ISSN 1859 - 2953
www.nclp.org.vn

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

VĂN PHÒNG QUỐC HỘI
Số 12 (220) / Tháng 7/2012

DIỄN ĐÀN VỀ NHÀ NƯỚC, PHÁP LUẬT, CHÍNH SÁCH

TỔNG LIÊN ĐOÀN LAO ĐỘNG VIỆT NAM

VIETNAM GENERAL CONFEDERATION OF LABOUR

WWW.CONGDOANVN.ORG.VN

*Địa chỉ: 82 Trần Hưng Đạo, Hoàn Kiếm, Hà Nội * ĐT: 04.39410894 * Fax: 04.38223323*

Tổng Bí thư Nguyễn Phú Trọng thăm công nhân lao động tại KCN Bắc Thăng Long (Hà Nội)

Chủ tịch nước Trương Tấn Sang thăm công nhân lao động ngành Than nhân dịp "Tháng Công nhân" năm 2012.

Công đoàn Việt Nam là tổ chức chính trị - xã hội rộng lớn của giai cấp công nhân và của người lao động, là thành viên trong hệ thống chính trị của xã hội Việt Nam. Công đoàn đại diện, chăm lo, bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp, chính đáng của công nhân, công chức, viên chức và người lao động; tham gia quản lý nhà nước, quản lý kinh tế - xã hội, tham gia kiểm tra, giám sát hoạt động của cơ quan nhà nước, tổ chức, đơn vị, doanh nghiệp; tuyên truyền, vận động công nhân, công chức, viên chức và người lao động học tập nâng cao trình độ, kỹ năng nghề nghiệp, chấp hành pháp luật, xây dựng và bảo vệ Tổ quốc Việt Nam xã hội chủ nghĩa.

Tổ chức Công đoàn Việt Nam được thành lập ngày 28/7/1929, tiền thân là Tổng Công hội đỏ Bắc kỳ. Trải qua 83 năm xây dựng và trưởng thành với 10 kỳ đại hội, Công đoàn Việt Nam đã đoàn kết, tập hợp công nhân, công chức, viên chức, người lao động phát huy sức lực và trí tuệ đóng góp trực tiếp, to lớn vào sự nghiệp đấu tranh giải phóng dân tộc, xây dựng và bảo vệ Tổ quốc. Công đoàn Việt Nam luôn trung thành với lợi ích của giai cấp công nhân và của dân tộc, khẳng định vai trò là tổ chức quần chúng của giai cấp công nhân - giai cấp lãnh đạo cách mạng thông qua đội tiền phong là Đảng Cộng sản Việt Nam; giai cấp tiên phong trong sự nghiệp xây dựng chủ nghĩa xã hội, lực lượng đi đầu trong sự nghiệp công nghiệp hoá, hiện đại hoá đất nước vì mục tiêu dân giàu, nước mạnh, dân chủ, công bằng, văn minh.

Hiện nay tổ chức Công đoàn tập hợp, đoàn kết hơn 7,5 triệu đoàn viên sinh hoạt tại hơn 110 ngàn công đoàn cơ sở trong các cơ quan, tổ chức, đơn vị, doanh nghiệp thuộc 63 Liên đoàn Lao động tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương và 20 Công đoàn ngành trung ương. Với lực lượng đông đảo, tổ chức Công đoàn luôn là nòng cốt trong tất cả các phong trào hành động cách mạng, thi đua yêu nước, vận động công nhân, công chức, viên chức, người lao động phát huy sáng kiến, cải tiến kỹ thuật, hăng hái thi đua lao động sản xuất, công tác, góp phần thực hiện thắng lợi nhiệm vụ của cơ quan, tổ chức, đơn vị, doanh nghiệp, hoàn thành mục tiêu phát triển kinh tế - xã hội của địa phương, ngành và đất nước.

NGHIÊN CỨU
LẬP PHÁP
www.nclp.org.vn

Mục lục 6/2012

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

3 Hiến pháp nào cho Việt Nam: Nhìn ra thế giới

ThS. Nguyễn Đức Lam

16 Thử tìm một cơ sở lý thuyết cho khái niệm phản biện xã hội

Phạm Quang Tú- Đặng Hoàng Giang

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

21 Thỏa thuận xác định giá trước và khả năng áp dụng trong hoạt động quản lý thuế ở Việt Nam

TS. Nguyễn Tiến Dũng – Lý Thị Ngọc Loan

30 Dự thảo Luật sửa đổi, bổ sung Luật Quản lý thuế - nhìn từ góc độ người nộp thuế

TS. Phạm Trí Hùng

34 Luật Quản lý thuế dưới góc nhìn của người nộp thuế

ThS. Dương Kim Thế Nguyên

37 Chất lượng đào tạo cử nhân luật và quy định giảng viên luật không được làm luật sư

Vũ Văn Huân

CHÍNH SÁCH

42 Nhà giáo và nghề dạy học dưới góc nhìn pháp lý

ThS. Đặng Thị Thu Huyền

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

46 Áp dụng pháp luật cạnh tranh và phân bổ thực hiện độc quyền nhà nước qua một vụ xét xử

ThS. LS Phan Thông Anh

53 Đính chính văn bản quy phạm pháp luật – biện pháp xử lý khiếm khuyết hay sự lạm quyền?

ThS. Cao Vũ Minh

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

59 Cơ quan bảo vệ nhân quyền quốc gia ở Australia

ThS. Nguyễn Thị Hoài Phương

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 NHÃ
PGS, TS. TRẦN ĐÌNH NHÃ
TS. DƯƠNG NGỌC NGƯU
TS. NGÔ ĐỨC MẠNH
TS. PHẠM VĂN HÙNG

TỔNG BIÊN TẬP
TS. PHẠM VĂN HÙNG

PHÓ TỔNG BIÊN TẬP:
NGUYỄN QUANG MINH

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

THIẾT KẾ:
DESIGN

GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:
Số 117/GP-NGÀY 30-3-2001
CỦA BỘ VHTT

PHÁT HÀNH:
HÀ NỘI: 080-43364

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

IN TẠI CÔNG TY CỔ PHẦN IN TÂY HỒ

GIÁ: 15.000 ĐỒNG

Ảnh bìa:
Phó chủ tịch Quốc hội Nguyễn Thị Kim Ngân trả lời phỏng vấn báo chí tại Kỳ họp thứ 3 QH khoá XIII.
Ảnh: TXVN

NGHIÊN CỨU
LẬP PHÁP
www.nclp.org.vn

Legis 6/2012

STATE AND LAW

3 Which constitution for Vietnam: From a look around the world

LLM. Nguyen Duc Lam

16 Try to find a theoretical basis for the concept of social debate

Pham Quang Tu- Dang Hoang Giang

DISCUSSION OF BILLS

21 The advance pricing agreement and its applicability in the tax administration activities in Vietnam

Dr. Nguyen Tien Dung - Ly Thi Ngoc Loan

30 Draft Law on amending and supplementing the Law on Tax Administration - from the taxpayer's perspective

Dr. Pham Tri Hung

34 Law on Tax Administration under the taxpayer's point of view

LMM. Duong Kim The Nguyen

37 Training quality of Bachelor of Laws degree and the regulation that law lecturer has not to be a lawyer

Vu Van Huan

POLICIES

42 Teachers and teaching from a legal perspective

LMM. Dang Thi Thu Huyen

LEGAL PRACTICE

46 Application of competition law and state monopoly distribution from a lawsuit

LMM. LS Phan Thong Anh

53 Correction of legal documents - defect treatment measures or abuses?

LMM. Cao Vu Minh

FOREIGN EXPERIENCE

59 National agency for human rights protection in Australia

LMM. Nguyen Thi Hoai Phuong

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

EDITOR-IN-CHIEF:
Dr. PHAM VAN HUNG

VICE EDITOR-IN-CHIEF:
NGUYEN QUANG MINH

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

DESIGN:
DESIGN

LICENSE OF PUBLISHMENT:
N^{O} 117/GP-DATE 30-3-2001
MINISTRY OF CULTURE AND INFORMATION

DISTRIBUTION:
HA NOI: 080-43364

ACCOUNT NUMBER:
0011000467735
LEGISLATIVE STUDY MAGAZINE
VIETCOMBANK

PRINTED IN SCIENCE TECHNOLOGY PRINTING COMPANY

Price: 15,000 VND

HIẾN PHÁP NÀO CHO VIỆT NAM: NHÌN RA THẾ GIỚI

NGUYỄN ĐỨC LAM*

1. Hiến pháp của dân

Nhiều bản Hiến pháp trên thế giới bắt đầu với cụm từ "Chúng ta, nhân dân …[tên nước]". Cấu trúc này xuất phát từ Hiến pháp Mỹ: "Chúng ta, nhân dân Hợp chúng quốc Hoa Kỳ…". Hiến pháp Mỹ, cũng như các hiến pháp dân chủ khác, xuất phát từ lý thuyết chủ quyền nhân dân, Lời nói đầu tuyên bố "nhân dân" là người lập ra hiến pháp, nhấn mạnh Hiến pháp này là của nhân dân. Bình luận về Lời nói đầu của Hiến pháp Mỹ, một tác giả viết: "Ba từ đó (We The People) nói được nhiều hơn bất kỳ ba hay ba mươi từ nào trong toàn bộ bản văn Hiến pháp. Đó không phải là những từ có hiệu lực, chúng không trao một quyền lực nào, chúng không thiết lập một cấu trúc nào, nhưng chúng lại có tính trao quyền, có tính tạo điều kiện, và chúng gửi một thông điệp rất mạnh mẽ đến nhân dân về bản chất của xã hội mà Hiến pháp muốn mô tả"[1]. Lời nói đầu như vậy có giá trị biểu tượng rất cao, tạo nên chân dung của một xã hội đồng lòng - nền tảng cho bất kỳ trật tự hiến pháp nào muốn trường tồn, mặc dù các thành viên của xã hội có thể có những quan điểm, cái nhìn, nguyện vọng khác nhau.

Không những thế, như một tác giả khác đến từ Nam Phi nhấn mạnh, "Hiến pháp là sự thể hiện ý chí của cả dân tộc. Đó là sự phản ánh lịch sử, những nỗi lo ngại, mối quan tâm, nguyện vọng, tầm nhìn, và quả thật, soi rọi tâm hồn của dân tộc đó. Một bản Hiến pháp buộc phải tìm ra mong muốn của đa số công dân, nhưng khi làm điều đó, phải tính đến những nỗi lo ngại, mối quan tâm của các nhóm thiểu số. Đồng thời, Hiến pháp là một bản văn mà trong đó các nhóm khác nhau trong xã hội gắn kết với nhau để bảo vệ nền dân chủ. Vì vậy, toàn thể công dân cần phải được hưởng quyền sở hữu Hiến pháp. Tất cả đều phải tôn trọng, kính trọng Hiến pháp"[2]. Những lời này giải đáp cho những câu hỏi như: làm sao mà một văn bản không dài lại có thể thu phục lòng trung thành của từng công dân, làm cho mỗi công dân cảm thấy đó chính là Hiến pháp của mình? Có phải cố đưa mọi thứ cho tất cả mọi người vào Hiến pháp không? Dĩ nhiên, Hiến pháp không thể nước đôi đối với những vấn đề cơ bản về thiện và ác[3], cũng như khó mà xác định chính xác phạm vi bảo vệ, giới hạn quyền lực, nhưng các giá trị cơ bản cần phải nêu rõ trong Hiến pháp như tự do, công bằng, dân chủ.

Làm cho từng người dân, dù là người mẹ hay cậu bé, cảm nhận Hiến pháp như là điều gì đó vừa thiêng liêng, vừa gần gũi, "của mình" qua tinh thần, nội dung, qua cách thể hiện ngay trong bản Hiến pháp có lẽ vẫn chưa đủ. Như thực tiễn ở nhiều nước cho thấy, người dân cảm nhận thấy đó là Hiến pháp của mình, khi họ có thể sử dụng Hiến pháp do chính mình làm ra và chuẩn y để bảo vệ các

---

* ***Văn phòng Quốc hội***

1 *Laurence H. Tribe, Thomas K. Landry, Reflections on Constitution- Making, A.U.J.INT'L L.&POL'Y Y, Vol. 8:627, p. 630.*

2 *Hassen Ebrahim, Constitution-Making in South Africa - A Case Study, House of Commons, 9 July 1999.*

3 *Như đã biết, trong quá trình soạn thảo và thông qua, phê chuẩn Hiến pháp Hoa Kỳ đã diễn ra những cuộc tranh luận gay gắt và để đạt mục tiêu ban hành Hiến pháp, các bên đã phải đi đến những cuộc mặc cả, thương lượng xung quanh những vấn đề như nô lệ, sắc tộc, một số tác giả mô tả là "phủ một bóng đen đáng xấu hổ lên lịch sử nước Mỹ". Xem trong: Laurence H. Tribe, Thomas K. Landry, Reflections on Constitution- Making, A.U.J.INT'L L.&POL'Y Y, Vol. 8:627, p. 640.*

quyền và tự do của mình, bảo vệ nền dân chủ. Có nghĩa là Hiến pháp cần được thiết kế để nhân dân ủy quyền mà vẫn không mất quyền.

Chẳng hạn, vào dịp kỷ niệm 200 năm Hiến pháp Mỹ, thẩm phán Tòa án Tối cao Mỹ khi đó là Thurgood Marshall phát biểu, người da đen từng phải làm nô lệ do pháp luật, nhưng cũng được giải phóng nhờ pháp luật, bị tước quyền và phân biệt đối xử do pháp luật, nhưng cũng giành được quyền bình đẳng nhờ pháp luật[4]. Những người đàn ông dự hội nghị lập hiến Philadelphia 1787 có lẽ khó hình dung được hoặc có khi khó chấp nhận được rằng, một ngày nào đó, Hiến pháp họ soạn ra lại được diễn giải bởi một Tòa án Tối cao mà trong đó có cả phụ nữ và hậu duệ của nô lệ da đen. Họ càng không thể hình dung được, một ngày nào đó, một chú bé da đen sinh ra ở một nước đạo Hồi lại trở thành Tổng thống của Hợp chúng quốc Hoa Kỳ (Tổng thống Barack Obama). Sở dĩ có sự đổi thay như vậy, như thẩm phán Marshall nhận xét, nhờ công lao của những người không chịu bằng lòng với những quan niệm lỗi thời về "tự do", "công bằng", "bình đẳng", những ai đấu tranh làm cho các khái niệm đó tốt hơn. "Những người" như vậy không chỉ là các thẩm phán có quyền giải thích Hiến pháp, mà chính là những công dân thế hệ hậu duệ với những quan niệm, khát vọng mới đã góp phần quan trọng làm thay đổi cách tiếp cận của các thẩm phán. Trong quá trình đó, những nguyên tắc hiến định mới đã xuất hiện nhằm đáp ứng những thách thức của một xã hội thay đổi. Chính vì vậy, mỗi người dân đều cảm thấy, đó chính là Hiến pháp "của mình" nhờ liên tục được bảo vệ bởi Hiến pháp và tiếng nói của họ làm Hiến pháp phát triển.

Chính vì tính chất "của nhân dân" này, ghi nhận và thể hiện ý chí, chủ quyền tối thượng của nhân dân, mà ở rất nhiều nước, Tòa án Tối cao, nhất là Tòa án Hiến pháp (với nhiều nhất là 19 người, thường là chưa đến 10 người), nhưng lại có quyền vô hiệu hóa cả những quy phạm do nghị viện - với hàng trăm con người cũng nhận được sự ủy quyền của cử tri - đặt ra. Sự ủy quyền của cử tri cho các nghị sỹ là có thời hạn, trong khi chủ quyền nhân dân được ghi nhận trong Hiến pháp là vô hạn, do đó, nếu luật của nghị viện ban hành mà trái với Hiến pháp thì cũng phải vô hiệu hóa theo phán quyết của Tòa án - thiết chế được Hiến pháp trao thẩm quyền làm điều đó. Như vậy, tính chất "của nhân dân" là cơ sở vững chắc tạo ra tính chính danh cho quyền lực của tư pháp bảo hiến.

2. Hiến pháp do dân

Hiến pháp do dân hàm ý nhân dân có tham gia vào quá trình hình thành và phát triển của Hiến pháp hay không. Trái với suy nghĩ thông thường coi Hiến pháp ở các nước có nền dân chủ lâu đời là khế ước xã hội của đa số, ra đời một cách dân chủ, sự nghiên cứu sâu hơn cho thấy, Hiến pháp ở các nước đó được hình thành bởi các nhóm thiểu số ưu tú[5]. Chẳng hạn, Hiến pháp Mỹ năm 1787 mặc dù được thông qua, sau đó được tất cả các bang phê chuẩn, nhưng lại gặp phải thái độ không hài lòng rộng rãi trong công chúng, mà bằng chứng là ngay tại phiên họp đầu tiên của Quốc hội Mỹ năm 1789 đã có 103 kiến nghị sửa đổi Hiến pháp, trong đó 10 tu chính án được chấp nhận với tên gọi sau này là Tuyên ngôn Nhân quyền[6]. Điều tương tự cũng xảy ra với nhiều bản Hiến pháp nguyên thủy ở châu Âu cuối thế kỷ 19, đầu thế kỷ 20.

4 *Thurgood Marshall, Our Living Constitution, Remarks at the Annual Seminar of the San Fransico Patent and Tradmark Law Assosiation, May 1987.*

5 *Daudi R.Mukangara, Forms and Reforms of Constitution –Making with Reference to Tanzania, paper presented to the 2nd African workshop on Democratic Transitions in East Africa, 1999.*

6 *Daudi R.Mukangara, tlđd.*

Tuy nhiên, từ sau Đại chiến thế giới lần II, quá trình hình thành Hiến pháp ở các nước thường thu hút sự tham gia rộng rãi hơn của công chúng[7]. Trước hết, ở hầu hết các nước, trưng cầu ý dân hay phúc quyết toàn dân là công đoạn không thể thiếu trong quy trình ban hành hoặc sửa đổi Hiến pháp. Đây được coi là hình thức dân chủ trực tiếp trong một nhà nước dân chủ, thể hiện chủ quyền lập hiến của nhân dân, có khả năng biểu thị trực tiếp ý chí của nhân dân đối với Hiến pháp. Nó cũng chính là động lực để người dân tự giác thực hiện các quy định do chính họ quyết định (biểu quyết) thông qua.

Ngoài ra, còn có một số cách thức khác để người dân tham gia đóng góp vào quá trình này như thảo luận toàn dân; trưng cầu ý dân có tính chất tư vấn; thăm dò ý dân... Chẳng hạn, thảo luận toàn dân là cách thức dân chủ, tạo điều kiện người dân có thể thể hiện các quan điểm, chính kiến về toàn bộ Hiến pháp nói chung cũng như đối với từng điều khoản cụ thể của Hiến pháp. Thế mạnh của hình thức này thậm chí so với trưng cầu ý dân, khi mà mỗi người chỉ có thể nói "đồng ý", "không đồng ý", là ở chỗ nó có thể tạo điều kiện để người dân thảo luận, tạo diễn đàn tranh luận. Qua đó, về mặt tâm lý, người dân cảm nhận được vai trò của mình, sự gắn bó của mình với các vấn đề quốc gia. Tuy nhiên, hạn chế

Hộp 1: Các nguyên tắc xây dựng Hiến pháp ở Nam Phi[8]

Trong hai năm 1994-1995, trước khi Hiến pháp Nam Phi được biểu quyết đã diễn ra quá trình tham vấn nhân dân rộng rãi. Sau đây là những nguyên tắc xây dựng Hiến pháp trong quá trình đó ở Nam Phi.

Tính hợp lệ, chính danh: Quá trình hình thành Hiến pháp, các nội dung của Hiến pháp phải nhận được sự ủng hộ chắc chắn, rộng rãi của người dân Nam Phi bất luận khác biệt về hệ tư tưởng.

Thu hút sự tham gia: 40 triệu người dân Nam Phi phải là một phần của quá trình lập hiến, nội dung Hiến pháp phải đại diện cho các quan điểm của họ. Đáng chú ý là người dân nông thôn chiếm tỷ lệ lớn, hầu hết không biết chữ, không có khái niệm về Hiến pháp hay quyền con người.

Công khai, minh bạch: Ba kênh truyền thông: cộng đồng, báo chí, quảng cáo. Chiến lược truyền thông bao gồm thông tin, giáo dục, khơi gợi mối quan tâm của công chúng, tạo diễn đàn công chúng. Ưu tiên vùng nông thôn kém phát triển.

Dễ tiếp cận: Đảm bảo để từng người dân bình thường nhất có điều kiện tham gia quá trình lập hiến. Ví dụ như cung cấp các số điện thoại không mất tiền cho công chúng, các địa chỉ, địa điểm thuận tiện; nhất là phổ biến các thông tin về Hiến pháp, trong đó bản Hiến pháp được dịch bằng các thứ tiếng khác nhau, với ngôn ngữ dễ hiểu.

Liên tục rà soát: Quốc hội lập hiến Nam Phi đã thuê các công ty khảo sát dư luận xã hội về nhận thức, thái độ của công chúng về Hiến pháp, về khả năng tiếp thu ý kiến công chúng, từ đó có hành động thích hợp.

Trách nhiệm giải trình: Quốc hội lập hiến có trách nhiệm báo cáo, giải trình thường xuyên với công chúng về mọi việc đang diễn ra. Ví dụ như cung cấp các dự thảo Hiến pháp cho những người, những nhóm gửi ý kiến.

Tầm quan trọng của quá trình: Điều rất quan trọng là quá trình điều đình, thỏa thuận, tranh luận để đi đến các nguyên tắc, các quyết định thậm chí còn khó khăn, kéo dài hơn quá trình thảo luận về các nội dung của Hiến pháp.

---

7 *Tom Ginsburg, Zachary Elkins, and Justin Blount, Does the Process of Constitution-Making Matter? Annu. Rev. Law Soc. Sci. 2009. 5:201–23, P.208.*

8 *Hassen Ebrahim, Constitution-Making in South Africa - A Case Study, House of Commons, 9 July 1999.*

cơ bản là ở điểm mấu chốt của vấn đề: những gì sẽ được chấp nhận, những ý kiến nào sẽ không được chấp nhận lại không thuộc thẩm quyền của nhân dân.

Mặt khác, sự tham gia của nhân dân trong quá trình soạn thảo, sửa đổi Hiến pháp sẽ không có nhiều ý nghĩa đối với chất lượng Hiến pháp, nếu không có những điều kiện kèm theo. Không phải tất cả những người tham gia đều am hiểu như nhau về những vấn đề được đưa ra trưng cầu ý dân hoặc thảo luận toàn dân, nhất là đối với các cử tri có trình độ thấp không đánh giá đúng mức ý nghĩa chính trị và pháp lý khi bỏ phiếu. Do đó, trưng cầu ý dân về các vấn đề quan trọng, đại sự như Hiến pháp nếu thiếu sự giáo dục, truyền thông, thảo luận công khai tại các nhóm cư dân, tại nghị viện thì kết quả có thể sẽ mang tính tiêu cực. Các câu hỏi được đưa ra trưng cầu ý dân phải được nêu cụ thể, rõ ràng, dễ hiểu, không thể mập mờ hiểu nước đôi. Nếu không, cử tri sẽ khó khăn, phát sinh những vấn đề khi lựa chọn phương án trả lời và như vậy kết cục, kết quả được thông qua do trưng cầu ý dân sẽ không đáp ứng được yêu cầu đề ra. Cũng cần phải thấy rằng, để trưng cầu ý dân có ý nghĩa thực chất chứ không phải giả tạo thì việc trưng cầu ý dân phải được tiến hành minh bạch, công khai, dân chủ *(xem Hộp 1)*.

Các tác giả Tom Ginsburg, Zachary Elkins, and Justin Blount điểm lại những phát hiện chính trong các tài liệu về sự tham gia của công chúng trong quá trình ban hành, sửa đổi Hiến pháp như sau[9]:

Thứ nhất, nếu cho rằng các nhà thiết kế, xây dựng Hiến pháp có xu hướng quan tâm đến lợi ích riêng tư, bỏ qua lợi ích chung, cần thu hút tối đa sự tham gia của công chúng để phòng chống xu hướng này. Ngược lại, nếu tin tưởng các nhà thiết kế và xây dựng Hiến pháp tiếp nhận lợi ích công chúng, lúc đó quá trình làm Hiến pháp có thể chỉ cần sự tham gia ít hơn của công chúng, dành đất nhiều hơn cho giới tinh hoa tranh luận[10].

Thứ hai, giữa sự tham gia của công chúng và khả năng giới hạn quyền lực của chính quyền bởi Hiến pháp có mối liên quan với nhau. Bởi lẽ, nếu sự tham gia đó là thực chất, nó sẽ là một dịp cho nhân dân thảo luận, nhận thức được những giới hạn đối với quyền lực của chính quyền, làm cho nhân dân hiểu rõ hơn có thể sử dụng những cơ chế nào của Hiến pháp để ngăn ngừa hoặc chống lại sự vi phạm giới hạn từ phía chính quyền. Tuy nhiên, một tác giả nhận xét, sự hiện diện các cơ chế như thế chưa đủ, mà cần phải có một xã hội dân sự đủ lớn mạnh để biết và có thể sử dụng các cơ chế đó[11].

Thứ ba, sự tham gia rộng rãi, thực sự của công chúng vào quá trình hình thành Hiến pháp cũng làm tăng "tuổi thọ" của Hiến pháp, vì khi được tham gia ngay từ giai đoạn hình thành Hiến pháp, các chủ thể trong xã hội sẽ viện đến Hiến pháp nhiều hơn, tuân thủ Hiến pháp tốt hơn, tức là làm cho Hiến pháp có tác dụng trên thực tế, chứ không phải Hiến pháp "chết". Một trong những ví dụ điển hình được viện dẫn ở đây là Hiến pháp 1996 của Nam Phi cho đến nay vẫn có hiệu lực, trong khi nhiều Hiến pháp của các nước châu Phi khác thì không.

Thứ tư, mức độ người dân tham gia trong quá trình hình thành Hiến pháp cũng ảnh hưởng đến phạm vi, mức độ của các quyền hiến định của công dân. Ví dụ, Tuyên ngôn Nhân quyền được bổ sung vào Hiến pháp Mỹ

---

9 Tom Ginsburg, Zachary Elkins, and Justin Blount, Does the Process of Constitution-Making Matter? Annu. Rev. Law Soc. Sci. 2009. 5:201–23.

10 Tom Ginsburg, Zachary Elkins, and Justin Blount, Does the Process of Constitution-Making Matter? Annu. Rev. Law Soc. Sci. 2009. 5:201–23, P.210.

11 Burnell P. 2008. The relationship of accountable governance and constitutional implementation, with reference to Africa. J. Polit. Law 1(3):10–24, trích theo Tom Ginsburg, Zachary Elkins, and Justin Blount, p.216.

chỉ sau khi có sự tranh luận rộng rãi trong công chúng, mặc dù trước đó phe chống liên bang đã vận động đưa các quyền con người vào bản Hiến pháp ban đầu và đạt được điều này trong quá trình phê chuẩn. Một nghiên cứu về quy trình ban hành, sửa đổi Hiến pháp ở 12 nước cho thấy, quy trình có tính đại diện và thu hút sự tham gia nhiều hơn thì tạo ra Hiến pháp với những quy định thuận lợi cho bầu cử tự do và công bằng, bình đẳng về chính trị, công bằng xã hội, bảo vệ quyền con người, cơ chế áp đặt trách nhiệm giải trình mạnh hơn[12]. Dẫn lại nhận định này, các tác giả Tom Ginsburg, Zachary Elkins, and Justin Blount cho rằng, cần kiểm chứng thêm ở phạm vi rộng hơn. Mặt khác, trong phạm vi 12 nước, những phát hiện nói trên cũng đáng lưu ý để thiết kế quy trình ban hành, sửa đổi Hiến pháp với sự tham gia của nhân dân. Hơn nữa, một tác giả khác chứng minh, các quy định về quyền trong Hiến pháp nếu được áp từ bên ngoài hoặc từ trên xuống thường không được thông hiểu.

Thứ năm, bên cạnh những nước như Nam Phi, sự tham gia rộng rãi của công chúng trong quá trình ban hành Hiến pháp dẫn đến việc bảo vệ quyền công dân tốt hơn, hệ thống chính quyền hiệu quả hơn, sự thực thi tốt hơn. Những nước như Thái Lan, Ethiopia, sự tham gia của công chúng vào quá trình sửa đổi Hiến pháp không gây ảnh hưởng gì đến hệ thống chính quyền. Thậm chí như ở Thái Lan, vào năm 2006, Hiến pháp 1997 của nước này đã hết thời, mặc dù trước đó quá trình sửa đổi đã thu hút sự tham gia của công chúng[13]. Ngược lại, Hiến pháp những nước như Đức (1949), Nhật (1947) ra đời từ sự áp đặt của liên minh, hoặc như Hiến pháp các nước Đông Âu là kết quả thương lượng của giới ưu tú, nhưng lại tạo ra trật tự hiến pháp lành mạnh.

3. Hiến pháp vì dân

Điều thú vị là, mặc dù ban đầu do một nhóm thiểu số của giới ưu tú xây dựng nên, có những Hiến pháp, nhất là Hiến pháp Mỹ được đánh giá rất cao và trường tồn nhờ có tính chất vì dân. Tính chất vì dân thể hiện rõ nhất trong ý đồ, thiết kế, nội dung, cấu trúc nhằm bảo vệ các quyền và tự do của con người, kể cả các quy định về chính quyền. Trong lịch sử nước Mỹ, không ít trường hợp người dân, xã hội Mỹ đã cuốn vào những cuộc tranh luận với những quan điểm trái ngược nhau, nhưng đều bắt rễ sâu từ những giá trị nhân văn vì con người của Hiến pháp. Chẳng hạn, dựa trên nguyên tắc hiến định về sự bình đẳng, năm 1954 Tòa án Tối cao Hoa Kỳ đã tuyên rằng, các tiểu bang quy định phân biệt các trường công theo màu da là phân biệt chủng tộc, là vi hiến[14]. Thế nhưng, phán quyết này của Tòa án lại gặp phải sự phê phán khá gay gắt, thậm chí từ nhiều người theo xu hướng ôn hòa, vì họ cho rằng, phán quyết đã đi ngược lại nguyên tắc trung lập của quyền tự do lập hội bảo vệ những sinh viên không muốn cùng hội với người có màu da khác. Một tác giả nhận xét, dĩ nhiên lập luận của Tòa án thuyết phục hơn, nhưng điều quan trọng hơn là, Hiến pháp Mỹ đã tạo khoảng không cho mọi quan điểm gần với con tim của từng công dân được thể hiện[15]. Như vậy, ở đây có thể nhận thấy quyền con người được Hiến pháp bảo vệ trên ba phương diện: phán quyết của Tòa án Tối cao bảo vệ quyền bình đẳng; những người phản đối phán quyết dựa trên sự ghi nhận của Hiến

---

12 Samuels K. 2006. Constitution Building Processes and Democratization: A Discussion of Twelve Case Studies. Geneva: IDEA.

13 Tom Ginsburg, Zachary Elkins, and Justin Blount, Does the Process of Constitution-Making Matter? Annu. Rev. Law Soc. Sci. 2009. 5:201–23, P.216. Xem thêm về sự tham gia của công chúng trong quá trình sửa đổi Hiến pháp 1997 của Thái Lan trong Đặng Minh Tuấn, Một số vấn đề về xây dựng các tiêu chí và phương pháp tổng kết việc thi hành Hiến pháp, bài viết cho Hội thảo "Xây dựng các tiêu chí và phương pháp tổng kết việc thi hành Hiến pháp phục vụ việc sửa đổi, bổ sung Hiến pháp 1992", Viện Nghiên cứu Lập pháp và UNDP Hà Nội, 7/2011.

14 Brown v. Board of Educ., 347 U.S. 483 (1954).

15 Laurence H. Tribe, Thomas K. Landry, tlđd.

pháp về quyền tự do lập hội; và chính cuộc tranh luận xung quanh phán quyết này xuất phát từ sự ghi nhận trong Hiến pháp về quyền tự do ngôn luận.

Các nhà lập hiến Mỹ xuất phát từ tư tưởng của các triết gia Khai Sáng châu Âu như Montesquieu, theo đó không một chính quyền nào được quyền sở hữu toàn bộ quyền lực - thuyết phân chia quyền lực; và chủ quyền nhân dân của Jean-Jacques Rousseau - quyền lực bắt nguồn và luôn nằm ở nơi nhân dân - người có quyền phân chia và lấy lại những quyền lực khi họ thấy cần thiết[16]. Với mục tiêu bảo vệ các quyền con người, chính quyền Mỹ được thiết kế theo kỹ thuật phân quyền, kiềm chế và đối trọng quyền lực để chính quyền không thể sử dụng quyền lực để áp chế tự do. Các tài liệu nghiên cứu trên thế giới thường tập trung phân tích cơ chế phân quyền, kiềm chế và đối trọng trong Hiến pháp Mỹ giữa ba quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp, giữa chính quyền liên bang và tiểu bang. Thế nhưng, kiềm chế và đối trọng quyền lực còn cần được đặt trong mối quan hệ với vai trò của các chính đảng. Các tác giả của bài viết nhan đề "Phân chia giữa các đảng, chứ không phải phân chia quyền lực" nhận xét, ngành hiến pháp học ở Mỹ cần thừa nhận vai trò trung tâm của các chính đảng trong hệ thống chính quyền Mĩ[17]. Điều đó đòi hỏi phải xem lại quan niệm truyền thống về phân chia quyền lực, vì các nhánh quyền lực vận hành rất khác nhau phụ thuộc vào việc chúng có chịu sự kiểm soát của cùng một đảng hay không. Dù vô tình hay hữu ý, nhưng thiết kế nhiệm kỳ trong Hiến pháp Mỹ đã ngăn ngừa nguy cơ tập trung quyền lực vào một đảng. Theo Hiến pháp Mỹ, nhiệm kỳ của Hạ viện là hai năm, Thượng viện là sáu năm, Tổng thống là bốn năm, và thẩm phán Tòa án Tối cao là suốt đời. Cơ chế này làm cho một chính đảng hầu như không thể nắm quyền kiểm soát tất cả các đòn bẩy quyền lực vào một thời điểm, cũng như ngăn ngừa việc sửa đổi Hiến pháp tùy tiện, theo ý chí của một thế lực. Thế lực nào muốn thay đổi căn bản hiến pháp thì phải thuyết phục cử tri ở nhiều cuộc bầu cử liên tục nhằm kiểm soát cả ba nhánh quyền lực trong thời gian đủ dài để đạt được đột phá về hiến pháp dưới dạng các đạo luật lớn và những án lệ hiến pháp quan trọng.

Với các quy định về giới hạn chính quyền để bảo vệ quyền con người, đồng thời lại kê khai chi tiết các quyền con người mà chính quyền không được vi phạm, Hiến pháp Mỹ thực sự là hiến pháp vì dân, vì quyền. Hơn thế, Tu chính án thứ chín trong Tuyên ngôn Nhân quyền còn quy định thêm: "Không được diễn giải việc liệt kê các quyền nhất định trong Hiến pháp để phủ nhận hoặc xem thường các quyền khác do nhân dân nắm giữ". Như vậy là, lo ngại việc liệt kê chi tiết các quyền con người có thể là cái cớ cho ai đó nại ra rằng, tất cả những gì không được liệt kê ở Hiến pháp thì không được coi là quyền, Tu chính án thứ chín đã được đưa vào Tuyên ngôn Nhân quyền.

Cũng trên phương diện ghi nhận và bảo vệ các quyền và tự do của con người, Hiến pháp 1949 của Liên bang Đức có cách tiếp cận khác. Theo các học giả Đức, Hiến pháp này là sự tuyệt giao với quá khứ của một nền dân chủ lỗi thời (Cộng hòa Weimar) và chế độ phát xít "ghê tởm", trong đó các quy định về các quyền cơ bản là phản ứng rõ rệt nhất đối với quá khứ này[18]. Thậm chí, để nhấn mạnh, trong khi Hiến pháp Mỹ sau này mới bổ sung Tuyên ngôn Nhân quyền[19], Hiến

16 *Xem thêm về quá trình hình thành, những tư tưởng chính của Hiến pháp Mỹ trong Nguyễn Cảnh Bình, Hiến pháp Mỹ được làm ra như thế nào, Nxb. Tri thức, 2005.*

17 *Daryl J. Levinson & Richard H. Pildes, Separation of Parties, Not Powers, 119 HARV. L. REV. 2311, 2332–34, 2338–47 (2006).*

18 *Susanne Baer, Christian Boulanger, Alexander Klose and Rosemarie Will, The Basic Law at 60 – Introduction to the Special Issue, German Law Journal, Vol. 11 No. 01, 2010, p. 3.*

19 *Thực ra, trong bản nguyên thủy của Hiến pháp Mỹ cũng đã có một số quy định bảo vệ các quyền công dân ở các khoản 2 và 3 của Điều 9 gồm quyền không bị coi là tội phạm khi chưa bị tòa kết án; không được ban hành luật để kết tội hoặc trừng phạt một công dân; cấm không được áp dụng luật hồi tố.*

pháp Đức đưa chương về quyền con người lên đầu. Nhưng quan trọng hơn, Hiến pháp Đức sắp xếp thứ tự các quyền như sau: trước hết là nhân phẩm (không được thể hiện trực tiếp trong Hiến pháp Mỹ), tiếp đó là tự do và bình đẳng; sau nữa là các quyền khác. Để tránh những bài học cay đắng từ quá khứ, các nhà lập hiến Đức nhấn mạnh sự bất khả xâm phạm của nhân phẩm, và coi các quyền con người không phải do nhà nước ban cho, mà vốn có từ lúc sinh ra, chính các quyền đó tạo ra giới hạn hành động của nhà nước[20]. Giáo sư luật Mahlmann chứng minh đây không phải là một khái niệm chung chung, mà là một "khái niệm pháp lý thực tế" có thể áp dụng thành công trong đời sống pháp lý thường ngày[21]. Sau khi dẫn ra những bằng chứng rộng khắp từ lịch sử, tôn giáo, triết học, ông còn nhấn mạnh, nhân phẩm không phải là tư tưởng của riêng nước Đức, mà là một phần của văn hóa pháp lý toàn cầu dựa trên nền tảng nhân loại học[22]. Một số văn kiện quan trọng của luật quốc tế về quyền con người đã ghi nhận trực tiếp về nhân phẩm.

Hiến pháp ở các nước châu Á như Nhật Bản, Hàn Quốc cũng rất chú trọng đến việc ghi nhận, bảo vệ quyền con người. Phần viết về quyền con người chiếm một khối lượng lớn trong toàn bộ bản Hiến pháp của Nhật Bản. Trong 103 điều của Hiến pháp thì có tới 31 điều nói về quyền và nghĩa vụ của nhân dân, mô tả chi tiết và phản ánh cam kết tôn trọng các quyền cơ bản của con người một cách rõ ràng trong Hiến pháp. Còn ở Hàn Quốc, đáng chú ý là Chương II của Hiến pháp "Quyền và nghĩa vụ của công dân" (từ Điều 10 đến Điều 39) được coi như đạo luật về quyền con người của Hàn Quốc, quy định các quyền cơ bản của con người và quyền công dân. Hiến pháp Hàn Quốc mặc dù đã sửa nhiều lần, nhưng chương về quyền này gần như được giữ nguyên, ít có sự thay đổi.

Không những ghi nhận, một Hiến pháp vì dân còn cần tạo ra cơ chế bảo hiến để bảo đảm quyền tự do của công dân không bị xâm phạm từ phía các cơ quan nhà nước. Ví dụ ở Đức, tỷ lệ thắng kiện của công dân ở Toà án Hiến pháp chỉ là gần 1,5% (người dân Đức nói đùa: Thà chơi xổ số còn hơn đi kiện ở Toà án Hiến pháp). Nhưng 1,5% đó có giá trị làm gương, răn đe đối với các cơ quan công quyền trong việc đối nhân xử thế với công dân, còn từ phía khác, mỗi một công dân nhỏ bé đều cảm nhận được vị thế lớn lao của mình[23]. Cảm giác của người dân rất quan trọng, vì nói như Montesquieu, "tự do (của người dân) xuất phát từ niềm tin rằng (họ) được sống trong sự an toàn". Hiến pháp vì dân sẽ tạo ra niềm tin ấy, rằng họ có thể trông cậy vào các cơ chế hiến định để bảo vệ các quyền, tự do của mình, để được sống trong sự an toàn.

4. Hiến pháp "sống" với đời

Nói chung, ở nhiều nước, từ Nam Phi[24], qua Mỹ[25], Úc[26], đến Đức[27], Pháp[28], Nhật[29] v.v.., các nhà nghiên cứu và hoạt động thực tiễn thường nhấn mạnh, cải cách hiến pháp không phải là

20 *Susanne Baer, Christian Boulanger, Alexander Klose and Rosemarie Will, tlđd.Matthias Mahlmann, The Basic Law at 60 – Human Dignity and the Culture of Republicanism, Gerrman*
21 *Law Journal, Vol. 11 No. 01, 2010, p.9-31.*
22 *Matthias Mahlmann, tlđd.*
23 *Giáo sư Umbach, CHLB Đức, Hội thảo về Toà án Hiến pháp CHLB Đức ngày 14/3/2003 do Uỷ ban Pháp luật của Quốc hội tổ chức.*
24 *D J Brand, Constitutional Reform: The South African Experience, 33 Cumberland Law Review 1 2002-2003;*
25 *David A. Strauss, The Living Constitution, Oxford University Press, 2010.*
26 *James Allan and Michael Kirby, A Public Conversation on Constitutionalism and Judiaciry Between Professor James Allan and Hon Michael Kirby AC CMG, 1032 Melbourne University Law Review 1057 [Vol 33: 2009].*
27 *German Law Journal, Special Issue on the Federal Constitutional Court, 2010.*
28 *Cynthia Vroom, Constitutional Protection of Individual Liberties in France: Conseil Constitutionnel Since 1971, 63 Tulane Law Review 265 1988-1989.*
29 *Kenneth L.Port & Gerald Paul McAlinn, (2003) Comparative Law: Law and Legal Process in Japan, 2nd Ed., Chapter 5: Constitutional Law, pp.181-359.*

một sự việc nhất thời, mà là một hành trình diễn ra liên tục, trong đó Hiến pháp phải là một thực thể sống, và sức sống đó được "trui rèn" qua những lần sửa đổi, qua hoạt động lập pháp của nghị viện và nhất là qua tinh thần áp dụng Hiến pháp trong thực tiễn của các thiết chế tài phán hiến pháp (Tòa án Tối cao, Tòa án Hiến pháp, Hội đồng Bảo hiến) mang lại hiệu lực thực tế cho các quy phạm hiến pháp.

Chẳng hạn, người ta thường đặt câu hỏi: làm sao mà Hiến pháp Mỹ, bản Hiến pháp vốn là của một thực thể gồm các bang rời rạc hợp lại hơn 200 năm trước lại có thể trường tồn trong điều kiện thế giới thay đổi liên tục như vậy? Có phải Hiến pháp "sống với đời" là Hiến pháp phát triển, thay đổi, thích nghi với những bối cảnh mới? Nếu vậy, giải thích như thế nào, khi mà những tu chính án quan trọng nhất được đưa vào bản Hiến pháp này từ hơn 150 năm trước, còn sau đó chỉ là những tu chính án về các vấn đề ít quan trọng?[30]. Hay như Hiến pháp Đức 1949, qua 60 năm, mặc dù có đến 55 sửa đổi, nhưng đó hầu như chỉ là những sửa đổi ít quan trọng, vậy chúng có đủ để biến Hiến pháp thành thực thể sống hay không? Hơn nữa, nếu quan niệm Hiến pháp "sống với đời" là Hiến pháp thích nghi, thay đổi theo thời gian, sẽ có rủi ro rất lớn là sẽ có "ai đó" thao túng Hiến pháp, "ai đó" sẽ thay đổi Hiến pháp theo quan niệm, ý chí chủ quan của họ về Hiến pháp. Mà như thế thì Hiến pháp sẽ hoàn toàn không còn là Hiến pháp nữa, thậm chí không còn là luật nữa. Vậy làm thế nào để Hiến pháp "sống với đời", thích nghi, thay đổi, nhưng đồng thời lại ổn định, không bị con người thao túng?

Đi tìm câu trả lời, có tác giả viết, ở nước Mỹ, trong suốt thế kỷ qua, những công dân bình thường nhất đã chuyển sang coi mình trước hết là người Mỹ thực sự như câu mở đầu của Hiến pháp "Chúng ta, nhân dân Hợp chúng quốc Hoa Kỳ…", rồi sau đó mới là người Caliphornia hay Texas[31]. Sự biến đổi về ý thức này mang lại ý nghĩa sâu sắc hơn cho những thay đổi về thiết chế đã vượt quá suy nghĩ của các nhà sáng lập Hiến pháp, mà điển hình là vai trò ngày càng nổi trội của thiết chế Tổng thống trong quy trình lập pháp. Sự việc Franklin Roosevelt và Lydon Johson nhận được sự ủng hộ rộng rãi của dân chúng đối với những thay đổi đột phá liên quan đến Hiến pháp cho thấy, "Chúng ta, nhân dân Hợp chúng quốc Hoa Kỳ…" thể hiện ý chí hiến định qua những thiết chế quốc gia, chứ không chỉ qua hệ thống các tiểu bang như quy định tại Điều V của Hiến pháp[32]. Những công dân bình thường luôn được nhắc nhở rằng, chủ quyền nhân dân không mất đi, mà nhân dân vẫn là người chủ động điều tiết các vấn đề của chính mình. Và "đó chính là điểm khởi đầu cho toàn bộ sự thông thái"[33].

Hơn nữa, ở nhiều nước, nhất là các nước thuộc hệ thống thông luật, thẩm quyền của các thiết chế tài phán bảo hiến đã làm nên sức sống lâu dài của Hiến pháp, vì qua mỗi vụ việc, cách giải thích Hiến pháp trong các phán quyết của Tòa án liên quan đến các vấn đề hiến định đã thường xuyên bồi đắp dần dần nền tảng do bản văn Hiến pháp tạo ra, như những lớp phù sa qua hàng trăm năm bồi đắp đất bãi ven sông[34]. Giáo sư Bruce Ackerman tại Đại học Yale gọi đây là "sự tích tụ xuyên thế hệ", khi các giá trị Hiến pháp của thế hệ này hòa quyện với các giá trị của thế hệ trước,

30 *David A. Strauss, The Living Constitution, Oxford University Press, 2010, p.3.*

31 *Ackerman, Bruce, "The Holmes Lectures: The Living Constitution" (2007). Yale Law School Faculty Scholarship, Faculty Scholarship Series. Paper 116. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/116; Harvard Law Review ,Vol. 120: 1737, pp. 1809-1810.*

32 *Ackerman, Bruce, tlđd, p. 1811.*

33 *Ackerman, Bruce, tlđd.*

34 *Xem thêm về quan niệm, các phương pháp, ảnh hưởng của giải thích hiến pháp ở Mỹ, Canada, CHLB Đức, Ấn Độ, Australia, Nam Phi trong: Jeffrey Goldsworthy (ed.), Interpreting Constitutions, Oxford University Press, 2006.*

mà có khả năng là cách giải thích Hiến pháp của thế hệ sau không chấp nhận được đối với thế hệ lập hiến, nhưng lại hợp lệ trong một hệ thống các giá trị của những người hậu thế[35]. Giáo sư hiến pháp học người Mỹ Strauss trong cuốn sách mới ra năm 2010 "Hiến pháp sống với đời" (The Living Constitution) nhận xét, chế độ hiến pháp Mỹ gắn với một nguồn luật lâu đời, có trước bản thân Hiến pháp hàng trăm năm - đó là thông luật, một hệ thống không phải xây trên nền một bản văn có tính quyền năng, căn bản, gần như là thiêng liêng như Hiến pháp, mà xây trên nền của những án lệ và truyền thống được tích tụ qua các thời đại[36]. Những án lệ đó tạo khoảng không cho việc thích nghi và thay đổi, nhưng chỉ trong giới hạn nhất định và những cách thức đã bắt rễ sâu trong quá khứ. Với ý nghĩa như vậy, chế độ hiến pháp Mỹ là một dạng thông luật, trong đó, các án lệ và những thông lệ trong quá khứ cũng quan trọng như bản thân Hiến pháp thành văn. Theo Strauss, Hiến pháp thông luật đó vừa "sống với đời" hiểu theo nghĩa thích ứng, thay đổi theo thời cuộc, đồng thời vừa bảo vệ những nguyên tắc, giá trị căn bản trước sức ép của những quan niệm, ý chí chủ quan nhất thời, không cho phép một ai có thể thao túng, diễn giải theo ý niệm của riêng mình. Cũng từ góc độ này, một tác giả nhận xét, ví dụ của Tu chính án thứ chín (đã được đề cập ở phần trên) là một bằng chứng "sống" về một Hiến pháp "sống" (a living onstitution)[37]; hoặc một tác giả khác nhận xét, Tu chính án thứ chín làm cho Hiến pháp "được sống" (the Lived Constitution)[38], hiểu theo nghĩa nhân dân luôn sử dụng "các quyền khác do nhân dân nắm giữ" được nhắc đến trong Tu chính án thứ chín.

Như vậy, các nguyên tắc, giá trị căn bản được minh định trong Hiến pháp là nền tảng vững chắc để Hiến pháp bền vững, ổn định. Nhưng mặt khác, để trường tồn, phát triển, thay đổi kịp cùng với thời gian, các nguyên tắc đó lại phải đặt trong "hệ thống các giá trị của những người hậu thế". Một tác giả viết, nếu Tòa án Tối cao Mỹ cứ áp dụng các quy định của Hiến pháp theo đúng nghĩa nguyên thủy thì việc phân biệt các trường công theo màu da là hợp hiến; chính phủ được quyền phân biệt đối xử với phụ nữ; chính phủ liên bang có thể phân biệt đối xử với các nhóm sắc tộc thiểu số vào bất kỳ lúc nào chính phủ muốn; Tuyên ngôn Nhân quyền không thể áp dụng đối với chính quyền các tiểu bang; các tiểu bang có thể thoải mái vi phạm nguyên tắc "mỗi người một phiếu" trong tổ chức bầu cử; nhiều đạo luật liên bang về lao động, môi trường, bảo vệ người tiêu dùng sẽ vi hiến v.v..[39]. Trong lịch sử lập hiến của Mỹ, Anh, Canada, Australia... đã có nhiều trường hợp Tòa án giải thích, áp dụng Hiến pháp và phán quyết không theo như cách hiểu nguyên thủy vào thời Hiến pháp được ban hành, ví dụ như vụ kiện rất nổi tiếng *Brown v. Board of Education* ở Mỹ; hoặc một số phán quyết của Tòa án Tối cao Australia đã mang lại cách hiểu mới về những khái niệm trong Hiến pháp *(xem Hộp 2)*[40].

---

35 Bruce Ackerman, 1 We the People: Foundations 113 (1991), dẫn theo Laurence H. Tribe, Thomas K. Landry, Reflections on Constitution- Making, A.U.J.INT'L L.&POL'Y Y, Vol. 8:627, p.633.

36 David A. Strauss, The Living Constitution, Oxford University Press, 2010, p.3.

37 William V. Dunlap, (2004) A Living Constitution and a Living Bill of Rights, Sacred Heart University Review, Vol. 24: Iss. 1, Article 2, p.26; Available at: http://digitalcommons.sacredheart.edu/shureview/vol24/iss1/2 38 Akhil Reed Amar, America's Lived Constitution, Yale Law Journal, 120: 1734, 2011.

39 David A. Strauss, The Living Constitution, Oxford University Press, 2010, p.11-16.

40 Xem thêm vai trò sáng tạo pháp luật và cách tiếp cận của Tòa án Tối cao Australia đối với án lệ trong các vụ kiện có những vấn đề liên quan đến Hiến pháp trong Nguyễn Đức Lam, Án lệ ở Úc: Khái niệm, lịch sử, nguyên tắc và các cơ chế thực hiện, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, tháng 7/số 13- 2011.

Không những ở các nước thông luật, thực tiễn ở các nước dân luật cho thấy, vai trò của tài phán hiến pháp, cụ thể là của Tòa án bảo hiến rất lớn trong việc cập nhật Hiến pháp, làm cho Hiến pháp đáp ứng những thay đổi trong xã hội. Dieter Grimm, cựu thẩm phán Tòa án Hiến pháp Liên bang Đức, hiện là giáo sư luật học đại học Humbold nhận xét, mặc dù trong 60 năm qua, Hiến pháp Đức được sửa đổi 55 lần, và chỉ còn một nửa trong tổng số các điều là còn giữ nguyên như năm 1949, nhưng hầu hết những thay đổi quan trọng của Hiến pháp Đức không thể tìm thấy trong bản văn, mà chính là nhờ các phán quyết của Tòa

Hộp 2: Hiến pháp được cập nhật bởi Tòa án Tối cao

1. Vụ Brown v. Board of Education[41]

Dựa trên nguyên tắc hiến định trong Tu chính án thứ 14 về quyền bình đẳng, năm 1954 Tòa án Tối cao Hoa Kỳ đã tuyên rằng, các tiểu bang quy định phân biệt các trường công theo màu da là phân biệt chủng tộc, là vi hiến.

Điều thú vị là vào thời điểm ra đời, Tu chính án thứ 14 không được hiểu là cấm phân biệt chủng tộc trong các trường công. Ở các bang miền Bắc thậm chí trẻ em gốc Phi còn không được đến trường; Quốc hội Mỹ, nơi đề xuất Tu chính án này còn phân biệt các trường công ở D.C. theo màu da; ngay khi Thượng viện thảo luận về Tu chính án, khu vực cho người dân vào xem cũng phân biệt theo màu da.

Tòa án Tối cao khi phán xét vụ kiện, mặc dù biết trước sẽ gặp phải sự phản đối trong xã hội, nhưng vẫn đưa ra phán quyết như trên. Tòa cho rằng, "chúng tôi không thể quay ngược kim đồng hồ trở lại với năm 1868 khi Tu chính án được phê chuẩn".

2. Một số phán quyết của Tòa án Tối cao Australia[42]

Quy trình thủ tục sửa đổi Hiến pháp Australia rất ngặt nghèo, khiến cho bản văn Hiến pháp rất khó và rất ít thay đổi. Tuy nhiên, trong nhiều trường hợp, Tòa án Tối cao đã cập nhật Hiến pháp thông qua giải thích Hiến pháp.

Hiến pháp năm 1900 của Australia trao quyền cho Liên bang "phòng vệ bằng hải quân và lục quân của Liên bang". Lực lượng không quân khi đó còn chưa được biết tới. Tuy nhiên, Tòa án Tối cao đã không gặp phải trở ngại gì trong việc giải thích những từ ngữ đó để đưa vào nội dung thành lập lực lượng không quân, mà không cần phải sửa đổi Hiến pháp.

Theo Hiến pháp năm 1900, Liên bang được trao quyền về "bưu chính, điện tín, điện thoại và những dịch vụ khác". Tuy nhiên, quyền này đã được mở rộng ra tới cả phát thanh và truyền hình, và gần đây hơn là Internet. Vì rất đơn giản, những dịch vụ này được coi là "những dịch vụ khác".

Năm 1900, Liên bang được trao quyền lập pháp liên quan đến "các vấn đề đối ngoại". Khi đó, người ta dự định là quyền này rất hạn chế, thực tế được thực hiện bởi Chính quyền đế quốc Anh. Tuy nhiên, Tòa án Tối cao trong một loạt quyết định của mình đã cho rằng trên thực tế đây là một quyền rất rộng.

Trong một vụ kiện, Tòa phán quyết ngừng xây dựng một con đập tại Tasmania đã được Chính quyền và Nghị viện bang cho phép, vì lý do là khu vực đó đã trở thành Khu vực Di sản Thế giới theo một hiệp định với UNESCO. Đây là việc bảo vệ môi trường, một chủ đề mà người ta chưa từng nghĩ tới vào năm 1900.

41 *David A. Strauss, The Living Constitution, Oxford University Press, 2010, p.12.*

42 *William Edeson, Quy trình, thủ tục xem xét, thông qua Hiến pháp ở Australia, bài viết cho hội thảo của Viện Nghiên cứu Lập pháp, 8/2010.*

án Hiến pháp nước này[43]. Giáo sư Grimm nhấn mạnh, Tòa án Hiến pháp coi các quyền hiến định là sự thể hiện về mặt pháp lý những giá trị định hướng việc xác định hàm nghĩa, mục đích của quy phạm hiến pháp, và những mục đích đó phải đặt trong thực tiễn xã hội, coi thực tiễn là một phần hữu cơ của giải thích Hiến pháp. Như vậy, Tòa án Hiến pháp Đức có cách hiểu ba chiều về quy phạm hiến pháp: văn bản Hiến pháp cộng mục đích của quy phạm cộng bối cảnh áp dụng[44]. Chính vì vậy, Tòa án Hiến pháp qua các phán quyết của mình về quyền con người đã thay đổi hàm nghĩa của Hiến pháp với tư cách là công cụ giới hạn thẩm quyền của các chủ thể chính trị. Thay vì chỉ bám vào câu chữ, Tòa đã sử dụng phương pháp giải thích Hiến pháp sáng tạo, rộng mở để mang lại sức sống đời thường cho các nguyên tắc hiến định căn bản.

Không những thế, Hiến pháp và thực tiễn hiến pháp ở Đức, nhất là hoạt động của Tòa án Hiến pháp đã thay đổi xã hội Đức, biến đổi văn hóa chính trị và văn hóa pháp lý, biến hệ thống pháp luật có tính pháp chế thành hệ thống dựa trên các giá trị hiến định. Như Brigitte Zypries, cựu Bộ trưởng Tư pháp Đức nhận xét, trong khi trước Hiến pháp 1949, ở Đức mọi vấn đề hiến pháp đều là vấn đề quyền lực, thì sau 1949, nhất là với vai trò của Tòa án Hiến pháp, mọi vấn đề quyền lực đều là vấn đề hiến pháp, có nghĩa là dù giải quyết vấn đề gì của chính quyền, người ta đều giở Hiến pháp ra và tìm đến các phán quyết của Tòa án Hiến pháp, theo giới hạn của Hiến pháp đặt ra, mà các quyền hiến định là giới hạn quan trọng nhất[45]. Thực tiễn này là bằng chứng không thể thuyết phục hơn về sức sống của Hiến pháp trong đời sống xã hội Đức.

Còn ở Pháp, từ năm 1971, thẩm quyền của Hội đồng Bảo hiến được mở rộng sang lĩnh vực quyền và tự do công dân được nhắc đến trong Lời nói đầu của Hiến pháp 1958, theo đó Hội đồng kiểm tra sự phù hợp của luật không chỉ đối với các quy phạm của Hiến pháp, mà còn đối với Lời nói đầu[46]. Các nhà hiến pháp học người Pháp đánh giá rất cao ý nghĩa pháp lý của sự kiện này. Giáo sư J. Riverou gọi đó là "một động thái có ý nghĩa lịch sử". J. Robert viết: "Chưa bao giờ có được một bước tiến quan trọng như vậy trong việc bảo vệ quyền và tự do công dân. Hội đồng Bảo hiến đã làm một cuộc cách mạng khi công nhận hiệu lực pháp lý của Lời nói đầu". Còn L. Luchaire thì cho rằng Hội đồng từ nay có thể hoạt động như "cơ quan bảo vệ các quyền và tự do công dân trước sự vi phạm của chính quyền"[47]. Như vậy, động thái này của Hội đồng Bảo hiến đã làm cho Hiến pháp 1958 có sức sống hơn trên hai phương diện: thứ nhất, bảo vệ quyền và tự do công dân; thứ hai, coi Lời nói đầu vốn có tính chất tuyên ngôn có hiệu lực áp dụng trực tiếp như những quy phạm hiến pháp khác.

Kỹ thuật lập hiến cũng là yếu tố then chốt làm nên sức sống của Hiến pháp. Dù có những điểm khác nhau, nhưng các bản Hiến pháp hay được viện dẫn thường có kỹ thuật thể hiện ngắn gọn, cô đọng, khái quát cao, tập trung thể hiện những nguyên tắc cơ bản, phổ quát, nhưng không mơ hồ[48]. Chẳng hạn, Hiến pháp Nhật Bản là một bản văn chuẩn

43 *Dieter Grimm, The Basic Law at 60 – Identity and Change, German Law Journal, Vol. 11 No. 01, 2010, p.33-46.*

44 *Dieter Grimm, tlđd, p.44.*

45 *Brigitte Zypries, tlđd, p.87.*

46 *Hiến pháp 1958 của Cộng hòa Pháp không có chương riêng về quyền và tự do công dân. Thay vào đó, trong Lời nói đầu viện dẫn đến Tuyên ngôn Nhân quyền và dân quyền của Cách mạng Pháp.*

47 *Theo "Hệ thống tư pháp các nước phương Tây" (tiếng Nga), nhiều tác giả, Moskva, 1991, tr. 189-190.*

48 *Xem thêm kỹ thuật lập hiến ở một số nước trong các bài viết cho hội thảo do Viện Nghiên cứu Lập pháp tổ chức 8/2010: Bùi Ngọc Sơn, Trình tự và kỹ thuật sửa đổi Hiến pháp Hợp chúng quốc Hoa Kỳ; Bùi Ngọc Sơn, Kỹ thuật lập hiến ở Đức, Pháp và kinh nghiệm cho Việt Nam; Bùi Nguyên Khánh, Kỹ thuật thể hiện nội dung của chế độ kinh tế trong Hiến pháp các nước châu Âu; Vũ Thư, Quy trình và kỹ thuật sửa đổi, xem xét lại Hiến pháp ở CHLB Nga.*

mực, được viết rất gọn, chỉ khoảng 5.000 từ, gồm lời nói đầu và 103 điều chia thành 11 chương. Trừ phần viết về quyền và nghĩa vụ của nhân dân được viết tương đối chi tiết và chiếm một phần khá lớn trong bản văn Hiến pháp, các phần khác về tổ chức quyền lực nhà nước chỉ đưa ra những vấn đề cơ bản và mang tính nguyên tắc. Cũng như thế, Hiến pháp Hàn Quốc được viết gọn, chủ yếu đi theo hướng quy định chung những vấn đề rất cơ bản, mang tính nguyên tắc mà tránh đi vào cụ thể, đặc biệt các chương liên quan đến tổ chức quyền lực nhà nước gồm lập pháp, hành pháp và tư pháp hoặc chương liên quan đến địa phương rất ngắn gọn. Các nhà lý thuyết hiến pháp của Nhật Bản cho rằng, kỹ thuật thể hiện như vậy là yếu tố rất quan trọng để bản Hiến pháp có sức sống lâu dài và phù hợp với thực tiễn, tạo điều kiện thuận lợi cho các đảng phái, các lực lượng xã hội và người dân có thể hợp tác với nhau[49]. Hơn nữa, nếu Hiến pháp thể hiện quá cụ thể, quan tâm quá mức tới một chi tiết nào đó thì sẽ loại bỏ, gạt ra ngoài lề một lực lượng xã hội nào đó, làm nảy sinh chia rẽ xã hội và dần dần sẽ dẫn đến đổ vỡ Hiến pháp và phá vỡ hệ thống chính trị. Đồng thời các thể hiện mang tính nguyên tắc có thể áp dụng vào các thời điểm khác nhau, phù hợp với thực tiễn.

Nói về Hiến pháp "sống với đời", có những người hình dung việc hình thành Hiến pháp như công việc của kỹ sư - các nhà thiết kế Hiến pháp có nhiệm vụ tạo ra công nghệ chính trị để làm cho xã hội mạnh hơn, nhất quán hơn, hiệu quả hơn, công bằng hơn. Công nghệ được sáng tạo xong, coi như Hiến pháp đã được hoàn thành. Một số tác giả coi đây là quan niệm cơ học về Hiến pháp, và cũng chấp nhận được trên phương diện nhất định[50]. Tuy nhiên, theo các tác giả này, khác với kỹ sư, nhà thiết kế Hiến pháp còn cần phải có khả năng "tiên tri" nhìn nhận thế giới tương lai, hình dung ra thực tế chưa diễn ra, hình dung ra các vấn đề mà các thế hệ tương lai sẽ đối mặt, và cung cấp cho thế hệ tương lai những cơ chế khôn ngoan và hiệu quả để Hiến pháp luôn thích nghi với những sự thay đổi trong xã hội. Các tác giả không chỉ rõ, "những cơ chế khôn ngoan và hiệu quả" đó là gì. Tuy nhiên, từ tinh thần Hiến pháp, có thể nói, chúng cần được thể hiện trong những nguyên tắc hiến định bất di bất dịch, dù ở thời đại nào vẫn là "ngôi sao năm cánh soi đường cho dân tộc"[51] như tự do, bình đẳng, dân chủ, pháp quyền, nhân phẩm v.v..

Chẳng hạn, mới đây nhất, trong bài diễn văn quan trọng của Ngoại trưởng Hillary Clinton, "Thế kỷ Thái Bình Dương của Hoa Kỳ" có đoạn: "Cứ mỗi lần nước Mỹ thất bại thì chúng ta đều đã lại vượt qua bằng sự sáng tạo và đổi mới. Năng lực trở lại cuộc chơi một cách mạnh mẽ hơn của Hoa Kỳ là không ai sánh kịp trong lịch sử đương đại. Ngọn nguồn của sức mạnh đó được tuôn trào từ mô hình xã hội tự do - dân chủ và tự do kinh doanh, đó là thứ mô hình cho đến nay vẫn là cội nguồn của sự phồn vinh và tiến bộ mãnh liệt nhất mà nhân loại biết đến."[52] Những giá trị mà bà Hillary Clinton nhấn mạnh đến chính là những nguyên tắc căn bản đã được minh định trong Hiến pháp Mỹ. Chính là nước Mỹ với thể chế tự do của mình đã sản sinh ra những

---

49 Bùi Hải Thiêm, Quy trình, thủ tục sửa đổi Hiến pháp và cách thức thể hiện Hiến pháp tại Nhật Bản và Hàn Quốc, bài viết cho hội thảo của Viện Nghiên cứu Lập pháp, 8/2010.

50 Laurence H. Tribe, Thomas K. Landry, tlđd, Vol. 8:627, p. 640.

51 "Ngôi sao năm cánh soi đường cho dân tộc" là cách nói của TS. Nguyễn Sĩ Dũng, Phó Chủ nhiệm Văn phòng Quốc hội.

52 Hillary Clinton, America's Pacific Century, Foreign Policy, November 2011.

nhân tài đa dạng mà theo lối đánh giá khuôn mẫu truyền thống của phương Đông chắc sẽ bị loại bỏ, đó là một Bill Gates hay một Steve Jobs chưa hề tốt nghiệp đại học.

5. Thay lời kết

Như tiêu đề bài viết này cho thấy, chúng tôi chưa đặt ra mục đích đối chiếu các yêu cầu, mục tiêu về một Hiến pháp của dân, do dân, vì dân, một Hiến pháp có sức sống với Hiến pháp Việt Nam và thực tiễn phát triển hiến pháp ở Việt Nam. Bài viết mới chỉ giới thiệu cách tiếp cận, cách làm ở các nước để có Hiến pháp như vậy. Dĩ nhiên, mỗi nước một bối cảnh, không thể nào và không nên, không phải làm đúng như họ[53]. Không có một hiến pháp quốc gia nào có thể được xem như là khuôn mẫu cho các quốc gia khác. Tuy nhiên, để có được cái nhìn khách quan nhất, thì tất cả chúng ta cần được cung cấp và tiếp cận những kinh nghiệm hiến pháp nước ngoài. Có thể khẳng định rằng: 1) chúng ta còn phải làm rất nhiều để đạt được các mục tiêu đó, hãy coi đó là những cái đích để hướng tới; 2) trên con đường đạt đến các đích đó, chúng ta có thể học được rất nhiều điều phù hợp từ học thuyết và thực tiễn hiến pháp các nước.

Dù chưa nhiều, nhưng Việt Nam đã có những kinh nghiệm lập hiến từ hơn một thế kỷ trước, khi các nhà tư tưởng ở Việt Nam như Phan Bội Châu[54], Phan Châu Trinh[55], Huỳnh Thúc Kháng tiếp nhận những yếu tố của chủ nghĩa lập hiến thế giới. Nguyễn Ái Quốc cũng sớm nhận ra cần phải có Hiến pháp và pháp quyền:

"Bảy xin hiến pháp ban hành
Trăm điều phải có thần linh pháp quyền"[56].

Sau này, Chủ tịch Hồ Chí Minh - ngay trong phiên họp đầu tiên của Chính phủ ngày 3/9/1945 - đã đề ra xây dựng Hiến pháp như một trong sáu nhiệm vụ cấp bách của Chính phủ. Hiến pháp 1946 đã tiếp thu nhiều yếu tố tinh tú của chủ nghĩa lập hiến để thiết kế một chính quyền hiệu quả mà hạn chế được rủi ro lạm quyền. Chính vì vậy, có nhiều ý kiến đề xuất cần học những tư tưởng của Tuyên ngôn Độc lập và Hiến pháp 1946 trong sửa đổi, bổ sung Hiến pháp lần này[57]. Những kinh nghiệm, bài học cả tích cực và không thành công trong lịch sử lập hiến vài thập niên qua ở Việt Nam cũng đáng được đúc kết, nghiên cứu.

Có người mong ước có một bản hùng ca ngàn năm nhân có dịp sửa đổi Hiến pháp lần này, giống như chúng ta đã được hưởng "Nam quốc sơn hà Nam đế cư", "Hịch Tướng sĩ", "Bình Ngô đại cáo"[58]. Có người nói, sửa đổi Hiến pháp lần này có lẽ tính đến chu kỳ 10-15 năm, như thông lệ vài chục năm qua ở Việt Nam. Lại có người đề xuất, tại sao chúng ta không tính dài hơn, để Hiến pháp được sửa đổi lần này "sống" được lâu hơn với cuộc đời? Riêng người viết bài này mong mỏi, chúng ta sẽ không bỏ lỡ cơ hội trăm năm có một này để làm nên một bản Hiến pháp thiết thân, thiết thực với từng người dân, mang lại lợi ích cho dân, cho nước. "Sự thịnh vượng của nhân dân là thứ luật cao nhất" (Cicero) ❖

---

53 Xem thêm: Bùi Ngọc Sơn, Sự phát triển của Hiến pháp ở Đông Á và kinh nghiệm cho Việt Nam, bài viết cho Hội thảo "Xây dựng tiêu chí, phương pháp tổng kết Hiến pháp, đánh giá nhu cầu, xác định phạm vi, nội dung sửa đổi Hiến pháp 1992", Viện Nghiên cứu Lập pháp, tháng 8/2010.

54 Phan Đăng Thanh, Tư tưởng lập hiến của Phan Bội Châu, Nghiên cứu Lập pháp, số 1/2002, tr.60-66.

55 Phan Đăng Thanh, Tư tưởng lập hiến của Phan Châu Trinh, Nghiên cứu Lập pháp, số 7/2001, tr.77-82.

56 Hồ Chí Minh: Toàn tập, t.1. Nxb. Chính trị quốc gia H. 2000, tr. 438.

57 Ví dụ như: Nguyễn Sĩ Dũng, Học ở Hiến pháp 1946, Tia Sáng, 9/2011; Bùi Ngọc Sơn, Lại bàn về bài học từ Hiến pháp 1946, Tia Sáng, 10/2011.

58 Lê Vĩnh Triển, Đổi mới Hiến pháp, nghĩ về một thiên cổ hùng văn cho đời sau, Tia Sáng, 17/10/2011

THỬ TÌM MỘT CƠ SỞ LÝ THUYẾT CHO KHÁI NIỆM PHẢN BIỆN XÃ HỘI

PHẠM QUANG TÚ*
ĐẶNG HOÀNG GIANG**

Phê phán xã hội: từ góc nhìn phổ quát

Khái niệm phản biện xã hội được chuyển ngữ trực tiếp từ một cụm từ tiếng Anh là *social counter-argument*. Tuy nhiên, *social counter-argument* là một cụm từ báo chí, không phải là một thuật ngữ khoa học. Điều này vô tình đã làm nghèo nội dung của khái niệm tiếng Việt khi từ nguyên tiếng Anh của nó chỉ giới hạn trong lĩnh vực truyền thông. Trong khi đó, truyền thống học thuật phương Tây vẫn sử dụng một khái niệm khác, tuy cùng trường nghĩa nhưng có nội hàm phong phú hơn so với *social counter-argument*, đó là *social criticism* - Phê phán/phê bình xã hội[1].

Trên bình diện chung, phê phán xã hội (*social criticism*) là hoạt động mang tính phổ quát trong biên niên sử của các cộng đồng xã hội. Nhà chính trị học người Mỹ, Michael Walzer, gọi phê phán xã hội là các hoạt động thảo luận và xác quyết mang tính văn hóa có thể được thực hiện bởi rất nhiều loại hình nhân vật: linh mục, nhà thông thái, giáo viên, người kể chuyện, nhà thơ, nhà sử học, nhà văn… Ngay sau khi những loại hình nhân vật nói trên ra đời, thì xã hội cũng bắt đầu xuất hiện năng lực phê phán. Tuy nhiên, ý niệm phê phán không có nghĩa là những con người ấy sẽ hình thành nên một tầng lớp chống đối thường xuyên hay trở thành những chủ thể của một nền văn hóa đối nghịch (*adversary culture*). Trái lại, trong khi mang và truyền tải các giá trị văn hóa chung, như K. Marx nhận định, họ tạo ra các công trình tri thức cho tầng lớp quản trị. Và, chừng nào mà họ còn sản xuất các công trình tri thức, họ sẽ còn mở ra một phương thức ngược dòng (*adversary proceeding*) của phê phán xã hội[2].

Trong khi đó, từ phân tích của học giả Pháp Michael Foucault, tính phổ quát của phê phán/phê bình xã hội được thể hiện qua cách thức mà cá nhân (chủ thể) bộc lộ trong mối quan hệ liên ứng (*consensual*) với các định chế, qui phạm xã hội[3]. Tính phổ quát biểu hiện ở chỗ: sự phản tư của cá nhân trước các định chế/khuôn mẫu xã hội là vấn đề muôn thuở ở mọi nền văn hóa với các hình thức khác nhau. Michael Foucault cho rằng: các hệ hình tri thức hay các định chế xã hội (có khi ông còn gọi là thiết chế chân lý) có chức năng chi phối, điều tiết, thậm chí cấu tạo nên diện mạo của chủ thể xã hội. Không có cái tôi hình thành bên ngoài những thiết chế có sẵn từ trước. Bởi thế, chủ thể luôn có nguy cơ bị các định chế bên ngoài áp đặt, chế ngự, kìm hãm. Cho nên, muốn đổi mới, chủ thể phải tiến hành một công việc tưởng chừng bất khả giải: thay đổi chính cái khung khổ khuôn đúc nên mình - tức thay đổi tư duy, ý thức hệ, tri thức, quyền năng.

---

* ***Văn phòng Hỗ trợ Tư vấn, Phản biện và Giám định Xã hội (OSEC)***
** ***Viện Tư vấn phát triển (CODE)***

1 *http://vn.360plus.yahoo.com/ghung71/article?mid=1091&fid=-1*

2 *Michael Walzer (1985), Intepretation and social criticism, www.tannerlectures.utah.edu/lectures/.../walzer88.pdf, tr. 30-31.*

3 *Trong mục này, chúng tôi sử dụng nhiều tư liệu của hai nghiên cứu sinh Phạm Quốc Lộc và Lê Nguyên Long trong một bài viết xuất sắc của họ: Dịch và lý thuyết dịch như một hệ hình lý luận, phê bình mới cho Việt Nam hiện nay, http://lyluanvanhoc.com/?p=5852.*

Về nguyên tắc, muốn thay đổi một trật tự thì chủ thể phải nhận ra các khuyết tật, yếu điểm của trật tự đó. *Trước đòi hỏi ấy, phê bình/phê phán xuất hiện. Nhiệm vụ của phê bình là đưa ra ánh sáng những quá trình, cơ chế gây nên hiện trạng xơ cứng, status quo, từ đó mở ra khả năng đổi mới*[4]. Foucault gọi quá trình thiết chế hóa, khuôn mẫu hóa hay tri thức hóa chủ thể là quá trình thiết trị hóa (*governmentalization*). Cho nên, phê phán/phê bình đồng nghĩa với giải thiết trị, giải áp chế (*desubjugation*). Nói khác đi, phê bình tức là từ chối bị thiết trị theo cách mà chủ thể đang bị thiết trị.

Về sau, luận điểm của Foucault được Butler tiếp tục phát triển một cách sáng tạo. Butler phân tích rằng: chủ thể không phải chỉ đang được hình thành, được tạo tác ở dạng bị động bằng các thiết chế, các chuẩn mực văn hóa, xã hội; mà còn đang chủ động tạo tác chính những thiết chế này. Quá trình được tạo tác và đang tạo tác không tách rời nhau và phản ánh mối quan hệ giữa chuẩn mực và chủ thể[5]. Một mặt, các khuôn mẫu giá trị luôn hướng chủ thể vào những hoạt động, hành vi, và kể cả tư duy, cảm xúc đã được quy định trước. Và, để hòa nhập được vào cộng đồng, cá nhân phải không ngừng tự đưa mình vào những chuẩn mực sẵn có. Mặt khác, trở thành một chủ thể hoàn chỉnh không phải là mục đích sau cùng của cá nhân. Chủ thể là một trạng thái hình thành, và không bao giờ là một cái gì đó có thể hoàn chỉnh. Hơn nữa, những thiết chế chuẩn mực, chân lý hoạch định một không gian giới hạn cho chủ thể không có nghĩa là những thiết chế đó tồn tại độc lập, bất di bất dịch trong mối quan hệ giữa chúng với chủ thể. Chúng tạo nên chủ thể nhưng cũng không ngừng được chủ thể tạo nên. Cái tôi tự hình thành nên chính nó trong phạm vi phân định sẵn chính là một luận điểm đề cao vai trò của chủ thể trong sự vận hành của văn hóa, xã hội, là một nỗ lực mà chính trị học của Butler muốn phá giải chủ nghĩa bản thể và những phạm trù như giới tính, căn cước vốn vẫn được cho là bất biến, độc lập hoàn toàn với chủ thể[6].

Như vậy, trong ý nghĩa phổ quát nhất, ý niệm phê phán/phê bình trước hết diễn tả tính năng động, tích cực của cá thể trong mối quan hệ với các định chế, khuôn mẫu xã hội: vừa tiếp nhận các khuôn mẫu, định chế có sẵn để cộng sinh với nó; vừa phê phán các khuyết tật của nó để tìm kiếm các giá trị, khuôn mẫu mới, nhất là khi các khuôn mẫu/giá trị ấy có nguy cơ ngăn trở sự vươn lên của chủ thể. *Mối quan hệ nước đôi, đa chiều này phản ánh một trong những thuộc tính cơ bản nhất của con người (hiểu theo nghĩa rộng): không ngừng suy tư, chất vấn, đấu tranh với mọi trở lực để hướng đến một viễn tượng tự do, trong đó con người được là con người theo nghĩa cao quý, sang trọng nhất của danh từ này*. Bởi thế, khi tìm cách vạch ra đường phân thủy giữa các lý thuyết phê phán (*critical theories*) và các lý thuyết tiền phê phán, Horkheimer đã viết: một lý thuyết [được gọi] là phê phán trong chừng mực mà nó hướng vào mục đích giải phóng con người (*human beings*) khỏi những ngoại cảnh nô dịch họ[7].

Xét đến cùng, thực chất của phê phán/phê bình xã hội là vấn đề mối quan hệ giữa cá nhân và xã hội. Trong ý nghĩa ấy, nó là câu chuyện chung của mọi cộng đồng, mọi nền văn hóa; có điều, do sự qui định của các điều kiện lịch sử - cụ thể mà được biểu hiện hoặc vận động thành các dạng thức hay cấp độ khác nhau. Trong các xã hội mở, sự năng

4 *Phạm Quốc Lộc - Lê Nguyên Long, tlđd.*
5 *Phạm Quốc Lộc - Lê Nguyên Long, tlđd.*
6 *Phạm Quốc Lộc - Lê Nguyên Long, tlđd.*
7 *Horkheimer (1982), Critical theory, http://plato.stanford.edu/entries/critical-theory/, tr. 244*

động của các cá thể sẽ kết thành sự năng động của toàn xã hội và hoạt động phê phán không còn giới hạn trong nỗ lực chống thiết trị hóa của mỗi cá thể mà phát triển thành một cơ chế quan hệ giữa xã hội dân sự và bộ máy nhà nước. Trong các xã hội đóng, sự năng động cá thể thiếu các điều kiện cần thiết để chuyển hóa thành sự năng động xã hội. Khi cộng đồng thiếu sự năng động và khai minh, khi nhà nước có xu hướng kiểm soát xã hội, điều tất yếu là phê phán/phê bình xã hội bị đẩy ra khỏi đời sống thực tiễn, từ đó bị xem như một cấm kỵ hay một sinh hoạt ngoại biên.

Phê phán xã hội: từ góc nhìn lịch sử - cụ thể

Dù là một ý niệm mang tính phổ quát, nhưng phải đợi đến thế kỷ XVII - XVIII, khi châu Âu bước vào quá trình hiện đại hóa (Hiện đại thứ nhất), thì trào lưu phê phán (*criticism*) mới thực sự trở thành một hiện tượng văn hóa - xã hội và từ đây, thuật ngữ phê phán xã hội (*social criticism*) mới chính thức ra đời để phản ánh một hiện thực tương ứng.

Phê phán xã hội trong Hiện đại thứ nhất

Khái niệm Hiện đại thứ nhất được dùng để chỉ giai đoạn "cổ điển" của tiến trình hiện đại hóa - một giai đoạn kéo dài từ thế kỷ XVIII đến nửa đầu thế kỷ XX với ba đặc trưng cơ bản: công nghiệp hóa, đô thị hóa và cá nhân hóa. Trong một chừng mực nhất định, Hiện đại hóa thứ nhất là sự hiện thực hóa các đề án tư tưởng của phong trào Khai sáng diễn ra sôi nổi ở châu Âu trong thế kỷ XVIII mà nội dung cốt lõi của nó là niềm tin của con người về sự thế chỗ tất yếu của ánh sáng Lý Trí và Tiến Bộ đối với bóng tối của huyền thoại, giáo điều, mê tín, lạc hậu, bất công ngăn cản bước phát triển của con người trên tất cả các lãnh vực xã hội, chính trị, văn hóa, tôn giáo, khoa học[8]. Nhưng bức tranh Khai sáng trong hiện thực lại không hoàn toàn sáng tươi như chính những người chủ trương Khai sáng kỳ vọng. Cuộc cách mạng Pháp 1789 với những hệ lụy ngoài ý muốn của nó đã phủ không ít bóng tối lên những niềm lạc quan. Điều này cho thấy: nhiều mệnh đề tư tưởng của Khai sáng cần được kiểm thảo lại, không phải để phủ định nó, mà để làm cho nó phù hợp hơn với điều kiện thực tiễn. *Do vậy, trong lịch sử hiện đại hóa phương Tây, bước đi đầu tiên của các nhà phê phán chính là phê phán bản thân hệ tư tưởng Khai sáng*.

Khởi đi với Jean-Jacques Rousseau, phong trào phê bình Khai sáng chủ yếu gắn với các quan điểm phê bình của Kant, Hegel và Marx. Đóng góp trước hết của ba triết gia Đức là đưa ra một cái nhìn biện chứng về Khai sáng: không có một quá trình Khai sáng chung chung, phi lịch sử, phi xã hội, trong suốt, toàn hảo. Khai sáng chỉ có ý nghĩa trong tương quan giữa Khai sáng và lịch sử về tự do của con người.

Tiếp theo, đối lập với các nhà tư tưởng Khai sáng, Kant, Hegel và Marx cho rằng, tuy lịch sử tự do là công trình của con người, nhưng điều đó không có nghĩa rằng tự do mà con người tạo nên là kết quả của hành vi tuyệt đối tự do của con người. Con người làm nên lịch sử trong những hoàn cảnh không phải do chính con người lựa chọn, con người là kẻ nhận lãnh hoàn cảnh đã có sẵn từ trước còn để lại trực tiếp cho nó. Nghĩa là, hành động của nó không tuyệt đối tự do. Nhưng chính trong điều kiện không tự do ấy con người khởi sự làm nên tự do hay lên đường giải phóng. Do đấy, Khai sáng đối với Kant, Hegel và Marx không có nghĩa là qui hoạch ngay từ đầu một tiến trình lịch sử phổ quát, hay kiến tạo tiến trình tự do và giải phóng theo đường thẳng một chiều. *Khai sáng đối với họ là sự phân tích phê phán để xem mỗi một tình trạng đã đạt được có tự do hay không tự do, có nghĩa*

8 *Thái Kim Lan (2004), Khai sáng và tiến bộ - nhìn từ góc độ triết sử Tây phương, Tạp chí thời đại, số 3, http://primeproxy23.info/browse.php?u=Oi8vd3d3LnRhcGNoaXRob2lkYWkub3JnL1Rob2lEYWkzLzIwMDQwM19US0xhbi5odG0%3D&b=5*

là phản tỉnh, là tư duy tiên đoán về những phương tiện và mục đích khả thể hầu hỗ trợ việc thực hiện tự do trong tương lai[9].

Sau cùng, Kant, Hegel và Marx cũng phê phán tính chất phổ quát, trừu tượng của các lý thuyết Khai sáng. Họ cho rằng những lý thuyết gia Khai sáng này quá lạc quan, tin rằng Khai sáng, tiến bộ, tự do và trưởng thành sẽ được tiếp tục triển khai trong xã hội toàn cầu tương lai vì sự ưu việt đạt được của Âu châu trên các lĩnh vực thương mại, giao thông, khoa học và nghệ thuật, đào tạo và tôn giáo so với trước đó và nhất là so với các dân tộc còn chậm tiến ở Á, Phi và Mỹ La tinh[10].

Cuối thế kỷ XIX - đầu thế kỷ XX, Hiện đại hóa thứ nhất bước sang một khúc ngoặt mới nhờ áp dụng công nghệ sản xuất dây chuyền theo kiểu Taylor (Mỹ). Phương pháp sản xuất mới đã tạo nên bước đột biến về năng suất và sản phẩm công nghiệp. Mặt khác, nó cũng đưa đến những hệ lụy mới trong đời sống xã hội với hai đặc điểm nổi bật: Thứ nhất, tính hiện đại trở thành sản xuất và tiêu dùng hàng loạt và thế giới thuần túy của lý trí từ nay đã bị xâm chiếm bởi những đám đông đem những công cụ của tính hiện đại phục vụ cho những yêu cầu tầm thường nhất, thậm chí phi lý nhất. Thứ hai, thế giới của lý trí hiện đại ngày càng bị phụ thuộc vào các chính sách hiện đại hóa và vào các nền độc tài dân tộc chủ nghĩa trong thế kỷ XX[11].

Trước tình hình đó, phản ứng của giới trí thức phương Tây tỏ ra quyết liệt hơn so với các bậc tiền bối của họ ở thế kỷ XIX. Từ bối cảnh này đã hình thành nên các lý thuyết phê phán của trường phái Francfort - một trường phái được hình thành ở Đức trước thế chiến II và tiếp tục gây ảnh hưởng lên các trào lưu tư tưởng Âu - Mỹ trong các thập niên đầu của thời hậu chiến thế giới. Trong tâm thế "mang mang" (Huy Cận) của giới trí thức thời đại, Horkheimer, người đặt nền móng cho trường phái Francfort và là người đầu tiên định nghĩa thuật ngữ *social criticism* đã cảm tác: "Từ "lý trí" trong một thời gian dài đã có nghĩa là hoạt động nhận thức và hấp thụ những ý tưởng phổ quát được coi là mục đích của con người. Ngày nay, trái lại, không chỉ vai trò mà cả công việc chủ yếu của lý trí là phải tìm kiếm những phương tiện để phục vụ các mục đích của mỗi người vào một thời điểm nhất định". Nói theo Walter Benjamin, một người bạn cùng chí hướng của ông, thì kinh nghiệm sáng tạo (*erfahrung*) bị thay thế bằng cái đã trải qua (*erlebnis*). Chủ thể cá nhân, bị tách khỏi lý trí, rơi vào sự phụ thuộc quyền lực chính trị hay kinh tế. Cần phải đem lại cho con người sự tự do tích cực mà Hegel và Marx từng mơ ước cho nó để che chở các cá nhân khỏi những lấn át quyền lực[12].

Phê phán xã hội trong Hiện đại thứ hai

Thuật ngữ Hiện đại thứ hai được dùng để chỉ một thời kỳ mới trong tiến trình hiện đại hóa của nhân loại - được bắt đầu từ thập niên 1970 và vẫn đang tiếp diễn cho đến ngày nay. Cơ sở để phân biệt giữa Hiện đại thứ nhất và Hiện đại thứ hai là sự thay thế "lôgíc của việc sản xuất sự giàu có" bằng "lôgíc của việc sản xuất nguy cơ"; đồng thời cũng là sự biến đổi từ "lôgíc của việc phân phối sự giàu có" thành "lôgíc của việc phân phối nguy cơ"[13]. Trong bối cảnh ấy, vấn đề phê bình/phản tư xã hội tiếp tục được triển khai với những sắc diện mới. Cùng với Marcuse và đặc biệt là Jurgen Habermas, trào lưu phê phán tiếp tục mở rộng thêm với các thuyết nam nữ bình quyền (*feminism*), thuyết phê phán chủng tộc (*critical race theory*) và một số hình thức

9 *Thái Kim Lan, tlđd.*
10 *Thái Kim Lan, tlđd.*
11 *Alain Touraine (2003), Phê phán tính hiện đại (Nguyễn 12Kiến Giang dịch), Nxb Thế giới, Hà Nội, tr. 253.*
12 *Alain Touraine, tlđd, tr. 254.*
13 *Alain Touraine, tlđd, tr. 254.*

khác của chủ nghĩa phê phán hậu thuộc địa (*post-colonial criticism*)[14].

Theo Bùi Văn Nam Sơn, trong giai đoạn này, sự thức tỉnh và phản tư được đặt ra trong một khuôn khổ và phạm vi sâu rộng hơn trước: Khi nhìn nhận rằng vấn đề không còn chỉ là tận dụng giới tự nhiên để giải phóng con người khỏi những cưỡng chế và thiếu thốn theo kiểu truyền thống mà là quan tâm đến những hậu quả của bản thân sự phát triển kinh tế - kỹ thuật thì chủ đề bàn luận là hiểu rằng tiến trình hiện đại hoá - xét như tiến trình đổi mới - cũng sẽ cũ đi. Phương diện khác của việc cũ đi này chính là sự ra đời xã hội - nguy cơ: vượt ra khỏi những cơ chế kiểm soát và an toàn của xã hội công nghiệp truyền thống[15]. Với cách đặt vấn đề như vậy, sứ mệnh của phản tư hay phê phán xã hội trong Hiện đại thứ hai được xác định là: Hiện đại - phản tư một mặt chống lại việc tiếp tục tiến trình hiện đại hoá một cách mù quáng... Mặt khác, nó cũng phải tranh biện với các xu hướng hậu - hiện đại muốn vứt bỏ hết mọi giá trị của hiện đại. Hiện đại - phản tư không còn chạy theo sơ đồ ứng xử và tư duy đơn thuần mang tính phương tiện - mục đích của Hiện đại thứ nhất, trái lại, bất chấp mọi sự đứt gãy, vẫn giữ vững và phát huy hằng số của các nguyên tắc hiện đại; đó là: sự bó buộc phải biện minh và lập luận, sự cạnh tranh của các lý lẽ và tôn trọng lý lẽ tốt hơn vì không ai nắm độc quyền chân lý, và, thứ ba, thừa nhận vị trí trung tâm của cá nhân với đầy đủ những quyền tự do chính trị, xã hội, văn hoá[16].

Nói tóm lại, phê bình/phê phán xã hội là hệ quả sinh động của một quá trình chuyển hóa từ sự thức tỉnh thường trực của chủ thể/cá nhân trước các định chế, khuôn mẫu xã hội thành năng lực phản tư, phê phán của toàn xã hội trước những điều kiện, tình thế, hoàn cảnh có nguy cơ ngăn cản quá trình khai sáng, tiến bộ của cộng đồng nhằm mở đường cho những thay đổi tích cực, tiến bộ. Bởi vậy, phê bình/phê phán xã hội còn là động năng phát triển của các cộng đồng xã hội.

Vĩ thanh

Trở lại vấn đề đã được đặt ra ở đầu bài, việc chuyển dịch khái niệm phản biện xã hội từ *social counter-argument* hay *social criticism* trên thực tế đã vượt ra khỏi khuôn khổ của một câu chuyện chữ nghĩa: về bản chất, nó là cách lựa chọn một hệ qui chiếu tri thức khả tín để làm công cụ tư duy và nhận thức một vấn đề mang tính thời sự và thực tiễn sâu sắc. Có thể công việc xác định hay diễn dịch từ nguyên của khái niệm phản biện xã hội sẽ chưa dừng lại, nhưng rõ ràng, việc đặt khái niệm này trong mối tương quan với phê bình/phê phán/phản tư xã hội (*social criticism*) - một thuật ngữ phổ dụng trong nghiên cứu học thuật lẫn sinh hoạt đời thường ở các quốc gia phát triển đã mở ra một chân trời mới trong nhận thức về phản biện xã hội. Hóa ra phản biện, phản tư, phê bình hay phê phán xã hội từ khởi thủy đã là những khái niệm liên văn hóa, mang cả tầm vóc phổ quát và cụ thể mà bất cứ cộng đồng nào cũng cần chuyển hóa nội dung của nó thành những cơ chế thực tiễn nhằm mở đường cho quá trình vươn đến Khai sáng, Tiến bộ, Dân chủ và Văn minh. Đến đây, có hai câu hỏi lớn tiếp tục được đặt ra: *các chức năng cụ thể của phản biện xã hội trong đời sống thực tiễn là gì; và phản biện xã hội cần những điều kiện cơ bản nào để trở nên hiện thực hóa?* Chúng tôi sẽ cố gắng tìm ra lời đáp cho hai câu hỏi mang tính bản thể luận ấy trong bài viết tiếp theo.

---

14 Bùi Văn Nam Sơn, Hiện đại thứ hai và nền văn hóa công luận, http://amvc.free.fr/Damvc/GioiThieu/BuiVanNamSon/HienDaiThu-HaiVaNenVanHoaCongLuan-BVNS.htm

15 Bùi Văn Nam Sơn, tlđd.

16 Bùi Văn Nam Sơn, tlđd.

THỎA THUẬN XÁC ĐỊNH GIÁ TRƯỚC VÀ KHẢ NĂNG ÁP DỤNG TRONG HOẠT ĐỘNG QUẢN LÝ THUẾ Ở VIỆT NAM

NGUYỄN TIẾN DŨNG[1*]
LÝ THỊ NGỌC LOAN[2**]

Cơ chế thỏa thuận xác định giá trước (APA) là một trong những biện pháp chống chuyển giá có hiệu quả. Đây cũng là nội dung quan trọng được đưa vào Dự thảo Luật sửa đổi bổ sung một số điều của Luật Quản lý thuế do Bộ Tài chính chủ trì soạn thảo, dự kiến sẽ được kỳ họp thứ ba, Quốc hội khóa XIII xem xét thông qua vào tháng 5/2012.

Sử dụng APA có thể hạn chế được hiện tượng chuyển giá, tuy nhiên cần phải có cơ sở pháp lý phù hợp cho từng quốc gia. Bài viết đề cập đến khả năng áp dụng APA ở Việt Nam.

1. Khái niệm APA

APA (*advance pricing agreement* - thỏa thuận xác định giá trước) được nhắc đến trong Hướng dẫn về chuyển giá cho các công ty đa quốc gia và quản lý thuế 1995 (gọi tắt là Hướng dẫn về chuyển giá) của OECD[1], sau đó Hướng dẫn này được cập nhật bổ sung vào năm 1999 và năm 2010. Ngoài ra, APA được đưa vào trong quy định pháp luật của một số quốc gia sử dụng thỏa thuận này như Hoa Kỳ, Trung Quốc, Canada, Nhật Bản… và gần đây nhất là Ấn Độ dựa trên cơ sở hướng dẫn của OECD.

Theo định nghĩa của OECD, "APA là thoả thuận giữa người nộp thuế và cơ quan thuế về một hệ thống các tiêu chí như: phương pháp xác định giá thị trường, các công ty độc lập để so sánh, các điều chỉnh cần thiết và các giả định mang tính chất quan trọng liên quan đến điều kiện kinh doanh trong tương lai nhằm mục đích xác định trước giá chuyển giao cho các giao dịch nhất định trong một khoảng thời gian xác định. Một APA thường được đề xuất bởi người nộp thuế, và được thỏa thuận giữa người nộp thuế với một hoặc các bên liên kết, một hoặc các cơ quan thuế. Các thỏa thuận xác định giá trước thường bổ sung cho các cơ chế quản lý theo hành chính, pháp luật hay hiệp định truyền thống để giải quyết những vấn đề về chuyển giá. Phương pháp này rất

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

1 *OECD là tên viết tắt của Tổ chức Hợp tác và Phát triển Kinh tế (Organization for Economic Cooperation and Development), thành lập năm 1961 trên cơ sở Tổ chức Hợp tác Kinh tế Châu Âu (OEEC) với 20 thành viên sáng lập gồm các nước có nền kinh tế phát triển trên thế giới như Mỹ, Canada và các nước Tây Âu. Hiện nay, số thành viên của OECD là 30 quốc gia, gồm Mỹ, Canada, Áo, Bỉ, Đan Mạch, Pháp, Đức, Hy Lạp, Iceland, Ireland, Ý, Na Uy, Luxembourg, Hà Lan, Bồ Đào Nha, Tây Ban Nha, Thụy Điển, Thụy Sỹ, Thổ Nhĩ Kỳ, Anh, Nhật Bản, Phần Lan, Úc, New Zealand, Hàn Quốc, Mexico, Cộng hòa Séc, Hungary, Ba Lan, Cộng hòa Slovakia.*

hữu ích khi các phương pháp truyền thống khó áp dụng và thực thi"[2].

Theo kinh nghiệm của những nước đã áp dụng APA thì khoảng thời gian thích hợp là 3 đến 5 năm.

Rohan Phatarphekar và Hardev Singh đã định nghĩa APA một cách đơn giản như sau: "APA là một thỏa thuận giữa người nộp thuế và cơ quan thuế thống nhất về giá của hàng hóa hoặc dịch vụ của các bên liên quan. Cách tính ấy có giá trị ràng buộc người nộp thuế và cơ quan thuế"[3]. Như vậy, giá thỏa thuận trong APA chỉ có ý nghĩa để tính thuế chứ không có giá trị ràng buộc giữa người bán và người mua, không liên quan đến giá của hai bên thỏa thuận trong hợp đồng mua bán.

2. Phân loại APA

Bản chất của APA có thể xem là cam kết thực hiện giao dịch theo những phương thức đã được tiên liệu trước và được cơ quan quản lý nhà nước về thuế chấp thuận. APA gồm 3 loại: Unilateral - Thỏa thuận đơn phương, Bilateral - Thỏa thuận song phương, Multilateral - Thỏa thuận đa phương.

Unilateral - Thỏa thuận đơn phương: đây là thỏa thuận giữa người nộp thuế/doanh nghiệp và cơ quan thuế của quốc gia đó. Ví dụ doanh nghiệp Việt Nam thỏa thuận với cơ quan thuế Việt Nam.

Tuy nhiên, thỏa thuận này sẽ có thể dẫn đến tình trạng trùng thuế. Và do đó, loại APA này chỉ phù hợp để áp dụng đối với những giao dịch trong nước (không có hoạt động xuất nhập khẩu) hoặc với những giao dịch liên kết, xuất nhập khẩu nhưng không có rủi ro về chuyển giá, trùng thuế, các giao dịch đơn giản...

Bilateral - Thỏa thuận song phương/ Multilateral - Thỏa thuận đa phương*:* là thỏa thuận giữa doanh nghiệp, cơ quan thuế trong nước và một hoặc các cơ quan thuế nước ngoài. Về cơ bản, đây là loại thỏa thuận giữa hai hoặc nhiều nước về phương pháp xác định giá. Ưu điểm của hai loại này là tránh tình trạng trùng thuế. Loại thỏa thuận này phải trải qua một quá trình gồm các thỏa thuận khác nhau (MAP APA) và it nhất là có ba thỏa thuận: i) thỏa thuận giữa cơ quan thuế trong nước với cơ quan thuế nước ngoài, ii) thỏa thuận giữa doanh nghiệp xuất khẩu với cơ quan thuế nước xuất khẩu; iii) thỏa thuận giữa doanh nghiệp nhập khẩu với cơ quan thuế nước nhập khẩu. Đây là hai loại APA quan trọng vì thể hiện rõ nhất bản chất của APA là công cụ giúp giải quyết hiện tượng chuyển giá. Bilateral khác Multilateral là loại thứ nhất có sự tham gia của một cơ quan thuế nước ngoài còn loại thứ hai là có sự thỏa thuận với từ hai cơ quan thuế nước ngoài trở lên. Tuy nhiên, về bản chất và ý nghĩa của hai loại này là giống nhau..

3. Đặc điểm của APA:

- APA là thỏa thuận tự nguyện giữa các bên, không phải là sự bắt buộc của cơ quan thuế với người nộp thuế.

- APA áp dụng cho những giao dịch xác định trong tương lai trong một khoảng thời gian nhất định (thường 3- 5 năm).

- APA có hiệu lực với các bên tham gia.

- APA là một thoả thuận xác định trước một nhóm chỉ tiêu phù hợp (ví dụ phương pháp xác định giá thị trường, công ty/giao dịch tương đương và các điều chỉnh cần thiết, các giả định trọng yếu liên quan đến các sự kiện trong tương lai) để xác định giá chuyển nhượng cho các giao dịch nhất định trước khi thực hiện các giao dịch đó trong một thời kỳ nhất định.

- Sự hợp tác của người nộp thuế là yếu tố quan trọng và cần thiết để tạo sự thành công

2 *Para 4.124 of 1999 OECD Guidelines*

3 *R. Phatarphekar và H. Singh on Advance Pricing Agreements: Hindu Business Line issued 05/10/2009*

trong đàm phán APA.

- Khi APA được ký kết, không cần điều chỉnh giá chuyển nhượng nếu đối tượng nộp thuế tuân theo các điều khoản của thoả thuận.

- Trong bối cảnh Hiệp định tránh đánh thuế hai lần có tính pháp lý cao hơn nội luật, cho phép áp dụng APA trên cơ sở Quy trình thoả thuận song phương trong trường hợp nội luật không có quy định về APA.

- Việc áp dụng APA cần được áp dụng linh hoạt, bởi vì nếu chương trình APA cố định thì có thể không phản ánh đầy đủ các điều kiện theo nguyên tắc giá thị trường.

- Cơ quan thuế cần đảm bảo rằng họ không yêu cầu đối tượng nộp thuế cung cấp thông tin nhiều hơn các nội dung bắt buộc của hồ sơ APA.

- Nếu đối tượng nộp thuế rút đơn đề nghị APA hoặc nếu hồ sơ APA của đối tượng nộp thuế bị từ chối sau khi xem xét tất cả các yếu tố, những thông tin không đáng tin cậy do người nộp thuế cung cấp sẽ không được coi là hợp lý trong bất kỳ cuộc thanh tra nào.

- Các thông tin mà người nộp thuế báo cáo cho cơ quan thuế phải được bảo mật. Cơ quan thuế nên đảm bảo tính bảo mật của những thông tin và tài liệu nhạy cảm được nộp trong quá trình thực hiện APA.

- APA nên được thực hiện trên cơ sở song phương, đa phương và không nên thoả thuận đơn phương, trừ trường hợp đã thực hiện tham chiếu đến một APA đơn phương cụ thể (tuy nhiên, APA đơn phương cũng có lợi thế nhất định, vì thời gian đàm phán ngắn hơn và phù hợp với doanh nghiệp quy mô nhỏ, gặp ít rủi ro trong vấn đề chuyển giá…).

- Bản chất của APA là xác định những yếu tố quyết định để đưa ra được mức giá thị trường cho những giao dịch trong tương lai. Vì thế, những giả định về điều kiện kinh doanh là hết sức quan trọng. "Người nộp thuế được yêu cầu mô tả những giả thiết trọng yếu mà trong đó khả năng áp dụng phương pháp để phản ánh chính xác giá thị trường trong tương lai. Thêm vào đó, người nộp thuế sẽ phải giải thích rằng phương pháp mà họ đã lựa chọn có thể thỏa mãn với nhưng thay đổi trong giả thiết. Những giả thiết này được coi là quan trọng bởi vì những điều kiện thực sự xảy ra ở thời điểm thực hiện có thể trái với những gì mà người ta đã giả thiết lúc đầu. Chẳng hạn, những yếu tố như công nghệ mới, luật lệ, quy mô thị trường có thể làm ảnh hưởng đến những giả thiết đã thỏa thuận sẽ không còn sát với giá thị trường. Trong trường hợp này, thỏa thuận sẽ bị kiểm tra lại hoặc hủy bỏ. Do đó, trong quá trình áp dụng APA, các bên phải dựa trên những tài liệu đáng tin cậy và độc lập. Những giả thiết đó phải phù hợp với hoàn cảnh đặc thù của người nộp thuế, môi trường kinh doanh, phương pháp áp dụng và loại giao dịch được điều chỉnh"[4]. Thông thường những giả thiết này gồm các nội dung như: những sắc thuế trong nước và quốc tế; những vấn đề về hạn ngạch, hàng rào kỹ thuật, và các quy định có liên quan của Chính phủ; những giả thiết về điều kiện kinh tế, thị phần…; phân tích về những rủi ro mà doanh nghiệp có thể gặp phải; vấn đề quản trị doanh nghiệp và tài chính…

4. Quy trình

Mặc dù hướng dẫn của OECD không chỉ rõ quy trình để tiến hành đàm phán APA nhưng kinh nghiệm quốc tế từ một số quốc gia đã áp dụng loại thỏa thuận này đã chỉ ra có năm bước để tiến hành một APA[5].

Bước 1: Chuẩn bị trước khi tiến hành nộp hồ sơ

Mục đích chính của người nộp thuế trong

4 *Para 43 of the Annex to OECD Guidelines.*

5 *Recommendations for a model Advance Pricing Agreement scheme in India, Deloitte, June 2011.*

bước này là cân nhắc xem liệu có khó khăn gì cho người nộp thuế khi tham gia thỏa thuận APA cho một giao dịch liên kết cụ thể hoặc cho một nhóm các giao dịch liên kết. Để làm được điều đó, người nộp thuế cần tìm đến đúng cơ quan thuế có liên quan và có những nguồn lực phù hợp nào để có thể thỏa thuận APA trong một khung thời gian nhất định.

Trong bước này, người nộp thuế sẽ phải: các định những giao dịch với đối tác nước ngoài sé được điều chỉnh bởi APA; xác định đối tác thuộc nước nào để xác định cơ quan thuế của nước đó; lựa chọn áp dụng loại APA nào; lựa chọn và đánh giá phương pháp chuyển giá được sử dụng trong APA và xác định xem áp dụng phương pháp đó có phù hợp với giá thị trường không; xác định bất kỳ công ty bên thứ ba để so sánh (benchmarks) mà cũng sử dụng phương pháp xác định giá đã lựa chọn và những yếu tố ảnh hưởng mức độ lợi nhuận nếu áp dụng phương pháp tính đó; cân nhắc những yếu tố có thể ảnh hưởng đến việc kinh doanh và giá hàng hóa trong các giao dịch được điều chỉnh; cân nhắc về thời gian áp dụng APA (thường từ 3 đến 5 năm) và lý giải vì sao chọn thời gian đó; các yêu cầu khác của cơ quan thuế.

Đối với cơ quan thuế, đây là bước quan trọng để họ giải thích về những thông tin cần thiết để người nộp thuế đưa vào trong đơn chính thức và đưa ra thời gian dự kiến của APA.

Bước 2: Nộp hồ sơ chính thức

Một điều rất quan trọng là người nộp thuế phải nộp cho cơ quan thuế một đơn APA theo hướng dẫn của cơ quan thuế có liên quan và nộp đúng hạn như đã thỏa thuận. Hai yêu cầu này đã được tiến hành ở bước thứ nhất. Nếu người nộp thuế, trong quá trình thực hiện, thấy rằng việc thu thập những tài liệu để hoàn thành đơn chính thức cần nhiều thời gian hơn thời gian đã thỏa thuận thì cần kịp thời thông báo cho cơ quan thuế để cho cơ quan có thể sắp xếp công việc và nhân sự.

Đơn APA là một tài liệu nhằm phục vụ cho mục đích để cơ quan thuế xác định những phương pháp tính thuế đảm bảo theo giá thị trường cho những giao dịch giữa người nộp thuế với các bên có liên quan[6]. Do đó, một đơn APA thông thường gồm các nội dung sau: tên, địa chỉ của doanh nghiệp nộp thuế; mô tả về những giao dịch với bên nước ngoài liên quan chịu sự điều chỉnh của APA đó. Hầu hết các nước không yêu cầu một APA đề cập đến tất cả các giao dịch chuyển giá của người nộp thuế mà chỉ tập trung vào các giao dịch lớn, phức tạp và mang tính định kỳ; tên, địa chỉ, quốc gia của đối tác ở nước ngoài; lựa chọn loại APA nào và thời gian bao lâu; mô tả về hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp nộp thuế, đặc biệt là những giao dịch liên quan đến APA; mô tả về ngành nghề mà doanh nghiệp nộp thuế hoạt động; mô tả về phương pháp chuyển giá và giải thích vì sao phương pháp đó là phù hợp nhất với giá thị trường. Do thay đổi điều kiện, điều này thường không phản ánh một mức giá cụ thể cho các giao dịch trong tương lai, nhưng thay vào đó sẽ phản ánh các tiêu chí để được áp dụng trong việc xác định giá chuyển nhượng; mô tả của "giả thuyết lý luận" cơ sở để thiết lập APA. Giả thuyết lý luận APA là các giả định liên quan đến điều kiện hoạt động và môi trường kinh tế trong tương lai có liên quan trong trường hợp APA tiếp tục có hiệu lực. Đây có thể bao gồm các vấn đề nhất quán như điều hành, phù hợp với các giả định về phân khúc thị trường,

6 *Bên có liên quan (related parties) được hiểu trong bối cảnh quan hệ thương mại giữa các bên có liên quan (related party trade). Quan hệ thương mại giữa các bên có liên quan là quan hệ thương mại giữa công ty của nước xuất khẩu với chi nhánh công ty nước xuất khẩu/công ty có vốn của công ty xuất khẩu ở nước ngoài, chi nhánh công ty nhập khẩu/công ty có vốn của công ty nhập khẩu tại nước sở tại với công ty nhập khẩu. Ví dụ: quan hệ giữa công ty Việt Nam với chi nhánh/công ty có vốn của mình ở nước ngoài, quan hệ giữa một công ty nước ngoài với chi nhánh/công ty có vốn của công ty nước ngoài đó ở Việt Nam.*

yếu tố cạnh tranh, tỷ giá, và các vấn đề kinh tế khác mà phương pháp chuyển giá cả là tiền đề; quy trình báo cáo và chứng thực tính phù hợp của các điều khoản trong APA. Điều này có thể bao gồm các loại thông tin mà người nộp thuế phải cung cấp cho cơ quan thuế trong quá trình áp dụng APA để chứng minh rằng giá chuyển nhượng của người nộp thuế phù hợp với các điều kiện đã thoả thuận trong APA; lựa chọn bên thứ ba để so sánh; các báo cáo tài chính.

Bước 3: Kiểm tra và đánh giá

Việc tiến hành kiểm tra và đánh giá do cơ quan thuế có thẩm quyền tiến hành. Thời gian của bước này thường không dài do những nội dung để thỏa thuận được ký kết đã được thống nhất ngay từ bước đầu. Giả dụ, nếu cơ quan thuế thấy đơn phù hợp với những gì đã thỏa thuận thì cơ quan thuế chỉ cần kiểm tra những nội dung đó. Nhưng nếu xảy ra những vấn đề như thỏa thuận với bên thứ ba, các phân tích tài chính - kinh tế không được thảo luận và thống nhất qua đơn nộp chính thức thì cơ quan thuế cần thời gian để đánh giá lại đơn APA đó.

Trong quá trình kiểm tra và đánh giá, người nộp thuế phải trả lời những thắc mắc của cơ quan thuế. Đồng thời cơ quan thuế cũng phải nắm bắt những nguồn lực phù hợp để đánh giá APA, duy trì mối liên hệ thường xuyên với người nộp thuế để đảm bảo diễn biến của APA.

Nếu người nộp thuế lựa chọn loại APA là loại song phương thì cơ quan thuế còn phải liên hệ, trao đổi với cơ quan thuế có liên quan ở nước ngoài.

Bước 4: Thỏa thuận cuối cùng

Thỏa thuận cuối cùng không nhất thiết phải giống những điều khoản trong đơn nộp ở bước thứ hai do phụ thuộc vào những đánh giá của cơ quan thuế trong bước thứ ba.

Thỏa thuận chính thức thường được ủng hộ bởi các cơ quan thuế nếu thỏa thuận đó phù hợp với pháp luật hợp đồng và những quy định trong luật thuế của nước đó.

Thỏa thuận này sẽ có hiệu lực với người nộp thuế và cơ quan thuế. Nếu bất kỳ yêu cầu thuế nào được đưa ra mà là kết quả của quá trình kiểm toán việc chuyển giá theo cách thông thường liên quan đến phạm vi điều chỉnh của APA thì các yêu cầu đó sẽ không có hiệu lực (trừ khi APA đã hết thời hạn)

Bước 5: Giám sát và báo cáo hằng năm

Thỏa thuận chính thức có thể được mở rộng thêm ngoài những vấn đề được yêu cầu trong đơn và bao gồm cả những thỏa thuận liên quan đến vấn đề giám sát thường xuyên hiệu quả của APA, báo cáo thường niên về tuân thủ APA... Do đó, các nước thường yêu cầu người nộp thuế phải báo cáo về tình hình thực hiện APA để đánh giá xem những giao dịch được điều chỉnh APA có thực hiện theo theo thỏa thuận hay không.

Người nộp thuế phải cung cấp báo cáo thường xuyên cho cơ quan thuế về những thông tin như: chi tiết về những giao dịch thực tế trong năm tài chính và trong năm APA, xác nhận rằng đã áp dụng biện pháp chuyển giá như đã thỏa thuận trong APA, chứng minh những giả thiết đã không bị vi phạm trong năm tài chính.

5. Đánh giá tác động của APA

5.1. Ưu điểm

Ý nghĩa của APA là cho phép đối tượng nộp thuế dễ dàng điều chỉnh giao dịch nội bộ của mình thích nghi với các điều kiện, hoàn cảnh được giả định trong thỏa thuận mà không bị cho là chuyển giá để phải đưa vào quá trình điều tra, xử lý, tốn kém thời gian, sức lực và tiền của. Nó cho phép cơ quan quản lý nhà nước dễ dàng hơn trong việc tiếp nhận, xử lý thông tin liên quan mà hệ quả là giản lược cho toàn bộ quy trình kiểm soát chuyển giá.

Đối với người nộp thuế: người nộp thuế chủ động với khoản tiền thuế phải nộp bằng cách tăng cường khả năng dự đoán của việc xử lý thuế trong các giao dịch quốc tế; đối với trường hợp Bilateral/Multilateral APA có thể tránh hiện tượng trùng thuế; giảm được chi phí kiểm toán bởi vì khác với phương pháp xác định giá truyền thống là kiểm tra các giao dịch đã thực hiện xong thì ở APA là một thỏa thuận giữa các bên; APA có thể làm giảm các chi phí tuân thủ, doanh nghiệp sẽ chuyên tâm vào việc kinh doanh hơn.

Đối với cơ quan thuế: khi áp dụng APA, cơ quan thuế có thể xác định chắc chắn số thuế phải thu vì những thông tin liên quan đã được công khai, minh bạch; góp phần hạn chế hiện tượng chuyển giá.

5.2. Nhược điểm

- Việc thỏa thuận APA là rất phức tạp, vì thế thực tiễn chỉ áp dụng đối với những công ty lớn.

- Khi đàm phán trên cơ sở đơn phương, APA không thể đạt đến độ chắc chắn cao, bởi vì các nước khác có thể không đồng ý với kết quả đàm phán[7].

- Việc đưa nhiều nước cùng tham gia APA là rất khó khăn, nhất là đối với những quốc gia mà mức thuế rất thấp hoặc không đánh thuế nhập khẩu.

- Người nộp thuế phải cung cấp quá nhiều thông tin. Mặc dù điều khoản bảo mật thông tin được đưa vào APA, nhưng doanh nghiệp vẫn không muốn tiết lộ những thông tin mật của mình như công thức chế biến, cách quản trị rủi ro... nhất là khi những thông tin ấy được phục vụ cho lợi ích của đối thủ cạnh tranh.

- Thị trường luôn biến đổi và việc xác định trước giá có thể ảnh hưởng đến số tiền thuế thu được khi có biến động thị trường[8].

- Thỏa thuận APA không làm cho doanh nghiệp tránh được việc kiểm toán liên quan đến các vấn đề tài chính khác không thuộc phạm vi điều chỉnh của APA.

- Nếu áp dụng APA thì sẽ phải đào tạo một đội ngũ cán bộ thuế đủ chuyên môn để tiến hành đàm phán các APA vì khác với các phương pháp truyền thống, APA là một thỏa thuận và liên quan đến rất nhiều vấn đề về tài chính, chuyên môn kỹ thuật trong các giao dịch.

- Và cuối cùng, chi phí và thời gian để thiết lập một APA là khá lớn, tuy nhiên thời hạn sử dụng rất hạn chế. Theo kinh nghiệm của Hàn Quốc, thời gian ký kết cho APA đơn phương trung bình là 1 năm 8 tháng nhưng chỉ sử dụng trong khoảng thời gian là 2 năm, APA song phương là 2 năm 5 tháng và thời gian sử dụng cũng chỉ khoảng 2-3 năm[9].

6. Khả năng áp dụng APA tại Việt Nam

Qua tìm hiểu về APA từ hướng dẫn của OECD và kinh nghiệm của các nước đã thực hiện APA có thể thấy: thỏa thuận APA là một công cụ có tác dụng chống chuyển giá trong một số giao dịch liên kết của các công ty đa quốc gia và thực tế từ một số quốc gia áp dụng đã đạt được một số thành tựu nhất định. Tại Việt Nam, đã có một số tập đoàn như Intel, Samsung... chủ động đề nghị áp dụng phương pháp này thay cho hoạt động thanh kiểm tra như trước đây nhằm tạo sự chủ động về thuế cho các doanh nghiệp. Tuy nhiên, việc lựa chọn áp dụng APA để thay thế cho các phương pháp giải quyết hiện tượng chuyển giá truyền thống có nên áp dụng ở nước ta hay không thì cần được xem xét, đánh giá từ kinh nghiệm quốc tế lẫn tình hình thực tế ở Việt Nam.

Như đã được đề cập ở trên, việc sử dụng APA thường xuất phát từ đối tượng nộp thuế.

---

7 *OECD: Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations on Chapter 4*
8 *OECD: Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations on Chapter 4, Para 4.150.*
9 *Xem: Tài liệu tham khảo kinh nghiệm quốc tế về quản lý thuế của Bộ Tài chính.*

Điều này có nghĩa là đối tượng nộp thuế có mong muốn sử dụng APA để tránh những rắc rối từ phía các cơ quan quản lý thuế. Tuy nhiên ở Việt Nam hiện nay liệu các đối tượng nộp thuế có mong muốn điều này hay không là việc cần phải xem xét. Bởi lẽ trong quá trình chuẩn bị để ký kết thỏa thuận, cơ quan quản lý thuế sẽ thực hiện việc kiểm tra hoạt động tài chính của doanh nghiệp một cách cẩn thận và nghiêm túc, và rõ ràng đối tượng nộp thuế không muốn điều này.

Kinh nghiệm từ các nước như Hoa kỳ, Canada, Nhật Bản... đều cho rằng, khó khăn lớn nhất đối với mọi quốc gia áp dụng thỏa thuận APA là nguồn nhân lực của cơ quan thuế. Nguồn nhân lực này vừa yếu về chất lượng lẫn số lượng. APA là một thỏa thuận rất phức tạp nên chất lượng của cán bộ thuế đặc biệt quan trọng. Đặc biệt, đàm phán và ký kết APA cần rất nhiều các chuyên gia như luật sư, nhà kinh tế học... và các chuyên gia trong các lĩnh vực đặc thù. Những yêu cầu đàm phán APA chủ yếu tập trung vào những lĩnh vực đặc biệt như mua bán hàng hóa quốc tế. Do đó, để cơ quan thuế có thể hoàn thành tốt nhiệm vụ của mình thì cần phải đào tạo, tuyển chọn một đội ngũ các chuyên gia giỏi để đáp ứng được yêu cầu của công việc. Nếu Việt Nam muốn bổ sung APA để chống chuyển giá thì cần phải tiến hành đào tạo nguồn nhân lực đủ khả năng để tiến hành đàm phán cũng như theo dõi trong suốt quá trình thực hiện.

Bên cạnh khó khăn về nhân lực, cơ quan thuế còn đối mặt với những khó khăn về mặt tài chính vì tiến hành một APA rất tốn kém. Để giải quyết vấn đề tài chính, nhiều quốc gia đã tiến hành thu phí từ người nộp thuế. Tuy nhiên, trong 36 nước hiện nay áp dụng thỏa thuận APA (hoặc các thỏa thuận khác có tính chất tương tự) thì chỉ có 9 nước có đưa ra biểu phí yêu cầu người nộp đơn đóng phí. Mức phí có thể cố định hoặc mức phí phụ thuộc vào chi phí thực tế của cơ quan thuế. Mỗi quốc gia cũng có những mức phí khác nhau: từ mức phí thấp như Mexico 360 USD, Cộng hòa Séc 500 USD cho đến mức phí cao như Hoa Kỳ 22.500 - 50.000 USD, Hungary 22.700 - 91.000 USD... Canada còn yêu cầu người nộp thuế nộp một khoản tiền đặt cọc ước chừng lớn hơn chi phí để đảm bảo và sẽ trả lại phần thừa khi đã thỏa thuận thành công. Với quan điểm "người nộp thuế trả chi phí" như vậy có thể sẽ mang lại thuận lợi hơn cho cơ quan thuế nhưng lại là rào cản khiến người nộp thuế không muốn tham gia APA. Ngược lại, cũng có một số nước như Trung Quốc, Malayxia không thu phí. Theo quan điểm của chúng tôi, đây cũng là một rào cản cho Việt Nam nếu áp dụng thỏa thuận APA vì không thể lấy tiền ngân sách nhà nước để phục vụ cho các chi phí liên quan đến các cuộc đàm phán, thỏa thuận của cơ quan thuế. Còn nếu thu phí của người nộp thuế thì sẽ không thu hút sự tham gia của họ.

Thời gian để tiến hành đàm phán thành công APA trải qua nhiều bước với nhiều công đoạn phức tạp, đòi hỏi chuyên môn cao nên mất rất nhiều thời gian. Trong khi đó, một APA chỉ được áp dụng APA từ 3 đến 5 năm. Thêm vào đó là sự biến động của thị trường có thể ảnh hưởng đến giá thỏa thuận là một nhược điểm rất lớn. Trong trường hợp gia hạn APA thì các bên cũng cần phải thỏa thuận lại những điều khoản trọng yếu liên quan đến giá vì sự thay đổi của thị trường. Tuy nhiên, pháp luật Việt Nam liên quan đến vấn đề thay đổi hợp đồng do có sự thay đổi hoàn cảnh cũng chưa được đề cập. Vấn đề thời gian, kỹ năng đàm phán và hoàn cảnh thay đổi nếu gặp thêm yếu tố nhân lực yếu kém thì sẽ gây ra hậu quả khó lường. Nếu cơ quan thuế Việt Nam áp dụng thỏa thuận APA khi chưa xây dựng được đội ngũ nhân lực chất lượng thì rất dễ mắc phải khuyết điểm này. Vì các tập đoàn đa quốc gia có rất nhiều chuyên gia kinh tế kinh nghiệm, họ có tầm nhìn và định hướng kinh doanh ngắn hạn, trung hạn và dài hạn rõ ràng nên có thể dự đoán được tình hình thị trường. Do

đó, trong quá trình đàm phán, họ có thể đưa ra những điều khoản có thể rất hợp lý nhưng sau đó, khi sự kiện xảy ra thì không thể áp dụng được. Điều khoản về lựa chọn *benchmark* (lựa chọn công ty làm điểm so sánh) là một ví dụ. Trên thực tế, doanh nghiệp nộp thuế tìm cách thành lập một công ty ma để lựa chọn làm công ty bên thứ ba để so sánh. Trong điều khoản lựa chọn benchmark, doanh nghiệp sẽ đề nghị đưa vào nội dung "không thay đổi benchmark trong suốt quá trình APA". Nếu cơ quan thuế bỏ qua nội dung này thì dù trong một điều khoản khác có quy định "nếu diễn biến thị trường có những thay đổi đáng kể ảnh hưởng đến giá thì một trong các bên có quyền yêu cầu thỏa thuận lại" cũng trở lên vô giá trị.

Một khó khăn khác có thể xảy ra khi một cơ quan thuế tham gia thỏa thuận một số APA khác nhau nhưng lại chỉ liên quan đến những giao dịch liên kết trong một tập đoàn đa quốc gia. Ví dụ, A là một công ty 100% vốn nước ngoài tại Việt Nam (công ty con của một tập đoàn đa quốc gia). Thay vì đàm phán một APA đa phương, A lần lượt đàm phán thỏa thuận từng APA song phương có nội dung gần giống nhau về các giao dịch giống nhau với các công ty con khác nhau ở các nước khác nhau trong cùng tập đoàn. "Một khuynh hướng có thể tồn tại là hài hòa những vấn đề cơ bản cho những APA sau giống như những APA đã thỏa thuận trước đó mà không tính đến những điểm khác biệt liên quan đến những thị trường khác nhau. Do đó, việc chấp nhận những kết luận từ những APA trước đó được coi như là đại diện cho tất cả các thị trường"[10]. Điều này là một biểu hiện phản ánh không đúng giá thị trường để làm căn cứ tính thuế có nguyên nhân từ sự lười biếng và yếu kém chuyên môn của cán bộ thuế. Nhưng người nộp thuế bằng cách đàm phán tinh vi của mình cùng với sự yếu kém của cơ quan thuế có thể dẫn đến hiện tượng trên và một lượng tiền thuế đã được lách một cách an toàn.

Như đã phân tích ở trên, APA có ba loại khác nhau. Trong đó loại APA đơn phương mang lại những vấn đề rất phức tạp cho người nộp thuế lẫn cơ quan thuế tham gia thỏa thuận cũng như cơ quan thuế có liên quan. Các cơ quan thuế có liên quan có thể không đồng ý với nội dung thỏa thuận đơn phương đó và tiếp tục đánh thuế dẫn đến hiện tượng trùng thuế. Do đó, nếu người nộp thuế chấp nhận tham gia APA đơn phương để cắt giảm chi phí tuân thủ hay né tránh những cuộc thanh tra, giám sát việc chuyển giá từ phía cơ quan thuế thì họ vẫn có thể gặp rắc rối với các cơ quan thuế có liên quan. Đa số người nộp thuế không ưa chuộng loại APA này và APA đơn phương cũng không thể hiện đầy đủ bản chất và ý nghĩa của APA.

So với thỏa thuận APA đơn phương, thỏa thuận APA đa phương và song phương có thể khắc phục được nhược điểm nêu trên của APA đơn phương. Tuy nhiên, để đàm phán APA loại này thì đòi hỏi cần phải có sự tham gia của các cơ quan thuế có liên quan ở nước ngoài. Trong khi một số quốc gia sẵn sàng để thương lượng APA trên cơ sở đơn phương, hướng dẫn chuyển giá của OECD làm rõ hơn rằng "bất cứ nơi nào có thể, một APA nên được ký kết trên cơ sở song phương hoặc đa phương giữa các cơ quan có thẩm quyền thông qua các thủ tục thỏa thuận lẫn nhau của các điều ước quốc tế có liên quan". Điều phức tạp xuất phát từ đây. Nếu giữa các nước không ký kết điều ước quốc tế thì rất khó có thể để hoàn thành APA này.

Mặt khác, việc thỏa thuận với cơ quan thuế các nước khác thường gặp khó khăn do sự đối lập, xung đột giữa mục tiêu thuế và chính sách pháp luật của các nước khác nhau. Bởi vì thuế là nguồn thu chủ yếu của mỗi quốc gia nên bất kỳ nước nào cũng muốn dành phần

10 OECD: Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 1999 on Chapter 4, para 4.152

lợi ích về cho mình. Do đó, vấn đề chuyển giá, phân chia lợi nhuận giữa công ty mẹ và công ty con như thế nào trở nên khó khăn hơn cả. Đối với Việt Nam, hiện là một nước đang tìm cách thu hút vốn đầu tư nước ngoài và còn ở vị thế yếu nên khó có thể đàm phán được những thỏa thuận mang lại lợi ích.

Đối với quan hệ giữa người nộp thuế và cơ quan thuế trong thỏa thuận APA có phần "bình đẳng" vì cả hai bên cùng nhất trí thỏa thuận cụ thể. Điều này có thể khiến doanh nghiệp lợi dụng để thỏa thuận những điều khoản đem lại lợi ích cho mình. Vì nhìn vào quy trình thỏa thuận có thể thấy, người nộp thuế cung cấp cho cơ quan thuế những thông tin được yêu cầu và cơ quan thuế sẽ đánh giá, xác minh lại. Nếu cơ quan thuế không phát hiện được sai sót và đồng ý với những thông tin được cung cấp mà bị thất thu thuế thì không thể truy thu được. Trái lại, mối quan hệ giữa người nộp thuế và cơ quan thuế trong trường hợp thanh tra, giám sát là mối quan hệ hành chính - nhà nước. Cơ quan thuế, với tư cách là cơ quan quản lý nhà nước trong lĩnh vực thuế, sẽ yêu cầu người nộp thuế phải chứng minh cho mình thông tin là đúng. Do đó, người nộp thuế sẽ phải chủ động trong các khoản thuế để tránh những cuộc thanh tra như vậy.

Một vấn đề nữa là, như đã được đề cập đến ở trên, việc thiết lập một APA là rất khó và phức tạp, chi phí cao và cần phải có đội ngũ chuyên gia chuyên nghiệp. Vậy nên chúng tôi cho rằng, nên có sự cân nhắc giữa việc đầu tư nguồn lực cho việc thiết lập APA với đầu tư nguồn lực cho việc thanh tra, giám sát để chống hiện tượng chuyển giá. Trong bối cảnh hiện nay của Việt Nam, có lẽ đầu tư cho việc thứ hai sẽ có hiệu quả hơn, bởi lẽ Nhà nước có khả năng giám sát người của mình hơn. Còn sử dụng APA, vì APA là thỏa thuận, nên rất khó có thể giám sát.

Cuối cùng, APA thương được sử dụng để chống chuyển giá trong thương mại quốc tế và tỏ ra kém hiệu quả khi sử dụng để chống chuyển giá trong phạm vi của một quốc gia. Trong khi đó ở Việt Nam, hiện tượng chuyển giá giữa các doanh nghiệp là rất phổ biến do pháp luật thiếu chặt chẽ và đồng bộ. Để chống chuyển giá trong thương mại quốc tế hoàn toàn có thể sử dụng các cách thức xác định giá hàng hóa nhập khẩu theo Hiệp định thực thi Điều VII của GATT 94 (Hiệp định trị giá hải quan). Có lẽ điều tra để xác định giá theo Hiệp định trị giá hải quan sẽ dễ dàng hơn việc điều tra để ký APA.

7. Kết luận

Việc tìm hiểu, nghiên cứu những phương pháp, cách thức mới để hoạt động quản lý thuế có hiệu quả hơn là cần thiết và là một đòi hỏi khách quan. Tuy nhiên, chúng ta cũng cần phải cân nhắc kỹ lưỡng xem áp dụng APA có thực sự mang lại hiệu quả trong điều kiện của nước ta hay không. Mặc dù APA có khả năng mang lại những lợi ích nhất định, nhưng qua quá trình nghiên cứu về khả năng áp dụng tại Việt Nam, chúng tôi cho rằng, cần phải hết sức thận trọng khi áp dụng APA tại thời điểm này. Nếu áp dụng APA, chúng ta cần thời gian để đào tạo nguồn nhân lực chất lượng, tăng cường tuyên truyền về APA, hoàn thiện cơ sở pháp lý cũng như cần phải tăng cường mối quan hệ hợp tác với các cơ quan thuế nước ngoài. Ngoài ra, việc áp dụng APA còn cần phải tính đến nhu cầu của doanh nghiệp vì đây là sự thỏa thuận, xuất phát từ sự tự nguyện của người nộp thuế. Nếu chỉ có rất ít doanh nghiệp muốn sử dụng APA mà chúng ta phải đầu tư nhân lực thì sẽ rất lãng phí nguồn lực. Nhưng nếu áp dụng thỏa thuận APA nhằm chống chuyển giá từ các công ty đa quốc gia mà không đầu tư nhân lực chất lượng và các nguồn lực cần thiết khác thì chỉ tạo cơ hội cho các doanh nghiệp này lợi dụng để có thể chuyển lợi nhuận về công ty mẹ ở nước ngoài một cách hợp pháp. ❖.

DỰ THẢO LUẬT SỬA ĐỔI, BỔ SUNG LUẬT QUẢN LÝ THUẾ - NHÌN TỪ GÓC ĐỘ NGƯỜI NỘP THUẾ

PHẠM TRÍ HÙNG*

Từ góc độ bảo đảm quyền của người nộp thuế được tạo thuận lợi khi thực hiện nghĩa vụ nộp thuế, bài viết đưa ra một số ý kiến cụ thể đóng góp cho Dự thảo Luật sửa đổi, bổ sung Luật Quản lý thuế (Dự thảo Luật), đặc biệt về: (i) coi người nộp thuế là trung tâm của pháp luật quản lý thuế; (ii) nâng cao trách nhiệm của cơ quan thuế.

1. Xác định người nộp thuế là trung tâm của pháp luật quản lý thuế

Mục đích đầu tiên và quan trọng của Dự thảo Luật là "tiếp tục đẩy mạnh cải cách thủ tục hành chính thuế theo hướng đơn giản, rõ ràng, minh bạch, tạo thuận lợi cho người nộp thuế; giảm chi phí, thời gian của người nộp thuế trong việc thực hiện nghĩa vụ thuế; khuyến khích và tạo điều kiện cho người nộp thuế thực hiện tốt cơ chế tự khai, tự tính, tự nộp thuế" nhìn chung đã được đáp ứng với nhóm vấn đề về đơn giản hoá thủ tục hành chính thuế gồm 6 nội dung[1], trong đó chủ yếu liên quan đến các nội dung sửa đổi theo yêu cầu của Nghị quyết số 57/2010/QH12 của Quốc hội; Nghị quyết số 25/NQ-CP, Nghị quyết số 68/NQ-CP của Chính phủ.

Tuy nhiên, nhìn chung Dự thảo Luật mới chỉ là sự sửa đổi, bổ sung Luật Quản lý thuế - như các điều khoản thực thi của các luật về thuế, mà chưa thể hiện tinh thần coi người nộp thuế là trung tâm của pháp luật quản lý thuế. Chúng ta đang trong quá trình sửa đổi Hiến pháp 1992 và Điều 80 "Công dân có nghĩa vụ đóng thuế và lao động công ích theo quy định của pháp luật" có thể được sửa đổi theo hướng nhấn mạnh nộp thuế không chỉ là nghĩa vụ, mà còn là quyền của công dân, doanh nghiệp đóng góp với Nhà nước, xã hội[2]. Coi trọng người nộp thuế, bảo đảm quyền của người nộp thuế được tạo thuận lợi khi thực hiện nghĩa vụ nộp thuế chưa trở thành tư tưởng chủ đạo của Dự thảo Luật. Pháp luật quản lý thuế vẫn đang coi cơ quan thuế là trung tâm, quyền của cơ quan thuế được đặt lên lên quyền của người nộp thuế, các quy định mang tính chất đặc thù là bắt buộc, cưỡng chế, chứ chưa có quy định

* ***TS. Khoa Luật Thương mại, Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.***

1 *Bao gồm: (i) Giảm tần suất kê khai từ 12 lần/năm xuống còn 4 lần/năm đối với người nộp thuế quy mô vừa và nhỏ; (ii) Rút ngắn thời gian giải quyết thủ tục gia hạn nộp hồ sơ khai thuế từ 5 ngày làm việc xuống 3 ngày làm việc; (iii) Bỏ "Chứng từ nộp thuế" trong hồ sơ hoàn thuế; Rút ngắn thời hạn giải quyết đối với (iv) trường hợp "kiểm tra trước, hoàn thuế sau" từ 60 ngày xuống còn 40 ngày kể từ ngày nhận đủ hồ sơ và (v) trường hợp"hoàn thuế trước, kiểm tra sau" từ 15 ngày làm việc xuống còn 10 ngày làm việc; (vi) Thay "Tờ khai quyết toán thuế" trong Hồ sơ đề nghị xóa nợ đối với trường hợp doanh nghiệp bị tuyên bố phá sản bằng "Quyết định tuyên bố phá sản" để đảm bảo dễ dàng trong thực hiện.*

2 *Khoản 1 Điều 4 Luật Quản lý thuế năm 2006 quy định: "Nộp thuế theo quy định của pháp luật là nghĩa vụ và quyền lợi của mọi tổ chức, cá nhân".*

khuyến khích thực hiện nghĩa vụ nộp thuế. Có thể nói, các quy định liên quan trong Dự thảo Luật và Luật Quản lý thuế chưa đạt được mục tiêu "khuyến khích, tạo điều kiện cho người nộp thuế thực hiện tốt cơ chế tự khai, tự tính, tự nộp thuế" thông qua nâng cao nhận thức về việc tuân thủ nghĩa vụ của hàng chục triệu người nộp thuế.

Luật Quản lý thuế như luật tổ chức thực hiện các luật thuế có vai trò hết sức quan trọng trong việc điều hành và thực hiện chính sách thuế. Hiệu quả của các luật về chính sách thuế như Luật Thuế thu nhập cá nhân, Luật Thuế thu nhập doanh nghiệp, Luật Thuế giá trị gia tăng... phụ thuộc rất nhiều vào hiệu quả của Luật Quản lý thuế. Theo chúng tôi, để Luật Quản lý thuế đi vào cuộc sống và được thực thi một cách có hiệu quả trong thực tế, cần phải xác định đúng quan điểm, định hướng xây dựng luật là phục vụ người dân, cơ quan quản lý thuế chỉ là để thực thi chính sách thuế và phục vụ người nộp thuế. Chỉ khi coi người nộp thuế là trung tâm của pháp luật quản lý thuế, các quy định cụ thể của Dự thảo Luật mới được soạn thảo đúng hướng, đúng mục tiêu để trở thành một đạo luật hoàn chỉnh, vừa đáp ứng đầy đủ kịp thời yêu cầu của công tác quản lý, vừa phù hợp với ý nguyện của người nộp thuế.

Như vậy khoản 3 Điều 4 Luật Quản lý thuế: "Việc quản lý thuế phải bảo đảm công khai, minh bạch, bình đẳng; bảo đảm quyền và lợi ích hợp pháp của người nộp thuế" có thể được sửa đổi, bổ sung trong khoản 1 Điều 1 Dự thảo Luật là: "Việc quản lý thuế phải coi người nộp thuế là trung tâm, bảo đảm công khai, minh bạch, bình đẳng. Cơ quan quản lý thuế có trách nhiệm phục vụ người nộp thuế, bảo đảm quyền và lợi ích hợp pháp của người nộp thuế".

Pháp luật quản lý thuế đưa ra các quy định về xử phạt, cưỡng chế… đối với các hành vi vi phạm pháp luật về quản lý thuế, nhưng không có quy định về khen thưởng đối với việc thực hiện tốt nghĩa vụ nộp thuế. Có ý kiến cho rằng, trước đây trong thời chiến, những người cầm súng là anh hùng thì thời bình, ai tổ chức làm ăn hiệu quả, đóng góp

3 *Ý kiến của Ông Nguyễn Trọng Hạnh, Cục phó Cục Thuế TP. Hồ Chí Minh, trích theo Phạm Trí Hùng, Cứu doanh nghiệp nhờ miễn giảm thuế, Diễn đàn kinh tế Việt Nam, http://vef.vn/2011-10-11-kich-thich-san-xuat-va-phat-trien-bang-cong-cu-thue*

lớn cho ngân sách, nộp thuế nhiều là một hành động anh hùng[3] cần được khen thưởng, biểu dương. Theo tinh thần coi người nộp thuế là trung tâm và để nâng cao nhận thức về việc tuân thủ nghĩa vụ của người nộp thuế, theo chúng tôi, có thể bổ sung Điều 6 Luật Quản lý thuế về quyền của người nộp thuế: "Được biểu dương, khen thưởng khi thực hiện tốt nghĩa vụ nộp thuế" và trong Nghị định quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Quản lý thuế và Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Quản lý thuế cần có hướng dẫn cụ thể về việc biểu dương, khen thưởng này.

2. Nâng cao trách nhiệm của cơ quan thuế

Trong Dự thảo Luật có quy định sửa đổi, bổ sung các khoản 2, 3; bổ sung khoản 3a Điều 8 về trách nhiệm của cơ quan quản lý thuế, tuy nhiên, chúng tôi thấy rằng, các quy định này chưa đủ để nâng cao trách nhiệm của cơ quan quản lý thuế. Như đã phân tích ở trên và đề xuất nên xây dựng thành một nguyên tắc của pháp luật quản lý thuế, theo chúng tôi, *trách nhiệm đầu tiên của cơ quan quản lý thuế là phục vụ người nộp thuế, bảo đảm quyền của người nộp thuế.*

Dự thảo Luật đưa ra sửa đổi, bổ sung khoản 3 Điều 8 Luật Quản lý thuế: "3. Cơ quan hải quan có trách nhiệm giải thích, cung cấp thông tin liên quan đến việc xác định nghĩa vụ thuế cho người nộp thuế; phân loại trước mã số, xác định trước trị giá hải quan, xác nhận trước xuất xứ đối với hàng hoá xuất khẩu, nhập khẩu theo quy định của Chính phủ; 3a. Cơ quan thuế có trách nhiệm giải thích, cung cấp thông tin liên quan đến việc xác định nghĩa vụ thuế cho người nộp thuế; công khai mức thuế phải nộp của hộ gia đình, cá nhân kinh doanh trên địa bàn xã, phường, thị trấn." Dự thảo Luật cũng quy định sửa đổi, bổ sung các khoản 1, 2; bổ sung khoản 2a Điều 6 về quyền của người nộp thuế: "1. Được hỗ trợ, hướng dẫn thực hiện việc nộp thuế; cung cấp thông tin, tài liệu để thực hiện nghĩa vụ, quyền lợi về thuế; 2. Yêu cầu cơ quan hải quan phân loại trước mã số, xác định trước trị giá hải quan, xác nhận trước xuất xứ đối với hàng hoá xuất khẩu, nhập khẩu theo quy định của Chính phủ; giải thích về việc tính thuế, ấn định thuế; yêu cầu cơ quan, tổ chức giám định số lượng, chất lượng, chủng loại hàng hoá xuất khẩu, nhập khẩu; 2a. Yêu cầu cơ quan thuế giải thích về việc tính thuế, ấn định thuế".

Nhưng Dự thảo Luật chưa quy định trường hợp cơ quan quản lý thuế giải thích, hướng dẫn sai, dẫn đến người nộp thuế kê khai, tính thuế sai thì trách nhiệm của cơ quan thuế phải xác định và xử lý như thế nào. Quy định tại khoản 7 Điều 6 và khoản 9 Điều 8 liên quan đến bồi thường thiệt hại do cơ quan quản lý thuế, công chức quản lý thuế gây ra cho người nộp thuế, theo chúng tôi, là còn chung chung và khó hướng dẫn thực hiện một cách cụ thể.

Dự thảo Luật quy định về cơ chế thoả thuận giá trước, nhằm chống chuyển giá bổ sung khoản 9 Điều 9 như sau: "Cơ quan thuế áp dụng cơ chế thoả thuận trước về phương pháp xác định giá tính thuế hoặc giá tính thuế theo giá thị trường cho các giao dịch giữa các bên có quan hệ liên kết đối với người nộp thuế, cơ quan thuế các nước, vùng lãnh thổ mà Việt Nam đã ký kết Hiệp định tránh đánh thuế hai lần và ngăn ngừa việc trốn lậu thuế đối với thuế thu nhập" và "Thoả thuận trước về phương pháp xác định giá tính thuế là thoả thuận bằng văn bản ràng buộc giữa cơ quan thuế và người nộp thuế trong thời gian từ ba năm đến năm năm về việc xác định các căn cứ tính thuế, phương pháp xác định giá tính thuế hoặc giá tính thuế theo giá thị trường, được ban hành

trước khi người nộp thuế nộp hồ sơ khai thuế"[4]. Không chỉ ở Việt Nam, mà trên thế giới cũng vậy, chống chuyển giá là hoạt động rất phức tạp, khó khăn và quy định về chống chuyển giá như trên là tương đối sơ sài. Ở đây, theo chúng tôi, có thể bổ sung thêm những quy định về chống chuyển giá trên cơ sở tham khảo kinh nghiệm của Vương quốc Thái Lan. Tổng cục Thu của Thái Lan có quyền xác định giá chuyển nhượng tài sản, chi phí thuê dịch vụ hoặc các khoản cho vay tiền không thu lãi, phí dịch vụ hoặc lãi vay, các khoản bồi hoàn mà được coi là thấp hơn giá thị trường mà không chứng minh được tính trung thực của giá chuyển giao. Ở đây, "giá thị trường" được định nghĩa là giá của tiền công, phí dịch vụ hoặc lãi suất mà một bên độc lập sẽ được trả trong quan hệ thương mại bình thường của việc chuyển giao tài sản, cung ứng dịch vụ hoặc cho vay tiền đối với khoản vay cùng điều kiện. Thuật ngữ "bên độc lập" được hiểu là một bên tham gia hợp đồng mà không có mối quan hệ nào với bên kia một cách trực tiếp hay gián tiếp trong các vấn đề quản lý, kiểm soát hoặc hợp tác đầu tư. Ngoài ra, Tổng cục Thu Thái Lan có quyền xác định giá cả của hàng hóa cùng loại được bán đến một nước khác[5]. Theo chúng tôi, việc xác định quyền của cơ quan quản lý thuế tương tự như trên sẽ đặt nền móng quan trọng cho việc chống chuyển giá ở Việt Nam.

Ngoài hai vấn đề lớn nêu trên, có một số đóng góp đã được các chuyên gia, nhà nghiên cứu đề cập mà chúng tôi thấy cần được nhắc lại để xem xét đưa vào Dự thảo Luật để sửa đổi, bổ sung Luật Quản lý Thuế, là:

Thứ nhất, hiện tại, việc người nộp thuế thực hiện các giao dịch với cơ quan quản lý thuế thông qua môi trường điện tử ngày càng phổ biến (nộp hồ sơ khai thuế qua mạng) nhưng Dự thảo Luật chưa quy định tính pháp lý đối với các giao dịch thông qua môi trường này.

Thứ hai, quy định về thời gian nộp hồ sơ khai lệ phí trước bạ trong Luật Quản lý thuế và thời hạn đăng ký quyền sở hữu, quyền sử dụng tài sản theo quy định của pháp luật về đăng ký tài sản chưa thống nhất, dẫn đến cách hiểu khác nhau giữa người nộp thuế với cơ quan thuế và giữa các địa phương thực hiện. Dự thảo Luật mới sửa đổi, bổ sung khoản Điều 32 có liên quan như sau: "Đối với tiền thuê đất nộp một lần cho cả thời gian thuê, tiền sử dụng đất, lệ phí trước bạ, người nộp thuế không xác định được số thuế phải nộp thì thời hạn nộp hồ sơ khai thuế theo quy định của Chính phủ", theo chúng tôi, vẫn là chưa cụ thể.

Thứ ba, khoản Điều 58 Luật Quản lý thuế quy định "hồ sơ hoàn thuế được nộp tại cơ quan quản lý thuế trực tiếp hoặc tại cơ quan hải quan có thẩm quyền hoàn thuế". Dự thảo Luật vẫn chưa bổ sung quy định đối với trường hợp nhà thầu nước ngoài không có cơ quan quản lý thuế trực tiếp thì sẽ nộp tại cơ quan nào.

Thứ tư, tại khoản 3 Điều 32 Luật Quản lý thuế quy định: "Thời hạn nộp hồ sơ khai thuế chậm nhất là ngày thứ 10 kể từ ngày phát sinh thuế đối với các loại thuế khai và nộp từng lần phát sinh". Tuy nhiên ngày phát sinh nghĩa vụ thuế là thời điểm nào, cụ thể như thế nào thì Dự thảo Luật chưa bổ sung hướng dẫn cụ thể để đảm bảo tính rõ ràng, minh bạch. ❖

---

4 *Bổ sung khoản 10 Điều 5 Luật Quản lý thuế trong Dự thảo Luật*

5 *Xem: Nguyễn Văn Hiệu, Lê Xuân Trường, Hệ thống thuế một số nước ASEAN và Trung Quốc, NXB Tài chính, Hà Nội, 2008, tr.25-26.*

LUẬT QUẢN LÝ THUẾ
DƯỚI GÓC NHÌN CỦA NGƯỜI NỘP THUẾ

DƯƠNG KIM THẾ NGUYÊN*

Dự thảo Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Quản lý thuế (Dự thảo) lần này tập trung vào ba nhóm vấn đề: thứ nhất, nhóm vấn đề về đơn giản hóa thủ tục hành chính thuế theo yêu cầu của Nghị quyết số 57/2010/QH12 của Quốc hội; Nghị quyết số 25/NQ-CP, Nghị quyết số 68/NQ-CP của Chính phủ. Thứ hai, nhóm vấn đề về phục vụ mục tiêu cải cách - hiện đại hóa và hội nhập, phù hợp thông lệ quốc tế. Thứ ba, nhóm vấn đề về nâng cao hiệu lực, hiệu quả của quản lý thuế (QLT) để phù hợp với thực tế và phù hợp với các văn bản pháp luật có liên quan. Bài viết sau đây đứng dưới góc nhìn của người nộp thuế để nêu các ý kiến về Luật QLT.

Quyền của người nộp thuế

Thuế là một khoản nộp bắt buộc mà các thể nhân và pháp nhân có nghĩa vụ phải thực hiện đối với Nhà nước, phát sinh trên cơ sở các văn bản pháp luật do Nhà nước ban hành, không mang tính chất đối giá và hoàn trả trực tiếp cho đối tượng nộp thuế. Chính vì không được hoàn trả trực tiếp, nên khi thực hiện đầy đủ nghĩa vụ nộp thuế, người nộp thuế phải được đối xử như những người có công, được tuyên dương công trạng, chứ không phải bị đối xử như những người luôn lăm le trốn thuế. Muốn vậy, cơ quan QLT cần được thiết kế như là một thiết chế hỗ trợ đối tượng nộp thuế, giúp cho họ có đủ điều kiện thuận lợi nhất cho việc nộp đúng, đủ, và thuận tiện trong việc nộp thuế. Một khi cơ chế hỗ trợ đã được thiết lập đầy đủ mà người nộp thuế vẫn vi phạm, thì cơ quan QLT đóng vai trò như cơ quan giám sát, kiểm tra và xử lý vi phạm về thuế. Như vậy, việc QLT cần thiết được thiết lập trên quan điểm xem người nộp thuế là đối tượng được phục vụ của cơ quan

* *ThS, Khoa Luật kinh tế - ĐH Kinh tế TP. Hồ Chí Minh*

thuế. Cơ quan thuế đóng vai trò là cơ quan hỗ trợ, giúp đỡ, và cuối cùng là giám sát. Như vậy, dưới góc nhìn của người nộp thuế, Luật QLT cần được thiết kế với những yêu cầu (1) tạo ra một cơ chế hữu hiệu để hỗ trợ người nộp thuế, (2) đảm bảo sự bình đẳng giữa những người nộp thuế thông qua hoạt động kiểm tra, giám sát của cơ quan QLT trong việc thu đúng, thu đủ.

Cơ chế hữu hiện hỗ trợ người nộp thuế

Một luật thuế phải được thiết lập theo hướng đơn giản, dễ hiểu, rõ ràng, dễ áp dụng (minh bạch) là điều cần thiết để tạo thuận lợi cho người nộp thuế thực hiện nghĩa vụ của mình. Muốn vậy, trước hết cần phải có các luật về các sắc thuế hợp lý, phù hợp với khả năng đóng góp của người nộp thuế, sau đó là cơ chế hành thu thuế đơn giản, ít tốn kém chi phí, thời gian. Ở đây giả định rằng, các quy định nội dung của luật thuế như đối tượng chịu thuế, thuế suất, miễn trừ thuế... là hợp lý, Luật QLT sẽ có vai trò chủ chốt trong việc thiết lập một cơ chế hành thu đơn giản, ít tốn kém chi phí và thời gian, tạo điều kiện thuận lợi cho người nộp thuế nộp đúng, đủ và kịp thời vào ngân sách nhà nước. Như vậy, cơ chế này căn bản phải được thiết lập dựa trên (a) Sự hỗ trợ tích cực và kịp thời của cơ quan thuế, và (b) Một thủ tục hành chính về thuế đơn giản, minh bạch và ít tốn kém cho người nộp thuế.

(a) Về sự hỗ trợ của cơ quan thuế

Ở Cộng hòa Pháp, trước đây họ quan niệm người nộp thuế là người bị quản lý, cơ quan thuế là người quản lý, nên người nộp thuế ít nhận được sự quan tâm. Công cuộc cải cách về thuế từ những năm 2000 ở Pháp được coi như là cuộc cách mạng về nhận thức trong quan hệ giữa cơ quan thuế và đối tượng nộp thuế (người nộp thuế) và lấy đối tượng nộp thuế (ĐTNT) là trung tâm phục vụ. Thực hiện cuộc cải cách này, trong giai đoạn thứ nhất (giai đoạn 2001 - 2003) với chủ trương "xây dựng dịch vụ phục vụ ĐTNT chất lượng cao", nhà nước đã xác định lấy người nộp thuế là trung tâm phục vụ, trên cơ sở quy định rõ các nguyên tắc để phục vụ như thế nào là tốt, có chất lượng và được định lượng hoá cho từng công việc, từng cán bộ công chức thuế khi tiếp xúc với ĐTNT. Tổng cục Thuế đã đưa ra 5 cam kết khi thực thi công vụ đòi hỏi cán bộ thuế phải tuân thủ. Các cam kết này được dán công khai tại cơ quan thuế để ĐTNT kiểm tra, giám sát, bao gồm:

- Phổ biến hoá việc tiếp dân, tạo điều kiện để ĐTNT dễ dàng tiếp xúc với cơ quan thuế;

- Giải đáp tất cả các cuộc điện thoại của ĐTNT hẹn gặp hay trả lời để các cuộc gọi đến đều được đáp ứng;

- Phục vụ tận nhà một số ĐTNT không đến được cơ quan thuế như: gửi tờ khai, nhận tờ khai thuế (người tàn tận, ốm đau...);

- Thông báo kịp thời cho ĐTNT biết những vướng mắc chưa giải đáp được, lý do, nguyên nhân cụ thể (không được im lặng);

- Xoá bỏ tính vô danh trong quan hệ với dân, phải có định danh rõ ràng như: nói rõ tôi là ai? Chức danh? Đang giải quyết vụ việc gì?

Giai đoạn 2 của cuộc cải cách được tiến hành từ năm 2003 - 2005, với chủ trương "Tạo thuận lợi cho bạn thực hiện nghĩa vụ thuế". Tổng cục Thuế Pháp đưa ra 9 cam kết bao gồm:

1. Tất cả các cuộc điện thoại đều được trả lời.

2. Trả lời thư tín nhanh nhất (trước đây để hàng năm không trả lời).

3. Lập hệ thống kiểm soát thời gian trả lời.

4. Cơ quan thuế sẵn sàng tiếp đón ĐTNT, mở cửa liên tục để tiếp dân, công khai danh tính của người phục vụ ĐTNT.

5. Chỉ thông qua một cửa để giải quyết công việc.

6. Xây dựng website phục vụ ĐTNT.

7. Tạo điều kiện cho ĐTNT có tờ khai ngay tại nhà do cơ quan thuế gửi đến.

8. Cơ quan thuế đều có cán bộ theo dõi khiếu kiện, đi đến tận nơi để giải quyết thắc mắc, khiếu nại về thuế.

9. Luôn luôn tìm hiểu về sự hài lòng của người nộp thuế đối với cơ quan thuế (thuê Công ty độc lập để kiểm tra, đánh giá khách quan phục vụ ĐTNT của cán bộ thuế và cơ quan thuế).

Báo cáo tổng kết thi hành Luật QLT của Bộ Tài chính nước ta cho biết, các cơ quan thuế đã thực hiện các hoạt động tuyên truyền các luật thuế, giải đáp vướng mắc về chính sách và các thủ tục về thuế thông qua nhiều hình thức hỗ trợ như: hỗ trợ trực tiếp, hỗ trợ qua điện thoại, hỗ trợ bằng văn bản, tổ chức đối thoại cho cộng đồng doanh nghiệp, tổ chức tập huấn về chính sách thuế và thủ tục hành chính thuế; xây dựng mục trả lời (hỏi-đáp) trên website; triển khai bộ phận "một cửa" tại cơ quan QLT các cấp để tạo điều kiện thuận lợi hơn cho người nộp thuế trong việc thực hiện các thủ tục về thuế. Tuy vậy, luật hiện hành vẫn chưa ghi nhận quyền được sự hỗ trợ này. Vì thế, chúng tôi hoàn toàn tán đồng với việc quy định sửa đổi, bổ sung các khoản 1, 2; bổ sung khoản 2a Điều 6 về quyền của người nộp thuế trong Dự thảo là "được *hỗ trợ,* hướng dẫn thực hiện việc nộp thuế; cung cấp thông tin, tài liệu để thực hiện nghĩa vụ, quyền lợi về thuế". Tuy vậy, vấn đề phát sinh là khi cơ quan QLT giải thích, hướng dẫn sai, dẫn đến người nộp thuế kê khai, tính thuế sai thì trách nhiệm của cơ quan thuế phải xác định và xử lý như thế nào? Luật hiện hành đã có quy định trách nhiệm bồi thường, nhưng chưa rõ ràng. Thực tế đã cho thấy, có một số trường hợp doanh nghiệp đã khởi kiện cơ quan thuế ra tòa vì hướng dẫn sai, rồi sau đó lại xử phạt doanh nghiệp. Vì vậy, chúng tôi cho rằng, cần bổ sung quy định về trách nhiệm bồi thường thiệt hại khi hướng dẫn thuế sai.

(b) Đơn giản hóa thủ tục hành chính về thuế

Đơn giản hóa thủ tục hành chính về thuế giúp cho người nộp thuế giảm thời gian và chi phí kê khai và nộp thuế. Các thủ tục hành chính về thuế minh bạch, rõ ràng, thuận tiện sẽ giúp người nộp thuế nhận thức đầy đủ quyền lợi và nghĩa vụ của mình trong QLT. Từ đó, đề cao tính chủ động, tự chịu trách nhiệm của người nộp thuế theo cơ chế tự khai, tự tính, tự nộp thuế. Luật QLT hiện hành đã thiết lập cơ sở đầy đủ cơ chế tự khai, tự tính, tự nộp thuế. Dự thảo sửa đổi lần này tiếp tục rà soát và bổ sung các quy định có liên quan trong bối cảnh có những thay đổi của các luật thuế và đặc biệt là thực thi các quy định về đơn giản hóa thủ tục hành chính về thuế theo yêu cầu của Nghị quyết số 57/2010/QH12 của Quốc hội; Nghị quyết số 25/NQ-CP, Nghị quyết số 68/NQ-CP của Chính phủ.

Tuy vậy, một số vấn đề trong Dự thảo lần này vẫn chưa được sửa đổi cho phù hợp với các văn bản pháp luật khác. Trong đó đáng chú ý là quy định về đăng ký thuế đối với các doanh nghiệp và hộ kinh doanh. Nghị định số 43/2010/NĐ-CP ngày 15/4/2010 của Chính phủ về đăng ký doanh nghiệp thực hiện thống nhất cơ chế đăng ký kinh doanh và đăng ký thuế thành một quy trình chung là đăng ký doanh nghiệp, đăng ký hộ kinh doanh. Theo Nghị định này, sau khi hoàn tất thủ tục đăng ký, doanh nghiệp được cấp thống nhất mã số đăng ký kinh doanh và mã số thuế thành một mã số duy nhất gọi là mã số doanh nghiệp. Cơ quan tiếp nhận hồ sơ đăng ký doanh nghiệp là Phòng Đăng ký kinh doanh cấp tỉnh nơi doanh nghiệp đặt trụ sở chính (Điều 25 Nghị định số 43/2010/NĐ-CP). Như vậy, cần sửa đổi quy định tại điều 23 và điều 24 Luật QLT cho thống nhất với quy định tại Nghị định số 43/2010/NĐ-CP.

(Xem tiếp trang 41)

CHẤT LƯỢNG ĐÀO TẠO CỬ NHÂN LUẬT VÀ QUY ĐỊNH GIẢNG VIÊN LUẬT KHÔNG ĐƯỢC LÀM LUẬT SƯ

VŨ VĂN HUÂN*

Sau 5 năm thi hành Luật Luật sư, đội ngũ luật sư đã phát triển nhanh về số lượng, với hơn 7.072 luật sư và gần 3.500 người tập sự hành nghề luật sư, hoạt động trong 2.831 tổ chức hành nghề luật sư, trong đó số đã qua đào tạo nghề luật sư chiếm hơn 75% tổng số luật sư [1]. Tuy vậy, tổ chức và hoạt động luật sư ở nước ta vẫn còn nhiều bất cập, hạn chế. Chất lượng của đội ngũ luật sư, tuy đã được nâng lên một bước, nhưng vẫn còn nhiều hạn chế về chuyên môn, nghiệp vụ, kỹ năng hành nghề. Một trong những nguyên nhân dẫn đến tình trạng trên là chất lượng đào tạo cử nhân luật và đào tạo nghề luật sư nước ta còn hạn chế; chương trình, nội dung, phương pháp đào tạo chưa phù hợp với yêu cầu thực tiễn. Do chưa được đào tạo bài bản về kỹ năng hành nghề, đặc biệt là kỹ năng tranh tụng, kỹ năng tư vấn pháp luật trong các lĩnh vực đầu tư, kinh doanh, thương mại nên nhiều luật sư còn yếu về trình độ, thiếu kinh nghiệm khi tham gia tố tụng, thực hiện tư vấn pháp luật[2]. Trách nhiệm này phần lớn thuộc về những người thầy và nhà trường. Nhưng nhà trường và người thầy quyết định như thế nào để chương trình và nội dung đào tạo phù hợp với thực tiễn, đảm bảo chất lượng tốt cho các "sản phẩm đặc biệt" của mình, khi họ không được hành nghề luật sư - đồng nghĩa với việc, sự sinh động của đời sống thực tiễn pháp lý mất đi một kênh "đồng vọng" trực tiếp đến người thầy và nhà trường?

Học không hành và giảng bài xa rời thực tiễn

Cầm tấm bằng tốt nghiệp đại học luật, các cử nhân thường hăm hở đi tìm việc và họ sớm thất vọng nhận ra rằng, những thứ học được trong giảng đường hóa ra là rất xa lạ với những đòi hỏi của nhà tuyển dụng. Nhà tuyển dụng hầu như không cần đến những mớ khái niệm, phạm trù, nguyên tắc, đặc điểm... mà sinh viên học được trong nhà trường. Họ cần đến kỹ năng thực hành, kiến thức về sự vận hành của luật pháp trong thực tiễn chứ không cần sự trích dẫn các văn bản quy phạm pháp luật (cái này họ tra cứu được). Điều quan trọng nhất trước một vụ tranh chấp, thân chủ cần biết được trong thực tiễn tòa án sẽ phán quyết thế nào chứ không phải là kết quả sẽ ra sao nếu vận dụng các nguyên tắc luật học chung chung.

Sự khập khiễng giữa đào tạo và yêu cầu thực tế đang là căn bệnh trầm kha của giáo dục nước nhà, nhất là trong đào tạo chuyên ngành luật. Nhưng nhìn vào thực tế đào tạo, căn bệnh này lại là một hệ quả tất yếu.

Sự thiếu hụt các kiến thức, kỹ năng của sinh viên bắt đầu từ sự thiếu hụt của người thầy. Trong đào tạo nghề luật, "một ông giáo sư chưa chắc đã nhiều kinh nghiệm bằng một

* *Văn phòng Quốc hội*

1 *Chính phủ (2012), Tờ trình về Dự án Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Luật sư.*

2 *Bộ Tư pháp (2012), Báo cáo tổng kết 5 năm thi hành Luật Luật sư, tr. 25.*

ông thẩm phán bốn năm... họ xử lý vấn đề còn tốt hơn ông giáo sư"[3]. Điều này rất đúng, đơn giản vì ông giáo sư không được trao cơ hội để tích lũy kinh nghiệm như một luật sư, một thẩm phán, một kiểm sát viên... Khi không có sự tiếp xúc với các vụ án, xa lạ với thủ tục tố tụng, với mọi tình tiết phức tạp muôn màu của đời sống pháp lý... những điều mà các giáo sư luật học có thể truyền thụ cho học trò không còn gì, ngoài một mớ lý thuyết suông.

Cũng có nhiều người thầy tâm huyết với sự nghiệp đào tạo, truyền nghề, nên bằng các quan hệ cá nhân, họ chủ động tìm kiếm các "học liệu" cần thiết để giảng dạy. Nhưng "vốn liếng" này cũng rất khiêm tốn, như một số hồ sơ vụ án, các tập án lệ, các quyết định của ngành xét xử... Vì các hồ sơ xin được không bao giờ đầy đủ, mà chỉ có phần tóm tắt vụ án, phần tuyên án, nghị án, chứ không thể nào có được một hồ sơ đầy đủ các bút lục, hóa đơn, chứng từ... làm chứng cứ cho vụ án. Không có hồ sơ bản án đầy đủ trong tay, không có kinh nghiệm tố tụng, các thầy giáo chỉ có thể xây dựng giáo trình, bài giảng dựa vào hai nguồn: sách báo và các văn bản quy phạm pháp luật. Dĩ nhiên, các bài giảng này sẽ nghèo kỹ năng và không chứa đựng kinh nghiệm. Nếu có bài tập tình huống thì đa phần dựa vào trí tưởng tượng của thầy, mà không phải là các vụ án có thật.

Hiếm hoi đâu đó vẫn có những bài giảng sinh động, chứa đựng kỹ năng, kinh nghiệm của một vài ông thầy làm "luật sư chui", bằng việc góp vốn thành lập các công ty luật và núp danh các công ty này hành nghề đằng sau cánh gà. Đã là "chui" thì không tránh khỏi nhiều phen khốn khó với cái sự "chui".

Nếu các giáo sư y học đồng thời là các bác sĩ uy tín hàng đầu và chủ trương gắn liền giảng đường với bệnh viện của Nhà nước đã tạo điều kiện cho các thầy giáo ngành y gắn bó chặt chẽ với bệnh nhân, bệnh án và công việc điều trị[4], thì ngành luật học có vẻ lại đi theo một hướng ngược lại: giáo viên, nhà luật học không được hành nghề luật sư. Từ khi Pháp lệnh Luật sư 2001 cấm viên chức làm luật sư, thì đã có những luật sư tên tuổi buộc phải từ bỏ nghiệp làm thầy, làm nhà nghiên cứu tại các cơ quan luật học, để được hành nghề luật sư[5].

Đào tạo luật sư ngược với thông lệ quốc tế?

Nhằm tạo ra các sinh viên luật có chất lượng, đạt chuẩn quốc tế, các quốc gia có nền luật học phát triển thường áp dụng ba giải pháp bổ trợ:

Thứ nhất, trong các quy định về lưu trữ, tiếp cận thông tin có các điều khoản tạo điều kiện cho sinh viên, giảng viên luật học tiếp cận toàn văn hồ sơ các vụ án, chỉ ngoại trừ các vụ án liên quan bí mật nhà nước. Điều này đã làm phong phú nguồn học liệu cho các giảng đường đại học. Giờ giảng sẽ trở nên sống động với các vụ án thực tế, giáo sư có quyền bình luận ủng hộ hay phản đối, nhưng bắt buộc phải phân tích quan điểm và phán quyết của tòa án. Các sinh viên sẽ thuộc lòng từng điều khoản của luật, cách giải thích từng từ trong lời văn của văn bản quy phạm pháp luật, vì mỗi điều luật, mỗi cách giải thích lời văn đó được minh họa bằng một vụ án tương ứng trong thực tế.

Thứ hai, tạo điều kiện cho các giảng viên tích lũy kỹ năng và kinh nghiệm hành nghề. Nền luật học các quốc gia phát triển không chủ trương tạo ra các cử nhân chỉ biết lý thuyết suông, mà cung cấp cho xã hội các sản phẩm hoàn thiện, các cử nhân luật học

---

3 *Linh Thư (2012), Phát biểu của ông Lê Hữu Thể, Phó Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân tối cao, trong bài "Giảng viên không được làm luật sư?", http://www.vietnamnet.vn/vn/chinh-tri/68079/giang-vien-luat-khong-duoc-lam-luat-su-.html, ngày 13/4/2012*

4 *Các bệnh viện của Đại học Y dược TP.Hồ Chí Minh, Đại học Y Hà Nội đã được thành lập theo chủ trương này.*

5 *Như PGS,TS. Phạm Hồng Hải, nguyên Trưởng phòng Nghiên cứu Pháp luật hình sự, Viện Nghiên cứu Nhà nước và pháp luật, TS. Ngô Ngọc Thủy, nguyên Trưởng khoa Tư pháp, Đại học Luật Hà Nội...*

vững về lý thuyết, đầy đủ về kỹ năng, kinh nghiệm. Để làm được điều này, các giáo sư phải truyền thụ kỹ năng và kinh nghiệm hành nghề cho sinh viên trong các giờ giảng. Để có cái mà truyền thụ, bản thân các giáo sư phải có cơ hội được tích lũy kinh nghiệm, kỹ năng. Để giáo sư có cơ hội tích lũy kinh nghiệm kỹ năng thì phải cho họ cơ hội hành nghề luật sư (hoặc các ngành nghề có liên quan đến áp dụng pháp luật khác). Các giáo sư luật học ở các quốc gia này thường đồng thời là các đại luật sư, đặc biệt là luật sư luật công.

Thứ ba, đẩy mạnh sự trao đổi giữa "giảng đường và thực tiễn", bằng cách cho phép các thẩm phán tham gia giảng dạy ở các giảng đường. Thẩm phán hưởng quy chế tương tự công chức; đã là công chức thì bị cấm làm thêm bất cứ việc gì có phát sinh thu nhập. Ví dụ, một buổi nói chuyện có nhận thù lao của Thủ tướng Thái Lan trên kênh truyền hình dạy nấu ăn khiến cho ông Samak mất chức Thủ tướng vì đã vi phạm điều cấm của công chức. Dù khắt khe như vậy, nhưng riêng đối với công chức là thẩm phán thì luôn có ngoại lệ: bị cấm làm thêm bất cứ việc gì, ngoại trừ việc tham gia giảng dạy luật học tại các trường đại học, cao đẳng.

Ba giải pháp bổ trợ nói trên đã góp phần làm cho nền giáo dục của các quốc gia này "ra lò" những cử nhân luật học đạt chuẩn, sẵn sàng bắt tay vào công việc. Họ không cần thêm quá nhiều thời gian để tích lũy kinh nghiệm trước khi ngồi vào ghế thẩm phán, mà họ chỉ cần khẳng định năng lực của mình thông qua kỳ thi quốc gia được tổ chức một cách công bằng, khách quan[6]. Kỳ thi quốc gia còn có tác dụng khắc phục sự không đồng đều trong chất lượng đào tạo cử nhân luật học giữa các cơ sở đào tạo trên toàn quốc.

Việc cho phép các giảng viên luật học làm luật sư cũng góp phần tăng cường trao đổi hai chiều giữa "giảng đường và thực tiễn". Vì các bài bào chữa của các giáo sư có thể chứa đựng những tư tưởng luật học tiến bộ, những giá trị mới của nhân loại mà các thẩm phán ít khi có thời gian nghiên cứu để có được. Điều này đặc biệt cần thiết đối với các thẩm phán Việt Nam, khi họ ít có thời gian để nghiên cứu các vụ án mà Nhà nước Việt Nam hoặc doanh nhân Việt Nam là bị đơn. Qua việc tranh tụng và những bài bào chữa có giá trị này, những điểm bất cập trong thủ tục tố tụng, những lỗ hổng pháp luật sẽ được khắc phục nhanh hơn; các thẩm phán Việt Nam tiếp cận nhanh hơn với trào lưu luật học quốc tế.

Việc tạo ra các thẩm phán, luật sư đạt chuẩn quốc tế là thực hiện sự chỉ đạo của Đảng và Nhà nước, là một nhu cầu cấp thiết để đối phó với các hệ lụy phát sinh từ các vụ kiện tụng quốc tế khi Việt Nam hội nhập quốc tế ngày càng sâu rộng. Việc tạo ra các cử nhân luật học đạt chuẩn quốc tế là tiền đề để tạo ra các luật sư, thẩm phán đạt chuẩn quốc tế. Nhưng tạo ra bằng cách nào?

Bằng việc tiếp tục cấm các giảng viên luật học làm luật sư, phải chăng chúng ta đang cố gắng tạo ra các cử nhân luật học, thẩm phán, luật sư đạt chuẩn quốc tế bằng một quy trình đi ngược lại thông lệ quốc tế, đi ngược lại với logic giáo dục "học phải đi đôi với hành, lý luận phải đi đôi với thực tiễn"?.

Có xung đột lợi ích không?

Hiện nay, một số người cho rằng, việc cho phép giảng viên làm luật sư sẽ dẫn đến xung đột lợi ích. Theo chúng tôi, những quan ngại này quá khắt khe, không hợp lý và có phần mơ hồ. Quan ngại này cần phải được xét trong mối tương quan trên các thực tế sau:

- Hiện nay có nhiều Giáo sư, Phó giáo sư luật học là công chức. Họ chưa bao giờ làm việc tại các viện nghiên cứu, trường đại học. Nhưng họ đã dành không ít thời gian cho việc

6 *Ở một số nước, bất kỳ ai trải qua kỳ thi quốc gia số một thì được phép làm Thư ký Văn phòng luật sư, Thư ký tòa án, bất kỳ ai có bằng cử nhân luật học và trải qua kỳ thi quốc gia số hai thì có cơ hội được bổ nhiệm làm Thẩm phán, hoặc hành nghề luật sư.*

giảng dạy sinh viên, các bài giảng của họ trên thực tế đã có đóng góp rất lớn trong việc lấp khoảng trống kỹ năng, kinh nghiệm cho các giảng đường luật học. Vì sự đóng góp thời gian và trí tuệ quý báu này, họ được phong học hàm. Tại sao xung đột lợi ích công chức không xuất hiện ở đây?

- Trước các vấn đề về pháp lý liên quan đến tranh chấp Hoàng Sa, Trường Sa, vấn đề hội nhập WTO... Chính phủ ta phải thuê các luật sư đồng thời là giáo sư luật công pháp quốc tế của Pháp, Hoa Kỳ... để tham gia. Rõ ràng, đây là một sự công nhận các giáo sư luật học chuyên giảng dạy cũng có đủ trình độ của một luật sư chuyên nghiệp. Vậy sao không để các giáo sư luật học của chúng ta đồng thời làm nghề luật sư?

- Việc đánh giá luật sư, Nhà nước nên để các khách hàng, thân chủ đánh giá tính chuyên nghiệp của từng luật sư, không cần phải đánh giá hộ. Đặc biệt khi Nhà nước là chủ thể không có lợi ích trực tiếp liên quan các vụ án hình sự, dân sự trong nước.

Chính vì vậy, theo chúng tôi, khi đánh giá "xung đột lợi ích" cần phải cân nhắc các yếu tố sau:

Thứ nhất, công chức là những người nắm giữ quyền lực nhà nước, nên nếu cho phép họ hành nghề luật sư thì có thể, họ sẽ lạm dụng các yếu tố công quyền của người công chức vào các vụ kiện, làm cho vụ án trở nên không công bằng. Còn viên chức, *họ không làm việc trong các cơ quan công quyền*, mà làm trong các đơn vị sự nghiệp không có chức năng quản lý nhà nước, nên họ hầu như không có cơ hội "lạm dụng quyền lực nhà nước" trong hoạt động tranh tụng, vì bản thân họ không có thứ để có thể lạm dụng. Đặc biệt đối với các giảng viên giảng dạy tại các trường đại học tư thục thì càng không, "xung đột lợi ích" lại càng trở nên mơ hồ.

Thứ hai, viên chức được tuyển theo Hợp đồng làm việc và kèm theo Hợp đồng làm việc là bản miêu tả công việc khá rõ ràng. Đặc biệt đối với giảng viên thì định mức công việc rất cụ thể: *mỗi năm 260 tiết giảng*. Vì vậy, việc kiểm soát giảng viên hoàn thành nghĩa vụ là khá dễ thông qua hệ thống sổ đầu bài, bằng sự chứng kiến của hàng trăm sinh viên.

Còn công chức được tuyển theo chế độ "làm việc suốt đời" bằng một quyết định bổ nhiệm công chức và trong cuộc đời làm việc, họ có thể được thuyên chuyển qua nhiều vị trí. Vì vậy, đối với công chức, không có bản miêu tả công việc kèm theo tương ứng với từng cơ quan, từng vị trí của công chức trong cơ quan, mà chỉ có các điều khoản chung về tiêu chuẩn chức danh công chức của pháp luật công chức. Việc khó lượng hóa công việc của công chức, dẫn đến khó kiểm soát việc công chức hoàn thành công việc hay không. Vì điều này mà các quốc gia thường không cho phép công chức làm thêm các công việc có phát sinh thu nhập (công việc tình nguyện thì vẫn được phép) vì sợ rằng, công chức sa đà vào việc làm thêm. Bù lại, nguồn lương công chức được bảo đảm bằng ngân sách nhà nước. Ngược lại, nguồn thu nhập của viên chức phụ thuộc vào nguồn thu của đơn vị sự nghiệp; ngân sách nhà nước hỗ trợ không có, hoặc không đáng kể.

Thứ ba, yếu tố "xung đột lợi ích" cần được xem xét trong mối tương quan với các lợi ích khác, khi cho phép công chức, viên chức làm thêm. Có những trường hợp có xung đột lợi ích nhưng vẫn được phép khi lợi ích bị xung đột là rất không đáng kể so với lợi ích mang lại. Như việc công chức trở thành giáo sư ở Việt Nam là một trường hợp có xung đột lợi ích, nhưng xung đột này không đáng kể, nên bỏ qua, để đạt được lợi ích lớn hơn trong bối cảnh hiện nay. Tuy việc cho phép công chức giảng dạy ở trường đại học có thể dẫn đến tình huống "công chức biết nhiều nghề, giỏi nhiều nghề, ngoại trừ nghề chính của mình", nhưng hệ lụy của tình huống này không lớn, khi xét trong tương quan với những lợi ích mà họ mang lại: Họ mang thông tin thực tiễn vào giảng đường, cung cấp kỹ năng, kinh nghiệm

hành nghề cho sinh viên. Vì vậy, việc công chức trở thành giáo sư được chấp nhận, cho dù có xung đột lợi ích.

Có thể, việc cho phép giảng viên làm luật sư cũng dường như không dẫn đến một "xung đột lợi ích" nào: Giảng viên - không phải là công chức, nên không có quyền lực nhà nước nào để lạm dụng; họ có nghĩa vụ viên chức rất rõ ràng, dễ kiểm soát; lương của họ không được bảo đảm hoàn toàn bằng ngân sách, nên họ phải tìm cách làm thêm; nếu luật pháp cho phép thì họ làm chính danh, còn nếu cấm thì họ sẽ "làm chui". Đặc biệt, bằng việc mang kiến thức mới về khoa học pháp lý đến tòa án và mang trở về cho sinh viên các kỹ năng, kinh nghiệm luật sư từ phiên tòa, họ sẽ góp phần thúc đẩy nền khoa học pháp lý Việt Nam, góp phần đào tạo nên các cử nhân luật học hoàn thiện cho xã hội. Do vậy, nên nhìn nhận ở đây đã có sự "cộng hưởng lợi ích giữa giảng đường và thực tiễn", chứ không nên coi là xung đột lợi ích.

Vậy, bao giờ Nhà nước mới cho phép các giảng viên luật học được làm luật sư?❖

LUẬT QUẢN LÝ THUẾ...

(Tiếp theo trang 36)

Đảm bảo sự bình đẳng giữa các người nộp thuế thông qua hoạt động kiểm tra, giám sát của cơ quan quản lý thuế trong việc thu đúng, thu đủ

QLT theo cơ chế tự khai, tự tính, tự nộp đảm bảo cho người nộp thuế phát huy tính tự chủ, tự chịu trách nhiệm và nâng cao ý thức thực hiện đúng các quyền và nghĩa vụ của người nộp thuế. Song, cơ chế này chỉ có thể phát huy hiệu quả nếu kèm theo đó là một cơ chế kiểm soát chặt chẽ và chế tài đủ sức răn đe để người nộp thuế thực thi đúng.

Theo báo cáo tổng kết của Bộ Tài chính, tính đến ngày 31/10/2011, tổng số *Người nộp thuế* được cấp mã số thuế đang hoạt động trên cả nước là 14.678.067 người, trong đó doanh nghiệp và tổ chức là 560.243, hộ cá thể là 1.665.540, cá nhân nộp thuế thu nhập cá nhân là 12.452.284. Với số lượng Người nộp thuế nhiều như vậy, đã phát sinh vấn đề quản lý kém chặt chẽ, công tác thanh tra kiểm tra không thể sâu sát. Ví dụ trong năm 2010, cơ quan thuế đã thực hiện 31.759 cuộc thanh tra với 1.517.556 hồ sơ được thanh tra. Kết quả, tổng số thuế truy thu và phạt qua thanh tra, kiểm tra là 12.584.029 triệu đồng. Số liệu này cho thấy rõ ràng những trường hợp vi phạm về thuế vẫn còn nhiều mà năng lực thanh tra, kiểm tra vẫn không thể đáp ứng được yêu cầu phát hiện hết những vụ việc vi phạm. Chính vì lý do này mà tình trạng khai man thuế, lậu thuế không được xử lý kịp thời và từ đó dẫn đến việc xuất hiện tâm lý so sánh giữa người tuân thủ đúng luật và người không thực thi. Nếu tiếp diễn, sẽ gây hậu quả tiêu cực cho xã hội khi mà tình trạng không thực thi đúng các quy định của pháp luật sẽ có xu thế trở nên phổ biến. Mặc dù Luật QLT hiện hành quy định biện pháp xử lý khá rõ tại các điều 106 - 107 là phải nộp đủ tiền thuế, tiền phạt (luật sửa đổi gọi là *tiền lãi chậm nộp)* và bị xử phạt vi phạm hành chính (tùy theo trường hợp) song có vẻ cơ chế giám sát để có thể phát hiện sự vi phạm và từ đó xử lý vi phạm hiện là vấn đề nổi cộm của ngành thuế trong việc tổ chức thanh tra, kiểm tra việc tuân thủ pháp luật thuế. Do đó, cơ chế cho phép giám sát của cộng đồng, cơ quan báo chí hoặc người dân thực hiện thông tin và tố cáo các vi phạm pháp luật thuế là cần thiết.

Như vậy, vấn đề đảm bảo thực thi đúng luật thuế và vai trò giám sát của cơ quan thuế trong việc phát hiện các vi phạm về thuế cần được quan tâm đúng mức khi thực thi luật này.❖

NHÀ GIÁO VÀ NGHỀ DẠY HỌC DƯỚI GÓC NHÌN PHÁP LÝ

ĐẶNG THỊ THU HUYỀN*

Theo quan niệm thông thường: trong cuộc sống, nhiều người dùng cụm từ "nhà giáo", "thầy giáo", "thầy"… với cùng một nghĩa để chỉ những người dạy văn hoá, truyền đạt kiến thức, kỹ năng, kinh nghiệm cho một người khác. Câu "nhất tự vi sư, bán tự vi sư" có từ xa xưa và vẫn truyền đến ngày nay là theo nghĩa này. Cách nói này thể hiện sự tôn trọng với những người đem lại kiến thức, kỹ năng mới cho người khác (dù ít, dù nhiều) vì vậy có người có chút kiến thức, thỉnh thoảng giảng dạy chút ít cũng gọi là thầy. Người đi báo cáo một chuyên đề chuyên môn cho một lớp học sau vài năm gặp lại học viên vẫn được học viên gọi là thầy.

Theo từ điển Tiếng Việt (Nxb Đà Nẵng, 1997) thì "Nhà giáo là người làm nghề dạy học". Trong từ "Nhà giáo" thì từ "giáo" có nghĩa là dạy, chỉ bảo; từ "nhà" được hiểu là người chuyên làm một nghề, một lĩnh vực hoạt động nào đó đạt được trình độ nhất định. Như vậy, người dạy học mà không chuyên, không thành nghề thì không phải là nhà giáo. Người dạy học liên tục mà không đạt đến một trình độ nào đó thì cũng không là nhà giáo.

Theo Luật Giáo dục thì "Nhà giáo là người làm nhiệm vụ giảng dạy, giáo dục trong nhà trường, cơ sở giáo dục khác. Nhà giáo giảng dạy ở cơ sở giáo dục mầm non, giáo dục phổ thông, giáo dục nghề nghiệp trình độ sơ cấp nghề, trung cấp nghề, trung cấp chuyên nghiệp gọi là giáo viên. Nhà giáo giảng dạy ở cơ sở giáo dục đại học, trường cao đẳng nghề gọi là giảng viên" (Điều 70). Như vậy, nội hàm của khái niệm nhà giáo theo quy định của Luật Giáo dục gồm hai yếu tố cơ bản phản ánh công việc và địa chỉ làm việc. Có thể hiểu người dạy ít, dạy nhiều đều được gọi là nhà giáo nếu người đó làm nhiệm vụ giảng dạy trong các cơ sở giáo dục. Người có trình độ cao, chuyên đi dạy nhưng không gắn với cơ sở giáo dục thì về pháp lý không phải là nhà giáo.

Xã hội càng phát triển thì sự phân công lao động càng sâu sắc theo hướng chuyên môn hoá ngày càng cao. Dạy học là một nghề, điều tưởng như hiển nhiên đó đáng tiếc lại chưa được nhận thức và quy định rõ ràng trong pháp luật Việt Nam. Vì vậy, việc việc hoàn thiện pháp luật về nhà giáo trong bối cảnh hiện nay cần nhận thức và phản ánh rõ nét đặc thù nghề nghiệp của nhà giáo. Theo Từ điển Tiếng Việt thì "Nghề là công việc chuyên làm theo sự phân công của xã hội". Như vậy, nói đến nghề là nói đến công việc chuyên môn và làm theo sự phân công của xã hội trong đó người làm nghề cần có các yêu cầu nhất định về phẩm chất, năng lực và được xã hội đáp ứng các điều kiện để hành nghề. Cũng như các dạng lao động khác, nói nghề dạy học là nói đến mục đích, chủ thể (người dạy), đối tượng (người học) và cách thức tác động. Người dạy học cũng cần "chuyên" như người làm nghề khác đồng thời có những đặc điểm, yêu cầu riêng. "Chuyên" có nghĩa là giành thời gian,

* *ThS. Vụ Pháp chế - Bộ Giáo dục và Đào tạo.*

công sức chính cho việc dạy. "Chuyên" cũng là phải có một khả năng, trình độ vượt trội so với người học. "Chuyên" thì đòi hỏi những điều kiện mà xã hội phải đáp ứng để có thể hành nghề. Trong khuyến nghị của UNESCO về vị thế của giáo viên và giảng viên đại học đã nêu rõ "Dạy học phải được tôn trọng như là một nghề nghiệp" và "Giảng dạy ở các tổ chức giáo dục đại học là một nghề nghiệp, một loại hình dịch vụ công đòi hỏi người giảng viên những kỹ năng chuyên biệt và kiến thức uyên thâm mà họ trau dồi trong quá trình học tập và nghiên cứu một cách nghiêm túc và bền bỉ" [1]. Luật Giáo viên và Giảng viên của Inđônêxia thì có mục giải thích về nghề khá thú vị đó là: "Nghề là liên quan đến một hoạt động do một ai đó đảm nhiệm như là một nguồn đem lại thu nhập và đòi hỏi đến chuyên môn, sự thành thạo hay kỹ năng đáp ứng được những chuẩn mực chất lượng nhất định yêu cầu thông qua giáo dục chuyên nghiệp"[2].

Nghề dạy học là một nghề có vị trí quan trọng trong xã hội với nhiều đặc thù. Dạy học cho mỗi đối tượng lại có những yêu cầu khác nhau. Tuy nhiên, dù dạy học ở cấp nào, trình độ nào thì nghề dạy học cũng có những đặc điểm chung. Một số nhà khoa học ở nước ta đã đề cập đến đặc trưng của nghề dạy học với nhiều yếu tố đặc biệt thể hiện ở một số khía cạnh cơ bản như sau:

Một là, đặc biệt ở vị trí và tính chất hoạt động của nhà giáo. Người xưa thường nói phi sư bất thành (không thầy đố mày làm nên). Khi xã hội phát triển có sự phân công lao động, dạy học là một nghề để lấy thu nhập cho bản thân, gia đình và phục vụ xã hội như bất cứ nghề nào khác nhưng nếu không yêu nghề, không thấy tính trách nhiệm thiêng liêng của việc dạy người, trồng người thì không nên chọn nghề giáo. Thủ tướng Phạm Văn Đồng đã từng nói "Nghề giáo là một nghề cao quý nhất trong những nghề cao quý". Nghề giáo là một nghề cao quý nhưng cũng là một nghề khó. Khó ở chỗ nhà giáo phải chịu sức ép của truyền thống coi trọng giáo dục, coi trọng người thầy của dân tộc, khó ở chỗ nhà giáo phải là người mô phạm, chuẩn mực, phải giữ gìn đạo đức, phải làm gương cho học trò.

Hai là, đối tượng lao động của nhà giáo là con người với sự đa dạng và phức tạp vừa mang tính tự nhiên vừa mang tính xã hội. Theo Luật Giáo dục của nước ta thì người học có thể là trẻ em từ 3 tháng tuổi đến không giới hạn độ tuổi (học tập suốt đời). Cùng một lứa tuổi, người học cũng có nhiều sự khác biệt cả về điều kiện sống, cả về khả năng nhận thức, cả về tình cảm… Có lúc ở vùng thuận lợi thì nhu cầu học thêm rất lớn trong khi ở vùng khó khăn thì cô giáo phải đến tận nhà vận động học sinh đến lớp học hoặc phải có gói kẹo trong cặp để dỗ học sinh ở trường. Người học một mặt chịu tác động của nhà giáo nhưng cũng lại có tác động ngược trở lại đối với nhà giáo.

Ba là, nội dung, cách thức dạy học rất đa dạng xuất phát từ yêu cầu của xã hội. Giáo dục cần theo hướng dạy theo nhu cầu xã hội hoặc dạy những gì và xã hội và người học cần chứ không chỉ dạy những gì mà nhà trường và người thầy có sẵn. Cách dạy có thể là trò ngồi đất thầy ngồi chõng tre như ngày xưa, có thể ở phòng lớn hàng trăm người, có thể một thầy một trò nhưng cũng có thể thầy và trò cách nhau hàng nghìn km qua mạng (như phương thức đào tạo từ xa).

Bốn là, hoạt động dạy học vừa mang tính tập thể vừa mang dấu ấn cá nhân của người dạy. Tính tập thể vì nhân cách của người học

---

1 *Recommandation concernant la condition du personnel enseignant de l' enseignement supérieur http:unesdoc.unesco.org/images/0011/001140/114048f.pdf*

2 *Law teachers and lecturers (the republic of Indonesia)*

do nhiều kênh tác động đồng thời. Dấu ấn cá nhân vì hoạt động của người dạy mang tính độc lập rất cao. Từ việc soạn bài, lên lớp, chấm bài, đánh giá người học… đều là hoạt động độc lập. Không những thế, hoạt động này vừa tác động vào nhận thức, vừa tác động vào tình cảm, tâm hồn của người học để giúp người học thành những công dân tốt, những người lao động tốt.

Năm là, kết quả dạy học thường đến muộn, khó đo, đếm được ngay như kết quả một số hoạt động khác. Kết quả của dạy học không phải chỉ ở bảng điểm đẹp mà phải được đánh giá từ mục đích của giáo dục. Đó là nhằm hình thành, phát triển ở người học kiến thức, kỹ năng và thái độ đáp ứng nhu cầu của cuộc sống và lao động. Các kiến thức, kỹ năng, thái độ này được hình thành dần dần. Kể cả khi kết thúc việc học rồi thì việc "chuyển hoá" vào cuộc sống cũng có một độ "trễ" nhất định. Vì lợi ích trăm năm trồng người là như vậy.

Từ những đặc trưng cơ bản như trên của nghề dạy học dẫn đến yêu cầu đối với nhà giáo là rất cao. Trong khuyến nghị của UNESCO về vị thế của nhà giáo có đoạn viết "*Dạy học phải được tôn trọng như là một nghề nghiệp. Đây là một dạng dịch vụ công đòi hỏi người thầy phải chuyên về một kiến thức và kỹ năng chuyên môn, đạt được và tính lũy qua nghiên cứu không ngừng và nghiêm túc; nó cũng đòi hỏi một năng khiếu cá nhân và trách nhiệm tập thể đối với giáo dục và bổn phận của học sinh*"[3].

Có thể nói đến nhiều khía cạnh khác nữa của nghề dạy học. Đó là những đặc trưng cần được quan tâm, phân tích kỹ để lựa chọn, quy định về địa vị pháp lý, về đào tạo, bồi dưỡng, đãi ngộ, quản lý nhà giáo trong quá trình hoàn thiện pháp luật về nhà giáo với tư cách là một nghề cao quý nhất trong các nghề cao quý của xã hội. Việc thống nhất quản lý của nhà nước đối với nhà giáo là rất cần thiết nhằm xây dựng được đội ngũ nhà giáo đủ về số lượng, cân đối về cơ cấu ngành nghề, cơ cấu vùng miền… có chất lượng cao một cách ổn định. Nếu nhà nước không thống nhất quản lý thì dễ dẫn đến mất cân đối về cơ cấu và đặc biệt là chất lượng đội ngũ khó đảm bảo đáp ứng mục tiêu phát triển giáo dục. Nói như vậy không có nghĩa mọi quan hệ về nhà giáo đều cần và có thể quản lý bằng pháp luật. Việc tăng cường quản lý nhà nước bằng pháp luật đối với đội ngũ nhà giáo là cần song cũng rất khó vì đội ngũ nhà giáo rất đa dạng về trình độ, điều kiện làm việc, địa bàn làm việc, đối tượng tác động… Nhà nước cần xác định rõ vấn đề nào pháp luật tác động thì tốt. Vấn đề nào pháp luật tác động thì tốt nhưng chưa có điều kiện vật chất để thực hiện hoặc khó thể hiện về kỹ thuật. Cũng cần quan tâm vấn đề nhà giáo tồn tại với nhiều vai trò khác nhau trong xã hội vì vậy chịu tác động giao thoa của nhiều văn bản luật khác nhau.

Việc thống nhất quản lý của nhà nước đối với đội ngũ nhà giáo cần thể hiện tập trung ở một số nội dung:

Một là, thống nhất quản lý về tiêu chuẩn, chức danh của nhà giáo ở tất cả các cấp học và trình độ đào tạo.

Hai là, thống nhất quản lý về chương trình, nội dung đào tạo, bồi dưỡng để đảm bảo chất lượng đội ngũ nhà giáo.

Ba là, thống nhất quản lý về quy hoạch, kế hoạch phát triển đội ngũ nhà giáo.

Bốn là, thống nhất quản lý về chế độ, chính sách đối với nhà giáo, đặc biệt đối với nhà giáo đầu ngành như các giáo sư, phó giáo sư, nhà giáo trong các cơ sở giáo dục công lập,

3 *Déclaration sur l'éthique professionnelle - http:unesdoc.unesco.org/images/0011/001140/114048f.pdf*

nhà giáo ở các ngành nghề đặc biệt, các vùng khó khăn…

Trong nhà nước pháp quyền thì quản lý nhà nước bằng pháp luật là giải pháp quan trọng nhất, hiệu quả nhất. Để thực hiện việc thống nhất quản lý này, nhà nước cần tập trung hoàn thiện hệ thống pháp luật về nhà giáo phản ánh đúng tình hình thực tế đồng thời xây dựng các chính sách, chiến lược, kế hoạch dài hạn, trung hạn, ngắn hạn để phát triển đội ngũ nhà giáo. Nhà nước cũng cần tổ chức hệ thống cơ quan, cán bộ, công chức chuyên trách về công tác nhà giáo để đưa chính sách, pháp luật vào cuộc sống. Cần thống nhất cơ quan quản lý về nhà giáo trực thuộc Bộ Giáo dục và Đào tạo. Cần tập trung nguồn lực ưu tiên phát triển đội ngũ nhà giáo.

Nhà giáo là một nhóm xã hội đặc biệt bởi sự đông đảo và vai trò quan trọng đối với xã hội vì vậy pháp luật về nhà giáo phải thể hiện rõ trách nhiệm của nhà nước đối với việc xây dựng và phát triển đội ngũ nhà giáo đáp ứng yêu cầu phát triển sự nghiệp giáo dục. Trách nhiệm của nhà nước pháp quyền XHCN là tạo điều kiện tốt nhất để hình thành đội ngũ và bảo đảm cho sự hành nghề của đội ngũ nhà giáo. Cụ thể, pháp luật về nhà giáo phải thể hiện rõ các khía cạnh: nâng cao chất lượng hoạt động của nhà nước trong việc quản lý đội ngũ nhà giáo; dân chủ hoá hoạt động quản lý đội ngũ nhà giáo; đặc biệt trách nhiệm của nhà nước thể hiện ở các chính sách cơ bản sau:

- Nhà nước quản lý toàn bộ các quan hệ xã hội cơ bản, quan trọng liên quan đến việc xây dựng, phát triển đội ngũ nhà giáo trong đó tập trung vào việc quản lý chất lượng đội ngũ đáp ứng yêu cầu đổi mới sự nghiệp giáo dục.

- Nhà nước đào tạo, bồi dưỡng đội ngũ nhà giáo cho tất cả các loại hình nhà trường. Xây dựng và phát triển đội ngũ nhà giáo đủ về số lượng, đồng bộ về cơ cấu với tỷ lệ hợp lý theo từng cấp học và trình độ đào tạo.

- Khuyến khích người giỏi làm nghề dạy học. Đầu tư xây dựng, nâng cấp các trường sư phạm, khoa sư phạm có chất lượng cao, đủ đáp ứng yêu cầu đào tạo, bồi dưỡng đội ngũ nhà giáo. Đổi mới cơ bản chương trình, nội dung, phương thức đào tạo nhà giáo. Thực hiện các hình thức bồi dưỡng đa dạng và thiết thực.

- Đổi mới cơ chế thu hút, tuyển chọn, sử dụng nhà giáo. Thực hiện chế độ hợp đồng đối với nhà giáo. Coi trọng nâng cao đạo đức nghề nghiệp, phương pháp giảng dạy, giáo dục của nhà giáo.

- Thực hiện ưu tiên về chế độ lương, phụ cấp thâm niên, phụ cấp ngành nghề, các phụ cấp và trợ cấp khác đối với nhà giáo và cán bộ quản lý giáo dục; bảo đảm đời sống vật chất và tinh thần của nhà giáo thực sự khuyến khích để nhà giáo yên tâm làm việc, cống hiến và phát triển nghề nghiệp. Có chính sách ưu đãi đặc biệt đối với nhà giáo làm việc ở vùng có điều kiện kinh tế - xã hội đặc biệt khó khăn. Trọng dụng và đãi ngộ xứng đáng đối với nhà giáo tài năng.

- Tôn vinh nhà giáo, nâng cao vị thế xã hội của nhà giáo và nghề dạy học như một nghề cao quý nhất trong xã hội.

- Thực hiện xã hội hoá, tăng cường phân cấp quản lý nhà nước, tăng quyền tự chủ và tự chịu trách nhiệm cho cơ sở giáo dục; tăng cường giám sát xã hội đối với nhà giáo.

Các chính sách trên đây cần được "dịch" thành các quy phạm cụ thể trong các văn bản pháp luật bảo đảm tính hệ thống, đáp ứng yêu cầu quản lý. Các chính sách này cũng cần quan tâm thực hiện trên thực tế với các nguồn lực tương xứng trong đó nhà nước giữ vai trò chủ đạo. Cũng cần nhấn mạnh rằng trách nhiệm của nhà nước đối với nhà giáo cần xuất phát từ trách nhiệm của nhà nước đối với giáo dục với tư cách là "quốc sách hàng đầu".❖

ÁP DỤNG PHÁP LUẬT CẠNH TRANH VÀ PHÂN BỔ THỰC HIỆN ĐỘC QUYỀN NHÀ NƯỚC QUA MỘT VỤ XÉT XỬ

PHAN THÔNG ANH*

Sau hơn sáu năm có hiệu lực, Luật Cạnh tranh (2004) đã được áp dụng để xử lý gần 30 vụ việc về hành vi cạnh tranh không lành mạnh và hành vi hạn chế cạnh tranh của các doanh nghiệp. Trong số đó, nổi cộm nhất có 02 vụ việc liên quan đến hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh trên thị trường (sản phẩm bia cao cấp; phân phối phim nhựa nhập khẩu); 01 vụ việc liên quan đến hành vi lạm dụng vị trí độc quyền trên thị trường (tra nạp nhiên liệu hàng không tại Việt Nam); 01 vụ việc liên quan đến hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh (dịch vụ bảo hiểm xe cơ giới). Kết quả xử lý của Hội đồng Xử lý vụ việc cạnh tranh tuy không nhiều nhưng đã có sự tác động tích cực đến môi trường cạnh tranh Việt Nam, đã gióng lên được những tiếng chuông cảnh báo về ý thức tuân thủ pháp luật cạnh tranh của các doanh nghiệp trong thời kỳ hội nhập kinh tế quốc tế và sự khẳng định pháp luật cạnh tranh đã đi vào đời sống của các doanh nghiệp. Trong các vụ việc tiêu biểu đó, chúng tôi quan tâm và tập trung phân tích đến thực tiễn áp dụng pháp luật cạnh tranh xử lý vụ việc liên quan đến hành vi lạm dụng vị trí độc quyền trên thị trường của Công ty xăng dầu Hàng không Việt Nam Vinapco (gọi tắt là VNC) *lạm dụng vị trí độc quyền tra nạp nhiên liệu hàng không tại Việt Nam* đối với Hãng hàng không Jetstar Pacific Airlines (gọi tắt là JPA).

Nội dung vụ việc VNC đơn phương ngừng cung cấp nhiên liệu cho JPA[1]

Ngày 01/4/2008, các hành khách của Hãng hàng không JPA không khỏi ngạc nhiên và bức xúc khi nhận được thông báo tất cả các chuyến bay nội địa của Hãng đều không thể cất cánh được theo lịch bay do Công ty xăng dầu hàng không VNC, nhà cung cấp nhiên liệu hàng không cho JPA, đã đơn phương ngừng cung cấp nhiên liệu cho các chuyến bay của JPA từ 0 giờ ngày 01/4/2008.

Các chuyến bay của JPA chỉ được cất cánh trở lại sau khi Bộ trưởng Bộ Giao thông Vận tải chỉ đạo yêu cầu VNC cung cấp lại nhiên liệu cho JPA.

Nguyên nhân của sự việc này là do JPA và VNC đã không đạt được sự thống nhất về việc tăng mức phí dịch vụ cung cấp nhiên liệu hàng không mới do phía VNC đưa ra. Trước thời điểm diễn ra sự việc nêu trên, VNC và JPA đang thực hiện hợp đồng mua bán xăng dầu và cung cấp dịch vụ tra nạp nhiên liệu hàng không năm 2008 ký giữa hai bên, theo đó, mức phí tra nạp nhiên liệu hàng không là 593.000 đồng/tấn (năm 2007 là 565.000 đồng/tấn). Sau một thời gian thực hiện hợp đồng, đến giữa

---

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

1 *Một số sự kiện liên quan đến hành vi hạn chế cạnh tranh trong năm 2008, Bản tin cạnh tranh & người tiêu dùng số 2/2009 của Cục Quản lý cạnh tranh, Bộ Công thương; trang 10.*

tháng 3/2008, VNC gửi văn bản cho JPA đề nghị tăng mức phí nạp xăng dầu lên 750.000 đồng/tấn kể từ ngày 01/4/2008. Trong các thương lượng về mức phí mới với VNC, JPA yêu cầu VNC phải đối xử công bằng giữa JPA và Tổng công ty Hàng không Việt Nam (gọi tắt là VNA) và JPA chỉ có thể chấp nhận mức giá mới nếu mức giá đó cũng áp dụng đối với VNA. Trong khi hai bên chưa đạt được sự thống nhất, ngày 01/4/2008, VNC đã đột ngột ngừng cung cấp nhiên liệu cho JPA. Đánh giá về sự kiện này, nhiều chuyên gia cho rằng đây là một sự kiện hi hữu trong lịch sử hàng không của Việt Nam, trong đó có nhiều dấu hiệu cho thấy VNC *đã lạm dụng vị trí độc quyền trên thị trường dịch vụ tra nạp nhiên liệu hàng không*, gây ảnh hưởng trực tiếp đến việc kinh doanh của JPA, đến hàng ngàn hành khách, tác động tiêu cực đến dư luận trong nước và quốc tế về uy tín của ngành hàng không Việt Nam. JPA đưa sự việc lên Hội đồng Xử lý vụ việc cạnh tranh.

Phân xử của các cơ quan chức năng

Ngày 14/4/2009, Hội đồng Xử lý vụ việc cạnh tranh đã mở phiên điều trần gồm năm thành viên do Thứ trưởng Bộ Tư pháp Đinh Trung Tụng làm chủ tọa và đã kết luận: VNC vi phạm khoản 2 Điều 14 Luật Cạnh tranh về hành vi "Áp đặt các điều kiện bất lợi cho khách hàng của doanh nghiệp có vị trí độc quyền" và khoản 3 Điều 14 Luật Cạnh tranh về hành vi "Lợi dụng vị trí độc quyền để đơn phương thay đổi hoặc huỷ bỏ hợp đồng đã giao kết mà không có lý do chính đáng".

Với những hành vi trên, Hội đồng Xử lý vụ việc cạnh tranh đã ra quyết định số 11/QĐ-HĐXL xử phạt tiền VNC mức phạt bằng 0,05% tổng doanh thu năm 2007 của VNC, tương đương số tiền 3.378.086.700 đồng, đồng thời kiến nghị cơ quan có thẩm quyền tách VNC ra khỏi VNA, cấp giấy phép cho các doanh nghiệp khác cùng được thực hiện chức năng cung cấp xăng dầu hàng không và tăng cường quản lý đối với dịch vụ cung cấp xăng dầu tại Việt Nam[2].

VNC khiếu nại. Ngày 26/6/2009, Hội đồng Cạnh tranh (VCC) đã ra quyết định giải quyết khiếu nại của VNC đối với Quyết định số 11/QĐ-HĐXL ngày 14/04/2009 của Hội đồng Xử lý vụ việc cạnh tranh. Trong quyết định này, về cơ bản, Hội đồng Cạnh tranh ủng hộ những đánh giá và kết luận trong Quyết định 11/QĐ-HĐXL của Hội đồng Xử lý vụ việc cạnh tranh. Hội đồng phúc thẩm đã nhất trí thông qua mức phạt không thay đổi so với phiên điều trần sơ thẩm đã diễn ra ngày 14/4/2009 trước đó (dù VNC đã có đơn kiến nghị) là phạt VNC 3.378.086.700 đồng (tương đương với 0,05% doanh thu của Công ty này trong năm 2007, trong khi mức phạt tối đa cho hành vi nói trên có thể lên đến 10% doanh thu). Tuy nhiên, so với phiên sơ thẩm, Hội đồng phúc thẩm đã rút lại *kiến nghị tách VNC khỏi VNA* như đề xuất trước đó, với lý do sự tách biệt này có thể làm phá vỡ hệ thống vận hành của Hãng Hàng không quốc gia VNA. Giải pháp dung hòa được đưa ra là nhanh chóng hoàn thành các thủ tục cấp phép cho Công ty Cổ phần nhiên liệu bay (PJF) của Tổng công ty Xăng dầu Việt Nam được cung cấp nhiên liệu cho các hãng hàng không nước ngoài và trong nước khác để hạn chế sự độc quyền của VNC.

VNC đã tiến hành khởi kiện quyết định xử lý của Hội đồng Cạnh tranh ra Tòa án nhân dân (TAND) thành phố Hà Nội. Theo Bản án số 09/2010/HCST, TAND thành phố Hà Nội không chấp nhận yêu cầu khởi kiện của VNC về việc đề nghị hủy Quyết định số 12/QĐ-HĐCT ngày 26/6/2009 của Hội đồng Cạnh tranh về việc giải quyết khiếu nại đối với Quyết định số 11/QĐ-HĐXL ngày 14/4/2009 của Hội đồng Xử lý vụ việc cạnh tranh. Cụ thể, TAND thành phố Hà Nội cho rằng: "việc

2 *Theo Tin xử lý cạnh tranh của Ban thư ký Hội đồng Cạnh tranh tại trang websites www.hoidongcanhtranh.vn*

Hội đồng Xử lý vụ việc cạnh tranh xác định Vinapco có hành vi vi phạm quy định khoản 2 Điều 14 Luật Cạnh tranh (cấm doanh nghiệp ở vị thế độc quyền áp đặt các điều kiện bất lợi cho khách hàng); khoản 3 Điều 14 Luật Cạnh tranh (cấm doanh nghiệp lợi dụng vị trí độc quyền đơn phương thay đổi hoặc hủy bỏ hợp đồng đã giao kết mà không có lý do chính đáng) là có căn cứ. Toà án cũng bác bỏ quan điểm của VNC cho rằng: "Quyết định số 11 và Quyết định số 12 của Hội đồng Xử lý vụ việc cạnh tranh và Hội đồng Cạnh tranh lấy toàn bộ tổng doanh thu của doanh nghiệp này để xử phạt là không đúng"[3].

Vụ tranh chấp này đã gây ra nhiều tranh luận nêu các quan điểm pháp lý khác nhau, có bên thì ủng hộ VNC, có bên thì ủng hộ JPA.

Quan điểm của các bên ủng hộ VNC

(i) Hợp đồng giữa VNC và JPA là một hợp đồng thương mại thuần túy[4]

Trong hợp đồng, quyền và nghĩa vụ của các bên đã được xác định rõ, tuân thủ toàn bộ các quy định của pháp luật hiện hành và phù hợp với thông lệ quốc tế trong lĩnh vực cung ứng nhiên liệu hàng không. Về bản chất, sự việc tạm ngừng giao hàng theo Hợp đồng ngày 01/4/2008 là một tranh chấp thương mại thuần túy phát sinh trong quá trình thực hiện hợp đồng.

(ii) Hành vi ngừng cung ứng nhiên liệu của VNC là xử lý vi phạm hợp đồng đối với JPA

Trong hợp đồng, các bên đã thỏa thuận về việc khi có sự thay đổi mức phí cung ứng, VNC có trách nhiệm thông báo cho JPA bằng văn bản qua đường fax và điều 9 của Hợp đồng có quy định mọi sửa đổi, bổ sung hợp đồng đều phải được hai bên thỏa thuận bằng văn bản có chữ ký của người có thẩm quyền. Trong vụ việc, VNC đã nhiều lần thông báo bằng văn bản cho JPA nhưng JPA không tích cực tập trung đàm phán mà chủ yếu đòi hỏi sự đối xử bình đẳng giữa JPA và VNA. Điều này đã góp phần tạo ra phản ứng tạm ngừng việc thực hiện hợp đồng của VNC.

(iii) Do trách nhiệm bảo toàn vốn cho Nhà nước (3)

Là doanh nghiệp Nhà nước, vào thời điểm xảy ra vụ việc, với tư cách là nhà cung ứng duy nhất, VNC đang phải chịu sự kiểm soát của Bộ Tài chính về giá tra nạp, cung ứng nhiên liệu cho các hãng hàng không nội địa. Vấn đề ở chỗ, mức phí này không được khác biệt, dù việc tra nạp được thực hiện tại các sân bay có tần suất hoạt động khác nhau, có cự ly vận chuyển nhiên liệu từ cảng đầu nguồn khác nhau…, nên với việc cung ứng cho các hãng hàng không nội địa, VNC gần như không có lãi. Rất có thể, việc đặng chẳng đừng rơi vào "vị thế độc quyền" không chỉ xảy ra với VNC, mà với cả những doanh nghiệp vừa phải thực hiện nghĩa vụ bảo toàn vốn theo Luật Doanh nghiệp, vừa phải tuân theo những quy định bó buộc tại Luật Cạnh tranh. Vinapco ở vào tình thế rất khó xử, bởi nếu tuân theo những quy định tại Luật Cạnh tranh, thì sẽ để xảy ra mất vốn Nhà nước.

(iv) Cách xác định doanh thu để tính tỷ lệ phạt là không đúng

VNC là một doanh nghiệp kinh doanh đa ngành nghề. Trong nhiều lĩnh vực kinh doanh, chỉ có cung ứng dịch vụ *tra nạp nhiên liệu bay* là liên quan đến *vị thế độc quyền*. Những lĩnh vực mang lại doanh thu lớn cho doanh nghiệp như: vận tải, kho bãi, bán lẻ xăng dầu mặt đất, kinh doanh tài chính… đều nằm ngoài phạm vi điều chỉnh vụ việc. Thế nhưng, khi tính tỷ lệ nộp phạt, cơ quan có trách nhiệm lại "gộp" cả doanh thu từ những lĩnh vực kinh doanh không liên quan đến việc được xử lý theo quy định của pháp luật cạnh tranh. Trong trường

3 *Vinapco "ấm ức" chịu phán quyết, Báo Đầu tư.vn ngày 17/01/2011*

4 *Nguyễn Ngọc Sơn, Xét xử về hành vi hạn chế cạnh tranh đầu tiên tại VN: Không phải chuyện một DN; Báo Diễn đàn Doanh nghiệp*

hợp này nếu VNC vi phạm, khi tính xử phạt, Hội đồng Xử lý vụ việc cạnh tranh phải tính trên cơ sở doanh thu từ hoạt động dịch vụ cung ứng dịch vụ tra nạp nhiên liệu bay mới đúng bản chất vụ việc.

Quan điểm của các bên ủng hộ JPA

(i) VNC ngừng cung ứng nhiên liệu là hành vi vi phạm hợp đồng

VNC đã ký hợp đồng cung cấp xăng năm 2008 cho JPA với giá cố định. Trong hợp đồng thương mại, thoả thuận về giá cả là thoả thuận quan trọng nhất. Tự ý thay đổi giá đã cam kết là hành vi vi phạm nghiêm trọng hợp đồng. Thay đổi giá đã cam kết với lý do giá thị trường thay đổi chưa bao giờ được chấp nhận trong thương mại quốc tế. Chính là để được bảo đảm giá mua bán không thay đổi - dù giá thị trường biến động - các doanh nghiệp mới giao kết hợp đồng[5]

(ii)- VNC không tăng giá đối với VNA là vi phạm pháp luật cạnh tranh

Tại thời điểm xảy ra vụ việc, ở Việt Nam chỉ có duy nhất VNC cung cấp nhiên liệu bay nên JPA không còn nguồn nào khác để mua. Rõ ràng, nếu VNC chỉ tăng giá với JPA mà không tăng giá với VNA thì giá vé của VNA sẽ cạnh tranh hơn, dẫn đến cạnh tranh không bình đẳng, và sẽ gây thiệt hại cho JPA[6].

Bình luận

Hai loại quan điểm trên đều có cơ sở. Nhưng theo chúng tôi, sẽ là không toàn diện khi nhìn nhận vụ việc này nếu chúng ta chỉ tiếp cận hành vi ứng xử của VNC trên góc độ của *quyền nghĩa vụ hợp đồng của hai bên,* mà cần thiết phải nhìn nhận thêm một khía cạnh nữa là *quyền bình đẳng của các chủ thể giao dịch trên hợp đồng* hoặc *quyền đặc thù của VNC được Nhà nước giao cho khi giao dịch hợp đồng độc quyền với các chủ thể khác.*

(i) Đối với quan điểm pháp lý của VNC & JPA

- Về quyền thay đổi giá cung cấp vật tư nguyên liệu của một bên trong hợp đồng: Chúng tôi giả định VNC không phải là một doanh nghiệp đặc thù được Chính phủ giao cho quyền độc quyền cung ứng nhiên liệu hàng không (tại thời điểm xảy ra vụ việc thì chỉ có Vinapco mới được quyền thực hiện hành vi kinh doanh tra nạp nhiên liệu hàng không tại Việt Nam) thì VNC có quyền hành xử như thế không? Dĩ nhiên là không vì nếu có một nhà cung cấp cung ứng nhiên liệu hàng không thứ hai thì khi VNC đòi tăng giá, JPA sẽ được quyền so sánh giá của các nhà cung cấp khác để quyết định có chấp nhận tiếp tục thực hiện hợp đồng với VNC hay không? Chính cơ chế độc quyền của Nhà nước ban phát cho VNC đã đẩy JPA vào tình huống không được lựa chọn. Do đó, JPA đã im lặng để giữ thế trong hợp đồng, vì "mọi sự thay đổi trong hợp đồng sẽ do các bên thỏa thuận ký kết bằng văn bản". Theo chúng tôi, VNC không thể đơn phương tự tuyên bố thay đổi điều khoản trong hợp đồng khi không thỏa thuận được với JPA làm căn cứ để hành xử việc ngừng tra nạp nhiên liệu cho JPA.

- Các doanh nghiệp "độc quyền nhà nước" phải tuân thủ các điều kiện đặc biệt do Nhà nước quy định: Sự im lặng của JPA đã buộc VNC phải ngừng cung cấp nhiên liệu nên VNC đã vi phạm luật cạnh tranh. VNC đã quên nguyên tắc luật chơi của doanh nghiệp "độc quyền nhà nước" là phải tuân thủ các điều kiện đặc biệt do chính Nhà nước quy định vì chức năng hoạt động của VNC có liên quan đến "trật tự công cộng", mọi hành vi xử sự đều phải hướng đến lợi ích chung. Chúng tôi giả định, sự độc quyền của VNC hoàn toàn độc lập ngay cả với VNA (tức VNC không trực thuộc VNA) và khi VNC cùng hành xử

5 *Vụ Pacific Airlines-Vinapco: "Phép thử" Luật Cạnh tranh?" Posted on 04.04.2008 by GS. Nguyễn Văn Nam.*

6 *Quỳnh Trang, Xung quanh việc Vinapco ngừng cung cấp xăng cho PA, Vmedia ngày 6/4/2008.*

với VNA và JPA như nhau thì hậu quả xảy ra sẽ rất lớn, vì máy bay trong nước không được tra nạp nhiên liệu sẽ không thể cất cánh được, phải hủy tất cả các chuyến bay. Việc can thiệp của Bộ Giao thông vận tải buộc VNC phải tiếp tục tra nạp nhiên liệu cho JPA là tất yếu, vì đây là trách nhiệm của Nhà nước - phải giải quyết *các hậu quả của cơ chế độc quyền nhà nước đối với các trật tự công cộng*. Theo chúng tôi, VNC cần phải ứng xử sao cho phù hợp với các quy định của Nhà nước đối với *doanh nghiệp độc quyền nhà nước*.

- Sự hạn chế đối với các doanh nghiệp độc quyền từ pháp luật cạnh tranh

Đối với các doanh nghiệp không độc quyền thì họ có thể ứng xử các hành vi trong hợp đồng có phần thoải mái hơn, thí dụ như doanh nghiệp A nợ tiền mua hàng của doanh nghiệp B thì doanh nghiệp B có thể tạm dừng hợp đồng hoặc chấm dứt hợp đồng mua bán hàng đó từ hành vi chưa thanh toán của doanh nghiệp A, nhưng trong trường hợp của JPA và VNC thì VNC khó có thể hành xử quyền tự do hợp đồng của mình như doanh nghiệp B nêu trên xuất phát từ yếu tố đặc thù "độc quyền nhà nước" sẽ dẫn đến hành vi vi phạm pháp luật cạnh tranh. Theo chúng tôi, để đảm bảo an toàn cho mình đối với sự hạn chế nêu trên, doanh nghiệp độc quyền cần có sự cân nhắc các ràng buộc khác để đảm bảo sự ứng xử phù hợp khi các tình huống tương tự phát sinh có liên quan đến pháp luật cạnh tranh.

(ii) Bình luận về quyết định của Hội đồng Xử lý vụ việc cạnh tranh

- Việc thụ lý điều tra của Cơ quan quản lý cạnh tranh là không bình thường. Có ý kiến cho rằng, trong vụ việc ngừng tra nạp nhiên liệu hàng không của VNC không có đơn khiếu nại của JPA nhưng cơ quan quản lý cạnh tranh Việt Nam vẫn thụ lý điều tra là không bình thường. Nhưng theo chúng tôi, cơ quan quản lý cạnh tranh Việt Nam tiến hành thụ lý điều tra vụ việc trên là bình thường vì khoản 2 Điều 86 Luật Cạnh tranh đã quy định về Điều tra sơ bộ[7] "Việc điều tra sơ bộ vụ việc cạnh tranh được tiến hành theo quyết định của Thủ trưởng cơ quan quản lý cạnh tranh trong những trường hợp sau đây: 1. Hồ sơ khiếu nại vụ việc cạnh tranh đã được cơ quan quản lý cạnh tranh thụ lý; 2. Cơ quan quản lý cạnh tranh phát hiện có dấu hiệu vi phạm quy định của Luật này". Do đó, việc thụ lý điều tra trong vụ việc này được thực hiện theo Điều 86 nêu trên và có ý nghĩa Nhà nước thực hiện kiểm tra việc tuân thủ pháp luật của các tổ chức, công dân trong nước, chứ không phải chỉ có việc nhà nước thực hiện xem xét các khiếu nại của các tổ chức hoặc công dân theo quy định của khoản 1 Điều 86 nêu trên.

- Xác định VNC có hành vi vi phạm khoản 2 và 3 Điều 14 Luật Cạnh tranh. Điều 14 Luật Cạnh tranh quy định các hành vi lạm dụng vị trí độc quyền bị cấm "Cấm doanh nghiệp có vị trí độc quyền thực hiện hành vi sau đây: 1. Các hành vi quy định tại Điều 13 của Luật này; 2. Áp đặt các điều kiện bất lợi cho khách hàng; 3. Lợi dụng vị trí độc quyền để đơn phương thay đổi hoặc huỷ bỏ hợp đồng đã giao kết mà không có lý do chính đáng". Với hành vi tăng giá từ 593.000 đồng/tấn của hợp đồng năm 2008 lên 750.000 đồng/tấn kể từ 01/04/2008, VNC đã thỏa mãn hành vi *áp đặt các điều kiện bất lợi cho khách hàng* được quy định tại khoản 2 điều 14 và hành vi ngừng tra nạp nhiên liệu đối với các máy bay của JPA đã thỏa mãn hành vi *lợi dụng vị trí độc quyền để đơn phương thay đổi hoặc huỷ bỏ hợp đồng đã giao kết mà không có lý do chính đáng* được quy định tại khoản 3 Điều 14, nên chúng tôi hoàn toàn đồng tình với việc xác định VNC có hành vi vi phạm khoản 2 và 3 Điều 14 Luật Cạnh tranh của Hội đồng Xử lý vụ việc cạnh tranh.

---

7 Luật Cạnh tranh số 27/2004/QH11 của Quốc hội ban hành ngày 14/12/2004.

- Mức xử phạt đối với VNC:

Sau khi kết luận VNC có hành vi vi phạm khoản 2 và 3 Điều 14 Luật Cạnh tranh, Hội đồng Xử lý vụ việc cạnh tranh đã ra quyết định số 11/QĐ-HĐXL xử phạt VNC với mức phạt bằng 0,05% tổng doanh thu của năm tài chính năm 2007, tương đương số tiền 3.378.086.700 đồng. Vấn đề cần xem xét ở đây là việc áp dụng xử phạt có phù hợp với các quy định của pháp luật hay không?

Điều 5 Nghị định 120/2005/NĐ-CP ngày 30/09/2005 của Chính phủ quy định về xử lý vi phạm pháp luật trong lĩnh vực cạnh tranh như sau: "1. Đối với hành vi vi phạm quy định về kiểm soát hành vi hạn chế cạnh tranh, cơ quan có thẩm quyền xử lý vi phạm có thể phạt tiền theo các mức cụ thể được quy định tại Mục 1, 2 và 3 Chương II của Nghị định này nhưng tối đa đến 10% tổng doanh thu của doanh nghiệp vi phạm trong năm tài chính trước năm thực hiện hành vi vi phạm. Trường hợp doanh nghiệp vi phạm mới thành lập và hoạt động chưa đủ một năm tài chính, tổng doanh thu trong năm tài chính trước năm thực hiện hành vi vi phạm quy định tại khoản này được xác định là tổng doanh thu của doanh nghiệp kể từ ngày thành lập cho đến ngày ra quyết định điều tra chính thức về hành vi vi phạm. 2. Đối với các hành vi vi phạm quy định về cạnh tranh không lành mạnh và hành vi vi phạm quy định pháp luật về cạnh tranh khác không thuộc trường hợp quy định tại khoản 1 Điều này, cơ quan có thẩm quyền tiến hành phạt tiền theo các mức cụ thể quy định tại Mục 4 và 5 Chương II của Nghị định này".

Theo quy định này, mức phạt VNC 0,05% tổng doanh thu của năm tài chính năm 2007 đối với hành vi vi phạm năm 2008 và doanh thu không bóc tách ra phần doanh thu tra nạp nhiên liệu mà Hội đồng Xử lý cạnh tranh áp dụng là phù hợp.

- Đề nghị tách VNC ra khỏi VNA

Như đã phân tích nêu trên, vấn đề độc quyền của VNC mới là quan trọng; còn VNC trực thuộc VNA chỉ là tiền đề của hành vi cạnh tranh, do đó việc tách VNC ra khỏi VNA chỉ giải quyết được yếu tố thứ hai của cạnh tranh là VNC dùng giá nhiên liệu để tạo điều kiện cho VNA cạnh tranh với JPA. Nếu VNC được tách ra khỏi VNA như đề nghị thì cũng chỉ mới giải quyết phần ngọn, còn cái gốc vẫn còn đó, VNC vẫn có thể dùng yếu tố độc quyền để bắt chẹt các khách hàng phải mua xăng dầu của mình. Vì vậy, việc Hội đồng Xử lý cạnh tranh rút lại kiến nghị tách VNC khỏi VNA là xác đáng.

- Cấp giấy phép cho các doanh nghiệp khác cùng được thực hiện chức năng cung cấp xăng dầu hàng không

Nhận định của Hội đồng Xử lý cạnh tranh cho rằng "Giải pháp dung hòa là phải nhanh chóng hoàn thành các thủ tục cấp phép cho Công ty cổ phần nhiên liệu bay (PJF) của Tổng công ty Xăng dầu Việt Nam được cung cấp nhiên liệu cho các hãng hàng không nước ngoài và trong nước khác để hạn chế sự độc quyền của VNC". Chúng tôi cho rằng, nhận định trên của Hội đồng Xử lý cạnh tranh là chưa chính xác, bởi việc cấp phép cho Công ty cổ phần nhiên liệu bay (PJF) của Tổng công ty Xăng dầu Việt Nam hoặc bất kỳ một công ty nào khác không phải là giải pháp dung hòa với việc xử lý vi phạm của VNC, hai việc này hoàn toàn khác nhau. Phải nhìn nhận vấn đề cho các doanh nghiệp khác cùng thực hiện việc cung ứng nhiên liệu hàng không là một chính sách, một chủ trương đúng đắn của Nhà nước nhằm thực hiện đường lối chủ trương của Đảng là kiên quyết chấm dứt tình trạng biến độc quyền nhà nước thành độc quyền doanh nghiệp[8].

- Xác định tổng doanh thu liên quan đến việc áp dụng chế tài vụ việc cạnh tranh chưa hợp lý. Chúng tôi đồng tình với quan điểm

8 *Nghị quyết Đại hội Đảng IX, tháng 4/2001*

kiến nghị của VNC vì sự chế tài tỷ lệ xử phạt cần áp dụng trực tiếp cho nhóm doanh thu liên quan đến lĩnh vực cạnh tranh. Hành vi vi phạm của VNC là tra nạp nhiên liệu hàng không đối với JPA nên tổng doanh thu cần tính toán tỷ lệ phạt chỉ nên khoanh vùng tổng doanh thu tra nạp nhiên liệu hàng không của năm 2007. Do đó, chúng tôi kiến nghị *cần thiết phải bóc tách tổng doanh thu có liên quan trực tiếp đến hành vi vi phạm pháp luật cạnh tranh để tính toán tỷ lệ xử phạt.* Và như vậy, cần sửa đổi Điều 5 Nghị định 120/2005/NĐ-CP ngày 30/09/2005 của Chính phủ quy định về xử lý vi phạm pháp luật trong lĩnh vực cạnh tranh.

- *Sự phân bổ thực hiện độc quyền nhà nước nhằm chống biến độc quyền nhà nước thành độc quyền doanh nghiệp.* Sự độc quyền của Nhà nước là cần thiết đối với các loại hàng hóa, dịch vụ có liên quan mật thiết đến "trật tự công cộng", "an ninh quốc gia", "chủ đạo nền kinh tế quốc dân"… Những yếu tố này có sự tác động chủ yếu và ảnh hưởng không nhỏ đến sự ổn định chính trị, định hướng phát triển kinh tế, sự toàn vẹn lãnh thổ, hội nhập kinh tế quốc tế. Do đó, Nhà nước cần phải xem xét định hướng lĩnh vực nào, loại hàng hóa, dịch vụ nào cần phải nắm giữ, chi phối, nhằm đảm bảo thực hiện hoạt động quản lý nhà nước của mình.

Chủ thể thực hiện độc quyền phải là các doanh nghiệp nhà nước để đảm bảo sự chi phối tuyệt đối khi Nhà nước phải thực hiện các chính sách điều tiết; thực hiện các nhiệm vụ quản lý của Nhà nước và đảm bảo được quan điểm về kiểm soát độc quyền trong kinh doanh của Đảng là "hạn chế và kiểm soát độc quyền kinh doanh"[9], "Thực hiện độc quyền nhà nước trong lĩnh vực cần thiết nhưng không biến độc quyền nhà nước thành độc quyền doanh nghiệp"[10]; kiên quyết chấm dứt tình trạng biến độc quyền nhà nước thành độc quyền doanh nghiệp.

Mục tiêu của độc quyền nhà nước là để đảm bảo sự điều hành nhà nước, do đó phải tạo điều kiện phân bổ cho nhiều doanh nghiệp nhà nước cùng thực hiện. Nếu nhà nước chỉ giao cho một doanh nghiệp nhà nước nào thực hiện việc độc quyền này sẽ tạo ra sự hạn chế cạnh tranh và vi phạm pháp luật cạnh tranh. Các doanh nghiệp nhà nước cùng thực hiện nhiệm vụ độc quyền nhà nước để đảm bảo sự quản lý của nhà nước đối với trật tự công cộng.

(iii) Sự cần thiết ban hành một đạo luật về độc quyền nhà nước.

Chúng tôi cho rằng, sự độc quyền nhà nước trong một số lĩnh vực là cần thiết nhằm đảm bảo cho hoạt động điều hành nhà nước, nhưng để việc thực hiện độc quyền được công khai, minh bạch, tránh sự lạm dụng của một số doanh nghiệp nhà nước được giao quản lý thực hiện một số lĩnh vực độc quyền và gây thiệt hại cho cộng đồng dân cư trong quá trình thực hiện quyền độc quyền nhà nước, cần thiết phải ban hành một đạo luật quy định về độc quyền nhà nước. Đạo luật này cần quy định rõ các nội dung sau: (i) giới hạn các lĩnh vực nhà nước sẽ thống lĩnh độc quyền nhà nước; (ii) chủ thể tham gia thực hiện hành vi độc quyền nhà nước; (iii) loại doanh nghiệp được nhà nước giao thực hiện nhiệm vụ độc quyền; (iv) điều kiện hạn chế các doanh nghiệp khi thực hiện độc quyền; (v) những hạn chế biến độc quyền nhà nước thành độc quyền doanh nghiệp; (vi) trách nhiệm nhà nước giải quyết các hậu quả do độc quyền nhà nước gây ra; (vii) cơ quan có thẩm quyền giải quyết các tranh chấp từ độc quyền nhà nước (viii) trách nhiệm bồi thường khi gây thiệt hại cho tổ chức, công dân.❖

---

9 *Hội nghị III BCH TƯ Đảng khóa IX về tiếp tục sắp xếp, đổi mới, phát triển và nâng cao hiệu quả DNNN, tháng 9/2001)*

10 *Nghị quyết số 08-NQ/TW ngày 5/2/2007 của BCHTƯ Đảng khóa X về một số chủ trương, chính sách lớn để nền kinh tế phát triển nhanh và bền vững*

ĐÍNH CHÍNH VĂN BẢN QUY PHẠM PHÁP LUẬT - BIỆN PHÁP XỬ LÝ KHIẾM KHUYẾT HAY SỰ LẠM QUYỀN?

CAO VŨ MINH*

1. Khái quát về các biện pháp xử lý khiếm khuyết văn bản quy phạm pháp luật

Điều 12 Hiến pháp năm 1992 khẳng định: "Nhà nước quản lý xã hội bằng pháp luật, không ngừng tăng cường pháp chế xã hội chủ nghĩa". Pháp chế đó là sự tuân thủ một cách thiêng liêng các đạo luật, là sự chấp hành pháp luật một cách nghiêm minh, bình đẳng và thống nhất bởi tất cả các cơ quan, tổ chức và cá nhân. Như vậy, một trong những điều kiện quan trọng để bảo đảm pháp chế là phải có một hệ thống pháp luật tương đối hoàn chỉnh. Trong đó, các đạo luật sẽ giữ vai trò điều chỉnh ở tầm cao nhất các quan hệ xã hội, các văn bản pháp luật khác sẽ cụ thể hóa, hướng dẫn thi hành cho các đạo luật. Các cơ quan nhà nước với chức năng của mình không chỉ ban hành ra văn bản pháp luật để điều chỉnh các quan hệ xã hội mà chính bản thân các văn bản pháp luật của cơ quan nhà nước đó cũng phải tuân thủ pháp luật.

Vậy, ranh giới giữa tuân thủ pháp luật và không tuân thủ pháp luật là ở đâu? Câu trả lời chỉ có thể là: *phải xây dựng thành công một "luật cái - cỗ máy cái trong cơ chế xây dựng pháp luật"*[1]. Đó là lý do ra đời của Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật (Luật BHVBQPPL)[2].

Luật BHVBQPPL là một đạo luật rất quan trọng trong hệ thống pháp luật Việt Nam. Kể từ khi ra đời cho đến nay, Luật BHVBQPPL năm 1996 (được sửa đổi, bổ sung năm 2002) và sau này được thay thế bởi Luật BHVBQPPL năm 2008 cùng với Luật BHVBQPPL của Hội đồng nhân dân (HĐND) và Ủy ban nhân dân (UBND) năm 2004 đã tạo ra một hành lang pháp lý quan trọng cho hoạt động xây dựng pháp luật. Nếu như trước khi có sự ra đời của Luật BHVBQPPL, hệ thống pháp luật nước ta thiếu một luật điều chỉnh thống nhất hoạt động xây dựng pháp luật và xuất hiện nhiều sai phạm nghiêm trọng trong việc ban hành văn bản quy phạm pháp luật (VBQPPL) của các cơ quan nhà nước ở cả trung ương lẫn địa phương, thì sau khi có sự ra đời của Luật BHVBQPPL, hoạt động ban hành VBQPPL của các cơ quan nhà nước dần đi vào quy củ, hạn chế một cách đáng kể sự tùy tiện, lạm quyền trong việc ban hành văn bản pháp luật của những cơ quan này. Sự ra đời và tồn tại cho đến ngày nay đã thể hiện tầm quan trọng của đạo luật này, mà nói theo cách của PGS.TS Nguyễn Cửu Việt thì: Luật BHVBQPPL chính là "luật của luật"[3], là nền tảng pháp lý cho việc hoàn thiện quy trình, hệ thống pháp luật Việt Nam.

VBQPPL một khi được ban hành ra chỉ có thể trở thành bộ phận hữu cơ của cơ chế điều chỉnh pháp luật và có hiệu quả khi nội dung và hình thức của chúng bảo đảm cả tính hợp pháp và tính hợp lý[4]. Trong đó, tính hợp pháp là yêu

* ***ThS, Giảng viên khoa Hành chính - Nhà nước, Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh***

1 *Nguyễn Cửu Việt, Một luật hay hai luật?, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp (số chủ đề Hiến kế lập pháp), số 24 (102), tháng 7/2007.*

2 *Đây là cách nói chung của hai luật: Luật BHVBQPPL năm 2008 và Luật BHVBQPPL của HĐND và UBND năm 2004.*

3 *Nguyễn Cửu Việt, Một luật hay hai luật? Tlđd*

4 *Cao Vũ Minh, Tính hợp pháp và tính hợp lý trong quyết định quản lý nhà nước của UBND, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật số 7, năm 2010.*

cầu cơ bản của nguyên tắc pháp chế, còn tính hợp lý là yêu cầu của nghệ thuật quản lý, của chính cuộc sống[5]. Tuy nhiên, do nhiều yếu tố khách quan và chủ quan nên nhiều VBQPPL được ban hành ra không đáp ứng yêu cầu hợp pháp lẫn hợp lý. Vấn đề có tính thực tiễn quan trọng đặt ra là xử lý như thế nào đối với những VBQPPL có khiếm khuyết vì không tuân thủ yêu cầu của tính hợp pháp và tính hợp lý.

Theo quy định của pháp luật hiện hành thì có một số biện pháp xử lý khiếm khuyết của VBQPPL như sau: đình chỉ việc thi hành, sửa đổi, bãi bỏ VBQPPL[6].

Đình chỉ việc thi hành VBQPPL: là biện pháp nhằm ngăn chặn ngay khả năng tiếp tục gây ra những ảnh hưởng xấu của nó. Về nguyên tắc, khi áp dụng quyền "đình chỉ" thì VBQPPL đó vẫn còn tồn tại nhưng không ai "dám" sử dụng hay viện dẫn văn bản đó nữa, mà chờ kết luận xử lý cuối cùng của cơ quan nhà nước có thẩm quyền.

Sửa đổi VBQPPL: là việc cơ quan nhà nước có thẩm quyền ra một văn bản pháp luật khác để làm thay đổi tên hoặc thay đổi một phần nội dung trong khi vẫn giữ nguyên hiệu lực pháp lý của VBQPPL bị sửa đổi. Sửa đổi được áp dụng trong trường hợp cơ quan đã ban hành VBQPPL đó tự sửa đổi văn bản của mình. Theo Hiến pháp năm 1980, bên cạnh việc cơ quan nhà nước tự sửa đổi văn bản của mình còn có trường hợp cơ quan nhà nước cấp trên sửa đổi văn bản của cấp dưới. Nghĩa là trong trường hợp này, cơ quan nhà nước cấp trên đã áp đặt phương án, hành vi, cách thức hành động của mình cho cơ quan nhà nước cấp dưới. Đơn cử, theo Hiến pháp năm 1980, thì có hai chủ thể có quyền sửa đổi văn bản của UBND cấp tỉnh là Hội đồng Bộ trưởng (Khoản 25, Điều 107) và HĐND cấp tỉnh (Khoản 10, Điều 115). Quyền sửa đổi là dấu ấn của cơ chế quản lý tập trung quan liêu bao cấp nên không còn phù hợp với xu thế dân chủ hóa, vì vậy, Hiến pháp năm 1992 đã không quy định quyền này của cơ quan nhà nước các cấp. Như vậy, sửa đổi VBQPPL là việc làm được thực hiện bởi chính cơ quan nhà nước đã ban hành văn bản đó.

Trong Hiến pháp năm 1992, Luật BHVB QPPL năm 2008, Luật BHVBQPPL của HĐND, UBND năm 2004 còn sử dụng thêm thuật ngữ "bổ sung", "thay thế". Tuy nhiên, thuật ngữ "bổ sung", "thay thế" không có nội dung pháp lý mới, vì nó được bao hàm trong quyền ban hành văn bản: ban hành một văn bản hay một số quy phạm có thể để "bổ sung", "thay thế" văn bản, quy phạm cũ[7].

Bãi bỏ VBQPPL: là chế tài nghiêm khắc, dứt khoát và rõ ràng nhất. Bãi bỏ được dành cho những cơ quan nhà nước cấp trên có quan hệ chặt chẽ về tổ chức và hoạt động với cơ quan đã ban hành văn bản đó. Ví dụ: Quốc hội bãi bỏ các văn bản của Chính phủ (Khoản 9 Điều 84 Hiến pháp năm 1992), Thủ tướng Chính phủ bãi bỏ những quyết định, chỉ thị của UBND cấp tỉnh (Khoản 4, Điều 114 Hiến pháp năm 1992). Khi cơ quan nhà nước cấp trên bãi bỏ một quyết định nào đó của cơ quan nhà nước cấp dưới thì không những chấm dứt hiệu lực của VBQPPL đó, mà những văn bản phát sinh từ quyết định đó cũng chấm dứt hiệu lực theo.

Hiện nay, trong Hiến pháp năm 1992 và nhiều văn bản pháp luật khác còn sử dụng thuật ngữ "hủy bỏ" bên cạnh thuật ngữ "bãi bỏ", nhưng thuật ngữ "hủy bỏ" dùng không nhất quán và không rõ nội hàm xác định, nhiều trường hợp trong cùng một quan hệ khi thì dùng "hủy bỏ", khi thì "bãi bỏ". Có người cho rằng, hai thuật ngữ này là giống nhau vì nhiều văn bản pháp luật hay thậm chí cả Hiến pháp -

5 *Nguyễn Cửu Việt (2008), Giáo trình luật Hành chính Việt Nam, NXB Chính trị quốc gia, Hà Nội, tr.334.*

6 *Xem thêm Điều 9 Luật BHVBQPPL năm 2008 và Điều 11 BHVBQPPL Luật của HĐND và UBND năm 2004.*

7 *Nguyễn Cửu Việt, Các yếu tố cấu thành thẩm quyền và tính hệ thống của thẩm quyền, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 9, năm 2005.*

đạo luật có giá trị pháp lý cao nhất, cũng không có tiêu chí nào cho phép xác định sự khác biệt giữa hai thuật ngữ này.

Quan điểm khác cho rằng, khác với quyền "bãi bỏ", quyền "hủy bỏ" có hàm ý là áp dụng đối với các văn bản đã không có hiệu lực từ lúc ban hành[8], nói cách khác, khi "hủy bỏ" là coi như văn bản bị hủy bỏ chưa từng tồn tại, còn khi "bãi bỏ" là văn bản bị bãi bỏ đã từng tồn tại và có hiệu lực[9]. Vì vậy, chế tài hủy bỏ chỉ nên quy định, nếu là cần, với công thức "phê chuẩn hoặc hủy bỏ" chứ không quy định "hủy bỏ" độc lập với "phê chuẩn", trong một số quan hệ, khi một văn bản muốn có hiệu lực hay có hiệu lực đầy đủ phải cần phê chuẩn, nếu không phê chuẩn tức là bị hủy bỏ, coi nó chưa từng tồn tại và chưa có hiệu lực pháp lý. Như vậy, viết ra hay không viết ra thuật ngữ "hủy bỏ" cũng không ảnh hưởng tới nội dung pháp lý của quyền phê chuẩn, bởi quyền phê chuẩn đã bao hàm quyền hủy bỏ văn bản[10]. Theo chúng tôi, cũng có trường hợp hủy bỏ áp dụng độc lập, nhưng những trường hợp áp dụng hủy bỏ độc lập hoặc đi kèm quyền phê chuẩn chỉ có rất ít.

2. Đính chính văn bản quy phạm pháp luật - xử lý khiếm khuyết hay lạm quyền?

Bên cạnh việc cho ra đời Luật BHVBQPPL nhằm tạo cơ sở pháp lý vững chắc cho việc xây dựng pháp luật thì nhà làm luật còn ban hành ra văn bản nhằm kiểm tra và xử lý các VBQPPL có khiếm khuyết. Đó là Nghị định 135/2003/NĐ-CP ngày 14/11/2003 và hiện nay là Nghị định 40/2010/NĐ-CP ngày 12/4/2010 để thay thế cho Nghị định 135/2003/NĐ-CP của Chính phủ.

Luật BHVBQPPL năm 2008 quy định "Đình chỉ việc thi hành, sửa đổi, bãi bỏ" là những biện pháp xử lý khiếm khuyết. Để cụ thể hóa quy định này, Điều 27 Nghị định 40/2010/NĐ-CP quy định các hình thức xử lý văn bản trái pháp luật, bao gồm:

*1. **Đình chỉ** việc thi hành một phần hoặc toàn bộ nội dung văn bản.*

*2. **Hủy bỏ, bãi bỏ** một phần hoặc toàn bộ nội dung văn bản.*

Ngoài ra, trong phần thẩm quyền của các chủ thể cũng có quy định đầy đủ về "đình chỉ, bãi bỏ (và hủy bỏ) (Khoản 1 Điều 16, Khoản 1 Điều 18 Nghị định 40/2010/NĐ-CP). Quy định này đã thể hiện sự nhất quán trong tư duy lập pháp của nhà làm luật.

Tuy nhiên, trong Nghị định 40/2010/NĐ-CP chỉ sử dụng hai trong ba biện pháp là "đình chỉ, bãi bỏ (và hủy bỏ)" mà không có "sửa đổi"; thay vào đó, lại "biến tấu" thành biện pháp mới là "đính chính". Như vậy, theo nhà làm luật, "đính chính" là một biện pháp xử lý khiếm khuyết. Xét một cách tổng thể, "đính chính" không phải là một biện pháp xử lý khiếm khuyết *mà là một sự lạm quyền* bởi các lý do sau đây:

Thứ nhất, sự "vượt mặt" của Nghị định 40/2010/NĐ-CP so với Luật BHVBQPPL năm 2008.

Luật BHVBQPPL năm 2008 không có bất kỳ một quy định nào cho phép chúng ta kết luận "đính chính" là một biện pháp xử lý khiếm khuyết văn bản. Thế nhưng không hiểu vì lý do gì mà khi quy định chi tiết, Chính phủ lại "khai sinh" thêm biện pháp này trong Nghị định 40/2010/NĐCP. Có lẽ, do được Quốc hội

---

8 Hoàng Thị Ngân, Văn bản quy phạm pháp luật: hủy bỏ hoặc bãi bỏ, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 6, năm 2005.

9 Điều 29 Luật BHVBQPPL năm 2008 quy định về: Hủy bỏ, bãi bỏ văn bản trái pháp luật.

Hình thức hủy bỏ một phần hoặc toàn bộ nội dung văn bản áp dụng trong trường hợp một phần hoặc toàn bộ văn bản đó được ban hành trái thẩm quyền về hình thức, thẩm quyền về nội dung hoặc không phù hợp với quy định của pháp luật từ thời điểm văn bản được ban hành.

Hình thức bãi bỏ một phần hoặc toàn bộ nội dung văn bản áp dụng trong trường hợp một phần hoặc toàn bộ văn bản làm căn cứ ban hành văn bản được kiểm tra đã được thay thế bằng văn bản khác của cơ quan nhà nước có thẩm quyền, dẫn đến nội dung của văn bản không còn phù hợp với pháp luật hiện hành hoặc tình hình kinh tế - xã hội thay đổi.

10 Nguyễn Cửu Việt, Các yếu tố cấu thành thẩm quyền và tính hệ thống của thẩm quyền, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 9, năm 2005.

trao cho quá nhiều quyền (Luật BHVBQPPL trao quyền cho Chính phủ được quyền ban hành nghị định quy định chi tiết thi hành luật) nên trong thực tế, Chính phủ vẫn có khi lạm quyền và Nghị định 40/2010/NĐ-CP là một ví dụ? Tuy trong Điều 27 Nghị định 40/2010/NĐ-CP không quy định trực tiếp, nhưng sự "có mặt" của biện pháp "đính chính" trong mục 5 Nghị định 40/2010/NĐ-CP về *Các hình thức xử lý văn bản trái pháp luật* đã dẫn đến cách hiểu "đính chính" như là một biện pháp xử lý khiếm khuyết của văn bản.

Thứ hai, bản chất của "đính chính" là "sửa đổi"

Theo Từ điển tiếng Việt thì "đính" là sửa lại, còn "chính" là đúng. "Đính chính" có nghĩa là "sửa lại cho đúng"[11]. Như vậy, bản chất của "đính chính" là việc sửa đổi một hay một số điều, khoản của văn bản đã tồn tại trước đó "cho đúng". Vậy tại sao trong Nghị định 40/2010/NĐ-CP không quy định biện pháp "sửa đổi" như trong Luật BHVBQPPL năm 2008 mà lại "biến tấu" thành "đính chính", trong khi bản chất của "đính chính" là "sửa đổi"? Câu hỏi đó đã được phần nào trả lời thông qua Điều 30 Nghị định 40/2010/NĐ-CP. Điều 30 quy định về "đính chính" như sau: "Trong quá trình kiểm tra, phát hiện văn bản chỉ sai *về căn cứ pháp lý được viện dẫn*, *thể thức, kỹ thuật trình bày,* còn nội dung của văn bản phù hợp với quy định của pháp luật, bảo đảm tính hợp hiến, hợp pháp thì đính chính đối với những sai sót đó". Như vậy, đối với những sai phạm về "*căn cứ pháp lý được viện dẫn*, *thể thức, kỹ thuật trình bày* nhưng nội dung vẫn bảo đảm" thì sẽ sử dụng biện pháp "đính chính", còn sai phạm ảnh hưởng đến nội dung thì sẽ sử dụng biện pháp "sửa đổi"? Phải chăng, so với sai phạm về mặt nội dung thì sai phạm về căn cứ viện dẫn, thể thức, kỹ thuật trình bày không phải là sai phạm lớn, nên có thể tùy tiện "đính chính". Vậy, vai trò của cơ quan soạn thảo, vai trò của cơ quan thẩm định... ở đâu mà để xảy ra sai sót về căn cứ pháp lý được viện dẫn, thể thức, kỹ thuật trình bày? Thêm vào đó, một câu hỏi đặt ra là bên cạnh biện pháp "đính chính" thì biện pháp "sửa đổi" quy định ở đâu, vì biện pháp "sửa đổi" không được quy định trong Nghị định 40/2010/NĐ-CP?.

Thứ ba, biện pháp "đính chính" đã được sử dụng "tràn lan" từ khá lâu

Như đã trình bày, biện pháp "đính chính" lần đầu tiên được quy định trong Nghị định 40/2010/NĐ-CP. Thế nhưng, trước khi có Nghị định 40/2010/NĐ-CP thì "đính chính" đã được sử dụng khá nhiều, như một biện pháp xử lý khiếm khuyết. Đơn cử là Quyết định 3902/QĐ-BNV ngày 19/10/2005 của Bộ trưởng Bộ Nội vụ đính chính Thông tư liên tịch số 81/2005/TTLT/BNV-BTC ngày 10/08/2005 của Bộ Nội vụ và Bộ Tài chính; Quyết định số 2746/QĐ-BTC ngày 16/8/2006 của Bộ Tài chính đính chính Thông tư 70/2006/TT-BTC của Bộ Tài chính. Trong khi đó, cả Luật BHVBQPPL năm 1996 (được sửa đổi, bổ sung năm 2002) và Nghị định 135/2003/NĐ-CP về kiểm tra và xử lý VBQPPL không quy định biện pháp này. Vậy cơ sở pháp lý nào để các chủ thể này áp dụng biện pháp "đính chính"? Có thể lý luận rằng, trong luật không cấm hoặc không quy định thì các cơ quan nhà nước vẫn có quyền áp dụng biện pháp này. Tuy nhiên, cần nhớ rằng, một mệnh đề quan trọng khi xây dựng Nhà nước pháp quyền nhằm đảm bảo pháp chế và dân chủ thì "công dân được làm tất cả những gì pháp luật không cấm, còn cơ quan nhà nước, cán bộ, công chức chỉ được làm những gì pháp luật cho phép"[12]. Không quy định hay không cấm, không có nghĩa là các cơ quan nhà nước có thể tùy tiện áp dụng "đính chính" như là một biện pháp xử lý khiếm khuyết.

---

11 Giáo sư Nguyễn Lân, Từ điển từ và ngữ Việt Nam, Nxb Tổng hợp TP.HCM, 2010, tr.638; Viện Ngôn ngữ học, Từ điển tiếng Việt phổ thông, Nxb Phương Đông, 2009, tr. 290.

12 Vũ Thư, Về nội dung các mệnh đề: "Viên chức nhà nước chỉ được làm những gì pháp luật cho phép" và "công dân được làm tất cả những gì pháp luật không cấm" Tạp chí Nhà nước và Pháp luật số 10, năm 2007.

Có lẽ do nhận thức được bất cập này nên khi ban hành Nghị định 40/2010/NĐ-CP để thay thế cho Nghị định 135/2003/NĐ-CP, Chính phủ đã "hợp thức hóa" biện pháp "đính chính" tại Điều 30. Tuy nhiên, sự không nhất quán lại thể hiện trong Nghị định 40/2010/NĐ-CP vì tại mục 5 quy định rằng "đính chính" là một biện pháp xử lý khiếm khuyết, nhưng trong phần thẩm quyền của các chủ thể lại không quy định quyền này. Trong phần thẩm quyền của Thủ tướng Chính phủ, Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang Bộ, Chủ tịch UBND không quy định về quyền "đính chính"[13]. Như vậy, chủ thể nào có quyền đính chính; Thủ tướng Chính phủ, Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang Bộ, Chủ tịch UBND có quyền đính chính hay không; khi đính chính thì dùng hình thức văn bản nào? Hàng loạt câu hỏi đặt ra nhưng không tìm thấy câu trả lời.

Thứ tư, "mỗi nơi một kiểu" về "đính chính"

Do hàng loạt câu hỏi đặt ra nhưng không có câu trả lời mang tính thống nhất từ văn bản pháp luật dẫn đến tình trạng "luật của quốc gia" để trống, tạo cơ hội cho "lệ" phát huy tác dụng. Việc "đính chính" văn bản như "trăm hoa đua nở", mỗi nơi mỗi kiểu, gây rối loạn pháp chế. Và có lẽ đây mới là hạn chế lớn nhất. Trên thực tế, các cơ quan nhà nước tự xem mình có quyền đính chính theo công thức chung "chủ thể tự đính chính các VBQPPL do mình ban hành". Bên cạnh đó, các chủ thể này còn sử dụng nhiều hình thức văn bản khác nhau như công văn, quyết định... để đính chính VBQPPL đã ban hành. Đơn cử như Công văn số 181/ĐC-CP ngày 23/10/2009 của Chính phủ đính chính Nghị định số 69/2009/NĐ-CP ngày 13/8/2009 của Chính phủ; Quyết định số 2905/QĐ-BTC ngày 09/11/2010 của Bộ Tài chính về việc đính chính Thông tư số 153/2010/TT-BTC ngày 28/9/2010 của Bộ Tài chính; Quyết định số 2837/QĐĐC-BTP của Bộ Tư pháp ngày 9/12/2010 đính chính Thông tư số 20/2010/TT-BTP ngày 30/11/2010 của Bộ Tư pháp.

Hiện nay, số lượng các văn bản được ban hành để đính chính các văn bản pháp luật khác khá nhiều. Chúng tôi tập trung phân tích một ví dụ điển hình. Đó là Quyết định số 934/QĐ-BTC *ngày 29/4/2010 của Bộ Tài chính* đính chính Thông tư số 34/2010/TT-BTC ngày 12/3/2010 của Bộ Tài chính hướng dẫn thực hiện xóa nợ thuế và các khoản phải nộp ngân sách nhà nước đối với doanh nghiệp nhà nước thực hiện sắp xếp chuyển đổi trước ngày 01/7/2007.

Như đã trình bày, bản chất của "đính chính" chính là việc sửa đổi một văn bản đã tồn tại trước đó. Với tư duy đó thì Quyết định số 934/QĐ-BTC được ban hành là nhằm để sửa đổi Thông tư số 34/2010/TT-BTC và điều này được thể hiện ngay trong văn bản. Khoản 2 Điều 1 Quyết định 934/QĐ-BTC quy định:

"Doanh nghiệp nhà nước sản xuất kinh doanh bị lỗ, có nợ đọng thuế và các khoản phải nộp ngân sách nhà nước, có quyết định sáp nhập vào doanh nghiệp nhà nước khác trước 01/7/2007, đến 31/12/2008 số nợ thuế này chưa được xử lý thì được xem xét xóa nợ thuế và các khoản phải nộp ngân sách nhà nước tối đa bằng số lỗ của doanh nghiệp sáp nhập tại thời điểm có quyết định sáp nhập".

Nay sửa lại thành:

"Doanh nghiệp nhà nước sản xuất kinh doanh bị lỗ, có nợ đọng thuế và các khoản phải nộp ngân sách nhà nước, có quyết định sáp nhập vào doanh nghiệp nhà nước khác trước 01/7/2007, đến 31/12/2008 số nợ thuế này chưa được xử lý thì được xem xét xoá nợ thuế và các khoản phải nộp ngân sách nhà nước. *Doanh nghiệp nhận sáp nhập phải là doanh nghiệp không có khả năng thanh toán nợ thuế và các khoản phải nộp ngân sách nhà nước theo quy định tại khoản 3, Điều 11 Nghị định 69/2002/NĐ-CP ngày 12/7/2002 của Chính phủ được xoá nợ* tối đa bằng số lỗ của doanh nghiệp sáp nhập tại thời điểm có quyết định sáp nhập".

13 *Xem các Điều 16, 17, 18 Nghị định 40/2010/NĐ-CP ngày 12/4/2010.*

Tương tự, Khoản 1 Điều 1 Quyết định 934/QĐ-BTC cũng có quy định về việc sửa đổi. Đọc qua cả Quyết định 934/QĐ-BTC thì thấy văn bản này không nhằm xử lý các sai sót về *căn cứ pháp lý được viện dẫn*, *thể thức, kỹ thuật trình bày* mà thật ra là sửa đổi về mặt nội dung[14]. Sai thì sửa, thiếu thì bổ sung, đó là những vấn đề hết sức bình thường trong việc ban hành VBQPPL. Nhưng vấn đề đáng nói ở đây là việc Bộ Tài chính sử dụng hình thức văn bản là "Quyết định" để sửa đổi "Thông tư" là trái với Luật BHVBQPPL năm 2008.

Theo Điều 16 Luật BHVBQPPL năm 2008 thì từ ngày 1/1/2009, chỉ có Thông tư của Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang Bộ mới được xem là VBQPPL (quyết định mang tính quy phạm), Quyết định và Chỉ thị của Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ không còn được xem là VBQPPL mà chỉ là những quyết định cá biệt. Cũng theo Khoản 1 Điều 9 Luật BHVBQPPL năm 2008 thì: "VBQPPL chỉ được sửa đổi, bổ sung, thay thế, hủy bỏ hoặc bãi bỏ bằng *VBQPPL của chính cơ quan nhà nước đã ban hành văn bản đó* hoặc bị đình chỉ việc thi hành, hủy bỏ hoặc bãi bỏ bằng văn bản của cơ quan nhà nước có thẩm quyền".

Như vậy, sửa đổi VBQPPL là việc làm được thực hiện bởi chính cơ quan nhà nước đã ban hành VBQPPL đó. Và khi sửa đổi *thì chỉ có thể dùng VBQPPL để sửa đổi cho VBQPPL*. Cụ thể, trong trường hợp này, Bộ Tài chính muốn sửa đổi Thông tư thì phải ban hành Thông tư để sửa đổi chứ không thể dùng Quyết định để sửa đổi Thông tư, càng không thể sử dụng "công văn" để sửa đổi VBQPPL là Nghị định như cách làm của Chính phủ[15]. Bên cạnh đó, cho dù là đính chính thì cũng không thể dùng quyết định cá biệt "đính chính" cho văn bản mang tính quy phạm, vì việc làm này không chỉ vi phạm pháp chế[16] mà còn ảnh hưởng rất lớn đến quyền và lợi ích hợp pháp của cá nhân, tổ chức vì theo Điều 5 Nghị định 104/2004/NĐ-CP ngày 23/3/2004 của Chính phủ về Công báo thì *Các văn bản đăng trên Công báo ở trung ương* bao gồm:

1. *Các VBQPPL* do cơ quan có thẩm quyền ở trung ương ban hành.

2. *Các quyết định của cơ quan có thẩm quyền* xử lý văn bản trái pháp luật; các văn bản cá biệt; văn bản có giá trị pháp lý khác *do cơ quan có thẩm quyền quyết định.*

3. Các Điều ước quốc tế đã có hiệu lực đối với nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam như quy định tại Khoản 1 Điều 2 của Nghị định này.

4. Phụ trương Công báo được phát hành kèm Công báo, đăng các dự thảo văn bản pháp luật khi được các cơ quan nhà nước có thẩm quyền quyết định đăng để lấy ý kiến đóng góp của các cơ quan, tổ chức, cá nhân.

Như vậy, Thông tư số 34/2010/TT-BTC thì bắt buộc phải đăng Công báo trong khi đó Quyết định số 934/QĐ-BTC thì không bắt buộc đăng Công báo. Điều này sẽ ảnh hưởng rất lớn đến quyền lợi của cá nhân, tổ chức. Có lẽ nhận thấy bất cập này, nên trong Nghị định 100/2010/NĐ-CP về Công báo ngày 28/9/2010 của Chính phủ cũng quy định "các văn bản đính chính" bắt buộc phải đăng Công báo[17].

(Xem tiếp trang 64)

14 Công văn 181/ĐC-CP ngày 23/10/2009 của Chính phủ; Quyết định số 2905/QĐ-BTC ngày 9/11/2010 của Bộ Tài chính; Quyết định 2837/QĐĐC-BTP ngày 9/12/2010 của Bộ Tư pháp cũng không phải "đính chính" những sai sót về căn cứ pháp lý được viện dẫn, thể thức, kỹ thuật trình bày mà thật ra là sửa đổi về mặt nội dung.

15 Công văn 181/ĐC-CP ngày 23/10/2009 của Chính phủ đính chính Nghị định 69/2009/NĐ-CP ngày 13/8/2009 của Chính phủ.

16 Quyết định 2837/QĐĐC-BTP của Bộ Tư pháp ngày 9/12/2010 đính chính Thông tư 20/2010/TT-BTP ngày 30/11/2010 của Bộ Tư pháp, tại đoạn cuối có quy định: "Quyết định đính chính này là một bộ phận cấu thành của Thông tư 20/2010/TT-BTP". Như vậy là Thông tư 20/2010/TT-BTP tuy là văn bản quy phạm pháp luật nhưng lại có một bộ phận không phải là văn bản quy phạm pháp luật mà chỉ là văn bản cá biệt. Đây là biểu hiện rõ nhất của sự vi phạm pháp chế nghiêm trọng.

17 Nghị định 100/2010/NĐ-CP về Công báo ngày 28/9/2010 thay thế Nghị định 104/2004/NĐ-CP ngày 23/3/2004 có quy định tại Khoản 4, Điều 5 là: "Văn bản đính chính văn bản quy phạm pháp luật do cơ quan nhà nước ở trung ương ban hành hoặc phối hợp ban hành phải được đăng công báo nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam".

CƠ QUAN BẢO VỆ NHÂN QUYỀN QUỐC GIA Ở AUSTRALIA

NGUYỄN THỊ HOÀI PHƯƠNG*

Quyền con người là một giá trị phổ quát và không thể phân chia. Điều 1 Tuyên ngôn Quốc tế về Nhân quyền (Universal Declaration of Human Rights) đã khẳng định "Mọi người sinh ra đều được tự do và bình đẳng về nhân phẩm và các quyền". Do vậy, nói đến nhân quyền là nói đến "sự giống nhau cho mọi người ở mọi nơi, không phân biệt giàu nghèo, nam nữ hay nơi sinh sống"[1]. Các quyền con người có liên hệ mật thiết với nhau, bởi lẽ quyền cơ bản này chỉ có thể thực hiện được khi đã có sự bảo đảm trong việc thực hiện các quyền cơ bản khác. Ví dụ như quyền tự do ngôn luận sẽ chẳng có ý nghĩa gì mấy nếu cá nhân công dân không có khả năng cung cấp thức ăn, nơi cư trú… cho bản thân và gia đình mình. Quyền con người cũng được hiểu là "những điều không thể bị tước đoạt đi dưới bất kỳ hoàn cảnh nào"[2], điều đó cũng có nghĩa là quyền tự do tín ngưỡng không thể bị tước đi để đổi lấy quyền được hưởng một nền giáo dục hay quyền được chăm sóc sức khỏe.

Theo quan niệm chung thì các tiêu chuẩn quốc tế về nhân quyền là "một tập hợp các giá trị và nguyên tắc chỉ đạo mà Chính phủ các nước trên thế giới đồng ý là những điều cần thiết để mọi người được sống trong danh dự và sự tôn trọng cho dù họ là ai và bất kể nơi sinh sống"[3]. Chính vì thế, nói đến việc bảo vệ nhân quyền là nói đến trách nhiệm mà mỗi người chúng ta phải công nhận và tôn trọng phẩm cách lẫn nhau; và hơn ai hết, Chính phủ các nước có trách nhiệm trước tiên trong việc tôn trọng và bảo vệ các quyền cơ bản của con người.

Australia là một trong những quốc gia có những đóng góp quan trọng trong việc bảo vệ và thúc đẩy phát triển quyền con người trên bình diện quốc tế. Điều này được thể hiện rõ qua việc Australia đã đóng vai trò hàng đầu trong việc phát triển những nguyên tắc cơ bản của Bản Tuyên ngôn Quốc tế về Nhân quyền đã được các tổ chức Liên hiệp quốc công nhận vào năm 1948. Bên cạnh đó, Australia là một trong những nước đã sớm ký kết hai Công ước cơ bản về quyền con người là Công ước Quốc tế về quyền dân sự và chính trị; Công ước quốc tế về quyền kinh tế, xã hội và văn hóa. Ngoài ra, Australia cũng đã ký kết các Công ước quốc tế khác, bao gồm: Công ước về việc loại bỏ mọi hình thức phân biệt chủng tộc; Công ước về việc loại bỏ mọi hình thức phân biệt chống lại phụ nữ; Công ước về quyền của trẻ em; Công ước về tình trạng của người tỵ nạn; Công ước chống tra tấn dã man; các Công ước của Tổ chức lao động quốc tế về các quyền của người lao động.

1. Vị trí, nguyên tắc và cơ cấu tổ chức của Ủy ban nhân quyền Australia

Trên bình diện quốc gia, Chính quyền Australia cũng đã sớm nhận thức được rằng, để có thể bảo vệ và thúc đẩy sự phát triển quyền con người thì việc thiết lập cơ quan bảo vệ nhân quyền quốc gia là một yếu tố chủ chốt, có ý nghĩa quyết định trong cơ chế bảo

* *ThS. Khoa Luật, Đại học Huế*

1 *Trung tâm Yểm trợ quyền lợi công cộng (PIAC) (2005), Bảo vệ nhân quyền ở Úc, Bộ tài liệu giáo dục cộng đồng, tr.2.*

2 *Trung tâm Yểm trợ quyền lợi công cộng (PIAC) (2005), Tlđd, tr.2.*

3 *Trung tâm Yểm trợ quyền lợi công cộng (PIAC) (2005), Tlđd, tr.2.*

vệ quyền con người. Với lý do đó, vào năm 1986, *Ủy ban nhân quyền (UBNQ) Australia* đã được thành lập dựa trên một đạo luật của Quốc hội Liên bang.

Để bảo đảm cho cơ quan này hoạt động thật sự hiệu quả, có chất lượng và có tính độc lập thực sự, không phải chịu sự chi phối của bất kỳ cơ quan nào từ nhánh quyền hành pháp và tư pháp, khi thông qua Đạo luật thành lập UBNQ, Quốc hội Liên bang Australia đã xác định, UBNQ là một tổ chức pháp định độc lập, chỉ có nhiệm vụ báo các công tác cho Quốc hội liên bang thông qua Tổng trưởng Tư pháp liên bang (Attorney-General). Ủy ban làm việc trên nguyên tắc không thiên vị và không đại diện cho bất kỳ phía nào có liên quan đến. UBNQ Australia được bảo đảm cung cấp các hạ tầng phù hợp và ngân quỹ đầy đủ để hoạt động.

UBNQ Australia là một tổ chức tập thể bao gồm một vị Chủ tịch và năm Ủy viên. Thông thường, Chủ tịch và năm Ủy viên của Ủy ban này sẽ được phân công phụ trách các lĩnh vực thuộc phạm vi điều hành của Ủy ban, theo đó sẽ có các vị Ủy viên sau: Ủy viên UBNQ; Ủy viên đặc trách phân biệt giới tính; Ủy viên đặc trách phân biệt tuổi tác; Ủy viên đặc trách phân biệt khuyết tật; Ủy viên đặc trách phân biệt chủng tộc; Ủy viên Tư pháp xã hội về thổ dân và đảo dân Torres Strait.

2. Các đạo luật liên bang thuộc phạm vi điều hành của Ủy ban nhân quyền Australia

Căn cứ vào các Công ước quốc tế về quyền con người mà Australia đã ký kết, quốc gia này cũng đã nhanh chóng ban hành các đạo luật nhân quyền quốc gia tương ứng, theo đó UBNQ Australia có nhiệm vụ điều hành các đạo luật liên bang dưới đây:

- *Đạo luật phân biệt tuổi tác năm 2004 (Age Discrimination Act 2004).* Theo quy định của Đạo luật phân biệt tuổi tác năm 2004, thì phân biệt tuổi tác được hiểu là "khi một người bị từ chối cơ hội vì lý do tuổi tác nhưng vấn đề tuổi tác lại không liên quan gì đến khả năng của người này trong việc tận dụng cơ hội đó"[4]. Do vậy, ở Australia thì việc đối xử thiếu thiện cảm, không công bằng với một người nào đó vì lý do tuổi tác của họ trong một số lĩnh vực của đời sống công cộng như: nhân dụng, tiện nghi, nhà ở, giáo dục, cung cấp hàng hóa, dịch vụ và quản trị các đạo luật và chương trình liên bang, được coi là một hành vi phạm pháp. Câu chuyện của Melinda là điển hình cho việc có sự phân biệt tuổi tác đối với người trẻ tuổi: "Melinda làm việc trong một tiệm bán đồ ăn nhanh đã được gần 3 năm. Khi mới vào làm, cô mới chỉ 16 tuổi và công việc lúc đó là công việc bán thời gian mang tính thời vụ. Trung bình cô làm khoảng 11 giờ/tuần với mức lương khoảng 8 AUS/giờ. Khi vừa tròn 18 tuổi, cô được tăng lương lên 10,50 AUS/giờ nhưng số giờ làm lại bị giảm xuống còn 3 giờ một tuần",[5,6]. Trong trường hợp này, người chủ tiệm bán đồ ăn nhanh nơi Melinda làm việc đã có sự phân biệt tuổi tác đối với Menlinda, vì dựa vào tuổi tác để xác định mức lương là biểu hiện của sự phân biệt. Tuy nhiên trường hợp của Melina là rất phổ biến không chỉ ở Australia mà còn nhiều quốc gia khác trên thế giới khi mà giới chủ thường thuê những người trẻ tuổi làm việc theo dạng thời vụ và không được hưởng quyền lợi nghỉ bệnh hoặc nghỉ phép có lương, những người trẻ tuổi này thường bị sa thải hoặc giảm bớt giờ làm khi họ lớn lên vì mức lương tăng theo tuổi.

- *Đạo luật phân biệt khuyết tật năm 1992 (Disability Discrimination Act 1992).* "Khuyết tật" được hiểu là mọi hình thức khiếm khuyết về mặt trí tuệ, tâm thần, cơ phận, cảm phận, cảm giác hay là sự hiện diện của một

4 *Trung tâm Yểm trợ quyền lợi công cộng (PIAC) (2005), Tlđd tr.5.*

5 *Trường hợp cụ thể do Job watch – Employment Rights legal centre, Victoria cung cấp.*

6 *Trung tâm Yểm trợ quyền lợi công cộng (PIAC) (2005), Tlđd, tr.5.*

căn bệnh nào đó trong cơ thể một người. Theo thống kê thì vào năm 1998, "Australia có 3,6 triệu người khuyết tật, chiếm hơn 19% dân số"[7] và đa số những người này phải chịu đựng rất nhiều hạn chế trong sinh hoạt cũng như trong các công việc của bản thân. Do đó, vào năm 1992, Australia ban hành luật này nhằm qui định việc đối xử thiếu thiện cảm với một người khuyết tật, dù là trực tiếp hay gián tiếp, so với một người bình thường trong các lĩnh vực nhân dụng, giáo dục, tiếp cận các cơ sở, cung cấp hàng hóa, dịch vụ và tiện nghi, chỗ ở, câu lạc bộ và thể thao, sử dụng đất đai và quản trị các đạo luật và chương trình liên bang, được coi là một hành vi phạm pháp. Ngoài ra Đạo luật các dịch vụ khuyết tật năm 1986 (Disability Services Act 1986) cũng đã thiết lập các điều khoản qui định các dịch vụ hỗ trợ dành cho những người khuyết tật và các Chính phủ liên bang, tiểu bang và lãnh thổ chia sẻ trách nhiệm trong việc tài trợ ngân sách nhằm cung cấp các dịch vụ cho người khuyết tật.

- *Đạo luật UBNQ năm 1986 (Human Rights and Equal Opportunity Commission Act 1986).* Đạo luật này kiểm soát hai lĩnh vực khiếu nại chính. Một là giải quyết những tố cáo vi phạm nhân quyền của đại diện hoặc của Chính phủ liên bang. Hai là xử lý những khiếu nại có liên quan đến việc đối xử bất công trong lĩnh vực nhân dụng và nghề nghiệp vì lý do tôn giáo, quan điểm chính trị, nguồn gốc xã hội, tuổi tác, hồ sơ tội phạm, nguyện vọng về giới tính hoặc sinh hoạt công đoàn.

- *Đạo luật phân biệt giới tính năm 1984 (Sex Discrimination Act 1984).* Căn cứ theo quy định của Đạo luật phân biệt giới tính năm 1984 thì ở Australia, việc đối xử thiếu thiện cảm với một người vì giới tính, tình trạng hôn nhân hoặc thai nghén của họ - đặc biệt là trong các lĩnh vực đời sống công cộng (bao gồm cả quyền bỏ phiếu và quyền ứng cử), nhân dụng (bao gồm việc trả lương đồng đều cho các công việc giống nhau), giáo dục, tiếp cận các dịch vụ y tế, giáo dục... được coi là một hành vi phạm pháp. Đạo luật này cũng ngăn cấm việc sa thải nhân viên vì những trách nhiệm của họ đối với gia đình. Đồng thời, Đạo luật phân biệt giới tính còn ngăn cấm hành vi sách nhiễu tình dục trong đời sống công cộng. Trường hợp của Anna là một điển hình cho việc đã có sự phân biệt giới tính trong lĩnh vực nhân dụng: "Anna là công nhân chế biến tại một cơ sở sản xuất ở Sydney. Tại đây, tất cả các nữ công nhân được liệt vào mức lương thợ đóng gói bậc 12. Trong khi đó, những công nhân phái nam làm cùng một công việc tương tự lại được liệt kê vào một bậc lương khác cao hơn. Anna và những đồng nghiệp nữ nhờ Công đoàn đưa sự việc ra Tòa án. Họ đã thắng kiện và được trả lương đồng đều cho công việc của họ"[8, 9].

- *Đạo luật phân biệt chủng tộc năm 1975 (Racial Discrimination Act 1975).* Theo Công ước quốc tế về việc loại bỏ mọi hình thức phân biệt chủng tộc thì phân biệt chủng tộc được hiểu là "bất kỳ một sự phân biệt, loại trừ, hạn chế hay ưu tiên nào dựa trên vấn đề chủng tộc, màu da, nguồn gốc, dân tộc hay sắc tộc". Do đó, Đạo luật phân biệt chủng tộc năm 1975 của Australia cũng đã quy định việc đối xử thiếu thiện cảm với một người vì lý do chủng tộc, màu da, nguồn gốc, dân tộc hay sắc tộc của họ trong các lĩnh vực nhân dụng, sử dụng đất đai, nhà ở, giáo dục và huấn luyện, hàng hóa và dịch vụ, tiếp cận tiện nghi công cộng, tham gia công đoàn và quảng cáo được coi là một hành vi phạm pháp. Bên cạnh đó, vào năm 1995 Quốc hội đã ban hành Đạo luật về căm ghét chủng tộc (Racial Hatred Act 1995) theo đó, các hành vi căm thù chủng tộc như khi một người nào công khai phát biểu hoặc phát hành một điều gì đó mà có thể gây xúc phạm, chế giễu hoặc đe dọa

---

7 *ABS, Disability, Ageing and Carers: Summary of Findings, cat, no, 4430.0, Canberra (1999), tr.13.*

8 *Trường hợp cụ thể dựa vào trường hợp HPM/AMWU số 23933 năm 1995 của Ủy ban Quan hệ lao tư Australia*

9 *Trung tâm Yểm trợ quyền lợi công cộng (PIAC) (2005), Tlđd. tr.29.*

người khác vì nguồn gốc chủng tộc, màu da, dân tộc hay sắc tộc cũng bị xem là hành vi phạm pháp.

Ngoài việc bảo đảm thực thi các đạo luật nói trên, UBNQ Australia còn có một số trách nhiệm được qui định trong Đạo luật sở hữu đất đai tự nhiên năm 1993 (Native Title Act 1993), cụ thể là Ủy ban phải báo cáo việc thực thi và hưởng thụ nhân quyền của người thổ dân có liên quan đến quyền làm chủ đất đai và nhiệm vụ này thường do Ủy viên tư pháp xã hội về Thổ dân và Đảo dân Torres Strait đảm trách. Đồng thời, Ủy ban này cũng có trách nhiệm điều hành Đạo luật quan hệ lao tư năm 1996 (Workplace Relations Act 1996) trong các lĩnh vực có liên quan đến chế độ lương bổng liên bang và mức lương đồng đều và thường thì nhiệm vụ này được giao cho Ủy viên đặc trách đối xử phân biệt giới tính đảm nhiệm.

3. Nhiệm vụ của Ủy ban nhân quyền Australia

Căn cứ vào qui định của Đạo luật UBNQ năm 1986, Quốc hội liên bang đã trao cho UBNQ Australia những nhiệm vụ chính sau: Giáo dục và nhận thức công cộng về nhân quyền; Giải quyết các khiếu nại về đối xử phân biệt và nhân quyền; Bảo đảm sự tuân thủ nhân quyền; Phát triển chính sách và luật lệ liên quan đến nhân quyền.

Để thi hành những nhiệm vụ này, Ủy ban nhân quyền Australia có trách nhiệm: Giải quyết các khiếu nại về đối xử phân biệt hoặc vi phạm nhân quyền chiếu theo các đạo luật liên bang (bao gồm chủ yếu 5 đạo luật cơ bản đã nêu trên); Thực hiện các cuộc điều tra có tầm quan trọng quốc gia, chẳng hạn như điều tra các vụ việc cưỡng bách tách rời trẻ em thổ dân ra khỏi gia đình và quyền của trẻ em trong các trại tạm giam di dân bất hợp pháp; Phát triển các chương trình giáo dục về nhân quyền và tài nguyên cho các trường học, nơi làm việc và cộng đồng; Cung cấp tư vấn độc lập để trợ giúp các Tòa án trong các phiên xử có liên quan đến các nguyên tắc nhân quyền; Cung cấp tư vấn và trợ giúp Quốc hội cũng như Chính phủ trong việc phát triển các đạo luật, chương trình và chính sách; Đảm trách và điều hợp các cuộc nghiên cứu có liên quan đến các vấn đề nhân quyền và đối xử phân biệt.

Để có thể bảo vệ và thúc đẩy phát triển nhân quyền thì việc giáo dục và nhận thức về nhân quyền có ý nghĩa đặc biệt quan trọng. Chính vì thế, một trong những nhiệm vụ trung tâm của UBNQ Australia là quảng bá sự nhận thức về nhân quyền ở quốc gia mình, sự quảng bá này phải bao trùm lên tất cả các nhóm đối tượng của xã hội, từ trường học đến doanh nghiệp và kỹ nghệ, từ các nhóm cộng đồng đến Chính phủ. Nội dung quảng bá bao gồm sự nhận thức về những quyền lợi và trách nhiệm của người dân chiếu theo các đạo luật chống đối xử phân biệt của Quốc hội liên bang, qua đó để mọi người dân, mọi tổ chức nhận thức được rằng, loại bỏ đối xử phân biệt là bước cần thiết để bảo đảm một xã hội khoan dung, công bằng và văn minh, một xã hội mà mọi người dân Australia có thể thụ hưởng các quyền của họ. "Làm việc nhằm tiến tới một xã hội Australia, nơi các quyền con người được tôn trọng, bảo vệ và quảng bá" đó chính là thông điệp trong các chương trình giáo dục về nhân quyền, chống phân biệt đối xử do UBNQ nước này đảm trách.

Để có thể truyền đạt nhận thức nhân quyền tới mọi tầng lớp trong xã hội, UBNQ Australia đã tiến hành phối hợp nhiều hoạt động với các phương pháp khác nhau trên các nhóm đối tượng khác nhau: tích cực làm việc với giáo viên và học sinh để phát triển các môn học có liên quan đến nhân quyền; làm việc với các giới chủ, người sử dụng lao động để cung cấp thông tin và nguồn lực nhằm giảm thiểu tình trạng đối xử phân biệt và sách nhiễu tại nơi làm việc; làm việc với các nhóm cộng đồng để cung cấp thông tin và nguồn lực nhằm trợ giúp công việc của họ; làm việc với các thành viên trong ngành pháp lý, tổ chức các cuộc hội thảo và phát hành các

thông tin cập nhật về các vấn đề pháp lý nhân quyền; tổ chức các hội nghị và sự kiện, điển hình như lễ trao tặng Bằng Tưởng thưởng và các Huân chương Nhân quyền thường niên cho các cá nhân, tổ chức có những đóng góp lớn đối với sự nghiệp bảo vệ và thúc đẩy nhân quyền quốc gia… Bên cạnh đó, vị Chủ tịch và các Ủy viên trong UBNQ Australia luôn tích cực giao tiếp tối đa với giới truyền thông, báo chí, nhằm quảng bá và tranh luận những đề tài quan trọng về nhân quyền và đối xử phân biệt để có thể thu hút sự quan tâm của đông đảo các tầng lớp dân cư trong xã hội về vấn đề này.

Ngoài ra, để có thể giúp người dân, các tổ chức có thể nắm bắt các qui định pháp luật về nhân quyền cũng như các công cụ phương tiện hỗ trợ cho việc bảo vệ nhân quyền của mình, Ủy ban này thiết lập một khu mạng toàn diện, dễ sử dụng, bao gồm những thông tin và nguồn lực cho các cá nhân, trường học, người sử dụng lao động và các nhóm cộng đồng. Điểm đặc biệt của hệ thống khu mạng của UBNQ Australia là ngôn ngữ sử dụng rất đa dạng, dù tiếng Anh là ngôn ngữ chính được sử dụng ở quốc gia này nhưng bạn cũng có thể tìm đọc các thông tin bằng các thứ tiếng khác như Trung Quốc, Việt Nam, Pháp, Nhật… Do đó, mọi đối tượng có các ngôn ngữ sử dụng khác nhau có thể dễ dàng tìm hiểu các qui định pháp luật cũng như tìm kiếm các sự trợ giúp cần thiết từ Ủy ban này khi quyền con người của mình bị vi phạm.

4. Qui trình giải quyết các vụ khiếu nại về nhân quyền

Ở Australia, khi một cá nhân cảm thấy rằng quyền cơ bản của mình bị vi phạm, hay bản thân bị phân biệt đối xử thì có thể nộp đơn khiếu nại về việc bị đối xử phân biệt đến UBNQ quốc gia. Việc đệ đơn khiếu nại lên UBNQ quốc gia được thực hiện bằng văn bản dưới bất kỳ hình thức nào, bao gồm cả thư điện tử với bất kỳ ngôn ngữ nào mà bạn đang sử dụng.

Tất cả các khiếu nại gửi đến UBNQ đều được Giám đốc phụ trách khiếu nại thẩm định xem có thuộc phạm vi điều chỉnh của UBNQ hay không. Các nhân viên văn phòng Ủy ban có thể liên lạc với người khiếu nại để thu thập thêm các thông tin cần thiết. Sau đó nếu xét thấy khiếu nại này cần được điều tra thì UBNQ quốc gia sẽ gửi thư và bản sao đơn khiếu nại cho cá nhân hoặc tổ chức bị khiếu nại, đồng thời yêu cầu phía bị khiếu nại cho biết ý kiến về vấn đề này thông qua một số câu hỏi.

Thông thường, phía bị khiếu nại có 21 ngày trả lời lại cho UBNQ quốc gia về vụ việc bị khiếu nại và sau đó, UBNQ quốc gia cũng sẽ gửi cho người khiếu nại một bản sao ý kiến hồi đáp của phía bị khiếu nại.

Sau khi điều tra và thu thập những thông tin liên quan, vị Chủ tịch UBNQ quốc gia sẽ ra quyết định, hoặc là tìm cách giải quyết vụ việc bằng biện pháp hòa giải hoặc là hủy bỏ (khép lại hồ sơ) khiếu nại.

Hòa giải là một tiến trình bảo mật, được thực hiện bằng việc nói chuyện trực tiếp, bằng văn bản hoặc qua điện thoại. Tại buổi hòa giải, UBNQ sẽ sắp xếp để cho hai bên đương sự có thể cùng nhau bàn bạc cách thức giải quyết vấn đề trên cơ sở hợp tác, nếu thống nhất được ý kiến với nhau thì hai bên có thể đi đến thỏa thuận và việc khiếu nại có thể chấm dứt ở giai đoạn này. Nếu hai bên liên quan không giải quyết được bằng con đường hòa giải thì Chủ tịch UBNQ sẽ kết thúc vụ khiếu nại và người khiếu nại sau đó có thể đưa sự việc ra Tòa án liên bang xét xử.

Việc hủy bỏ (khép lại hồ sơ) khiếu nại được tiến hành trong những trường hợp sau: Vụ khiếu nại đã không giải quyết được bằng biện pháp hòa giải; Hành vi bị khiếu nại không phải là một hành vi phạm pháp; Đơn khiếu nại nộp sau 12 tháng kể từ khi sự việc xảy ra; Việc khiếu nại không đủ cơ sở vững chắc; Có thể giải quyết khiếu nại bằng một biện pháp tốt hơn, hoặc vấn đề có tầm mức quan trọng cần phải được Tòa án liên bang giải quyết.

Nhìn chung, Australia là một quốc gia dân chủ và có một bề dày lịch sử về việc tôn trọng quyền cơ bản của con người. Vì thế, trong

TRƯỜNG ĐẠI HỌC HÀ TĨNH
chặng đường 05 năm hình thành, phát triển hướng tới tương lai

Ngày 19 tháng 3 năm 2007, Thủ tướng Chính Phủ ra Quyết định số: 318/QĐ-TTg *"Thành lập trường Đại học Hà Tĩnh trên cơ sở sáp nhập và nâng cấp trường Cao đẳng Sư phạm Hà Tĩnh, Phân hiệu trường Đại học Vinh tại Hà Tĩnh và trường Trung cấp Kinh tế Hà Tĩnh"*.

Trường Đại học Hà Tĩnh ra đời đánh dấu một bước phát triển mới về chất sự nghiệp giáo dục của tỉnh Hà Tĩnh, mở ra một cơ hội mới cho cho việc đào tạo nguồn nhân lực có chất lượng phục vụ sự nghiệp phát triển kinh tế - xã hội của địa phương và cả nước trong thời kỳ mới.

Phó thủ tướng Nguyễn Sinh Hùng trao quyết định thành lập trường

Toàn trường có 100% các đơn vị khoa tổ chức thực hiện các chuyên đề về đổi mới phương pháp dạy học, thực hiện ứng dụng công nghệ thông tin trong dạy học. Hàng chục giảng viên đã tham gia các lớp chuyên đề về đổi mới phương pháp do Bộ GDĐT triệu tập hoặc do trường tổ chức. Công việc kiểm tra, điều chỉnh chương trình trung cấp và cao đẳng được tiến hành khẩn trương, đồng thời vấn đề xây dựng chương trình đào tạo mới bậc đại học cũng được xúc tiến.

Đại học Hà Tĩnh là môi trường giáo dục đề cao quan điểm đào tạo theo nhu cầu xã hội. Dựa trên tình hình phát triển thực tiễn của tỉnh nhà nói riêng và cả nước nói chung, nhà trường đã tăng cường phát triển mới các mã ngành đào tạo đáp ứng nhu cầu nguồn nhân lực thực tiễn của xã hội. Năm học 2007-2008, ngoại trừ bậc đại học chưa triển khai xây dựng mã ngành, tổng mã ngành đào tạo của các bậc CĐ và TCCN là 18 mã ngành. Năm học 2008-2009, tổng số mã ngành đào tạo của cả ba bậc: ĐH, CĐ và TCCN là 31 mã ngành; năm học 2009-2010 là 33 mã ngành và năm học 2010-2011 là 47 mã ngành, năm 2011-2012 có 53 mã ngành (trong đó có 18 mã ngành đại học). Qua sự phát triển về quy mô mã ngành và số lượng sinh viên tuyển sinh qua các năm có thể thấy quy mô đào tạo của Trường Đại học Hà Tĩnh đang trên đà phát triển ngày càng mạnh mẽ.

Hưởng ứng cuộc vận động "Nói không với đào tạo không đạt chuẩn, không đáp ứng nhu cầu xã hội", trong suốt 5 năm qua, Trường Đại học Hà Tĩnh luôn chú trọng nguyên tắc phát triển quy mô đào tạo song hành với chất lượng đào tạo. Nhà trường thường xuyên tổ chức các hội thảo cấp trường như "Hội thảo về phương pháp dạy học theo học chế tín chỉ", "Hội thảo phương pháp dạy tiếng anh với chương trình Let's Go"… Năm 2010-2011 là năm Trường Đại học Hà Tĩnh bắt đầu thực hiện đào tạo theo học chế tín chỉ (Áp dụng cho khóa tuyển sinh đại học 2010-2014 và khóa tuyển sinh cao đẳng 2010-2013). Nhà trường đã hoàn thành các văn bản hướng dẫn lộ trình đào tạo theo học chế tín chỉ như: Hướng dẫn xây dựng chương trình khung, chương trình chi tiết, đề cương môn học, phương pháp dạy học theo học chế tín chỉ; đã ban hành các văn bản *"Quy định về việc thực hiện quy chế đào tạo đại học, cao đẳng hệ chính quy theo hệ thống tín chỉ"* và *"Quy định thực hành thực tập sư phạm"*. Hiện nay, nhà trường đang tiến hành đào tạo song song hai phương thức: đào tạo theo niên chế và đào tạo theo học chế tín chỉ. Bắt đầu từ năm học 2009-2010, nhà trường đã triển khai có hiệu quả việc thử nghiệm dạy học theo học chế tín chỉ đối với các môn Lý luận chính trị, Ngoại ngữ, Tâm lý Giáo dục, Giáo dục thể chất.

Về Công tác Thanh tra, khảo thí và Đảm bảo chất lượng nhà trường đã xây dựng được ngân hàng đề thi cho hơn 2.000 học phần đang giảng dạy và học tập tại trường. Bằng việc đổi mới công tác thi, kiểm tra, đánh giá, ứng dụng công nghệ thông tin với phần mềm quản lý đào tạo EDUSOFT, phần mềm thi trắc nghiệm trên máy tính, phần mềm lấy ý kiến người học McEVAL theo công nghệ hiện đại và mới nhất, Trường Đại học Hà Tĩnh đã tạo được bước đột phá trong việc nâng cao chất lượng quản lý và đào tạo của mình.

Không chỉ xây dựng trường với hệ thống quy mô, chất lượng đào tạo tốt, nhà trường còn chú trọng đến các hoạt động xã hội, công tác nhân đạo từ thiện. Với tinh thần "Thương người như thể thương thân", "Lá rách ít đùm lá rách nhiều", hàng năm, tập thể CBGV, CNV cùng với Công đoàn trường, Đoàn trường, hội Sinh viên và Liên chi đoàn các khoa thường xuyên tổ chức quyên góp ủng hộ xây dựng nhà tình nghĩa cho các bà mẹ Việt Nam anh hùng; xây nhà cho người nghèo cô đơn không nơi nương tựa; quyên góp ủng hộ cho các nước bạn chịu thiên tai tàn phá; tổ chức tặng các suất học bổng gồm tiền và các phần quà cho các em nhỏ có hoàn cảnh khó khăn vươn lên học giỏi. Năm học 2009-2010 tổng số tiền quyên góp, ủng hộ cho công tác nhân đạo từ thiện là 133.420.000 đồng. Đến năm học 2010-2011, con số đó đã tăng lên 225.600.000 đồng.

Trường Đại học Hà Tĩnh tròn 05 tuổi - một chặng đường đầy khó khăn, thử thách của buổi đầu thành lập và trưởng thành. Tuy còn rất non trẻ, nhưng với sự nỗ lực phấn đấu bền bỉ, năng động, sáng tạo của mình kế tục truyền thống hơn 50 năm của các trường tiền thân, cùng với sự quan tâm chỉ đạo và giúp đỡ đầy hiệu quả của Tỉnh ủy, HĐND, UBND tỉnh, của Bộ GDĐT và các Bộ, Ban, Ngành từ trung ương đến địa phương, 05 năm qua Trường Đại học Hà Tĩnh đã đạt được những thành tích nổi bật như: Nhiều năm liền Tập thể Nhà trường đã được tặng bằng khen của Tỉnh ủy, Bộ GD ĐT, Bộ Công an. Đại học Hà Tĩnh được UBND tỉnh tặng Cờ thi đua xuất sắc,Thủ tướng Chính phủ tặng Bằng khen, Tổng giám đốc Bảo hiểm Việt Nam tặng Bằng khen. Ngoài ra còn có nhiều đơn vị trực thuộc, nhiều cá nhân được tặng bằng khen từ cấp cơ sở đến cấp bộ.

Trong thời gian tới Trường Đại học Hà Tĩnh có những thuận lợi cơ bản đó là sự quan tâm chỉ đạo của Tỉnh ủy, HĐND, UBND tỉnh, Bộ Giáo dục - Đào tạo và các sở, ban, ngành, đoàn thể các cấp. Kinh tế - xã hội trên địa bàn tỉnh đang có bước phát triển mới, nhiều công trình, dự án quan trọng đang được triển khai, cho nên nhu cầu đào tạo, bồi dưỡng nguồn nhân lực đang là yêu cầu cần thiết đặt ra cho trường Đại học Hà Tĩnh. Đảng, Nhà nước, Bộ Giáo dục và Đào tạo quan tâm nhiều đến sự nghiệp giáo dục đào tạo, tích cực chỉ đạo đổi mới giáo dục đại học. Điều đó đặt ra các nhiệm vụ mới và cũng tạo nhiều cơ hội cho nhà trường trong tiến trình phát triển những năm tới đó là: *Làm tốt Công tác chính trị tư tưởng; Xây dựng tổ chức bộ máy và nâng cao chất lượng đội ngũ; Nâng cao chất lượng đào tạo, nghiên cứu khoa học và hợp tác quốc tế; Tăng cường xây dựng cơ sở vật chất, tăng nguồn thu, nâng cao đời sống cán bộ, nhân viên; Đảm bảo an ninh quốc phòng, trật tự trị an, an toàn trường học; Tiếp tục thực hiện đổi mới quản lý, thực hiện hiệu quả CCHC.*

Phát huy những thành tích đã đạt được và những bài học đã đúc rút được trong 05 năm qua, tập thể CBGV, CNVC và HSSV trường Đại học Hà Tĩnh phấn khởi, tin tưởng bước vào một giai đoạn phát triển mới. Dưới sự lãnh đạo và chỉ đạo của Tỉnh Uy, HĐND, UBND tỉnh Hà Tĩnh, Bộ Giáo dục và Đào tạo và sự ủng hộ của các Ban, Ngành Trung ương đến địa phương…

Tin tưởng rằng, Trường Đại học Hà Tĩnh sẽ phát triển bền vững, ngày càng khẳng định được uy tín, vị thế và thương hiệu của mình, xứng đáng với sự mong đợi và tin tưởng của Đảng bộ và nhân dân Hà Tĩnh./.

Địa chỉ: Số 447, Đường 26/3, Phường Đại Nài, TP. Hà Tĩnh
*Tel: (84) 0393 885 376 * Fax: (84) 0393 885 224 * Website: http://htu.edu.vn/*

BỘ TÀI CHÍNH
CÔNG TY MUA BÁN NỢ VIỆT NAM

DATC

TRỤ SỞ CHÍNH:
Số 51 Quang Trung - Q. Hai Bà Trưng - Hà Nội
Tel: 04. 39 454 738 - Fax: 04. 39 454 737
Email: datc@datc.vn - Website: http://www.datc.vn

CHI NHÁNH TP. HỒ CHÍ MINH
Số 221 - 223, Trần Hưng Đạo B,
Phường 10, Quận 5, TP. HCM
Tel: 08.3 855 3324
Fax: 08. 3 855 3325
Email: datchochiminh@datc.vn

CHI NHÁNH HÀ NỘI
Số 6A, Trần Quốc Toản,Phường
Hàng Bài, Quận Hoàn Kiếm, HN
Tel: 04.3 974 3248
Fax: 04. 3 974 3243
Email: datchanoi@datc.vn

CHI NHÁNH TP. ĐÀ NẴNG
Số 73, Phố Quang Trung,
Quận Hải Châu, TP. Đà Nẵng
Tel: 0511. 3 840 277
Fax: 0511. 3 840 288
Email: datcdanang@datc.vn

Hợp tác tạo nên sức mạnh
Chia sẻ tạo dựng thành công

lĩnh vực bảo vệ và thúc đẩy phát triển nhân quyền, quốc gia này đã đạt được những kết quả to lớn. Điều này thể hiện thông qua việc Australia đã tích cực tham gia vận động ban hành cũng như ký kết các Công ước quốc tế về quyền con người, đã sớm thể chế hóa các Công ước quốc tế này thành các đạo luật nhân quyền quốc gia với những nội dung mang tính nhân đạo, công bằng sâu sắc. Thêm vào đó, Australia đã xây dựng một cơ chế tương đối hữu hiệu trong việc bảo vệ nhân quyền mà điển hành là đã thành lập UBNQ quốc gia vào năm 1986, góp phần quan trọng trong việc quảng bá, bảo vệ, thúc đẩy nhân quyền trên lãnh thổ quốc gia mình. Có một điểm đặc biệt là, dù UBNQ Australia được thành lập từ rất sớm (năm 1986) nhưng nó hoàn toàn phù hợp với các nguyên tắc liên quan đến địa vị của các Cơ quan nhân quyền quốc gia được xác lập trong Các nguyên tắc Paris[10] và Tuyên bố về Chương trình hành động Viên năm 1993[11]. Nghĩa là cơ quan này đã đáp ứng được tất cả các yêu cầu của việc xây dựng Cơ quan nhân quyền quốc gia theo chuẩn quốc tế: có thẩm quyền thúc đẩy và bảo vệ nhân quyền ở mức độ quốc gia; được trao nhiệm vụ rộng nhất có thể, và rõ ràng; được quy định trong văn bản thành lập hay pháp luật, quy định cụ thể thành phần và lĩnh vực có thẩm quyền; có thành phần đa dạng; có hạ tầng phù hợp với hoạt động và ngân quỹ đầy đủ; và quan trọng nhất là có tính độc lập thực sự. Do vậy, có thể nói rằng, mô hình UBNQ quốc gia Australia là điển hình và mẫu mực cho việc xây dựng các cơ quan nhân quyền quốc gia của các quốc gia trên thế giới hiện nay.❖

10 Nghị quyết 48/134 của Đại hội đồng Liên hiệp quốc thông qua ngày 20/12/1993 tại Phụ lục 1 có quy định các nguyên tắc chỉ đạo đối với các cơ quan nhân quyền quốc gia thường gọi là Các nguyên tắc Paris.

11 Năm 1993, Hội nghị thế giới về nhân quyền tại Viên đã khẳng định vai trò của các Cơ quan nhân quyền quốc gia trong Tuyên bố và Chương trình hành động Viên.

ĐÍNH CHÍNH VĂN BẢN ...

(Tiếp theo trang 58)

Là "cỗ máy cái trong cơ chế điều chỉnh pháp luật" nhưng Luật BHVBQPPL đã nhiều lần tỏ ra "bất lực" và để cho những văn bản dưới luật "vượt mặt", mà "đính chính văn bản" quy định tại Điều 30 Nghị định 40/2010/NĐ-CP là một minh chứng rõ ràng nhất. "Đính chính" dù hiểu dưới bất kỳ nghĩa nào cũng là "sửa đổi". Do đó, việc phân chia ra thành những "sai sót về *căn cứ pháp lý được viện dẫn*, *thể thức, kỹ thuật trình bày*" để "đính chính" và "thiếu sót về nội dung" để "sửa đổi" là không có cơ sở. Tất nhiên, ai cũng biết khi "khai sinh" ra một biện pháp xử lý khiếm khuyết "mới" thì phải có những cơ sở cho nó tồn tại, nhưng sự tồn tại của nó đang gây rất nhiều ảnh hưởng tiêu cực xét dưới góc độ nhà quản lý và đối tượng thi hành. Với những phân tích trên, rõ ràng, "đính chính" đơn giản hơn rất nhiều so với "sửa đổi" vì khi "sửa đổi" VBQPPL phải sử dụng VBQPPL và thỏa các yêu cầu về trình tự xây dựng, ban hành VBQPPL. Trong khi đó, đính chính bằng văn bản cá biệt thì trình tự xây dựng, ban hành đơn giản hơn rất nhiều. Điều này vô hình trung sẽ tạo nên sự cẩu thả của cơ quan có thẩm quyền soạn thảo, cơ quan có thẩm quyền thẩm định... vì cứ ban hành, cứ thẩm định qua loa, sai thì lại "đính chính", thủ tục thì rất đơn giản.

Nhà nước pháp quyền là nhà nước chống lại sự tùy tiện, lạm quyền. Do đó, thiết nghĩ, trong trường hợp này, Quốc hội nên xem xét lại tính hợp hiến, hợp pháp của Điều 30 Nghị định 40/2010/NĐ-CP theo quy định tại Khoản 9 Điều 84 Hiến pháp năm 1992: Quốc hội bãi bỏ các văn bản của Chính phủ trái với Hiến pháp, luật và nghị quyết của Quốc hội.❖