến cách thức để nhân dân tham gia thảo luận và góp ý kiến vào các dự án luật, các dự thảo nghị quyết quan trọng của Đảng và Nhà nước thật sự thiết thực và có hiệu quả; tránh làm hình thức, tràn lan, tốn kém”⁸. Quan điểm này được Đảng ta đề ra đã hơn 15 năm nhưng đến nay vẫn giữ nguyên giá trị và cực kỳ thiết thực trong toàn bộ quá trình xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật trong Nhà nước pháp quyền XHCN Việt Nam nói chung cũng như trong bối cảnh sửa đổi Hiến pháp năm 1992 hiện nay nói riêng.

Gần đây, Báo cáo Chính trị tại Đại hội XI của Đảng đã đề ra những chủ trương quan trọng nhằm tiếp tục xây dựng nền dân chủ XHCN, trong đó có các định hướng: “Mọi đường lối, chủ trương của Đảng, chính sách, pháp luật của Nhà nước đều vì lợi ích của nhân dân;... Có cơ chế cụ thể để nhân dân thực hiện trên thực tế quyền làm chủ trực tiếp và quyền làm chủ thông qua các cơ quan đại diện của mình. Phát huy dân chủ phải đi liền với tăng cường pháp chế, đề cao trách nhiệm công dân...”. Đây là những định hướng đúng đắn chỉ đạo hoạt động xây dựng Hiến pháp, pháp luật của Nhà nước ta. Trong hoạt động đó, LYKND là một khâu thiết yếu để Hiến pháp, pháp luật thể hiện ý chí nhân dân, vì lợi ích của nhân dân. Theo định hướng này, cần lưu ý rằng, thảo luận, góp ý kiến xây dựng chính sách, pháp luật không chỉ là một cơ chế thực hiện quyền làm chủ trực tiếp của nhân dân mà đó còn được coi là trách nhiệm của công dân đối với nhà nước và xã hội. Định hướng này cũng thể hiện quan điểm của Đảng ta trong

việc bảo đảm mối quan hệ hài hoà giữa dân chủ trực tiếp và dân chủ gián tiếp thông qua những cơ chế cụ thể, khả thi và thiết thực; bảo đảm vừa phát huy dân chủ, vừa giữ vững trật tự, kỷ cương, pháp chế. Trong đó, chính hoạt động LYKND trong quá trình xây dựng chính sách, pháp luật cũng phải quán triệt đầy đủ quan điểm rất toàn diện, đúng đắn và sâu sắc này.

3. Nguyên tắc của hoạt động lấy ý kiến nhân dân với dự thảo Hiến pháp

LYKND đối với dự thảo Hiến pháp là hoạt động do cơ quan nhà nước có thẩm quyền tổ chức, thông qua các hình thức nhất định, được tiến hành theo quy trình, thủ tục do pháp luật quy định, nhằm huy động sự tham gia thảo luận, đóng góp ý kiến của nhân dân trong quá trình xây dựng Hiến pháp.

Hoạt động LYKND đối với dự thảo Hiến pháp cần tuân thủ những nguyên tắc sau đây:

Thứ nhất, bảo đảm sự tham gia tích cực, đồng đều của tất cả các thành phần, tầng lớp nhân dân góp ý vào dự thảo Hiến pháp

Hiến pháp là văn bản chính trị - pháp lý quan trọng nhất của quốc gia, thể hiện tập trung nhất quyền lực gốc, chủ quyền của nhân dân, ý chí tối cao của nhân dân. Đồng thời, Hiến pháp xác định mục tiêu phát triển của đất nước, ghi nhận những giá trị xã hội được các tầng lớp nhân dân tôn vinh và hướng tới. Do vậy, hơn ai hết, chính nhân dân (bao gồm tất cả các thành phần, tầng lớp nhân dân) phải được tham gia vào quá trình xây dựng Hiến pháp. Sẽ không thể có một bản Hiến pháp dân chủ nếu hoạt động xây dựng Hiến pháp không được tiến hành theo quy trình thực sự dân chủ với các phương thức dân chủ. LYKND đối với dự thảo Hiến

8 Hội nghị lần thứ Ba, Ban chấp hành Trung ương Đảng khóa VIII, Nxb. Chính trị quốc gia Hồ Chí Minh, tr. 44.

pháp là một trong những phương thức dân chủ rộng rãi nhất trong quy trình xây dựng Hiến pháp. Hoạt động LYKND đối với dự thảo Hiến pháp phải bảo đảm các tầng lớp nhân dân của đất nước Việt Nam là chủ thể thực sự thực hiện quyền lực của mình, thể hiện ý chí của mình, chủ động, tích cực, sáng suốt lựa chọn định hướng phát triển đất nước, xác định các giá trị cao quý, tốt đẹp và đạt được sự đồng thuận cao nhất của toàn xã hội. Để đạt được yêu cầu đó, đòi hỏi các cơ quan, tổ chức có thẩm quyền tổ chức LYKND đối với dự thảo Hiến pháp phải thông tin, tuyên truyền, phổ biến sâu, rộng, kịp thời các chủ trương, định hướng, nội dung, kế hoạch, phương thức, quy trình, thủ tục, các phương án... cho tất cả các thành phần, tầng lớp nhân dân trong cả nước. Trong hệ thống pháp luật, Hiến pháp là văn bản có phạm vi điều chỉnh, tác động rộng rãi nhất, do đó, đối tượng được lấy ý kiến cũng nhiều nhất, rộng rãi nhất. Từ đó, đòi hỏi các hình thức lấy ý kiến của nhân dân về dự thảo Hiến pháp phải đa dạng, phù hợp đặc điểm của các đối tượng được lấy ý kiến; thời gian LYKND phải được xác định tương xứng với tầm quan trọng của văn bản Hiến pháp.

Thứ hai, bảo đảm sự lãnh đạo của Đảng trong hoạt động LYKND đối với dự thảo Hiến pháp

Sự lãnh đạo của Đảng Cộng sản Việt Nam trong hoạt động LYKND đối với dự thảo Hiến pháp là yêu cầu quan trọng hàng đầu để bảo đảm xây dựng được một bản Hiến pháp có chất lượng cao, thực sự vì lợi ích của nhân dân, vì lý tưởng của Đảng, vì mục tiêu xây dựng xã hội XHCN ở Việt Nam. Hoạt động LYKND đối với dự thảo Hiến pháp phải quán triệt một cách đầy đủ và sâu sắc các quan điểm của Đảng về cơ

chế nhân dân tham gia xây dựng Hiến pháp, pháp luật. Đồng thời, cần thông tin, tuyên truyền chủ trương của Đảng về định hướng sửa đổi Hiến pháp, về các nguyên tắc cốt lõi của Hiến pháp sửa đổi. Bên cạnh đó, các cấp ủy Đảng quan tâm chỉ đạo, đảng viên gương mẫu, chủ động, đi tiên phong trong việc đóng góp ý kiến đối với dự thảo Hiến pháp cũng là những yêu cầu hết sức quan trọng để bảo đảm nguyên tắc này.

Thứ ba, bảo đảm tính hợp hiến, hợp pháp của các quy định về LYKND và hoạt động LYKND đối với dự thảo Hiến pháp

Điều 53 Hiến pháp năm 1992 quy định: “Công dân có quyền tham gia quản lý nhà nước và xã hội, tham gia thảo luận các vấn đề chung của cả nước và địa phương...”. Đây là cơ sở hiến định cho hoạt động LYKND đối với dự thảo Hiến pháp. Nhiệm vụ xây dựng Nhà nước pháp quyền XHCN Việt Nam không chỉ đòi hỏi quá trình làm Hiến pháp, sửa đổi Hiến pháp phải thực sự dân chủ mà còn đòi hỏi quy trình đó tuân thủ Hiến pháp, pháp luật. Những yêu cầu này có quan hệ chặt chẽ với nhau, chi phối lẫn nhau để vừa bảo đảm dân chủ, vừa bảo đảm tăng cường pháp chế XHCN. LYKND đối với dự thảo Hiến pháp là hoạt động có sự tham gia của toàn hệ thống chính trị, vì vậy hoạt động này phải được thực hiện trên cơ sở pháp lý đầy đủ, đồng bộ, rõ ràng, cụ thể, khả thi⁹. Trên cơ sở đó, các cơ quan, tổ chức, cá nhân công dân nghiêm chỉnh tuân thủ các quy định pháp luật về LYKND, bảo đảm pháp chế, giữ vững trật tự, kỷ cương của Nhà nước, của xã hội.

Thứ tư, bảo đảm tính công khai, minh bạch của quá trình LYKND đối với dự thảo Hiến pháp

⁹ Hiện nay, Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật đã quy định về việc LYKND đối với dự thảo luật, pháp lệnh, nghị quyết, lệnh, quyết định, nghị định, quyết định, thông tư, thông tư liên tịch nhưng chưa có quy định về việc LYKND đối với dự thảo Hiến pháp.

Nguyên tắc này đòi hỏi các cơ quan, tổ chức có trách nhiệm trong hoạt động lấy ý kiến đối với dự thảo Hiến pháp phải công khai những vấn đề sau đây: kế hoạch, nội dung lấy ý kiến, quy trình, thủ tục lấy ý kiến, các tài liệu, số liệu, nội dung các ý kiến mà nhân dân đã đóng góp, việc tiếp thu, chỉnh lý dự thảo văn bản Hiến pháp sau khi lấy ý kiến... Cần thiết lập cơ chế thông tin đa chiều trong quy trình LYKND đối với dự thảo Hiến pháp. Theo đó, chủ thể lấy ý kiến theo dõi, điều hành, kiểm soát được quá trình lấy ý kiến; các cơ quan, tổ chức khác chủ động, tích cực, phối hợp tham gia vào hoạt động lấy ý kiến; nhân dân nắm bắt được các thông tin cần thiết liên quan đến hoạt động lấy ý kiến đối với dự thảo Hiến pháp. Đặc biệt, công khai sự phản hồi của các cơ quan, tổ chức có thẩm quyền trong việc tiếp thu ý kiến nhân dân đối với dự thảo Hiến pháp là hết sức cần thiết để thể hiện sự tôn trọng của Nhà nước đối với những ý kiến đóng góp của nhân dân.

Thứ năm, bảo đảm hài hoà giữa tính phổ biến, rộng rãi với tính chuyên môn sâu của đối tượng, phạm vi nội dung lấy ý kiến; bảo đảm vừa khuyến khích tính chủ động, sáng tạo, hăng hái thể hiện chính kiến, vừa đề cao trách nhiệm công dân của các giai cấp, thành phần, các nhóm xã hội... trong thảo

luận và góp ý kiến đối với dự thảo Hiến pháp

Nguyên tắc này đòi hỏi đối tượng được lấy ý kiến đối với dự thảo Hiến pháp phải bao quát tất cả các giai cấp, tầng lớp, thành phần của xã hội, bởi lẽ văn bản Hiến pháp tác động tới đời sống một cách toàn diện nhất, rộng rãi nhất. Đồng thời, Hiến pháp là văn bản chính trị - pháp lý, là đạo luật cơ bản, đạo luật gốc của Nhà nước, chứa đựng nguyên tắc nền tảng, tinh thần cốt lõi định hướng việc điều chỉnh những quan hệ xã hội cơ bản nhất, do đó, chủ thể lấy ý kiến cần tập trung vào một số đối tượng là những cơ quan, tổ chức, cá nhân mang tính chuyên môn, am hiểu sâu sắc những vấn đề cần lấy ý kiến. Tùy theo đối tượng mà xác định phạm vi nội dung các vấn đề lấy ý kiến, lựa chọn hình thức lấy ý kiến sao cho thích hợp. Góp ý kiến đối với dự thảo Hiến pháp là quyền của công dân, đồng thời đó cũng là trách nhiệm của công dân trong việc xây dựng Nhà nước và xã hội. Vì vậy, những biểu hiện tùy tiện, dân chủ quá trớn trong hoạt động thảo luận, góp ý kiến về dự thảo Hiến pháp phải được kiểm soát. Ngoài ra, cần chủ động phòng, chống sự lợi dụng, xuyên tạc, gây rối của các thế lực phản động, thù địch trong nước và ngoài nước trong quá trình lấy ý kiến đối với dự thảo Hiến pháp ■



CHỦ NGHĨA HỢP HIẾN TÍCH CỰC

BÙI NGỌC SƠN*

1. Đam mê và giới hạn: nhìn lại chủ nghĩa hợp hiến tiêu cực

Alexander Hamilton - triết gia chính trị và nhà lập hiến Mỹ, nói trong tập *Người Liên bang*, số 15, rằng: “Tại sao chính quyền được thành lập? Bởi vì đam mê của con người sẽ không tuân theo mệnh lệnh của lý trí và công lý nếu không có giới hạn”¹. Người cùng thời James Madison cũng có tuyên bố nổi tiếng trong *Người Liên bang*, số 51 “Trong việc xây dựng chính quyền để con người quản lý con người, khó khăn lớn nhất là ở chỗ: chính quyền, trước tiên, phải kiểm soát được dân chúng; và tiếp theo, chính quyền phải kiểm soát được mình”².

Quan ngại về kiểm soát hay giới hạn quyền lực của chính quyền xuất phát từ cách nhìn bi quan về bản tính đam mê quyền lực của con người. Một học giả Mỹ viết: “Về bản chất, hiến gia³ là những người bi quan. Bất cứ quan niệm nào về chủ nghĩa hợp hiến

và bất cứ những áp lực tương ứng nào về việc soạn thảo hiến pháp thường bắt nguồn từ một niềm tin về bản tính suy đồi và vô thập toàn cố hữu của con người. Quan tâm chủ yếu của hiến gia là nếu có cơ hội hầu hết mọi người đều chọn lạm dụng người khác trong khi cố gắng để giữ lại quyền lực cá nhân của mình”⁴.

Chủ nghĩa bi quan này có thể truy nguyên về tư tưởng của những nhà khai sáng. Triết gia người Anh Thomas Hobbes diễn đạt một cách mạnh mẽ và rõ ràng trong danh tác *Thủy quái*: “Trước hết tôi kê trong xu hướng tổng quát của loài người một sự thèm khát thường trực, khôn nguôi hết quyền lực này đến quyền lực khác, mà nó chỉ chấm dứt cùng với cái chết”⁵. Do vậy, ý tưởng về giới hạn quyền lực được hình thành, như sự giải thích của nhà tư tưởng danh tiếng người Pháp - C.S. Montesquieu trong *Tinh thần Pháp luật*: “Kinh nghiệm

* **Đại học Quốc gia Hà Nội, NCS Đại học Hong Kong**

- 1 Alexander Hamilton, James Madison, John Jay, *The Federalist*, ed. J. R. Pole (Indianapolis/Cambridge: Hackett Publishing Company, 2005), No.15.
- 2 *The Federalists*, No. 51.
- 3 Danh từ tiếng Việt “hiến gia” được tạm dùng để chuyển ngữ từ tiếng Anh “constitutionalist”, một danh từ chỉ những người chủ trương, ủng hộ, hay vận động cho chủ nghĩa hợp hiến (constitutionalism).
- 4 Beau Breslin, *The Communitarian Constitution* (Baltimore and London: The Johns Hopkins University Press, 2004), p. 115.
- 5 Thomas Hobbes, *Leviathan*, ed. Richard E. Flathman & David Johnston (New York, London: W.W. Norton & Company, 1997), p. 55.

thường xuyên cho chúng ta thấy rằng, ai có quyền cũng có xu hướng lạm quyền. Để tránh sự lạm quyền, quyền lực cần phải ngăn chặn quyền lực”⁶.

Những nhà khai quốc của nước Mỹ là những người ủng hộ nhiệt thành tư duy chính trị tự do của thời kỳ Khai sáng. Điều này tiêu biểu ở cách nhìn bi quan về bản tính con người và các yêu cầu tương ứng về các giới hạn hiến pháp đối với quyền lực. James Madison cho rằng “Chính phủ là gì nếu không phải là sự phản ánh tốt nhất bản tính con người? Nếu con người là thiên thần, chính phủ sẽ không cần thiết. Nếu thiên thần cai quản con người, cũng không cần phải có những sự kiểm soát bên trong và bên ngoài đối với chính phủ”⁷. Có lẽ Madison lấy nguồn cảm hứng từ khẳng định này của triết gia Pháp Jean-Jacques Rousseau “Nếu có một quốc gia của thánh thần, nó sẽ được cai trị một cách dân chủ. Một chính phủ hoàn thiện như vậy không phù hợp với con người”⁸. Trong một cách nhìn bi quan tương tự, Thomas Jefferson nói: “trong các vấn đề quyền lực, đừng tin gì nữa vào con người, mà phải trói buộc những điều ác của anh ta bằng dây xích hiến pháp”⁹. Tổng thống George Washington cũng cảnh báo đồng bào mình rằng “sự đam mê quyền lực, xu hướng lạm quyền thống trị trái tim nhân loại” có tiềm năng dẫn nước Mỹ đến “một nền chuyên chế thực sự” và vì vậy “cần có sự kiểm tra lẫn nhau trong việc thực hiện quyền lực chính trị”¹⁰.

Chủ nghĩa hợp hiến, được quan niệm dựa trên cách nhìn tiêu cực về bản tính con người, chính quyền và hiến pháp, được gọi là chủ nghĩa hợp hiến tiêu cực. Do sự ảnh hưởng rộng rãi của chủ nghĩa hợp hiến tiêu cực, các văn thức “giới hạn” (limitation), “hạn chế” (restraint), “kiểm soát” (control) trở thành xu hướng phổ biến trong các thảo luận quốc tế về chính quyền hợp hiến¹¹.

Có những lý do thực tế của việc nhấn mạnh đến những giới hạn hiến pháp đối với chính quyền. Đối với các nhà khai sáng, có lẽ nỗi ám ảnh của các nhà quân chủ độc tài trung cổ dẫn đến niềm tin tiêu cực vào bản tính con người và các kêu gọi về giới hạn quyền lực. Đối với các nhà khai quốc Mỹ, chế độ thuộc địa của Anh được mô tả trong Tuyên ngôn Độc lập của Mỹ như tất cả chỉ hướng đến “thiết lập ách chuyên chế bạo ngược ở những bang này” là nguyên nhân thực tế cho những khao khát về giới hạn quyền lực nhà nước bằng hiến pháp. Đối với các nền dân chủ chuyển đổi hồi cuối thế kỷ trước, trải nghiệm của các chế độ độc đoán trước đó có thể được lý giải như là nguyên nhân của các nỗ lực giới hạn quyền lực chính phủ. Graham Walker, nhà nghiên cứu hiến pháp và chính trị học người Mỹ, nói: “quá trình chuyển đổi chính trị đáng nhớ đã diễn ra ở các vùng khác nhau của thế giới. Hầu hết các vùng này đều đã từng tồn tại chế độ độc tài hoặc các hình thức tương tự, và điều này dẫn đến sự tái sinh những mong muốn về chủ nghĩa hợp hiến”¹².

6 Montesquieu, *The Spirit of the Laws*, trans. Thomas Nugent (New York: Hafner Publishing Company, 1962), p. 150.

7 *The Federalist*, No. 51.

8 Jean-Jacques Rousseau, *The Social Contract*, trans. Christopher Betts (Oxford: Oxford University Press, 1994), p. 102.

9 *The Papers of Thomas Jefferson*, Volume 30, ed., Barbara B. Oberg (Princeton University Press, 2003), p. 541.

10 *George Washington: A Collection*, ed., W.B. Allen (Indianapolis: LibertyClassics, 1988), p. 521.

11 Xem, ví dụ: Larry Catá Backer, “From Constitution to Constitutionalism: A Global Framework for Legitimate Public Power Systems”, *113 Penn State Law Review* (2008-2009), p. 679; Chaihark Hahm, “Ritual and Constitutionalism: Disputing the Ruler’s Legitimacy in a Confucian Polity”, *57 The American Journal of Comparative Law* (2009), p. 135; Kam C Wong, “Human Rights and Limitation of State Power: The Discovery of Constitutionalism in The People’s Republic of China” *7 Asia-Pacific Journal on Human Rights and the Law* (2006), p. 1-37; O.P Gauba, *Constitutionalism in a Changing Perspective* (New Delhi: Segment Books, 1996).

12 Graham Walker, “The Idea of Nonliberal Constitutionalism” in Ian Shapiro and Will Kymlicka (eds), *Nomos XXXIX: Ethnicity and Group Rights* (New York and London: New York University Press, 1997), p. 154.

2. Chủ nghĩa hợp hiến tích cực

Các hiến gia, trong các nỗ lực giới hạn quyền lực, vô tình hay hữu ý, đang vẽ lên một bức tranh tối màu về bản tính con người, chính quyền và hiến pháp: nhân tính bản ác, chính quyền phải được xích lại, hiến pháp là sợi dây xích. Có thể nào chủ nghĩa hợp hiến lại hoàn toàn dựa trên chủ nghĩa bi quan? Có thể hình dung về một chủ nghĩa hợp hiến với một cách nhìn tích cực hơn về bản tính con người, chính quyền và hiến pháp? Trong học thuật quốc tế, dù không nhiều, nhưng đã có những thách thức đối với chủ nghĩa hợp hiến tiêu cực.

Từ sớm, Leslie Lipson, nhà nghiên cứu chính trị học ở Đại học California, Berkeley (Mỹ), đã đặt vấn đề: “Một số người quá lo ngại về lạm dụng quyền lực đến mức bức tranh của họ về chủ nghĩa hợp hiến là hàng loạt những điều cấm đoán. Theo đó, pháp quyền biến thành một loạt những điều tiêu cực. Kiểm tra, kiểm soát, hạn chế, giới hạn trở thành bản chất của chủ nghĩa hợp hiến và sự bảo vệ chính yếu đối với tự do của con người. Nhưng có thể vì chú ý quá mức tới sự lạm quyền khiến chính quyền hợp hiến tự làm hỏng mục đích của nó không?”¹³.

Gần đây hơn, Stephen Holmes, một nhà hiến pháp học nổi tiếng ở Đại học New York, Mỹ có lẽ là người có tiếng nói mạnh mẽ và rõ ràng nhất phê bình chủ nghĩa hợp hiến tiêu cực và đề xuất loại hình chủ nghĩa tích cực, dù ông là người bảo vệ chủ nghĩa tự do - người bạn đồng hành của chính phủ hữu hạn. Học giả này lo lắng rằng: “những văn thức phổ biến về kiểm tra, ngăn chặn,

giới hạn, hạn chế tất cả đều coi hiến pháp như là một công cụ tiêu cực được sử dụng để chống lạm quyền”¹⁴.

Holmes định nghĩa chủ nghĩa hợp hiến tiêu cực (*negative constitutionalism*) như là “một học thuyết coi hiến pháp chủ yếu là một công cụ có tính chất ngăn ngừa và giới hạn, có mục đích kiểm tra hoặc hạn chế độ tài và các hình thức lạm dụng quyền lực khác”¹⁵. Học giả này phê bình chủ nghĩa hợp hiến tiêu cực là “một trong những trở ngại lớn nhất cho việc khám phá về mặt lý thuyết có tính hữu dụng mối quan hệ giữa chủ nghĩa hợp hiến và dân chủ”¹⁶. Holmes sau đó chỉ ra rằng: “điều mà chủ nghĩa hợp hiến tiêu cực đã bỏ qua là một bản hiến pháp có thể xác lập các thể chế, phân bổ các trách nhiệm, xác định các mục đích, và làm cho quốc gia có thể quản trị được”¹⁷.

Không hài lòng với chủ nghĩa hợp hiến tiêu cực, Stephen Holmes đề xuất quan niệm về chủ nghĩa hợp hiến tích cực (*positive constitutionalism*) với những cảm hứng lý thuyết từ triết gia Pháp Jean Bodin (1530-1596) và triết gia Anh John Stuart Mill (1806-1873). Holmes coi Bodin là “cha đẻ của chủ nghĩa hợp hiến tích cực”¹⁸, người đã quan niệm rằng một hiến pháp là một văn bản có tính cách xúc tiến hơn là giới hạn và vì vậy “chủ quyền có thể được củng cố hơn là bị lật đổ bởi các giới hạn hiến pháp”¹⁹. Theo Holmes, Stuart Mill cũng là người ủng hộ chủ nghĩa hợp hiến tích cực vì tác phẩm Chính phủ Đại diện của ông ta “thu hút sự chú ý về chức năng sáng tạo hơn là giới hạn của các hiến pháp dân chủ tự do”²⁰. Holmes giải thích rõ thêm: “Mill ủng hộ chính phủ

13 Leslie Lipson, *The Great Issues of Politics: An Introduction to Political Science* (New Jersey: Prentice-Hall, 1960), p. 236.

14 Stephen Holmes, *Passions and Constraint: On the Theory of Liberal Democracy* (Chicago: University of Chicago Press, 1995), p. 163.

15 Stephen Holmes, *tíddd*, p. 7.

16 Stephen Holmes, *tíddd*, p. 7.

17 Stephen Holmes, *tíddd*, p. 101.

18 Stephen Holmes, *tíddd*, p. 8.

19 Stephen Holmes, *tíddd*, p. 8.

20 Stephen Holmes, *tíddd*, p. 178.

đại diện vì tiềm năng sáng tạo của nó chứ không phải chỉ là việc nó là một bảo đảm chống lại độc tài và suy đồi... Các cải cách thể chế mà Mill ủng hộ, vì vậy, có mục đích không chỉ ở việc bảo vệ quyền cá nhân và tăng cường phát triển cá nhân. Quan trọng hơn, chúng có mục đích xúc tiến sự tiến bộ của nhận thức hữu ích có tính cách công cộng”²¹.

Đi theo lý thuyết của Bodin và Mill, Holmes kêu gọi xem xét nghiêm túc phương diện tích cực của chủ nghĩa hợp hiến. Holmes cho rằng, hiến pháp không chỉ giới hạn quyền lực độc tài mà là một văn bản đa chức năng: nó có thể xây dựng quyền lực, định hướng quyền lực theo những mục đích mà xã hội mong muốn, ngăn ngừa rối loạn xã hội và đàn áp cá nhân, xác lập các quy tắc cho sự vận hành có tính cách tập thể của nền dân chủ, xây dựng một nền tảng thể chế cho quá trình quyết định chính sách sáng suốt, vận động các nguồn lực công cộng để giải quyết các vấn đề công cộng²²... Holmes, cuối cùng kết luận: “các quy tắc hiến pháp làm cho khả thi chứ không phải làm cho bất khả thi”²³.

Tiến đến một cách nhìn tích cực hơn về chủ nghĩa hợp hiến, Holmes đề nghị cần phải quan niệm lại về “giới hạn”. Theo đó, giới hạn có tính cách tích cực hơn là tiêu cực. Holmes viết: “giới hạn không nhất thiết làm yếu quyền lực; nó có thể làm cho quyền lực mạnh lên... Các hiến pháp, hơn nữa, có thể ràng buộc theo một cách thức làm cho những khả năng chưa từng có xảy ra”²⁴. Holmes lấy vấn đề phân chia quyền lực để minh họa. Học giả này cho rằng phân chia quyền lực không hẳn là một cơ chế tiêu cực để chống lạm quyền: “Giống như các quy tắc hiến pháp khác, phân chia quyền lực có thể củng cố quyền lực của chính phủ. Nó có

thể tháo gỡ những sự trùng lặp về thẩm quyền, phân loại các thẩm quyền không rõ ràng, giúp vượt qua những sự nhập nhằng về chức năng. Như là một hình thức phân công lao động chính trị, nó có tính cách sáng tạo theo nghĩa rằng sự chuyên môn hóa tăng cường sự nhạy bén đối với các vấn đề xã hội đa dạng”²⁵.

3. Vấn đề và triển vọng

Lý thuyết của Holmes về chủ nghĩa hợp hiến tích cực gợi mở một cách nhìn tươi sáng hơn về chủ nghĩa hợp hiến và hiến pháp. Holmes giúp chỉ ra hiến pháp là một văn bản đa chức năng, không chỉ là một công cụ tiêu cực đơn thuần giới hạn quyền lực nhà nước. Tuy nhiên, lý thuyết của Holmes có một số vấn đề cần được thảo luận.

Trong khi Holmes đi đúng hướng khi vạch ra một cách nhìn tích cực hơn về chủ nghĩa hợp hiến, Holmes tự làm yếu lập luận của mình bằng việc đơn giản quan niệm lại về “giới hạn” theo nghĩa tích cực: làm mạnh chứ không làm yếu quyền lực. Có lẽ mô thức “giới hạn” đã được xác lập đủ lâu, vững chắc và phổ biến trong học thuật hiến pháp học thế giới đến mức, mặc dù muốn hướng tới phương diện tích cực của chủ nghĩa hợp hiến, Holmes không thể từ bỏ quan niệm về “giới hạn” mà giản đơn định nghĩa lại “giới hạn” theo một cách thức tích cực. Kỳ thực, rất mạo hiểm cho một hiến gia tư duy về chủ nghĩa hợp hiến mà không có quan niệm về giới hạn. Tuy nhiên, khi cho rằng giới hạn không có mục tiêu làm yếu mà làm mạnh quyền lực, có lẽ Holmes xa rời mục đích thực sự của chủ nghĩa hợp hiến.

Chủ nghĩa hợp hiến không có mục đích làm yếu hay làm mạnh quyền lực. Chủ nghĩa hợp hiến không hướng đến quyền lực mạnh

21 Stephen Holmes, *tidd*, p. 178.

22 Stephen Holmes, *tidd*, p. 6.

23 Stephen Holmes, *tidd*, p. 163.

24 Stephen Holmes, *tidd*, p. 163.

25 Stephen Holmes, *tidd*, p. 165.

hay quyền lực yếu mà là quyền lực chính đáng. Bản chất của chủ nghĩa hợp hiến là một trật tự chính trị - pháp lý bảo đảm một nền quy chuẩn và cấu trúc được xác lập theo lý tính mà dựa trên đó chính quyền có thể quan hệ một cách chính đáng với dân chúng. Tính chính đáng của quan hệ được xác định bởi việc nhà cầm quyền có trách nhiệm đối với các tiêu chuẩn công cộng thay vì tự do theo đuổi những mục đích riêng tư. Một học giả phương Tây đã nhấn mạnh “Bất kể một chính quyền nào thực sự cam kết về mặt lý thuyết cũng như thực hành đối với chủ nghĩa hợp hiến dưới bất cứ hình thức nào - đặc biệt là hình thức dân chủ - đều phải gắn kết với nguyên tắc trách nhiệm theo tất cả các nghĩa của nó”²⁶.

Để bảo đảm quyền lực chính đáng hay trách nhiệm của chính quyền đối với các chuẩn mực công cộng, cả các giới hạn tiêu cực và các sắp xếp, phân phối tích cực đều cần thiết. Ấn dụ thú vị của Leslie Lipson vẫn hữu dụng để hình dung về chủ nghĩa hợp hiến: “Đóng yên cương một con ngựa là một việc, và cột chân nó lại là một việc khác. Kiểm soát công việc của chính quyền là một việc và làm tê liệt chính quyền đó là một việc khác... Nhà nước phải được hình dung như một con kênh trong đó quyền lực chính trị có thể chảy ra và phát ra năng lực để phụng sự loài người, hơn là một chiếc đập để ngăn cản nó lại”²⁷.

Chủ nghĩa hợp hiến có cả phương diện tích cực và tiêu cực mà mục đích của nó chỉ là một: giữ cho chính quyền có trách nhiệm đối với các chuẩn mực công cộng. Những giới hạn tiêu cực không có mục đích làm tê liệt chính quyền bằng việc rút đi các công cụ quản trị cần thiết của nó. Các giá trị chung thường nhạy cảm đối với ý chí riêng,

và vì vậy, các giới hạn tiêu cực bảo đảm quyền lực được sử dụng vì các chuẩn mực công cộng trong khi loại bỏ khả năng theo đuổi các mục đích riêng tư. Phương diện tích cực của chủ nghĩa hợp hiến bao gồm các sắp xếp, phân phối việc sử dụng quyền lực. Những hình thức tích cực này không có ý làm mạnh quyền lực. Ngược lại, một nền tảng quy chuẩn và cấu trúc dựa trên lý tính sắp xếp, phân phối việc sử dụng quyền lực thúc đẩy chính quyền tiến lên phía trước theo những định hướng và mục đích chính đáng để bảo đảm trách nhiệm của nó đối với các chuẩn mực công cộng.

Một vấn đề khác trong lý thuyết của Holmes là trong khi tập trung vào chức năng tích cực của hiến pháp, Holmes đã bỏ qua việc xem xét cách nhìn tích cực đối với bản tính con người. Xét tổng thể, tư duy về phương diện tích cực của chủ nghĩa hợp hiến đòi hỏi tư duy tương ứng về các phương diện tích cực của bản tính con người, chính quyền, và hiến pháp.

Trước tiên, có thể quan niệm về chủ nghĩa hợp hiến với cách nhìn về phương diện tích cực của bản tính con người không? Bản tính con người là chủ đề hóc búa gây nhiều tranh cãi chưa có hồi kết trong các lý thuyết đạo đức, chính trị và luật pháp²⁸. Tuy nhiên, bất luận bản tính con người thế nào, con người vẫn là thực thể có thể giáo dục, có thể được định hướng để làm điều tốt. Ngay cả người bảo vệ một cách nồng nhiệt nhất giả thuyết nhân tính bản ác như triết gia Trung Quốc Tuân Tử cũng thừa nhận rằng “người ngoài đường [một người bình thường] có thể trở thành Đại Vũ [một thánh vương]”²⁹. Đời sống chính trị vẫn không biến mất các hành động chính đáng. Vì vậy, chủ nghĩa hợp hiến không thể chỉ được nhìn

26 Dẫn trong Raymond Polin, *Plato and Aristotle on Constitutionalism: An Exposition and Reference Source* (Aldershot, England: Ashgate Publishing Ltd, 1998), p. 12.

27 Leslie Lipson, *The Great Issues of Politics*, p. 236.

28 Các giả thuyết khác nhau: nhân tính thiện, nhân tính ác, nhân tính không thiện không ác, nhân tính vừa thiện vừa ác.

29 John Knoblock, *Xunzi: A Translation and Study of the Complete Works, Volume III* (Stanford, California: Stanford University Press, 1994), p. 159.

nhận với việc kìm chế các hành động lạm quyền; hơn thế, để bảo đảm trách nhiệm của chính quyền đối với các chuẩn mực công cộng, vẫn có khả năng xúc tiến các hành động chính trị chính đáng dựa trên một niềm tin vào tính có thể định hướng đến điều tốt của con người.

Chủ nghĩa hợp hiến cũng có thể dung hợp được với một cách nhìn tích cực hơn về chính quyền. Hai nhà kinh tế học người Mỹ, Daron Acemoglu ở Học viện Công nghệ Massachusetts và James A. Robinson ở Đại học Harvard, trong cuốn sách gây tiếng vang lớn trên thế giới gần đây, *Why Nations Fail* (Tại sao các quốc gia thất bại) đưa ra những chứng cứ thực nghiệm cho thấy, trong khi sự giới hạn thường xuyên đối với quyền lực tuyệt đối là không thể từ bỏ, chính phủ hiệu năng với quyền lực cần thiết để thực thi pháp luật, duy trì trật tự, cung cấp các dịch vụ công, khuyến khích và điều chỉnh các hoạt động kinh tế, là một điều kiện quan trọng cho quốc gia thành công³⁰.

Quan niệm về các phương diện tích cực của nhân tính và chính quyền dẫn đến quan niệm tương ứng về hiến pháp. Mô phỏng theo ẩn dụ của Leslie Lipson, hiến pháp có thể được hình dung như một con kênh, không phải một con đập. Hiến pháp không phải là một con đập để ngăn chặn quyền lực mà là một con kênh giữ cho quyền lực chảy thông suốt theo đúng hướng, đúng mục tiêu, giải phóng năng lượng của nó để phụng sự con người. Holmes đã minh họa bằng việc xem xét các quy tắc trong hiến pháp về phân quyền theo một cách thức tích cực. Có thể bổ sung bằng những xem xét tích cực các quy định của hiến pháp về: quyền con người, chế độ bảo hiến, và thể chế liên chính.

Trước tiên, quyền con người có thể được quy định theo một lối tích cực. Trong tư duy tiêu cực, quyền con người được coi

như các giới hạn đối với hành động của nhà nước. Đặc biệt các quyền chính trị, dân sự được xác lập trong hiến pháp tự do truyền thống như những giới hạn mà nhà nước không được xâm phạm. Những tiến triển về nhân quyền đi xa hơn để đòi hỏi nhà nước không chỉ không được xâm phạm mà còn xúc tiến nhân quyền. Do vậy, hiến pháp không thể chỉ cấm đoán nhà nước xâm phạm nhân quyền; nó có thể cần đi xa hơn để xác định một cách tích cực trách nhiệm của nhà nước trong việc xúc tiến nhân quyền. Tư duy này đặc biệt thích hợp đối với việc xúc tiến các quyền về kinh tế, văn hóa, xã hội.

Chế độ bảo hiến cũng có thể được nhìn nhận và xác định theo một cách thức tích cực. Các định chế bảo hiến, dù theo mô hình nào, về cơ bản được xác định với các chức năng tiêu cực: xem xét, loại bỏ các hành động vi hiến. Chủ nghĩa hợp hiến có lẽ cần nhiều hơn thế. Nếu con người có thể được định hướng đến các điều tốt, dù nguyên tính thế nào, và nếu chính quyền có thể hành động chính đáng một cách tích cực, chủ nghĩa hợp hiến cần cả việc ngăn ngừa, loại bỏ những hành động vi hiến lẫn việc xúc tiến, khuyến khích, định hướng các hành động hợp hiến. Một định chế bảo hiến, do vậy, cần cả hai loại chức năng tiêu cực và tích cực.

Hiến pháp cũng có thể hình thành thể chế liên chính theo một cách thức tích cực. Xác lập trong hiến pháp một ủy ban chống tham nhũng có lẽ chỉ phản ánh phương diện tiêu cực của hiến pháp. Thể chế liên chính trong hiến pháp cần làm nhiều việc hơn là chỉ chống tham nhũng. Thể chế liên chính trong hiến pháp có thể làm cả việc chống tham nhũng lẫn việc xúc tiến sự minh bạch, trong sạch trong chính quyền. Vì vậy, một ủy ban liên chính hơn là một ủy ban chống tham nhũng, cần được xác định trong hiến pháp với cả chức năng tiêu cực và tích cực ■

30 Daron Acemoglu & James A. Robinson, *Why Nations Fail* (UK: Profile Books, 2012), p. 79-81.

LUẬT BIỂN VIỆT NAM 2012: **Khung pháp lý quan trọng bảo vệ, quản lý,** **sử dụng và hợp tác, hội nhập** **BIỂN**

NGÀY 21/6/2012, LUẬT BIỂN VIỆT NAM (LUẬT BIỂN) ĐÃ ĐƯỢC QUỐC HỘI THÔNG QUA VÀ CÓ HIỆU LỰC TỪ NGÀY 01/01/2013. LUẬT BIỂN GỒM 7 CHƯƠNG, 55 ĐIỀU, ĐƯỢC XÂY DỰNG VỚI MỤC ĐÍCH HOÀN THIỆN KHUÔN KHỔ PHÁP LÝ, PHỤC VỤ CHO VIỆC SỬ DỤNG, QUẢN LÝ, BẢO VỆ CÁC VÙNG BIỂN, ĐẢO VÀ PHÁT TRIỂN KINH TẾ BIỂN CỦA VIỆT NAM. LUẬT CŨNG NHẪM TẠO ĐIỀU KIỆN THUẬN LỢI CHO QUÁ TRÌNH HỘI NHẬP QUỐC TẾ VÀ TĂNG CƯỜNG HỢP TÁC VỚI CÁC NƯỚC, VÌ HÒA BÌNH, ỔN ĐỊNH TRONG KHU VỰC VÀ THẾ GIỚI.

NGUYỄN HỒNG THAO*

1. Ý nghĩa của việc thông qua Luật Biển năm 2012

Việt Nam là một quốc gia ven biển, có diện tích biển lớn gần gấp ba lần diện tích đất liền, với gần 3.000 đảo và hai quần đảo Hoàng Sa và Trường Sa. Biển có một vị trí đặc biệt quan trọng trong an ninh, quốc phòng và phát triển kinh tế biển trong sự nghiệp xây dựng và bảo vệ đất nước. Với việc thông qua Luật Biển, lần đầu tiên tính từ khi thành lập nước đến nay, chúng ta có một văn bản mang tầm một bộ luật chung về

biển. Trước kia, chúng ta đã có các văn bản của Chính phủ như Tuyên bố của Chính phủ về Các vùng biển Việt Nam năm 1977 bao gồm vùng đặc quyền kinh tế 200 hải lý và thềm lục địa, Tuyên bố về Đường cơ sở Việt Nam năm 1982; một số luật chuyên ngành về biển như Bộ luật Hàng hải, Luật Dầu khí, Luật Thủy sản, Nghị quyết ngày 23/6/1994 của Quốc hội khoá IX phê chuẩn Công ước Luật biển của Liên hiệp quốc năm 1982 (CULB)... và một số những quy định khác nằm rải rác trong các văn bản dưới luật. Có

* PGS, TS. Đại học Quốc gia Hà Nội

những quy định được thông qua trước khi có CULB và đến nay vẫn còn có hiệu lực. Luật Biển năm 2012 đã đặt nền móng cho việc pháp điển hóa pháp luật về biển trên những nguyên tắc thống nhất, phù hợp với luật biển quốc tế, bảo vệ và đáp ứng được các lợi ích biển của Việt Nam. Luật Biển đã tạo ra khung pháp lý cơ bản cho việc tiến ra biển của đất nước, khắc phục sự “tụt hậu” trong xây dựng luật biển so với các nước trong khu vực (Trung Quốc đã có Luật Lãnh hải và vùng biển tiếp giáp ngày 2/2/1992; Luật về Vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa ngày 26/6/1998; Luật Quản lý và sử dụng các vùng biển của nước Cộng hòa nhân dân Trung Hoa ngày 2/10/2001; Quy hoạch chức năng các vùng biển toàn quốc tháng 12/2002; Luật Sử dụng các đảo không người ở 2009; Quy định về quản lý sản xuất nghề cá "Nam Sa" năm 2004; Trung Quốc cũng đơn phương công bố đường cơ sở quần đảo Hoàng Sa ngày 15/6/1996, Quyết định thành lập thành phố Tam Sa năm 2012 - vi phạm chủ quyền Việt Nam; Philippin có Luật Cộng hòa RA 9522 xác định đường cơ sở ngày 10/3/2009, và quản lý Trường Sa và bãi cạn Hoàng Nham theo quy chế đảo; Malaysia cũng đã công bố bản đồ ranh giới thềm lục địa Malaysia năm 1979).

Đồng thời, Luật Biển là bước thể hiện cụ thể Nghị quyết số 27/NQ-CP của Chính phủ ngày 30/5/2007 về Chiến lược biển Việt Nam đến năm 2020 nhằm xây dựng nước ta trở thành một nước mạnh về biển.

Luật Biển thể hiện được tư tưởng quản lý biển tổng hợp và sẽ tạo điều kiện áp dụng hiệu quả hơn mô hình này vào thực tế Việt Nam, phục vụ cho việc sử dụng, quản lý, bảo vệ các vùng biển, đảo và phát triển kinh tế biển của Việt Nam. Nó sẽ là cơ sở để quy hoạch lại các vùng biển trên tinh thần phát triển bền vững, phát triển phải đi đôi với bảo vệ, kết hợp hài hòa lợi ích giữa trung ương và địa phương, trước mắt và lâu dài, giữa kinh tế và quốc phòng, kết hợp quản lý theo

ngành và theo lãnh thổ, phát huy tối đa sức mạnh tổng hợp trong quản lý và phát triển kinh tế biển, tăng cường vai trò và quyền hạn của các cấp chính quyền địa phương trong quản lý và phát triển kinh tế biển. Luật Biển cũng sẽ tạo điều kiện xây dựng, phân công, phân nhiệm và hợp đồng rõ ràng giữa các lực lượng thi hành pháp luật trên biển, đáp ứng được nhu cầu bảo vệ và quản lý biển của đất nước trong tình hình mới.

Luật Biển tái khẳng định chủ quyền trên hai quần đảo Hoàng Sa, Trường Sa, là cơ sở pháp lý quan trọng để xác định phạm vi các vùng biển Việt Nam phù hợp với các quy định của CULB và là kim chỉ nam cho các hoạt động đối ngoại liên quan đến biển của đất nước, các hoạt động đàm phán giải quyết hòa bình các tranh chấp biển với các nước liên quan.

Luật Biển là cơ sở pháp lý quan trọng thúc đẩy hợp tác quốc tế về biển giữa Việt Nam với các nước và các tổ chức quốc tế, trên cơ sở tôn trọng pháp luật quốc tế, tôn trọng độc lập, chủ quyền và toàn vẹn lãnh thổ, bình đẳng, các bên cùng có lợi.

2. Sự tương thích của Luật Biển 2012 với Công ước Luật Biển của Liên hiệp quốc năm 1982

Một trong những yêu cầu xây dựng Luật Biển là phải bảo đảm được tính tương thích, thống nhất từ Hiến pháp Việt Nam, CULB 1982 tới các văn bản pháp luật về biển hiện hành, nhằm bảo vệ được các quyền lợi chính đáng của Việt Nam và điều hành có hiệu quả các hoạt động biển của các cá nhân, pháp nhân Việt Nam và nước ngoài trên các vùng biển Việt Nam.

Việt Nam đã tham gia tích cực vào quá trình đàm phán soạn thảo CULB, là một trong những nước đầu tiên ký CULB ngày 10/12/1982 và là quốc gia thứ 63 phê chuẩn CULB bằng Nghị quyết của Quốc hội ngày 23/6/1994. Nghị quyết của Quốc hội đã giao cho “Ủy ban Thường vụ Quốc hội và Chính

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

phủ nghiên cứu để có những sửa đổi, bổ sung cần thiết đối với các quy định liên quan của pháp luật quốc gia cho phù hợp với Công ước của Liên hiệp quốc về Luật biển năm 1982, bảo đảm lợi ích của Việt Nam”. Quá trình xây dựng Luật Biển của Việt Nam bắt đầu từ năm 1994 đến 2012, kéo dài 18 năm, qua hàng trăm hội thảo, tiếp thu hàng trăm ý kiến đóng góp của các chuyên gia trong nước và quốc tế, được sự quan tâm của đồng bào trong nước cũng như kiều bào ở nước ngoài. Việt Nam cũng như các quốc gia ven biển đánh giá cao CULB như một Công ước khung quan trọng nhất thiết lập một trật tự pháp lý mới công bằng trên biển, bảo đảm tốt nhất quyền lợi biển của các quốc gia ven biển và các quốc gia khác. Tính tương thích với CULB là một trong những ưu tiên hàng đầu trong quá trình xây dựng Luật biển, nhằm đảm bảo cho Luật Biển phù hợp với CULB, với luật quốc tế. Tính tương thích này thể hiện rõ trong Điều 2.2 của Luật biển: *Trường hợp quy định của Luật này khác với quy định của điều ước quốc tế mà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa (XHCN) Việt Nam là thành viên thì áp dụng quy định của điều ước quốc tế đó.*

Mặt khác, theo luật quốc tế, khi phê chuẩn CULB năm 1994, Việt Nam cũng như các quốc gia thành viên có nghĩa vụ thực hiện đúng các cam kết của mình đối với các quy định của Luật Biển. Điều đó có nghĩa là các quy định của CULB đã được áp dụng trực tiếp vào Việt Nam. Trên cơ sở đó, Việt Nam đã cùng Malaysia hoàn thiện hồ sơ ranh giới ngoài thềm lục địa trình Ủy ban thềm lục địa của Liên hiệp quốc tháng 5/2009 theo đúng yêu cầu của CULB và các văn bản liên quan. Luật Biển chỉ nội luật hóa các quy định của CULB và bổ sung thêm những quan tâm chính đáng của Việt Nam về những vấn đề mà CULB không đề cập đến như vấn đề chủ quyền. Sự nội luật hóa này là cần thiết để diễn giải các thành ngữ luật khô khan cho dễ hiểu hơn, dễ tiếp cận và giải thích hơn đối với các công dân Việt Nam và nước ngoài - đối tượng trực tiếp thực hiện các hoạt động biển và chịu tác động của Luật Biển trên các vùng biển thuộc chủ quyền, quyền chủ quyền và quyền tài phán của Việt Nam, phù hợp với các quy định của luật quốc tế. Xây dựng Luật Biển của Việt Nam, phù hợp với tình hình, đặc điểm cụ thể của các vùng biển Việt Nam,



làm khuôn khổ pháp lý cơ bản, có hiệu lực pháp lý cao để áp dụng nhằm bảo vệ và thực hiện chủ quyền, quyền chủ quyền, quyền tài phán và lợi ích quốc gia trên biển. Trong quá trình thực thi Luật Biển 2012, hệ thống pháp luật về biển của Việt Nam sẽ được đánh giá lại, loại bỏ các mâu thuẫn, chồng chéo trong các văn bản pháp luật. Điều 2.1 của Luật Biển 2012 quy định: Trường hợp có sự khác nhau giữa quy định của Luật này với quy định của luật khác về chủ quyền, chế độ pháp lý của vùng biển Việt Nam thì áp dụng quy định của Luật này.

3. Luật Biển Việt Nam 2012 - công cụ quản lý biển thống nhất trong đa dạng

Biển cả là môi trường vừa đồng nhất vừa đa dạng, vừa mang tính chuyển động vừa tĩnh lặng, có sự tham gia của các thể nhân, pháp nhân trong nước và ngoài nước, có sự thống nhất và xung đột giữa quyền lợi và nghĩa vụ của các bộ, ngành, địa phương, các pháp nhân, thể nhân, giữa nhu cầu quốc phòng và phát triển kinh tế... đòi hỏi phải có một sự quản lý thống nhất và linh hoạt. Với sự gia tăng các hoạt động sử dụng biển, việc quy định cụ thể, chi tiết hơn về quyền, nghĩa vụ của thể nhân, pháp nhân sử dụng biển; xác định rõ trách nhiệm, thẩm quyền của các cơ quan quản lý nhà nước (QLNN) trong việc quản lý các hoạt động sử dụng biển là cần thiết, tạo cơ chế rõ ràng khuyến khích các tổ chức, cá nhân đầu tư vào việc khai thác, sử dụng tài nguyên biển, phát triển kinh tế biển... Tuy nhiên, không thể kỳ vọng Luật Biển quy định đầy đủ ngay các hoạt động cụ thể mà Luật chỉ nêu ra các nguyên tắc chung, khung pháp lý cơ bản để phát triển tiếp các quy định quản lý và bảo vệ vùng biển và tài nguyên biển trong các luật chuyên ngành và các văn bản luật tiếp theo. Luật Biển 2012 đã giải quyết các nhu cầu hợp tác và cạnh tranh trong quản lý và bảo vệ vùng biển và tài nguyên biển bằng ba nguyên tắc cơ bản ghi trong Điều 4: 1) Quản lý và bảo vệ biển được thực hiện thống nhất

theo quy định của pháp luật Việt Nam, phù hợp với Hiến chương Liên hiệp quốc và các điều ước quốc tế khác mà nước Cộng hòa XHCN Việt Nam là thành viên. 2) Các cơ quan, tổ chức và mọi công dân Việt Nam có trách nhiệm bảo vệ chủ quyền, quyền chủ quyền, quyền tài phán quốc gia trên các vùng biển, đảo và quần đảo, bảo vệ tài nguyên và môi trường biển. 3) Nhà nước giải quyết các tranh chấp liên quan đến biển, đảo với các nước khác bằng các biện pháp hòa bình, phù hợp với CULB, pháp luật và thực tiễn quốc tế.

Trên cơ sở các nguyên tắc này, Điều 7 quy định: 1) Chính phủ thống nhất QLNN về biển trong phạm vi cả nước. 2) Các bộ, cơ quan ngang bộ, Ủy ban nhân dân (UBND) tỉnh, thành phố ven biển trực thuộc trung ương trong phạm vi nhiệm vụ, quyền hạn của mình thực hiện QLNN về biển.

Việc thống nhất QLNN về biển được thực hiện thông qua: Chính phủ xác định và công bố đường cơ sở sau khi được Ủy ban thường vụ Quốc hội phê chuẩn (Điều 8); Nhà nước khẳng định nguyên tắc xác lập phạm vi các vùng biển Việt Nam, lãnh hải 12 hải lý, vùng tiếp giáp lãnh hải 24 hải lý, vùng đặc quyền kinh tế 200 hải lý và ranh giới ngoài thềm lục địa, đàm phán giải quyết hòa bình phân định các vùng biển chồng lấn với các nước láng giềng, thực hiện chủ quyền, quyền chủ quyền và quyền tài phán theo đúng chế độ pháp lý của các vùng biển quy định từ Điều 9 đến Điều 21; Nhà nước tôn trọng và bảo hộ quyền và lợi ích hợp pháp của tàu thuyền, tổ chức, cá nhân hoạt động trong vùng biển Việt Nam phù hợp với quy định của pháp luật Việt Nam và điều ước quốc tế mà nước Cộng hòa XHCN Việt Nam là thành viên (Điều 22.2); Nhà nước đề ra chính sách quản lý và bảo vệ biển (Điều 5) trên cơ sở phát huy sức mạnh toàn dân tộc và thực hiện các biện pháp cần thiết bảo vệ chủ quyền, quyền chủ quyền, quyền tài phán quốc gia trên các vùng biển, đảo và quần

đảo, bảo vệ tài nguyên và môi trường biển, phát triển kinh tế biển; Nhà nước thống nhất quy hoạch và phát triển các ngành kinh tế biển (Điều 43 - 44). Phát triển kinh tế biển bền vững, hiệu quả theo các nguyên tắc trong Điều 42 (Phục vụ xây dựng và phát triển kinh tế - xã hội của đất nước; Gắn với sự nghiệp bảo vệ chủ quyền quốc gia, quốc phòng, an ninh và trật tự an toàn trên biển; Phù hợp với yêu cầu quản lý tài nguyên và bảo vệ môi trường biển; Gắn với phát triển kinh tế - xã hội của các địa phương ven biển và hải đảo); Nhà nước xây dựng và thực hiện chiến lược, quy hoạch, kế hoạch quản lý, sử dụng, khai thác, bảo vệ các vùng biển, đảo và quần đảo một cách bền vững phục vụ mục tiêu xây dựng, phát triển kinh tế - xã hội, quốc phòng, an ninh; Nhà nước có chính sách đầu tư xây dựng, phát triển các khu kinh tế, cụm công nghiệp ven biển, kinh tế các huyện đảo theo quy hoạch, bảo đảm hiệu quả, phát triển bền vững. Việc giao các khu vực biển nhất định cho tổ chức, cá nhân khai thác, sử dụng tài nguyên biển được thực hiện theo quy định của Chính phủ (Điều 45); Nhà nước ưu tiên đầu tư xây dựng cơ sở hạ tầng, mạng lưới hậu cần biển, phát triển kinh tế các huyện đảo; có chính sách ưu đãi để nâng cao đời sống vật chất, tinh thần của dân cư sinh sống trên các đảo; khuyến khích, ưu đãi về thuế, vốn, tạo điều kiện thuận lợi cho tổ chức, cá nhân đầu tư khai thác tiềm năng và thế mạnh phát triển trên các đảo, tăng cường hoạt động ngư nghiệp và các hoạt động khác trên biển, đảo; bảo vệ hoạt động của nhân dân trên biển, đảo (Điều 46); Nhà nước đẩy mạnh hợp tác quốc tế về biển với các nước, các tổ chức quốc tế và khu vực trên cơ sở pháp luật quốc tế, tôn trọng độc lập, chủ quyền và toàn vẹn lãnh thổ, bình đẳng, các bên cùng có lợi.

Luật Biển Việt Nam 2012 cũng chấm dứt cuộc tranh luận về phân định cụ thể các vùng biển cho các địa phương quản lý và thành lập cơ quan cấp bộ thống nhất quản lý

biển. Các vùng biển không chỉ là đối tượng điều chỉnh của nội luật mà còn cả các điều ước quốc tế, liên quan đến nhiều lĩnh vực trên cùng một không gian quản lý... cho nên, việc “giao quyền” quản lý cho các địa phương, đặc biệt là trên lãnh hải, vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa, dễ dẫn đến “tính địa phương chủ nghĩa” trong quản lý, cản trở việc phát triển kinh tế - xã hội đối với môi trường biển của cả nước. Chính phủ thống nhất QLNN đối với các vùng biển Việt Nam, có trách nhiệm điều phối hoạt động, làm rõ chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của các bộ, ngành và UBND các cấp ven biển trong công tác quản lý biển. Mô hình này phù hợp với điều kiện hiện nay, với chủ trương tinh giản bộ máy hành chính, cải cách thủ tục hành chính. Quy định này bảo đảm sự điều hành linh hoạt của Chính phủ trong trường hợp có thay đổi đối với yêu cầu QLNN về biển và kinh tế biển trong từng thời kỳ cũng như khi có điều chỉnh về chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức các bộ, cơ quan ngang bộ. Trên thực tế, đa phần các quốc gia có biển cũng tổ chức việc quản lý các vấn đề liên quan đến biển theo cơ chế đa ngành.

4. Luật Biển Việt Nam 2012 - công cụ quản lý các vùng biển

So với các Tuyên bố của Chính phủ năm 1977 và 1982, Luật Biển quy định rõ ràng và đầy đủ hơn về các vùng biển phù hợp với CULB 1982.

Đường cơ sở

Tất cả các vùng biển đều được tính từ hệ thống đường cơ sở. Nội dung này liên quan trực tiếp đến chủ quyền đối với biên giới, lãnh thổ quốc gia thuộc thẩm quyền quyết định của Quốc hội. Luật giao Ủy ban thường vụ Quốc hội thực hiện việc phê chuẩn đường cơ sở do Chính phủ xác định trước khi công bố đối với những nơi chưa có đường cơ sở như Vịnh Bắc Bộ, vùng biển Việt Nam - Campuchia và các vùng biển của các đảo thuộc quần đảo Hoàng Sa và Trường

Sa là phù hợp với các quy định của Hiến pháp và pháp luật hiện hành. Điều 8 tiếp tục khẳng định hiệu lực hệ thống đường cơ sở thẳng đã được Chính phủ công bố trong Tuyên bố năm 1982.

Vịnh Bắc Bộ đã được phân định bằng Hiệp định phân định lãnh hải, vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa giữa Việt Nam và Trung Quốc ngày 25/12/2000. Khu vực này có thể sớm được xác định đường cơ sở. Đối với các khu vực khác, liên quan đến các tranh chấp chủ quyền và vùng biển chồng lấn, đường cơ sở sẽ được xác định sau. Trong khi thiên về việc sử dụng các đường cơ sở thẳng, Việt Nam vẫn đề nghị khả năng có thể sử dụng hệ thống đường cơ sở thẳng thông thường hoặc hỗn hợp ở các vùng chưa quy định đường cơ sở.

Nội thủy và lãnh hải

Các vùng biển thuộc chủ quyền quốc gia là nội thủy và lãnh hải. Nhà nước thực hiện chủ quyền hoàn toàn, tuyệt đối và đầy đủ đối với nội thủy như trên lãnh thổ đất liền (Điều 10). Lãnh hải được xác định là vùng biển rộng 12 hải lý tính từ đường cơ sở và ranh giới ngoài của lãnh hải chính là đường biên giới quốc gia trên biển (Điều 11). Tuy nhiên đường biên giới biển có chế độ pháp lý không hoàn toàn giống như biên giới đất liền. Tôn trọng, không vi phạm đường biên giới quốc gia là một nguyên tắc cơ bản đối với biên giới đất liền. Biên giới quốc gia trên biển đánh dấu sự chấm dứt chủ quyền của quốc gia ven biển trên vùng đáy biển, lòng đất dưới đáy biển và vùng trời quốc gia, song không phải là tuyệt đối với quyền sử dụng mặt nước vào mục đích đi lại. Nhà nước thực hiện chủ quyền đầy đủ và toàn vẹn đối với lãnh hải và vùng trời, đáy biển và lòng đất dưới đáy biển của lãnh hải phù hợp với CULB. Nhà nước bảo đảm quyền đi qua không gây hại của tàu thuyền nước ngoài trong lãnh hải Việt Nam. Việc đi qua không gây hại của tàu thuyền nước ngoài phải được thực hiện trên cơ sở tôn trọng hòa bình, độc lập, chủ quyền, pháp luật Việt

Nam và điều ước quốc tế mà nước Cộng hòa XHCN Việt Nam là thành viên. Mặc dù CULB không có điều khoản nào phân biệt tàu thuyền thực hiện quyền đi qua không gây hại trong lãnh hải, song trong thực tiễn giải thích và áp dụng CULB, vẫn có cách quy định đối với tàu quân sự nước ngoài. Đa số quy định, tàu quân sự nước ngoài được hưởng quyền đi qua không gây hại trong lãnh hải như các tàu thuyền khác. Nhưng một số nước đòi hỏi tàu quân sự nước ngoài khi thực hiện quyền đi qua không gây hại trong lãnh hải thì phải thông báo. Việt Nam ủng hộ lập trường của nhóm nước này. Điều 12.2 quy định, tàu quân sự nước ngoài khi thực hiện quyền đi qua không gây hại trong lãnh hải Việt Nam phải thông báo trước cho cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam. Mục đích của việc thông báo chủ yếu là nhằm bảo đảm an toàn hàng hải cho tàu thuyền di chuyển trong lãnh hải Việt Nam và cũng tạo điều kiện thuận lợi cho các cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam trong việc quản lý, theo dõi các vùng biển. Đây là một bước đơn giản hóa thủ tục so với Nghị định 30-CP ngày 29/1/1980 của Chính phủ quy định tàu quân sự nước ngoài khi đi vào vùng tiếp giáp lãnh hải Việt Nam phải xin phép. Đối với tàu quân sự xin phép vào thăm (trừ tàu thăm chính thức) vẫn thực hiện qua đường ngoại giao chậm nhất là 30 ngày trước ngày dự kiến đi vào cảng theo Nghị định 55/CP ngày 1/10/1996 của Chính phủ về hoạt động của tàu quân sự nước ngoài vào thăm nước Cộng hòa XHCN Việt Nam vẫn còn hiệu lực: Sau khi được phép vào thăm, 48 giờ trước khi đi vào lãnh hải Việt Nam, thuyền trưởng tàu quân sự nước ngoài phải thông báo cho Bộ Quốc phòng (Cục Đối ngoại) để tổ chức đón tiếp. Quy định này phù hợp với Luật Biển 2012.

Vùng tiếp giáp lãnh hải

Là vùng biển tiếp liền và nằm ngoài lãnh hải Việt Nam, có chiều rộng 12 hải lý tính từ ranh giới ngoài của lãnh hải (Điều 13). Việt Nam coi vùng tiếp giáp lãnh hải là một bộ phận của vùng đặc quyền kinh tế, có

chế độ pháp lý như vùng đặc quyền kinh tế (Điều 16 và Điều 14.1). Ngoài ra, Nhà nước thực hiện kiểm soát trong vùng tiếp giáp lãnh hải nhằm ngăn ngừa và trừng trị hành vi vi phạm pháp luật về hải quan, thuế, y tế, xuất nhập cảnh xảy ra trên lãnh thổ hoặc trong lãnh hải Việt Nam. Luật không quy định gì về quyền chủ quyền đối với các hiện vật mang tính khảo cổ và lịch sử tìm thấy trong vùng tiếp giáp lãnh hải như Điều 303 của CULB. Điều 12.5 chỉ quy định, Nhà nước có chủ quyền đối với mọi loại hiện vật khảo cổ, lịch sử trong lãnh hải Việt Nam. Các hiện vật mang tính khảo cổ và lịch sử này được Luật Di sản Văn hóa năm 2001 (sửa đổi năm 2009) coi là di sản văn hóa. Điều 6 Luật Di sản văn hóa quy định, mọi di sản văn hóa ở trong lòng đất thuộc đất liền, hải đảo, ở vùng nội thủy, lãnh hải, vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa của nước Cộng hòa XHCN Việt Nam đều thuộc sở hữu toàn dân. Quy định này rộng hơn Điều 303 của CULB, song Luật Biển 2012 lại thu hẹp hơn quyền của quốc gia đối với các hiện vật khảo cổ và lịch sử khi không có quy định về các hiện vật này tìm thấy trên đáy biển vùng tiếp giáp lãnh hải. Việt Nam cũng chưa tham gia Công ước Bảo vệ các di sản văn hóa dưới nước (Convention on the Protection of Underwater Cultural Heritage) của UNESCO, ký năm 2001. Công ước này quy định: quốc gia ven biển khi phát hiện hiện vật phải thông báo với các quốc gia có mối liên quan ("with a verifiable link") với hiện vật và các quốc gia có mối liên quan này có thể tuyên bố với các quốc gia ven biển là mình quan tâm đến việc bảo tồn các hiện vật nằm trong vùng đặc quyền kinh tế hoặc thềm lục địa của quốc gia ven biển. Luật Biển 2012 cũng phù hợp với luật hàng hải quốc tế hơn khi bỏ quy định giành quyền ưu tiên cứu hộ trong vùng tiếp giáp lãnh hải của Nghị định 30-CP. Điều 33 quy định: trong nội thủy, lãnh hải Việt Nam, Nhà nước có đặc quyền trong việc thực hiện các hoạt động tìm kiếm, cứu nạn, cứu hộ người và tàu thuyền gặp nạn hoặc nguy hiểm cần sự cứu giúp.

Vùng đặc quyền kinh tế

Là vùng biển tiếp liền và nằm ngoài lãnh hải Việt Nam, hợp với lãnh hải thành một vùng biển có chiều rộng 200 hải lý tính từ đường cơ sở (Điều 15). Như vậy, vùng biển có chế độ pháp lý của vùng đặc quyền kinh tế thực chất rộng 188 hải lý tính từ ranh giới ngoài của lãnh hải. Chế độ pháp lý của vùng đặc quyền kinh tế Việt Nam hoàn toàn phù hợp với Điều 55 của CULB. Việt Nam thực hiện: a) Quyền chủ quyền về việc thăm dò, khai thác, quản lý và bảo tồn tài nguyên thuộc vùng nước bên trên đáy biển, đáy biển và lòng đất dưới đáy biển; về các hoạt động khác nhằm thăm dò, khai thác vùng này vì mục đích kinh tế; b) Quyền tài phán quốc gia về lắp đặt và sử dụng đảo nhân tạo, thiết bị và công trình trên biển; nghiên cứu khoa học biển, bảo vệ và gìn giữ môi trường biển; c) Các quyền và nghĩa vụ khác phù hợp với pháp luật quốc tế.

Luật Biển 2012 không quy định về quyền của các quốc gia khác được tham gia vào khai thác số dư của khối lượng cho phép đánh bắt theo công thức Điều 62 CULB 1982. Trên thực tế, tài nguyên sinh vật ở Biển Đông đã bị khai thác đánh bắt quá mức. CULB 1982 quy định cho quốc gia ven biển nếu thấy cần thiết có thể sử dụng thẩm quyền không chia sẻ và có nghĩa vụ thi hành các biện pháp thích hợp về bảo tồn và quản lý nhằm làm cho việc duy trì các nguồn lợi sinh vật trong vùng đặc quyền về kinh tế của mình khỏi bị ảnh hưởng do khai thác quá mức.

Nhà nước tôn trọng quyền tự do hàng hải, hàng không; quyền đặt dây cáp, ống dẫn ngầm và hoạt động sử dụng biển hợp pháp của các quốc gia khác trong vùng đặc quyền kinh tế của Việt Nam theo quy định của Luật Biển 2012 và Điều ước quốc tế mà nước Cộng hòa XHCN Việt Nam là thành viên, không làm phương hại đến quyền chủ quyền, quyền tài phán quốc gia và lợi ích quốc gia trên biển của Việt Nam. Điểm mới

là Luật Biển 2012 quy định: việc lắp đặt dây cáp và ống dẫn ngầm phải có sự chấp thuận bằng văn bản của cơ quan nhà nước có thẩm quyền của Việt Nam. Điều này xuất phát từ thực tiễn quản lý và hoàn toàn phù hợp với cách giải thích CULB: việc khảo sát, thiết kế và xây dựng tuyến cáp và ống dẫn ngầm liên quan đến quyền tài phán về nghiên cứu khoa học biển và bảo vệ môi trường biển của quốc gia ven biển. Trong khi thực hiện quyền tự do đặt dây cáp và ống dẫn ngầm của mình, các quốc gia khác phải tôn trọng các quyền tài phán trên của quốc gia ven biển. Không có một sự tự do tuyệt đối mà chỉ là tự do trong khuôn khổ tôn trọng quyền lợi của các bên.

Thềm lục địa

Các quy định về thềm lục địa Việt Nam trong Luật Biển 2012 có tiến bộ hơn hẳn Tuyên bố các vùng biển năm 1977 và phù hợp với CULB. Điều 17 quy định 3 loại thềm lục địa theo CULB: a) Thềm lục địa là vùng đáy biển và lòng đất dưới đáy biển, tiếp liền và nằm ngoài lãnh hải Việt Nam, trên toàn bộ phần kéo dài tự nhiên của lãnh thổ đất liền, các đảo và quần đảo của Việt Nam cho đến mép ngoài của rìa lục địa; b) Trong trường hợp mép ngoài của rìa lục địa này cách đường cơ sở chưa đủ 200 hải lý thì thềm lục địa nơi đó được kéo dài đến 200 hải lý tính từ đường cơ sở; c) Trong trường hợp mép ngoài của rìa lục địa này vượt quá 200 hải lý tính từ đường cơ sở thì thềm lục địa nơi đó được kéo dài không quá 350 hải lý tính từ đường cơ sở hoặc không quá 100 hải lý tính từ đường đẳng sâu 2.500 mét. Khi xây dựng hồ sơ ranh giới ngoài thềm lục địa cùng Malaysia trình Ủy ban Ranh giới thềm lục địa của Liên hiệp quốc tháng 5/2009, Việt Nam đã áp dụng đúng quy định này. Điều 18 quy định rõ ràng chế độ pháp lý của thềm lục địa: Nhà nước thực hiện quyền chủ quyền đối với thềm lục địa về thăm dò, khai thác tài nguyên. Quyền chủ quyền này có tính chất đặc quyền, tức là không ai có

quyền tiến hành hoạt động thăm dò thềm lục địa hoặc khai thác tài nguyên của thềm lục địa nếu không có sự đồng ý của Chính phủ Việt Nam. Nhà nước có quyền khai thác lòng đất dưới đáy biển, cho phép và quy định việc khoan nhằm bất kỳ mục đích nào ở thềm lục địa. Việt Nam cũng khuyến khích các tổ chức, cá nhân nước ngoài tham gia thăm dò, sử dụng, khai thác tài nguyên, nghiên cứu khoa học, lắp đặt thiết bị và công trình ở thềm lục địa của Việt Nam trên cơ sở điều ước quốc tế mà nước Cộng hòa XHCN Việt Nam là thành viên, hợp đồng ký kết theo quy định của pháp luật Việt Nam hoặc được phép của Chính phủ Việt Nam. Các quyền tự do biển của các quốc gia khác được tôn trọng và thực hiện đúng như quy định của CULB.

Đảo, quần đảo

Một điểm mới nữa là Luật Biển 2012 có định nghĩa về đảo, quần đảo (Điều 19) và quy định về chế độ pháp lý các vùng biển của chúng (Điều 20 - 21). Nếu định nghĩa đảo hoàn toàn giống như Điều 121.1 CULB thì định nghĩa về quần đảo có phần sáng tạo, làm rõ hơn. Đảo là một vùng đất tự nhiên có nước bao bọc, khi thủy triều lên vùng đất này vẫn ở trên mặt nước. Quần đảo là một tập hợp các đảo, bao gồm cả bộ phận của các đảo, vùng nước tiếp liền và các thành phần tự nhiên khác có liên quan chặt chẽ với nhau. Điều 19. 3 Luật Biển khẳng định đảo, quần đảo thuộc chủ quyền của Việt Nam là bộ phận không thể tách rời của lãnh thổ Việt Nam. Đây là nguyên tắc nhất quán đã ghi trong Điều 1 Hiến pháp Cộng hòa XHCN Việt Nam 1992 và Điều 1 Luật Biên giới quốc gia 2003. Quy định này nhằm nhấn mạnh hơn nữa sự gắn bó, không thể chia cắt của bộ phận lãnh thổ đảo, khẳng định chủ quyền đầy đủ, toàn vẹn của Nhà nước ta đối với các đảo, quần đảo.

Điều 1 Luật Biển 2012 nêu rõ: Luật này quy định về đường cơ sở, nội thủy, lãnh hải, vùng tiếp giáp lãnh hải, vùng đặc quyền

kinh tế, thêm lục địa, các đảo, quần đảo Hoàng Sa, quần đảo Trường Sa và quần đảo khác thuộc chủ quyền, quyền chủ quyền, quyền tài phán quốc gia của Việt Nam; hoạt động trong vùng biển Việt Nam; phát triển kinh tế biển; quản lý và bảo vệ biển, đảo. Để tránh các bất đồng và dễ dàng tìm giải pháp cho tranh chấp ở Biển Đông, phù hợp với CULB, Việt Nam quy định rõ đảo thích hợp cho đời sống con người hoặc cho một đời sống kinh tế riêng thì có nội thủy, lãnh hải, vùng tiếp giáp lãnh hải, vùng đặc quyền kinh tế và thêm lục địa. Đảo đá không thích hợp cho đời sống con người hoặc cho một đời sống kinh tế riêng thì không có vùng đặc quyền kinh tế và thêm lục địa. Nội thủy, lãnh hải, vùng tiếp giáp lãnh hải, vùng đặc quyền kinh tế và thêm lục địa của các đảo, quần đảo được xác định theo quy định tại các Điều 9, 11, 13, 15 và 17 của Luật Biển 2012 và được thể hiện bằng hải đồ, bản kê tọa độ địa lý do Chính phủ công bố.

Luật Biển 2012 đã thể hiện một cách rõ ràng, nhất quán lập trường của Việt Nam trong xác định phạm vi và chế độ pháp lý các vùng biển, phù hợp với CULB. Điều này tạo điều kiện thuận lợi cho việc quản lý, bảo vệ, sử dụng biển và giải quyết các tranh chấp biển một cách hòa bình.

5. Luật Biển Việt Nam 2012 - công cụ quản lý các hoạt động biển

Các hoạt động trên biển đa dạng, được quy định trong nhiều văn bản luật và dưới luật, lần đầu tiên đã được đề cập tổng thể trong Luật Biển 2012. Trên tinh thần tôn trọng và bảo hộ quyền và lợi ích hợp pháp của tàu thuyền, tổ chức, cá nhân hoạt động trong vùng biển Việt Nam phù hợp với quy định của pháp luật Việt Nam và điều ước quốc tế mà nước Cộng hòa XHCN Việt Nam là thành viên, Nhà nước Việt Nam quy định rõ các hoạt động chung được thực hiện, bị cấm, chế độ tuân tra kiểm soát và xử lý vi phạm trên các vùng biển Việt Nam.

Quyền đi qua không gây hại trong lãnh hải:

Nghị định 30-CP của Chính phủ năm 1980 đã quy định về quyền đi qua không gây hại trong lãnh hải. Luật Biển 2012 quy định cụ thể về quyền đi qua không gây hại trong lãnh hải Việt Nam, phù hợp với các Điều 18, 19, 20, 21, 22, 23 của CULB. Nghĩa của việc đi qua lãnh hải là việc tàu thuyền nước ngoài đi trong lãnh hải Việt Nam nhằm một trong các mục đích sau: a) Đi ngang qua nhưng không đi vào nội thủy Việt Nam, không neo đậu lại trong một công trình cảng, bến hay nơi trú đậu ở bên ngoài nội thủy Việt Nam; b) Đi vào hoặc rời khỏi nội thủy Việt Nam hay đậu lại hoặc rời khỏi một công trình cảng, bến hay nơi trú đậu ở bên ngoài nội thủy Việt Nam.

Việc đi qua này chỉ hợp pháp khi nó tuân thủ ba điều kiện: (i) Việc đi qua lãnh hải phải liên tục và nhanh chóng, trừ trường hợp gặp sự cố hàng hải, sự cố bất khả kháng, gặp nạn hoặc vì mục đích phải cứu giúp người, tàu thuyền hay tàu bay đang gặp nạn; (ii) Việc đi qua không gây hại trong lãnh hải không được làm phương hại đến hòa bình, quốc phòng, an ninh của Việt Nam, trật tự an toàn trên biển; (iii) Việc đi qua phải tuân thủ các quy định của pháp luật Việt Nam.

Điều 23.3 Luật Biển 2012 đã nội luật hóa khái niệm “không gây hại” của Điều 19 CULB 1982. Việc đi qua của tàu thuyền nước ngoài trong lãnh hải Việt Nam bị coi là gây phương hại đến hòa bình, quốc phòng, an ninh của Việt Nam, trật tự an toàn xã hội nếu tàu thuyền đó tiến hành bất kỳ một hành vi nào sau đây: a) Đe dọa hoặc sử dụng vũ lực chống lại độc lập, chủ quyền và toàn vẹn lãnh thổ của Việt Nam; b) Đe dọa hoặc sử dụng vũ lực chống lại độc lập, chủ quyền và toàn vẹn lãnh thổ của quốc gia khác; thực hiện các hành vi trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật quốc tế được quy định trong Hiến chương Liên hiệp quốc; c) Luyện tập hay diễn tập với bất kỳ

kiểu, loại vũ khí nào, dưới bất kỳ hình thức nào; d) Thu thập thông tin gây thiệt hại cho quốc phòng, an ninh của Việt Nam; đ) Tuyên truyền nhằm gây hại đến quốc phòng, an ninh của Việt Nam; e) Phóng đi, tiếp nhận hay xếp phương tiện bay lên tàu thuyền; g) Phóng đi, tiếp nhận hay xếp phương tiện quân sự lên tàu thuyền; h) Bốc, dỡ hàng hóa, tiền bạc hay đưa người lên xuống tàu thuyền trái với quy định của pháp luật Việt Nam về hải quan, thuế, y tế hoặc xuất nhập cảnh; i) Có ý gây ô nhiễm nghiêm trọng môi trường biển; k) Đánh bắt hải sản trái phép; l) Nghiên cứu, điều tra, thăm dò trái phép; m) Làm ảnh hưởng đến hoạt động của hệ thống thông tin liên lạc hoặc của thiết bị hay công trình khác của Việt Nam; n) Tiến hành hoạt động khác không trực tiếp liên quan đến việc đi qua.

Bảng liệt kê này là không giới hạn. “Tiến hành hoạt động khác không trực tiếp liên quan đến việc đi qua” thích hợp cho việc giải thích giới hạn mọi hành động làm phương hại đến hoà bình, trật tự, an ninh của quốc gia ven biển.

Điều 24.1 Luật Biên 1982 quy định tiếp: Khi thực hiện quyền đi qua không gây hại trong lãnh hải Việt Nam, tổ chức, cá nhân nước ngoài có nghĩa vụ tuân thủ quy định của pháp luật Việt Nam về nội dung sau đây: a) An toàn hàng hải và điều phối giao thông đường biển, tuyến hàng hải và phân luồng giao thông; b) Bảo vệ thiết bị và hệ thống bảo đảm hàng hải, thiết bị hay công trình khác; c) Bảo vệ đường dây cáp và ống dẫn; d) Bảo tồn tài nguyên sinh vật biển; đ) Hoạt động đánh bắt, khai thác và nuôi trồng hải sản; e) Giữ gìn môi trường biển, ngăn ngừa, hạn chế và chế ngự ô nhiễm môi trường biển; g) Nghiên cứu khoa học biển và đo đạc thủy văn; h) Hải quan, thuế, y tế, xuất nhập cảnh.

Việt Nam dành cho mình quyền thiết lập, công bố tuyến hàng hải và phân luồng giao thông cũng như các vùng cấm tạm thời hoặc vùng hạn chế hoạt động trong lãnh hải

Việt Nam nhằm bảo vệ chủ quyền, quốc phòng, an ninh và lợi ích quốc gia hoặc an toàn hàng hải, bảo vệ tài nguyên, sinh thái biển, chống ô nhiễm, khắc phục sự cố, thảm họa môi trường biển, phòng chống lây lan dịch bệnh. Các vùng cấm tạm thời hoặc vùng hạn chế hoạt động trong lãnh hải Việt Nam sẽ được thông báo rộng rãi trong nước và quốc tế trong “Thông báo hàng hải”, theo tập quán hàng hải quốc tế, chậm nhất là 15 ngày trước khi áp dụng hoặc thông báo ngay sau khi áp dụng trong trường hợp khẩn cấp.

Luật Biên 2012 quy định chi tiết cho các tàu đặc thù hoạt động đi qua không gây hại trong lãnh hải Việt Nam. Tàu thuyền nước ngoài chạy bằng năng lượng hạt nhân hoặc chuyên chở chất phóng xạ, chất độc hại hoặc nguy hiểm, khi đi trong lãnh hải Việt Nam có nghĩa vụ: a) Mang đầy đủ tài liệu kỹ thuật liên quan tới tàu thuyền và hàng hóa trên tàu, tài liệu về bảo hiểm dân sự bắt buộc; b) Sẵn sàng cung cấp cho các cơ quan nhà nước có thẩm quyền của Việt Nam mọi tài liệu liên quan đến thông số kỹ thuật của tàu thuyền cũng như của hàng hóa trên tàu thuyền; c) Thực hiện đầy đủ các biện pháp phòng ngừa đặc biệt đúng theo quy định của pháp luật Việt Nam và các điều ước quốc tế mà nước Cộng hòa XHCN Việt Nam là thành viên áp dụng đối với các loại tàu thuyền này; d) Tuân thủ quyết định của cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam về việc áp dụng biện pháp phòng ngừa đặc biệt, kể cả cấm không được đi qua lãnh hải Việt Nam hoặc buộc phải rời ngay khỏi lãnh hải Việt Nam trong trường hợp có dấu hiệu hoặc bằng chứng rõ ràng về khả năng gây rò rỉ hoặc làm ô nhiễm môi trường; e) Có thể bị buộc phải đi theo tuyến hàng hải quy định cụ thể cho từng trường hợp.

Tàu ngầm và các phương tiện đi ngầm khác của nước ngoài trong nội thủy, lãnh hải Việt Nam phải hoạt động ở trạng thái nổi trên mặt nước và phải treo cờ quốc tịch, trừ trường hợp được phép của Chính phủ Việt

Nam hoặc theo thỏa thuận giữa Chính phủ Việt Nam và Chính phủ của quốc gia mà tàu thuyền đó mang cờ. Quy định này có cùng nội dung với Điều 20 của CULB năm 1982.

Tàu quân sự và tàu thuyền công vụ của nước ngoài chỉ được đi vào nội thủy, neo đậu tại một công trình cảng, bến hay nơi trú đậu trong nội thủy hoặc công trình cảng, bến hay nơi trú đậu của Việt Nam ở bên ngoài nội thủy Việt Nam theo lời mời của Chính phủ Việt Nam hoặc theo thỏa thuận giữa các cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam với quốc gia mà tàu mang cờ. Các tàu này phải tuân thủ quy định của luật này và quy định khác của pháp luật Việt Nam có liên quan, trừ trường hợp điều ước quốc tế mà nước Cộng hòa XHCN Việt Nam là thành viên có quy định khác và phải hoạt động phù hợp với lời mời của Chính phủ Việt Nam hoặc thỏa thuận với cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam.

Việt Nam tôn trọng quyền miễn trừ tài phán hình sự và dân sự của tàu quân sự nước ngoài với điều kiện tàu quân sự của nước ngoài khi hoạt động trong vùng biển Việt Nam mà có hành vi vi phạm pháp luật Việt Nam thì lực lượng tuần tra, kiểm soát trên biển của Việt Nam có quyền yêu cầu các tàu thuyền đó chấm dứt ngay hành vi vi phạm, rời khỏi lãnh hải Việt Nam ngay lập tức nếu đang ở trong lãnh hải Việt Nam. Tàu thuyền vi phạm phải tuân thủ các yêu cầu, mệnh lệnh của lực lượng tuần tra, kiểm soát trên biển của Việt Nam.

Trường hợp tàu quân sự, tàu thuyền công vụ của nước ngoài hoạt động trong vùng biển Việt Nam mà có hành vi vi phạm pháp luật Việt Nam hoặc pháp luật quốc tế có liên quan thì quốc gia mà tàu mang cờ phải chịu trách nhiệm về mọi tổn thất hoặc thiệt hại do tàu thuyền đó gây ra cho Việt Nam.

Các quy định này hoàn toàn phù hợp với Điều 30 của CULB 1982 quy định rằng: nếu một tàu chiến không tôn trọng các luật và

quy định của quốc gia ven biển có liên quan đến việc đi qua trong lãnh hải và bắt chấp yêu cầu phải tuân thủ các luật và quy định đó đã được thông báo cho họ, thì quốc gia ven biển có thể đòi chiếc tàu đó rời khỏi lãnh hải ngay lập tức.

Quyền tài phán trong lãnh hải

Thuyền viên và tàu thuyền nước ngoài có những hành vi vi phạm pháp luật hình sự của Việt Nam tại nội thủy, rời khỏi nội thủy và đang đi trong lãnh hải Việt Nam sẽ chịu sự kiểm tra của lực lượng tuần tra, kiểm soát trên biển. Các tàu này bị buộc phải dừng lại không thực hiện quyền đi qua không gây hại để lực lượng tuần tra, kiểm soát trên biển tiến hành các biện pháp bắt người, điều tra đối với tội phạm.

Đối với tội phạm xảy ra trên tàu thuyền nước ngoài đang đi trong lãnh hải Việt Nam nhưng không phải ngay sau khi rời khỏi nội thủy Việt Nam, lực lượng tuần tra, kiểm soát trên biển có quyền tiến hành bắt người, điều tra trong các trường hợp sau đây: a) Hậu quả của việc phạm tội ảnh hưởng đến Việt Nam; b) Việc phạm tội có tính chất phá hoại hòa bình của Việt Nam hay trật tự trong lãnh hải Việt Nam; c) Thuyền trưởng hay một viên chức ngoại giao hoặc viên chức lãnh sự của quốc gia mà tàu thuyền mang cờ yêu cầu sự giúp đỡ của các cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam; d) Để ngăn chặn hành vi mua bán người, mua bán, tàng trữ, vận chuyển trái phép chất ma túy.

Tuy nhiên, lực lượng tuần tra, kiểm soát trên biển không được tiến hành bất kỳ biện pháp nào trên tàu thuyền nước ngoài đang đi trong lãnh hải Việt Nam để bắt giữ người hay điều tra việc phạm tội đã xảy ra trước khi tàu thuyền đó đi vào lãnh hải Việt Nam nếu như tàu thuyền đó xuất phát từ một cảng nước ngoài và chỉ đi trong lãnh hải mà không đi vào nội thủy Việt Nam, trừ trường hợp cần ngăn ngừa, hạn chế ô nhiễm môi trường biển hoặc để thực hiện quyền tài

phán quốc gia quy định tại điểm b khoản 1 Điều 16 của Luật Biển 2012.

Đối với các vi phạm dân sự xảy ra khi tàu thuyền nước ngoài đang đậu trong lãnh hải hoặc đi qua lãnh hải sau khi rời khỏi nội thủy Việt Nam, lực lượng tuần tra, kiểm soát trên biển có thể áp dụng các biện pháp bắt giữ hay xử lý. Tuy nhiên, lực lượng tuần tra, kiểm soát trên biển không được buộc tàu thuyền nước ngoài đang đi trong lãnh hải phải dừng lại hoặc thay đổi hành trình chỉ vì mục đích thực hiện quyền tài phán dân sự đối với cá nhân đang ở trên tàu thuyền đó. Lực lượng này cũng không được tiến hành các biện pháp bắt giữ hay xử lý về mặt dân sự đối với tàu thuyền nước ngoài đang đi trong vùng biển Việt Nam, trừ nội thủy, trừ trường hợp việc thi hành các biện pháp này liên quan đến nghĩa vụ đã cam kết hay trách nhiệm dân sự mà tàu thuyền phải đảm nhận trong khi đi qua hoặc để được đi qua vùng biển Việt Nam.

Các quy định này hoàn toàn phù hợp với Điều 27-28 CULB 1982.

Lắp đặt, sử dụng, bảo dưỡng và phá hủy các đảo nhân tạo, thiết bị, công trình trên biển

Luật Biển 2012 quy định quyền tài phán của Nhà nước Việt Nam đối với các đảo nhân tạo và thiết bị, công trình trên biển trong vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa Việt Nam, bao gồm cả quyền tài phán theo các quy định của pháp luật về hải quan, thuế, y tế, an ninh và xuất nhập cảnh. Các đảo nhân tạo, thiết bị, công trình trên biển và các bộ phận kèm theo hoặc phụ thuộc có vành đai an toàn 500 mét tính từ điểm nhô ra xa nhất của đảo, thiết bị, công trình hoặc các bộ phận đó, nhưng không có lãnh hải và các vùng biển riêng. Việc xây dựng, sử dụng, bảo dưỡng và tháo dỡ các đảo nhân tạo, thiết bị, công trình trên biển đều phải được phép của Việt Nam. Nhà nước có quyền từ chối không cho xây dựng đảo nhân tạo, thiết bị, công trình trên biển cũng như

không thiết lập vành đai an toàn xung quanh đảo nhân tạo, thiết bị, công trình trên biển ở nơi có nguy cơ gây trở ngại cho việc sử dụng các đường hàng hải đã được thừa nhận là thiết yếu cho hàng hải quốc tế. Khi hết hạn sử dụng, thiết bị, công trình trên biển phải được tháo dỡ khỏi vùng biển Việt Nam, trừ trường hợp được cơ quan có thẩm quyền cho phép. Đối với phần còn lại của thiết bị, công trình trên biển chưa kịp tháo dỡ hoàn toàn vì lý do kỹ thuật hoặc được phép gia hạn thì phải thông báo rõ vị trí, kích thước, hình dạng, độ sâu và phải đặt các tín hiệu, báo hiệu hàng hải và nguy hiểm thích hợp. Các thông tin liên quan tới việc thiết lập đảo nhân tạo, thiết bị, công trình trên biển, việc thiết lập vành đai an toàn xung quanh và việc tháo dỡ một phần hay toàn bộ thiết bị, công trình trên biển phải được cung cấp chậm nhất trước 15 ngày trước ngày bắt đầu thiết lập hoặc tháo dỡ đảo nhân tạo, thiết bị, công trình trên biển cho cơ quan nhà nước có thẩm quyền của Việt Nam và được thông báo rộng rãi trong nước và quốc tế.

Gìn giữ, bảo vệ tài nguyên và môi trường biển

Bảo vệ tài nguyên và môi trường biển trong vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa là quyền tài phán của quốc gia ven biển, đồng thời là nghĩa vụ của các quốc gia. Vì vậy, khi hoạt động trong vùng biển Việt Nam, tàu thuyền, tổ chức, cá nhân phải tuân thủ mọi quy định của pháp luật Việt Nam và pháp luật quốc tế có liên quan đến việc gìn giữ, bảo vệ tài nguyên và môi trường biển. Việt Nam đã tham gia Tuyên bố Rio ngày 14/6/1992 về môi trường và phát triển, Chương trình nghị sự 21, Tuyên bố Johannerbourg 2002, Tuyên bố Rio de Janeiro 2012, Công ước về Đa dạng sinh học 1992, các Công ước biển chuyên ngành do IMO chuẩn bị như IMO-SOLAS (Công ước về An toàn sinh mạng con người trên biển, Luân Đôn 1/11/1974), Công ước về mớn nước, Công ước MARPOL ngày 2/11/1973

về Phòng chống ô nhiễm biển, Công ước về Giới hạn trách nhiệm dân sự của chủ tàu CLC 1992, Công ước về tạo thuận lợi trong giao thông đường biển (FAL 65), Công ước về tìm kiếm, cứu nạn (SAR 79). Các nguyên tắc bảo vệ tài nguyên và môi trường, bao gồm cả tài nguyên và môi trường biển, đã được thông qua trong Luật Bảo vệ môi trường 2005 và các văn bản liên quan. Luật Biển 2012 chỉ nhắc lại các nguyên tắc chung trên. Khi vận chuyển, bốc, dỡ các loại hàng hóa, thiết bị có khả năng gây hại đối với tài nguyên, đời sống của con người và ô nhiễm môi trường biển, tàu thuyền, tổ chức, cá nhân phải sử dụng thiết bị và các biện pháp chuyên dụng theo quy định để ngăn ngừa và hạn chế tối đa thiệt hại có thể xảy ra cho người, tài nguyên và môi trường biển. Tàu thuyền, tổ chức, cá nhân không được thải, nhận chìm hay chôn lấp các loại chất thải công nghiệp, chất thải hạt nhân hoặc các loại chất thải độc hại khác trong vùng biển Việt Nam. Tàu thuyền, tổ chức, cá nhân vi phạm quy định của pháp luật Việt Nam và pháp luật quốc tế có liên quan làm ảnh hưởng đến tài nguyên và môi trường biển trong vùng biển, cảng biển, bến hay nơi trú đậu của Việt Nam thì bị xử lý theo quy định của pháp luật Việt Nam và các điều ước quốc tế mà nước Cộng hòa XHCN Việt Nam là thành viên; nếu gây thiệt hại thì phải làm sạch, khôi phục lại môi trường và bồi thường theo quy định của pháp luật. Tổ chức, cá nhân hoạt động trên các vùng biển Việt Nam có nghĩa vụ nộp thuế, phí, lệ phí và các khoản đóng góp về bảo vệ môi trường biển theo quy định của pháp luật Việt Nam và điều ước quốc tế mà nước Cộng hòa XHCN Việt Nam là thành viên.

Nghiên cứu khoa học biển

Hoạt động nghiên cứu khoa học biển là hoạt động vì mục đích hòa bình. Quốc gia ven biển có chủ quyền trong vùng nội thủy và lãnh hải và quyền tài phán trong vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa đối với các nghiên cứu khoa học biển. Vì vậy, Luật Biển

2012 quy định: Tàu thuyền, tổ chức, cá nhân nước ngoài tiến hành nghiên cứu khoa học trong vùng biển Việt Nam phải có giấy phép của cơ quan nhà nước có thẩm quyền của Việt Nam, chịu sự giám sát của phía Việt Nam, bảo đảm cho các nhà khoa học Việt Nam được tham gia và phải cung cấp cho phía Việt Nam các tài liệu, mẫu vật gốc và các kết quả nghiên cứu liên quan. Sau khi đã được cấp phép, tàu thuyền, tổ chức, cá nhân nước ngoài khi tiến hành hoạt động nghiên cứu khoa học trong vùng biển Việt Nam, phải tuân thủ những quy định: a) Có mục đích hòa bình; b) Được thực hiện với phương thức và phương tiện thích hợp, phù hợp với quy định của pháp luật Việt Nam và pháp luật quốc tế có liên quan; c) Không được gây cản trở đối với các hoạt động hợp pháp trên biển theo quy định của pháp luật Việt Nam và pháp luật quốc tế có liên quan; d) Nhà nước Việt Nam có quyền tham gia hoạt động nghiên cứu khoa học của nước ngoài trong vùng biển Việt Nam và có quyền được chia sẻ các tài liệu, mẫu vật gốc, sử dụng và khai thác các kết quả khoa học thu được từ các hoạt động nghiên cứu, khảo sát đó.

Các quy định này hoàn toàn phù hợp với quy định trong các Điều 238 - 240 của CULB 1982.

Các hoạt động nghiên cứu khoa học biển được điều chỉnh chi tiết hơn bằng Nghị định số 242/HĐBT ngày 5/8/1991 của Hội đồng Bộ trưởng "Quy định các bên nước ngoài và phương tiện nước ngoài vào nghiên cứu khoa học ở các vùng biển nước Cộng hòa XHCN Việt Nam". Nghiên cứu khoa học biển trong các vùng biển Việt Nam, theo Điều 2 của Nghị định số 242/HĐBT ngày 5/8/1991, bao gồm: các hoạt động nghiên cứu khoa học trong phạm vi vùng nước bên trên đáy biển và trong lòng đất dưới đáy biển cũng như vùng trời của các vùng biển thuộc chủ quyền, quyền tài phán của nước Cộng hòa XHCN Việt Nam nhằm điều tra thăm dò, nghiên cứu tài nguyên, các điều kiện tự nhiên, môi trường biển và các hoạt động

khác nhằm mục tiêu dân dụng và phục vụ mục đích hoà bình.

Hoạt động nghiên cứu khoa học của bên nước ngoài trong các vùng biển Việt Nam được tiến hành dựa trên cơ sở: Các hiệp định quốc tế về hợp tác khoa học kỹ thuật giữa Việt Nam và nước ngoài; Các dự án nghiên cứu khoa học của các nước, các tổ chức quốc tế được Chính phủ Việt Nam cho phép; Các kế hoạch nghiên cứu, thăm dò tài nguyên và các điều kiện tự nhiên ở biển của các hiệp định hợp tác, dự án, hợp đồng kinh tế biển giữa các cơ quan, tổ chức, xí nghiệp của trung ương và địa phương của Việt Nam với nước ngoài đã được Chính phủ Việt Nam cho phép.

Nghị định cũng quy định rõ các bên muốn tiến hành nghiên cứu khoa học biển tại Việt Nam, sáu tháng trước khi dự định bắt đầu tiến hành dự án phải xin phép và cung cấp cho phía Việt Nam bản dự án và các thông tin cần thiết để xét cấp giấy phép. Bên nước ngoài phải nộp lệ phí giấy phép và sau khi dự án được chấp thuận phải làm đơn xin phép cho người và phương tiện nước ngoài vào nghiên cứu. Khi tiến hành công tác nghiên cứu khoa học biển, người và phương tiện nước ngoài phải tuân thủ đầy đủ các luật lệ và quy định của Việt Nam, các quy định cụ thể trong giấy phép, duy trì liên lạc, báo cáo hàng ngày với cơ quan chủ quản Việt Nam. Sau khi công tác kết thúc phải chuyển giao cho phía Việt Nam bản sao toàn bộ số liệu quan trắc, đo đạc, các mẫu vật, tiêu bản và tài liệu tổng kết, sơ kết trong thời gian khảo sát; phải tháo gỡ và rút ra khỏi vùng biển Việt Nam các dụng cụ, thiết bị và phương tiện nghiên cứu trong thời hạn không quá 10 ngày, trừ khi có các thoả thuận khác. Đặc biệt, việc công bố hoặc chuyển giao các kết quả nghiên cứu của dự án cho nước thứ ba hay một tổ chức quốc tế, phải được sự đồng ý của phía Việt Nam. Điều này thể hiện mọi thông tin liên quan đến môi trường và tài nguyên của Việt Nam đều phải chịu sự giám sát kiểm tra của phía Việt Nam

nhằm mục đích đảm bảo cho quyền lợi kinh tế chính đáng của Việt Nam không bị đe dọa.

Các quy định cấm trong các vùng biển Việt Nam

Luật Biển 2012 quy định cụ thể các hoạt động cấm trong các vùng biển Việt Nam phù hợp với quy chế pháp lý từng vùng biển và các quy định của CULB 1982. Khi hoạt động trong tất cả các vùng biển thuộc chủ quyền, quyền chủ quyền và quyền tài phán của Việt Nam, tàu thuyền, tổ chức, cá nhân nước ngoài không được: (i) tàng trữ, sử dụng, mua bán trái phép vũ khí hoặc chất nổ, chất độc hại cũng như các loại phương tiện thiết bị khác có khả năng gây hại đối với người, tài nguyên và ô nhiễm môi trường biển (Điều 38); (ii) mua bán người, vận chuyển, tàng trữ, mua bán trái phép các chất ma túy (Điều 39); phát sóng trái phép hoặc tuyên truyền, gây phương hại cho quốc phòng, an ninh của Việt Nam (Điều 40);

Ngoài ra, trong vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa Việt Nam, khi thực hiện quyền tự do hàng hải, tự do hàng không của mình, tổ chức, cá nhân phải tôn trọng pháp luật Việt Nam và không được tiến hành các hoạt động: 1. Đe dọa chủ quyền, quốc phòng, an ninh của Việt Nam; 2. Khai thác trái phép tài nguyên sinh vật, đánh bắt hải sản trái phép; 3. Khai thác trái phép dòng chảy, năng lượng gió và tài nguyên phi sinh vật khác; 4. Xây dựng, lắp đặt, sử dụng trái phép các thiết bị, công trình nhân tạo; 5. Khoan, đào trái phép; 6. Tiến hành nghiên cứu khoa học trái phép; 7. Gây ô nhiễm môi trường biển; 8. Cướp biển, cướp có vũ trang; 9. Các hoạt động bất hợp pháp khác theo quy định của pháp luật Việt Nam và pháp luật quốc tế.

Kiểm tra, kiểm soát và xử lý vi phạm

Lực lượng tuần tra, kiểm soát trên biển Việt Nam gồm chuyên nghiệp và bán chuyên nghiệp. Lực lượng nòng cốt là các lực lượng có thẩm quyền thuộc Quân đội nhân dân, Công an nhân dân, các lực lượng

tuần tra, kiểm soát chuyên ngành khác như hải quan, thuế, nhập cư, y tế. Việc phân công trách nhiệm và phối hợp công tác được các luật chuyên ngành điều chỉnh như Pháp lệnh Bộ đội Biên phòng 1997, Pháp lệnh Cảnh sát biển 2008, Luật Dân quân tự vệ 2009...

Lực lượng dân quân tự vệ của các tỉnh, thành phố ven biển trực thuộc trung ương, lực lượng bảo vệ của tổ chức, cơ quan đóng ven biển và các lực lượng khác có trách nhiệm tham gia tuần tra, kiểm soát trên biển khi được cơ quan có thẩm quyền huy động. Đây là lực lượng không thoát ly sản xuất, được tổ chức ở cấp xã ven biển, xã đảo và cơ quan, tổ chức có phương tiện hoạt động trên biển để làm nhiệm vụ trên các vùng biển Việt Nam. Lực lượng này được quy định trong Luật Dân quân tự vệ ngày 23/11/2009 và Nghị định 58/2010/NĐ-CP ngày 1/6/2010 Quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Dân quân tự vệ, khi tham gia hoạt động tuần tra, kiểm soát phải có giấy phép và phù hiệu cùng với các dấu hiệu đặc trưng khác theo quy định của pháp luật.

Lực lượng tuần tra, kiểm soát trên biển có nhiệm vụ sau đây: a) Bảo vệ chủ quyền, quyền chủ quyền, quyền tài phán và lợi ích quốc gia trên các vùng biển, đảo của Việt Nam; b) Bảo đảm việc tuân thủ pháp luật Việt Nam và các điều ước quốc tế mà nước Cộng hòa XHCN Việt Nam là thành viên; c) Bảo vệ tài sản Nhà nước, tài nguyên và môi trường biển; d) Bảo vệ, giúp đỡ, tìm kiếm cứu nạn, cứu hộ đối với người, tàu thuyền hoạt động trên các vùng biển, đảo của Việt Nam; đ) Xử lý hành vi vi phạm pháp luật trên các vùng biển, đảo của Việt Nam theo quy định của pháp luật Việt Nam.

Khi thực hiện các nhiệm vụ này, lực lượng tuần tra, kiểm soát trên biển có quyền ra quyết định xử lý vi phạm tại chỗ hoặc dẫn giải người, tàu thuyền vi phạm vào bờ (cảng, bến hay nơi trú đậu gần nhất được liệt kê trong danh mục được cơ quan có thẩm

quyền của Việt Nam công bố theo quy định của pháp luật) hoặc yêu cầu cơ quan hữu quan của quốc gia mà tàu mang cờ, quốc gia nơi tàu đó đến để xử lý vi phạm. Cá nhân có hành vi vi phạm pháp luật có thể bị bắt, tạm giữ, tạm giam; tàu thuyền được sử dụng để thực hiện hành vi vi phạm có thể bị tạm giữ nhằm ngăn chặn việc vi phạm pháp luật hoặc để bảo đảm việc xử lý theo pháp luật. Việc bắt, tạm giữ, tạm giam người có hành vi vi phạm pháp luật; việc tạm giữ tàu thuyền được thực hiện theo quy định của pháp luật và phải thông báo ngay cho Bộ Ngoại giao để phối hợp xử lý.

Luật Biển 2012 lần đầu tiên quy định cụ thể quyền truy đuổi phù hợp với Điều 111 của CULB 1982. Lực lượng tuần tra, kiểm soát trên biển có quyền truy đuổi tàu thuyền nước ngoài vi phạm các quy định của pháp luật Việt Nam khi tàu thuyền này hoặc một trong những chiếc xuồng của nó đang ở trong nội thủy, lãnh hải và vùng tiếp giáp lãnh hải Việt Nam.

Việc truy đuổi chỉ được coi như bắt đầu, nếu chiếc tàu hay máy bay truy đuổi bằng các phương tiện có thể sử dụng được mà mình có, biết một cách chắc chắn là chiếc tàu bị đuổi, hay một những trong chiếc xuồng của nó hoặc các phương tiện đi biển khác hoạt động thành tốp và dùng chiếc tàu bị truy đuổi làm chiếc tàu mẹ, đang ở bên trong ranh giới của lãnh hải hay vùng tiếp giáp lãnh hải. Việc truy đuổi chỉ có thể bắt đầu sau khi đã phát tín hiệu nhìn hoặc nghe yêu cầu tàu thuyền vi phạm hay có dấu hiệu vi phạm pháp luật dừng lại để tiến hành kiểm tra nhưng tàu thuyền đó không chấp hành. Tín hiệu phải được phát ở một cự ly cần thiết để chiếc tàu nói trên nhận biết được. Việc truy đuổi có thể được tiếp tục ở ngoài ranh giới của lãnh hải hay vùng tiếp giáp lãnh hải Việt Nam nếu được tiến hành liên tục, không ngắt quãng.

Quyền truy đuổi cũng được áp dụng đối

với hành vi vi phạm quyền chủ quyền, quyền tài phán quốc gia của Việt Nam, vi phạm trong phạm vi vành đai an toàn và trên các đảo nhân tạo, thiết bị, công trình trên biển trong vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa Việt Nam. Việc truy đuổi của các lực lượng tuần tra, kiểm soát Việt Nam chấm dứt khi tàu thuyền bị truy đuổi đi vào lãnh hải của quốc gia khác.

6. Luật Biển Việt Nam 2012 - công cụ giải quyết các tranh chấp trên biển

Luật Biển Việt Nam đã luật hóa hai điểm mới trong thực tiễn xử lý các vi phạm và giải quyết các tranh chấp biển có yếu tố nước ngoài.

Đối với các vi phạm luật biển Việt Nam của tàu thuyền, tổ chức, cá nhân nước ngoài, căn cứ vào quy định của pháp luật, tùy theo tính chất, mức độ vi phạm, lực lượng tuần tra, kiểm soát trên biển ra quyết định xử lý vi phạm tại chỗ hoặc dẫn giải người, tàu thuyền vi phạm về cảng, bến hay nơi trú đậu gần nhất được liệt kê trong danh mục cảng, bến hay nơi trú đậu đã được cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam công bố theo quy định của pháp luật, hoặc yêu cầu cơ quan hữu quan của quốc gia mà tàu mang cờ, quốc gia nơi tàu đó đến để xử lý vi phạm.

Cá nhân có hành vi vi phạm pháp luật có thể bị bắt, tạm giữ, tạm giam; tàu thuyền được sử dụng để thực hiện hành vi vi phạm có thể bị tạm giữ nhằm ngăn chặn việc vi phạm pháp luật hoặc để bảo đảm việc xử lý theo pháp luật.

Khi tiến hành bắt, tạm giữ, tạm giam người có hành vi vi phạm pháp luật, hoặc tạm giữ tàu thuyền nước ngoài, lực lượng tuần tra, kiểm soát trên biển hoặc cơ quan nhà nước có thẩm quyền có trách nhiệm thông báo ngay cho Bộ Ngoại giao để phối hợp xử lý.

Các hành vi vi phạm có thể bị xử phạt vi phạm hành chính hoặc truy cứu trách

nhệm hình sự theo quy định của pháp luật. Nếu gây thiệt hại thì phải bồi thường.

Đối với các tranh chấp vùng biển, trong khi khẳng định chủ quyền trên hai quần đảo Hoàng Sa, Trường Sa, Luật Biển Việt Nam nêu rõ nguyên tắc: "giải quyết các tranh chấp liên quan đến biển, đảo với các nước khác bằng các biện pháp hòa bình, phù hợp với CULB 1982, pháp luật và thực tiễn quốc tế". Các biện pháp hòa bình ở đây được hiểu là đàm phán, trung gian, hòa giải, sử dụng các tổ chức quốc tế, các cơ quan tài phán quốc tế hay bất kỳ biện pháp hòa bình nào khác được quy định trong Hiến chương Liên hiệp quốc và CULB 1982. Thực tiễn của Việt Nam giải quyết phân định biển trong Vịnh Bắc Bộ với Trung Quốc năm 2000, trong Vịnh Thái Lan với Thái Lan năm 1997 và thỏa thuận khai thác chung với Malaysia năm 1995, phân định thềm lục địa với Indonexia năm 2003 đã chứng minh thiện chí và quyết tâm của Việt Nam giải quyết hòa bình các tranh chấp vùng biển với các nước láng giềng trên cơ sở tôn trọng luật quốc tế, CULB 1982, Tuyên bố về cách ứng xử của các Bên ở Biển Đông 2002.

Luật Biển Việt Nam với những nội dung tổng hợp, phong phú xứng đáng là một bộ luật khung về các vấn đề biển của Việt Nam, tạo cơ sở pháp lý toàn diện và hiệu quả cho Việt Nam trong quản lý sử dụng vùng biển, hội nhập quốc tế về biển, giải quyết các tranh chấp vùng biển trên cơ sở tôn trọng luật quốc tế, đặc biệt CULB 1982, giữ vững chủ quyền, quyền chủ quyền và các quyền lợi biển chính đáng theo CULB 1982, góp phần bảo vệ hòa bình, ổn định, hợp tác và phát triển trong khu vực. Với việc thông qua Luật Biển 2012 phù hợp với CULB năm 1982, Việt Nam đã thể hiện là một thành viên có trách nhiệm trong cộng đồng quốc tế, tôn trọng và tuân thủ luật pháp quốc tế, quyết tâm phấn đấu vì hòa bình, ổn định, hợp tác và phát triển của khu vực và trên thế giới ■

QUYỀN LỰA CHỌN PHÁP LUẬT TRONG TƯ PHÁP QUỐC TẾ VIỆT NAM

ĐỖ VĂN ĐẠI*

Dẫn nhập. Quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài (YTNN) tồn tại như một điều tất yếu và làm phát sinh xung đột pháp luật (tức hai hay nhiều hệ thống pháp luật khác nhau có khả năng được áp dụng).

Trước hiện tượng xung đột pháp luật, tư pháp quốc tế (TPQT) có quy định nhằm xác định hệ thống pháp luật điều chỉnh quan hệ có YTNN, và nhìn một cách tổng thể, các quy định này có thể được chia thành hai nhóm. Trong nhóm thứ nhất, pháp luật đưa ra tiêu chí xác định hệ thống pháp luật điều chỉnh quan hệ có YTNN và không quan tâm tới ý chí của các chủ thể liên quan. Ví dụ, theo khoản 1 Điều 766 Bộ luật Dân sự (BLDS) của Việt Nam, “việc xác lập, thực hiện, thay đổi, chấm dứt quyền sở hữu tài sản, nội dung quyền sở hữu đối với tài sản được xác định theo pháp luật của nước nơi có tài sản đó”. Quy định này xác định hệ thống pháp luật điều chỉnh các vấn đề về quyền sở hữu tài sản là “pháp luật của nước nơi có tài sản” và việc xác định này không phụ thuộc vào ý chí của các chủ thể liên quan. Trong nhóm thứ hai, pháp luật đưa ra

quy định theo hướng xác định hệ thống pháp luật điều chỉnh quan hệ có YTNN căn cứ vào ý chí của chủ thể liên quan. Ở đây, hệ thống pháp luật nào sẽ điều chỉnh quan hệ có YTNN phụ thuộc vào việc lựa chọn của chủ thể liên quan.

Hướng trao cho chủ thể liên quan quyền lựa chọn pháp luật (LCPL) như trên đã xuất hiện trong khoa học pháp lý từ thế kỷ thứ 16 và ban đầu chủ yếu tập trung vào lĩnh vực hợp đồng. Tuy nhiên, nghiên cứu tư pháp quốc tế trên thế giới cho thấy quyền LCPL đã dần dần được mở rộng. Trong phạm vi bài viết này, chúng tôi sẽ trình bày thực trạng của TPQT Việt Nam trong việc ghi nhận quyền LCPL cũng như định hướng mở rộng quyền này cho các chủ thể sau khi đối chiếu với hệ thống pháp luật khác. Chúng ta đang nghiên cứu sửa đổi BLDS, Luật Hôn nhân và gia đình, nên bài viết sẽ đưa ra một số kiến nghị cụ thể đối với hai văn bản này liên quan đến quyền LCPL điều chỉnh quan hệ có YTNN (một nội dung cơ bản của TPQT Việt Nam).

* PGS.TS, Trưởng Khoa Luật dân sự - Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh, Thành viên Tổ Biên tập BLDS sửa đổi.

I. Thực trạng và hướng mở rộng quyền lựa chọn pháp luật trong tư pháp quốc tế Việt Nam

1. Thực trạng ghi nhận quyền LCPL trong TPQT Việt Nam

Văn bản hiện hành. TPQT Việt Nam có quy định ghi nhận quyền LCPL điều chỉnh quan hệ có YTNN.

Cụ thể, theo khoản 1 Điều 769 BLDS, “quyền và nghĩa vụ của các bên theo hợp đồng được xác định theo pháp luật của nước nơi thực hiện hợp đồng, nếu không có thỏa thuận khác”. Với quy định này, quyền và nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng được điều chỉnh bởi pháp luật do các bên lựa chọn và chỉ khi nào không có sự lựa chọn hợp pháp của các bên thì hệ thống pháp luật của nơi thực hiện hợp đồng mới được sử dụng. Hướng ghi nhận quyền LCPL như trên trong lĩnh vực hợp đồng cũng tồn tại trong văn bản khác ở Việt Nam. Chẳng hạn, theo khoản 2 Điều 14 Luật Trọng tài thương mại, “đối với tranh chấp có YTNN, Hội đồng trọng tài áp dụng pháp luật do các bên lựa chọn”¹. Đối với động sản trên đường vận chuyển, BLDS hiện hành cũng quy định theo hướng chấp nhận sự LCPL của các bên tại khoản 2 Điều 776 theo đó “quyền sở hữu đối với động sản trên đường vận chuyển được xác định theo pháp luật của nước nơi động sản được chuyển đến, nếu không có thỏa thuận khác”.

Như vậy, quyền LCPL điều chỉnh của các chủ thể trong quan hệ dân sự có YTNN đã được ghi nhận trong pháp luật Việt Nam. Tuy nhiên, đó là các quy định rất hiếm hoi. Đối với các lĩnh vực khác lĩnh vực hợp đồng

như quyền sở hữu (ngoại trừ động sản trên đường vận chuyển nêu trên), thừa kế, bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng, kết hôn, ly hôn..., chúng ta không có quy định ghi nhận quyền LCPL cho các chủ thể liên quan. Đây là điều mà chúng ta cần xem xét lại trong xu thế hội nhập, và, để hiểu rõ hơn vị trí của quyền LCPL trong TPQT Việt Nam, chúng ta cùng nhau đi tìm qua chủ đề này trong TPQT nước ngoài.

Nghiên cứu so sánh. Quyền LCPL cho các chủ thể trong lĩnh vực hợp đồng đã được ghi nhận từ rất lâu trong TPQT và chúng ta không bàn thêm. Tuy nhiên, từ khoảng 20 năm gần đây, nhiều nghiên cứu đã cho thấy quyền LCPL đã được ghi nhận trong các lĩnh vực không phải là hợp đồng.

Trong cuốn chuyên khảo của mình xuất bản năm 1993, hai chuyên gia hàng đầu của Pháp về TPQT đã khẳng định “giới hạn trong lĩnh vực hợp đồng trong thời gian dài, quyền LCPL ngày nay đã dần dần xâm nhập vào các ngành luật khác”². Năm 1992, thông qua nghiên cứu TPQT của nhiều nước trên thế giới, một chuyên gia của Li-băng đã cho thấy quyền LCPL đã “xâm nhập” vào cả lĩnh vực hôn nhân và gia đình³. Nghiên cứu hai đạo luật mới về TPQT trên thế giới cho thấy quyền LCPL đã vượt xa lĩnh vực truyền thống (hợp đồng). Năm 2004, Bỉ ban hành Bộ luật TPQT (có hiệu lực năm 2005) và một tác giả đã khẳng định “Bộ luật đã dành một vị trí rất rộng cho quyền LCPL. Xuất phát từ tự do ý chí trong pháp luật thực chất về hợp đồng, sự phát triển này đã được dự báo trong quan hệ vợ chồng trong hôn nhân, thừa kế... Sự đột phá được thể hiện trong

1 Về chủ đề này, xem thêm Đỗ Văn Đại và Trần Hoàng Hải, *Pháp luật Việt Nam về Trọng tài thương mại*, Nxb. CTQG 2011, phần số 245 và tiếp theo.

2 Henri BATIFFOL và Paul LAGARDE, *Traité de droit international privé*, LGDJ 1993, phần số 269.

3 Pierre GANNAGE, *La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille*, *Revue critique de droit international privé* 1992, tr. 425 và tiếp theo.

lĩnh vực ly hôn, bồi thường thiệt hại hay phát hành tín phiếu”⁴. Trung Quốc mới ban hành năm 2010 Luật TPQT (có hiệu lực năm 2011) và có tác giả đã cho rằng “Luật mới của Trung Quốc đã dành vị trí rất ưu ái cho nguyên tắc tự do LCPL đối với các bên” và: ngoài quy phạm xung đột pháp luật truyền thống áp dụng nguyên tắc tự do LCPL của các bên trong lĩnh vực hợp đồng, các quy định sau cho phép các bên LCPL điều chỉnh: khoản 2 Điều 16 về đại diện theo ủy quyền; Điều 18 về thỏa thuận trọng tài; Điều 24 về quan hệ tài sản của vợ chồng; Điều 26 về thuận tình ly hôn; Điều 37 về vật quyền đối với động sản; Điều 38 về vật quyền trong quá trình vận chuyển; Điều 44 về bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng; Điều 47 về được lợi về tài sản không có căn cứ pháp luật và thực hiện công việc không có ủy quyền; Điều 49 về chuyển giao và sử dụng theo thỏa thuận quyền sở hữu trí tuệ; Điều 50 về bồi thường thiệt hại do xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ...⁵.

Như vậy quyền LCPL trong TPQT nước ta tồn tại nhưng có vị trí rất hạn chế so với TPQT của một số nước, nhất là Trung Quốc.

2. Mở rộng quyền LCPL trong TPQT Việt Nam

Ưu điểm của việc mở rộng quyền lựa chọn. TPQT Việt Nam còn quá dè dặt, quá “truyền thống” trong việc xác định pháp luật điều chỉnh quan hệ có YTNN. Quyền LCPL của các bên chỉ tập trung vào một lĩnh vực của TPQT là hợp đồng (một chút trong lĩnh vực quyền sở hữu liên quan đến tài sản trong quá trình vận chuyển) và vắng bóng trong các lĩnh vực khác. Trong tương lai, TPQT Việt Nam nên theo hướng mở rộng quyền

LCPL cho các chủ thể trong quan hệ dân sự có YTNN và việc này sẽ đem lại những ưu điểm sau:

Thứ nhất, việc mở rộng nêu trên khắc phục được tâm lý của chủ thể trong quan hệ quốc tế. Cụ thể như sau: Khi nghiên cứu TPQT Việt Nam, người quan tâm có cảm giác việc xác định pháp luật điều chỉnh quan hệ có YTNN như hiện nay mang tính “áp đặt” vì các chủ thể liên quan không có quyền lựa chọn, định đoạt pháp luật điều chỉnh quan hệ liên quan đến họ. Do đó, việc mở rộng trường hợp cho phép các chủ thể liên quan LCPL cho thấy chúng ta tôn trọng sự định đoạt của họ.

Thứ hai, các quy định hiện nay về xác định pháp luật điều chỉnh quan hệ có YTNN tạo ra sự không an toàn pháp lý cho các chủ thể. Bởi lẽ, với quy định hiện nay (ngoại trừ lĩnh vực hợp đồng và tài sản trong quá trình vận chuyển), chủ thể liên quan đôi khi không biết rõ quan hệ của họ được điều chỉnh bởi hệ thống pháp luật nước nào. Chẳng hạn, theo khoản 1 Điều 773 BLDS hiện hành, “việc bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng được xác định theo pháp luật của nước nơi xảy ra hành vi gây thiệt hại hoặc nơi phát sinh hậu quả thực tế của hành vi gây thiệt hại”. Ở đây, người gây thiệt hại và người bị thiệt hại chưa biết được pháp luật nước nào sẽ điều chỉnh quan hệ của họ nên họ chưa thể biết được quyền lợi của họ như thế nào. Với việc cho phép LCPL điều chỉnh quan hệ có YTNN, các bên sẽ biết pháp luật điều chỉnh quan hệ của họ và quyền lợi của họ. Điều này tạo cho họ sự an toàn pháp lý cao hơn so với quy định không cho phép LCPL.

4 Jean-Yves CARLIER, *Le Code belge de droit international privé, Revue critique de droit international privé 2005*, tr. 11 và tiếp theo.

5 Chen WEIZUO và Lyvia BERTRAND, *La nouvelle loi chinoise de droit international privé du 28 octobre 2010: contexte législatif, principales nouveautés et critiques, Journal du droit international (Clunet) n°2, tháng 4/2011, var. 2, phần số 14 và 15.*

Thứ ba, chúng ta đã mở cửa và hội nhập quốc tế trong khi đó xu hướng mở rộng quyền LCPL đã được ghi nhận nhiều trong TPQT nước ngoài. Do đó, để không bị đơn độc, chúng ta cũng nên theo xu hướng nêu trên. Việc mở rộng này còn tạo điều kiện, cho phép các quyết định của Tòa án nước ta dễ được công nhận và cho thi hành ở nước ngoài khi các bên LCPL của nước mà quyết định liên quan đến họ sẽ được công nhận và cho thi hành.

Nhược điểm của việc mở rộng quyền lựa chọn. Không có giải pháp nào là hoàn hảo. Việc cho phép chủ thể liên quan LCPL cũng theo quy luật này và có nhược điểm riêng của nó. Tuy nhiên, những nhược điểm này hoàn toàn có thể khắc phục được.

Thực ra, việc cho phép chủ thể liên quan LCPL điều chỉnh quan hệ có YTNN có thể dẫn đến trường hợp sẽ chọn một hệ thống pháp luật nào đó nhằm tránh những quy định bắt buộc thông thường được áp dụng. Chính yếu tố này đã dẫn đến tình trạng trong một thời gian dài, TPQT không muốn ghi nhận quyền LCPL cho các chủ thể. Chẳng hạn, đối với thừa kế có YTNN, pháp luật của Pháp không ghi nhận quyền lựa chọn cho người để lại di sản và lý do cơ bản cho việc không ghi nhận này được các chuyên gia về TPQT Pháp lý giải như sau: “quyền LCPL cần được loại bỏ” trong lĩnh vực thừa kế vì việc ghi nhận quyền này kéo theo “hệ quả là cho phép người để lại di sản LCPL không bảo vệ người thân của người để lại di sản thông qua chế định lưu sản (thừa kế không phụ thuộc vào nội dung của di chúc)”⁶. Tuy nhiên, nhược điểm nêu trên hoàn toàn có thể khắc phục được mặc dù vẫn ghi nhận quyền

LCPL và kinh nghiệm của Bỉ cho thấy rõ điều vừa nêu: theo Điều 78 Bộ luật TPQT của Bỉ, pháp luật điều chỉnh thừa kế là pháp luật của nước mà người để lại di sản có nơi thường trú và, khi di sản là bất động sản, thì áp dụng pháp luật của nước nơi có bất động sản. Tiếp theo, Điều 79 quy định cho phép LCPL điều chỉnh thừa kế và, để tránh nhược điểm nêu trên, Điều 79 đã quy định thêm rằng “việc LCPL điều chỉnh không được có hệ quả trước bỏ quyền của người thừa kế được hưởng di sản không phụ thuộc vào nội dung của di chúc theo pháp luật được xác định theo Điều 78”.

Bên cạnh đó, việc cho phép LCPL điều chỉnh quan hệ có YTNN có thể kéo theo hệ quả là chúng ta áp dụng hệ thống pháp luật xâm phạm đến quyền lợi của người thứ ba. Tuy nhiên, nhược điểm vừa nêu cũng có thể khắc phục được và kinh nghiệm của Bỉ đã cho thấy điều này: liên quan đến bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng, Điều 99 và 100 Luật TPQT của Bỉ đã đưa ra các tiêu chí để xác định pháp luật điều chỉnh. Đến Điều 101, các nhà lập pháp Bỉ đã ghi nhận quyền của các bên LCPL nhưng đoạn cuối của Điều 101 đã nêu rõ “sự lựa chọn này phải minh thị và không được xâm phạm tới quyền lợi của người thứ ba”⁷.

Hướng mở rộng quyền lựa chọn. Việc ghi nhận quyền LCPL tạo tâm lý an tâm cho các chủ thể liên quan và ở tầm vĩ mô, cho thế giới thấy chúng ta đã “cởi mở” trong quan hệ có YTNN. Chính vì vậy, việc chúng ta thể hiện sự ghi nhận này càng rõ thì càng có lợi.

Tuy nhiên, không phải trường hợp nào chúng ta cũng cho chủ thể liên quan quyền

6 Pierre MAYER và Vincent HEUZE, *Droit international privé*, Montchrestien 2001, phần số 806.

7 Ngoài những cách thức như đã trình bày, chúng ta còn có thể khắc phục những nhược điểm nêu trên thông qua các quy định hiện hành của TPQT như bảo lưu trật tự công cộng, quy định áp dụng bắt buộc (về các khái niệm này, xem thêm Đỗ Văn Đại và Mai Hồng Quý, *TPQT Việt Nam-Quan hệ dân sự, lao động, thương mại có YTNN*, Nxb. Chính trị Quốc gia 2010).

LCPL. Thực tế, khó có thể đưa ra một nguyên tắc chung cho tất cả các trường hợp và phạm vi lựa chọn phụ thuộc vào từng hoàn cảnh.

Trước những yêu cầu trên, trong phần chung về xung đột pháp luật (ở nước ta hiện nay là trong phần VII của BLDS), chúng ta nên có quy định có nội hàm cho phép LCPL đồng thời quy định này cũng có nội hàm thể hiện quyền lựa chọn này là không tuyệt đối. Chẳng hạn, trong phần đầu của phần VII của BLDS, chúng ta có thể quy định như sau: Chủ thể trong quan hệ dân sự có YTNN được quyền LCPL theo các quy định của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam, điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên. Ở đây, chúng ta ghi nhận quyền LCPL nhưng sự lựa chọn này phải tuân thủ các quy định của Việt Nam (trong khuôn khổ pháp luật Việt Nam)⁸.

II. Một số kiến nghị liên quan đến quyền lựa chọn pháp luật trong tư pháp quốc tế Việt Nam

1. Kiến nghị về quyền LCPL trong BLDS

a) Đối với thừa kế có YTNN

Đối với thừa kế theo pháp luật. BLDS năm 1995 không có quy định xung đột pháp luật về thừa kế và BLDS năm 2005 đã bổ sung. Ngày nay, theo Điều 767, “thừa kế theo pháp luật phải tuân theo pháp luật của nước mà người để lại di sản thừa kế có quốc tịch trước khi chết. Quyền thừa kế đối với bất động sản phải tuân theo pháp luật của nước nơi có bất động sản đó”. Quy định này đưa ra hướng xác định pháp luật điều chỉnh

các vấn đề thừa kế và không quan tâm tới ý chí của người để lại di sản trong việc xác định pháp luật điều chỉnh thừa kế. Thực ra, hướng xác định này không xa lạ và TPQT của Pháp từ trước đến nay vẫn theo hướng này (cũng không quan tâm tới ý chí của người để lại di sản đối với pháp luật điều chỉnh các vấn đề thừa kế). Việc không quan tâm tới ý chí của người để lại di sản trong việc LCPL như trên đã dần dần được thay đổi trong TPQT. Bởi lẽ, một xu hướng mới đề cao ý chí của người để lại di sản đã được hình thành và xin dẫn một số ví dụ để minh họa (ngoài trường hợp của Bỉ đã nêu ở trên):

Điều 66 Luật năm 1992 về quan hệ có YTNN của Roumani quy định pháp luật điều chỉnh thừa kế là pháp luật quốc gia của người để lại di sản hay là pháp luật nơi có di sản nếu là bất động sản và khẳng định thêm rằng, người lập di chúc có thể LCPL điều chỉnh thừa kế⁹. Tương tự như vậy trong pháp luật Ý, Ý có thay đổi TPQT vào năm 1995 và theo hướng pháp luật điều chỉnh thừa kế là pháp luật của nước mà người để lại di sản là công dân, quốc tịch (khoản 1 Điều 46 Luật năm 1995) nhưng “bên cạnh hệ thuộc khách quan về quốc tịch, nhà lập pháp Ý đã đưa thêm khả năng LCPL điều chỉnh thừa kế”¹⁰. Cụ thể, ngay sau khoản 1, theo đó “thừa kế được điều chỉnh bởi pháp luật của nước mà người để lại di sản có quốc tịch”, khoản 2 Điều 46 Luật TPQT Ý quy định: “người để lại di sản có thể, thông qua một tuyên bố rõ ràng bằng di chúc, LCPL của nước mà họ thường trú để điều chỉnh toàn bộ các vấn đề về thừa kế”¹¹. Cũng

8 Đây cũng là hướng mà các nhà lập pháp Trung Quốc đã đi theo khi quy định tại Điều 3 (phần các quy định chung) của Luật TPQT rằng “trên cơ sở các quy định của pháp luật, các bên có thể lựa chọn rõ ràng pháp luật điều chỉnh một quan hệ dân sự có YTNN”. Quy định này được đánh giá là một «minh chứng của sự cởi mở» của pháp luật Trung Quốc (xem Chen WEIZUO và Lyvia BERTRAND, *bđđ*, phần số 17).

9 Dragos-Alexandru SITARU, *Successions internationales en Roumanie in Successions (Travaux de l'Association Henri Capitant)*, Nxb. Bruylant 2012, tr. 799.

10 Jacopo RE, *Successions internationales en Italie in Successions (Travaux de l'Association Henri Capitant)*, Nxb. Bruylant 2012, tr. 698.

tương tự như vậy trong pháp luật Quê-béché (Canada): theo khoản 1 Điều 3098 BLDS của Quê-béché, pháp luật điều chỉnh thừa kế là pháp luật của nước mà người để lại di sản có nơi cư trú cuối cùng và, đối với bất động sản, là pháp luật của nước nơi có bất động sản. Tuy nhiên, khoản 2 của điều luật trên đã quy định “một người có thể chỉ định, thông qua di chúc, pháp luật điều chỉnh thừa kế”¹². Một nghiên cứu của Viện công tố Tòa án tối cao Pháp được công bố năm 2005 cho thấy, quyền của người để lại di sản LCPL điều chỉnh thừa kế còn được ghi nhận trong pháp luật Hà Lan, Phần Lan, Thụy Sĩ, Đan Mạch, Đức. Cũng theo nghiên cứu này, quyền LCPL trong lĩnh vực thừa kế đã được ghi nhận ở một số nước châu Mỹ¹³. Mới đây nhất, Liên minh châu Âu đã ban hành Nghị định (Règlement) ngày 7/6/2012 về thừa kế có YTNN và theo hướng thừa kế được điều chỉnh bởi pháp luật mà người để lại di sản có nơi thường trú nhưng người để lại di sản có thể LCPL của nước mình để điều chỉnh các vấn đề thừa kế.

Như vậy, việc cho phép người để lại di sản LCPL điều chỉnh thừa kế không còn xa lạ trong TPQT nước ngoài và chúng ta nên theo hướng này, nhằm tôn trọng quyền định đoạt của người để lại di sản (cá nhân được định đoạt tài sản của mình thì cũng được quyền LCPL điều chỉnh di sản của mình khi chết). Tuy nhiên, quyền lựa chọn của người để lại di sản không phải là không có giới hạn, hệ thống pháp luật mà người để lại di sản được lựa chọn phải là hệ thống pháp luật có sự gắn kết với các vấn đề thừa kế di sản. Nhìn chung, hệ thống pháp luật ghi nhận quyền LCPL cho người để lại di sản hiện

nay giới hạn phạm vi lựa chọn của người để lại di sản. Ở Liên minh châu Âu, người để lại di sản chỉ được LCPL khác pháp luật nơi thường trú là pháp luật của nước mà họ có quốc tịch (không phân biệt di sản là động sản hay bất động sản). Trong pháp luật của Ý, người để lại di sản chỉ được LCPL khác pháp luật của nước họ có quốc tịch là pháp luật của nước mà họ có nơi thường trú. Ở Bỉ, người để lại di sản chỉ có thể LCPL của nước mà họ có quốc tịch hay nơi thường trú. Chúng ta hiện nay đang theo hướng áp dụng pháp luật của nước mà người để lại di sản có quốc tịch và pháp luật nơi có tài sản nếu di sản là bất động sản. Trong tương lai, đối với Điều 767 nêu trên của BLDS, chúng ta nên theo hướng cho phép người để lại di sản được LCPL, nhưng chỉ giới hạn ở pháp luật của nước nơi họ thường trú ở thời điểm lập di chúc hay ở thời điểm mở thừa kế.

Đối với thừa kế theo di chúc: Bên cạnh các quy định trên, BLDS của chúng ta còn có quy định về hình thức của di chúc, theo đó “hình thức của di chúc phải tuân theo pháp luật của nước nơi lập di chúc” (khoản 2 Điều 768). Với quy định này, ý chí của người lập di chúc không được quan tâm, quyền của người lập di chúc LCPL điều chỉnh hình thức của di chúc không được ghi nhận.

Nghiên cứu so sánh cho thấy, ngoài việc áp dụng pháp luật của nước nơi di chúc được lập để điều chỉnh hình thức di chúc, TPQT nước ngoài còn ghi nhận cho người lập di chúc khả năng LCPL khác. Chẳng hạn, ở Pháp, hình thức của các giao dịch (trong đó có cả di chúc) được điều chỉnh bởi pháp luật nơi giao dịch được xác lập. Tuy nhiên, theo

11 Việc Ý ghi nhận quyền LCPL điều chỉnh thừa kế như trên được đánh giá là một “sự đột phá lớn”: Xem Tito BALLARINO, *Personnes, famille, régimes matrimoniaux et successions dans la Loi de réforme du droit international privé italien*, Revue critique de droit international privé 1996, tr. 136.

12 Edith VEZINA, *Successions en Droit international privé québécois*, in *Successions (Travaux de l'Association Henri Capitant)*, Nxb. Bruylant 2012, tr.786 và 787.

13 LE LIVRE VERT SUR LES SUCCESSIONS ET LES TESTAMENTS DE LA COMMISSION EUROPEENNE-Observations et propositions du parquet général de la Cour de cassation, septembre 2005.

án lệ, quy định này mang tính tùy nghi và người lập di chúc có thể LCPL khác. Ví dụ, liên quan đến một di chúc được lập tại Pháp bởi một người Anh và theo hình thức của pháp luật Anh. Theo pháp luật Pháp, thông thường di chúc này phải tuân thủ hình thức của pháp luật Pháp vì được lập tại Pháp, nhưng Tòa án tối cao Pháp theo hướng chấp nhận di chúc được lập theo hình thức của pháp luật Anh vì, theo Tòa án tối cao Pháp, “người lập di chúc có quyền lựa chọn giữa các hình thức được chấp nhận trong pháp luật nước mình và các hình thức được yêu cầu trong pháp luật nơi mà người lập di chúc lập di chúc”¹⁴.

Thực ra, quy định tại khoản 2 Điều 768 như trên của BLDS là cứng nhắc, không quan tâm tới quyền tự chủ của người để lại di sản. Thiết nghĩ, trong tương lai, chúng ta nên ghi nhận quyền LCPL điều chỉnh hình thức của di chúc theo hướng người lập di chúc còn được lựa chọn hình thức quy định trong pháp luật của nước mà người lập di chúc có quốc tịch hay của nước mà người lập di chúc có nơi thường trú. Trong trường hợp di sản là bất động sản, chúng ta nên theo hướng người lập di chúc còn được quyền lựa chọn cả pháp luật nơi có bất động sản để điều chỉnh hình thức của di chúc.

b) Đối với bồi thường thiệt hại có YTNN

Nghiên cứu so sánh. Theo khoản 1 Điều 773 BLDS, “việc bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng được xác định theo pháp luật của nước nơi xảy ra hành vi gây thiệt hại hoặc nơi phát sinh hậu quả thực tế của hành vi gây thiệt hại”. Với quy định này, chúng ta lại thấy pháp luật nước ta theo hướng xác định pháp luật điều chỉnh quan hệ bồi thường thiệt hại có YTNN mà không quan tâm tới ý chí của chủ thể liên quan.

Khác với pháp luật của chúng ta, hiện nay nhiều hệ thống theo hướng cho các bên LCPL điều chỉnh quan hệ bồi thường thiệt hại có YTNN. Luật về TPQT của Áo đã theo hướng ghi nhận quyền LCPL của các bên. Cụ thể, theo Điều 35 Luật về TPQT của Áo, vấn đề bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng được điều chỉnh bởi pháp luật do các bên thỏa thuận và, nếu không có thỏa thuận LCPL, bởi pháp luật của nước nơi có hành vi gây thiệt hại. Điều 101 Bộ luật TPQT của Bỉ cũng theo hướng này khi quy định “các bên có thể lựa chọn, sau khi phát sinh tranh chấp, pháp luật điều chỉnh nghĩa vụ phát sinh từ hành vi gây thiệt hại”. Tương tự theo Điều 44 Luật TPQT của Trung Quốc: sau khi đưa ra tiêu chí xác định pháp luật điều chỉnh trách nhiệm bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng (không có thỏa thuận của các bên), Điều 44 quy định “nếu các bên đã lựa chọn theo thỏa thuận pháp luật điều chỉnh sau khi có hành vi trái pháp luật, thỏa thuận này được áp dụng”. Cũng tương tự như vậy theo Điều 132 Luật TPQT của Thụy Sĩ theo đó pháp luật Thụy Sĩ ghi nhận quyền LCPL điều chỉnh trách nhiệm bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng.

Mới đây, liên minh châu Âu cũng có quy định về xung đột pháp luật về bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng theo hướng ghi nhận quyền LCPL cho các bên. Cụ thể, Nghị định (Règlement) số 864/2007 năm 2007 quy định tại khoản 1 Điều 14 rằng các bên có thể LCPL điều chỉnh nghĩa vụ ngoài hợp đồng bằng một thỏa thuận sau khi xảy ra sự kiện gây thiệt hại.

Sửa đổi BLDS. Phần trên cho thấy BLDS hiện hành của chúng ta khá cứng nhắc trong việc quy định việc xác định pháp luật điều chỉnh quan hệ bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng (không ghi nhận quyền LCPL cho các bên) trong khi đó nhiều hệ thống pháp

14 Về án lệ này, xem Pierre MAYER và Vincent HEUZE, *sdd*, phần số 754.

luật hiện đại theo hướng chấp nhận cho các bên LCPL điều chỉnh quan hệ này.

Để tạo điều kiện cho các bên trong việc xác định pháp luật điều chỉnh quan hệ của họ và đề tôn trọng quyền định đoạt của họ, chúng ta cũng nên theo hướng ghi nhận cho các bên khả năng LCPL điều chỉnh vấn đề bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng. Trong lần sửa đổi BLDS lần này, chúng ta nên mạnh dạn chỉnh sửa các quy định tại Điều 773 theo hướng trên.

Về thời điểm LCPL, nếu các bên được quyền LCPL điều chỉnh ở bất kỳ thời điểm nào đối với hợp đồng thì đối với bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng, chúng ta nên theo hướng của pháp luật Trung Quốc là chỉ chấp nhận cho các bên LCPL ở thời điểm sau khi có sự kiện gây thiệt hại (nhìn chung pháp luật các nước không chấp nhận thỏa thuận nói chung và thỏa thuận LCPL khi chưa có sự kiện gây thiệt hại).

c) Đối với những trường hợp khác

Quyền sở hữu tài sản. Ngoài hai lĩnh vực nêu trên, quyền LCPL cũng cần được lưu tâm đối với các lĩnh vực khác thuộc phạm vi điều chỉnh của BLDS.

Đối với vấn đề đã có quy phạm xung đột, lĩnh vực về quyền sở hữu đáng được lưu tâm khi bàn về quyền LCPL. Hiện nay, BLDS đưa ra tiêu chí xác định pháp luật điều chỉnh mà không quan tâm tới ý chí của chủ thể liên quan. Cụ thể, theo khoản 1 Điều 776, “việc xác lập, thực hiện, thay đổi, chấm dứt quyền sở hữu tài sản, nội dung quyền sở hữu đối với tài sản được xác định theo pháp luật của nước nơi có tài sản đó”. Ở đây, việc xác định pháp luật vẫn mang tính “áp đặt”, không quan tâm tới ý chí của các chủ thể.

Thiết nghĩ, chúng ta nên nghiên cứu theo hướng ghi nhận quyền tự chủ của các chủ thể trong việc xác định pháp luật điều chỉnh các vấn đề về quyền sở hữu động sản.

Đây cũng là hướng mà các nhà cải cách Trung Quốc đã làm trong Luật TPQT năm 2010 theo đó “các bên có thể, bằng một thỏa thuận, LCPL áp dụng cho các vật quyền động sản” (Điều 37).

Nghĩa vụ ngoài hợp đồng. Bên cạnh trách nhiệm bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng, chúng ta còn có một số nghĩa vụ (trách nhiệm) ngoài hợp đồng khác như hoàn trả tài sản do chiếm hữu không có căn cứ pháp luật, hoàn trả được lợi về tài sản không có căn cứ pháp luật hay các nghĩa vụ (trách nhiệm) phát sinh từ thực hiện công việc không có ủy quyền. Đối với các nghĩa vụ ngoài hợp đồng vừa nêu, xung đột pháp luật hoàn toàn có thể xảy ra và chúng ta cần có quy phạm điều chỉnh. Thực ra, Trung Quốc cũng đã theo hướng này và đã ban hành quy phạm xung đột pháp luật (xem phần dưới). Tương tự như vậy trong Nghị định (Règlement) số 864/2007 năm 2007 của châu Âu nêu trên (Điều 10 và 11). BLDS hiện hành của chúng ta chưa có quy định xung đột đối với các nghĩa vụ này và chúng ta nên bổ sung.

Đối với các nghĩa vụ ngoài hợp đồng nêu trên, Nghị định (Règlement) số 864/2007 năm 2007 của châu Âu cho phép các bên LCPL điều chỉnh như đối với trường hợp bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng (Điều 14). Tương tự như vậy trong Bộ luật TPQT của Bỉ (Điều 104). Đây cũng là hướng mà các nhà lập pháp Trung Quốc đã làm trong Luật TPQT năm 2010. Cụ thể, theo Điều 47, “được lợi về tài sản không có căn cứ pháp luật hay thực hiện công việc không có ủy quyền được điều chỉnh bởi pháp luật mà các bên thỏa thuận lựa chọn. Khi không có thỏa thuận lựa chọn của các bên, pháp luật của nước nơi các bên có nơi thường trú chung được áp dụng; nếu không có nơi thường trú chung, pháp luật của nơi diễn ra được lợi không có căn cứ pháp luật hay thực hiện không có ủy quyền được áp dụng”.

Đối với các nghĩa vụ ngoài hợp đồng nêu trên, thiết nghĩ chúng ta cũng nên theo hướng cho phép các chủ thể liên quan được LCPL. Về thời điểm các bên có thỏa thuận này, chúng ta theo hướng của bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng đã trình bày ở trên: thỏa thuận LCPL chỉ được chấp nhận sau khi xuất hiện sự kiện làm phát sinh nghĩa vụ.

2. Kiến nghị về quyền LCPL trong Luật Hôn nhân và gia đình

Đối với ly hôn. Đối với lĩnh vực hôn nhân và gia đình, TPQT nước ta đã có quy định xác định pháp luật điều chỉnh và chúng ta cùng nhau nghiên cứu các quy định về ly hôn.

Cũng như nhiều lĩnh vực khác, pháp luật của chúng ta không cho phép vợ chồng quyền LCPL điều chỉnh vấn đề ly hôn. Ở đây, chúng ta vẫn theo hướng “áp đặt” pháp luật điều chỉnh ly hôn và ý chí của các chủ thể liên quan không có vai trò gì¹⁵. Nghiên cứu TPQT nước ngoài cho thấy, việc cho phép vợ chồng LCPL điều chỉnh ly hôn không xa lạ và nếu có điều kiện chúng ta cũng nên theo hướng này. Cụ thể, theo Điều 55 Bộ luật TPQT Bỉ, “vợ chồng có thể LCPL điều chỉnh ly hôn hay ly thân. Họ chỉ có thể lựa chọn một trong các hệ thống pháp luật sau: 1) Pháp luật của nước mà vợ và chồng có quốc tịch ở thời điểm yêu cầu ly hôn, ly thân; 2) Pháp luật Bỉ”. Ở châu Âu, Nghị định (Règlement) số 1259/2010 cũng theo hướng cho phép vợ chồng LCPL điều chỉnh ly hôn. Cụ thể, theo Điều 5 của Nghị định, pháp luật điều chỉnh ly hôn là pháp luật do vợ chồng lựa chọn. Tuy nhiên, vợ

chồng chỉ được chọn pháp luật của nước nơi họ thường trú; pháp luật của nước mà họ có nơi thường trú cuối cùng khi một người vẫn thường trú ở đó; pháp luật của nước mà vợ hay chồng có quốc tịch; pháp luật của Tòa án. Luật TPQT của Trung Quốc năm 2010 cũng ghi nhận quyền LCPL của vợ chồng tại Điều 26 theo đó “liên quan đến thuận tình ly hôn, các bên có thể thỏa thuận lựa chọn áp dụng pháp luật của nước nơi vợ hay chồng có nơi thường trú hay pháp luật của nước mà vợ hoặc chồng có quốc tịch”.

Việc cho phép vợ chồng LCPL điều chỉnh ly hôn như trên được đánh giá tốt trong giới chuyên gia¹⁶ và, trong quá trình sửa đổi Luật Hôn nhân và gia đình, chúng ta cũng nên nghiên cứu ghi nhận quyền LCPL điều chỉnh ly hôn (theo hướng quyền lựa chọn có giới hạn).

Đối với quan hệ vợ chồng trong hôn nhân. Bên cạnh các quy định về kết hôn và ly hôn, TPQT các nước thường có quy định về xung đột pháp luật liên quan đến quan hệ vợ chồng trong thời kỳ hôn nhân. Luật Hôn nhân và gia đình của chúng ta cũng có quy định về xung đột pháp luật liên quan đến kết hôn (Điều 103) và ly hôn (Điều 104) nhưng lại chưa có quy định về xung đột pháp luật liên quan đến quan hệ vợ chồng trong hôn nhân (như về trách nhiệm của vợ chồng với nhau, quan hệ tài sản giữa họ). Trong lần sửa đổi Luật Hôn nhân và gia đình lần này, chúng ta nên nghiên cứu bổ sung loại quy định về xung đột pháp luật này.

Khi xây dựng quy định về xung đột pháp luật đối với quan hệ vợ chồng trong

15 *Cụ thể, theo Điều 101 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000, "1. Việc ly hôn giữa công dân Việt Nam với người nước ngoài, giữa người nước ngoài với nhau thường trú tại Việt Nam được giải quyết theo quy định của Luật này. 2. Trong trường hợp bên là công dân Việt Nam không thường trú tại Việt Nam vào thời điểm yêu cầu ly hôn thì việc ly hôn được giải quyết theo pháp luật của nước nơi thường trú chung của vợ chồng; nếu họ không có nơi thường trú chung thì theo pháp luật Việt Nam. 3. Việc giải quyết tài sản là bất động sản ở nước ngoài khi ly hôn tuân theo pháp luật của nước nơi có bất động sản đó".*

16 *Xem Hélène PEROZ, L'avènement de l'autonomie de la volonté dans les divorces internationaux, Droit de la famille et des personnes, 15/7/2012, n° 7, tr. 1.*

hôn nhân, quyền LCPL của vợ chồng cũng được quan tâm. Thực ra, từ thế kỷ thứ 16, Dumulin (một luật gia Pháp) đã theo hướng cho phép vợ chồng LCPL điều chỉnh quan hệ của họ¹⁷. Điều 49 Bộ luật TPQT của Bỉ năm 2004 ghi nhận quyền lựa chọn của vợ chồng theo đó “quan hệ vợ chồng trong hôn nhân được điều chỉnh bởi pháp luật mà vợ chồng đã lựa chọn. Vợ chồng chỉ có thể lựa chọn một trong các hệ thống pháp luật sau: 1) Pháp luật của nước mà họ sẽ có nơi thường trú sau kết hôn; 2) Pháp luật của nước mà vợ hoặc chồng có nơi thường trú ở thời điểm lựa chọn; 3) Pháp luật của nước mà vợ hoặc chồng có quốc tịch ở thời điểm lựa chọn”. Thực ra, trước Bỉ, Luật TPQT của Ý năm 1995 đã ghi nhận quyền LCPL tại khoản 2 Điều 30 theo đó “vợ chồng có thể thỏa thuận bằng văn bản LCPL điều chỉnh quan hệ vợ chồng trong hôn nhân là pháp luật của nước mà một trong hai người có quốc tịch hay một trong hai người có nơi thường trú”. Việc Ý ghi nhận vào năm 1995 quyền LCPL đối với quan hệ vợ chồng trong thời kỳ hôn nhân đã được đánh giá cao, được coi là một “sự đột phá quan trọng”¹⁸. Nghiên cứu so sánh cho thấy, việc không cho phép LCPL điều chỉnh quan hệ vợ chồng trong thời kỳ hôn nhân chỉ tồn tại ở rất ít nước và, trong Liên minh châu Âu, “phần lớn pháp luật các nước thành viên ghi nhận quyền LCPL của vợ chồng đối với quan hệ vợ chồng trong hôn nhân”¹⁹. Thiết nghĩ, nhằm tạo điều kiện cho các chủ thể trong quan hệ hôn nhân có YTNN, chúng ta cũng nên ghi nhận quyền cho vợ chồng LCPL điều chỉnh quan hệ của vợ chồng trong thời kỳ hôn nhân.

Nghiên cứu so sánh cho thấy, nhìn chung, quyền LCPL trong lĩnh vực này không tuyệt đối, cần có giới hạn để “tránh trường hợp vợ chồng lựa chọn hệ thống pháp luật chỉ có ít quan hệ với họ”²⁰ và chúng ta cũng nên theo hướng này.

Kết luận. Nghiên cứu các quy định của TPQT Việt Nam cũng như TPQT nước ngoài cho thấy quyền LCPL đã được ghi nhận cho chủ thể trong quan hệ có YTNN. Với việc ghi nhận quyền này, vấn đề xung đột pháp luật do chính chủ thể liên quan giải quyết; chính họ sẽ xác định hệ thống pháp luật điều chỉnh quan hệ liên quan đến họ.

Quyền LCPL đã được ghi nhận rất sớm trong TPQT đối với xung đột pháp luật trong lĩnh vực hợp đồng. Khoảng từ 20 năm gần đây, quyền này ngày càng được mở rộng sang các lĩnh vực khác trong đó có lĩnh vực hôn nhân và gia đình, nghĩa vụ ngoài hợp đồng.

Đối chiếu TPQT Việt Nam với TPQT nước ngoài, chúng ta thấy quyền LCPL của chủ thể trong quan hệ dân sự có YTNN ở nước ta còn rất dè dặt và vẫn còn nặng theo hướng “áp đặt” pháp luật điều chỉnh (tức không quan tâm tới ý chí của các chủ thể trong quan hệ). Thực trạng này là không thuyết phục với xu hướng mở cửa và hội nhập, nên nhân dịp sửa đổi BLDS, Luật Hôn nhân và gia đình lần này, chúng ta mạnh dạn mở rộng phạm vi ghi nhận quyền LCPL ở Việt Nam. Bên cạnh đó, hy vọng rằng sẽ có thêm nhiều công trình về quyền LCPL trong TPQT Việt Nam để quyền lựa chọn sớm được ghi nhận cho các chủ thể trong các lĩnh vực khác lĩnh vực hợp đồng ■

17 Xem Andrea BONOMI, *Les régimes matrimoniaux en international privé comparé*, in *Les régimes matrimoniaux en droit comparé et en droit international privé*, Nxb. Librairie Droz, Genève 2006, tr. 62.

18 Xem Andrea GIARDINA, *Les caractères généraux de la réforme*, *Revue critique de droit international privé* 1996, tr. 12.

19 Andrea BONOMI, *bđd*, tr.62.

20 Andrea BONOMI, *bđd*, tr.63 (trong tài liệu của mình ở trang 64, Andrea BONOMI cho thấy chỉ có pháp luật của Áo là ghi nhận rộng rãi quyền LCPL của vợ chồng. Theo tác giả này, Áo không đưa ra bất kỳ giới hạn nào và vợ chồng có thể lựa chọn một hệ thống pháp luật cho dù không có quan hệ với họ).

Quyền sở hữu và quyền chiếm hữu - BÀI HỌC VỀ TÌNH HUỐNG LUẬT XA RỜI CUỘC SỐNG

NGUYỄN NGỌC ĐIỆN*

1. Dẫn nhập

Thoạt nhìn, các quy định của Bộ luật Dân sự năm 2005 (BLDS) về quyền sở hữu có nhiều nét tương đồng với các quy định cùng tính chất được ghi nhận tại các BLDS của các nước tiên tiến như Pháp, Đức, Nhật. Đặc biệt, về nội dung của quyền sở hữu, người làm luật Việt Nam thừa nhận quyền sở hữu bao gồm quyền chiếm hữu, quyền sử dụng và quyền định đoạt tài sản của chủ sở hữu theo quy định của pháp luật (BLDS Điều 164). Sự thừa nhận đó không khác mấy so với sự nhìn nhận của người Pháp về các yếu tố đặc trưng của quyền sở hữu, như được khẳng định tại Điều 544 BLDS Napoléon: “Quyền sở hữu là quyền hưởng dụng và định đoạt tài sản một cách tuyệt đối

nhất, miễn là không phạm điều cấm theo luật hoặc theo văn bản lập quy”¹. Điểm khác biệt đáng chú ý nhất có lẽ là việc cụm từ “quyền chiếm hữu” được ghi nhận trong định nghĩa chính thức về nội dung quyền sở hữu trong BLDS Việt Nam, nhưng không thấy xuất hiện trong điều luật tương ứng của BLDS Pháp.

Tuy nhiên, chính sự khác biệt ấy đã dẫn đến sự hình thành một chế độ pháp lý về sở hữu rất đặc thù trong luật Việt Nam. Điều này khiến cho một mặt, luật Việt Nam trở nên khó hiểu đối với thế giới, mặt khác, việc thực hiện quyền sở hữu trở nên phức tạp do sự trộn lẫn các quyền năng có tính chất khác biệt trong khuôn khổ một chế định duy nhất.

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

1 Nguyên văn Điều 544 BLDS Pháp: “La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements”.

2. Chiếm hữu và quyền sở hữu

2.1. Nội dung của quyền sở hữu theo luật của các nước tiên tiến

Truyền thống La Mã. Từ rất sớm, người La Mã đã phân tích được quyền sở hữu thành một tập hợp của ba nhóm quyền năng, gọi là *usus, fructus và abusus*². Một cách ngắn gọn, *usus* là quyền sử dụng tài sản, quyền khai thác công năng của tài sản nhằm phục vụ cho nhu cầu của chủ thể; *fructus* là quyền thu nhận những lợi ích vật chất mà tài sản mang lại, đặc biệt là những lợi ích được nhận dạng dưới hình thức hoa lợi (fruits) của tài sản; còn *abusus* là quyền định đoạt tài sản, bao gồm định đoạt vật chất (tiêu dùng, tiêu huỷ,...) và định đoạt pháp lý (bán, tặng cho, để thừa kế,...).

Quan niệm về nội dung của quyền sở hữu như trên được quán triệt trong luật của các nước tiên tiến, đặc biệt là các nước châu Âu, và được sử dụng như một công cụ chủ yếu để phân tích các quyền chủ thể đối với tài sản, nhằm làm rõ bản chất của các quyền ấy, tạo điều kiện cho việc xây dựng, hoàn thiện các chế độ pháp lý liên quan. Chẳng hạn, quyền sở hữu được ghi nhận ở một người khi người đó có đủ ba quyền năng - dùng, thu lợi và định đoạt; người chỉ có quyền dùng và quyền thu lợi được gọi là người hưởng dụng (*usufructuary*); còn người chỉ có quyền dùng thì được gọi là người sử dụng hoặc người mượn tài sản.

2.2. Chiếm hữu theo luật của các nước tiên tiến

2.2.1. Tính chất của quan hệ chiếm hữu

Sự nhìn nhận quyền sở hữu theo góc nhìn cuộc sống đời thường. Tình huống điển hình là có một người xuất hiện công

khai trong dáng vẻ, tư thế của người có những quyền năng của chủ sở hữu đối với tài sản. Dáng vẻ, tư thế ấy được thể hiện trong cách ứng xử trong mối quan hệ với tài sản, chẳng hạn điều khiển xe chạy trên đường, sinh hoạt trong nhà,... Thông thường, người tỏ ra có quyền đối với tài sản cũng là người thực sự có quyền: họ là chủ, người thuê, người mượn hợp pháp. Nhưng không loại trừ khả năng đó chỉ là một người tự tiện chiếm dụng tài sản, thậm chí là kẻ trộm, cướp. Nói khác đi, quyền năng được thể hiện trên thực tế đối với tài sản không hẳn lúc nào cũng phản ánh trung thực mối quan hệ pháp lý giữa người thực hiện quyền năng và tài sản đó.

Điều chắc chắn, và hợp lý, hợp tình, là chừng nào người thực hiện quyền năng bề ngoài ấy chưa phải đứng trước một cuộc sát hạch về tư cách pháp lý, chẳng hạn, trong khuôn khổ một vụ tranh chấp trước tòa án về quyền sở hữu đối với tài sản, thì người này được và cần được, phải được thừa nhận là người có quyền đối với tài sản đó. Sự thừa nhận ấy thể hiện thành cách ứng xử cụ thể mà người ta dành cho người đang thực hiện quyền năng đối với tài sản. Tuỳ theo tính chất tôn trọng hay không tôn trọng đối với người được cho là có quyền năng, hành vi ứng xử của người khác được cho là đúng mực hay không đúng mực và được pháp luật điều chỉnh một cách tương ứng.

Bởi vậy mới có một câu chuyện thú vị: A trộm túi xách trong cửa hàng của B. Trên đường về nhà, A bị kẻ cướp chặn đường, giật lấy túi xách. Việc xảy ra trước mắt C, là anh ruột của B. C xông vào can thiệp, giành lại túi xách và trả cho A. Về đến nhà, C nghe nói B đã bị kẻ trộm lén vào cửa hàng lấy mất

2 Có thể xem, ví dụ: F.Terré và Ph. Simler, *Droit civil – Les biens, Précis Dalloz (Paris), 2006, tr. 79 đến 91*; Ph. Malaurie và L. Aynès, *Droit civil - Les biens, Cujas (Paris), 2008, tr. 117 đến 121*; Gérard Cornu, *Droit civil- Introduction. Les personnes. Les biens, Montchrestien, 2001, tr. 327 đến 329*.

một chiếc túi xách; tuy nhiên, C không biết rằng mình đã có dịp đổi mặt với kẻ trộm, thậm chí đã giúp đỡ kẻ ấy giành lại chiếc túi xách, mà suy cho cùng là của em ruột mình.

Tình trạng thực tế mà trong đó, A trong câu chuyện xuất hiện trước mắt C như một người có quyền sở hữu đối với tài sản và quyền sở hữu đó đang bị người khác xâm hại, được luật học của các nước gọi là chiếm hữu (possession, từ nguyên gốc trong tiếng latin *possessio*).

Về phương diện học thuật, chiếm hữu được hiểu là việc một người thể hiện bằng những ứng xử cụ thể các quyền năng đối với một tài sản. Chiếm hữu với tư cách chủ sở hữu là việc một người tỏ ra có các quyền của chủ sở hữu đối với tài sản.

Trong chừng mực nào đó, chiếm hữu được coi là biểu hiện bề ngoài của quyền sở hữu. Biểu hiện ấy có thể phản ánh trung thực nội dung bên trong của quyền, nghĩa là người tỏ ra có quyền cũng thực sự là người có quyền đó. Nhưng nó cũng có thể hoàn toàn trái ngược với nội dung ấy: trường hợp kẻ trộm túi xách trong câu chuyện nói trên là một ví dụ.

2.2.2. Thiết lập quan hệ chiếm hữu

Corpus và animus³. Quyền sở hữu được xác lập theo những căn cứ như chuyển nhượng, để thừa kế, theo thời hiệu,... Nói chung, khi đề cập đến việc thiết lập quyền sở hữu của một người đối với một tài sản, người ta chú ý cách thức mà những quyền năng của chủ sở hữu được trao cho người này. Điều quan trọng là các cách thức ấy phải hợp lệ thì quyền sở hữu mới được coi là thiết lập hợp pháp và được bảo vệ: hợp

đồng mua bán phải có giá trị thì quyền sở hữu mới được chuyển cho người mua; di chúc phải có giá trị thì người thừa kế theo di chúc mới xác lập được quyền sở hữu đối với tài sản thừa kế;...

Trong khi đó, sự chiếm hữu được ghi nhận trong hoàn cảnh cụ thể và được người ta cảm nhận; sự cảm nhận ấy dẫn dắt người ta đi đến chỗ thừa nhận tư cách của người chiếm hữu mà không bận tâm đến việc tìm hiểu tính xác thực, hợp pháp của tư cách đó. Người can thiệp C trong câu chuyện nói trên không thể biết rằng A đã có được chiếc túi xách ấy nhờ trộm cắp. Trước mắt C là một người có những biểu hiện cho thấy là chủ nhân của một tài sản và quyền sở hữu của người này đối với tài sản đang bị người khác xâm hại.

Ở góc độ khoa học luật, các biểu hiện ấy được phân tích thành hai nhóm yếu tố cấu thành quan hệ chiếm hữu và được người La Mã lần lượt gọi là *corpus* và *animus*.

Corpus là yếu tố vật chất, còn gọi là yếu tố khách quan của sự chiếm hữu. Yếu tố này biểu hiện thành các hành vi ứng xử cụ thể cho thấy người ứng xử là người có quyền đối với tài sản. Các hành vi ấy có thể mang tính chất vật chất: cất đồ đạc trong tủ, coi sóc nhà cửa, chăm sóc cây cối,...⁴. Nhưng đó cũng có thể là hành vi ứng xử mang tính pháp lý: trả tiền thuế đất cho cơ quan thuế và nhận hoá đơn, giao kết hợp đồng cho mượn, gửi giữ tài sản,...

Animus là yếu tố ý chí, còn gọi là yếu tố chủ quan. Đó là trạng thái tâm lý thể hiện thành thái độ ứng xử hàm chứa quyền năng của người chiếm hữu đối với tài sản. Thái độ đó khiến người ta ghi nhận ở người

³ Xem, ví dụ, Radulesco, *La notion et les éléments constitutifs de la possession en législation*, *Luận án tiến sĩ*, Paris, 1925.

⁴ Suy cho cùng, chiếm hữu trước hết là sự chiếm hữu vật chất, sự cầm giữ. Đối với động sản, đó là việc nắm giữ tài sản trong tay hoặc ít nhất là trong tầm tay; đối với bất động sản, đó là việc dựng hàng rào làm ranh giới phân biệt với bất động sản khác.

chiếm hữu phong độ của một người có quyền đối với tài sản, phân biệt với những người khác thuộc phần còn lại của thế giới.

Thiết lập quan hệ chiếm hữu theo luật của các nước tiêu biểu. Ở Đức, Pháp và nói chung các nước Tây Âu, sự chiếm hữu được ghi nhận và được thừa nhận trên nguyên tắc, không chỉ trong cuộc sống đời thường mà cả trong luật, một khi có sự hội tụ của corpus và animus ở một người.

Có những trường hợp nắm giữ tài sản mà ai cũng biết không thể được coi là chiếm hữu, chẳng hạn, người thợ máy đang loay hoay sửa một chiếc xe bị hỏng học kỹ thuật để trong ga ra chắc chắn không phải là người chiếm hữu chiếc xe đó; hoặc người lái xe chờ hàng không phải là người chiếm hữu số hàng đó. Nhưng thông thường, một người có hành vi tác động lên một tài sản đồng thời cũng thể hiện quyền năng của mình trong hành vi đó, để cho phép mọi người ghi nhận tư cách người chiếm hữu của người đó đối với tài sản. Trong một tình huống đặc thù, người chiếm hữu với tư cách chủ sở hữu chuyển giao tài sản cho người khác sử dụng theo hợp đồng (mượn, thuê,...). Khi đó, cả hai đều là được coi người chiếm hữu, một người (người mượn, thuê,...) chiếm hữu trực tiếp, còn người kia chiếm hữu gián tiếp.

2.2.3. Hiệu lực pháp lý của việc chiếm hữu

Bảo vệ sự chiếm hữu. Là một tình trạng thực tế, nhưng chiếm hữu lại phát sinh hiệu lực pháp lý như một quan hệ giữa một người - gọi là người chiếm hữu - và một vật, được pháp luật thừa nhận, điều chỉnh.

Tư tưởng chủ đạo là sự chiếm hữu được bảo vệ theo một chế độ riêng, phân biệt với chế độ bảo vệ quyền sở hữu. Thông thường,

người chiếm hữu cũng đồng thời là chủ sở hữu đích thực, hợp pháp của tài sản⁵. Bởi vậy, một cách hợp lý, người chiếm hữu được luật suy đoán là chủ sở hữu.

Chính vì được suy đoán là chủ sở hữu mà người chiếm hữu trong câu chuyện trộm túi xách nói trên được coi là nạn nhân của một vụ cướp giật trong mắt người đi đường và được bảo vệ. Ứng xử của C trong câu chuyện hoàn toàn phù hợp với các chuẩn mực sống trong xã hội có tổ chức và được khuyến khích như là cách ứng xử cần thiết nhằm góp phần duy trì trật tự xã hội.

Trong khuôn khổ một tranh chấp pháp lý về nội dung của quyền đối với tài sản, người chiếm hữu được miễn trách nhiệm chứng minh: người nào nói rằng người đang chiếm hữu không phải là chủ sở hữu thì phải trưng ra được các bằng chứng thuyết phục về điều mình khẳng định.

Cần nhấn mạnh rằng, sự bảo vệ người chiếm hữu là việc làm cần thiết trước hết nhằm duy trì trật tự xã hội. Đơn giản, việc chiếm hữu đang diễn ra trước mắt mọi người như là một phần của khung cảnh sống bình yên trong xã hội. Việc ai đó có hành vi xâm phạm sự chiếm hữu của người khác bằng kiểu ứng xử lệch chuẩn, thậm chí trái pháp luật, như chiếm đoạt bằng vũ lực, phải bị ngăn chặn, xử lý. Trong câu chuyện túi xách nói trên, giả sử B tình cờ gặp A ở nơi công cộng với chiếc túi xách trong tay, thì B phải báo cho nhà chức trách để có biện pháp xử lý vụ việc theo trình tự, thủ tục đòi lại tài sản do pháp luật quy định. B không được tự tiện xông tới dùng sức mạnh cơ bắp, vũ khí để giành lại tài sản: nếu B làm việc đó, thì trong mắt mọi người, B có hành vi xâm phạm tài sản của người khác, qua đó, xâm phạm trật tự xã hội và phải bị chế tài.

5 Bởi nếu thông thường, người chiếm hữu không phải là chủ sở hữu, thì xã hội đúng là rất mất trật tự.

Xác lập quyền sở hữu theo thời hiệu.

Chiếm hữu tài sản một cách liên tục, công khai trong một thời gian dài, người chiếm hữu mà không có quyền rốt cuộc sẽ có được quyền đó. Người chiếm hữu trong tư thế chủ sở hữu, dù không phải là chủ sở hữu đích thực, sau một thời gian, sẽ được thừa nhận là chủ sở hữu hợp pháp đối với tài sản.

Để được hưởng sự thừa nhận đó, điều quan trọng là người chiếm hữu phải chiếm hữu trong tư thế và với thái độ tâm lý của người có quyền. Bởi vậy, người nghĩ rằng mình chỉ là một người thuê tài sản và ứng xử phù hợp với suy nghĩ đó, chẳng hạn, bằng cách trả tiền thuê đều đặn, không bao giờ có thể xác lập quyền sở hữu theo thời hiệu đối với tài sản, dù việc chiếm hữu tài sản thuê có kéo dài đến bao lâu.

Xác lập quyền sở hữu đối với hoa lợi cho người chiếm hữu ngay tình. Người chiếm hữu mà không phải là chủ sở hữu tất nhiên có nghĩa vụ giao trả tài sản cho chủ sở hữu đích thực, đặc biệt là sau một vụ kiện đòi lại tài sản hoặc sau một vụ huỷ bỏ hợp đồng chuyển quyền sở hữu tài sản.

Về mặt lý thuyết, khi giao trả tài sản, thì người chiếm hữu cũng phải giao trả cả hoa lợi, lợi tức gắn với tài sản, bởi những thứ đó, theo luật, là của chủ sở hữu tài sản gốc. Vấn đề, đối với người chiếm hữu ngay tình, là khi thu nhận hoa lợi, lợi tức, người này tin tưởng một cách chính đáng rằng chính mình là chủ sở hữu tài sản và cũng là chủ sở hữu hoa lợi, lợi tức phát sinh. Thông thường, hoa lợi, lợi tức là tài sản tiêu hao: một khi được thu nhận, tài sản đó thường được phải tiêu thụ trong thời gian ngắn. Do đó, buộc người chiếm hữu hoàn trả hoa lợi, lợi tức có nghĩa là buộc người này trả nợ bằng tiền. Nếu thời gian chiếm giữ tài sản kéo dài, số tiền có thể rất lớn và thực sự là một gánh nặng đối với

người chiếm hữu. Trong trường hợp người chiếm hữu là ngay tình, áp đặt một gánh nặng như thế là không hợp với lẽ phải.

Bởi vậy, luật các nước quyết định thừa nhận quyền sở hữu của người chiếm hữu ngay tình đối với hoa lợi, lợi tức gắn với tài sản chiếm hữu. Quyền này được thừa nhận chừng nào sự ngay tình còn được duy trì và chấm dứt từ lúc người chiếm hữu biết hoặc buộc phải biết mình không phải là người có quyền sở hữu đối với tài sản.

3. Quyền sở hữu và chiếm hữu trong luật Việt Nam hiện hành

3.1. Chiếm hữu là một phần nội dung của quyền sở hữu

Quyền sở hữu = quyền chiếm hữu + (usus và fructus) + abusus. Như đã nói, quyền sở hữu theo luật Việt Nam hiện hành gồm có ba yếu tố - quyền chiếm hữu, quyền sử dụng và quyền định đoạt. Quyền định đoạt có nội hàm tương tự như abusus trong luật La Mã; quyền sử dụng, trong chừng mực nào đó, là sự kết hợp của usus và fructus. Còn lại quyền chiếm hữu cần được xây dựng nội hàm thích ứng trong điều kiện luật ở các nước không coi quyền này là một phần nội dung của quyền sở hữu.

Người làm luật Việt Nam giải quyết vấn đề bằng cách, một mặt cố gắng xây dựng một định nghĩa pháp lý chính thức cho quyền chiếm hữu như là một phần nội dung của quyền sở hữu⁶, mặt khác, tiếp nhận một phần các giải pháp cho vấn đề hiệu lực pháp lý của quan hệ chiếm hữu được thừa nhận trong luật của các nước. Với cách làm đó, luật Việt Nam có nhiều điểm lạ đáng chú ý.

3.2. Hệ quả của cách làm đặc thù

Sự chiếm hữu chỉ được bảo vệ một khi thiết lập được mối liên hệ hợp pháp với quyền sở hữu. Được coi là một phần của

6 Theo BLDS Điều 182, quyền chiếm hữu là quyền nắm giữ, quản lý tài sản.

quyền sở hữu, quyền chiếm hữu không được bảo vệ theo một chế độ riêng mà được nhập chung với quyền sở hữu, thành đối tượng chung của một chế độ bảo vệ duy nhất, gọi là bảo vệ quyền sở hữu, được quy định tại Chương XV BLDS. Chế độ này được đặc trưng bởi hai quyền cơ bản - Quyền đòi lại tài sản (Điều 256) và quyền yêu cầu ngăn chặn hoặc chấm dứt hành vi cản trở trái pháp luật đối với việc thực hiện quyền sở hữu, quyền chiếm hữu hợp pháp (Điều 259).

Điều kiện để được bảo vệ là việc chiếm hữu phải được xác lập hoặc là có căn cứ pháp luật, hoặc là không có căn cứ pháp luật nhưng ngay tình, gọi chung là chiếm hữu hợp pháp⁷. Nói rõ hơn, người chiếm hữu chỉ được hưởng sự bảo vệ của luật pháp, công lực một khi cho thấy sự chiếm hữu là có chính danh, nghĩa là tình trạng chiếm hữu của mình đối với tài sản là hệ quả của việc thực hiện quyền sở hữu hợp pháp của một người nào đó (có thể là chính mình hoặc một người khác) đối với tài sản.

Trong câu chuyện của A, B, C kể trên, đúng là C sẽ giao chiếc túi xách lại cho A, sau khi giành lại được từ tay kẻ cướp giật, mà không bận tâm đến việc tìm hiểu, rốt cuộc, A là ai, làm sao có được chiếc túi xách đó. Đơn giản, C ứng xử một cách tự nhiên, theo thói quen của một người dân bình thường yêu chuộng công lý, lẽ phải.

Nhưng diễn biến câu chuyện có thể sẽ khác đi, nếu C là nhân viên công lực đang thi hành nhiệm vụ. Khi đó, C sẽ phải tiến hành các việc cần thiết nhằm xử lý vụ vi phạm theo quy định của pháp luật, trong đó có việc giao trả tài sản cho nạn nhân. Trên nguyên tắc, việc giao trả chỉ được thực hiện một khi có căn cứ thoả đáng cho thấy người

nhận lại tài sản đích thực là chủ nhân hợp pháp của tài sản đó hoặc là người được chủ nhân hợp pháp chuyển giao quyền sử dụng tài sản một cách hợp lệ. Quá trình kiểm tra bao gồm việc đặt và giải quyết các vấn đề liên quan đến tính chính danh của việc nắm giữ đối với tài sản, rốt cuộc, là các vấn đề liên quan đến nội dung của quyền năng.

Đáng nói nữa là không chỉ trong trường hợp tài sản bị chiếm đoạt bằng hành vi vi phạm pháp luật hình sự, như nói trên, mà cả khi việc chiếm hữu tài sản bị quấy nhiễu trong cuộc sống dân sự, thì để có thể có được hưởng sự bảo vệ của luật pháp, công lực, người chiếm hữu cũng phải trải qua cuộc thẩm tra để làm rõ tư cách trong mối quan hệ với quyền sở hữu. Ví dụ, có một người đang khai thác một phần đất một cách bình yên; một người khác đến cắm dùi bên cạnh rồi bắt đầu tiến hành lấn chiếm; người bị lấn chiếm kiện yêu cầu chấm dứt hành vi lấn chiếm. Trước cơ quan nhà nước có thẩm quyền, người khiếu kiện phải chứng minh được rằng mình là người thực sự có đối với tài sản, thì mới được bảo vệ.

Ở các nước, với nguyên tắc suy đoán người chiếm hữu là người có quyền thì trong trường hợp việc chiếm hữu tài sản bị xâm hại, quấy nhiễu bằng hành vi vi phạm pháp luật, người chiếm hữu được bảo vệ theo cách bảo vệ mà luật pháp dành cho chủ sở hữu. Điều cần nhấn mạnh là suy cho cùng người chiếm hữu được bảo vệ không phải vì nhà chức trách tin chắc rằng đó là chủ sở hữu đích thực của tài sản. Đơn giản, việc chiếm hữu đó là một phần của cuộc sống xã hội đang diễn ra một cách bình yên; sự bình yên đó cần được duy trì, bởi nó hàm chứa ít rủi ro xung đột, khủng hoảng xã hội so với

⁷ Thực ra, khái niệm "chiếm hữu hợp pháp" được người làm luật nhắc đến trong các điều luật liên quan (BLDS Điều 255, 256, 259, 260), nhưng lại không được giải thích. Dẫu sao, có thể nghĩ rằng cả người chiếm hữu gọi là có căn cứ pháp luật theo Điều 183, cũng như người chiếm hữu không có căn cứ pháp luật nhưng ngay tình theo Điều 189 cũng được người làm luật đối xử như nhau, đặc biệt là được bảo vệ như nhau. Trong điều kiện đó, có thể coi cả hai là người chiếm hữu hợp pháp.

tình cảnh mà người xâm hại, quấy nhiễu việc chiếm hữu tạo ra bằng hành vi xâm hại, quấy nhiễu của mình.

Đâu là điểm dừng của quá trình kiểm tra? Trong khung cảnh của luật thực định Việt Nam, không có một loại phương tiện chứng minh nào được chính thức thừa nhận là có khả năng cung cấp bằng chứng tuyệt đối về quyền sở hữu tài sản. Bởi vậy, quá trình thẩm tra tư cách pháp lý của người nắm giữ tài sản chỉ có thể dẫn dắt người ta đến một điểm nào đó trên con đường vô tận tìm kiếm thông tin hoàn hảo về quyền năng của một người đối với tài sản. Ở điểm đó, người kiểm tra chỉ có thể lựa chọn một trong ba phương án xử lý vụ việc.

Hoặc, người được kiểm tra tư cách được thừa nhận, theo các bằng chứng được thẩm định đến lúc đó, là người có quyền sở hữu hoặc quyền chiếm hữu hợp pháp đối với tài sản. Những người khác phải tôn trọng quyền của người này; người nào có hành vi xâm phạm quyền của người này đối với tài sản phải bị chế tài theo quy định của pháp luật.

Hoặc, người được kiểm tra tư cách không được thừa nhận là người có quyền. Khi đó, lại có hai khả năng. Khả năng thứ nhất là có người khác chứng minh được một cách thuyết phục trước cơ quan chức năng rằng mình là người có quyền đối với tài sản; trong trường hợp này, tài sản phải được giao cho người đó. Khả năng thứ hai là không có ai khác chứng minh được rằng mình là người có quyền đối với tài sản; trong trường hợp này, cách xử lý duy nhất phù hợp với logic của sự việc là coi tài sản như của vô chủ và nhập vào khối công sản của Nhà nước.

Điều có thể gây bức xúc, đặc biệt đối với người chiếm hữu tài sản trong trường hợp bị kết luận là người không có quyền đối với tài sản, là: việc chiếm hữu đang được thực hiện một cách bình yên; một ngày nọ, quyền chiếm hữu bị xâm hại, quấy nhiễu,

khiến nhà chức trách phải can thiệp và sự can thiệp ấy lại dẫn đến kết cục như thế. Càng bức xúc hơn nữa trong điều kiện bản thân sự kết luận chính thức của nhà chức trách lại không thể có giá trị tuyệt đối, do chẳng bao giờ, trong khung cảnh pháp lý hiện tại, người ta có thể khẳng định một cách chắc nịch và không thể đảo ngược rằng người này, người kia là người có quyền đối với tài sản.

4. Kết luận

Luật phải phản ánh cuộc sống bình thường. Cần phải viết lại các điều luật liên quan đến quyền sở hữu và chiếm hữu trong BLDS. Điều đó cần thiết để luật Việt Nam không chỉ hiểu được đối với phần còn lại của thế giới, mà còn có thể được mọi người chấp nhận, áp dụng, tuân thủ mà không thắc mắc, bất bình vì có cảm giác bị đối xử không công bằng. Tư tưởng chủ đạo là: có nhiều lúc cần xử sự với nhau trong cuộc sống dân sự, về phương diện pháp lý, dựa theo những gì được thấy, được cảm nhận mà không cần tìm hiểu bản chất bên trong của những điều thấy được, cảm nhận được. Nói khác đi, cần phải để cho cuộc sống bình thường được phản ánh, thừa nhận trong luật, bởi sự bình thường đó là một phần của trật tự, bình ổn xã hội, là cái mà luật phải bảo vệ.

Cứ hình dung câu chuyện chiếm hữu trong luật là sự khái quát hoá câu chuyện giao tiếp xã hội - pháp lý diễn ra hàng ngày tại một bãi giữ xe máy điển hình của cơ quan công quyền. Tất cả những người dẫn xe máy vào bãi giữ xe đều được người trông giữ đối xử như nhau, như là người có năng lực giao kết hợp đồng gửi giữ: họ giao xe, nhận phiếu gửi, trả phí trông giữ và nhận lại xe sau khi kết thúc công việc cần làm. Người trông giữ không và không cần, cũng như không có quyền hạch hỏi để xem người gửi xe liệu có phải là chủ sở hữu hoặc ít nhất là người chiếm hữu hợp pháp đối với tài sản, rồi từ đó mới có thái độ ứng xử thích hợp ■

Triết lý nào cho việc sửa đổi BỘ LUẬT DÂN SỰ?

NGUYỄN QUỐC VINH*

Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 2005 lại được đưa vào chương trình sửa đổi. Lần này, cũng giống các lần khác, tham vọng sửa đổi sẽ là “cơ bản” với nhiều khái niệm hoàn toàn mới như “vật quyền” hay “trái quyền”¹ sẽ được đưa, sau khi tham khảo BLDS của một loạt các nước như Đức, Thụy Sĩ, Bồ Đào Nha, Nhật Bản, Hàn Quốc và Thái Lan v.v..² Câu hỏi đầu tiên để đặt ra là, liệu chúng ta sẽ lại có một BLDS có “bộ cánh mới” với những “quy định lai ghép”?

Với chúng tôi, điều cần làm ngay là BLDS nên sửa đổi những quy định hiện hành hơn là khoác thêm “bộ cánh mới”. Việc sửa đổi những quy định hiện hành nên

bắt đầu từ việc thay đổi tư duy làm luật và có thể bắt đầu từ tư duy xây dựng các nguyên tắc cơ bản (NTCB) - những nguyên tắc nền tảng của bộ luật.

Những NTCB được nêu tại Chương II, Phần thứ nhất “Những quy định chung” của BLDS. BLDS hiện hành của Việt Nam, theo mô hình của BLDS Đức và Nhật Bản, được xây dựng theo kỹ thuật pandekten, theo đó các quy định sẽ bắt đầu từ những quy định chung và sẽ được chi tiết trong các quy định cụ thể³. Quy định cụ thể sẽ được xây dựng trên nguyên tắc của quy định chung. Khi thiếu vắng một quy định cụ thể hoặc khi việc vận dụng nó là bất hợp lý, người ta sẽ vận dụng các nguyên tắc chung để giải

* **TS, Công ty luật Tilleke & Gibbins.**

- 1 Thật ra thì cũng không phải hoàn toàn mới. Những khái niệm này đã tồn tại ít nhiều dưới các hệ thống pháp luật cũ tại Việt Nam. Tuy nhiên, nó lại là mới đối với hệ thống pháp luật hiện tại.
- 2 Xem "Sửa đổi BLDS năm 2005: Chỉ nên là luật khung?" báo Pháp luật TP. Hồ Chí Minh ngày 27/4/2012; có tại <http://phap-luatvn.vn/tuphap/201204/Sua-doi-Bo-luat-dan-su-nam-2005-Chi-nen-la-luat-khung-2066328/>.
- 3 Kỹ thuật pandekten bắt nguồn từ Đức và sâu xa hơn nữa là luật La Mã. Cấu trúc một luật được xây dựng theo kỹ thuật này là cấu trúc chuỗi của các suy luận. Một luật hay bộ luật sẽ bắt đầu bằng các lý thuyết và khái niệm trừu tượng và được cụ thể hóa dần trong các điều khoản tại các chương sau đó.

quyết tranh chấp. Như vậy, những NTCB sẽ là kim chỉ nam, nền tảng giúp cho nhà làm luật xây dựng các quy định cụ thể trong BLDS và các văn bản luật tư dưới nó, cũng như giúp Tòa án vận dụng giải quyết tranh chấp khi không có quy định cụ thể hoặc khi việc áp dụng quy định cụ thể tạo ra một phán quyết bất công.

Đáng tiếc thay, rất nhiều NTCB của BLDS Việt Nam không đáp ứng được các yêu cầu trên. Ngược lại, nó chứa đựng nhiều quy định mơ hồ, thừa thãi và tự mâu thuẫn. Việc định hình lại tư duy xây dựng luật, thông qua việc đánh giá lại các NTCB là điều cần thiết.

Nguyên tắc tự do thỏa thuận tại Điều 4

Hai nguyên tắc cơ bản của nền kinh tế thị trường là tôn trọng quyền sở hữu và tự do hợp đồng. Nguyên tắc tự do thỏa thuận chỉ chịu hai hạn chế. Thứ nhất là không được trái với trật tự công cộng hay phúc lợi chung của một quốc gia. Thứ hai là phải được thực hiện trên cơ sở thiện chí và ngay tình (good faith and fair dealing) giữa các bên trong hợp đồng và giữa các bên hợp đồng với bên thứ ba ngay tình⁴.

BLDS 2005 đã thừa nhận nguyên tắc tự do thỏa thuận này tại Điều 4. Đoạn 1 Điều 4 tương thích một nửa với pháp luật dân sự (PLDS) hiện đại trên thế giới khi nó không cho phép một cam kết hay thỏa thuận vi phạm điều cấm hay đạo đức xã hội. Các BLDS khác cũng có những quy định tương tự dù cách đặt tên khái niệm “điều cấm pháp luật và đạo đức xã hội” là khác nhau⁵. Hậu quả của hành vi vi phạm được quy định tại Điều 128 BLDS. Theo đó, hành vi vi phạm điều cấm của pháp luật hoặc đạo đức xã hội bị vô hiệu.

Tuy nhiên, Đoạn 1 trên còn thiếu một quy định liên quan đến hạn chế đối với quyền tự do hợp đồng trong trường hợp vi phạm nguyên tắc thiện chí, ngay tình. Nguyên tắc thiện chí, ngay tình đầu tiên được áp dụng giữa các bên hợp đồng khi các bên này giao kết hoặc thực hiện hợp đồng. Ví dụ như nghĩa vụ hợp tác khi giao kết và thực hiện hợp đồng hay nghĩa vụ hạn chế thiệt hại của bên bị vi phạm khi bên kia vi phạm nghĩa vụ hợp đồng, gây thiệt hại cho mình.

Ngoài ra, nếu một thỏa thuận dù có hợp pháp hay ràng buộc các bên hợp đồng nhưng ảnh hưởng đến bên thứ ba ngay tình thì về nguyên tắc, bên thứ ba ngay tình được bảo vệ. Lấy ví dụ: bên A ủy quyền cho bên B bán căn nhà của mình. Các bên đã lập hợp đồng ủy quyền và thỏa mãn các yêu cầu về hình thức đối với hợp đồng này. Tuy nhiên, A giao hẹn thêm với B rằng chỉ được bán nhà với giá tiền, ví dụ, là hai tỷ đồng trở lên. B không tuân thủ cam kết với A mà bán căn nhà dưới giá các bên thỏa thuận cho C, là một bên ngay tình, hoàn toàn không biết thỏa thuận về giá bán giữa A và B. Trong trường hợp này C sẽ được bảo vệ, còn thỏa thuận bán trên giá hai tỷ đồng giữa A và B vẫn có hiệu lực, vẫn có giá trị ràng buộc giữa các bên A và B, nhưng chỉ có giá trị ràng buộc giữa hai bên này với nhau mà thôi. Nó không có giá trị ràng buộc với C. A có quyền yêu cầu B bồi thường vì vi phạm cam kết nhưng A không có quyền yêu cầu C trả lại nhà hoặc bồi thường thiệt hại.

Tiếp theo, đoạn 2 Điều 4 quy định rằng: “trong quan hệ dân sự, các bên hoàn toàn tự nguyện, không bên nào được áp đặt, cấm đoán, cưỡng ép, đe dọa, ngăn cản bên nào”. Ở đây có một số vấn đề mà BLDS không

4 Xem, ví dụ, Điều 1:102 Các Nguyên tắc của Pháp luật hợp đồng Châu Âu năm 1999 (*The Principles of European Contract Law*).

5 Ví dụ như “chính sách công” (*public policy*) hay “chính sách của pháp luật” (*policy of the law*) của các nước theo truyền thống thông luật hay “trật tự công cộng” (*ordre public*), “điều cấm của pháp luật” (*statutory prohibition*) hay “trật tự công cộng và lương tục” (*kojo ryozyoku*) của các nước theo truyền thống luật lục địa.

làm rõ. Thứ nhất là thế nào là một hành vi “áp đặt”, “cấm đoán”, “cưỡng ép” hay “ngăn cản”? Hiện tại, BLDS chỉ định nghĩa thế nào là “đe dọa” và hậu quả vô hiệu của hợp đồng được lập do hành vi đe dọa tại Điều 132. Còn các hành vi còn lại là áp đặt, cấm đoán, cưỡng ép và ngăn cản thì BLDS không quy định. Vậy nội hàm các hành vi này là gì và hậu quả của nó ra sao? Nếu một bên có hành vi áp đặt, cấm đoán, cưỡng ép hay ngăn cản một bên khác trong hợp đồng thì hậu quả của hợp đồng như thế nào? Liệu một bên có quyền viện dẫn Điều 128 (vô hiệu do vi phạm điều cấm pháp luật) để yêu cầu vô hiệu hợp đồng do bị bên kia áp đặt, cưỡng ép hay ngăn cản hay không, cũng như việc làm thế nào để chứng minh cho yêu cầu của mình? Lấy ví dụ: liệu một bên mua bất kỳ một dụng cụ gia đình như xe máy, TV, v.v.. với các điều khoản theo mẫu soạn sẵn của nhà sản xuất có quyền yêu cầu vô hiệu hợp đồng mua bán do bị áp đặt?

Đoạn 3 Điều 4 quy định: “Cam kết, thỏa thuận hợp pháp có hiệu lực bắt buộc thực hiện đối với các bên và phải được cá nhân, pháp nhân, chủ thể khác tôn trọng”. Ở đây, lại có một số câu hỏi đặt ra: Thứ nhất, một cam kết, thỏa thuận hợp pháp có nhất thiết là có hiệu lực bắt buộc thực hiện đối với các bên hay không? Câu trả lời chắc chắn là không, khi nghĩa vụ liên quan đến nhân thân một người. Một điểm tiến bộ của PLDS hiện đại là người ta không thể bắt một người làm một việc nếu người này không muốn làm. Không ai có thể bắt họa sỹ phải vẽ và ca sỹ phải hát dù những người này trước đây đã cam kết như vậy trong hợp đồng. Ngược lại, pháp luật tạo ra cơ chế bồi hoàn thông qua yêu cầu bồi thường thiệt hại hoặc cho phép bên thứ ba làm thay nghĩa vụ của bên có nghĩa vụ. Thứ hai, quy định này cũng yêu cầu một thỏa thuận hợp pháp phải được cá nhân, pháp nhân, chủ thể khác tôn trọng.

Câu hỏi đặt ra là các bên thứ ba (cá nhân, pháp nhân và chủ thể khác) không thuộc các bên hợp đồng thì làm thế nào để biết và tôn trọng một hợp đồng do hai bên tư nhân khác giao kết với nhau? Tôn trọng mang nghĩa pháp lý như thế nào? Cụ thể hơn là thế nào để xác định một bên có hay không tôn trọng hợp đồng của các bên không liên quan khác và hậu quả của việc không tôn trọng là gì? Bị xử phạt hành chính, hình sự (theo phạm vi áp dụng của pháp luật hành chính, hình sự) hay bên vi phạm phải bồi thường thiệt hại (theo phạm vi áp dụng của PLDS)? Nếu phải bồi thường thì bồi thường theo cơ chế nào? Ngoài ra, như tại ví dụ trên, trong hợp đồng ủy quyền bán nhà, pháp luật sẽ bảo vệ C với tư cách là bên thứ ba ngay tình chứ không bảo vệ thỏa thuận của A và B. Như vậy, quy định một bên khác có nghĩa vụ tôn trọng thỏa thuận riêng của các bên hợp đồng theo đoạn 3 Điều 4 có đúng hay không?

Như vậy, dường như cách quy định theo Điều 4 nêu trên vừa thiếu, vừa thừa và vừa sai.

Nguyên tắc bình đẳng

Điều 5 BLDS quy định rằng “trong quan hệ dân sự, các bên đều bình đẳng, không được lấy lý do khác biệt về dân tộc, giới tính, thành phần xã hội, hoàn cảnh kinh tế, tín ngưỡng, tôn giáo, trình độ văn hoá, nghề nghiệp để đối xử không bình đẳng với nhau”. Lại vấp phải vết xe phía trước, nhà làm luật đã không giải quyết hai vấn đề: (1) thế nào là “đối xử không bình đẳng”; và (2) hậu quả của giao dịch có đối xử không bình đẳng? Liệu một bên có thể yêu cầu vô hiệu hợp đồng trên cơ sở không bình đẳng vì mình có khác biệt với bên kia về dân tộc, giới tính, tín ngưỡng, văn hóa hay nghề nghiệp? Nếu không thể vô hiệu hợp đồng trên cơ sở này (và thực tế không có cơ sở để vô hiệu)⁶, thì những quy định này được đặt ra để làm gì?

⁶ Cơ sở cơ bản để hợp đồng vô hiệu theo pháp luật Việt Nam quy định tại Điều 122. Những quy định này nhìn chung là phù hợp với thông lệ thế giới.

Nguyên tắc tôn trọng đạo đức, truyền thống tốt đẹp

Điều 8 BLDS quy định: *Nguyên tắc tôn trọng đạo đức, truyền thống tốt đẹp.* Ở đây tiếp tục có một số điểm cần làm rõ. Thứ nhất, các bên trong giao dịch dân sự làm thế nào biết được rằng giao dịch của mình có hay không: “giữ gìn bản sắc dân tộc, tôn trọng và phát huy phong tục, tập quán, truyền thống tốt đẹp, tình đoàn kết, tương thân, tương ái, mỗi người vì cộng đồng, cộng đồng vì mỗi người và các giá trị đạo đức cao đẹp của các dân tộc cùng sinh sống trên đất nước Việt Nam”? Thứ hai là hậu quả nếu mình vi phạm, giao dịch có vô hiệu? Thứ ba nữa là ngoài hậu quả về mặt dân sự, các bên còn chịu các chế tài nào khác không? Nếu có, nó là gì và quy định ở đâu? Tất cả những câu hỏi này đều không được trả lời trong BLDS. Nếu nó được trả lời trong một văn bản về hành chính hoặc hình sự (để mang đến một hậu quả hành chính hoặc hình sự) thì đưa quy định này vào BLDS để làm gì?

Đoạn 2 và 3 Điều 8 quy định rằng: “Đông bào các dân tộc thiểu số được tạo điều kiện thuận lợi trong quan hệ dân sự để từng bước nâng cao đời sống vật chất và tinh thần của mình. Việc giúp đỡ người già, trẻ em, người tàn tật trong việc thực hiện quyền, nghĩa vụ dân sự được khuyến khích”. Câu hỏi ở đây là những quy định này có mâu thuẫn với nguyên tắc bình đẳng nói tại Điều 5 trên hay không?⁷ Đông bào dân tộc thiểu số, người già, trẻ em và người tàn tật có được ưu đãi, ví dụ giảm giá, trong các giao dịch, ví dụ như mua điện, nước, xăng dầu hay không? Nếu họ không được ưu đãi thì hậu quả đối với bên không đồng ý giảm giá

là gì? Tiếp tục, nếu bên không đồng ý giảm giá không chịu bất kỳ chế tài gì thì việc đặt ra những quy định nêu trên là để làm gì?

Nguyên tắc tôn trọng lợi ích của Nhà nước, lợi ích công cộng, quyền, lợi ích hợp pháp của người khác

Điều 10 quy định rằng: “Việc xác lập, thực hiện quyền, nghĩa vụ dân sự không được xâm phạm đến lợi ích của Nhà nước, lợi ích công cộng, quyền, lợi ích hợp pháp của người khác”.

Cách hành văn như trên nên nằm ở Bộ luật Hình sự (BLHS) thì phù hợp hơn là BLDS⁸. Khi đó, hành vi vi phạm sẽ bị trừng trị. Đối với PLDS, nhà làm luật phải cụ thể hóa được quy định của mình. Đó là: thế nào là hành vi xâm phạm và khi một bên bị xâm phạm thì cơ chế nào để yêu cầu bồi thường. PLDS phải mang lại một hậu quả dân sự nhất định chứ không thể là lời răn đe.

Nguyên tắc tuân thủ pháp luật

Điều 11 yêu cầu rằng: “Việc xác lập, thực hiện quyền, nghĩa vụ dân sự phải tuân theo quy định của Bộ luật này và quy định khác của pháp luật”.

Đây lại là một quy định mang tinh thần của BLHS, yêu cầu bên liên quan phải hành xử tôn trọng pháp luật. Nếu không sẽ bị nghiêm trị. Tuy nhiên, theo thông lệ lập pháp thế giới, một BLDS sẽ có những quy định bắt buộc (mandatory) buộc các bên phải tuân thủ như xác định tư cách chủ thể (năng lực hưởng quyền, nghĩa vụ), tôn trọng quyền sở hữu v.v.. Ngoài những quy định bắt buộc là các quy định tùy nghi (optional) mà các bên có quyền thỏa thuận khác. Các quy định tùy nghi chiếm đa số trong các quy

7 Lưu ý: nguyên tắc bình đẳng là một nguyên tắc rất tiến bộ của pháp luật dân sự hiện đại trên thế giới. Nó xóa bỏ địa vị bất bình đẳng về nguồn gốc, địa vị và giai cấp trước đây trong thời kỳ phong kiến.

8 Dù điều này dường như bị ảnh hưởng của Điều 1165 BLDS Pháp. Tuy nhiên, bản chất Điều 1165 của BLDS Pháp đề cập đến vấn đề khác, vượt ra ngoài phạm vi của Điều 10 BLDS Việt Nam. Đó là giá trị ràng buộc của hợp đồng đối với các bên trong hợp đồng.

định về phân hợp đồng. BLDS quy định như thế này thì vô hình chung, đã biến BLDS trở thành BLHS và triệt tiêu tất cả quyền tự do thỏa thuận của các bên nêu tại Điều 4.

Nguyên tắc hòa giải

Điều này khuyến khích các bên hòa giải các tranh chấp của mình. Nguyên tắc này nên đặt ở Bộ luật Tố tụng dân sự, sẽ phù hợp hơn là việc đặt tại BLDS.

Căn cứ xác lập quyền

Ngoài các căn cứ thông thường khác như thông qua hợp đồng, xác lập quyền sở hữu v.v., Điều 13 BLDS cho phép xác lập quyền, nghĩa vụ dân sự thông qua quyết định của Tòa án hay cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Cũng may là những quy định này không bị lạm dụng trên thực tiễn, nếu không thì bất kỳ Tòa án, cơ quan nhà nước hay quy định pháp luật nào cũng có thể tự mình trao một quyền cho một bên và áp đặt một nghĩa vụ tương ứng cho bên kia. Trong quan hệ dân sự, việc xác lập quyền và nghĩa vụ của các bên nằm trong BLDS (và văn bản dưới nó, nếu có) khi mà pháp luật ấn định một thời điểm hưởng quyền (hoặc nghĩa vụ). Tất cả các cơ quan như Tòa án hay cơ quan nhà nước có nghĩa vụ áp dụng các quy định của pháp luật để phân định đúng, sai, phải trái (nói cách khác là quyền và nghĩa vụ) cho các bên. Các cơ quan này không được tự mình, vượt lên trên luật pháp mà trao quyền hay áp đặt nghĩa vụ theo ý chí của mình. Căn cứ này, vì vậy, nên loại bỏ. Một cách tiếp cận tốt hơn là loại bỏ cả Điều 13 vì việc liệt kê vừa thiếu, vừa thừa, vừa sai, lại vừa không cần thiết.

Một số kết luận và khuyến nghị

Như trên đã phân tích, nhiều quy định tại Chương “Những nguyên tắc cơ bản” của BLDS là vừa thừa, vừa thiếu lại vừa sai. Vì vậy, việc sửa đổi những quy định này là cần thiết. Cụ thể, những nguyên tắc sau cần làm định hướng trong việc xây dựng lại các

NTCB nói riêng và BLDS nói chung:

(a) Tôn trọng quyền tự quyết, tự do định đoạt của các bên. Đặc biệt, liên quan đến phân hợp đồng trong BLDS. Các quy định tại phần này không thể là các quy định buộc phải thi hành như cách được thể hiện tại Bộ luật và áp dụng tại Tòa án hiện nay. Ngược lại, nó phải là những quy định tùy nghi, chỉ được áp dụng khi các bên không có thỏa thuận khác;

(b) Sự cố kết giữa các điều khoản trong BLDS. Các quy định tại phần “Những nguyên tắc cơ bản” phải gắn liền với (và được cụ thể bởi) các quy định cụ thể tại các phần sau theo kỹ thuật lập pháp đã lựa chọn. Không thể để các quy định tại phần chung bị cắt rời và hoàn toàn không có liên hệ với các quy định cụ thể;

(c) Những quy phạm tại BLDS thể hiện chính sách của Nhà nước như ưu đãi người dân tộc, người cao tuổi không thể nằm tại một văn bản quy phạm PLDS. Nếu Nhà nước có những chính sách ưu đãi cho một đối tượng nào thì những chính sách đó cần được thể hiện cụ thể tại văn bản pháp luật hành chính, điều chỉnh quan hệ giữa Nhà nước và chủ thể được điều chỉnh, chứ không nằm trong các văn bản pháp dân sự, vốn điều chỉnh các bên có vị trí bình đẳng;

(d) Mỗi một quy định của pháp luật phải mang đến một hậu quả pháp lý. Như đã nêu trên, các quy định tại phần “Những nguyên tắc cơ bản” được quy định một cách lửng lơ, hoàn toàn không được quy định về hậu quả pháp lý của chúng. Mở rộng ra, rất nhiều quy định tại BLDS (và những văn bản quy phạm PLDS hay thương mại khác tại Việt Nam) có yêu cầu các bên “phải” hay “không được” làm một điều gì nhưng nhà làm luật lại “quên” không quy định hậu quả (ít nhất là về mặt dân sự) của việc không tuân thủ, khiến Tòa án và các bên liên quan không biết vận dụng thế nào; và



(e) Việc xây dựng luật cần phân định ranh giới giữa PLDS và hậu quả của nó với pháp luật hành chính, hình sự hay tổ tụng dân sự. Nói tổng quát, cần có tư duy rạch ròi giữa luật công và luật tư, giữa luật nội dung và luật hình thức.

BLDS Pháp và Đức không có phần các nguyên tắc cơ bản. Ngược lại, BLDS Nhật Bản thì có phần các nguyên tắc cơ bản. Theo đó, BLDS Nhật Bản có ba nguyên tắc cơ bản sau:

(1) Mọi quyền cá nhân phải phù hợp với lợi ích công cộng;

(2) Việc thực thi quyền và nghĩa vụ phải tuân theo [nguyên tắc] tín nghĩa và thành thực⁹; và

(3) Hành vi lạm quyền là không được phép¹⁰.

Ba nguyên tắc trên khái quát hóa các

nguyên tắc cơ bản của BLDS Nhật Bản nói riêng và PLDS, thương mại nói chung. Các điều luật dưới đó có nhiệm vụ cụ thể hóa các nguyên tắc này trong mỗi hoàn cảnh cụ thể. Ngoài ra, Tòa án Nhật Bản đóng một vai trò rất lớn trong việc giải thích ý nghĩa và nội hàm của ba nguyên tắc trên. Các nhà làm luật Việt Nam cần nghiên cứu về kỹ thuật xây dựng các nguyên tắc của BLDS Nhật Bản cũng như phạm vi áp dụng của chúng tại các điều luật cụ thể và việc vận dụng trên thực tế thông qua phán quyết của Tòa án để có thể sửa đổi các NTCB của BLDS Việt Nam cũng như các điều luật dưới nó.

Việc xây dựng lại BLDS 2005 với một tư duy làm luật mạch lạc, hiểu biết về bản chất và theo triết lý xuyên suốt dường như cần thiết hơn việc tiếp tục du nhập những quy định mới mà không hiểu rõ bản chất và triết lý của nó■

9 Giống nguyên tắc thiện chí, ngay tình hay thiện chí, trung thực theo BLDS Việt Nam.

10 Điều 1, BLDS Nhật Bản.

BỘ LUẬT DÂN SỰ

cần bổ sung quy định về

CHUYỂN GIAO HỢP ĐỒNG

Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 2005 đã có những tác động tích cực đối với đời sống kinh tế - xã hội của đất nước trong thời gian qua, nhưng nó cũng có không ít hạn chế, bất cập. Liên quan đến phần hợp đồng dân sự, dường như các nhà làm luật mới chỉ quan tâm đến giao kết và thực hiện hợp đồng, chứ chưa dành sự chú ý đến quan hệ của các bên trong khi thực hiện hợp đồng và sau khi hợp đồng chấm dứt. Nhiều vấn đề phát sinh trong thực tiễn như: điều chỉnh nội dung hợp đồng do hoàn cảnh thay đổi, một số nghĩa vụ có thể tiếp tục tồn tại khi hợp đồng chấm dứt, hay vấn đề chuyển giao hợp đồng (CGHD)..., vẫn chưa được Bộ luật làm rõ. Bài viết tập trung làm rõ sự cần thiết phải bổ sung quy định về CGHD vào BLDS, vì giao dịch pháp lý ba bên này thường xuyên được thực hiện, trong khi pháp luật thực định của Việt Nam vẫn chưa có quy định rõ ràng.

NGÔ QUỐC CHIẾN*

1. Lợi ích của chuyển giao hợp đồng

Do môi trường kinh doanh luôn có những biến động nên một hợp đồng - mặc dù phù hợp với nhu cầu và mục đích của các bên vào thời điểm giao kết, nhưng vẫn có thể trở thành gánh nặng với một trong các bên do không còn mong muốn hoặc phương tiện để tiếp tục thực hiện nó. Khi một bên thấy việc tiếp tục thực hiện hợp đồng không còn mang lại lợi ích mong muốn, anh ta sẽ tìm cách “tự giải phóng khỏi quan hệ hợp đồng”¹ bằng cách chấm dứt hợp đồng hoặc CGHD. Vì việc đơn phương chấm dứt hợp đồng dẫn tới hậu quả là bên đơn phương chấm dứt phải bồi thường thiệt hại, nên cách này sẽ tốn kém và ít được sử dụng hơn CGHD. Trong một số hoàn cảnh, CGHD có

* TS. Đại học Ngoại thương, thành viên Trung tâm nghiên cứu Luật quốc tế và châu Âu, Đại học François-Rabelais, Cộng hòa Pháp.

¹ L. AYNES, *Les clauses de circulation du contrat*, trong tuyển tập "Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels", PUAM, 1990, tr. 131.

thể mang lại lợi ích cho tất cả các bên tham gia. Trước hết, đối với bên chuyển giao, CGHĐ giải phóng anh ta khỏi một hợp đồng mà anh ta không còn mong muốn tiếp tục thực hiện mà không phải bồi thường thiệt hại. Đối với bên nhận chuyển giao, anh ta được trực tiếp thừa hưởng một hợp đồng mà không phải mất công đàm phán và có một lượng khách hàng có sẵn từ trước. Còn đối với bên còn lại trong hợp đồng, anh ta tiếp tục được thực hiện hợp đồng với một đối tác có mong muốn và phương tiện tốt hơn, và như vậy có thể thu hồi vốn và sinh lợi từ việc thực hiện hợp đồng². Ngoài ra, việc CGHĐ còn có ý nghĩa tích cực về mặt xã hội vì nó không gây ra bất kỳ sự chấm dứt hợp đồng nào, vì “các quyền và nghĩa vụ không bị chấm dứt, mà được chuyển từ bên chuyển giao sang bên nhận chuyển giao”³.

Tuy nhiên, kỹ thuật tưởng như đơn giản này lại đặt ra một số vấn đề lớn khi liên quan đến các loại hợp đồng phức tạp. Vấn đề thứ nhất là nguyên tắc hiệu lực bất biến⁴ - vốn là nguyên tắc nền tảng của pháp luật hợp đồng - có nguy cơ bị xâm phạm khi CGHĐ. Khi hợp đồng được giao kết hợp pháp, các bên phải “thực hiện đúng hợp đồng, đúng đối tượng, chất lượng, số lượng, chủng loại, thời hạn, phương thức và các thoả thuận khác”⁵. Việc thay thế một bên trong hợp đồng có nguy cơ khiến cho hợp đồng không

được thực hiện đúng theo giao kết ban đầu bởi vì bên nhận chuyển giao là bên thứ ba. Vậy mà, hợp đồng chỉ ràng buộc các bên giao kết, nên sẽ khó có thể bắt buộc bên thứ ba này thực hiện nghiêm chỉnh toàn bộ nội dung hợp đồng mà anh ta không ký với bên còn lại trong hợp đồng. Vấn đề thứ hai là hiện nay, BLDS 2005 của Việt Nam mới chỉ quy định về chuyển giao quyền yêu cầu (các Điều 309-314) và chuyển giao nợ (các Điều 315-317), trong khi hợp đồng không đơn thuần là tập hợp các quyền và nghĩa vụ, mà còn là mối quan hệ của các bên. Pháp luật thực định của nước ta mới chỉ có quy định về chuyển giao đối với một số hợp đồng đặc thù⁶, chứ chưa có quy định về việc CGHĐ nói chung. Do chưa có một chế định chung cho CGHĐ, nên các bên sẽ không biết chắc chắn hợp đồng của mình có thể chuyển giao được hay không, và nếu có thì phải tuân theo các điều kiện gì, liệu có thể tự do thỏa thuận việc chuyển giao hoặc cấm chuyển giao hay không? Tòa án cũng sẽ gặp khó khăn khi phải thụ lý các vụ tranh chấp liên quan đến CGHĐ do chưa có cơ sở pháp lý để giải quyết. Do vậy, cần làm rõ bản chất của CGHĐ để từ đó đề xuất hướng bổ sung chế định này vào BLDS.

2. Bản chất của chuyển giao hợp đồng

2.1. Định nghĩa

Mặc dù việc CGHĐ vẫn thường xuyên

2 Chúng ta hãy lấy ví dụ về hợp đồng mua bán nhà đang trong quá trình xây dựng. Trong loại hợp đồng này, người mua trả giá của căn hộ theo tiến độ xây dựng. Nếu một người mua đã trả được một phần của giá trị hợp đồng theo tiến độ xây dựng của năm thứ nhất và không có khả năng chi trả cho đến khi công trình hoàn thành, thì người mua có thể đơn phương chấm dứt hợp đồng, do bên mua vi phạm nghĩa vụ thanh toán. Nhưng nếu người mua tìm được một người khác thay thế cho mình thì việc CGHĐ sang cho người thứ ba này sẽ không những không gây thiệt hại, mà ngược lại còn có thể có lợi cho tất cả các bên. Đối với người mua - người CGHĐ, anh ta sẽ được giải phóng khỏi hợp đồng mà anh ta không có khả năng tiếp tục thực hiện mà không phải bồi thường thiệt hại. Đối với bên thứ ba - bên nhận chuyển giao, anh ta sẽ có được căn hộ trong thời gian ngắn hơn. Còn đối với bên bán - bên còn lại trong hợp đồng, việc CGHĐ giúp anh ta tìm được một đối tác có khả năng tốt hơn để tiếp tục thực hiện hợp đồng dang dở, qua đó đảm bảo được tiến độ xây dựng toàn bộ tòa nhà, và như vậy giữ được cam kết đối với các bên mua khác.

3 T. GALVAO, *La cession du contrat*, Tạp chí Pháp luật quốc tế so sánh (RIDC), số 2, 1951, tr. 217 và tiếp theo.

4 Hay còn gọi là Nguyên tắc Pacta sunt servanda. Về khái niệm này xem: Lê Minh Hùng, *Hiệu lực của hợp đồng theo quy định của pháp luật Việt Nam*, Luận án tiến sĩ, ĐH Luật TP Hồ Chí Minh, 2010, tr. 23 và tiếp theo.

5 Điều 412, khoản 1, BLDS 2005.

6 Như hợp đồng bảo hiểm, hợp đồng lao động, hợp đồng nhượng quyền thương mại.

được thực hiện trong thực tế, nhưng hiện nay hầu hết các hệ thống luật trên thế giới đều chưa có định nghĩa về việc này. Theo C. LAPP⁷, một trong những học giả tiên phong nghiên cứu về CGHĐ tại châu Âu, thì CGHĐ là “một thỏa thuận theo đó một bên trong hợp đồng chuyển giao cho một người thứ ba toàn bộ các quan hệ pháp lý bắt nguồn từ hợp đồng đó”. Theo quan điểm này, không phải bản thân hợp đồng, mà thực chất là các mối quan hệ về quyền và nghĩa vụ phát sinh từ hợp đồng mới là đối tượng được chuyển giao, vì hợp đồng là một sự thống nhất ý chí làm phát sinh quyền và nghĩa vụ. Nhưng sự thống nhất ý chí - cơ sở hình thành hợp đồng - là một yếu tố phi vật chất nên không thể chuyển giao được. Nếu một người thứ ba tham gia vào sự thống nhất ý chí này thì sẽ có một sự thống nhất ý chí mới, và như vậy là một hợp đồng mới được hình thành. Vì thế, không phải hợp đồng - nguồn gốc của quyền và nghĩa vụ - được chuyển giao, mà là mối quan hệ pháp lý phát sinh từ hợp đồng được dịch chuyển sang cho người thứ ba. Một số tác giả khác lại cho rằng, CGHĐ là “một hành vi pháp lý nhằm thay thế một bên trong một mối quan hệ hợp đồng bởi một bên thứ ba”⁸. Theo cách hiểu này, thực ra không có sự CGHĐ, mà có sự dịch chuyển của một người mà trước đó là bên thứ ba trong hợp đồng vào một mối quan hệ hợp đồng⁹. Như vậy có thể coi CGHĐ là một hành vi pháp lý, qua đó một người thứ ba, được gọi là bên nhận chuyển giao (C), thế vào vị trí của một bên, gọi là bên chuyển giao (A), trong hợp đồng mà anh ta đã ký với một bên, gọi là bên còn lại trong hợp đồng (B).

2.2. Các hình thức CGHĐ

Nếu xét trên góc độ căn cứ pháp lý của việc chuyển giao thì có thể phân biệt hai loại CGHĐ chính. Một là, CGHĐ theo thỏa thuận của các bên. Việc chuyển giao này được thực hiện thông qua một thỏa thuận với sự thống nhất ý chí của cả ba bên tham gia. Hai là, CGHĐ theo luật định. Loại chuyển giao này được quy định trong một văn bản pháp luật cụ thể và không đòi hỏi phải có sự đồng ý của bên còn lại trong hợp đồng. Việc CGHĐ sẽ tự động được thực hiện khi thỏa mãn các điều kiện của pháp luật, như trong trường hợp có sự thay đổi về chủ lao động thì các hợp đồng lao động sẽ tự động được chuyển sang cho chủ lao động mới¹⁰. Ở một số nước còn có hình thức CGHĐ do tòa án quyết định. Trong một số hoàn cảnh cụ thể, tòa án có thể buộc các bên phải CGHĐ để bảo vệ lợi ích chung, chẳng hạn một doanh nghiệp tiếp quản một doanh nghiệp khác đang trong tình trạng khó khăn hoặc nộp đơn xin phá sản¹¹.

Nếu xét trên góc độ ràng buộc pháp lý, có thể có CGHĐ giải phóng nghĩa vụ và CGHĐ không giải phóng nghĩa vụ. Được gọi là CGHĐ giải phóng nghĩa vụ khi bên chuyển giao được giải phóng hoàn toàn khỏi hợp đồng và CGHĐ không giải phóng nghĩa vụ khi bên chuyển giao vẫn phải cam kết đảm bảo việc thực hiện hợp đồng ban đầu bởi bên nhận chuyển giao.

Tất cả các định nghĩa về CGHĐ như đã phân tích ở trên đều có điểm chung là việc CGHĐ không làm chấm dứt các quyền và nghĩa vụ phát sinh từ hợp đồng - đối tượng của sự chuyển giao, mà nó chỉ dịch chuyển

7 C. LAPP, *Essai sur la cession de contrat synallagmatique à titre particulier, luận án tiến sĩ, Strasbourg, 1950, tr. 9.*

8 J. FLOUR, J.-L. AUBERT và E. SAVAUX, *Droit civil, t. 3, Le rapport d'obligation, 5e éd., 2007, A. Colin, tr. 246.*

9 A. SÉRIAUX, *Droit des obligations, 1998, PUF, no 180.*

10 Điều 152, 153 Luật Doanh nghiệp 2005.

11 Điều L. 642-7, Bộ luật Thương mại Pháp. Xem thêm: B. THULLIER, *Cession judiciaire des contrats et loi de sauvegarde des entreprises : moins de pouvoirs pour le juge, D. 2006. Point de vue 130.*

từ người này sang người khác. Vì vậy, CGHĐ sẽ khác với một số hành vi pháp lý ba bên khác.

3. Chuyển giao hợp đồng và các giao dịch pháp lý ba bên

Thay đổi nội dung hợp đồng. Trong quá trình thực hiện hợp đồng, có thể có các thay đổi đến các khía cạnh khác nhau của hợp đồng, chẳng hạn đối tượng của hợp đồng thay đổi hoặc không còn tồn tại. Sự thay đổi nội dung hợp đồng có thể khiến cho việc thực hiện nó cần phải có sự tham gia của một bên thứ ba. Trong trường hợp này, người ta không coi đó là CGHĐ, vì các bên trong hợp đồng không có sự thay đổi.

Thay thế nghĩa vụ. CGHĐ không phải là thay thế nghĩa vụ, bởi vì CGHĐ không làm chấm dứt hợp đồng ban đầu và không làm phát sinh một hợp đồng mới. Trong thay thế nghĩa vụ¹², một nghĩa vụ bị chấm dứt do được thay thế bằng một nghĩa vụ dân sự khác¹³, còn trong CGHĐ, nghĩa vụ không bị chấm dứt, mà nó được chuyển từ một bên giao kết sang một bên trước đó là bên thứ ba.

Chuyển giao nghĩa vụ. CGHĐ cũng khác với chuyển giao quyền yêu cầu và chuyển giao nghĩa vụ, mặc dù về bản chất đây cũng là một giao dịch pháp lý ba bên. Lập luận chính được các học giả nêu ra là hợp đồng không đơn thuần là tập hợp các quyền và nghĩa vụ, mà còn là mối quan hệ giữa hai bên giao kết¹⁴ và đi liền với nó là phẩm chất cá nhân cần thiết cho việc thực hiện hợp đồng và các quyền phản kháng đơn phương¹⁵.

4. Chuyển giao hợp đồng tại một số quốc gia

4.1. CGHĐ tại một số nước theo hệ thống luật lục địa

Hiện nay, nhiều nước như Đức, Italy, Bồ Đào Nha và Bỉ, đã có các cơ chế đặc thù cho phép thực hiện việc CGHĐ. Tại Italy và Bồ Đào Nha, CGHĐ được hiểu là sự thay thế người chuyển giao bởi một người thứ ba (người nhận chuyển giao) vào mối quan hệ hợp đồng với sự đồng ý của bên còn lại. Việc CGHĐ có hậu quả là sự chuyển giao toàn bộ các nghĩa vụ, quyền yêu cầu và quyền phản kháng đơn phương (như quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng, quyền gia hạn hợp đồng...) từ bên chuyển giao sang cho bên nhận chuyển giao¹⁶. Tại Bỉ, pháp luật quy định việc chuyển giao một số loại hợp đồng chuyên biệt. Trong trường hợp pháp luật không có quy định, hợp đồng chỉ có thể được chuyển giao nếu được sự đồng ý của tất cả các bên. Tòa án Bỉ có xu hướng đề cao sự tự do thỏa thuận. Điều này có nghĩa là việc CGHĐ chỉ có thể được thực hiện nếu được sự đồng ý của tất cả các bên. Tuy nhiên, trong trường hợp hợp đồng không có quy định về CGHĐ, Tòa án Bỉ có xu hướng ưu tiên việc chuyển giao khi việc tiếp tục thực hiện hợp đồng nhờ đó trở nên thuận lợi hơn và chỉ chấp nhận cho bên còn lại trong hợp đồng từ chối sự chuyển giao khi việc này gây bất lợi cho anh ta. Như vậy, Tòa án Bỉ đã đặt ra yêu cầu đối với bên còn lại trong hợp đồng phải nêu rõ lý do từ chối chuyển giao. Trong pháp luật của các nước theo hệ thống Germanique (hệ thống luật

12 Được quy định tại Điều 374 và 379 BLDS 2005.

13 Bùi Đức Giang, *Bán tài sản là khoản vay theo quy định của pháp luật Anh*, Thông tin pháp luật dân sự, 8/2012.

14 J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, LGDJ, 2001, n° 1024 và tiếp theo.

15 Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, 2007, Defrénois, n° 917.

16 C. LARROUMET, *La cession de contrat : une régression du droit français*, Mélanges M. Cabrillac, 1999, Dalloz-Litec, tr. 155. K.-H. NEUMAYER, *La transmission des obligations en droit comparé*, in IXe journées d'études juridiques J. Dabin, 1980, Bruylant-Litec, tr. 255.

dân sự) như Đức, Thụy Sĩ, Áo và các nước Scandinave (bao gồm Đan Mạch, Na Uy, Thụy Điển ở vùng Bắc Âu), không có quy định chung nào của pháp luật điều chỉnh việc CGHĐ, nhưng các nước này có xu hướng chấp nhận việc chuyển giao do các bên thỏa thuận và coi đó không đơn thuần là sự chuyển giao quyền và nghĩa vụ. Tại Argentina, việc CGHĐ chỉ có hiệu lực với sự đồng ý của tất cả ba bên. Tại hầu hết các nước này, cũng có các văn bản chuyên ngành quy định việc chuyển giao một số hợp đồng chuyên biệt như hợp đồng thuê nhà kinh doanh, hợp đồng bảo hiểm và hợp đồng lao động trong trường hợp hợp nhất doanh nghiệp.

Tại Pháp, một số học giả cho rằng, có thể CGHĐ, mặc dù BLDS Pháp không có quy định minh thị nào về việc này, thậm chí còn cấm việc chuyển giao nghĩa vụ¹⁷. Nhiều học giả Pháp cho rằng, việc CGHĐ có thể được thực hiện thông qua việc kết hợp chuyển giao quyền và ủy thác thực hiện nghĩa vụ (délégation)¹⁸. Theo C. LAPP, tất cả các thành phần của mối quan hệ hợp đồng - các quyền, nghĩa vụ và quyền phản kháng đơn phương - đều có thể chuyển giao được. Tuy nhiên, theo L. AYNÈS¹⁹, việc CGHĐ không phải là kết quả của việc chuyển giao từng bộ phận của hợp đồng, mà chính hợp đồng trong tổng thể của nó được dịch chuyển. Tác giả này cho rằng, CGHĐ không đi ngược lại các nguyên tắc hiệu lực bất biến của hợp đồng, cũng không trái với nguyên tắc hợp đồng chỉ ràng buộc các bên ký kết. Hợp đồng vẫn giữ nguyên được nội dung và mục đích ban đầu của nó và bên nhận chuyển giao là bên thế quyền. Đúng là bên nhận chuyển giao là bên thứ ba đối với hợp

đồng ban đầu, nhưng anh ta có thể chịu sự ràng buộc với hợp đồng này với tư cách là người thế quyền, mà điều này được pháp luật cho phép. Vì vậy, một bên có thể CGHĐ mà không cần sự đồng ý của bên còn lại. Giải pháp này thuận lợi cho bên chuyển giao, nhưng lại bất lợi cho bên còn lại trong hợp đồng. Nó làm xói mòn sự an toàn pháp lý hợp đồng, vì bên còn lại trong hợp đồng không được hưởng lợi gì từ việc CGHĐ trong khi lại đứng trước nguy cơ bên nhận chuyển giao không thực hiện đúng hợp đồng. Ngoài ra, việc CGHĐ, nếu được thực hiện thành công, còn có thể làm tăng thêm nghĩa vụ cho bên còn lại trong hợp đồng. Vì thế, nhiều tác giả khác cho rằng việc CGHĐ chỉ có thể với sự đồng ý của tất cả các bên. Tuy nhiên, trong trường hợp như vậy thì vì có sự thống nhất ý chí mới, nên sẽ có một hợp đồng mới được hình thành²⁰, mặc dù nội dung của nó không có gì thay đổi. Do CGHĐ thực chất là việc ký một hợp đồng mới nên nó sẽ làm phát sinh các nghĩa vụ gắn liền với việc giao kết hợp đồng, như nghĩa vụ cung cấp thông tin trước khi ký kết hợp đồng (đối với bên nhượng quyền trong hợp đồng nhượng quyền thương mại, bên mua bảo hiểm trong hợp đồng bảo hiểm). Vì vậy, bên có nghĩa vụ phát sinh khi CGHĐ sẽ có xu hướng đưa vào trong hợp đồng một điều khoản cấm CGHĐ.

Các thẩm phán của Pháp cũng có những quan điểm khác nhau về CGHĐ. Trong suốt một thời gian dài, nhiều Tòa án Pháp vẫn cho rằng, hợp đồng là không thể chuyển giao được, trong khi một số thẩm phán lại cho rằng nguyên tắc hợp đồng chỉ ràng buộc các bên ký kết không ngăn cản việc CGHĐ. Trong một bản án ngày 07/01/1992 liên

17 C. Lapp ; C. Larroumet ; L. Aynès, *sđđ*.

18 J. Ghestin, C. Jamin và M. Billiau, *sđđ*.

19 L. Aynès, *sđđ*.

20 J. Ghestin, C. Jamin và M. Billiau, *sđđ*.

quan đến việc chuyển giao một hợp đồng bảo trì thiết bị điện tử, Tòa án tối cao Pháp đã quyết định rằng: “Chất lượng cá nhân của các bên giao kết không thể là lý do ngăn cản việc chuyển giao các quyền và nghĩa vụ của một bên trong hợp đồng sang cho một người thứ ba”²¹. Như vậy, tại Pháp, mọi hợp đồng đều có thể được chuyển giao với điều kiện được bên còn lại chấp nhận²². Sự chấp nhận này có thể được thể hiện ngay từ thời điểm giao kết hợp đồng thông qua một điều khoản quy định về CGHĐ, hoặc vào thời điểm thực hiện việc chuyển giao. Thông qua hai phán quyết ngày 6/5/1997²³, Tòa án tối cao Pháp đã tái khẳng định sự cần thiết của sự đồng ý của bên còn lại trong hợp đồng đối với việc CGHĐ. Trong vụ việc thứ nhất, hợp đồng được chuyển giao mà không được sự đồng ý của bên kia, và như vậy, theo Tòa án tối cao, CGHĐ này là vô hiệu. Vụ việc thứ hai liên quan đến một hợp đồng bảo trì thiết bị giữa công ty A và công ty B. Hợp đồng này có một điều khoản quy định rằng, các quyền và nghĩa vụ phát sinh từ hợp đồng có thể chuyển giao được cho một bên thứ ba. Trong quá trình thực hiện hợp đồng, công ty B được thay thế bởi công ty C, nhưng công ty A đã từ chối thanh toán phí bảo trì cho công ty C. Công ty C kiện ra tòa. Tòa án tối cao Pháp đã cho rằng việc chuyển giao là hợp pháp mặc dù không nhận được sự đồng ý của công ty A vào thời điểm thực hiện việc chuyển giao. Hai phán quyết này là không mâu thuẫn nhau, vì trong vụ việc thứ hai, công ty A đã đưa ra sự đồng ý về việc CGHĐ ngay từ thời điểm ký hợp đồng.

Dự thảo sửa đổi BLDS Pháp đã đưa vào một phần quy định việc CGHĐ theo đó “trừ

trường hợp pháp luật có quy định khác, việc CGHĐ có thể thực hiện được với sự đồng ý của tất cả các bên tham gia”²⁴.

4.2. CGHĐ trong hệ thống luật Anh-Mỹ

Về cơ bản, hệ thống luật Anh-Mỹ hiện đại chấp nhận việc CGHĐ theo thỏa thuận của các bên. Khi việc chuyển giao theo hợp đồng được thực hiện, bên nhận chuyển giao sẽ được hưởng một phần hoặc toàn bộ quyền và nghĩa vụ của bên CGHĐ, nhưng không bao giờ được hưởng nhiều hơn các quyền mà bên chuyển giao đã có trong hợp đồng. Đây được gọi là nguyên tắc ngang bằng quyền lợi (standing in the shoes principle). Trong pháp luật của Anh, hợp đồng không thể tự động được chuyển giao cho người thứ ba. Việc CGHĐ phải được sự đồng ý của tất cả các bên: bên chuyển giao, bên nhận chuyển giao, và đặc biệt là bên còn lại trong hợp đồng. Cũng giống như pháp luật Việt Nam và Pháp, trong pháp luật của Anh không có một chế định riêng cho CGHĐ. Tuy nhiên, trong thực tế, thuật ngữ “CGHĐ” vẫn được sử dụng rộng rãi²⁵.

Tại Mỹ, người ta sử dụng thuật ngữ “assign a right” để chỉ việc chuyển giao một quyền và “delegate a duty” để chỉ việc chuyển giao nghĩa vụ. Trong chuyển giao quyền, người chuyển giao được gọi là assignor, người nhận chuyển giao là assignee và người có nghĩa vụ là obligor. Khi giao dịch thành công, quyền của người chuyển giao được chuyển toàn bộ sang cho người nhận chuyển giao²⁶. Việc chuyển giao quyền yêu cầu không đòi hỏi sự đồng ý của bên có nghĩa vụ²⁷. Nguyên tắc cơ bản là mọi quyền phát sinh từ một hợp đồng đều có thể được

21 Cass.civ., 7/01/1992, Bull. civ. IV, n° 3 ; JCP 1992. I. 3591.

22 Trừ một số loại hợp đồng bị pháp luật cấm chuyển giao, chẳng hạn đối với hợp đồng thuê nhà ở.

23 Cass.com., n° 95-10252 và 94-16335.

24 Dự thảo P. Catala, điều 1165-4.

25 Kelly, Holmes, Ayward, Business Law, 5e éd., Cavendish [UK] 2005, tr. 128.

26 Restatement 2nd, § 317.

27 M.A. Eisenberg, Contracts, 14e éd., Chicago 2002, § 665.

chuyển giao, nhưng vẫn có một số ngoại lệ. Chẳng hạn, việc chuyển giao quyền sẽ không được chấp nhận nếu việc chuyển giao này làm thay đổi cơ bản hoàn cảnh của bên có nghĩa vụ hoặc làm tăng thêm chi phí cho việc thực hiện nghĩa vụ, hoặc làm giảm cơ hội thu được quyền lợi mà đáng lẽ anh ta được hưởng từ việc thực hiện nghĩa vụ đó²⁸. Theo quy định của UCC (Uniform Commercial Code - Bộ luật Thương mại thống nhất) § 2-210, sẽ không được chấp nhận: việc chuyển giao quyền nếu việc thực hiện quyền này gắn liền với nhân thân của người có nghĩa vụ²⁹; việc chuyển giao quyền phát sinh từ một hợp đồng theo đó người thụ trái có quyền mua toàn bộ các sản phẩm mà người có nghĩa vụ có thể sản xuất ra (output contract), hoặc toàn bộ số lượng hàng mà anh ta cần (requirement contract); việc chuyển giao quyền bảo đảm mà người mua bảo hiểm được hưởng đối với bên cung cấp bảo hiểm.

Nhìn chung, việc chuyển giao quyền phát sinh từ hợp đồng sẽ không được chấp nhận nếu nó có hậu quả là làm thay đổi cơ bản các điều kiện của hợp đồng. Việc chuyển giao các quyền phát sinh trong tương lai được chấp nhận nếu chúng phát sinh từ một hợp đồng đã được ký kết, hoặc từ một quan hệ kinh doanh đã tồn tại. Ngược lại, không thể chuyển giao các quyền sẽ phát sinh từ một hợp đồng sẽ được ký kết hoặc từ một quan hệ kinh doanh sẽ được thiết lập³⁰. Nhưng, theo nguyên tắc công bằng (equity), người ta có thể yêu cầu thực hiện việc chuyển giao quyền khi quyền này phát sinh trên cơ sở tồn tại của một hợp đồng

tương lai (contract to assign)³¹. Ngoài ra, UCC §9-204, cũng thừa nhận hiệu lực của một số chuyển giao các quyền sẽ phát sinh trong tương lai.

Restatement Second of contracts (Bộ pháp điển hóa về Hợp đồng xuất bản lần thứ hai) chấp nhận các điều khoản cấm việc chuyển giao quyền phát sinh từ hợp đồng³². Tuy nhiên, Tòa án có xu hướng hạn chế các điều khoản này vì chúng vi phạm nguyên tắc tự do chuyển nhượng quyền³³. Thật vậy, khi điều khoản liên quan đến việc cấm hoàn toàn việc chuyển giao lợi nhuận từ hợp đồng sang cho bên thứ ba (hoặc chỉ được chuyển giao với sự đồng ý của bên kia), nó sẽ bị thẩm phán coi đó là điều khoản “xóa bỏ quyền”. Nếu việc chuyển giao được thực hiện bất chấp các bên có điều khoản cấm chuyển giao, thì bên có nghĩa vụ có thể yêu cầu bên chuyển giao bồi thường thiệt hại vì vi phạm điều khoản không chuyển giao, nhưng việc chuyển giao vẫn có hiệu lực trong mối quan hệ giữa bên nhận chuyển giao và bên có nghĩa vụ³⁴.

Ngoài ra, Restatement Second of Contracts còn thừa nhận một số nguyên tắc giải thích bất lợi đối với các điều khoản hạn chế khả năng chuyển giao quyền phát sinh từ hợp đồng. Thật vậy, điều khoản “cấm CGHĐ” phải được hiểu như là chỉ cấm việc chuyển giao các nghĩa vụ phát sinh từ hợp đồng, chứ không thể được hiểu như là việc cấm chuyển giao các quyền phát sinh từ hợp đồng đó. Điều khoản cấm chuyển giao quyền phát sinh từ hợp đồng phải được hiểu là trao cho bên có nghĩa vụ quyền được đòi bồi thường thiệt hại trong trường hợp việc

28 Restatement 2nd, § 317, et UCC § 2-210.

29 Davis v Basalt Rock Co, 107 Cal. App. 2d 436 [1951].

30 Herbert v Bronson, 125 Mass. 475 [1878].

31 V. M.A. Eisenberg, *préc.*, § 681, et la jurispr. cit.

32 Restatement 2nd, § 317 et 319

33 V. M.A. Eisenberg, *préc.*, § 684 s.

34 *not.* Rumbin v Utica Mutual Insurance Co., 254 Conn.259, 757 A.2d 526 [2000].

chuyển giao được thực hiện bất chấp điều khoản cấm chuyển giao, chứ không phải là nguyên nhân làm việc chuyển giao vô hiệu. Tương tự, một điều khoản như vậy không cấm việc chuyển giao quyền đòi bồi thường, trong trường hợp vi phạm hợp đồng, cũng như các quyền được thừa nhận cho bên chuyển giao sau khi anh ta đã thực hiện toàn bộ các nghĩa vụ của mình³⁵. Cuối cùng, một điều khoản như vậy phải được hiểu như là được ký kết vì lợi ích của bên có nghĩa vụ, và như vậy, nó không thể ngăn cản bên nhận chuyển giao quyền thực hiện các quyền đối với bên chuyển giao, cũng như không thể được hiểu là điều khoản cấm bên có nghĩa vụ thực hiện các nghĩa vụ của mình đối với bên nhận chuyển giao.

Việc chuyển giao nghĩa vụ tại Mỹ có thể được thực hiện thông qua hai cách: ủy nhiệm và thay thế nghĩa vụ (novation). Ủy nhiệm thực hiện nghĩa vụ được định nghĩa là sự chỉ định bởi một bên trong hợp đồng, gọi là bên ủy nhiệm (obligor delegor) một người thứ ba (gọi là delegee) thực hiện thay cho mình nghĩa vụ phát sinh từ hợp đồng. Bên thụ trái các nghĩa vụ được chuyển giao được gọi là obligee³⁶. Bên nhận ủy nhiệm thực hiện nghĩa vụ trở thành người có nghĩa vụ đối với bên có quyền. Tuy nhiên, việc ủy nhiệm không giải phóng hoàn toàn người có nghĩa vụ ban đầu. Còn thay thế nghĩa vụ (novation) là một thỏa thuận ba bên (three-party agreement) theo đó người có quyền đồng ý giải phóng người có nghĩa vụ ban đầu, chấp nhận cho người thứ ba thế vào vị trí của người có nghĩa vụ.

Có một nguyên tắc được Tòa án của Mỹ

chấp nhận rộng rãi là mọi nghĩa vụ hợp đồng đều có thể được chuyển giao thông qua ủy nhiệm, trừ phi người có quyền chứng minh được rằng việc chuyển giao nghĩa vụ ảnh hưởng đến lợi ích cơ bản của mình (substantial interest) và rằng, chỉ có việc thực hiện nghĩa vụ bởi người có nghĩa vụ ban đầu mới đảm bảo được lợi ích mong đợi từ việc ký kết hợp đồng³⁷. Quy định này chủ yếu liên quan đến các nghĩa vụ gắn liền với phẩm chất cá nhân của người giao kết (“skill, wisdom, taste or character of the person originally agreeing to tender performance”)³⁸. Như vậy, đối với các nghĩa vụ mà việc thực hiện nó gắn liền với phẩm chất cá nhân của người có nghĩa vụ thì pháp luật Mỹ ưu tiên loại chuyển giao không giải phóng nghĩa vụ. Thật vậy, trong vụ Crane Ice Cream Co. v Terminal Freezing & Heating Co.,³⁹ thẩm phán đã không chấp nhận việc chuyển giao nghĩa vụ cung ứng hàng hóa vì bên mua (bên có quyền) sẽ không thể có được đầy đủ lượng hàng hóa mà anh ta cần, trong khi đối tượng được chuyển giao lại là một requirement contract, nghĩa là một hợp đồng cung ứng theo đó bên cung ứng cam kết bán toàn bộ lượng hàng hóa mà người mua cần.

Khi một văn bản được coi là một CGHĐ, người ta có xu hướng coi đó là một văn bản ủy nhiệm⁴⁰, và việc chấp nhận chuyển giao là một chấp nhận sự ủy nhiệm, nghĩa là sự thừa nhận bởi người có quyền rằng anh ta chấp nhận một người có nghĩa vụ đối với mình thay thế cho người có nghĩa vụ ban đầu. Trừ trường hợp có thỏa thuận khác, việc CGHĐ có hậu quả là chuyển giao cho người nhận chuyển giao toàn bộ các

35 UCC, § 2-210.

36 Xem Restatement 2nd, § 318

37 Restatement 2nd, § 318, et UCC § 2-210 (1).

38 T.L. Stark, L.R. Brody, F.K. Browne, *Negotiating and Drafting Contract Boilerplate*, ALM 2003, p. 34.

39 Crane Ice Cream Co. v Terminal Freezing & Heating Co., 128 A. 280 [Md. 1925].

40 UCC, § 2-210 (4)

quyền và nghĩa vụ phát sinh từ hợp đồng. Tuy nhiên, bên có nghĩa vụ ban đầu không được giải phóng hoàn toàn khỏi nghĩa vụ.

4. Bổ sung chế định chuyển giao hợp đồng vào pháp luật Việt Nam

Những phân tích ở trên cho thấy, đa số các nước đều chấp nhận việc CGHĐ. Để tránh xảy ra các tranh chấp liên quan đến giao dịch rất hay được thực hiện này, thiết nghĩ cần bổ sung một quy định chung về CGHĐ vào BLDS của Việt Nam.

Hệ thống luật của Anh-Mỹ có xu hướng cởi mở hơn đối với CGHĐ. Mặc dù cả hai hệ thống luật châu Âu lục địa và luật Anh-Mỹ đều đòi hỏi việc CGHĐ phải được thực hiện với sự đồng ý của tất cả các bên tham gia, nhưng nếu như hệ thống luật lục địa coi việc CGHĐ là ngoại lệ của nguyên tắc hiệu lực bất biến, thì hệ thống luật Anh-Mỹ lại cho rằng về nguyên tắc mọi quyền và nghĩa vụ đều có thể chuyển giao được. Vì thế, trong suốt một thời gian dài, tại các nước theo hệ thống pháp luật lục địa, như Pháp chẳng hạn, nếu hợp đồng có quy định về việc cấm chuyển giao, thì một bên có quyền từ chối việc chuyển giao thực hiện bởi bên kia mà không cần giải thích gì thêm. Trong khi đó, tại Anh-Mỹ, bên từ chối chuyển giao phải chứng minh việc chuyển giao sẽ gây cho anh ta bất lợi. Tuy nhiên, trong thời gian gần đây, các thẩm phán của các nước theo hệ thống luật lục địa, mặc dù vẫn giữ vững nguyên tắc hiệu lực bất biến của hợp đồng, nhưng khi xem xét các tranh chấp liên quan đến CGHĐ lại thiết lập cơ chế chống lạm quyền. Cũng như mọi quyền khác, bên có quyền từ chối CGHĐ không được lạm quyền của mình, mà phải thực hiện nó trên



ơ sở thiện chí và hợp tác, vốn là những nguyên tắc cơ bản của việc thực hiện hợp đồng. Như vậy, đã có sự xích lại gần nhau của hai hệ thống luật trong vấn đề CGHĐ.

Chúng tôi cho rằng, chỉ nên quy định việc chuyển giao đối với loại hợp đồng song vụ mà việc thực hiện kéo dài trong thời gian, bởi lẽ đối tượng chính của CGHĐ là sự dịch chuyển quyền và nghĩa vụ của một bên trong hợp đồng sang cho một người mà trước đó là bên thứ ba. Hợp đồng song vụ có thể được chuyển giao nếu sự chuyển giao này không làm thay đổi quyền và nghĩa vụ của các bên. Các bên chỉ cần thông báo cho nhau về việc chuyển giao mà không cần giải thích gì thêm. Tuy nhiên, đối với các hợp đồng mà việc thực hiện gắn liền với phẩm chất, năng lực của các bên giao kết (*intuitu personae*)⁴¹, thì sự đồng ý của bên còn lại trong hợp đồng là điều kiện tiên quyết cho sự chuyển giao. Bên còn lại có thể từ chối sự chuyển giao, nhưng phải chứng minh rằng việc thay đổi đối tác sẽ gây bất lợi đến việc tiếp tục thực hiện hợp đồng. Các bên có thể thể hiện ý chí của mình về việc chuyển giao hay không CGHĐ vào thời điểm giao kết hợp đồng thông qua một điều khoản quy định rõ các khả năng này, hoặc vào thời điểm thực hiện việc CGHĐ ■

41 Đây là một thuật ngữ Latinh chỉ mỗi quan tâm đến người kết ước là nguyên nhân chính yếu của việc giao kết hợp đồng. Ví dụ, trong công ty hợp danh, mỗi quan tâm đến cá nhân người góp vốn là quan trọng nhất. Hoặc trong một hợp đồng dịch vụ tư vấn, khách hàng thuê luật sư A hoặc kiến trúc sư B vì biết rõ năng lực, phẩm chất của luật sư hoặc kiến trúc sư đó, chứ không thuê một người nào khác. Xem Từ điển Thuật ngữ pháp luật Pháp - Việt, Nxb Từ điển bách khoa, 2009, tr. 469.

SỬA ĐỔI LUẬT DOANH NGHIỆP

ĐỂ BẢO ĐẢM AN TOÀN TÀI CHÍNH CÔNG TY CỔ PHẦN, LỢI ÍCH CỦA CỔ ĐÔNG VÀ CHỦ NỢ

NGUYỄN THỊ LAN HƯƠNG*

Công ty cổ phần (CTCP) nói riêng và doanh nghiệp nói chung không thể tồn tại và hoạt động lâu dài, hiệu quả nếu thiếu sự hợp tác của chủ sở hữu (CSH), chủ nợ và người quản lý, điều hành. Để điều chỉnh quan hệ lợi ích giữa các chủ thể trong quá trình quản lý, sử dụng vốn và tài sản của CTCP, không chỉ giải quyết hậu quả phát sinh mà phải ngăn ngừa nguy cơ xảy ra vi phạm hoặc hạn chế tối đa thiệt hại có khả năng xảy ra. Bài viết phân tích những bất cập của các chế định pháp luật về bảo đảm an toàn tài chính CTCP, lợi ích của cổ đông và chủ nợ; kiến nghị sửa đổi một số nội dung Luật Doanh nghiệp (Luật DN).

1. Bất cập của các chế định pháp luật về bảo đảm an toàn tài chính công ty cổ phần, lợi ích của cổ đông và chủ nợ

1.1. Bảo đảm quyền được biết thông tin về hợp đồng vay và mua, bán tài sản

Quan hệ hợp đồng vay tạo cho chủ nợ có quyền lợi ưu tiên hơn so với cổ đông. Về nguyên tắc, khi công ty không trả được nợ, chủ nợ sẽ xử lý tài sản bảo đảm để thu hồi nợ. Trong trường hợp thỏa thuận vay không có tài sản bảo đảm thì chủ nợ có quyền nộp đơn yêu cầu Tòa án tuyên bố phá sản công ty để thu hồi nợ.

Sự thỏa thuận thu hồi nợ trong hợp đồng và sử dụng quyền lực của Tòa án để thu hồi nợ đặt các công ty vào tình trạng bất ổn khi không thanh toán được các khoản nợ đến hạn. Trong hàng loạt các giao dịch của mình, không phải giao dịch nào cũng mang lại lợi nhuận cho công ty, rủi ro trong thực hiện dự án có thể dẫn tới đổ bể công ty nếu không kịp thời giải quyết vấn đề nợ.

Không phải tất cả cổ đông đều có cơ hội như nhau trong nắm bắt các thông tin về đầu tư, vay nợ và mua bán tài sản. Trên thực tế, các cổ đông lớn là cá nhân và người đại diện

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

ủy quyền của cổ đông pháp nhân thường tham gia vào bộ máy quản lý, điều hành công ty. Theo Luật DN, cổ đông có thể tiếp cận thông tin tài chính thông qua báo cáo tình hình kinh doanh của công ty hàng năm, hoặc kết quả trả lời của Ban kiểm soát (BKS) về kiểm tra, xem xét các vấn đề cụ thể liên quan đến quản lý, điều hành công ty. Đối với việc quyết định kinh doanh, Đại hội đồng cổ đông (ĐHĐCĐ) chỉ quyết định khi đầu tư hoặc bán số tài sản có giá trị bằng hoặc lớn hơn 50% tổng giá trị tài sản được ghi trong báo cáo tài chính gần nhất của công ty nếu điều lệ công ty không quy định một tỉ lệ khác (điểm d khoản 2 Điều 96); còn hợp đồng mua, bán, vay, cho vay và hợp đồng khác có giá trị bằng hoặc lớn hơn 50% tổng giá trị tài sản được ghi trong báo cáo tài chính gần nhất thuộc thẩm quyền thông qua của Hội đồng quản trị (HĐQT - điểm g khoản 2 Điều 108). Ngoài ra, HĐQT còn có thẩm quyền chấp thuận các hợp đồng và giao dịch có giá trị nhỏ hơn 50% tổng giá trị tài sản (khoản 2 Điều 120). Hơn thế nữa, nhằm hạn chế giao dịch tư lợi, khoản 1 Điều 120 quy định các giao dịch phải được ĐHĐCĐ hoặc HĐQT chấp thuận: (i) Cổ đông, người đại diện ủy quyền của cổ đông sở hữu trên 35% tổng số cổ phần phổ thông của công ty và những người liên quan đến họ; (ii) Thành viên HĐQT, Giám đốc hoặc Tổng giám đốc; (iii) Doanh nghiệp có liên quan đến việc sở hữu của thành viên HĐQT, thành viên BKS, Giám đốc hoặc Tổng giám đốc và người quản lý khác của công ty; doanh nghiệp mà những người liên quan của họ cùng sở hữu hoặc sở hữu riêng cổ phần hoặc phần vốn góp trên 35% vốn điều lệ. Theo quy định này, thẩm quyền quyết định để kiểm soát xung đột lợi ích chưa chắc đã thuộc về ĐHĐCĐ khi điều lệ công ty ghi nhận thẩm quyền này thuộc HĐQT. Như vậy, quyền quyết định kinh doanh trong CTCP chủ yếu tập trung cho HĐQT.

Ngoài ra, Luật DN cũng quy định về chế độ công khai thông tin về CTCP khá đơn giản. Điều 129 quy định: CTCP phải gửi báo cáo tài chính hàng năm đã được ĐHĐCĐ thông qua đến cơ quan nhà nước có thẩm quyền; tóm tắt nội dung báo cáo tài chính hàng năm phải được thông báo đến tất cả cổ đông; mọi tổ chức, cá nhân đều có quyền xem hoặc sao chép báo cáo tài chính hàng năm của CTCP tại cơ quan đăng ký kinh doanh có thẩm quyền. Như vậy, theo cơ chế này, thông thường khi cổ đông và chủ nợ tiếp cận được thông tin kết quả hoạt động kinh doanh thua lỗ thì cũng đã quá muộn để giúp họ tự bảo vệ quyền lợi của mình.

Sự phát triển của CTCP về quy mô và cơ cấu cổ đông đã buộc các CTCP đại chúng phải tuân thủ Luật Chứng khoán (Luật CK) về nội dung, yêu cầu, trình tự, thủ tục công bố thông tin. Điều 10 Thông tư 52/TT-BTC của Bộ Tài chính ngày 5/4/2012 hướng dẫn về công bố thông tin trên thị trường chứng khoán cũng quy định cụ thể về việc CTCP niêm yết và công ty đại chúng quy mô lớn phải công bố báo cáo tài chính năm được kiểm toán, báo cáo tài chính bán niên đã được soát xét, báo cáo tài chính quý. Ngoài ra, Điều 101 Luật CK sửa đổi năm 2010 đã bổ sung về các trường hợp giao dịch vốn và tổn thất tài sản phải công bố thông tin bất thường. Cụ thể là trong trường hợp: (i) Góp vốn có giá trị từ 10% trở lên tổng tài sản của công ty vào một tổ chức khác, góp vốn có giá trị từ 50% trở lên tổng vốn góp của công ty nhận vốn góp; (ii) Mua, bán tài sản có giá trị lớn hơn 15% tổng tài sản của công ty tính theo bảng cân đối kế toán được kiểm toán gần nhất; (iii) Quyết định vay hoặc phát hành trái phiếu có giá trị từ 30% vốn CSH tại thời điểm báo cáo gần nhất trở lên; và (iv) Bị tổn thất tài sản có giá trị từ 10% vốn của CSH trở lên. Có thể thấy, quy định trên giúp các nhà đầu tư phán đoán khả năng sinh lợi của cổ phần và quyết định đầu tư, còn cổ

đồng thông qua đó nắm được các hoạt động đầu tư chủ yếu để yêu cầu BKS thực hiện quyền kiểm tra, giám sát. So sánh với Luật DN, Luật CK có sự phát triển vượt bậc, bảo đảm minh bạch thông tin của công ty đại chúng làm cơ sở kiểm tra, giám sát hành vi quản lý vốn và tài sản của những người quản lý, điều hành.

Tuy nhiên, trên thực tế, không ít các trường hợp CTCP rơi vào tình trạng mất khả năng thanh toán với lý do hàng tồn kho, đầu tư thất bại... nhưng ẩn chứa trong đó là sự tập trung quyền lực cho HĐQT hoặc người điều hành cùng với hành vi lạm dụng tài sản công ty với mục đích tư lợi, dẫn tới kết quả công ty kinh doanh thua lỗ và không có khả năng thu hồi vốn đầu tư¹. Với chế độ công bố thông tin bất thường theo Luật CK, cổ đông thiểu số và chủ nợ cũng chỉ có quyền tiếp cận thông tin qua phương tiện thông tin đại chúng mà không có quyền yêu cầu chi tiết về nội dung thông tin công bố nên khó có thể kiểm soát được hành vi tư lợi trong giao dịch vốn và tài sản gắn với các thông tin công bố. Ngoài ra, cơ chế hậu kiểm soát công bố thông tin định kỳ tạo cho HĐQT và Tổng giám đốc thuận lợi trong quyết định kinh doanh nhưng lại tạo ra rủi ro cho cổ đông và chủ nợ khi người quản lý, điều hành thiếu trách nhiệm và không kiểm soát chặt chẽ sử dụng vốn và tài sản cũng như công khai, minh bạch kết quả kinh doanh.

1.2. Sử dụng thặng dư vốn của chủ sở hữu và bảo vệ quyền lợi của các chủ thể liên quan

Vốn điều lệ CTCP được hình thành bằng đóng góp của cổ đông. Thông thường, tăng vốn điều lệ nhằm bổ sung vốn để thực hiện các dự án đầu tư, so với vay vốn ngân hàng thì tăng vốn điều lệ thường được công ty sử dụng để tiết kiệm chi phí và tạo ra lợi nhuận cho cổ đông, đặc biệt đối với công ty có lợi thế chiếm lĩnh thị trường. Ngoài ra, đối với công ty huy động vốn bằng phát hành trái phiếu chào bán ra công chúng, thì đáp ứng yêu cầu vốn điều lệ tối thiểu là một điều kiện bắt buộc. Ở các nước Anh, Mỹ, vốn của công ty được coi là phương tiện trả nợ². Quan điểm này cũng giống với ý tưởng lập pháp trong Luật DN nước ta là ưu tiên thanh toán các khoản nợ đến hạn khi ĐHCĐ quyết định chi trả cổ tức. Tuy nhiên, giao dịch vốn của CSH có ảnh hưởng đến lợi ích của chủ nợ thì chưa được quy định cụ thể trong Luật DN.

Trên thực tế, nhiều CTCP phân chia thặng dư vốn dưới hình thức phát hành cổ phiếu thưởng cho cổ đông hiện hữu tuy tạo lợi ích cho cổ đông nhưng lại làm giảm giá trị vốn khả dụng của công ty trên sổ sách kế toán. Ngày 10/8/2012, Bộ Tài chính ban hành Thông tư 130/2012/TT-BTC³ (Thông tư 130) thay thế Thông tư 18/2007/TT-BTC ngày 13/3/2007 (Thông tư 18) có quy định

- ¹ Năm 2010, CTCP Đầu tư tổng hợp Hà Nội (Hanic) phát hành cổ phần mới bằng chào bán ra công chúng và đã được công khai mục đích sử dụng. Trong khi vốn CSH là 364 tỉ đồng và tổng tài sản là 590 tỉ đồng nhưng đã cho vay với công ty Beta trong hợp đồng hợp tác kinh doanh với tổng giá trị cho vay hơn 100% vốn điều lệ và bằng 64,3% tổng tài sản nhưng không được ĐHCĐ chấp thuận. Sau khi xuất hiện tình trạng không thu hồi được nợ, Hanic mới giải trình cho Sở Giao dịch chứng khoán Hà Nội. Tham khảo thêm: Uyên Phạm "Hanic bên bờ vực phá sản: Lãnh đạo doanh nghiệp vô can", Đầu tư chứng khoán 21/3/2012 tr 8,18.
- ² Tham khảo thêm Nguyễn Ngọc Bích, Nguyễn Đình Cung: Công ty - vốn, quản lý và tranh chấp theo Luật DN 2005. NXB Tri thức 2009, tr 130.
- ³ Thông tư hướng dẫn việc mua lại cổ phiếu, bán cổ phiếu quỹ và một số trường hợp phát hành thêm cổ phiếu của công ty đại chúng.

tổng số cổ phiếu thường được phát hành theo chương trình lựa chọn trong mỗi 12 tháng không được vượt quá 5% số cổ phần đang lưu hành của công ty và mục đích phát hành cổ phiếu thường được chỉ định phân chia cho người lao động, trong khi phát hành cổ phiếu thường theo Thông tư 18 nhằm phân phối cho cổ đông hiện hữu. So với Thông tư 18, Thông tư 130 quy định không rõ về nguồn vốn được sử dụng để phát hành cổ phiếu thường mà chỉ quy định điều kiện là “công ty phải có đủ nguồn vốn thực hiện căn cứ báo cáo tài chính kỳ gần nhất được kiểm toán từ các nguồn: thặng dư vốn, quỹ đầu tư phát triển, lợi nhuận sau thuế chưa phân phối, quỹ khác được sử dụng để bổ sung vốn điều lệ”. Vấn đề đặt ra là cần phải xác định thế nào là “đủ nguồn vốn” và làm thế nào để bảo đảm an toàn tài chính của công ty khi sử dụng thặng dư vốn và lợi nhuận chưa phân phối để phát hành cổ phiếu thường. Ngoài ra, Thông tư 130 tạo ra khả năng xung đột lợi ích giữa cổ đông hiện hữu không phải là người lao động và người lao động không phải là cổ đông. Đây là vấn đề cần thiết phải làm rõ trong Thông tư 130 cũng như xác định quyền lợi của người lao động trong Luật DN.

Nhìn chung, khi duy trì chế độ phát hành cổ phiếu thường thì quy định giới hạn an toàn trong sử dụng thặng dư vốn và lợi nhuận chưa phân phối là cần thiết, giới hạn này chính là bảo đảm an toàn vốn của công ty và bảo đảm quyền lợi của chủ nợ, bởi chủ nợ chỉ có quyền yêu cầu công ty trả nợ chứ không có quyền yêu cầu cổ đông trả nợ.

Ngoài ra, CTCP có quyền mua lại không quá 30% tổng số cổ phần đã phát hành. Khi CTCP mua lại cổ phần về thực chất là làm giảm vốn CSH trong tương quan với vốn nợ. Cũng giống như trường hợp phát hành cổ phiếu thường, công ty quyết định mua lại cổ phần phải đáp ứng điều kiện “đủ nguồn vốn để mua lại cổ phiếu căn cứ

vào báo cáo tài chính kỳ gần nhất được kiểm toán. Trong trường hợp là công ty mẹ phải đảm bảo đủ nguồn vốn thuộc quyền sở hữu và sử dụng công ty mẹ trên báo cáo tài chính hợp nhất được kiểm toán” (Điều 3 Thông tư 30). Quy định này tuy xác định nghĩa vụ của CTCP là phải đảm bảo đủ nguồn vốn nhưng giới hạn nào là đủ cũng chưa rõ ràng.

Việc mua lại cổ phần thuộc thẩm quyền quyết định của ĐHĐCĐ và HĐQT, Ủy ban Chứng khoán Nhà nước (UBCK) chỉ xem xét tính đầy đủ và hợp lệ của tài liệu báo cáo mua lại cổ phiếu của công ty đại chúng, còn công ty đại chúng sẽ công bố thông tin khi UBCK nhận đủ tài liệu báo cáo (Điều 6 Thông tư 30). Điều này có nghĩa là công bố thông tin chưa chắc đã đảm bảo tuyệt đối an toàn tài chính của CTCP. Bởi vậy, Luật DN cần bổ sung quy định về giới hạn an toàn cho các giao dịch vốn của CSH trong CTCP.

1.3. Trách nhiệm quản lý tài chính trong công ty cổ phần

Về mặt kế toán, các khoản vốn của CSH, vốn vay, các khoản doanh thu, chi phí trong hoạt động kinh doanh được phản ánh trên hệ thống tài khoản kế toán và được tổng hợp trong bảng cân đối kế toán khi kết thúc năm tài chính.

Về nguyên tắc, cổ đông ủy quyền quản lý kinh doanh cho HĐQT và xác định các điều kiện để HĐQT bầu ra Tổng giám đốc hoặc Giám đốc. Tổng giám đốc hoặc Giám đốc, Chủ tịch HĐQT là người có khả năng nắm bắt được thông tin về lợi nhuận thông qua theo dõi giao kết hợp đồng, thực hiện các dự án đầu tư, báo cáo kết quả hạch toán kinh doanh trong nội bộ công ty. Bởi vậy, có thể thấy quyền lợi của cổ đông và chủ nợ có được bảo đảm hay không phụ thuộc vào thực hiện nghĩa vụ trung thực và cẩn trọng của chính những người quản lý và điều hành.

Thông thường, báo cáo của HĐQT và

Tổng giám đốc tại ĐHĐCĐ chỉ đề cập đến những nội dung tổng thể, còn kết quả ghi nhận trên bảng cân đối kế toán là những “con số tổng” được phân loại theo nguồn vốn, tài sản đầu tư, lợi nhuận đầu tư trong khi tổng hợp dữ liệu này lại phụ thuộc vào tính trung thực trong tổ chức hạch toán kế toán và lập bảng cân đối kế toán trong nội bộ công ty. Việc kiểm tra, xác nhận thông tin trong bảng cân đối kế toán bởi công ty kiểm toán có ý nghĩa bảo đảm mức độ tin cậy về thông tin tài chính của CTCP, nhưng trên thực tế, kết quả kiểm toán chưa chắc được tin cậy khi có hành vi thông đồng gian lận số liệu kế toán giữa CTCP và công ty kiểm toán. Ngoài ra, chưa kể việc gian lận các số liệu kế toán từ phía CTCP mà chưa được phát hiện bởi công ty kiểm toán. Năm 2011, thị trường chứng khoán bị “sốc” bởi thông tin chủ nợ nộp đơn yêu cầu tuyên bố phá sản CTCP Dược Viên đông (DVD) cũng như thông tin nguyên Tổng giám đốc Lê Văn Dũng bị truy cứu trách nhiệm hình sự về tội thao túng giá chứng khoán. Vụ việc này có liên quan đến hàng loạt hành vi vi phạm tài chính như kinh doanh lòng vòng tạo doanh thu ảo, cung cấp thông tin không đúng về các hợp đồng có giá trị lớn và doanh thu trong quá trình DVD chào bán cổ phiếu ra công chúng nhưng công ty kiểm toán không phát hiện được sai phạm⁴. Từ đó có thể thấy rủi ro thông tin khiến cho cả cổ đông và chủ nợ đều có thể bị thiệt hại và có khả năng mất vốn.

Thông thường, thông tin về vốn của CSH, tổng giá trị tài sản của công ty và các thông tin về phù hợp giữa tài sản dài hạn và

nợ dài hạn, tài sản ngắn hạn và nợ ngắn hạn trong bảng cân đối kế toán là căn cứ đánh giá mức độ an toàn tài chính của công ty. Tuy nhiên, tại thời điểm cho vay, chủ nợ không thể biết hết các thông tin tài chính như tình trạng biến động về tài sản, cơ cấu nợ trong công ty, bởi vậy, khi ngân hàng cho vay vốn hoặc công ty cho mua chịu vật tư, hàng hóa phải có thỏa thuận về bảo đảm tài sản để tự bảo vệ chính mình.

Trong thời gian qua, không ít trường hợp HĐQT và Tổng giám đốc các CTCP đề xuất ĐHĐCĐ quyết định chi trả cổ tức, nhưng việc chi trả lại không được thực hiện. HĐQT và Tổng giám đốc nhiều công ty dựa vào nhiều lý do khác nhau như thiếu hụt vốn lưu động, khách hàng chậm trả nợ... để hoãn trả cổ tức cho cổ đông, thậm chí còn trả chậm một vài năm⁵. Lý do chậm trả cổ tức do các công ty đưa ra dường như có vẻ chính đáng và cổ đông “bất đắc dĩ” phải chấp nhận thiệt hại để ưu tiên duy trì hoạt động của công ty, tuy nhiên, “hậu trường” của việc chưa trả cổ tức cho thấy, còn có nhiều nghi vấn về kết quả kinh doanh trên bảng cân đối kế toán. Tình trạng này xuất hiện do kết quả kinh doanh và đầu tư chưa được hạch toán đầy đủ và chính xác trong đó phải kể đến trách nhiệm của Tổng giám đốc và Kế toán trưởng⁶. Trong khi đó, Luật DN chưa xác định vị trí của Kế toán trưởng trong bộ máy quản trị nội bộ CTCP.

Vì vậy, cần sửa đổi Luật DN một cách tổng thể, nhằm minh bạch hóa hoạt động quản lý và điều hành trong CTCP giúp cho cổ đông cũng như chủ nợ tự bảo vệ quyền lợi của mình.

4 Xem thêm Nhật Minh: Ủy ban Chứng khoán; “Thủ đoạn làm giá DVD quá tinh vi”, ngày 13/9/2011 tài từ <http://vnexpress.net>.

5 CTCP Tập đoàn Hòa Phát (HPG) công bố lùi thời hạn chi trả cổ tức năm 2011 từ quý II năm 2012 sang 6 tháng cuối năm 2012 do cổ tức được chi trả bằng cổ phiếu, Tổng công ty Sông Đà 7 (SD7) và CTCP chiếu xạ An Phú (APC) nợ cổ tức do thiếu hụt vốn huy động với tình trạng nợ ngắn hạn vượt quá tài sản ngắn hạn.

6 Kế toán trưởng với tư cách là người giám đốc tài chính, vừa là người tổ chức hệ thống thông tin tài chính đồng thời là người tổ chức và kiểm soát các nguồn lực tài chính.

2. Một số đề xuất sửa đổi Luật Doanh nghiệp

2.1. Bảo đảm an toàn tài chính của công ty cổ phần

Thua lỗ, phá sản là người bạn đồng hành của doanh nghiệp, chủ nợ có thể yêu cầu thu hồi vốn trước thời hạn khi phát hiện việc doanh nghiệp sử dụng vốn không đúng mục đích hoặc yêu cầu Tòa án tuyên bố phá sản khi doanh nghiệp không có khả năng thanh toán khoản nợ đến hạn. Điều 16 Luật Thuế thu nhập doanh nghiệp cho phép doanh nghiệp có lỗ được chuyển lỗ sang năm sau, số lỗ này được trừ vào thu nhập chịu thuế; thời hạn chuyển lỗ không quá 5 năm kể từ năm tiếp theo năm phát sinh lỗ. Quy định này cho phép công ty kinh doanh thua lỗ vẫn được tồn tại. Thực chất, khi CTCP kinh doanh không có lãi, cổ đông là người bị ảnh hưởng quyền lợi trực tiếp vừa không được nhận cổ tức, vừa có khả năng mất vốn nếu công ty bị tuyên bố phá sản. Bảo đảm an toàn tài chính CTCP cũng chính là bảo vệ cổ đông và uy tín của công ty trên thị trường. Luật DN cần bổ sung quy định về nghĩa vụ và nguyên tắc trích lập các quỹ trong CTCP bằng lợi nhuận sau thuế và mức tối thiểu trích lập, giới hạn an toàn sử dụng thặng dư vốn và lợi nhuận chưa phân phối để tạo cơ sở pháp lý cho cổ đông, chủ nợ bảo vệ quyền của mình cũng như làm căn cứ xác định trách nhiệm bồi thường thiệt hại đối với các hành vi vi phạm của thành viên HĐQT, Tổng giám đốc và Kế toán trưởng.

2.2. Sửa đổi quy định nghĩa vụ công khai thông tin và quyền yêu cầu thông tin trong Luật Doanh nghiệp

Như đề cập ở trên, Luật DN hiện hành chỉ quy định sơ lược về nghĩa vụ công khai thông tin của CTCP và thiếu những quy định về nội dung thông tin công bố và quyền yêu cầu thông tin của chủ nợ.

Với cơ chế công bố thông tin hiện nay,

cổ đông và chủ nợ khó có thể nắm bắt chính xác thực trạng tài chính của công ty để quyết định mua, bán cổ phần để đầu tư hoặc thu hồi vốn vay trước thời hạn khi nhận thấy tình trạng không an toàn về tài chính của công ty.

Vì vậy, Luật DN cần quy định nội dung công bố thông tin góp vốn của CTCP theo tỉ lệ vốn góp/vốn điều lệ mà không nên quy định tỉ lệ vốn góp/tổng tài sản như trong Luật CK 2010, bởi lẽ giới hạn an toàn tài chính cần xác định dựa trên vốn thực có của công ty. Đồng thời, Luật DN cần bổ sung quy định về quyền yêu cầu cung cấp thông tin của chủ nợ liên quan đến hoạt động đầu tư, vay vốn để thực hiện dự án, thông tin về phát hành cổ phiếu thưởng và mua lại cổ phần có ảnh hưởng trực tiếp đến khả năng trả nợ của công ty.

2.3. Quy định trách nhiệm bồi thường thiệt hại và hoàn thiện cơ chế giám sát trong công ty cổ phần

Buộc chấm dứt hành vi vi phạm và buộc bồi thường thiệt hại là một trong những nguyên tắc bảo vệ quyền dân sự được ghi nhận trong Điều 9 Bộ luật Dân sự. Luật DN cũng quy định về trách nhiệm bồi thường thiệt hại đối với công ty trong trường hợp hợp đồng, giao dịch bị vô hiệu khi được giao kết hoặc thực hiện mà chưa được chấp thuận (khoản 4 Điều 120). Ngoài ra, Điều 165 quy định áp dụng chung đối với người vi phạm các quy định của Luật DN, theo đó, tùy tính chất và mức độ vi phạm mà người vi phạm bị xử lý kỷ luật, xử phạt hành chính hoặc truy cứu trách nhiệm hình sự theo quy định của pháp luật; trường hợp gây thiệt hại đến lợi ích của doanh nghiệp, chủ sở hữu, thành viên, cổ đông, chủ nợ của doanh nghiệp hoặc người khác thì phải bồi thường theo quy định của pháp luật. Những quy định trên có ý nghĩa xác định trách nhiệm trong quản lý điều hành của thành viên HĐQT, Giám

đốc hoặc Tổng giám đốc... khi xảy ra hành vi vi phạm pháp luật. Tuy nhiên, quy định về trách nhiệm dân sự trong Luật DN chưa đề cập đến bảo vệ lợi ích của bên thứ ba khi có các hành vi vi phạm liên quan đến hoạt động tài chính của CTCP, chẳng hạn: vi phạm do các thành viên HĐQT, Tổng giám đốc đề xuất chia cổ tức dựa trên báo cáo tài chính không trung thực hoặc là gian lận thông tin tài chính để ký kết các hợp đồng vay dẫn đến tình trạng công ty không trả được khoản nợ đến hạn... Bởi vậy, Luật DN cần quy định trách nhiệm bồi thường thiệt hại của người quản lý, điều hành và các thành viên khác trong tổ chức nội bộ công ty thành một điều khoản bao quát đầy đủ các trường hợp vi phạm sẽ có ý nghĩa phòng ngừa cũng như khôi phục các thiệt hại về tài sản xảy ra đối với công ty, cổ đông và chủ nợ.

Hơn thế nữa, trong hoạt động công ty, Kế toán trưởng có vai trò quan trọng trong tổ chức kế toán và xem xét tính hợp lý, hợp pháp của các khoản thu, chi được HĐQT và Tổng giám đốc quyết định. Theo ông Đặng Văn Thanh, Chủ tịch Hội kế toán, kiểm toán Việt Nam thì “hiện tượng người làm kế toán trưởng phải chấp nhận một chứng từ kế toán không đúng nguyên tắc hoặc bị vô hiệu hóa để phục vụ cho lợi ích nhóm là khá phổ biến”⁷. Trong tình trạng này, nếu BKS không kiểm tra xem xét kịp thời sẽ khó có thể phát hiện vi phạm khi có sự thông đồng giữa HĐQT, Tổng giám đốc và Kế toán trưởng. Bởi vậy, Luật DN cần quy định nghĩa vụ bắt buộc thành lập tổ chức kiểm toán nội bộ trong CTCP quy mô lớn để kiểm tra, giám sát việc sử dụng vốn và tài sản theo cơ chế tiền kiểm và hậu kiểm. Ngoài ra, Luật DN cần sửa đổi, bổ sung quy định điều kiện để trở thành thành viên BKS để tất cả

các thành viên BKS phải có chuyên môn về kế toán, kiểm toán nhằm nâng cao trách nhiệm chuyên môn trong kiểm tra, giám sát tài chính trong CTCP.

CTCP có quy mô và đặc trưng khác nhau nên dẫn tới sự khác biệt trong hình thành tổ chức quản trị nội bộ, Luật DN cần quy định về cơ chế kiểm tra, giám sát tài chính phù hợp với quy mô vốn hoặc yêu cầu về công khai thông tin để các CTCP có thể lựa chọn tổ chức phù hợp với khả năng đáp ứng về chi phí trong CTCP quy mô nhỏ - CTCP phi đại chúng cũng như yêu cầu bảo vệ quyền lợi của cổ đông và chủ nợ trong CTCP đại chúng.

An toàn tài chính của công ty không chỉ là sự mong đợi của cổ đông, chủ nợ mà còn là sự mong đợi các nhà đầu tư trên thị trường chứng khoán nói chung. Sự tồn tại của CTCP vượt ra khỏi mục đích ban đầu là phương tiện để huy động vốn giúp tìm kiếm lợi nhuận cho cổ đông, nó đã trở thành tập hợp tài sản ràng buộc lợi ích của công ty với CSH, chủ nợ, Nhà nước, người tiêu dùng và người lao động. Pháp luật ghi nhận quyền tự do kinh doanh nhằm hướng các doanh nghiệp hoạt động tạo ra lợi ích cho các chủ thể. Khi các quy định pháp luật chưa đầy đủ, thiết chế giám sát chưa đủ mạnh thì khó có thể ngăn ngừa vi phạm pháp luật của người quản lý, điều hành. Bởi vậy, cần đứng trên quan điểm bảo vệ lợi ích cổ đông và chủ nợ song hành cùng với bảo vệ tài sản của công ty. Sửa đổi các quy định trong Luật DN thực sự là cần thiết giúp cho cổ đông và chủ nợ có thể bảo vệ quyền của mình, nâng cao ý thức trách nhiệm tuân thủ pháp luật của người quản lý điều hành, giúp cho CTCP khẳng định vị trí ưu việt và tạo niềm tin đối với xã hội nói chung ■

7 Thy Nga, “Cần trao quyền phủ quyết cho Kế toán trưởng”, Thời báo Tài chính ngày 26/9/2012 tr 13.

CHÍNH SÁCH CỦA ĐẢNG VÀ NHÀ NƯỚC VIỆT NAM

về

PHÁT TRIỂN VĂN HÓA TRONG THỜI KỲ ĐỔI MỚI

NGUYỄN THANH TUẤN*

TRẦN THỊ THÚY HÀ**

1. Chính sách của Đảng và Nhà nước về phát triển văn hóa trong thời kỳ đổi mới

1.1. Khái lược về quá trình hình thành các quan điểm, chính sách của Đảng và Nhà nước về phát triển văn hóa trong thời kỳ đổi mới

Trên cơ sở quán triệt, vận dụng sáng tạo và phát triển chủ nghĩa Mác-Lênin, tư tưởng Hồ Chí Minh về văn hóa, Đảng ta luôn luôn coi trọng việc xây dựng nền văn hóa tiên tiến, đậm đà bản sắc dân tộc. Trong thời kỳ đổi mới, đặc biệt trong giai đoạn đẩy mạnh công nghiệp hóa, hiện đại hóa đất nước từ giữa thập niên 1990 đến nay, trước sự tác động của kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa (XHCN) và hội nhập quốc tế trong bối cảnh toàn cầu hóa, Đảng và Nhà nước đã nhận thức đầy đủ và sâu sắc hơn về

văn hóa và vai trò của văn hóa; từ đó tiếp tục xây dựng, hoàn thiện các chính sách phát triển nền văn hóa tiên tiến, đậm đà bản sắc dân tộc.

Từ Hội nghị Trung ương 4, khóa VII (1993), Đảng ta đã hình thành những quan điểm đầu tiên về xây dựng nền văn hóa trong điều kiện chuyển sang kinh tế thị trường. Đại hội lần thứ VIII (1996) đánh dấu một bước phát triển trong tư duy của Đảng ta về văn hóa và nhiệm vụ xây dựng nền văn hóa tiên tiến, đậm đà bản sắc dân tộc. Đại hội lần thứ VIII khẳng định: “Văn hóa là nền tảng tinh thần của xã hội, vừa là mục tiêu vừa là động lực thúc đẩy phát triển kinh tế-xã hội. Mọi hoạt động văn hóa, văn nghệ phải nhằm xây dựng và phát triển văn hóa tiên tiến, đậm đà bản sắc dân tộc, xây dựng con người Việt Nam về tư tưởng, đạo đức,

* PGS, TS. Học viện Chính trị, Hành chính Quốc gia Hồ Chí Minh.

** Ths. Đại học Quốc gia Hà Nội.

tâm hồn, tình cảm, lối sống, xây dựng môi trường văn hóa lành mạnh cho sự phát triển xã hội. Kế thừa và phát huy giá trị tinh thần, đạo đức và thẩm mỹ, các di sản văn hóa, nghệ thuật của dân tộc”¹.

Theo tinh thần này, Hội nghị Ban chấp hành Trung ương 5, khóa VIII, (7/1998), đã xác định các quan điểm, phương hướng, nhiệm vụ và chính sách nhằm triển khai xây dựng nền văn hóa Việt Nam tiên tiến, đậm đà bản sắc dân tộc phù hợp với thực tế hiện nay. Các đại hội IX, X, XI của Đảng, nhất là Kết luận của Hội nghị Trung ương 10, khóa IX, đã tiếp tục xây dựng các quan điểm, chính sách về phát triển nền văn hóa tiên tiến, đậm đà bản sắc dân tộc trong điều kiện nền kinh tế thị trường định hướng XHCN và hội nhập quốc tế.

1.2. Các định hướng chính sách

Một là, xây dựng con người mới Việt Nam

Xây dựng con người mới Việt Nam là một trong những định hướng lớn trong chính sách của Đảng và Nhà nước về phát triển văn hóa thời kỳ đổi mới. Theo đó, chúng ta phải xây dựng con người Việt Nam có tinh thần yêu nước, tự cường dân tộc, phấn đấu vì độc lập dân tộc và chủ nghĩa xã hội, có ý chí vươn lên đưa đất nước thoát khỏi nghèo nàn lạc hậu, đoàn kết với nhân dân thế giới trong sự nghiệp đấu tranh vì hòa bình, độc lập dân tộc, dân chủ và tiến bộ xã hội; có ý thức tập thể, đoàn kết, phấn đấu vì lợi ích chung; có lối sống lành mạnh, nếp sống văn minh, cần kiệm, trung thực, nhân nghĩa, tôn trọng kỷ cương phép nước, quy ước của cộng đồng; có ý thức bảo vệ và cải thiện môi trường sinh thái. Ngoài ra, họ còn phải lao động chăm chỉ với lương tâm nghề nghiệp, có kỹ thuật, sáng tạo, năng suất cao vì lợi ích của bản thân, gia đình, tập thể và xã hội;

thường xuyên học tập, nâng cao hiểu biết, trình độ chuyên môn, trình độ thẩm mỹ và thể lực.

Hai là, chính sách xây dựng môi trường văn hóa

Để xây dựng đời sống văn hóa lành mạnh, đáp ứng những nhu cầu văn hóa đa dạng và không ngừng tăng lên của các tầng lớp nhân dân cần: (i) gìn giữ và phát huy những đạo lý tốt đẹp của gia đình Việt Nam. Nêu cao vai trò gương mẫu của các bậc cha mẹ. Coi trọng xây dựng gia đình văn hóa. Xây dựng mối quan hệ khăng khít giữa gia đình, nhà trường và xã hội; (ii) đẩy mạnh phong trào xây dựng làng, ấp, xã, phường văn hóa, nâng cao tính tự quản của cộng đồng dân cư trong công cuộc xây dựng nếp sống văn minh; (iii) thu hẹp dần khoảng cách đời sống văn hóa giữa các trung tâm đô thị và nông thôn, giữa những vùng kinh tế phát triển với các vùng sâu, vùng xa, vùng núi, biên giới, hải đảo, giữa các tầng lớp nhân dân; (iv) phát triển và không ngừng nâng cao chất lượng hoạt động của các thiết chế văn hóa ở cơ sở; đầu tư xây dựng một số công trình văn hóa trọng điểm tầm quốc gia. Tăng cường hoạt động của các tổ chức văn hóa, nghệ thuật chuyên nghiệp, phát triển phong trào quần chúng hoạt động văn hóa, nghệ thuật.

Ba là, chính sách phát triển sự nghiệp văn học - nghệ thuật

Trong những năm qua, văn học - nghệ thuật Việt Nam đã có những bước phát triển mạnh, đáp ứng được phần lớn nhu cầu thưởng thức của độc giả. Để phát triển văn học - nghệ thuật trong thời kỳ mới cần: (i) phân đấu sáng tạo nhiều tác phẩm văn học - nghệ thuật có giá trị tư tưởng và nghệ thuật cao, thấm nhuần tinh thần nhân văn, dân

1 Đảng Cộng sản Việt Nam: Văn kiện Đại hội Đảng lần thứ VIII, Nxb. Chính trị Quốc gia, HN, 1996.

chủ, có tác dụng sâu sắc xây dựng con người; (ii) khuyến khích tìm tòi, thể nghiệm mọi phương pháp, mọi phong cách sáng tác vì mục đích đáp ứng đời sống tinh thần lành mạnh, bổ ích cho công chúng. Bài trừ các khuynh hướng sáng tác suy đồi, phi nhân tính; (iii) định hướng văn hóa nghệ thuật vào phản ánh hiện thực sinh động, chân thật và sâu sắc sự nghiệp của nhân dân trong cách mạng và kháng chiến, trong xây dựng chủ nghĩa xã hội và bảo vệ Tổ quốc cũng như tái hiện lịch sử kiên cường, bất khuất của dân tộc; (iii) phát huy vai trò thẩm định tác phẩm, hướng dẫn dư luận xã hội phê bình văn học, nghệ thuật. Bảo đảm tự do sáng tác đi đôi với nêu cao trách nhiệm công dân, trách nhiệm xã hội của văn nghệ sĩ, các nhà văn hóa. Nâng cao chất lượng, phát huy tác dụng của nghiên cứu, lý luận; (iv) tiếp tục đấu tranh chống các khuynh hướng trái với đường lối văn nghệ của Đảng; (v) không ngừng nâng cao thị hiếu thẩm mỹ và trình độ thưởng thức nghệ thuật của công chúng, đặc biệt quan tâm tầng lớp thanh thiếu niên, nhi đồng. Tạo điều kiện để nhân dân tham gia tích cực sáng tạo và phê bình, được hưởng thụ ngày càng nhiều tác phẩm văn nghệ có giá trị trong nước và ngoài nước; (vi) chăm sóc đời sống vật chất, tinh thần, tạo điều kiện làm việc thuận lợi cho văn nghệ sĩ. Chú trọng bồi dưỡng, đào tạo lớp văn nghệ sĩ trẻ. Làm tốt công tác bảo vệ bản quyền tác giả; (vii) kiện toàn Liên hiệp văn học nghệ thuật Việt Nam (bao gồm các hội sáng tạo văn học, nghệ thuật ở Trung ương) và các hội văn nghệ ở các tỉnh, thành phố thực sự là những tổ chức chính trị - xã hội nghề nghiệp do Đảng lãnh đạo có bộ máy chuyên trách gọn nhẹ, có sự tài trợ của Nhà nước về kinh phí.

Bốn là, chính sách bảo tồn và phát huy các di sản văn hóa

Di sản văn hóa là tài sản vô giá, gắn kết cộng đồng dân tộc, là cốt lõi của bản sắc dân tộc, cơ sở để sáng tạo những giá trị mới

và giao lưu văn hóa. Quan điểm, chính sách của Đảng, Nhà nước ta là hết sức coi trọng bảo tồn, kế thừa, phát huy những giá trị văn hóa truyền thống (bác học và dân gian), văn hóa cách mạng, bao gồm cả văn hóa vật thể và phi vật thể; nghiên cứu và giáo dục sâu rộng những đạo lý dân tộc tốt đẹp do cha ông để lại.

Năm là, phát triển sự nghiệp giáo dục - đào tạo và khoa học - công nghệ

Sinh thời, Chủ tịch Hồ Chí Minh luôn quan tâm và chăm lo đến sự nghiệp giáo dục - đào tạo và khoa học - công nghệ nước nhà. Thấm nhuần quan điểm của Người, Đảng và Nhà nước ta luôn coi phát triển giáo dục - đào tạo và khoa học - công nghệ là quốc sách hàng đầu. Coi trọng giáo dục đạo lý làm người, ý thức trách nhiệm, nghĩa vụ công dân, lòng yêu nước, yêu chủ nghĩa xã hội, đạo đức lối sống, nếp sống văn hóa, lịch sử dân tộc và bản sắc dân tộc, ý chí vươn lên vì tương lai của mỗi người và tiền đồ của đất nước; bồi dưỡng ý thức và năng lực phát huy giá trị văn hóa dân tộc, tiếp thu tinh hoa văn hóa nhân loại. Bồi dưỡng, xây dựng đội ngũ giảng viên và tu chỉnh hệ thống sách giáo khoa, nâng cao chất lượng giảng dạy các bộ môn ngữ văn, lịch sử, chính trị, pháp luật, đạo đức; giảng dạy nhạc và họa ở các trường phổ thông. Đẩy mạnh hoạt động khoa học xã hội - nhân văn, khoa học tự nhiên và công nghệ phải góp phần đắc lực giải quyết các vấn đề đặt ra trên lĩnh vực văn hóa, thúc đẩy các hoạt động văn hóa, thông tin, văn học, nghệ thuật.

Sáu là, phát triển gắn liền với quản lý tốt hệ thống thông tin đại chúng

Trong xã hội hiện đại, thông tin đại chúng có vai trò rất quan trọng đối với đời sống xã hội. Quá trình truyền thông đại chúng không chỉ đơn giản là quá trình truyền tin mà thông qua các hoạt động của nó, hệ thống chân lý, giá trị, chuẩn mực xã



hội được xây dựng và duy trì. Vì thế, Đảng và Nhà nước ta rất coi trọng phát triển hệ thống thông tin đại chúng. Theo đó, chúng ta cần củng cố, xây dựng, phát triển, từng bước hiện đại hóa hệ thống thông tin đại chúng. Sắp xếp lại và quy hoạch hợp lý hệ thống truyền hình, phát thanh, thông tin, báo chí, xuất bản, thông tin mạng nhằm tăng hiệu quả thông tin, tránh lãng phí; phối hợp hoạt động của các loại hình thông tin, báo chí, giữa thông tin, báo chí với các lĩnh vực văn hóa - nghệ thuật. Xây dựng và từng bước thực hiện chiến lược truyền thông quốc gia phù hợp đặc điểm nước ta và xu thế phát triển thông tin đại chúng của thế giới. Đẩy mạnh thông tin đối ngoại; tận dụng thành tựu của mạng Internet để giới thiệu công cuộc đổi mới và văn hóa Việt Nam với thế giới, đồng thời có biện pháp hiệu quả ngăn chặn, hạn chế tác dụng tiêu cực qua mạng Internet cũng như qua các phương tiện thông tin khác. Không ngừng nâng cao trình độ chính trị và nghề nghiệp, chất lượng tư tưởng, văn hóa của hệ thống truyền thông đại chúng. Khắc phục xu hướng thương mại hóa trong hoạt động báo chí, xuất bản. Chăm lo đặc biệt về định hướng chính trị - tư

tưởng, văn hóa, cũng như về kỹ thuật hiện đại đối với truyền hình là loại hình báo chí có ưu thế lớn, có sức thu hút công chúng đông đảo.

Bảo là, bảo tồn, phát huy và phát triển văn hóa các dân tộc thiểu số

Chính sách của Đảng, Nhà nước ta về bảo tồn, phát huy và phát triển văn hóa các dân tộc thiểu số là: (i) coi trọng và bảo tồn, phát huy những giá trị truyền thống và xây dựng, phát triển những giá trị mới về văn hóa, văn

học, nghệ thuật của các dân tộc thiểu số; (ii) bảo tồn và phát triển ngôn ngữ, chữ viết của các dân tộc. Đi đôi với việc sử dụng ngôn ngữ, chữ viết phổ thông, khuyến khích thể hệ trẻ thuộc đồng bào các dân tộc thiểu số học tập, hiểu biết và sử dụng thành thạo tiếng nói, chữ viết của dân tộc mình. Phát hiện, bồi dưỡng, tổ chức lực lượng sáng tác, sưu tầm, nghiên cứu văn hóa, văn học, nghệ thuật là người dân tộc thiểu số. Ưu tiên tài trợ cho các tác giả dân tộc thiểu số có tài năng sáng tạo các tác phẩm về đề tài dân tộc và miền núi. Đào tạo đội ngũ trí thức thuộc đồng bào các dân tộc thiểu số và tạo điều kiện để trí thức, cán bộ dân tộc thiểu số trở về phục vụ quê hương. Phát huy tài năng các nghệ nhân; (iii) đầu tư và tổ chức điều tra, sưu tầm, nghiên cứu, phổ biến các giá trị văn hóa, văn học, nghệ thuật các dân tộc thiểu số; (iv) xây dựng nếp sống văn minh, gia đình văn hóa, mở rộng mạng lưới thông tin ở vùng dân tộc thiểu số; (v) thực hiện tốt chính sách phát triển kinh tế - xã hội ở vùng dân tộc thiểu số, sớm giảm tỉ lệ hộ đói nghèo, ổn định và cải thiện đời sống, xóa mù chữ, nâng cao dân trí, xóa bỏ hủ tục.

Tám là, thực hiện chính sách văn hóa đối với tôn giáo

Chính sách của Đảng, Nhà nước ta về thực hiện chính sách văn hóa đối với tôn giáo là: (i) tôn trọng tự do tín ngưỡng và không tín ngưỡng của dân, bảo đảm cho các tôn giáo hoạt động bình thường trên cơ sở tôn trọng pháp luật, nghiêm cấm xâm phạm tự do tín ngưỡng và không tín ngưỡng; (ii) khuyến khích phát triển và thực hiện các ý tưởng công bằng, bác ái, hướng thiện... trong tôn giáo, đồng thời tuyên truyền giáo dục khắc phục tệ mê tín dị đoan; chống việc lợi dụng tôn giáo, tín ngưỡng thực hiện ý đồ chính trị xấu; (iii) chăm lo phát triển kinh tế - xã hội, giúp đỡ đồng bào theo đạo xóa đói giảm nghèo, nâng cao dân trí, chăm sóc sức khỏe, xây dựng môi trường văn hóa, thực hiện tốt trách nhiệm công dân đối với Tổ quốc.

Chín là, mở rộng hợp tác quốc tế về văn hóa

Trong điều kiện hội nhập quốc tế như hiện nay, mở rộng hợp tác quốc tế về văn hóa có vai trò rất quan trọng. Theo đó, chúng ta cần làm tốt việc giới thiệu văn hóa, đất nước và con người Việt Nam với thế giới; tiếp thu có chọn lọc các giá trị nhân văn, khoa học, tiến bộ của nước ngoài. Phổ biến những kinh nghiệm tốt xây dựng và phát triển văn hóa của các nước. Ngăn ngừa sự xâm nhập các sản phẩm văn hóa phản động, đồi trụy. Giúp đỡ cộng đồng người Việt Nam ở nước ngoài hiểu biết tình hình nước nhà, thu nhận thông tin và sản phẩm văn hóa từ trong nước ra, nêu cao lòng yêu nước, tự tôn dân tộc, giữ gìn truyền thống, bản sắc dân tộc, phát huy trí tuệ, tài năng sáng tạo, đóng góp vào công cuộc xây dựng đất nước.

Mười là, củng cố, xây dựng và hoàn thiện thể chế văn hóa

- Đê củng cố, hoàn thiện thể chế văn hóa cần tăng cường vai trò lãnh đạo của Đảng,

sự quản lý có hiệu quả của Nhà nước, vai trò làm chủ của nhân dân và lực lượng những người hoạt động văn hóa, tạo nhiều sản phẩm và sinh hoạt văn hóa phong phú, đa dạng, theo định hướng xã hội chủ nghĩa. Nâng cao chất lượng hoạt động của các thiết chế văn hóa hiện có, sắp xếp hợp lý các cơ quan hành chính, các đơn vị sự nghiệp và kinh doanh, nâng cấp các đơn vị văn hóa - nghệ thuật trọng điểm, tạo chất lượng mới cho toàn ngành. Thực hiện khẩu hiệu "Nhà nước và nhân dân cùng làm văn hóa", hình thành các hình thức sáng tạo và tham gia hoạt động văn hóa của các tập thể, cá nhân trong khuôn khổ luật pháp và chính sách. Khuyến khích các hình thức bảo trợ văn hóa. Xây dựng các thiết chế văn hóa ở cơ sở. Hoàn chỉnh các văn bản luật pháp về văn hóa, nghệ thuật, thông tin trong điều kiện của cơ chế thị trường; ban hành các chính sách khuyến khích sáng tạo văn hóa và nâng mức đáp ứng nhu cầu hưởng thụ văn hóa của nhân dân.

1.3. Xây dựng, ban hành luật pháp và các chính sách văn hoá

Một là, xây dựng, ban hành luật pháp, quy chế và quy ước

Xây dựng các luật, pháp lệnh, các văn bản pháp quy điều chỉnh các hoạt động trên lĩnh vực văn hóa. Xây dựng, bổ sung những luật đã ban hành cho phù hợp với tình hình mới như Luật Di sản văn hóa dân tộc, Luật Quảng cáo, Luật Tiếp cận thông tin. Xây dựng quy chế về giải thưởng, tặng thưởng trong lĩnh vực văn hóa - văn nghệ, báo chí; quy chế kỷ niệm các sự kiện lịch sử và danh nhân (trong nước và thế giới), đặt tên đường phố, lập nhà bảo tàng, xây dựng tượng đài. Bổ sung, hoàn thiện hoặc xây dựng mới các quy chế, quy định về lễ hội, việc tang, việc cưới, việc cúng bái ở các đền chùa, việc đốt vàng mã, việc giữ gìn trật tự vệ sinh nơi công cộng. Khuyến khích nhân dân các xã,

phường, thôn, ấp, cụm dân cư, khu tập thể, doanh nghiệp, cơ quan xây dựng các quy ước về nếp sống văn hóa, giữ gìn trật tự vệ sinh công cộng, bảo vệ môi trường thiên nhiên, cảnh quan sạch đẹp.

Hai là, xây dựng, ban hành các chính sách

- Chính sách kinh tế trong văn hóa: nhằm gắn văn hóa với các hoạt động kinh tế, khai thác tiềm năng kinh tế, tài chính hỗ trợ cho phát triển văn hóa, đồng thời bảo đảm yêu cầu chính trị, tư tưởng của hoạt động văn hóa, giữ gìn bản sắc văn hóa dân tộc. Thực hiện cơ chế mở rộng hoạt động kinh doanh dịch vụ (hoạt động thể thao, dịch vụ văn hóa...), tạo nguồn thu hỗ trợ cho hoạt động sự nghiệp của các đơn vị văn hóa - nghệ thuật. Cải tiến chế độ tài trợ, đặt hàng đối với điện ảnh, biểu diễn nghệ thuật, báo chí, xuất bản; thuế đối với báo chí; trợ giá cho một số báo chí, văn hóa phẩm đưa ra nước ngoài nhằm mục đích tuyên truyền đối ngoại và sách báo đưa lên miền núi, hải đảo, vùng sâu, vùng xa. Quy định cụ thể chế độ cho các doanh nghiệp đặc thù của ngành văn hóa thông tin (hãng phim, rạp chiếu bóng, hiệu sách, khu vui chơi giải trí, nhà xuất bản, trung tâm triển lãm, tu bổ di tích...) được hưởng mức thuế ưu đãi trong hoạt động kinh doanh (thuế đất, thuế vốn khấu hao cơ bản...). Cho phép các thành phần kinh tế, kể cả tư nhân trong nước và nước ngoài, thực hiện một số hình thức liên doanh, liên kết với một số cơ sở hoạt động văn hóa theo quy định của pháp luật nhằm xây dựng cơ sở hạ tầng, đổi mới công nghệ và tham gia tổ chức một số hoạt động văn hóa có nội dung lành mạnh, bổ ích.

- *Chính sách văn hóa trong kinh tế*: bảo đảm cho văn hóa thể hiện rõ trong các hoạt động kinh tế, đồng thời thúc đẩy các hoạt động kinh tế tạo điều kiện nhiều hơn cho sự nghiệp phát triển văn hóa. Việc xây dựng các mục tiêu, giải pháp kinh tế phải gắn với

các mục tiêu, giải pháp văn hóa, chăm lo con người, nêu cao đạo đức trong sản xuất kinh doanh. Xây dựng văn minh thương nghiệp, đạo đức nghề nghiệp, văn hóa kinh doanh. Chú ý tính thẩm mỹ, bản sắc dân tộc và tính hiện đại của kiến trúc trong xây dựng các khu dân cư, khu công nghiệp... Trong quy hoạch xây dựng các công trình lớn phải tính đến một số thiết chế văn hóa cần thiết nhất như thư viện, nhà thông tin, khu giải trí, bảo đảm cảnh quan môi trường cho các di tích lịch sử, văn hóa và danh lam thắng cảnh. Thực hiện chính sách miễn, giảm phần chịu thuế cho các khoản đầu tư, đóng góp của các doanh nghiệp vào sự nghiệp văn hóa.

- *Chính sách xã hội hóa hoạt động văn hóa*: nhằm động viên sức người, sức của của các tầng lớp nhân dân, các tổ chức xã hội để xây dựng và phát triển văn hóa. Chính sách này được tiến hành đồng thời với việc nâng cao vai trò và trách nhiệm của nhà nước. Các cơ quan chủ quản về văn hóa của Nhà nước phải làm tốt chức năng quản lý và hướng dẫn nghiệp vụ đối với các hoạt động xã hội về văn hóa.

- *Chính sách bảo tồn, phát huy di sản văn hóa dân tộc*: hướng vào cả văn hóa vật thể và phi vật thể. Tiến hành sớm việc kiểm kê, sưu tầm, chỉnh lý vốn văn hóa truyền thống (bao gồm văn hóa bác học và văn hóa dân gian) của người Việt và các dân tộc thiểu số; phiên dịch, giới thiệu kho tàng văn hóa Hán Nôm. Bảo tồn các di tích lịch sử, văn hóa và các danh lam thắng cảnh, các làng nghề, các nghề truyền thống... Trọng đãi những nghệ nhân bậc thầy trong các ngành, nghề truyền thống.

- *Chính sách khuyến khích sáng tạo trong các hoạt động văn hóa*: đòi hỏi tăng nguồn đầu tư thích đáng cho khu vực sáng tạo văn hóa, văn học, nghệ thuật. Chú trọng đầu tư hỗ trợ cho những tác giả có uy tín

cao, những tài năng trẻ, đầu tư cho lực lượng chuyên nghiệp và cả cho phong trào quần chúng. Có chính sách chăm sóc đặc biệt đối với các văn nghệ sĩ cao tuổi tiêu biểu, các mầm non nghệ thuật xuất sắc. Sửa đổi chế độ nhuận bút phù hợp với tình hình mới; có chính sách khuyến khích đối với lao động nghệ thuật và báo chí. Thành lập quỹ văn hóa quốc gia và quỹ sáng tác của các Hội văn học, nghệ thuật, tạo thêm nguồn hỗ trợ tài chính cho xây dựng các tác phẩm. Có chính sách khuyến khích các văn nghệ sĩ, nhà báo gắn bó với cơ sở, với thực tiễn lao động sản xuất. Tiếp tục thực hiện Pháp lệnh về giải thưởng Hồ Chí Minh, giải thưởng nhà nước và Pháp lệnh công nhận danh hiệu nghệ sĩ nhân dân, nghệ sĩ ưu tú.

- Xây dựng và ban hành chính sách đặc thù hợp lý cho những loại đối tượng xã hội cần được ưu đãi tham gia và hưởng thụ văn hóa: thương binh, bệnh binh, các Bà mẹ Việt Nam Anh hùng, trẻ em, những người già không nơi nương tựa, những người thuộc các dân tộc thiểu số, những người tàn tật...

- Ban hành các chính sách cụ thể về hợp tác quốc tế trong quan hệ với các tổ chức quốc tế và các quốc gia ở những khu vực, những nhóm nước cụ thể: Đa dạng hóa, đa phương hóa các mối quan hệ về văn hóa (Nhà nước, các tổ chức phi chính phủ, cá nhân) nhằm tiếp thu được nhiều tinh hoa, kinh nghiệm của nước ngoài, ngăn ngừa những tác động tiêu cực. Mở rộng, khuyến khích xuất khẩu sách, báo, văn hóa phẩm. Nâng công suất và thời lượng phát thanh, truyền hình ra nước ngoài. Tăng cường trao đổi các đoàn nghệ thuật, điện ảnh, các cuộc triển lãm, các cuộc thi đấu thể thao. Hình thành cơ chế phối hợp, chỉ đạo tập trung các cơ quan và lực lượng làm công tác đối ngoại trên lĩnh vực văn hóa - thông tin.

2. Các giải pháp lớn nhằm triển khai thực hiện quan điểm, chính sách phát triển nền văn hóa Việt Nam tiên tiến, đậm đà bản sắc dân tộc

Thứ nhất, mở cuộc vận động giáo dục chủ nghĩa yêu nước gắn với thi đua yêu nước và cuộc vận động "Toàn dân đoàn kết xây dựng đời sống văn hoá"

Bằng nhiều hình thức phong phú, tuyên truyền giáo dục làm chuyển biến nhận thức trong toàn xã hội, trước hết trong các cấp ủy đảng, đảng viên, cán bộ quản lý nhà nước, cán bộ các đoàn thể quần chúng về tầm quan trọng, sự cần thiết cấp bách của sự nghiệp xây dựng, phát triển văn hóa, về trách nhiệm thực hiện thắng lợi nhiệm vụ văn hóa trong thời kỳ mới. Giáo dục chủ nghĩa yêu nước phải gắn chặt với phong trào thi đua yêu nước và giáo dục về chủ nghĩa xã hội, về nhiệm vụ công nghiệp hóa, hiện đại hóa, đưa đất nước thoát nghèo nàn lạc hậu; làm cho mọi người thấm nhuần truyền thống lịch sử và cách mạng của dân tộc, đóng góp xứng đáng vào công cuộc xây dựng và bảo vệ Tổ quốc trong giai đoạn mới. Các hoạt động tuyên truyền giáo dục phải gắn với quản lý xã hội bằng pháp luật, phát huy sức mạnh dư luận xã hội, gắn với các phong trào hành động của quần chúng. Bên cạnh đó, mở cuộc vận động "Toàn dân đoàn kết xây dựng đời sống văn hóa", huy động mọi lực lượng nhân dân và cả hệ thống chính trị từ trên xuống, từ trong Đảng, cơ quan nhà nước, các đoàn thể ra ngoài xã hội tích cực tham gia phong trào. Cuộc vận động này gồm các phong trào hiện có như: Người tốt việc tốt, Uống nước nhớ nguồn, Đèn ơn đáp nghĩa, Xóa đói giảm nghèo, Xây dựng gia đình văn hóa, làng, xã, phường văn hóa, Toàn dân đoàn kết xây dựng cuộc sống mới ở các khu dân cư... và toàn bộ các phong trào ấy đều hướng vào cuộc thi đua yêu nước "Tất cả vì mục tiêu dân giàu, nước mạnh, xã hội công bằng, văn minh".

Thứ hai, tăng cường nguồn lực và phương tiện cho hoạt động văn hoá

Tăng mức đầu tư cho văn hóa từ nguồn chi thường xuyên và nguồn chi phát triển trong ngân sách nhà nước. Tỉ trọng chi ngân sách cho văn hóa phải tăng tương ứng nhịp độ tăng trưởng kinh tế. Khuyến khích các địa phương tăng thêm nguồn đầu tư cho văn hóa. Tích cực huy động các nguồn lực ngoài ngân sách nhà nước cho phát triển văn hóa. Thực hiện các chương trình có mục tiêu về văn hóa nhằm đầu tư có trọng điểm, giải quyết các vấn đề có tính cấp bách.

Thứ ba, củng cố, hoàn thiện tổ chức bộ máy, cán bộ của các cơ quan lãnh đạo, quản lý, tham mưu, các đoàn thể, các tổ chức nghề nghiệp của hoạt động văn hóa từ trung ương đến cơ sở, nhằm bảo đảm hoạt động có hiệu quả

Điều chỉnh, xác định rõ cơ cấu, chức năng nhiệm vụ, phương thức hoạt động của các ban của Đảng và các tổ chức đảng trong Bộ Văn hóa - Thông tin, các hội văn học nghệ thuật (các ban cán sự, đảng đoàn). Xây dựng quy chế về mối quan hệ làm việc giữa các tổ chức này, bảo đảm sự phối hợp nhịp nhàng. Nâng cao trình độ mọi mặt của đội ngũ cán bộ lãnh đạo, quản lý văn hóa các cấp. Sử dụng và bố trí hợp lý đội ngũ cán bộ hiện có. Xây dựng quy hoạch và thực hiện chương trình đào tạo lớp cán bộ mới (cán bộ lãnh đạo, cán bộ quản lý, chuyên gia) đủ phẩm chất và năng lực đảm đương công việc trong những năm tới. Củng cố, kiện toàn hệ thống các khoa, trường đào tạo cán bộ văn hóa, nghệ thuật, thông tin, báo chí, các viện nghiên cứu cả về tổ chức, đội ngũ giảng viên, chương trình, giáo trình. Tăng thêm điều kiện và phương tiện kỹ thuật giảng dạy, học tập. Tổ chức tốt đào tạo trên đại học... Xây dựng và thực hiện tiêu chuẩn hóa cán bộ văn hóa

Thứ tư, nâng cao hiệu quả lãnh đạo của Đảng trên lĩnh vực văn hoá

Nhận thức đúng đắn về vai trò đặc biệt quan trọng của văn hóa trong việc bồi dưỡng và phát huy nhân tố con người, xây dựng xã hội mới. Khắc phục thái độ xem nhẹ việc xây dựng và đấu tranh trên lĩnh vực văn hóa. Thường xuyên chăm lo việc nâng cao nhận thức, hiểu biết về lý tưởng cách mạng, chủ nghĩa Mác-Lê-nin, tư tưởng Hồ Chí Minh, đường lối chính sách của Đảng và tình hình đất nước cho đội ngũ trí thức văn nghệ sĩ, cán bộ văn hóa; làm tốt công tác kết nạp đảng trong bộ phận trí thức, văn nghệ sĩ ưu tú. Đổi mới phương thức lãnh đạo của Đảng theo hướng vừa bảo đảm cho văn hóa, văn học nghệ thuật, báo chí phát triển đúng định hướng chính trị, tư tưởng của Đảng, vừa bảo đảm thực hiện quyền tự do, dân chủ cá nhân trong sáng tạo văn hóa, văn học, nghệ thuật, khoa học và công nghệ trên cơ sở phát huy tính tự giác cao với mục đích đúng đắn.

Ngoài ra, cần phát huy vai trò của các đoàn thể quần chúng, các tổ chức sáng tạo văn hóa, văn nghệ trong việc vận động, tổ chức quần chúng, giới trí thức thực hiện nhiệm vụ văn hóa, làm chủ văn hóa. Thường xuyên nắm chắc tình hình hoạt động trên lĩnh vực tư tưởng - văn hóa; lãnh đạo, chỉ đạo kịp thời, sắc bén, giúp các cơ quan Nhà nước thể chế hóa các chủ trương, chính sách của Đảng. Hỗ trợ giải quyết kịp thời những khó khăn vướng mắc đối với ngành văn hóa trong quá trình triển khai thực hiện nhiệm vụ quản lý nhà nước. Quan tâm giáo dục lý tưởng, đạo đức và lối sống văn hóa cho thế hệ trẻ. Có chính sách trọng dụng người tài. Làm tốt công tác kiểm tra của Đảng trong việc xem xét tư tưởng, đạo đức, lối sống của cán bộ, đảng viên ■

PHẠM VI CÁC LOẠI KHIẾU KIỆN HÀNH CHÍNH THUỘC THẨM QUYỀN GIẢI QUYẾT CỦA TÒA ÁN

NGUYỄN CỬU VIỆT*

Quy định trong pháp luật tố tụng hành chính (TTHC) về phạm vi quyền khiếu kiện hành chính (KKHC) của công dân, cơ quan, tổ chức là vấn đề rất quan trọng, vì trước hết và quan trọng nhất là nó thể hiện mức độ pháp luật bảo vệ công dân, cơ quan, tổ chức trước quyền lực công, đồng thời để công dân, cơ quan, tổ chức biết được mình có thể khởi kiện vụ án hành chính đối với những quyết định, hành vi gì của quyền lực công. Bên cạnh đó, cũng là cơ sở để Tòa án xác định đúng thẩm quyền của mình. Điều 28 “Những khiếu kiện thuộc thẩm quyền giải quyết của Tòa án” của Chương II “Thẩm quyền của Tòa án” của Luật TTHC năm 2010, có hiệu lực ngày 1/7/2011 thể hiện phạm vi này. Điều 28 quy định bốn loại khiếu kiện sau thuộc thẩm quyền giải quyết của Tòa án: 1. Khiếu kiện quyết định hành chính (QĐHC), hành vi hành chính (HVHC); 2. Khiếu kiện về danh sách cử tri; 3. Khiếu kiện quyết định kỷ luật buộc thôi việc công chức; 4. Khiếu kiện quyết định giải quyết khiếu nại về quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh.

Để làm rõ phạm vi khiếu kiện thuộc thẩm quyền giải quyết của Tòa án, chúng ta sẽ xem xét khái niệm và phạm vi bốn loại khiếu kiện này.

1. Quyết định hành chính, hành vi hành chính

Đối tượng khởi kiện hành chính chủ yếu¹ là các QĐHC, HVHC.

1.1. Quyết định hành chính

Khái niệm “QĐHC” được Luật TTHC quy định (định nghĩa) như sau tại khoản 1 Điều 3 “Giải thích từ ngữ”: “QĐHC là văn

bản do cơ quan hành chính nhà nước (HCNN), cơ quan, tổ chức khác hoặc người có thẩm quyền trong các cơ quan, tổ chức đó ban hành, quyết định về một vấn đề cụ thể trong hoạt động quản lý hành chính được áp dụng một lần đối với một hoặc một số đối tượng cụ thể”. Theo quy định này, khái niệm “QĐHC” có các đặc điểm sau:

a. Đặc điểm thứ nhất: QĐHC là quyết

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

¹ Nói QĐHC, HVHC chỉ là đối tượng xét xử chủ yếu của vụ án hành chính, vì:

Một là, còn các khiếu kiện quy định ở các khoản 2, 3, 4 Điều 28 mà theo cách viết của luật thì các khiếu kiện này không phải là QĐHC;

Hai là, trong xét xử, Tòa án phải xem xét toàn bộ các tình tiết khác nhau có liên quan đến vụ án chứ không chỉ xem xét bản thân QĐHC và HVHC.

định cá biệt. Đặc điểm này thể hiện bằng các ý: quyết định về một vấn đề cụ thể, được áp dụng một lần đối với một hoặc một số đối tượng cụ thể. Tuy nhiên, nếu thể hiện đặc điểm này theo chức năng pháp lý của quyết định cá biệt bằng công thức “đặt ra, thay đổi hay chấm dứt các quyền và nghĩa vụ cụ thể/hay các quan hệ pháp luật cụ thể” thì pháp lý hơn.

b. Đặc điểm thứ hai: Hình thức thể hiện của QĐHC là văn bản. Đặc điểm này thể hiện ở mệnh đề “QĐHC là văn bản..., quyết định về...”, được hiểu là văn bản chứa một quyết định.

Ưu điểm của mệnh đề này chủ yếu thể hiện ở chỗ, bất cứ văn bản nào, dù dưới hình thức pháp lý hay không pháp lý (quyết định, công văn, kết luận, thông báo,...), như khoản 1 Điều 1 Nghị quyết số 02/2011/NQ-HĐTP ngày 29/7/2011 của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân (TAND) tối cao về việc hướng dẫn thi hành một số quy định của Luật TTHC (Nghị quyết 02/2011/NQ-HĐTP), nếu chứa “quyết định về một vấn đề cụ thể trong hoạt động quản lý hành chính được áp dụng một lần đối với một hoặc một số đối tượng cụ thể” đều là QĐHC. Quy định như vậy nhằm bảo đảm quyền khởi kiện, nhất là trong thực tiễn nước ta đang rất phổ biến các QĐHC “trôn” dưới hình thức các loại văn bản không mang tính pháp lý như công văn, kết luận, thông báo... Quy định này cũng phù hợp với các quy định tương ứng của luật TTHC ở các nước phát triển.

Bên cạnh ưu điểm trên, mệnh đề “QĐHC là văn bản..., quyết định về...” lại có ba chỗ băn khoăn sau đây:

Một là, chúng ta hiểu rằng, Luật quy

định như vậy là có ý rằng, chỉ những QĐHC thể hiện dưới hình thức văn bản mới thuộc phạm vi KKHC, còn các quyết định bằng miệng, còi, tín hiệu ... không phải là QĐHC theo Luật TTHC nên không thuộc đối tượng khiếu kiện tại Tòa án. Nhưng quy định này đồng nhất “quyết định” với “văn bản”, mà đáng lẽ, theo lý luận về quyết định pháp luật, văn bản chỉ là một trong các hình thức của quyết định².

Hai là, cách hành văn “văn bản..., quyết định về...” dẫn đến cách hiểu rằng “văn bản” là danh từ, là chủ thể, “quyết định” là động từ, là hành động của chủ thể. Như vậy không đúng.

So với khái niệm “QĐHC” được quy định tại khoản 1 Điều 4 Pháp lệnh Thủ tục giải quyết các vụ án hành chính năm 1996 (Pháp lệnh 1996), Pháp lệnh năm 1998 sửa đổi, bổ sung Pháp lệnh 1996 (Pháp lệnh 1998) và Pháp lệnh năm 2006 sửa đổi, bổ sung Pháp lệnh 1996 (Pháp lệnh 2006) là “QĐHC là quyết định bằng văn bản”, tuy còn khiêm khuyết, nhưng đều không mắc hai khiếm khuyết đơn giản nói trên như của Luật TTHC. Ngay tại khoản 3 Điều 3 của Luật TTHC giải thích khái niệm “quyết định kỷ luật buộc thôi việc” lại viết theo kiểu khác: “Quyết định kỷ luật buộc thôi việc là văn bản thể hiện dưới hình thức quyết định”. Như vậy, đều là những quyết định cá biệt nhưng quy định (định nghĩa) mỗi chỗ mỗi khác.

Ba là, qua phân tích trên, còn có nhận xét chung là trong quy định về hai khái niệm “QĐHC” và “quyết định kỷ luật buộc thôi việc” có sự lẫn lộn thuật ngữ “quyết định” với tư cách là một khái niệm với: một là, thuật ngữ “quyết định” là động từ (“quyết định về”); hai là, thuật ngữ “quyết định” với

2 *Cụ thể hơn về vấn đề này, có thể xem các bài của cùng Tác giả: Về khái niệm văn bản quy phạm pháp luật, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 11, 1998; Trở lại khái niệm văn bản quy phạm pháp luật, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, số 4, 2007; ...*

tư cách là hình thức pháp lý (“quyết định” theo tên gọi); và ba là, với hình thức thể hiện (bằng văn bản) của “quyết định”, dù với tư cách là hình thức pháp lý hay với tư cách là một khái niệm.

Bốn là, khoản 1 Điều 1 Nghị quyết 02/2011/NQ-HĐTP còn hướng dẫn rằng: “phạm vi này phải trừ những văn bản thông báo của cơ quan, tổ chức hoặc người có thẩm quyền của cơ quan, tổ chức trong việc yêu cầu cá nhân, cơ quan, tổ chức bổ sung, cung cấp hồ sơ, tài liệu có liên quan đến việc giải quyết, xử lý vụ việc cụ thể theo yêu cầu của cá nhân, cơ quan, tổ chức đó.” Nhưng nếu những văn bản thông báo trên có nội dung cản trở việc thực hiện các quyền yêu cầu, kiến nghị, khiếu nại hay khởi kiện của công dân, cơ quan, tổ chức trong hoạt động hành chính thì họ có quyền khởi kiện đối với những văn bản thông báo đó hay không?

Ngoài ra, khái niệm “văn bản” cũng cần giải thích (Nghị quyết 02/2011/NQ-HĐTP không giải thích). “Văn bản” là phương tiện ghi tin và truyền đạt thông tin. Theo ý nghĩa đó, từ xa xưa đã không chỉ có văn bản bằng giấy. Cách đây có lẽ đến hàng trăm năm đã thêm băng ghi âm, ghi hình, micro phim,...³. Nay chuyển sang thời đại công nghệ thông tin lại có văn bản điện tử. Liệu quyết định thể hiện bằng các loại văn bản đó có được gọi là “QĐHC” hay không?

c. Đặc điểm thứ ba: Chủ thể ban hành QĐHC là cơ quan HCNN, cơ quan, tổ chức khác hoặc người có thẩm quyền trong các cơ quan, tổ chức đó. Vấn đề lớn ở đây là có thuật ngữ không xác định, không rõ là: “cơ quan, tổ chức khác”. Luật Khiếu nại năm 2011 (Luật Khiếu nại) tại khoản 8 Điều 2 cũng quy định (định nghĩa) khái niệm

“QĐHC”⁴ nhưng không có cụm từ “cơ quan, tổ chức khác”. Cũng cần nhớ rằng, trong các Pháp lệnh 1996, 1998 và 2006 (khoản 1 Điều 4) quy định (định nghĩa) khái niệm “QĐHC” không có cụm từ này; Pháp lệnh 1998 và 2006 thống nhất quy định chủ thể của QĐHC là các cơ quan HCNN, riêng Pháp lệnh 1996 kể tên các cơ quan cụ thể, bên cạnh các cơ quan HCNN còn có các cơ quan nhà nước khác. Vậy vì đâu lại nảy sinh cụm từ này? Theo giải thích tại khoản 9 Điều 3 thì: “Cơ quan, tổ chức bao gồm cơ quan nhà nước, tổ chức chính trị, tổ chức chính trị - xã hội, tổ chức chính trị xã hội - nghề nghiệp, tổ chức xã hội, tổ chức xã hội - nghề nghiệp, tổ chức kinh tế, đơn vị sự nghiệp, đơn vị vũ trang nhân dân”. Nếu “cơ quan, tổ chức” được giải thích (định nghĩa) ở đây là “người khởi kiện” thì chính xác, không có gì để bàn. Nhưng nếu đó là “người bị kiện” thì hoàn toàn không phải. Vậy, định nghĩa “cơ quan, tổ chức” để làm gì, trong khi thuật ngữ “cơ quan, tổ chức khác” mới cần giải thích.

Theo quy định tại Điều 29, Điều 30 Luật TTHC về thẩm quyền của TAND cấp huyện, cấp tỉnh thì chỉ quyết định, hành vi của các cơ quan nhà nước sau đây là thuộc diện có thể bị khởi kiện ra Tòa án (cấp huyện và cấp tỉnh):

- cơ quan nhà nước từ cấp huyện trở xuống hoặc người có thẩm quyền trong cơ quan đó (khoản 1 Điều 29);

- cơ quan nhà nước trung ương là bộ, cơ quan ngang bộ, cơ quan thuộc Chính phủ, Văn phòng Chủ tịch nước, Văn phòng Quốc hội, Kiểm toán nhà nước, TAND tối cao, Viện kiểm sát nhân dân (VKSND) tối cao (trừ Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ, Chủ

3 Các bài của Tác giả, đã dẫn.

4 Khoản 8 Điều 2 Luật Khiếu nại quy định: QĐHC là văn bản do cơ quan HCNN hoặc người có thẩm quyền trong cơ quan HCNN ban hành để quyết định về một vấn đề cụ thể trong hoạt động quản lý HCNN được áp dụng một lần đối với một hoặc một số đối tượng cụ thể.



tịch nước, Ủy ban thường vụ Quốc hội, Quốc hội) và người có thẩm quyền trong cơ quan đó (điểm a khoản 1 Điều 30);

- cơ quan thuộc một trong các cơ quan nhà nước quy định tại điểm a khoản 1 Điều 30 và người có thẩm quyền trong các cơ quan đó (điểm b khoản 1 Điều 30);

- cơ quan nhà nước cấp tỉnh và người có thẩm quyền trong cơ quan đó (điểm c khoản 1 Điều 30);

- cơ quan đại diện ngoại giao của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam ở nước ngoài hoặc của người có thẩm quyền trong cơ quan đó (điểm d khoản 1 Điều 30), (theo khoản 1 Điều 4 Luật Cơ quan đại diện nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam ở nước ngoài ngày 18/6/2009 thì cơ quan này là đại sứ quán).

Như vậy, “cơ quan, tổ chức khác” không gì khác hơn là “cơ quan nhà nước”, và chỉ các quyết định, hành vi của các cơ quan nhà nước quy định tại Điều 29 và Điều 30 mới thuộc đối tượng khởi kiện ra Tòa án. Như vậy, Điều 29 và Điều 30 lại mâu thuẫn với quy định tại khoản 1 Điều 3. Vậy điều nào là đúng?

Theo nội dung điểm a khoản 1 Điều 30, vì TAND tối cao, VKSND tối cao cũng thuộc số cơ quan trung ương có QĐHC là

đối tượng khởi kiện hành chính, nên có thể suy ra rằng, trong số các cơ quan nhà nước địa phương thì TAND, VKSND địa phương cũng thuộc diện có thể có QĐHC bị kiện. Vậy Hội đồng nhân dân các cấp liệu có thể có “QĐHC” trong hoạt động hành chính bị kiện hay không? Nếu ý đồ của nhà làm luật là như vậy thì đó là một quan điểm cấp tiến, vì xưa nay nói đến “hành chính” người ta chỉ nói đến Ủy ban nhân dân. Nhưng điều này cần giải thích khẳng định rõ về khía cạnh quan hệ giữa chủ thể ra QĐHC và phạm vi hoạt động hành chính.

Luật Khiếu nại cũng quy định về khái niệm “QĐHC” (xem chú dẫn số 4) nhưng đơn giản, rõ ràng hơn, vì trong đoạn “cơ quan HCNN, cơ quan, tổ chức khác hoặc người có thẩm quyền trong các cơ quan, tổ chức đó” chỉ chủ thể của Luật TTHC không có loại “cơ quan, tổ chức khác”, chỉ giới hạn phạm vi là “cơ quan HCNN hoặc người có thẩm quyền trong cơ quan HCNN”.

Ngoài ra, rất cần lưu ý hướng dẫn tại khoản 2 Điều 1 và Điều 2 Nghị quyết 02/2011/NQ-HĐTP (hay Nghị quyết 04/2006/NQ-HĐTP trước đây)⁵ về cách xác định ai là người chịu trách nhiệm đối với QĐHC và HVHC, theo đó, nếu quyết định, hành vi đó được pháp luật (cả pháp luật về thẩm quyền cơ quan và pháp luật chuyên ngành) quy định cho cơ quan hay cho chức danh cụ thể, thì trách nhiệm đối với quyết định hay hành động hoặc không hành động thực hiện hành vi đó luôn thuộc cơ quan hay chức danh cụ thể đã được pháp luật quy định, mà không phụ thuộc việc cơ quan hay người được pháp luật trao quyền đã ủy quyền cho cơ quan hay cho người cụ thể khác thực hiện.

d. Đặc điểm thứ tư: Quyết định được ban hành trong hoạt động quản lý hành

⁵ Xem: Điểm 4 Nghị quyết 04/2006/HĐTP ngày 04/8/2006 của Hội đồng Thẩm phán TAND tối cao hướng dẫn thi hành một số điều của Pháp lệnh 1996 (đã được sửa đổi, bổ sung năm 1998, 2006).

chính. Phạm vi “hoạt động quản lý hành chính” (hay “hoạt động hành chính”)⁶ được giới hạn tại khoản 1 Điều 28 “Những khiếu kiện thuộc thẩm quyền giải quyết của Tòa án” của Luật TTHC: “Khiếu kiện QĐHC, HVHC, trừ các QĐHC, HVHC thuộc phạm vi bí mật nhà nước trong các lĩnh vực quốc phòng, an ninh, ngoại giao theo danh mục do Chính phủ quy định và các QĐHC, HVHC mang tính nội bộ của cơ quan, tổ chức”. Đây là quy định bằng phương pháp loại trừ, là một điểm mới rất quan trọng, có sự tiến bộ vượt bậc của Luật TTHC so với Pháp lệnh 1996 (đã được sửa đổi, bổ sung năm 1998, 2006), theo đó phạm vi quyền khởi kiện của công dân, cơ quan, tổ chức được mở rộng ra rất nhiều và đã tiếp cận gần với quy định tương ứng của luật TTHC ở các nước phát triển.

Quy định loại trừ thứ nhất thì rất rõ, không có gì phải nói thêm, đó là “các QĐHC, HVHC thuộc phạm vi bí mật nhà nước trong các lĩnh vực quốc phòng, an ninh, ngoại giao theo danh mục do Chính phủ quy định”.

Quy định loại trừ thứ hai “các QĐHC, HVHC mang tính nội bộ của cơ quan, tổ chức” có chỗ chưa rõ. Khoản 4 Điều 3 Luật TTHC định nghĩa (giải thích): “QĐHC, HVHC mang tính nội bộ của cơ quan, tổ chức là những quyết định, hành vi quản lý, chỉ đạo, điều hành hoạt động thực hiện chức năng, nhiệm vụ trong phạm vi cơ quan, tổ chức đó”. Giải thích này lại đặt ra một cụm từ khác cần giải thích là “trong phạm vi cơ quan, tổ chức”? Cái cốt lõi có ý nghĩa cần giải thích là: đối tượng chịu sự tác động của quyết định, hành vi đó trực thuộc chủ thể có quyết định, hành vi đó, chứ không phải

quyết định, hành vi đó được thực hiện trong trụ sở cơ quan, tổ chức hay ở ngoài phạm vi cơ quan, tổ chức. Luật Khiếu nại đưa loại quyết định này vào loại các khiếu nại không được thụ lý giải quyết tại Điều 11 (khoản 1) với cách quy định rõ hơn, vì không có cụm từ “trong phạm vi cơ quan, tổ chức”. Ngoài ra, các thuật ngữ khác ở đây cũng khác và chuẩn xác hơn quy định của Luật TTHC⁷.

Dễ nhận thấy rằng, quy định liệt kê rõ ràng, cụ thể, còn quy định loại trừ, bên cạnh ưu điểm lớn là ngắn gọn, có tính khái quát cao, lại thường vấp phải nhược điểm là không rõ ràng, cụ thể, nếu không được giải thích một cách khoa học, chính xác bằng các quy định tiếp theo trong luật hay các văn bản giải thích. Nói riêng ở Luật TTHC cần giới hạn rõ hơn “hoạt động quản lý hành chính” cả về phạm vi và chủ thể thực hiện. Nói như vậy bởi vì khái niệm “hoạt động quản lý hành chính”, dù đã giới hạn theo kiểu loại trừ, nhưng vì là một khái niệm phức tạp, có phạm vi rất rộng và không xác định, vẫn cần giải thích cụ thể hơn. Nghị quyết 02/2011/NQ-HĐTP (tại khoản 1 Điều 1), hướng dẫn rằng khái niệm “QĐHC” bao gồm cả quyết định được ban hành sau khi có khiếu nại và có nội dung sửa đổi, bổ sung, thay thế, huỷ bỏ một phần hoặc toàn bộ QĐHC như nói trên. Nhưng giải thích này là không đủ.

Kết hợp cả hai yếu tố chủ thể ban hành và phạm vi QĐHC có vấn đề khác cần bàn, đó là: giới hạn chủ thể QĐHC, HVHC là cơ quan nhà nước, giới hạn phạm vi QĐHC là “hoạt động quản lý hành chính” có hợp lý không? Để trả lời câu hỏi này chúng ta sẽ xem xét hai vấn đề sau:

Một là, ban lãnh đạo các đơn vị sự

6 Thay thuật ngữ “hoạt động quản lý hành chính” bằng thuật ngữ “hoạt động hành chính” vừa gọn lại chính xác hơn.

7 Luật Khiếu nại tại Điều 11 (khoản 1) quy định: QĐHC, HVHC trong nội bộ cơ quan nhà nước để chỉ đạo, tổ chức thực hiện nhiệm vụ, công vụ; QĐHC, HVHC trong chỉ đạo điều hành của cơ quan hành chính cấp trên với cơ quan hành chính cấp dưới.

ng nghiệp nhà nước, doanh nghiệp nhà nước và hoạt động cung ứng “dịch vụ công” đã được chính thức đưa vào pháp luật nước ta mười mấy năm nay có cần đưa vào diện có thể bị khởi kiện vụ án hành chính hay không?

Suy ra từ các điều 29, 30 đã dẫn thì ban lãnh đạo các đơn vị sự nghiệp nhà nước, doanh nghiệp nhà nước trực thuộc Chính phủ không nằm trong phạm vi khái niệm những “cơ quan nhà nước” có QĐHC và HVHC có thể bị kiện. Còn ban lãnh đạo các đơn vị sự nghiệp nhà nước, doanh nghiệp nhà nước trực thuộc Ủy ban nhân dân các cấp có nằm trong khái niệm “cơ quan nhà nước cấp tỉnh, cấp huyện” hay không là vấn đề còn cần giải thích, vì đây chỉ là “cơ quan nhà nước có thẩm quyền nội bộ”. Nhưng điều này là khẳng định: khái niệm “hoạt động quản lý hành chính”/hay “hoạt động hành chính” khác hẳn khái niệm “dịch vụ công”, nên phạm vi “QĐHC” (và cả HVHC), theo khoản 1 Điều 3 là “hoạt động quản lý hành chính”, khác hẳn với đối tượng hoạt động cung ứng “dịch vụ công” (ở đây không xem xét hoạt động kinh doanh) của các đơn vị sự nghiệp nhà nước, doanh nghiệp nhà nước. Vậy hoạt động cung ứng “dịch vụ công” có nên đưa vào đối tượng khởi kiện vụ án hành chính hay không, trong khi trên thực tế đây mới là “đối tượng nóng” vi phạm quyền công dân, cơ quan, tổ chức. Ở các nước có Tòa án hành chính phát triển, “dịch vụ công” là đối tượng khởi kiện vụ án hành chính quan trọng, nếu không nói là chủ yếu⁸.

Hai là, hành vi từ chối công chứng, chứng thực có cần đưa vào diện có thể bị khởi kiện vụ án hành chính hay không?

Khoản 16 Điều 11 Pháp lệnh 2006 quy

định “Khiếu kiện QĐHC, HVHC đối với việc từ chối công chứng, chứng thực” thuộc phạm vi giải quyết của vụ án hành chính. Nên lưu ý rằng, công chứng, chứng thực là hoạt động dịch vụ công, mà ở nước ta gọi là “dịch vụ hành chính công”, nên việc Pháp lệnh này gọi đó là “QĐHC, HVHC” là chưa chính xác. Nhưng nếu loại khiếu kiện này, theo quan điểm của Luật TTHC, vẫn thuộc phạm vi khởi kiện vụ án hành chính (như vậy là phù hợp), thì ví dụ này thêm một lần nữa cho thấy việc giới hạn đối tượng khởi kiện chỉ là “QĐHC, HVHC”, chủ thể thực hiện chúng chỉ là “cơ quan nhà nước” và phạm vi chỉ là “hoạt động quản lý hành chính” là không phù hợp. Bởi vì, theo Điều 24, 26 Luật Công chứng năm 2006, Phòng Công chứng là đơn vị thuộc Sở Tư pháp, nhưng chỉ là đơn vị sự nghiệp, hơn nữa Văn phòng Công chứng chỉ là một loại hình doanh nghiệp tư nhân.

Ngoài hành vi từ chối công chứng, chứng thực trên đây, trong thực tiễn còn nhiều “hành vi nóng” khác đã được đưa lên các phương tiện thông tin đại chúng, chẳng hạn như đối với hành vi của các doanh nghiệp dịch vụ công ích: để cột điện to tọa lạc giữa đường mới làm nhưng đã cho xe cộ lưu thông, gây tai nạn cho nhiều xe cộ (trong đó có vụ mấy năm gần đây làm cả nhà có mấy người bị chết và bị thương ở phía Bắc); cây bên đường phổ đổ khi có gió to hay một “hố tử thần” đào lên mà không che chắn gây tai nạn cho người và xe cộ (gần đây là vụ cây đổ đè chết lái xe tắc xi ở đường Lò Đúc (Hà Nội) mà người nhà không biết kêu ai!); xây dựng đường cua không đúng kỹ thuật, tạo thành “điểm đen”; việc các nhà máy xả nước thải, khí độc gây ô nhiễm làm hàng chục người chết vì trọng bệnh, hàng trăm

8 Ví dụ ở Pháp quan niệm dịch vụ công được pháp nhân công pháp giao bằng hình thức hợp đồng hành chính, mà một dấu hiệu chủ yếu của hợp đồng hành chính là tranh chấp về hợp đồng này thuộc thẩm quyền giải quyết của Tòa án hành chính. Xem: Martine Lombard, *Giáo trình Luật hành chính Pháp*, Nxb Tư pháp, 2007 (sách dịch), tr.381 (Dịch vụ công), 435 (Hợp đồng hành chính); Jean – Michel De Forges, *Giáo trình Luật hành chính Pháp Nxb Khoa học Xã hội*, 1995 (sách dịch), tr.52, 55, ...

người mắc bệnh hiểm nghèo... Trong những trường hợp đó, công dân, cơ quan, tổ chức phải có quyền khởi kiện vụ án hành chính ra Tòa án kèm theo yêu cầu bồi thường thiệt hại. Mặc dù ở đây có thể áp dụng Điều 619, 620 Bộ luật Dân sự năm 2005 để kiện theo thủ tục tố tụng dân sự, nhưng những thiệt hại này là do hoạt động dịch vụ công gây ra. Mà dịch vụ công có liên quan đến quyền lực công⁹. Vì vậy, việc quy định cá nhân, tổ chức có quyền khởi kiện vụ án hành chính ra Tòa án kèm theo yêu cầu bồi thường thiệt hại là phù hợp nhất. Đây cũng là thông lệ ở những nước có Tòa án hành chính phát triển.

Tóm lại, thuật ngữ “cơ quan, tổ chức khác” trong Luật TTHC (khoản 1 Điều 3 “Giải thích từ ngữ”) là đầy mâu thuẫn, nhưng sẽ là “mâu thuẫn tốt đẹp” nếu nó có ý đồ bao hàm cả hoạt động cung ứng dịch vụ công của các đơn vị sự nghiệp nhà nước, doanh nghiệp nhà nước. Tuy vậy, dù là “mâu thuẫn tốt đẹp” nhưng đã là luật thì phải chính xác, vì vậy, cần giải thích rõ “cơ quan, tổ chức khác” ở đây bao gồm cả các đơn vị sự nghiệp nhà nước, doanh nghiệp nhà nước cung ứng dịch vụ công. Như vậy, thực tiễn xét xử các khiếu kiện loại này mới có cơ sở pháp lý chắc chắn.

1.2. Hành vi hành chính

Khái niệm “HVHC” được quy định (giải thích) như sau tại khoản 2 Điều 3 Luật TTHC: “HVHC là hành vi của cơ quan HCNN, cơ quan, tổ chức khác hoặc của người có thẩm quyền trong cơ quan, tổ chức đó thực hiện hoặc không thực hiện nhiệm vụ, công vụ theo quy định của pháp luật”. Theo quy định này, khái niệm “HVHC” có các đặc điểm sau:

a. Đặc điểm thứ nhất: HVHC là hành động hoặc không hành động (thực hiện hoặc không thực hiện). Như vậy là đúng với khái

niệm “hành vi” trong lý luận pháp luật và thực tiễn. Khoản 2 Điều 4 Pháp lệnh 1996 và Pháp lệnh 2006 đã quy định như vậy, nhưng Pháp lệnh 1998 thì không.

b. Đặc điểm thứ hai: Chủ thể thực hiện HVHC là cơ quan HCNN, cơ quan, tổ chức khác hoặc của người có thẩm quyền trong cơ quan, tổ chức đó. Ở đây cũng có thuật ngữ “cơ quan, tổ chức khác” cần làm rõ như đã xem xét ở trên. Cũng cần lưu ý rằng, Luật Khiếu nại tại khoản 8 Điều 2 giải thích khái niệm “HVHC” không có cụm từ “cơ quan, tổ chức khác” và điều này là hợp lý.

c. Đặc điểm thứ ba: Phạm vi HVHC là “thực hiện nhiệm vụ, công vụ”. Dùng thuật ngữ “thực hiện nhiệm vụ, công vụ” phải chăng muốn nói cơ quan nhà nước thì thực hiện nhiệm vụ, còn người có thẩm quyền trong cơ quan đó thì thực hiện công vụ. Vậy chắc rằng “cơ quan, tổ chức khác” thì “thực hiện nhiệm vụ”. Nhưng một câu hỏi khác nảy sinh là “nhiệm vụ, công vụ” này có thuộc phạm vi “hoạt động quản lý hành chính” như QĐHC hay không? Nếu có thì tại sao không chỉ rõ luôn trong quy định trên; nếu không thì gọi là “HVHC” có phù hợp không?

1.3. Tóm lại, từ những phân tích trên về hai khái niệm “QĐHC”, “HVHC” được quy định trong Luật TTHC, ngoài những thuật ngữ còn nhiều bản khoản như quyết định là văn bản, cách diễn đạt..., thì còn vấn đề khác là hai khái niệm cơ bản này của Luật TTHC và Luật Khiếu nại vênh nhau về rất nhiều nội dung quan trọng, tuy ban hành chỉ cách nhau không lâu. Đây dù là hai luật khác nhau, nhưng điều chỉnh về hai công đoạn của một vấn đề là bảo đảm quyền khiếu nại và khởi kiện của công dân, cơ quan, tổ chức, do đó, bản chất pháp lý của hai công đoạn đó, theo chúng tôi, là như nhau. Vì vậy, theo

9 Xem: Nguyễn Cửu Việt, *Giáo trình Luật hành chính Việt Nam*, Nxb Đại học Quốc gia Hà Nội, 2010, tr.234, 252.

chúng tôi, hai khái niệm cơ bản của hai luật này là “QĐHC”, “HVHC” cần phải được thống nhất.

Ngoài ra, rất cần thiết có quan điểm cụ thể về những dịch vụ công nào và tổ chức dịch vụ công nào mà quyết định và hành vi của chúng cần đưa vào diện có thể khởi kiện hành chính, bởi vì quan niệm diện đó chỉ bao gồm QĐHC, HVHC của cơ quan nhà nước là không đủ và không phù hợp nhu cầu thực tiễn dưới góc độ bảo vệ quyền của công dân, cơ quan, tổ chức.

2. Khiếu kiện về danh sách cử tri, quyết định kỷ luật buộc thôi việc đối với công chức và quyết định giải quyết khiếu nại về quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh

Nói chung các loại khiếu kiện này được Luật TTHC quy định khá rõ ràng, tuy cũng cần có một số giải thích và nhận xét ngắn.

2.1. Khiếu kiện về danh sách cử tri bầu cử đại biểu Quốc hội, danh sách cử tri bầu cử đại biểu Hội đồng nhân dân

Loại khiếu kiện này được quy định tại khoản 2 Điều 28 Luật TTHC.

Danh sách cử tri, theo Luật Bầu cử đại biểu Quốc hội năm 1997 được sửa đổi, bổ sung năm 2010 (Điều 26), Luật Bầu cử đại biểu Hội đồng nhân dân năm 2003 (Điều 24, 27), là do Ủy ban nhân dân cấp xã lập. Khi công dân thấy có sai sót trong danh sách cử tri bầu cử đại biểu Hội đồng nhân dân hoặc danh sách cử tri bầu cử đại biểu Quốc hội, sau khi khiếu nại và được giải quyết nhưng không đồng ý có quyền khởi kiện ra TAND cấp huyện. Nói là “khiếu kiện về danh sách cử tri”, nhưng thật ra là “khiếu kiện đối với quyết định lập danh sách cử tri”. Vì vậy, nếu chỉ xét về chủ thể và các dấu hiệu khác thì quyết định này giống một QĐHC. Nhưng đây không phải là QĐHC vì được ban hành để thực hiện hoạt động bầu cử - một hoạt động chính trị đặc biệt, không thuộc phạm vi hoạt động hành chính. Vì vậy, tách ra

thành khoản 2 riêng trong Điều 28 Luật TTHC là chính xác. Do tính chất đặc thù của khiếu kiện này, thủ tục giải quyết được quy định riêng trong Chương XI của Luật TTHC. Cũng có ý kiến rằng, cần trao cho công dân khiếu kiện đối với các hành vi gian lận trong bầu cử, kể cả đối với tư cách các ứng cử viên. Nhưng thiết nghĩ, khái niệm “hành vi gian lận trong bầu cử” rõ ràng hoàn toàn vượt ra ngoài phạm vi hoạt động hành chính và không liên quan đến chủ thể hoạt động hành chính. Vì vậy, nên thuộc dạng tài phán đặc biệt, kể cả thủ tục khiếu nại và giải quyết khiếu nại.

2.2. Khiếu kiện quyết định kỷ luật buộc thôi việc đối với công chức giữ chức vụ từ Tổng Cục trưởng và tương đương trở xuống

Loại khiếu kiện này được quy định tại khoản 3 Điều 28 Luật TTHC. Khoản 3 Điều 3 “Giải thích từ ngữ” của Luật TTHC quy định (định nghĩa): “Quyết định kỷ luật buộc thôi việc là văn bản thể hiện dưới hình thức quyết định của người đứng đầu cơ quan, tổ chức để áp dụng hình thức kỷ luật buộc thôi việc đối với công chức thuộc quyền quản lý của mình”. Quyết định kỷ luật buộc thôi việc thực ra là một loại trừ nằm trong loại trừ ở khoản 1 Điều 28: là quyết định mang tính nội bộ, nhưng do tính đặc thù của nó nên Luật đưa vào diện đối tượng khởi kiện.

Quyết định kỷ luật buộc thôi việc nói ở đây có các đặc điểm sau:

- a. Là một quyết định cá biệt;
- b. Hình thức pháp lý (tên gọi) là “quyết định”;
- c. Hình thức thể hiện là văn bản;
- d. Chủ thể ban hành quyết định chỉ là người đứng đầu cơ quan, tổ chức;
- e. Đối tượng áp dụng là công chức giữ chức vụ từ Tổng Cục trưởng và tương đương trở xuống thuộc quyền quản lý của người đứng đầu cơ quan, tổ chức.

Trước đây, các pháp lệnh chỉ điều chỉnh quyết định kỷ luật buộc thôi việc đối với công chức từ Vụ trưởng và tương đương trở xuống, nay đã mở rộng lên. Trong các pháp lệnh thì riêng Pháp lệnh 1996 không quy định về loại đối tượng “quyết định kỷ luật” hay “quyết định kỷ luật buộc thôi việc”. Như vậy cũng đúng, vì mọi quyết định kỷ luật công chức chỉ là một loại QĐHC xét về mọi dấu hiệu. Nhưng Luật TTHC quy định riêng khái niệm “quyết định kỷ luật buộc thôi việc đối với công chức” là nhằm giới hạn loại quyết định kỷ luật này được khởi kiện hành chính, khác với Luật Khiếu nại quy định đối tượng khởi kiện là “quyết định kỷ luật” nói chung. Điều này là hợp lý, vì nếu mọi quyết định kỷ luật mà kiện ra Tòa án cả thì Tòa án không thể kham nổi. Mặt khác, đây là loại quyết định gây thiệt hại lớn nhất đến quyền lợi của công chức.

Tuy vậy, quy định tại khoản 3 Điều 3 Luật TTHC đã dẫn trên cũng chưa hoàn chỉnh, vì:

Một là, quy định (định nghĩa) này cũng sa vào lối “quyết định... là văn bản” như giải thích về “QĐHC” đã nói trên. Cũng cần lưu ý rằng, Luật Khiếu nại tại khoản 10 Điều 2 giải thích khái niệm “quyết định kỷ luật”¹⁰ đã thay cụm từ “quyết định... là văn bản” bằng cụm từ “quyết định bằng văn bản”, tuy không hoàn toàn chính xác, nhưng vẫn hợp lý hơn. Hai khái niệm của hai luật không là một (vì Luật Khiếu nại quy định về “quyết định kỷ luật”, còn Luật TTHC quy định về “quyết định kỷ luật buộc thôi việc”), nhưng quyết định kỷ luật buộc thôi việc là một loại quyết định kỷ luật, nên về khái niệm chung cần thống nhất. Tương tự, tuy Luật TTHC ngụ ý “quyết định kỷ luật buộc thôi việc” khác “QĐHC”, nhưng cả hai đều có gốc là

khái niệm “quyết định”, nên cách viết ở khoản 3 Điều 3 và khoản 1 Điều 3 của Luật này về khái niệm này đáng lẽ nên thống nhất để tránh “loạn cách thể hiện”.

Hai là, cần lưu ý thêm rằng, trong lý luận về quyết định pháp luật có hai hình thức của quyết định như đã nói ở mục 2.1.b. Ngoài ra, cũng như ở trên đã nói, cần phân biệt “quyết định” với tư cách một khái niệm pháp lý với “quyết định” với tư cách một hình thức pháp lý và với các hình thức thể hiện của quyết định. Vì vậy, thay vì viết “quyết định kỷ luật buộc thôi việc là văn bản thể hiện dưới hình thức quyết định” nên viết “quyết định kỷ luật buộc thôi việc thể hiện dưới hình thức văn bản” cho chuẩn xác hơn.

Ba là, khái niệm “cơ quan, tổ chức”, như phân tích ở trên là rất không xác định, nên khái niệm “người đứng đầu cơ quan, tổ chức” cũng vậy. Vậy nếu là quyết định kỷ luật buộc thôi việc của chủ thể là người đứng đầu cơ quan, tổ chức xã hội (Đảng, tổ chức chính trị - xã hội, tổ chức xã hội - nghề nghiệp, v.v..) và cơ quan, tổ chức khác nữa thì có thuộc phạm vi này không? Liên quan đến vấn đề này là công chức nói ở đây làm việc trong các loại cơ quan, tổ chức nào. Quy định như Luật Khiếu nại (khoản 10 Điều 2) thì rõ phạm vi này, vì đó là “công chức thuộc quyền quản lý của mình theo quy định của pháp luật về cán bộ, công chức”, nghĩa là công chức ở đây làm việc cả ở các cơ quan, tổ chức nhà nước, Đảng và các tổ chức chính trị - xã hội (theo Luật Cán bộ, công chức năm 2008). Nhưng nếu công chức cũng như chủ thể cơ quan, tổ chức nói ở đây đều theo theo phạm vi như Luật Cán bộ, công chức thì chẳng lẽ Tòa án của Nhà nước lại xét xử cả quyết định kỷ luật buộc thôi việc của các tổ chức ngoài nhà nước?

¹⁰ Khoản 10 Điều 2 Luật Khiếu nại quy định: Quyết định kỷ luật là quyết định bằng văn bản của người đứng đầu cơ quan, tổ chức để áp dụng một trong các hình thức kỷ luật đối với cán bộ, công chức thuộc quyền quản lý của mình theo quy định của pháp luật về cán bộ, công chức.

Bón là, quyết định kỷ luật buộc thôi việc đối với viên chức có nên là đối tượng của KKHC hay không? Theo Điều 78 Luật Cán bộ, công chức thì đối với cán bộ không còn hình thức kỷ luật buộc thôi việc (Pháp lệnh Cán bộ, công chức năm 1998 thì có). Như vậy là đúng, vì cán bộ là người được bầu, nên tương ứng với buộc thôi việc chỉ là bãi nhiệm. Nhưng đối với viên chức thì có hình thức kỷ luật buộc thôi việc (Điều 52 Luật Viên chức năm 2010). Chế độ pháp lý của viên chức và công chức vốn trước đây rất giống nhau, đều phục vụ nhà nước và xã hội, chỉ gần đây khi có Luật Viên chức 2010 mới tách riêng và tuy tách riêng nhưng cơ bản vẫn giống nhau. Vì vậy, có lẽ đây là vấn đề cần nghiên cứu quy định bổ sung, vì nếu không thì viên chức sẽ kiện đi đâu?

2.3. Khiếu kiện quyết định giải quyết khiếu nại về quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh

Loại khiếu kiện này được quy định tại khoản 4 Điều 28 Luật TTHC.

Vụ việc cạnh tranh là vụ việc có dấu hiệu vi phạm quy định của Luật Cạnh tranh năm 2004, bị cơ quan nhà nước có thẩm quyền điều tra, xử lý theo quy định của pháp luật, gồm hành vi cạnh tranh không lành mạnh và hạn chế cạnh tranh. Căn cứ Điều 115 và cả mục 7 Chương V của Luật Cạnh tranh, theo hướng dẫn của Nghị quyết 02/2011/NQ-HĐTP (khoản 3 Điều 1), loại này bao gồm:

1) Quyết định giải quyết khiếu nại của Hội đồng cạnh tranh đối với quyết định của Hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh khi xử lý vụ việc cạnh tranh liên quan đến hành vi hạn chế cạnh tranh;

2) Quyết định giải quyết khiếu nại của

Bộ trưởng Bộ Công thương đối với quyết định của Thủ trưởng cơ quan quản lý cạnh tranh khi xử lý vụ việc cạnh tranh liên quan đến hành vi cạnh tranh không lành mạnh.

Theo thống kê của ngành Tòa án, từ khi Pháp lệnh 2006 quy định về loại khiếu kiện này (khoản 16 Điều 11) cho đến nay, có rất ít quyết định giải quyết khiếu nại về quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh được khởi kiện ra Tòa án theo thủ tục TTHC¹¹. Bên cạnh đó, trong Luật Cạnh tranh còn quy định về nhiều loại quyết định và hành vi đáp ứng đầy đủ các đặc điểm của QĐHC, HVHC có thể gây thiệt hại nghiêm trọng cho lợi ích của doanh nghiệp nhưng không được quy định là đối tượng khởi kiện vụ án hành chính, ví dụ: các hành vi bị cấm đối với cơ quan quản lý nhà nước (Điều 6); quyết định kiểm soát doanh nghiệp hoạt động trong lĩnh vực độc quyền nhà nước... (Điều 15); văn bản trả lời về việc tập trung kinh tế thuộc trường hợp bị cấm (Điều 23); quyết định việc miễn trừ (Điều 25);... Như vậy, các cơ quan quản lý nhà nước về cạnh tranh có thể ra nhiều loại quyết định cá biệt để thực hiện các nhiệm vụ, quyền hạn của mình theo quy định của Luật Cạnh tranh, nhưng khi khoản 4 Điều 28 Luật TTHC quy định chỉ một loại khiếu kiện này, tức là đã giới hạn phạm vi quyền khởi kiện các QĐHC trong lĩnh vực quản lý nhà nước về cạnh tranh. Như vậy, quy định này hoá ra lại mâu thuẫn với quy định loại trừ tại khoản 1 Điều 28 đã phân tích trên.

Liên quan đến phạm vi bài viết này còn vấn đề cách xử lý của Tòa án khi phát hiện văn bản quy phạm pháp luật liên quan đến đối tượng KKHC có dấu hiệu trái Hiến pháp, pháp luật. Nhưng do phạm vi bài này, vấn đề này sẽ được chúng tôi trình bày trong một dịp khác ■

¹¹ Theo Dương Hoán, Xác định đối tượng khởi kiện vụ án hành chính trong lĩnh vực cạnh tranh, Tạp chí Khoa học Pháp lý, số 6-2011) thì đã có ít nhất 2 vụ.

BẤT CẬP VÀ GIẢI PHÁP HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT HỢP ĐỒNG Ở VIỆT NAM

PHAN THÔNG ANH*

Hợp đồng là hành vi thỏa thuận nhằm phục vụ lợi ích của các bên. Ngoài việc thỏa thuận vì lợi ích này, hợp đồng còn là sự thỏa thuận nhằm chia sẻ rủi ro. Lợi ích và rủi ro chính là tiền đề làm các quan hệ xã hội ngày càng phát sinh nhiều biến thể. Chính vì thế mà hợp đồng trở nên phổ biến và bao quát trong đời sống xã hội¹ và ký kết hợp đồng - hay còn gọi là cách thức để sự thỏa thuận có giá trị pháp lý nhất định - được pháp luật bảo vệ. Trên thực tế, tranh chấp hợp đồng có thể phát sinh bất cứ lúc nào, từ hành vi thực hiện hợp đồng hay từ những điều khoản ký kết trong hợp đồng. Cũng vì thế mà pháp luật hợp đồng phải ngày càng được hoàn thiện và minh bạch.

1. Bất cập của pháp luật hợp đồng hiện nay

Pháp luật hợp đồng Việt Nam chủ yếu do hai nguồn luật điều chỉnh là Bộ luật Dân sự năm 2005 (BLDS 2005) và Luật Thương mại năm 2005 (LTM 2005), bên cạnh đó, chế định hợp đồng còn tồn tại trong các quan hệ pháp lý khác được điều chỉnh theo những luật chuyên biệt như: Luật Sở hữu trí tuệ (LSHTT), Luật Kinh doanh bất động sản, Luật Kinh doanh bảo hiểm... Cá biệt, có những quan hệ đặc thù tương chừng như không có bóng dáng của hợp đồng nhưng thực tế vẫn tồn tại khá nhiều, như trong quan hệ hôn nhân gia đình.

Ở Việt Nam, BLDS 2005 - với tư cách là luật chung - đã có những quy định về chế định hợp đồng, nên những luật còn lại - với tư cách là luật chuyên ngành - phải tuân theo và dựa trên các quy định của BLDS 2005. Tuy nhiên, cách thức áp dụng thì lại ưu tiên cho luật chuyên ngành nếu luật chung có quy định khác với luật chuyên ngành. Câu chuyện này thực tế đã gây ra sự bất cập lớn trong pháp luật hợp đồng ở Việt Nam, vì quy định của BLDS 2005 với các luật chuyên ngành khác hầu như không tiệm cận với nhau, và ngay cả trong những luật chuyên ngành vẫn còn nhiều khác biệt vì một quan hệ hợp đồng có thể sử dụng đến nhiều quan

* *Giám đốc Công ty Luật hợp danh Việt Nam*

¹ Tuy nhiên, ở nghĩa hẹp (theo khía cạnh pháp lý) thì không phải bất kỳ sự thỏa thuận nào cũng là hợp đồng.

hệ pháp lý. Do đó, những hạn chế cơ bản trong pháp luật hợp đồng Việt Nam hiện nay là tản mát, thiếu tính thống nhất và có khả năng dẫn đến tình trạng xung đột pháp luật.

Có thể nhận thấy sự thiếu tính thống nhất của pháp luật hợp đồng khi xem xét về tính thương mại của hợp đồng. Điều 388 BLDS 2005 quy định: Hợp đồng dân sự (HDDS) là sự thỏa thuận giữa các bên về việc xác lập, thay đổi, chấm dứt quyền và nghĩa vụ dân sự. Theo khái niệm này và dựa trên phạm vi điều chỉnh của BLDS 2005, có thể hiểu HDDS còn có nghĩa rộng là bao quát luôn cả quan hệ thương mại. Nhưng thực tiễn giải quyết tranh chấp ở Tòa án và Trọng tài lại có sự phân biệt tính thương mại hay tính dân sự của hợp đồng và thực tiễn giải quyết các vụ việc cũng đã chứng minh rằng, sự phân biệt tính thương mại hay tính dân sự chỉ gây ra nhiều bất cập mà thôi.

Điều 2 Luật Trọng tài thương mại 2010 (LTTTM 2010) quy định thẩm quyền giải quyết các tranh chấp của Trọng tài là: Tranh chấp giữa các bên phát sinh từ hoạt động thương mại; tranh chấp phát sinh giữa các bên trong đó ít nhất một bên có hoạt động thương mại; tranh chấp khác giữa các bên mà pháp luật quy định được giải quyết bằng Trọng tài. Quy định này có nghĩa rằng, Trọng tài Việt Nam khi thụ lý đơn khởi kiện phải xem xét tính thương mại của tranh chấp, tuy rằng, sự tiến bộ của LTTTM 2010 đối với Pháp lệnh Trọng tài thương mại 2003 là ở chỗ, không cần phải xác định tính thương mại là trong hợp đồng hay ngoài hợp đồng. Giả sử ngay cả trong hợp đồng, nếu tranh chấp không phát sinh từ hoạt động thương mại thì Trọng tài không được thụ lý đơn khởi kiện ngay cả khi có một thỏa thuận Trọng tài hợp pháp.

Khoản 1 Điều 3 LTM 2005 quy định: Hoạt động thương mại là hoạt động nhằm mục đích sinh lời, bao gồm mua bán hàng hóa, cung ứng dịch vụ, đầu tư, xúc tiến thương mại và các hoạt động nhằm mục đích sinh lời khác.

Nếu xét về thẩm quyền giải quyết tranh chấp các hợp đồng thương mại (HDTM) của Trọng tài hiện nay thì tính thương mại được xét dựa trên yếu tố sinh lời của các hoạt động mua bán hàng hóa, cung ứng dịch vụ, đầu tư, xúc tiến thương mại và các hoạt động nhằm mục đích sinh lời khác. Như vậy, một trường hợp tranh chấp phát sinh trong hợp đồng, đã có thỏa thuận trọng tài nhưng tính thương mại không thể xác định được, liệu rằng Trọng tài có thẩm quyền để giải quyết hay không? Chắc chắn Trọng tài sẽ rất lúng túng trong vấn đề này. Mặt khác, theo LTTTM 2010 thì thẩm quyền của Trọng tài có thể mở rộng ở những tranh chấp thương mại không phát sinh trong hợp đồng, và tương tự như trường hợp trên, Trọng tài cũng thật khó trong việc xác định thẩm quyền của mình. Bên cạnh đó, thẩm quyền giải quyết tranh chấp của Tòa án quy định trong Bộ luật Tố tụng dân sự 2011 về kinh doanh thương mại² cũng đang mang tính liệt kê (khác với liệt kê mang tính loại trừ) và dựa vào mục đích lợi nhuận làm căn cứ tiên quyết.

Đối với Trọng tài Việt Nam khi giải quyết các tranh chấp HDTM đều vận dụng các quy phạm về HDTM được điều chỉnh trong BLDS 2005, LTM 2005 và các chế định hợp đồng đặc thù trong Luật Đầu tư (LĐT), Luật Xây dựng (LXD), LSHTT... Những quy định này về hợp đồng vẫn nằm rải rác trong các văn bản pháp luật, đã gây nên sự chông chéo, làm hạn chế hoạt động áp dụng pháp luật của Trọng tài.

2 Điều 29 Bộ luật Tố tụng dân sự 2004 (sửa đổi, bổ sung năm 2011).

Sự thiếu tính thống nhất của pháp luật hợp đồng còn thể hiện ở mâu thuẫn giữa BLDS 2005 và LTM 2005 liên quan đến chế định phạt hợp đồng. Khoản 2 Điều 422 BLDS 2005 quy định: mức phạt vi phạm hợp đồng do các bên tự thỏa thuận. Tự thỏa thuận có nghĩa là các bên được phép tự do ấn định mức phạt mà không bị ràng buộc bởi các quy định của pháp luật, điều này thể hiện nguyên tắc tự do thỏa thuận đã được quy định trong pháp luật dân sự nhưng điều đáng lưu tâm là LTM lại quy định về mức phạt đối với vi phạm nghĩa vụ hợp đồng hoặc tổng mức phạt đối với nhiều vi phạm do các bên thỏa thuận trong hợp đồng nhưng không quá 8% giá trị phần nghĩa vụ hợp đồng bị vi phạm. Ở quy định khác trong LXD, mức phạt vi phạm tối đa là 12%. Cùng điều chỉnh về một vấn đề nhưng lại có sự khác biệt giữa các văn bản. Điều đó đòi hỏi các bên phải phân biệt rạch ròi xem quan hệ nào do BLDS 2005 điều chỉnh và quan hệ nào được điều chỉnh bởi LTM hoặc các luật khác điều chỉnh và điều này là rất khó phân biệt khi BLDS 2005 được xem là luật chung với đối tượng điều chỉnh là các quan hệ về tài sản, nhân thân trong quan hệ dân sự, hôn nhân và gia đình, thương mại, lao động³. Sự khác biệt về mức phạt vi phạm dẫn đến sự khác biệt trong việc quy định mối quan hệ giữa phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại. Điểm 2 khoản 3 Điều 422 BLDS 2005 quy định: Trong trường hợp các bên thỏa thuận phạt vi phạm mà không có thỏa thuận về bồi thường thiệt hại thì bên vi phạm nghĩa vụ chỉ phải nộp tiền phạt vi phạm. Trong khi đó, khoản 2 Điều 307 LTM 2005 lại quy định: Trong trường hợp các bên có thỏa thuận phạt vi phạm mà không có thỏa thuận bồi thường thiệt hại thì bên bị vi phạm có quyền áp dụng cả chế tài phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại.

Theo chúng tôi, sự khác biệt giữa các quy định liên quan đến phạt vi phạm trong hai văn bản pháp luật nêu trên có nguyên nhân từ: (i) có sự phân biệt rõ ràng giữa HĐDS thông thường và HĐTM; (ii) quy định về hợp đồng tan mất trong các văn bản pháp luật nhưng lại không thống nhất giữa luật chung và luật chuyên ngành; (iii) một hệ thống văn bản dưới luật đồ sộ có giá trị áp dụng cao hơn cả văn bản luật.

Ngoài ra, sự thiếu thống nhất, xung đột pháp luật hợp đồng còn thể hiện ở các quy định về tài sản mua bán phải đăng ký quyền sở hữu. Khoản 2 Điều 439 BLDS 2005 quy định: Đối với tài sản mua bán mà pháp luật có quy định đăng ký quyền sở hữu, quyền sở hữu được chuyển cho bên mua kể từ thời điểm hoàn thành thủ tục đăng ký quyền sở hữu đối với tài sản đó. Tương tự khi quy định về đăng bộ nhà đất, Luật Đất đai 2003 (LĐĐ 2003) quy định thời điểm chuyển quyền sử dụng đất là từ khi người nhận chuyển nhượng hoàn tất thủ tục đăng ký quyền sử dụng đất. Khoản 2 Điều 127 LĐĐ 2003 quy định: Trong thời hạn không quá mười lăm ngày làm việc, kể từ ngày nhận đủ hồ sơ hợp lệ, văn phòng đăng ký quyền sử dụng đất có trách nhiệm thẩm tra hồ sơ, gửi hồ sơ cho cơ quan quản lý đất đai thuộc Ủy ban nhân dân (UBND) cấp có thẩm quyền cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất để làm thủ tục cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất... Trong thời hạn không quá năm ngày làm việc, kể từ ngày thực hiện xong nghĩa vụ tài chính, các bên tham gia chuyển nhượng quyền sử dụng đất nhận giấy chứng nhận quyền sử dụng đất tại nơi đã nộp hồ sơ.

Tuy nhiên, Luật Nhà ở (LNO) và Nghị định hướng dẫn lại quy định thời điểm chuyển quyền sở hữu sớm hơn nhiều so với quy định của BLDS 2005. Khoản 3 Điều 93

3 Điều 1 BLDS 2005.



LNO quy định: Hợp đồng về nhà ở phải có chứng nhận của công chứng hoặc chứng thực của UBND cấp huyện đối với nhà ở tại đô thị, chứng thực của UBND xã đối với nhà ở tại nông thôn... Khoản 1 Điều 63 NĐ90/NĐCP/2006 ngày 6/9/2006 quy định chi tiết và hướng dẫn LNO quy định: Thời điểm chuyển quyền sở hữu nhà ở đối với trường hợp mua bán nhà ở tính từ ngày hợp đồng mua bán nhà ở được công chứng hoặc chứng thực.

Thực tế khi đi đăng bộ, bên mua và bên bán còn phải hoàn thành nghĩa vụ nộp thuế và lệ phí trước bạ, thời gian từ lúc công chứng xong cho đến lúc hoàn tất thủ tục sang tên nhanh nhất cũng trên 10 ngày. Do đó, trong LNO, thời gian từ lúc ký hợp đồng công chứng đến thời điểm đăng bộ đã có một “khoảng trống pháp luật”, như thế, các quy định pháp luật đã xung đột nhau. Khi đã

xung đột pháp luật, Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật (VBQPPL) 2008⁴ đã giải quyết vấn đề này bằng cách sẽ áp dụng văn bản có giá trị cao hơn, hoặc là theo luật chuyên ngành, trường hợp có giá trị ngang nhau về thứ bậc của văn bản và tính chuyên ngành thì áp dụng văn bản được ban hành sau. Vì vậy đối với trường hợp này, LNO được ban hành sau BLDS (2005) nên có giá trị áp dụng. Giả sử trong trường hợp sau này, khi BLDS 2005 sửa đổi, bổ sung nhưng vẫn giữ nguyên quy định như cũ thì BLDS mới lại có giá trị áp dụng vì lúc này BLDS được ban hành sau LNO.

Như vậy, khi xung đột xảy ra thì chủ thể của hợp đồng phải hứng chịu hậu quả. Họ là bên chịu tất cả mọi phí tổn do sự xung đột pháp luật dẫn đến. Các nhà làm luật không tính đến tính thống nhất của pháp luật, không cân nhắc kỹ lưỡng đến phạm vi

4 Khoản 3 Điều 83 Luật Ban hành VBQPPL quy định: Trong trường hợp các VBQPPL do cùng một cơ quan ban hành mà có quy định khác nhau về cùng một vấn đề thì áp dụng quy định của văn bản được ban hành sau.

điều chỉnh của VBQPPL, khiến cho phạm vi của VBQPPL này chồng lên phạm vi của VBQPPL khác. Vì vậy, để tránh sự tản mát của pháp luật hợp đồng, tránh những xung đột pháp luật gây khó khăn cho các chủ thể hợp đồng thì pháp điển hóa pháp luật hợp đồng Việt Nam thành Luật Hợp đồng thống nhất là một trong những giải pháp khả thi vì tự thân quan hệ hợp đồng đã hình thành một quan hệ pháp luật có phạm vi điều chỉnh độc lập.

2. Giải pháp hoàn thiện pháp luật hợp đồng

2.1. Định hướng hoàn thiện pháp luật hợp đồng

Một trong những mục tiêu quan trọng của công cuộc cải cách pháp luật ở Việt Nam được xác định tại Nghị quyết số 48 của Bộ Chính trị về Chiến lược xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam đến năm 2010, định hướng đến năm 2020 là “xây dựng hệ thống pháp luật đồng bộ, thống nhất, khả thi, công khai, minh bạch”. Nhằm thực hiện việc công khai, minh bạch hoá hệ thống pháp luật, đảm bảo để mọi cơ quan, tổ chức, công dân đều có thể tiếp cận hệ thống pháp luật một cách dễ dàng, giảm bớt thời gian, chi phí cho việc tìm kiếm VBQPPL cũng như xác định hiệu lực của văn bản, thì một trong những giải pháp đặt ra là pháp điển hóa hệ thống quy phạm pháp luật.

Thứ nhất, hoàn thiện⁵ các quy định nội dung về hợp đồng trong BLDS như: khái niệm hợp đồng, giao kết hợp đồng, phạt hợp đồng, các loại hợp đồng...; thống nhất sự tản mát bằng những quy định cụ thể trong

BLDS trở thành luật chung cho các luật chuyên ngành. Các quy định có tính chất chung chỉ nên quy định trong BLDS 2005. Trong Bộ luật này cần có những quy định chung có tính khái quát cao, thể hiện rõ quyền tự do hợp đồng để bảo đảm tính ổn định cao của BLDS sau lần sửa đổi, bổ sung này. Không nên đưa vào BLDS các quy định về các loại hợp đồng chuyên biệt mà để cho các văn bản pháp luật chuyên ngành quy định. Nếu có đưa một loại hợp đồng nào đó vào trong BLDS 2005 thì không nên quy định ở văn bản pháp luật khác nữa để tránh trùng lặp, chồng chéo⁶. Một số học giả khác cũng chung quan điểm về thống nhất hợp đồng trong BLDS 2005, ví dụ⁷ sớm thống nhất pháp luật về xử lý vi phạm hợp đồng bằng cách bỏ các quy định từ Điều 292 đến Điều 316 của LTM và hoàn thiện các quy định trong BLDS 2005 (trong đó có kế thừa ưu điểm của LTM) về xử lý vi phạm nghĩa vụ hợp đồng.

Thứ hai, vẫn hoàn thiện quy định hợp đồng trong BLDS nhưng chỉ hoàn thiện những nền móng cơ bản, còn lại các quy định khác trong BLDS và những quy định tản mát thì xây dựng một đạo luật riêng biệt điều chỉnh.

Thứ ba, kết hợp pháp điển hóa nội dung pháp luật hợp đồng với việc bóc tách quan hệ hợp đồng trong BLDS và thống nhất sự tản mát bằng cách tập hợp các quy định trong các luật chuyên ngành, văn bản dưới luật, sau đó hệ thống và xây dựng thành một đạo luật riêng biệt điều chỉnh quan hệ hợp đồng tiên bộ và phù hợp với thông lệ thế giới cũng như các quy định của UNIDROIT

5 Xem thêm: Dương Anh Sơn (2001), Vấn đề hoàn thiện pháp luật hợp đồng kinh tế ở nước ta hiện nay, Tạp chí Khoa học pháp lý số 4 - 2001

6 Phạm Hữu Nghị, Vấn đề cải cách hợp đồng - BLDS 2005 2005. Trích dẫn từ: <http://vibonline.com.vn/vi-VN/Forum/TopicDetail.aspx?TopicID=3036>.

7 Đỗ Văn Đại (2011), Hướng tới sự thống nhất về xử lý vi phạm hợp đồng ở Việt Nam, Hội thảo hoàn thiện các báo cáo rà soát Luật Doanh nghiệp, LĐT, LTM - 2011.

(Viện Thống nhất Tư pháp Quốc tế - nghiên cứu, tìm kiếm các quy định chung để điều chỉnh hợp đồng sao cho có thể thích hợp trong nhiều hệ thống pháp luật của những nước khác nhau), gọi là “Luật Hợp đồng thống nhất”.

2.2. Xây dựng Luật Hợp đồng thống nhất

Ở Việt Nam, đa số các nhà khoa học pháp lý đều cho rằng, giữa ngành luật công và luật tư có sự phân biệt rõ ràng về phạm vi và đối tượng điều chỉnh, trong đó ở ngành luật tư thì BLDS đóng vai trò là luật gốc. Từ những quy định chung trong BLDS, họ tiếp tục phát triển các chế định chuyên ngành như: Luật Hôn nhân gia đình, LTM, LĐĐ, LSHTT, Luật Doanh nghiệp, Luật Lao động... Chúng tôi không thừa nhận quan niệm này, bởi lẽ nếu đã là “gốc” thì vai trò của Hiến pháp nằm ở đâu trong một xã hội pháp trị? Và bởi lẽ, một cây không thể sống bằng hai gốc, cũng không thể có “gốc chính” hay “gốc phụ”. Vì vậy, cần coi quan hệ hợp đồng là một quan hệ đặc thù và rộng lớn, nên nó phải được điều chỉnh trong một đạo luật riêng biệt, bởi một người dân bình thường không thể làm thay công việc của luật sư hay thẩm phán khi chỉ ra rằng hợp đồng này thuộc về dân sự, về thương mại hay đầu tư...

Công việc cố gắng hoàn thiện các chế định hợp đồng trong BLDS 2005 và các đạo luật khác hiện nay có thể được ví von như một ngôi nhà “ọp ẹp” và không đủ không gian sống, nhưng thay vì xây một ngôi nhà mới cho nó thì người ta cố gắng dùng những chất liệu kết dính để tu sửa nó. Vấn đề ở chỗ

là càng cố gắng tu sửa bao nhiêu người ta càng phải cố gắng tính đến khả năng chịu được sự tồn tại của những đổi thay sắp đến mà đây là công việc gian truân đối với cả những kỹ sư lành nghề. Vì vậy, để thuận tiện cho xã hội khi mà quan hệ hợp đồng vốn dĩ đã chi phối hầu hết các quan hệ trong đời sống xã hội, phát sinh mỗi ngày một đa dạng, phức tạp thì việc thống nhất điều chỉnh bằng “Luật Hợp đồng thống nhất” là điều hết sức cần thiết. Theo đó, BLDS sẽ được giản lược, nhẹ đi, chỉ làm nhiệm vụ điều chỉnh những vấn đề chung về tài sản và nhân thân mà không điều chỉnh quan hệ hợp đồng nữa.

“Luật Hợp đồng” là luật chỉ điều chỉnh về tất cả các quan hệ hợp đồng. Xét về khía cạnh hợp đồng, dù các quốc gia khác⁸ cố gắng định nghĩa hợp đồng như thế nào đi chăng nữa thì đều dựa vào một bản chất duy nhất nói lên sự tồn tại của hợp đồng, đó là sự thỏa thuận. Từ sự thỏa thuận, các quốc gia cố gắng điều chỉnh nó bằng những kỹ thuật lập pháp của riêng mình. Ví dụ ở Trung Quốc, cũng là một quốc gia đang trên đà xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật, cũng theo trường phái pháp luật thành văn đã xây dựng thành công Luật Hợp đồng riêng biệt vào năm 1999. Trước đây, các chế định về hợp đồng của Trung Quốc được quy định tại Luật Hợp đồng kinh tế, Luật Hợp đồng kinh tế có yếu tố nước ngoài, Luật Công nghệ... Tuy nhiên khi gia nhập WTO, để tạo thuận lợi cho phát triển kinh tế, tránh những bất tiện cho các chủ thể gặp khó khăn khi tìm hiểu chế định hợp đồng để tiến hành ký kết HĐTM, Trung Quốc đã tiến hành xây

8 Ví dụ: Luật Hợp đồng 1999 của Trung Quốc quy định tại Điều 2: “For purposes of this Law, a contract is an agreement between natural persons, legal persons or other organizations with equal standing, for the purpose of establishing, altering, or discharging a relationship of civil rights and obligations. An agreement concerning any personal relationship such as marriage, adoption, guardianship, etc. shall be governed by other applicable laws”. Tạm dịch: “Trong Luật này, một hợp đồng được hiểu là một thỏa thuận giữa các thể nhân, pháp nhân hoặc các tổ chức khác có địa vị bình đẳng, nhằm thiết lập, thay đổi hoặc chấm dứt một quan hệ về các quyền và nghĩa vụ dân sự. Một thỏa thuận liên quan đến quan hệ cá nhân như hôn nhân, nhận nuôi con nuôi, giám hộ v.v... sẽ do các luật liên quan khác điều chỉnh.”

Nguồn download: http://www.novexcn.com/contract_law_99.htm.

Bảng: Nguồn pháp luật hợp đồng ở một số quốc gia trên thế giới

Việt Nam	<i>BLDS 2005, LTM 2006, LĐT 2006, LSHTT 2009, LNO 2006, LXĐ...</i>
Pháp	<i>Án lệ, BLDS ...</i>
Đức	<i>Án lệ, Luật về những Điều khoản chung hợp đồng...</i>
Anh	<i>Án lệ, Luật Hợp đồng 1999, Luật Bán và cung cấp hàng hóa 1994...</i>
Eu	<i>Nguyên tắc HĐTM quốc tế ...</i>
Indonesia	<i>Luật Hợp đồng</i>
Thái Lan	<i>BLDS (Thái Lan đã thống nhất LTM và LDS)</i>
Hoa Kỳ	<i>Án lệ, UCC, BLDS của một số bang như Louisiana, California, hoặc trong các luật liên bang (như: Luật về Chữ ký số trong thương mại quốc tế và trong nước...) và luật của các bang trong từng lĩnh vực cụ thể (như: Luật Thống nhất về giao dịch điện tử...)</i>
Nhật Bản	<i>BLDS</i>
Trung Quốc	<i>Luật Hợp đồng</i>

dựng Luật Hợp đồng dựa trên nội dung của UNIDROIT; nó là sự kết nối tất cả quy định hợp đồng nằm rải rác trong các văn bản pháp luật khác nhau trước đây. Điều này tạo hành lang pháp lý thuận tiện và an toàn cho các nhà đầu tư cũng như các thương nhân Trung Quốc. Hay như UCC (Luật Thương mại thống nhất) của Hoa Kỳ đã quy định luôn cả vấn đề hợp đồng ở trong đó, hoặc ở các quốc gia khác như: Đức (châu Âu) và Indonesia (Đông Nam Á)... đã ban hành hẳn một đạo Luật Hợp đồng riêng biệt.

Công việc pháp điển hóa pháp luật hợp đồng ở Việt Nam cần quán triệt những quan điểm sau đây:

Một là, phạm vi của pháp luật hợp đồng tương đối rộng, là đạo luật điều chỉnh hành vi thỏa thuận giữa các bên, là công cụ đại diện cho mưu cầu lợi ích kinh tế của cá nhân

và tổ chức. Vì vậy, xét về phạm vi và đối tượng điều chỉnh thì chúng ta nên ưu tiên xây dựng một Luật Hợp đồng riêng biệt. Với xu hướng giản lược BLDS 2005, các nguyên tắc và các vấn đề chung của hợp đồng sẽ được quy định chung cho tất cả các hợp đồng không phân biệt dân sự, thương mại hay hợp đồng có yếu tố nước ngoài.

Hai là, trên thực tế, ngày càng xuất hiện các loại hợp đồng⁹ với nhiều chủng loại khác nhau. Tuy nhiên, việc phân chia các loại hợp đồng trong BLDS 2005 và các đạo luật chuyên ngành khác lại dựa trên đối tượng của hợp đồng. Cách phân loại như thế không có cơ sở khoa học và dẫn đến nhiều hệ lụy¹⁰. Do đó, nội dung tiếp theo của hoạt động pháp điển hóa pháp luật hợp đồng là rà soát trên thực tế các loại hợp đồng, quy định các loại hợp đồng theo phân nhóm chủng loại hợp đồng để tránh trường hợp

9 Hiện nay theo quy định của BLDS 2005, có 13 loại hợp đồng thông dụng. Mỗi đạo luật chuyên ngành sau đó ra đời thì lại có những quy định khác cho loại hợp đồng của đạo luật đó.

10 Vì theo từng đối tượng hợp đồng là yếu tố để thay đổi trong môi trường kinh tế hiện nay, do đó phải phân loại hợp đồng dựa trên mục đích giao kết hợp đồng, lấy yếu tố này để phân loại hợp đồng là hợp lý. Việc phân loại hợp đồng dựa trên mục đích giao kết sẽ giúp pháp luật hợp đồng có tính dự liệu cho những đối tượng hợp đồng có thể phát sinh sau này mà không cần phải dẫn chiếu đến văn bản pháp luật khác hướng dẫn.

2013

Xuân Quý Tỵ 2013



Luật lạc hậu so với thực tiễn. Việc sắp xếp chủng loại hợp đồng phải dựa trên hành vi và mục đích giao kết chứ không dựa trên đối tượng hợp đồng.

Ba là, về kỹ thuật lập pháp, những vấn đề chung và chủng loại của hợp đồng cần được sắp xếp trong một đạo luật hoàn chỉnh và thống nhất. Việc những chủng loại của hợp đồng là vấn đề có thể phát sinh nhất, tuy nhiên, nếu dựa trên mục đích của hành vi thỏa thuận thì các nhà làm luật có thể phân biệt và dự liệu được. Do đó, tuổi thọ của Luật Hợp đồng sẽ được kéo dài.

Ngoài ra, việc pháp điển hóa pháp luật hợp đồng trong thời kỳ hội nhập kinh tế quốc tế cần đảm bảo hai đặc tính cơ bản: (i) tính thống nhất, tiện dụng thể hiện trong việc tập hợp các chế định hợp đồng trong BLDS, kết hợp với tất cả các quy định hợp đồng trong LTM và các luật khác liên quan như: LSHTT, LĐT, LXĐ... sau đó xây dựng thành một Luật Hợp đồng thống nhất trên cơ sở kế thừa những chế định sẵn có, quy định đầy đủ các nội dung liên quan đến các loại hợp đồng bao gồm: chủ thể ký kết, đối tượng hợp đồng, đồng tiền thanh toán, phương thức thanh toán, quyền nghĩa vụ của các bên, phạt vi phạm, lãi suất, cơ quan tài

phán tranh chấp và những quy định khác về dung sai...; (ii) tính tương thích, hội nhập thể hiện qua việc nghiên cứu tiếp thu pháp luật nước ngoài như: các nguyên tắc của UNIDROIT về HĐTM quốc tế 2004, các quy định trong Công ước viên về Hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế 1980 (CIGS), các công ước quốc tế về sở hữu trí tuệ, các tập quán về điều kiện chuyển rủi ro sở hữu hàng hóa (Incoterm 2010), về thanh toán quốc tế (UCP.600)... trong đó cũng

cần cân nhắc loại giao dịch thông qua người làm chứng của Công ước Viên 1980 đưa vào Luật Hợp đồng nhằm đảm bảo tính tương thích với các tập quán, điều ước khi hội nhập với các nước trong khu vực và thế giới. Việc kế thừa những tinh hoa của pháp luật hiện hữu và tiếp thu pháp luật nước ngoài trong quá trình xây dựng Luật Hợp đồng thống nhất cần phải đảm bảo ba nội dung cơ bản là: phù hợp với thể chế chính trị và bản sắc riêng của Việt Nam; thuận tiện cho các chủ thể liên quan; đáp ứng được sự tương đồng pháp luật trong giao thương quốc tế để có xử sự phù hợp, nhất là khi Việt Nam đã trở thành thành viên của WTO.

Nhà nước pháp quyền đòi hỏi một hành lang pháp lý để các chủ thể có thể ứng xử đúng theo pháp luật nên việc pháp điển hóa hệ thống pháp luật là hòn đá tảng xây dựng Nhà nước pháp quyền Việt Nam. Pháp luật hợp đồng cần được thống nhất cũng không thể nằm ngoài yêu cầu chung đó. Pháp luật hợp đồng ngày càng được thống nhất sẽ tạo mọi điều kiện cho các chủ thể xử sự với nhau ngày càng phù hợp hơn, các thỏa thuận được các bên tôn trọng và thực hiện ngày càng tốt hơn, tranh chấp sẽ bớt đi trên cơ sở các quy định của pháp luật hợp đồng ■

MÔI TRƯỜNG PHÁP LÝ

liên quan tới việc

ÁP DỤNG TẬP QUÁN THƯƠNG MẠI Ở VIỆT NAM

NGUYỄN MẠNH THẮNG *

Tập quán pháp là một loại nguồn pháp luật được chấp nhận ở hầu hết các quốc gia trên thế giới. Ở Việt Nam, một đất nước có nhiều dân tộc anh em cùng chung sống trong sự đa dạng văn hóa, tập quán pháp hay luật tục của mỗi dân tộc có sự khác biệt và có vai trò không hoàn toàn giống nhau trong mỗi cộng đồng dân tộc. Đối với các dân tộc ít người ở vùng cao và Tây Nguyên, luật tục được biểu hiện như nét đẹp văn hóa riêng của mỗi dân tộc, và dường như đã ăn sâu vào tiềm thức và trở thành tiêu chuẩn cho hành vi ứng xử của mỗi thành viên trong các cộng đồng dân tộc đó.

Việc phát triển kinh tế thị trường, hội nhập quốc tế hơn bao giờ hết đòi hỏi phát huy các sắc thái riêng trong việc cung cấp hàng hóa, dịch vụ, nhưng mặt khác đòi hỏi sự thừa nhận các quy tắc tập quán hay thói quen chung trong các lĩnh vực thương mại. Bộ luật Dân sự 2005 và Luật Thương mại 2005 của Việt Nam đã có các quy định về việc áp dụng tập quán. Nó được xem như một nguyên tắc quan trọng trong việc điều tiết các quan hệ thuộc lĩnh vực luật tư. Việc không áp dụng tập quán có thể mang đến những hậu quả không mong muốn như

không bảo đảm sự công bằng cho các bên tranh chấp, không góp phần bảo đảm sự ổn định xã hội bởi sự xâm phạm tới các nền tảng tâm lý của con người đã được hình thành từ đời này qua đời khác...

Thế nhưng, việc áp dụng tập quán thương mại lại là một hoạt động rất khó khăn bởi trước hết là tính hỗn tạp và tính xung đột của các quy tắc tập quán trong các cộng đồng khác nhau, và tiếp đến, bởi sự bộc lộ vật chất của quy tắc tập quán không rõ ràng và không đồng nhất so với văn bản quy phạm pháp luật và tiền lệ pháp, cũng như học thuyết pháp lý. Vì vậy, việc chứng minh tập quán thương mại trước tòa án là một công việc đầy khó khăn và phức tạp. Nhiều khi các thẩm phán không mặn mà với việc áp dụng các quy tắc tập quán thương mại bởi những khó khăn này. Nhưng khi hội nhập quốc tế thì không thể từ chối áp dụng tập quán thương mại đối với những quan hệ pháp luật có yếu tố nước ngoài. Nói cho đúng, luật quốc tế hiện đại là sự ghi nhận các nguyên tắc và quy tắc tập quán quốc tế, và bên cạnh đó, rất nhiều các quy tắc tập quán của thương nhân được ghi nhận trong pháp luật kinh doanh quốc tế.

* *ThS. Bí thư Đảng ủy, Chủ tịch HĐQT, Tổng Giám đốc CTCP Đầu tư đô thị & khu công nghiệp Sông Đà 7*

Để khắc phục những điểm khó khăn này, trước hết cần phải nghiên cứu môi trường pháp lý liên quan tới việc áp dụng tập quán nói chung và tập quán thương mại nói riêng.

1. Môi trường lịch sử pháp lý ở Việt Nam liên quan tới áp dụng tập quán thương mại

Có lẽ Việt Nam là một nước có sự thay đổi hình mẫu pháp luật nhiều so với các nước khác trên thế giới. Theo một số học giả, trước năm 40 sau công nguyên, Việt Nam có thể đã có một hệ thống pháp luật riêng biệt, nhưng tới nay chưa tìm thấy bằng chứng lịch sử nào rõ ràng về hệ thống pháp luật đó. Trong suốt thời kỳ Bắc thuộc và tới mãi khi người Pháp xâm chiếm, Việt Nam có hình mẫu là truyền thống pháp luật Viễn Đông. Xâm chiếm Việt Nam, thực dân Pháp chia Việt Nam thành ba xứ Bắc, Trung, Nam để đô hộ và áp đặt pháp luật của Pháp theo truyền thống Civil Law vào cả ba xứ. Sau khi hòa bình lập lại 1954, Miền Bắc xây dựng pháp luật theo hình mẫu pháp luật Xô viết, còn Miền Nam vẫn duy trì pháp luật theo hình mẫu pháp luật của Pháp. Sau khi thống nhất đất nước 1975, cả nước xây dựng hệ thống pháp luật theo truyền thống Sovietique Law¹. Hầu hết các hình mẫu pháp luật được tiếp nhận ở Việt Nam (ngoài hình mẫu pháp luật Xô viết) đều đề cao vai trò của các tập quán. Có thể lấy các ví dụ điển hình như sau:

Từ xa xưa, người Việt Nam có câu “Phép vua thua lệ làng”. Đời sống nông nghiệp trong các làng xã là một đặc trưng văn hóa của Việt Nam. Việc hình thành làng xã xuất phát từ nhu cầu khai khẩn đất đai

của các gia đình hoặc dòng họ. Những thành viên của làng xã thường có quan hệ huyết thống và quan hệ với nhau dựa trên truyền thống. Tính truyền thống thể hiện ở lệ làng quy định về các hành vi ứng xử của các thành viên trong cộng đồng làng xã². Như vậy so với pháp luật của các triều đại phong kiến, tập quán hay tục lệ mang tính trội và trở thành phổ biến trong việc điều tiết các quan hệ xã hội. Tuy nhiên lẽ thói ở các làng xã có thể khác nhau do sự đóng khung trong phạm vi sinh hoạt cộng đồng nhỏ, nhưng vẫn mang những nét chung của nông thôn Việt Nam.

Các tập quán ở các làng xã Việt Nam nói chung chủ yếu là các tập quán thuộc lĩnh vực dân sự. Chỉ có một số ít tập quán liên quan tới thương mại. Hội bách nghệ, hội tư cấp và vấn đề thu chi tài chính ở các làng xã là các tập quán có liên hệ ít nhiều tới thương mại đã được Phan Kế Bính nghiên cứu và công bố trong xuất bản phẩm mang tên “Việt Nam phong tục” (1915).

Hội bách nghệ bao gồm những người làm chung một nghề trong làng xã. Người nào làm nghề nào vào hội ấy. Mỗi hội cử một người làm trưởng hội hoặc mỗi năm mọi người luân phiên nhau làm trưởng hội một lần. Trưởng hội là người lo công việc của hội. Các công việc này bao gồm “một là để giữ gìn công việc cho nhau, hai là để liên lạc tình nghĩa với nhau, ba là để bênh vực nhau, cứu giúp nhau”. Hội có người giữ sổ sách, giữ tiền như một xã hội thu nhỏ³. Những hội này tuy có sự khác biệt với phường hội trong kinh doanh, nhưng các quy tắc của nó lại khá gần gũi với phường hội.

1 Ngô Huy Cương, “Some features of commercial law in Vietnam”, *Tạp chí Khoa học (Luật học)*, Tập 27, Số 4, 2011, (tr. 252- 258), tr. 252.

2 Học viện Chính trị Quốc gia Hồ Chí Minh, *Cộng đồng làng xã Việt Nam hiện nay*, Nxb. Chính trị Quốc gia, tr. 10- 12

3 Phan Kế Bính, *Việt Nam phong tục*, Nxb. Văn hóa thông tin, 2005, tr. 235- 236.

Hội tư cấp là hội giúp đỡ lẫn nhau về vốn. Có nhiều loại hội tư cấp như họ mua bán, họ hiếu, họ hi, họ ăn tết, nhưng trong đó họ mua bán là gần gũi với thương mại nhất. Họ mua bán có người cầm cái mời mọi người nhập hội và thu tiền. Những người trong hội ghi tên vào sổ họ và giao ước với nhau mỗi tháng mỗi người đóng tiền vào họ cho tới khi hết họ. Mức tiền tùy theo thỏa thuận. Tới ngày ấn định hàng tháng những hội viên tới nhà người cầm cái mua bán với nhau bằng cách gắp thăm. Ai trúng thăm thì được lấy họ theo một mức ấn định khoảng bằng 80% của bát họ. Phần còn lại của bát họ chia lãi cho những người chưa mua và chi phí cho họp họ và công chủ nhà. Người mua họ rồi phải ký vào sổ. Những tháng sau những người chưa mua lại họp và mua bán. Người cầm cái có quyền được lấy không một tháng họ⁴.

Nhiều làng xã không có sổ thu chi hàng năm. Việc lập sổ thu chi thường có năm khoản như sau cho số nhập và số xuất:

Số nhập: (1) công điền, cho người lãnh canh lấy lợi; (2) công ngân phóng tức lấy lợi; (3) tiền nộp lệ như lệ lan nhai, lệ tổng chung, lệ vọng ngôi thứ, vọng chức dịch, vọng chức sắc..., (4) tiền bán nhiều, bán xã, bán hậu, bán thủ từ, bán đang cai..., và (5) tiền đóng góp.

Số xuất: (1) việc tế tự; (2) việc ăn uống; (3) việc sắm sửa đồ thờ, sửa sang đình miếu; (4) việc khai báo; (5) việc nuôi tuần, nuôi lính, và chu cấp cho lý trưởng⁵.

Các tập quán này gần gũi với quy chế thương nhân, tuy nhiên rất sơ sài, thể hiện sự thiếu quan tâm tới thương mại. Thực tế trong các xã hội cũ ở Việt Nam, các tầng lớp

xã hội được xếp theo thứ bậc “sĩ, nông, công, thương”. Thương nhân không được coi trọng.

Ở các dân tộc ít người, tục lệ rất phong phú. Có một số luật tục điển hình vẫn còn giữ được tới ngày nay, điển hình là ở Tây Nguyên. Theo nghiên cứu của Y Nha, Nguyễn Lộc và Y Phi, hợp đồng theo luật tục Ê đê được giao kết bằng lời nói. Nếu hợp đồng có giá trị lớn thì mỗi bên cử một đại diện mà thường là người họ hàng thân thích nhà vợ. Người đại diện có ba chức năng: thứ nhất, cam kết thực hiện nghĩa vụ hợp đồng cho các bên; thứ hai, nhân chứng; và thứ ba, giải quyết tranh chấp giữa các bên. Tuy nhiên, người đại diện không có nghĩa vụ thực hiện hợp đồng⁶. Trong tục lệ này, người đại diện phần nào đó có vai trò của người bảo lãnh làm cho các bên tin tưởng mà giao kết hợp đồng, nhưng lại không có vai trò gì trong việc thực hiện nghĩa vụ hợp đồng khi mà nghĩa vụ hợp đồng bị vi phạm bởi bên giao kết hợp đồng. Như vậy có thể nói, quan hệ gần gũi và gói gọn trong dòng họ và cộng đồng khiến cho quy tắc này có giá trị. Tuy nhiên sẽ là không thích hợp, nếu sử dụng quy tắc này cho các quan hệ thương mại phức tạp hoặc ngoài phạm vi cộng đồng.

Y Nha, Nguyễn Lộc và Y Phi tóm lược thủ tục xét xử khi tranh chấp hợp đồng theo luật tục Ê đê như sau: Đại diện của các bên tranh chấp thương lượng với nhau để hai bên tự thỏa thuận. Nếu thỏa thuận không thành, thì các đại diện xem xét để đưa ra quyết định về tranh chấp và áp dụng chế tài. Nếu không thỏa mãn với quyết định này thì một trong các bên có thể yêu cầu già làng hoặc trưởng buôn giải quyết. Trong trường hợp các bên tự thỏa thuận thành thì thỏa thuận đó có hiệu

4 Phan Kế Bính, *Việt Nam phong tục*, Nxb Văn hóa thông tin, 2005, tr. 232- 232.

5 Phan Kế Bính, *Việt Nam phong tục*, Nxb Văn hóa thông tin, 2005, tr. 218- 219.

6 Y Nha, Nguyễn Lộc và Y Phi, "Giải quyết tranh chấp về dân sự trong luật tục Ê đê - M'Nông", *Tọa đàm Luật tục trong mối quan hệ với luật dân sự*, Hà Nội, 22/02/2001.

lực thi hành. Sau thỏa thuận thành, đại diện các bên bắt các bên cam kết thi hành đúng nội dung đã thỏa thuận và không được quyền khiếu nại hay kiện lên già làng hoặc trưởng buôn nữa. Nếu bên nào vi phạm thì bị phạt gấp đôi giá trị tranh chấp. Trong trường hợp già làng hoặc trưởng buôn phải ra quyết định giải quyết tranh chấp thì quyết định đó có hiệu lực thi hành ngay. Thông thường hình thức ra quyết định bằng lời nói và nói rõ nội dung gì không được khiếu nại. Nếu vẫn khiếu nại các nội dung này sẽ bị phạt⁷. Các quy tắc tố tụng này cho thấy sự chung sống gần gũi và vai trò lòng tin của đồng bào Ê đê. Tuy nhiên các quy tắc tố tụng này khó có thể chứa đựng nổi các tranh chấp thương mại trong đời sống hiện đại.

Khi tiếp nhận truyền thống Civil Law, tập quán pháp hay còn gọi là tục lệ được xem là một loại nguồn bổ sung của pháp luật để bù đắp cho những thiếu hụt trong pháp luật. Tại đây, việc áp dụng tập quán pháp hay tục lệ được khái quát thành lý luận pháp luật góp phần quan trọng cho việc điều tiết các quan hệ thương mại (dù còn nhỏ bé). Theo hệ thống này, tục lệ chỉ được áp dụng khi không có điều khoản nào của pháp luật liên quan và không thể trái với các điều khoản của pháp luật. Tục lệ được nhận biết qua hai yếu tố: (1) yếu tố thực thể hay yếu tố tập quán, có nghĩa là biện pháp ứng xử được nhiều người làm theo trong một khoảng thời gian nhất định, miễn là không gây ảnh hưởng đến quyền lợi của người khác; và (2) yếu tố tinh thần hay ý thức về sự cần thiết của tập quán đó⁸.

Các vấn đề lịch sử này cho thấy sự nhận thức và tình cảm sâu xa của người Việt Nam

đối với tập quán và áp dụng tập quán trong sinh hoạt xã hội. Đây là nền tảng tư tưởng thuận lợi cho việc nghiên cứu tập quán và áp dụng tập quán để giải quyết các tranh chấp trong đời sống dân sinh nói chung và trong kinh doanh, thương mại nói riêng.

2. Môi trường pháp luật hiện tại về áp dụng tập quán thương mại

Bộ luật Dân sự 2005 (BLDS) quy định: “Trong trường hợp pháp luật không quy định và các bên không có thỏa thuận thì có thể áp dụng tập quán; nếu không có tập quán thì áp dụng quy định tương tự của pháp luật. Tập quán và quy định tương tự của pháp luật không được trái với những nguyên tắc quy định trong Bộ luật này” (Điều 3).

Quy định này cho thấy, pháp luật Việt Nam chú trọng tới việc áp dụng các quy tắc của tập quán pháp để giải quyết các tranh chấp giữa các bên. Các quy tắc của tập quán pháp có thứ tự ưu tiên chỉ sau văn bản quy phạm pháp luật (mà được gọi là “pháp luật”) và thỏa thuận giữa các bên liên hệ. Tuy nhiên các quy tắc được áp dụng không thể trái với các nguyên tắc của BLDS 2005. Vì vậy, khi diễn đạt các quy định này bằng lối nói thông thường, một số luật gia Việt Nam cho rằng: “tập quán có thể được áp dụng với tính cách là một nguồn của luật dân sự khi có đủ các điều kiện: (1) đã thành thông dụng, được đông đảo mọi người sinh sống trên cùng địa bàn hoặc cùng hành nghề trên cùng một lĩnh vực thừa nhận; (2) không trái với nguyên tắc được quy định trong BLDS; và (3) chỉ được áp dụng nếu quan hệ pháp luật đó chưa được pháp luật quy định hoặc các bên trong quan hệ đó không có thỏa thuận⁹.”

7 Y Nha, Nguyễn Lộc và Y Phi, “Hiệu lực của luật tục Ê đê trong đời sống dân sự hiện đại”, *Tọa đàm Luật tục trong mối quan hệ với luật dân sự*, Hà Nội, 22/02/2001.

8 Ngô Huy Cường, “Cụ thể hóa quan điểm về tập quán pháp theo Nghị quyết số 48 - NQ/TW của Bộ Chính trị”, *Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp*, số 3+4 (164+165) tháng 2/2010, tr. 71.

9 Nguyễn Xuân Quang, Lê Nết, Nguyễn Hồ Bích Hằng, *Luật dân sự Việt Nam*, Nxb. Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh, 2007, tr. 28.

Điều kiện không trái với các nguyên tắc của BLDS nói trên là một điều kiện khá khó xác định bởi BLDS 2005 tuyên bố khá nhiều nguyên tắc ở các tầng nấc khác nhau và đôi khi khó giải thích chúng trong mối liên hệ với nhau. Chẳng hạn tại Điều 4, BLDS 2005 tuyên bố nguyên tắc tự do, tự nguyện cam kết, thỏa thuận có một phần nội dung rằng: “Quyền tự do cam kết, thỏa thuận trong việc xác lập quyền, nghĩa vụ dân sự được pháp luật bảo đảm, nêu cam kết, thỏa thuận đó không vi phạm điều cấm của pháp luật, không trái đạo đức xã hội”. Thế nhưng tại Điều 11, BLDS 2005 tuyên bố nguyên tắc tuân thủ pháp luật như sau: “Việc xác lập, thực hiện quyền, nghĩa vụ dân sự phải tuân theo quy định của Bộ luật này và các quy định khác của pháp luật”. Trong khi đó, hầu như các luật gia hiểu rằng: “tuân thủ pháp luật là hình thức thực hiện pháp luật, trong đó các chủ thể pháp luật kiểm chế, không tiến hành những hoạt động mà pháp luật cấm”¹⁰. Tự do hợp đồng có nghĩa là các bên có quyền tự do lựa chọn đối tác, tự do biểu lộ và thống nhất ý chí để tạo lập ra quyền và nghĩa vụ giữa họ với nhau. Vấn đề này đã được đề cập tới tại Điều 4 của BLDS 2005 nêu trên. Tự do hợp đồng chỉ bị cản trở bởi các điều cấm của pháp luật và đạo đức xã hội. Ngoài ra, các bên có thể thỏa thuận khác với các quy định của pháp luật. Theo lý luận và cách hiểu của hầu hết các luật gia Việt Nam, vấn đề tuân thủ pháp luật đã được diễn đạt tại Điều 4 của BLDS 2005. Vậy việc đặt ra thêm nguyên tắc tuân thủ pháp luật tại Điều 11 của BLDS 2005 làm hẹp lại tự do hợp đồng một cách không chính đáng. Nói theo cách khác, Điều 4 và Điều 11 của BLDS 2005 có sự mâu thuẫn.

Luật Thương mại 2005 quy định hai nguyên tắc áp dụng thói quen thương mại và áp dụng tập quán thương mại. Việc đưa ra

các nguyên tắc này có thể có tính đến các đặc thù của luật thương mại (một ngành luật phát triển trên căn bản các quy tắc tập quán của các thương nhân). Thực tiễn đời sống thương mại luôn biến động, trong khi luật thành văn khó theo kịp, nhưng các tranh chấp vẫn xảy ra hàng ngày đòi hỏi sự giải quyết. Vì vậy hai nguyên tắc này có giá trị không chỉ đáp ứng các đòi hỏi như vậy của thương mại, mà còn góp phần làm thay đổi nhận thức chung về các loại nguồn của pháp luật.

Điều 12 Luật Thương mại 2005 quy định: “trừ trường hợp có thỏa thuận khác, các bên được coi là mặc nhiên áp dụng thói quen trong hoạt động thương mại đã được thiết lập giữa các bên đó mà các bên đã biết hoặc phải biết nhưng không được trái với quy định của pháp luật”. Điều 13 Luật Thương mại 2005 quy định: “Trường hợp pháp luật không quy định, các bên không có thỏa thuận và không có thói quen đã được thiết lập giữa các bên thì áp dụng tập quán thương mại nhưng không được trái với những nguyên tắc quy định trong Luật này và trong BLDS”.

Các điều luật này cho thấy thứ tự ưu tiên áp dụng các loại nguồn pháp luật như sau:

Thứ nhất, luật thành văn;

Thứ hai, thỏa thuận giữa các bên;

Thứ ba, thói quen thương mại; và

Thứ tư, tập quán thương mại.

Thứ tự này có sự khác biệt với thứ tự được diễn đạt tại Điều 3 BLDS 2005. Sự khác biệt ở chỗ có thêm một loại nguồn là thói quen thương mại (thói quen ứng xử). Thế nhưng cả BLDS 2005 và Luật Thương mại 2005 đều có chung một vấn đề cần phải xem xét lại, đó là vấn đề coi hợp đồng giữa các bên là loại nguồn đứng sau luật thành văn.

10 Nguyễn Minh Đoan, *Thực hiện và áp dụng pháp luật ở Việt Nam*, Nxb. Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 2009, tr. 15.

Thói quen thương mại và tập quán thương mại được pháp luật Việt Nam hiện nay phân biệt khá rõ ràng. Luật Thương mại 2005 quan niệm: “Thói quen trong hoạt động thương mại là quy tắc xử sự có nội dung rõ ràng được hình thành và lặp lại nhiều lần trong một thời gian dài giữa các bên, được các bên mặc nhiên thừa nhận để xác định quyền và nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng thương mại” (Điều 3 khoản 3); và “Tập quán thương mại là thói quen được thừa nhận rộng rãi trong hoạt động thương mại trên một vùng, miền hoặc một lĩnh vực thương mại, có nội dung rõ ràng được các bên thừa nhận để xác định quyền và nghĩa vụ của các bên trong hoạt động thương mại” (Điều 3, khoản 4). Theo quan niệm này, thói quen thương mại là một khái niệm rộng hơn khái niệm tập quán thương mại. Tuy nhiên, quan niệm này không thực sự thỏa đáng để áp dụng vào đời sống thương mại. Có quan niệm khác cho rằng, đối với thói quen ứng xử giữa các bên trong quan hệ hợp đồng, việc chứng minh là đủ khi làm rõ được trước đó trong cùng hoàn cảnh các bên ứng xử theo cùng một cách¹¹. Như vậy thói quen thương mại chỉ phát sinh trong mỗi quan hệ giữa các bên xác định trong một quan hệ hợp đồng xác định. Còn tập quán thương mại là thói quen của một cộng đồng trong lĩnh vực thương mại. Sau khi BLDS 2005 và Luật Thương mại 2005 được ban hành, Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao có Nghị quyết số 04/2005/NQ-HĐTP ngày 17/9/2005 định nghĩa: “Tập quán là thói quen đã thành nếp trong đời sống xã hội, trong sản xuất và sinh hoạt thường ngày, được cộng đồng nơi có tập quán thừa nhận và làm theo như một quy

ước chung của cộng đồng”. Định nghĩa này đã khắc phục được nhược điểm coi thói quen thương mại và tập quán thương mại có mối quan hệ thứ bậc. Tuy nhiên nó không đề cập tới tính rõ ràng của quy tắc tập quán¹².

Việc phân biệt tập quán thương mại với tập quán dân sự hiện nay dường như phụ thuộc hoàn toàn vào các quy định của Luật Thương mại 2005 và Bộ luật Tố tụng dân sự 2004 bởi ở đây có các quy định nhằm phân biệt giữa hành vi dân sự và hành vi thương mại, nói rộng hơn, phân biệt giữa luật dân sự và luật thương mại. Luật Thương mại 2005 quy định: “Hoạt động thương mại là hoạt động nhằm mục đích sinh lợi, bao gồm mua bán hàng hóa, cung ứng dịch vụ, đầu tư, xúc tiến thương mại và các hoạt động nhằm các mục đích sinh lợi khác” (Điều 3 khoản 1). Định nghĩa này được viết theo cách thức vừa chỉ rõ phạm vi của khái niệm vừa liệt kê giải thích các hoạt động cụ thể có bản chất thương mại, tuy nhiên chưa gắn được hoạt động thương mại với thương nhân.

Các quy định có tính nguyên tắc về áp dụng tập quán thương mại còn được tìm thấy ở nhiều đạo luật khác như Bộ luật Hàng hải, Luật Kinh doanh bảo hiểm... Thế nhưng, do chưa có một hệ thống lý luận chính thống về việc áp dụng tập quán, nên các đạo luật cũng như các văn bản dưới luật còn có nhiều mâu thuẫn, bất cập liên quan.

Việc có một nền tảng lịch sử pháp lý sâu sắc cho việc thừa nhận và áp dụng tập quán là một thuận lợi cơ bản. Song cần có một hệ thống lý luận chính thống bảo đảm cho việc thiết lập một môi trường pháp lý hiện tại liên quan tới áp dụng tập quán thương mại ■

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

12 Ngô Huy Cương, “Cụ thể hóa quan điểm về tập quán pháp theo Nghị quyết số 48- NQ/TW của Bộ Chính trị”, *Tlđđ*, tr. 70.

CÁC CƠ QUAN GIÁM SÁT ĐỘC LẬP TRÊN THẾ GIỚI

VŨ CÔNG GIAO *

1. Nhận thức về các cơ quan giám sát độc lập

Theo nghĩa tổng quát, thuật ngữ “các cơ quan giám sát độc lập” dùng trong bài viết này chỉ những cơ quan được ghi nhận trong hiến pháp và/hoặc luật của một quốc gia với chức năng giám sát việc thực thi quyền lực công của các cơ quan nhà nước (CQNN), ví dụ như Ombudsman, Kiểm toán Nhà nước, Hội đồng bầu cử, Ủy ban nhân quyền quốc gia, Ủy ban công vụ... Trong một số nghiên cứu và văn bản hiến pháp trên thế giới, các cơ quan này có thể được gọi chung bằng những tên như independent accountability agencies/bodies/institutions, independent oversight agencies/bodies/institutions, hoặc independent bodies...

Trước hết, cần thấy rằng, mặc dù có ý nghĩa đặc biệt quan trọng, song tính “độc lập” (independent) của các cơ quan trên chỉ là tương đối. Ở đây, độc lập không hàm ý là các cơ quan giám sát này nằm ngoài cấu trúc thể chế của các quốc gia, cũng như không chịu trách nhiệm giải trình với bất cứ chủ thể nào. Tính độc lập chỉ có nghĩa các cơ quan này thông thường không phải là một bộ phận, và quan trọng hơn, chỉ hoạt động theo hiến pháp và/hoặc luật, không chịu sự chi phối của bất cứ nhánh quyền lực nào (lập pháp, hành pháp, tư pháp)¹. Tính độc lập của các cơ quan giám sát độc lập (CQGSĐL), theo như phán quyết của Tòa án Tối cao Mê-hi-cô, xuất phát từ “sứ mệnh chính của các cơ quan này gắn với những lợi ích chung của cả nhà nước và xã hội”². Theo nghĩa đó,

* TS. Viện Chính sách công và Pháp luật trực thuộc VUSTA.

1 Về vấn đề này, xem thêm *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, edited by Michel Rosenfeld and Andrés Sajó, May 2012, tr. 676.

2 Dẫn theo John M. Ackerman, ‘Independent Accountability Agencies & Democracy: A New Separation of Powers?’, Workshop on Comparative Administrative Law, Yale University, 8-9/5/2009.

các CQGSĐL cần phải được thành lập và vận hành theo một cách thức vô tư, khách quan, cân bằng, phi đảng phái để có thể nhạy cảm và bảo vệ hiệu quả lợi ích chung của cả nhà nước và xã hội.

Có sự khác biệt giữa các CQGSĐL với các independent regulatory agencies (tạm dịch là cơ quan quản trị độc lập) mà hiện khá phổ biến ở nhiều quốc gia trên thế giới. Các cơ quan này cũng có thể được hiến định hay luật định, có chức năng thiết lập hoặc giám sát thực hiện các chuẩn mực pháp lý hoặc chuyên môn trong những lĩnh vực nhất định của quản lý nhà nước. Hoạt động của các cơ quan này cũng có tính độc lập tương đối với các nhánh quyền lực nhà nước, kể cả với nhánh hành pháp³. Điển hình trong số các quốc gia có thành lập nhiều cơ quan quản trị độc lập là Hoa Kỳ, với Ủy ban Thương mại liên các bang (the Interstate Commerce Commission - ICC) được thành lập từ năm 1887 và hiện có hàng trăm cơ quan quản trị độc lập khác trên hầu hết các lĩnh vực, ví dụ như Hội đồng Tư vấn về bảo tồn lịch sử (Advisory Council on Historic Preservation); Cơ quan Tình báo trung ương (Central Intelligence Agency - CIA), Ủy ban An toàn sản phẩm cho người tiêu dùng (Consumer Product Safety Commission - CPSC); Cơ quan Bảo vệ môi trường (Environmental Protection Agency -EPA); Ủy ban về Bình đẳng việc làm (Equal Employment Opportunity Commission -EEOC); Cơ quan Hàng không vũ trụ quốc gia (National Aeronautics and Space Administration-NASA); Cơ quan Hồ sơ lưu trữ quốc gia (National Archives and Records Administration - NARA)...⁴.

Theo John M. Ackerman - một chuyên gia nổi tiếng về hiến pháp - sự khác biệt cơ bản giữa các CQGSĐL và các cơ quan quản trị độc lập là ở chỗ, trong khi giám sát là chức năng chủ yếu của chủ thể thứ nhất thì nó chỉ là một trong các chức năng của chủ thể thứ hai⁵. Nói cách khác, trong khi CQGSĐL đóng vai trò là tai mắt của người dân để bảo đảm trách nhiệm giải trình của bộ máy nhà nước (BMNN), thì các cơ quan quản trị độc lập chủ yếu tập trung vào việc thúc đẩy và bảo đảm rằng các chuẩn mực chuyên môn trên một ngành hay lĩnh vực nhất định được tuân thủ bởi mọi chủ thể trong xã hội mà không chỉ riêng nhà nước.

Trong số những cơ quan hiến định chia sẻ chức năng giám sát quyền lực nhà nước, Toà án Hiến pháp (constitutional court) gây khá nhiều tranh cãi. Thiết chế này đôi khi được xếp vào nhánh quyền lực thứ ba (quyền tư pháp), hoặc là một nhánh tương đương với ba nhánh quyền lực truyền thống⁶. Tuy nhiên, Toà án Hiến pháp cũng là con mắt giám sát hoạt động của BMNN, cũng có vị trí hiến định và tính chất độc lập, vì thế sẽ tỏ ra phù hợp hơn nếu xem Toà án Hiến pháp là một dạng CQGSĐL. Mặc dù vậy, theo John M. Ackerman, trong khi cùng chia sẻ những tính chất của các CQGSĐL, Toà án Hiến pháp thường có vị thế và thẩm quyền pháp lý cao hơn, cũng như có phạm vi giám sát rộng hơn các CQGSĐL khác⁷. Do những sự khác biệt đó, Toà án Hiến pháp thường có khả năng chống đỡ những sự công kích từ phía các CQNN và công chúng tốt hơn so với các cơ quan khác cùng có chức năng giám sát độc lập.

3 Xem Từ điển bách khoa Britannica online, tại <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/496265/regulatory-agency>.

4 Xem danh sách các cơ quan quản trị độc lập của Mỹ tại <http://www.usa.gov/Agencies/Federal/Independent.shtml>

5 Xem John M. Ackerman, tài liệu đã dẫn, tr. 6-7.

6 Xem Manuel García Pelayo, "El estatus del tribunal constitucional," Revista Espanola de Derecho Constitucional, 1985. Dẫn theo John M. Ackerman, tài liệu đã dẫn, tr.9.

7 Xem John M. Ackerman, tài liệu đã dẫn, tr. 7.

2. Nguyên nhân và thực trạng

Động lực chính cho việc thành lập các CQGSĐL là nhu cầu giám sát việc thực thi quyền lực công của các CQNN, đặc biệt là của nhánh hành pháp. Đây là nhu cầu chung của mọi nhà nước, bất luận thuộc thể chế chính trị nào, tuy tính chất và sự mức độ cần thiết của nó ít nhiều khác nhau giữa các quốc gia. Ở đây, cùng với sự phát triển của dân trí, dân chủ, nhu cầu của người dân trong việc kiểm soát, giám sát để bảo đảm tính minh bạch, liêm chính của các CQNN ngày càng cao, khiến cho các thiết chế nhà nước truyền thống, kể cả ở các quốc gia theo nguyên tắc tam quyền phân lập, không còn đáp ứng được một cách hiệu quả. Các CQGSĐL được thành lập để lấp khoảng trống đó.

Hình thức tổ chức CQGSĐL đầu tiên có lẽ là Ombudsman - được coi là có nguồn gốc từ các nước Bắc Âu từ thế kỷ 18. Tuy nhiên, phải đến những năm cuối của thập kỷ 1980, các CQGSĐL mới có sự phát triển mạnh mẽ cả về số lượng và dạng thức.

Hiện tại, chưa thấy có nghiên cứu toàn diện nào về các CQGSĐL trên thế giới được công bố, ngoại trừ một số bài viết đề cập đến một số dạng cơ quan ở một số quốc gia cụ thể⁸. Duy nhất chỉ có một bài viết tương đối tổng hợp của John M. Ackerman trình bày tại một hội thảo về luật hành chính so sánh tổ chức tại Đại học Yale (Hoa Kỳ) năm 2009. Trong bài viết này, tác giả nêu khái quát kết quả khảo sát khoảng 250 CQGSĐL ở nhiều quốc gia trên thế giới (mà tác giả gọi là các cơ quan độc lập thúc đẩy trách nhiệm giải trình - Independent Accountability

Agencies). Phân bố (theo khu vực) của các cơ quan này như sau: Châu Phi (89 cơ quan), Châu Âu (59 cơ quan), Châu Mỹ (51 cơ quan), Châu Á (49 cơ quan).

Ở cấp độ quốc gia, số lượng và dạng thức các CQGSĐL của các nước rất khác nhau. Về số lượng, kỷ lục được ghi nhận là Nam Phi (với 12 CQGSĐL), ngoài ra, một số nước khác cũng thành lập khá nhiều CQGSĐL cho những vấn đề, lĩnh vực khác nhau, như Chi-lê, Hy Lạp có 4 cơ quan; Afghanistan, Philippines, Hungary, Malawi, Mê-hi-cô, Mozambique, Serbia, Uganda có 5 cơ quan; Bhutan, Swaziland có 6 cơ quan; Ecuador, Peru có 7 cơ quan; Nigeria, Rwanda, Venezuela có 10 cơ quan; Iraq có 11 cơ quan; Somalia, Nam Phi có 12 cơ quan.

Có thể thấy, số CQGSĐL ở 20 quốc gia nêu trên đã chiếm hơn 1/2 tổng số cơ quan dạng này trên thế giới (được John M. Ackerman thống kê). Đáng chú ý là hầu hết những nước này đều thuộc về các quốc gia đang phát triển. Không có một đại diện nào trong số các nước phát triển ở Tây Âu, Bắc Mỹ và Đông Á nằm trong số đó.

Xét rộng hơn, các nghiên cứu hiện có về vấn đề này đều cho thấy, việc thành lập các CQGSĐL là xu hướng chủ yếu diễn ra ở các quốc gia đang phát triển, đặc biệt là ở các nền dân chủ mới về phía nam bán cầu, không phải của các quốc gia đã có truyền thống dân chủ ở phía bắc. Điều này có lẽ là bởi ở những nền dân chủ mới, các thiết chế truyền thống (nghị viện, chính phủ, toà án) với các quy tắc phân quyền, kiểm chế, đối trọng chưa kịp vận hành hiệu quả, đòi hỏi

8 Ví dụ, xem Andreas Schedler, *The Self-Restraining State: Power & Accountability in New Democracies*, Lynne Rienner, Boulder, CO, 1999, tại <http://books.google.com/books?id=MD8Vx1HLOZgC&printsec=frontcover#v=onepage&q&f=true> (truy cập ngày 2/12/2012)

Tuy nhiên, thông tin về các cơ quan giám sát độc lập có thể tìm trong trang web một số mạng lưới quốc tế của các cơ quan này, ví dụ như *International Institute for Democracy and Electoral Assistance (IDEA)* <http://www.idea.int/>; *International Organization of Supreme Audit Institutions (INTOSAI)* <http://www.intosai.org/en/portal/>; *Iberoamerican Federation of Ombudsmen* <http://www.portalfio.org/inicio/>, etc.

phải có những thiết chế bổ sung để tăng cường khả năng kiểm soát, giám sát việc sử dụng quyền lực công. Ngoài ra, một số tác giả còn đề cập đến một nguyên nhân nữa khiến cho các CQGSĐL gần đây chủ yếu được thành lập ở các quốc gia đang phát triển chứ không phải các quốc gia phát triển, đó là áp lực về nâng cao tính minh bạch và trách nhiệm giải trình của các chủ thể cung cấp ODA với một số nước đang phát triển⁹.

3. Thẩm quyền, vị trí và cách thức hiến định

3.1. Về thẩm quyền

Theo nghiên cứu của John M. Ackerman, các CQGSĐL được giao nhiều thẩm quyền khác nhau. Những thẩm quyền phổ biến nhất của các cơ quan này là: Giám sát về ngân sách có 43 cơ quan, Giám sát về bầu cử có 37 cơ quan, Ombudsman có 34 cơ quan, Công tố độc lập có 19 cơ quan, Dịch vụ dân sự có 15 cơ quan, Giám sát tư pháp có 9 cơ quan, Chống tham nhũng có 6 cơ quan.

Có thể thấy, các CQGSĐL có chức năng giám sát ngân sách, giám sát bầu cử và bảo vệ công dân (Ombudsman) chiếm tỷ lệ áp đảo. Mặc dù vậy, một số nghiên cứu khác cho thấy xu hướng thiết lập các uỷ ban quốc gia về chống tham nhũng và về bảo vệ, thúc đẩy quyền con người đang gia tăng trên thế giới.

3.2. Vị trí và cách thức hiến định

Cũng theo nghiên cứu của John M. Ackerman, về phương diện kỹ thuật lập hiến, hiến pháp của các quốc gia ghi nhận các CQGSĐL theo ba cách chính: (i) Nhóm các cơ quan quan trọng nhất với nhau như là một

“nhánh” quyền lực mới, (ii) Đưa vào một mục riêng trong hiến pháp nhưng không coi đó là một nhánh quyền lực mới, (iii) Thành lập và quy định trong hiến pháp các cơ quan đó khi nào cần thiết, vào các thời điểm khác nhau và đặt ở các phần liên quan khác nhau của hiến pháp. Trong ba cách hiến định này, cách cuối cùng tỏ ra phổ biến nhất.

Tiêu biểu cho cách thứ nhất là Hiến pháp của Ecuador và Venezuela. Trước hết nói về Ecuador. Hiến pháp mới (năm 2008) của nước này¹⁰ đã phá bỏ hoàn toàn truyền thống tam quyền phân lập khi chia quyền lực nhà nước thành 5 nhánh khác nhau, bao gồm hành pháp, lập pháp, tư pháp và công lý bản địa, minh bạch và kiểm soát xã hội, bầu cử. Ngoài ra, Hiến pháp còn quy định ba cơ quan khác cũng có quyền lực độc lập, bao gồm Văn phòng Tổng công tố, Văn phòng Tổng chưởng lý và Toà án Hiến pháp.

Nhánh minh bạch và kiểm soát của xã hội trong Hiến pháp 2008 của Ecuador bao gồm bốn cơ quan: Hội đồng Kiểm soát xã hội và sự tham gia của công dân, Tổng Thanh tra nhà nước, Ombudsman và Mạng lưới các Tổ chức giám sát. Tất cả các cơ quan này đều có thẩm quyền kiểm soát, phòng ngừa sự tham nhũng và lạm dụng quyền lực của BMNN. Ngoài ra, các cơ quan này cũng có trách nhiệm hỗ trợ sự tham gia của công dân vào các công việc của chính quyền. Bốn cơ quan này thiết lập một hội đồng điều phối để phối hợp hoạt động, cụ thể như trong việc thông tin về các hoạt động của nhóm cho các nhánh quyền lực nhà nước khác hoặc đề xuất các dự án luật với nghị viện để thúc đẩy hoạt động của nhóm và sự liên chính của chính quyền.

9 See, John Ackerman & Irma Sandoval, "The Global Explosion of Freedom of Information Laws," *Administrative Law Review*, 2006.

10 Nguồn: <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Ecuador/english08.html> (truy cập ngày 2/12/2012).

Hiến pháp Venezuela năm 1999¹¹ cũng chia quyền lực nhà nước thành 5 nhánh, bao gồm lập pháp, hành pháp, tư pháp, quyền lực công dân và bầu cử. Nhánh quyền lực công dân bao gồm các cơ quan là Bảo vệ công chúng (“public defender”, hoặc Ombudsman), Thanh tra nhà nước và Tổng Chương lý. Người đứng đầu của bốn cơ quan này lập thành Hội đồng Đạo đức của nước Cộng hoà để điều phối hoạt động của nhóm và đưa ra những công bố chung về các vấn đề quan trọng liên quan đến chống tham nhũng và chống lạm dụng quyền lực.

Đại diện cho nhóm thứ hai là Nam Phi và Iraq. Khác với Hiến pháp của Venezuela và Ecuador, Hiến pháp Nam Phi¹² không xếp các CQGSĐL vào một nhánh quyền lực riêng (tuy về mặt hình thức vẫn quy định hầu hết các cơ quan này trong một chương có tên gọi là “Các CQNN hỗ trợ dân chủ lập hiến”. Có tổng cộng 6 cơ quan được đề cập trong chương này, bao gồm: Cơ quan Bảo vệ công chúng, Ủy ban Nhân quyền, Ủy ban Thúc đẩy và bảo vệ quyền của các cộng đồng về ngôn ngữ, tôn giáo và văn hoá, Ủy ban về Bình đẳng giới, Tổng Kiểm toán và Ủy ban Bầu cử. Ngoài ra, ở các Hiến pháp Nam Phi còn có quy định về một số CQGSĐL khác (ở các chương khác), ví dụ như Ủy ban đặc biệt về giải quyết khiếu nại với các hành động của cảnh sát.

Tương tự như Hiến pháp Nam Phi, Hiến pháp mới của Iraq¹³ cũng nhóm hầu hết các CQGSĐL quan trọng vào một chương, bao gồm Ủy ban Nhân quyền, Ủy ban Bầu cử và Ủy ban về Liêm chính công cộng. Ngoài ra, còn số uỷ ban độc lập khác được quy định ở các chương khác của Hiến pháp nước này.

Hình mẫu của nhóm thứ ba là Mê-hi-cô¹⁴. Hiến pháp nước này không coi các CQGSĐL là một nhánh quyền lực mới, cũng không có một chương riêng để quy định các cơ quan này. Cụ thể, Hiến pháp Mê-hi-cô có 5 CQGSĐL, bao gồm Ủy ban Nhân quyền, Ngân hàng Trung ương, Viện Bầu cử liên bang, Kiểm toán Tối cao liên bang và Ủy ban Thống kê quốc gia. Các cơ quan này được đặt rải rác trong nhiều chương của Hiến pháp, có tính chất và mức độ độc lập rất khác nhau.

Hiến pháp Mê-hi-cô có Điều 49 quy định rằng “quyền lực tối cao của liên bang được phân chia cho ba nhánh lập pháp, hành pháp và tư pháp”. Điều đó có nghĩa là các CQGSĐL không thể cấu thành một nhánh quyền lực mới. Tuy nhiên, vị thế hiến định chính thức và tính độc lập tương đối của các cơ quan này được bảo đảm theo một phán quyết của Toà án Tối cao Mê-hi-cô đưa ra năm 2007. Trong phán quyết này, việc thiết lập các CQGSĐL dẫn đến một sự thay đổi song không phá vỡ hay phủ nhận lý thuyết truyền thống về phân chia quyền lực.

4. Vấn đề hiệu quả hoạt động

20 quốc gia được John M. Ackerman nêu ở trên chia thành ba dạng chính: (i) Những nước vừa trải qua sự chuyển đổi dân chủ lớn, ví dụ như Chi-lê, Hy Lạp, Philippines, Hungary...; (ii) Những nước vừa trải qua hoặc hiện vẫn đang trong tình trạng xung đột vũ trang, nội chiến, trong đó có sự can dự của các lực lượng bên ngoài, ví dụ như Afghanistan, Rwanda, Iraq, Serbia và Somalia; (iii) Những nước có truyền thống dân chủ khá lâu và thời gian gần đây lại trải qua những thay đổi lớn về thể chế, ví dụ như Ecuador, Nam Phi, Peru và Venezuela.

11 Nguồn: http://commons.wikimedia.org/wiki/File:Constitution_of_the_Bolivarian_republic_of_Venezuela.djvu (truy cập ngày 2/12/2012).

12 Nguồn: <http://www.servat.unibe.ch/icl/index.html> (truy cập ngày 2/12/2012).

13 Nguồn trên, truy cập ngày 2/12/2012.

14 Nguồn: http://www.oas.org/juridico/mla/en/mex/en_mex-int-text-const.pdf (truy cập ngày 2/12/2012).

Như vậy, chỉ riêng 20 nước kể trên đã cho thấy tính đa dạng về môi trường chính trị trong đó đang tồn tại các CQGSĐL. Sự đa dạng về bối cảnh chính trị chắc chắn dẫn đến sự khác biệt về hiệu quả của các CQGSĐL ở các quốc gia. Tuy việc này không dễ khái quát thành các xu hướng mang tính quy luật, song một số nghiên cứu đã cho thấy rằng, ở những nước mà thể chế chính trị vẫn mang nặng tính độc tài, chuyên chế thì các cơ quan giám sát, kể cả được hiến định, cũng thường không có hoặc có rất ít sự độc lập, dẫn đến hiệu quả giám sát của các cơ quan này với hoạt động của chính quyền thường rất hạn chế. Vì vậy, một số tác giả tỏ ra nghi ngờ sự cần thiết của việc thành lập các cơ quan dạng này, vì cho rằng, chúng thường được sử dụng để quảng cáo cho tính chính danh của giới cầm quyền, hay để biện minh thay cho việc giải quyết những nguyên nhân gốc rễ của sự tham nhũng và lạm dụng quyền lực¹⁵.

Trong bài viết đã nêu của John M. Ackerman, tác giả cũng đề cập khá kỹ đến hiệu quả tác động của các CQGSĐL với việc thúc đẩy tiến trình cải cách dân chủ ở các quốc gia. Ông cho rằng, ở một số nước như Chi-lê, Hy Lạp, Mê-hi-cô, Ecuador, Peru, Nam Phi..., các cơ quan này đã hình thành một dạng thức thực sự khác biệt và mới mẻ trong thiết chế quyền lực nhà nước và có những đóng góp quan trọng vào tiến trình cải tổ dân chủ và thúc đẩy quản trị tốt ở các quốc gia đó. Tuy nhiên, ông cũng thừa nhận rằng, ở khá nhiều nước, các cơ quan này có rất ít tác động tích cực đến nâng cao tính liêm chính của BMNN và công cuộc phòng, chống tham nhũng ở quốc gia.

Theo John M. Ackerman, có bốn yếu tố tạo thành “trạng thái tổ chức” (institutional

situation) có thể dùng để đánh giá xem một CQGSĐL có thực sự phải là một động lực mới đóng góp tích cực vào việc thúc đẩy quản trị tốt hay chỉ là một cái bình phong che đậy cho các nhà nước chuyên chế, bao gồm: (i) Tính chính danh trong công chúng, (ii) Năng lực tổ chức, (iii) Trách nhiệm giải trình của tổ chức; (iv) Sự quan liêu, trì trệ. Thành công hay thất bại trong việc bảo đảm bất kỳ yếu tố nào trong bốn yếu tố này đều ảnh hưởng đến tính chất và hiệu quả hoạt động của các CQGSĐL.

Thứ nhất, về tính chính danh trong công chúng: Yếu tố này nói về hình ảnh và niềm tin của công chúng với một CQGSĐL. Bất cứ một CQGSĐL nào được lập ra đều chứa kỳ vọng của công chúng về việc nó sẽ tạo ra những chuyển biến tích cực theo hướng công khai, minh bạch và liêm chính hơn trong hoạt động của BMNN. Mặc dù vậy, giữ được niềm tin và sự ủng hộ của công chúng là một thách thức lớn với các cơ quan này, đặc biệt ở các quốc gia mà căn bệnh độc đoán, chuyên quyền và tham nhũng đã ăn sâu vào BMNN. Đó là bởi những căn bệnh này khó có thể giải quyết nhanh chóng và chỉ bằng nỗ lực của một cơ quan, cho dù có những thẩm quyền mạnh mẽ và được tổ chức tốt đến thế nào. Trong khi đó, bản thân các CQGSĐL, do được sinh ra trong bối cảnh chính trị của quốc gia đó, nên thường khó thoát khỏi sự chi phối của giới chức đương quyền. Hậu quả là rất có thể các cơ quan này chỉ có danh hiệu, còn hoạt động trong thực tế thì mang tính hình thức, chủ yếu mang tính chất “trang trí” cho nhà chức trách.

Nói cách khác, các CQGSĐL nào khi mới ra đời đều có nguy cơ bị mắc kẹt giữa một bên là kỳ vọng rất cao của người dân và

15 Xem Brian Crisp, Erica Moreno & Matthew Shugart, "The Accountability Deficit in Latin America." in Scott Mainwaring & Christopher Welna, ed., *Democratic Accountability in Latin America*, Oxford University Press, New York, 2003. Xem tại <http://books.google.com/books?id=s-Mjupwl2i0C&printsec=frontcover#v=onepage&q&f=false> (truy cập ngày 2/12/2012).

một bên là những trở ngại, khó khăn xuất phát từ thể chế. Người dân thì có xu hướng muốn nhìn thấy ngay những tác động tích cực của các cơ quan này đến việc thay đổi bộ máy quản trị tri tri, tham nhũng của đất nước, trong khi giới cầm quyền thì có xu hướng kiềm chế nó để bảo vệ những lợi ích nhóm hẹp hòi mà họ đang thụ hưởng.

Để đưa một CQGSĐL vượt ra được tình thế nan giải này thông thường đòi hỏi những người làm việc cho nó phải có những nỗ lực dân thân lớn lao trong một khoảng thời gian tùy thuộc vào những điều kiện khách quan về môi trường chính trị, pháp lý ở quốc gia liên quan. Thêm vào đó, các cơ quan này còn cần phải có một chiến lược để thoát ra khỏi sự kiềm chế của giới cầm quyền bằng cách khéo léo huy động sự ủng hộ của nhiều chủ thể, ví dụ như các tổ chức xã hội dân sự, giới học thuật, các cơ quan truyền thông, giới doanh nghiệp và của cộng đồng quốc tế, để củng cố và mở rộng vị thế độc lập trong hoạt động của mình.

Thứ hai, về năng lực tổ chức: Yếu tố này nói đến khả năng của các CQGSĐL tác động đến BMNN. Ở đây, kể cả khi có thuận lợi về thể chế, các cơ quan này cũng có thể hoạt động thiếu hiệu quả do năng lực hạn chế. Thực tế cho thấy việc giám sát các lĩnh vực hoạt động của BMNN là công việc rất khó khăn, phức tạp, đòi hỏi các CQGSĐL phải có đội ngũ cán bộ không chỉ tâm huyết mà còn có năng lực chuyên môn cao về vấn đề liên quan. Thông thường các CQGSĐL ở các quốc gia, do hạn chế về kinh phí và tính nhạy cảm trong hoạt động, rất khó tuyển được những cán bộ có phẩm chất và năng lực cao như vậy. Trong khi đó, các cơ quan này lại thông thường lại không trực thuộc một nhánh quyền lực hay CQNN nào nên không chỉ thiếu kinh nghiệm trong lĩnh vực giám sát mà nhiều khi còn thiếu cả các nguồn thông tin, tư liệu, tài chính cho hoạt động này. Ngoài ra, việc đứng ngoài cơ cấu

của các CQNN trong nhiều trường hợp còn khiến cho các CQGSĐL không nhận được sự hợp tác của các chủ thể bị giám sát, trong khi họ thường không được giao thẩm quyền cưỡng chế.

Để giải quyết khó khăn trên, thắt chặt mối quan hệ với công chúng là chiến lược cần thiết của các CQGSĐL. Thêm vào đó, việc tìm kiếm sự phối hợp, giúp đỡ của những chủ thể đã nêu ở phần trên, đặc biệt là các tổ chức xã hội dân sự, các cơ quan truyền thông và giới học thuật, có thể giúp các CQGSĐL vượt qua được khó khăn về thiếu thông tin và nguồn nhân lực có chuyên môn cao.

Thứ ba, trách nhiệm giải trình của tổ chức: Vị thế độc lập của các CQGSĐL là một lợi thế song cũng là một thách thức với uy tín của các cơ quan này. Lợi thế là bởi vị thế đó cho phép các CQGSĐL tránh được những phiền hà từ các CQNN để tập trung vào các mục tiêu của mình. Thách thức là bởi chính vị thế độc lập có thể khiến các cơ quan đó quên đi trách nhiệm giải trình của chính bản thân mình, và đôi khi không rõ cách thức làm thế nào để chứng tỏ trách nhiệm ấy. Đây thuộc về một vấn đề mang tính kinh điển trong quản trị công, đó là “ai canh gác những người canh gác?” (who guards the guardians?)

Có ít nhất hai cách thức hữu ích mà các CQGSĐL nên đồng thời sử dụng để giải quyết vấn đề trên. Thứ nhất là các CQGSĐL cần xác định được một phương thức giúp thường xuyên giám sát hoạt động của chính mình. Về việc này, sẽ là không đủ nếu chỉ dựa vào cơ chế giám sát sẵn có của nghị viện và toà án. Ngoài các cơ chế đó, các CQGSĐL cần thành lập một hội đồng giám sát chung để có thể thường xuyên kiểm tra hoạt động của cả nhóm. Cách thứ hai là tuyệt đối tuân thủ các quy tắc về minh bạch trong hoạt động. Thực tế cho thấy, các

CQGSĐL đôi khi tự cho mình được miễn khỏi những quy định của luật tiếp cận thông tin, dựa trên niềm tin rằng họ có tính độc lập. Tuy nhiên, quan niệm như vậy không chính xác và không có lợi cho uy tín của các cơ quan này. Ngoại trừ một số thông tin liên quan đến quá trình điều tra, không có nhiều thông tin mà các CQGSĐL nắm giữ thuộc về thông tin mật mà có thể không công bố. Việc hạn chế công khai thông tin và hoạt động sẽ dẫn tới những ngờ vực, làm tổn hại niềm tin của công chúng với các CQGSĐL. Thêm vào đó, việc này còn có thể khiến cho các CQGSĐL bị phụ thuộc vào các CQNN khác. Bằng cách công khai hoá toàn bộ tiến trình giám sát, bao gồm cả những ý kiến thảo luận trong quá trình giải quyết vụ việc, các CQGSĐL có thể nâng cao uy tín của mình trong công chúng, đồng thời tránh được tình trạng bị chi phối bởi các CQNN. Thêm vào đó, việc phối hợp và huy động sự tham gia của các tổ chức xã hội dân sự, khối học thuật và cơ quan truyền thông vào hoạt động giám sát cũng giúp các CQGSĐL tăng cường trách nhiệm giải trình và tránh được những sự chỉ trích từ công chúng.

Thứ tư, sự quan liêu, trì trệ: Tương tự như yếu tố thứ ba, yếu tố này thuộc về vấn đề nội bộ của các CQGSĐL. Về vấn đề này, một tác giả đã nhận định, căn bệnh quan liêu, trì trệ không loại trừ bất kỳ một thiết chế nào, kể cả những thiết chế có tính chất độc lập với BMNN¹⁶. Sau giai đoạn năng động ban đầu, các CQGSĐL cũng hoàn toàn có thể trở nên ‘xơ cứng’ trong hoạt động, dần dần ngập chìm trong các tầng nấc thủ tục làm cho các hoạt động giám sát không thể kịp thời và hiệu quả. Thêm vào đó, trong nhiều trường hợp, những nỗ lực của các CQNN (chủ thể bị giám sát) trong việc ngăn

cản hoạt động của các CQGSĐL cũng là một yếu tố khiến cho các cơ quan này dần dần mất đi động lực năng động ban đầu¹⁷. Ở đây, việc chống chọi được với những nỗ lực kiểm chế của các chủ thể bị giám sát có tầm quan trọng quyết định với sự tồn tại và phát triển của các CQGSĐL, vì nếu bị thua trong cuộc chiến đó, các CQGSĐL sẽ mất đi khả năng thúc đẩy quản trị tốt ở quốc gia và có thể trở thành những tấm bình phong hay vật trang trí cho BMNN tham nhũng.

Những phân tích trên phác họa bức tranh về các CQGSĐL trên thế giới. Nó cho thấy, đây là những thiết chế cần thiết để giám sát sự lạm quyền và nâng cao tính liêm chính của BMNN ở nhiều quốc gia, đặc biệt ở các quốc gia đang phát triển. Tuy nhiên, nó cũng đồng thời cho thấy những khó khăn, trở ngại trong việc thiết lập và vận hành của các thiết chế mới này.

Trong khi còn rất nhiều khía cạnh lý luận, thực tiễn về các CQGSĐL chưa được làm rõ, đặc biệt là vị trí của các cơ quan này trong mối quan hệ với các nhánh quyền lực truyền thống; thì từ việc quan sát thực tế hoạt động của các cơ quan này trên thế giới, có thể rút ra nhận định rằng, việc ồ ạt thiết lập các CQGSĐL theo “phong trào” tiềm ẩn nhiều rủi ro về thể chế. Thay cho việc đó, các quốc gia chỉ nên thiết lập những CQGSĐL trong những lĩnh vực cần thiết và khi có những điều kiện bảo đảm cho các cơ quan này hoạt động một cách thực sự độc lập, khách quan và hiệu quả. Ngoài ra, việc thiết lập các cơ quan này cũng cần dựa trên những nghiên cứu cẩn thận về triển vọng chúng có thể kết hợp để “nâng cấp”, thay cho việc phá huỷ thiết chế tổ chức quyền lực hiện có ■

16 Xem Max Weber, *Towards a theory of the routinization of charisma*, tại http://web.pdx.edu/~tothm/essays/essays/toward_a_theory_of_the_routiniz.htm (truy cập ngày 2/12/2012).

17 Một ví dụ điển hình về việc này là trường hợp ở Mê-hi-cô. Ở đây, những chính trị gia, quan chức chính phủ, CQNN và kể cả các đảng phái chính trị của nước này sau một thời gian bị giám sát chặt chẽ đã cùng nỗ lực hạn chế tính độc lập và thẩm quyền của các cơ quan giám sát độc lập.

Những hoạt động nổi bật của **TẠP CHÍ NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP** trong năm 2012



Hội thảo khoa học “Góp ý hoàn thiện pháp luật về giáo dục Đại học”, phối hợp cùng Văn phòng Đoàn ĐBQH và Hội đồng nhân dân tỉnh Lâm Đồng và Khoa Luật, trường Đại học Đà Lạt, tháng 4/2012.



Ký kết hợp tác giữa Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp và Trường Đại học Kinh tế - Luật.

Hội thảo khoa học "Góp ý hoàn thiện pháp luật về quản lý thuế ở Việt Nam", phối hợp cùng Đoàn ĐBQH TP. Hồ Chí Minh và trường Đại học Kinh tế - Luật (thuộc Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh), tháng 5/2012.



Làm việc với Văn phòng Đoàn ĐBQH TP. Hồ Chí Minh, ngày 22/12/2012.



Tổng biên tập Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp Phạm Văn Hùng tặng Đoàn ĐBQH TP. Hồ Chí Minh sách "Bản về sửa đổi Hiến pháp năm 1992".



Tạp chí tặng quà cho con, em cán bộ viên chức Tạp chí nhân ngày Quốc tế thiếu nhi 1/6/2012.



Tổng biên tập Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp phát biểu khai mạc chương trình Nghệ thuật "Tình khúc Bạch Dương" chào mừng kỷ niệm 95 năm Cách mạng Tháng Mười Nga, ngày 7/11/2012.



Nguyên Phó Thủ tướng Vũ Khoan phát biểu tại chương trình Nghệ thuật "Tình khúc Bạch Dương".



Phó chủ nhiệm
Văn phòng
Quốc hội
Nguyễn Sĩ Dũng
và Tổng biên tập
Tập chí
Phạm Văn Hùng
giới thiệu và
phát hành sách
"Bản về sửa đổi
Hiến pháp
năm 1992",
ngày 10/12/2012.

Hội nghị cộng tác
viên phía Nam, ngày
24/12/2012.



Tạp chí tặng các
tác giả có công
trình nghiên cứu
công bố trong
cuốn sách "Bản
về sửa đổi Hiến
pháp năm 1992"
tại Hội nghị cộng
tác viên phía
Bắc, ngày
10/12/2012.