

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

ISSN 1859 - 2953

www.nclp.org.vn

VĂN PHÒNG QUỐC HỘI

Số 24(209) / Tháng 12/2011

VĂN PHÒNG QUỐC HỘI
TẠP CHÍ NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

TRUNG ƯƠNG HỘI LUẬT GIA VIỆT NAM
TẠP CHÍ PHÁP LUẬT VÀ PHÁT TRIỂN

HỘI THẢO KHOA HỌC **SỬA ĐỔI HIẾN PHÁP 1992** **THEO YÊU CẦU CỦA VIỆC XÂY DỰNG NHÀ NƯỚC PHÁP QUYỀN** **XÃ HỘI CHỦ NGHĨA VIỆT NAM**

Hà Nội, ngày 7 tháng 12 năm 2011



DIỄN ĐÀN VỀ NHÀ NƯỚC, PHÁP LUẬT, CHÍNH SÁCH

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn



Mục lục

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

- 5** Phát huy dân chủ, trí tuệ và trách nhiệm của các nhà khoa học trong quá trình nghiên cứu, hiến kế sửa đổi Hiến pháp

Phó chủ tịch Quốc hội Khóa XII Nguyễn Đức Kiên

BÀN VỀ LẬP HIẾN

- 7** Nguyên tắc tổ chức quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân thể hiện trong Hiến pháp năm 1992 - Những vấn đề đặt ra

GS, TS. Trần Ngọc Đường

- 12** Bàn về quyền lập pháp và mô hình lập pháp

ThS. Cao Anh Đô

- 18** Quyền tiếp cận thông tin từ góc độ xã hội học quyền con người

ThS. Lê Thị Hồng Nhung

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 24** Hoàn thiện quy định về bảo đảm quyền có người bào chữa trong pháp luật Tố tụng hình sự Việt Nam

ThS. Lương Thị Mỹ Quỳnh

- 33** Vướng mắc trong giải quyết tranh chấp hợp đồng vay tài sản và một số kiến nghị

ThS. Trần Văn Duy - ThS. Nguyễn Hương Lan

- 40** Lao động nữ và vấn đề nghỉ thai sản của lao động nữ

ThS. Nguyễn Hồng Ngọc

CHÍNH SÁCH

- 45** Thực trạng và một số giải pháp cho quy hoạch xây dựng

ThS. Vũ Viết Thiệu

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 51** Một vài phân tích và kiến nghị sửa đổi pháp luật cạnh tranh về chống định giá quá đáng

ThS. Trần Hoàng Nga

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 58** Luật tôn giáo của một số quốc gia và khái niệm hình thức pháp luật ở Việt Nam

TS. Phan Trung Hiến

THÔNG TIN LẬP PHÁP

- 63** Sửa đổi Hiến pháp để xây dựng nhà nước pháp quyền

PV

HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

TS. NGUYỄN SĨ DŨNG (CHỦ TỊCH)

GS, TSKH. ĐÀO TRỌNG THỊ

GS, TS. PHAN TRUNG LÝ

GS, TS. TRẦN NGỌC ĐƯỜNG

PGS, TS. ĐÌNH VĂN NHẢ

PGS, TS. TRẦN ĐÌNH NHẢ

TS. DƯƠNG NGỌC NGƯU

TS. NGÔ ĐỨC MẠNH

TS. PHẠM VĂN HÙNG

TỔNG BIÊN TẬP

TS. PHẠM VĂN HÙNG

PHÓ TỔNG BIÊN TẬP:

NGUYỄN QUANG MINH

TRỤ SỞ:

27A VÕNG THỊ - TÂY HỒ - HÀ NỘI

ĐT: 080-48486/ 44078

FAX: 080-48486

Email: nclp@qh.gov.vn

Website: www.nclp.org.vn

THIẾT KẾ:

NGUYỄN ANH VŨ

GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:

Số 117/GP-NGÀY 30-3-2001

CỦA BỘ VH TT

PHÁT HÀNH:

HÀ NỘI: 080-43364

TP. HỒ CHÍ MINH: 080-83558

TÀI KHOẢN:

0011000467735

TẠP CHÍ NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

NGÂN HÀNG TM CỔ PHẦN

NGOẠI THƯƠNG VIỆT NAM

IN TẠI CÔNG TY CP IN KHKT

GIÁ: 15.000 ĐỒNG

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn



Legis 12/2011

STATE AND LAW

- 5** Enhancing democracy, intellectualness and responsibility of scholars in the process of research and proposal of the amendment of the Constitution

Former Vice Chairman of the National Assembly Nguyen Duc Kien

DISCUSSION ON CONSTITUTION

- 7** The organisational principle of "The state powers belong to people" enshrined in the 1992 Constitution - some remarks

Prof, Dr. Tran Ngoc Duong

- 12** Discussion on legislative power and the legislative model

LLM. Cao Anh Do

- 18** The right to access information from the sociological perspective of human rights

LLM. Le Thi Hong Nhung

DISCUSSION OF BILLS

- 24** Perfection of the Vietnamese Criminal Procedure Laws in terms of the Guaranteeing of the Right to Defence Counsel

LLM. Luong Thi My Quynh

- 33** Some analyses and suggestions for amending Vietnamese competition laws on excessive pricing

LLM. Tran Van Duy - LLM. Nguyen Huong Lan

- 40** Women workers and issues on maternity leave of women workers

LLM. Nguyen Hong Ngoc

POLICIES

- 45** Current situation and some solutions for construction planning

LLM. Vu Viet Thieu

LEGAL PRACTICE

- 51** Some analyses and suggestions for amending Vietnamese competition laws on excessive pricing

LLM. Tran Hoang Nga

FOREIGN EXPERIENCE

- 58** Law on religion of some countries and its concept and the legal forms in Vietnam

LLM. Phan Trung Hien

LEGISLATIVE NEWS

- 63** Amending the 1992 Constitution for building the law-governed state

PV

EDITORIAL:

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

EDITOR-IN-CHIEF:

Dr. PHAM VAN HUNG

VICE EDITOR-IN-CHIEF:

NGUYEN QUANG MINH

OFFICE:

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

DESIGN:

NGUYEN ANH VU

LICENSE OF PUBLISHMENT:

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

DISTRIBUTION:

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

ACCOUNT NUMBER:

0011000467735
LEGISLATIVE STUDY MAGAZINE
VIETCOMBANK

PRINTED IN SCIENCE TECHNOLOGY
PRINTING COMPANY

Price: 15,000 VND

Bài phát biểu của Phó chủ tịch Quốc hội khóa XII Nguyễn Đức Kiên chúc mừng Hội thảo khoa học: Sửa đổi Hiến pháp theo yêu cầu của việc xây dựng Nhà nước pháp quyền XHCN Việt Nam

PHÁT HUY DÂN CHỦ, TRÍ TUỆ VÀ TRÁCH NHIỆM CỦA CÁC NHÀ KHOA HỌC TRONG QUÁ TRÌNH NGHIÊN CỨU, HIẾN KẾ SỬA ĐỔI HIẾN PHÁP

Thưa các vị đại biểu,

Trước hết, với tình cảm quý trọng, tôi gửi lời chào và chúc mọi điều tốt đẹp đến các vị đại biểu.

Nhiều năm gắn bó với Quốc hội - cơ quan đại biểu cao nhất của nhân dân và là cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất ở nước ta theo Hiến định, tôi rất vui mừng được dự hội thảo khoa học với chủ đề: Sửa đổi Hiến pháp theo yêu cầu của việc xây dựng nhà nước pháp quyền XHCN Việt Nam do Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp thuộc Văn phòng Quốc hội và Tạp chí Pháp luật và phát triển thuộc Trung ương Hội Luật gia Việt Nam phối hợp tổ chức. Cuộc hội thảo này là một sáng kiến rất có ý nghĩa, thể hiện sự nhạy bén và trách nhiệm của hai tạp chí trong việc góp phần thực hiện chủ trương của Đảng và Nhà nước trong nghiên cứu, sửa đổi Hiến pháp, tạo cơ hội cho các nhà khoa học thảo luận, công bố kết quả nghiên cứu, sẵn lòng cống hiến cho sự nghiệp đổi mới và phát triển đất nước. Nhân dịp này, tôi chúc mừng Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, Tạp chí Pháp luật và Phát triển ngày càng phát triển, chúc các vị đại biểu dự hội thảo luôn thành công trong sự nghiệp cao cả của mình. Tại cuộc hội thảo này, tôi đề nghị các nhà khoa học, các vị đại biểu quan tâm một số vấn đề sau đây:

Một là, việc nghiên cứu khoa học về vấn đề sửa đổi Hiến pháp lần này có thuận lợi cơ bản là Đảng ta đã công bố Cương lĩnh xây dựng đất nước trong thời kỳ quá độ (bổ sung, phát triển năm 2011) và các văn kiện khác của Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XI về đẩy mạnh xây dựng nhà nước pháp quyền XHCN Việt Nam. Đó là nhà nước của nhân dân, do nhân dân, vì nhân dân, do Đảng cộng sản Việt Nam lãnh đạo, nền kinh tế vận hành theo nguyên tắc thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa. Tuy nhiên việc nghiên cứu khoa học về vấn đề này cũng gặp không ít khó khăn bởi có những vấn đề quan trọng được đề cập trong văn kiện còn mang tính khái quát, không nghiên cứu sâu thì không dễ đồng thuận về nhận thức. Hiến pháp là một văn kiện chính trị pháp lý, là đạo luật cơ bản của quốc gia, có tầm ảnh hưởng lớn đến chế độ chính trị, kinh tế, tổ chức quyền lực, quyền con người, quyền công dân... do đó việc nghiên cứu khoa học về vấn đề sửa đổi Hiến pháp cần phải bám sát và nhận thức đúng các quan điểm, tư tưởng đã nêu trong văn kiện của Đảng, các giá trị tư tưởng chủ nghĩa Mác – Lê nin, tư tưởng Hồ Chí Minh, đặc biệt là những những giá trị tư tưởng về nhà nước và pháp luật.

Hai là, hội thảo khoa học khác với hội nghị triển khai nhiệm vụ hoặc phổ biến chủ trương chính sách ở chỗ là các nhà khoa học phải dự báo được xu hướng vận động của thực tiễn, nắm bắt trúng vấn đề đang gặp khó khăn, ách tắc, phải có giải pháp khắc phục thiết thực, hiệu quả. Hơn nữa thế kỷ qua, nước ta đã ban hành bốn bản hiến pháp là hiến pháp năm 1946, 1959, 1980, 1992 (sửa đổi, bổ sung). Mỗi bản hiến pháp thích ứng với một thời kỳ cách mạng. Hiến pháp năm 1992 là hiến pháp của thời kỳ đầu đổi mới. Đến nay đất nước có thể và lực mới, ngày càng hội nhập sâu

rộng vào đời sống quốc tế, nhưng những năm gần đây và hiện nay thế giới đang có những diễn biến phức tạp, khó lường. Việc sửa đổi Hiến pháp lần này đặt ra nhiều vấn đề phải giải quyết, vừa kế thừa những giá trị tinh hoa mà các bản hiến pháp trước đây đã đạt được, vừa phải có sự bổ sung, phát triển cho phù hợp với tình hình mới của đất nước và phù hợp với xu hướng của thời đại. Để làm tốt nhiệm vụ này, đòi hỏi công sức, trí tuệ, trách nhiệm của cả hệ thống chính trị, nhân dân cả nước. Riêng đối với các nhà khoa học, với khả năng trí tuệ, bầu nhiệt huyết và trách nhiệm của mình cần có đóng góp xứng đáng với sự tin cậy cao của Đảng, nhà nước và nhân dân. Các nhà khoa học có thể kết hợp phương pháp truyền thống với phương pháp hiện đại trong nghiên cứu để có được kết quả khách quan, tiếp cận đúng chân lý, cung cấp cơ sở lý luận và thực tiễn xác đáng cho việc sửa đổi Hiến pháp. Đây là nhiệm vụ rất khó khăn nhưng rất vẻ vang đối với các nhà khoa học. Để đạt được yêu cầu của cuộc hội thảo khoa học lần này, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, Tạp chí Pháp luật và Phát triển cần phát huy tốt dân chủ, sự cởi mở, trí tuệ của các nhà khoa học. Phát huy dân chủ, thảo luận cởi mở, tranh luận thẳng thắn và trách nhiệm là con đường ngắn nhất để tiếp cận chân lý. Lê nin đã từng nói, bàn về nhà nước là vấn đề khó khăn, phức tạp nhất trong những vấn đề phức tạp. Trong lịch sử nghiên cứu khoa học, đã từng có tình trạng ý kiến của số đông không phản ánh đúng bản chất của sự vật hoặc quy luật khách quan. Trong hội thảo khoa học, việc tranh luận với các ý kiến khác nhau cần khuyến khích và đó là việc bình thường thể hiện tính độc lập của mỗi nhà khoa học. Bất kỳ thời nào, việc bảo vệ chân lý, đạo lý cũng là sứ mệnh của các nhà khoa học, nhưng biết lắng nghe, hợp tác, chia sẻ ý kiến hợp lý của đồng nghiệp cũng là cách thức để đạt đến thành công. Tôi tin rằng các nhà khoa học đã cộng tác lâu năm với hai tạp chí, thông qua dịp này sẽ có thêm cơ hội đạt thành công lớn hơn nữa trong công tác nghiên cứu, đặc biệt là nghiên cứu sửa đổi hiến pháp.

Ba là, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp của Văn phòng Quốc hội và Tạp chí Pháp luật và phát triển của Trung ương Hội Luật gia Việt Nam tuy có đối tượng phục vụ khác nhau, tôn chỉ mục đích khác nhau, nhưng có điểm chung là đều trao đổi thông tin, tuyên truyền, đăng tải kết quả nghiên cứu khoa học về nhà nước và pháp luật và đều rất cần thiết cho đại biểu Quốc hội, các cơ quan của Quốc hội. Việc hợp tác giữa hai tạp chí để tổ chức cuộc hội thảo khoa học về sửa đổi hiến pháp lần này sẽ góp phần làm tăng thêm năng lực nghiên cứu và uy tín của mỗi tạp chí. Theo kế hoạch sơ bộ, việc nghiên cứu sửa đổi hiến pháp năm 1992 sẽ kéo dài nhiều năm (dự kiến trình Quốc hội thông qua Dự thảo Hiến pháp tháng 10/2013). Vì vậy, các tạp chí cần có phương thức thích hợp, giữ mối liên hệ chặt chẽ, thường xuyên với các nhà khoa học để tổ chức nhiều cuộc hội thảo về vấn đề này, tạo cơ hội cho các nhà khoa học được công hiến nhiều hơn cho sự nghiệp chung của đất nước. Nâng niu, quý trọng mọi ý tưởng lập hiến, lập pháp vì con người, vì đất nước, dân tộc của các nhà khoa học là lương tâm và trách nhiệm của các cơ quan và những người có thẩm quyền. Trong mỗi tạp chí, việc khuyến khích sáng tạo, phát huy tinh thần đoàn kết, hợp tác phải là phương châm hành động, là cơ sở quan trọng quyết định việc hoàn thành chức năng, nhiệm vụ được giao. Tôi đề nghị các cơ quan chủ quản của hai tạp chí là Văn phòng Quốc hội, Trung ương Hội luật gia Việt Nam cần quan tâm chỉ đạo sát sao hơn, tạo điều kiện tốt hơn để xây dựng được đội ngũ cán bộ lãnh đạo, quản lý, viên chức có tâm, đủ tầm; có cơ sở vật chất và nguồn lực đáp ứng được yêu cầu ngày càng cao của nhiệm vụ trong điều kiện mới.

Thưa các vị đại biểu, tham dự, thảo luận, trình bày quan điểm tại các hội thảo khoa học về việc sửa đổi hiến pháp là cách thức thể hiện sự đóng góp vào sự nghiệp trọng đại phát triển bền vững đất nước, vì hạnh phúc của các thế hệ hôm nay và mai sau.

Chúc hội thảo thành công, chúc các nhà khoa học, các đại biểu sức khỏe, luôn thành công trong công việc, gia đình hạnh phúc.

NGUYÊN TẮC TỔ CHỨC QUYỀN LỰC NHÀ NƯỚC THUỘC VỀ NHÂN DÂN THỂ HIỆN TRONG HIẾN PHÁP NĂM 1992 - NHỮNG VẤN ĐỀ ĐẶT RA

■ TRẦN NGỌC ĐƯỜNG*

Quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân là vấn đề đã được quy định trong các bản Hiến pháp của nước ta. Tuy nhiên, dưới ánh sáng của các quan điểm mới của Cương lĩnh xây dựng đất nước trong thời kỳ quá độ (sửa đổi, bổ sung năm 2011) như: “Nhà nước ta là nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa, của nhân dân, do nhân dân, vì nhân dân. Tất cả quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân...”, “Quyền lực nhà nước là thống nhất, có sự phân công, phối hợp và kiểm soát giữa các cơ quan trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp” (Văn kiện Đại hội Đại biểu toàn quốc lần thứ XI, trang 85); vấn đề quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân còn cần phải tiếp tục nghiên cứu hoàn thiện để thể hiện sâu sắc, nhất quán, xuyên suốt trong bản Hiến pháp sửa đổi, bổ sung lần này.

Một là, “Tất cả quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân” quy định ở Điều 2 Hiến pháp năm 1992 (sửa đổi, bổ sung năm 2001) là một quy định nền tảng chỉ rõ nguồn gốc, bản chất và mục đích của quyền lực nhà nước là thống nhất thuộc về nhân dân. Nguyên lý đó không những được quy định trong Hiến pháp nước ta mà còn được quy định trong hầu hết các bản Hiến pháp các nước có chế độ chính trị dân chủ và pháp quyền trên thế giới. Điều quy định này phải được thể hiện nhất quán và xuyên suốt trong toàn bộ các điều khoản của Hiến pháp. Bởi khác biệt với các văn bản khác, Hiến pháp là văn bản thể hiện quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân. Nhân dân là chủ thể của quyền lập hiến. Do đó, thông qua Hiến pháp nhân dân giao quyền, uỷ quyền quyền lực nhà nước của

minh cho Nhà nước. Điều 2 quy định nội dung nói trên là hoàn toàn đúng đắn và phù hợp. Tuy nhiên, tại Điều 6 Hiến pháp năm 1992 (sửa đổi, bổ sung năm 2001) lại quy định: “Nhân dân sử dụng quyền lực nhà nước thông qua Quốc hội và hội đồng nhân dân là những cơ quan đại diện cho ý chí và nguyện vọng của nhân dân, do nhân dân bầu ra và chịu trách nhiệm trước nhân dân”. Nội dung của điều khoản này lại mâu thuẫn với Điều 2 nói trên. Bởi nhân dân thực hiện quyền lực nhà nước không chỉ thông qua các cơ quan đại diện mà còn thông qua các cơ quan nhà nước khác như hành pháp, tư pháp và các hình thức thực hiện quyền lực nhà nước một cách trực tiếp như phúc quyết Hiến pháp, trưng cầu dân ý. Để đảm bảo tính thống nhất của Hiến pháp, phải sửa lại Điều 6 để quy

(*) GS, TS. Văn phòng Quốc hội.

định đầy đủ hơn các phương thức nhân dân sử dụng quyền lực nhà nước.

Hai là, nhân dân là chủ thể tối cao của quyền lực nhà nước, nên nhân dân phải kiểm soát được quyền lực nhà nước là một quyền tất yếu, một đòi hỏi chính đáng. Cương lĩnh xây dựng đất nước trong thời kỳ quá độ ở nước ta (sửa đổi bổ sung năm 2011) đã xác định kiểm soát quyền lực nhà nước là một nguyên tắc tổ chức quyền lực nhà nước ở nước ta. Kiểm soát quyền lực nhà nước đòi hỏi phải hình thành một cơ cấu bao gồm kiểm soát quyền lực nhà nước bên trong bộ máy nhà nước giữa ba quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp và trong nội bộ mỗi quyền và kiểm soát quyền lực nhà nước bên ngoài bao gồm kiểm soát của nhân dân thông qua các tổ chức chính trị - xã hội, thông qua các phương tiện thông tin đại chúng. Như vậy kiểm soát quyền lực nhà nước cần phải thể hiện xuyên suốt trong tất cả các chương của Hiến pháp. Ví dụ, các điều quy định về vị trí, vai trò và trách nhiệm của các thành tố cấu thành hệ thống chính trị ở nước ta viết ở Chương I, như: Đảng lãnh đạo (Điều 4), Mặt trận Tổ quốc Việt Nam (Điều 9), Công đoàn (Điều 10), công dân ở cơ sở (Điều 11) và đặc biệt là nhà nước nói chung (Điều 12), các cơ quan nhà nước, cán bộ viên chức nhà nước nói riêng (Điều 8) và đại biểu Quốc hội, đại biểu Hội đồng nhân dân (Điều 7) cũng phải thể hiện xuyên suốt tư tưởng chủ quyền nhân dân trong việc sử dụng các phương tiện kiểm soát quyền lực nhà nước.

Điều 2 Hiến pháp năm 1992 (sửa đổi, bổ sung năm 2001) chưa ghi nhận vấn đề kiểm soát quyền lực nhà nước. Vì thế, nói chung Hiến pháp chưa thể hiện mạnh mẽ yếu tố kiểm soát quyền lực trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp.

Với quan niệm kiểm soát quyền lực nhằm mục đích làm cho quyền lực thống nhất nên Hiến pháp chỉ quy định kiểm soát theo chiều dọc tức là chiều từ trên xuống, không chú ý quy định kiểm soát theo chiều ngang và chiều ngược. Vì thế chỉ có Quốc hội kiểm soát quyền hành pháp và quyền tư pháp bằng giám sát tối

cao. Hành pháp và tư pháp chưa được quy định có quyền kiểm soát lập pháp. Chỉ trong nội bộ hành pháp có kiểm soát quyền lực của cấp trên đối với cấp dưới bằng thanh tra, kiểm tra. Tư pháp mới kiểm soát được hành vi hành chính và quyết định hành chính của hành pháp; chưa kiểm soát được lập pháp và văn bản quy phạm pháp luật của hành pháp. Chưa hình thành cơ chế để công dân thực hiện quyền yêu cầu xem xét lại bản án áp dụng điều luật trái tinh thần và nội dung của Hiến pháp.

Cũng vì mục đích kiểm soát quyền lực nhà nước để cho quyền lực nhà nước thống nhất nên Quốc hội kiểm soát hành pháp bằng phương thức bỏ phiếu tín nhiệm chứ không phải bỏ phiếu bất tín nhiệm các chức danh do Quốc hội bầu hoặc phê chuẩn. Quốc hội không bỏ phiếu tín nhiệm đối với tập thể Chính phủ. Quốc hội không có quyền điều trần.

Kiểm soát quyền lực nhà nước là nhằm ngăn ngừa nguy cơ lạm quyền, lộng quyền, phòng chống sự tha hoá của quyền lực nhà nước như Mác trước đây đã nhiều lần khẳng định. Vì vậy, kiểm soát quyền lực nhà nước nhằm mục đích phòng chống sự tha hoá của quyền lực nhà nước đòi hỏi phải có cơ chế kiểm soát.

Trước hết cần tăng cường cơ chế kiểm soát của Quốc hội đối với Chính phủ và tư pháp. Cơ chế bỏ phiếu tín nhiệm cần thay đổi bằng cơ chế bỏ phiếu bất tín nhiệm để xem Quốc hội không còn tín nhiệm như thế nào, chứ không phải bỏ phiếu tín nhiệm để thăm dò xem Quốc hội có tín nhiệm hay không? Nếu qua bỏ phiếu bất tín nhiệm, đương sự nhận được đa số phiếu không tín nhiệm thì đương sự phải từ chức, không cần Quốc hội bỏ phiếu bất tín nhiệm một lần nữa. Ngoài ra, vì Quốc hội hoạt động không thường xuyên nhưng nguy cơ lạm dụng quyền lực lại thường xuyên nên việc điều trần tại các Ủy ban chuyên môn của Quốc hội, những cơ quan hoạt động thường xuyên của Quốc hội là rất cần thiết.

Quyền tư pháp cần được mở rộng để kiểm soát quyền lập pháp và hành pháp. Cần có cơ chế kiểm soát tính hợp hiến của hoạt động lập

pháp và tài phán tính hợp hiến, hợp pháp của các văn bản quy phạm pháp luật của Chính phủ.

Ba là, lần đầu tiên trong lịch sử lập hiến nước ta, thuật ngữ quyền con người được sử dụng trong Hiến pháp năm 1992. Đó là bước phát triển về quan niệm và nhận thức lý luận. Trước đây, trong tư duy chính trị pháp lý ở một số nước xã hội chủ nghĩa (XHCN), thuật ngữ quyền con người không được thừa nhận. Vì vậy, Hiến pháp cũng như các đạo luật không sử dụng thuật ngữ này, đồng nhất quyền con người với quyền công dân, không thừa nhận quyền con người là một khái niệm độc lập, có nội hàm riêng so với khái niệm quyền công dân. Trong điều kiện xây dựng nhà nước pháp quyền XHCN, phải thừa nhận rằng cá nhân con người là thực thể tự nhiên - xã hội có những quyền cơ bản, xác định, việc thừa nhận các quyền này đã được cộng đồng loài người ghi nhận trong nhiều công ước quốc tế. Cá nhân con người chính là giá trị, giá trị con người không tách rời giá trị loài người thành một thể thống nhất hoàn chỉnh. Chính vì thế mà cộng đồng quốc tế (trong pháp luật quốc tế) và các Nhà nước riêng biệt (trong pháp luật quốc gia) đều ghi nhận và bảo vệ các giá trị con người. Vì vậy, Hiến pháp năm 1992 đã sử dụng khái niệm “quyền con người” với nội dung chính trị - pháp lý rộng hơn để thể hiện giá trị của cá nhân con người trong mối quan hệ với quyền công dân (không bao quát hết thấy các quyền con người)... Tuy nhiên, cách thể hiện các quyền con người, đồng thời là các quyền cơ bản của công dân trong Hiến pháp năm 1992 (sửa đổi, bổ sung năm 2001) chưa thể hiện sâu sắc và đầy đủ quan niệm các quyền cơ bản của công dân là các quyền con người vốn có của họ.

Liên quan đến tư tưởng xuyên suốt toàn bộ Hiến pháp là “tất cả quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân” trong chương này cần quy định thêm ba vấn đề cơ bản: bầu cử, bãi nhiệm và phúc quyết như Hiến pháp năm 1946 đã quy định thành một mục gồm 5 điều trong Chương II: Nghĩa vụ và quyền lợi của công dân.

Về bầu cử, ngoài quy định chế độ bầu cử phổ thông đầu phiếu, bỏ phiếu tự do, trực

tiếp và kín; cần quy định thêm bầu cử là một phương thức kiểm soát quyền lực nhà nước, gắn bó chặt chẽ trách nhiệm qua lại giữa cử tri và người được bầu;

Bãi nhiệm đại biểu do mình bầu ra là một quyền cơ bản của công dân. Công dân có quyền bầu cử mà không có quyền bãi nhiệm thì quyền bầu cử chỉ mang tính hình thức. Hiến pháp cũng như các luật của nước ta chưa coi trọng quyền này nên không quy định thành quyền và cơ chế đảm bảo thực hiện quyền này. Do đó, nguyên tắc “tất cả quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân” vẫn còn là nguyên tắc hình thức;

Phúc quyết về Hiến pháp và những việc quan hệ đến vận mệnh quốc gia là một quyền thể hiện đầy đủ nhất nguyên tắc “tất cả quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân”. Bởi nhân dân không những thực hiện quyền lực nhà nước thông qua các cơ quan nhà nước mà mình giao quyền, uỷ quyền, mà còn qua các phương thức thực hiện quyền lực nhà nước một cách trực tiếp. Hiến pháp năm 1992 (sửa đổi, bổ sung năm 2001) chưa quy định điều này. Vì thế cần nghiên cứu bổ sung vào Hiến pháp sửa đổi lần này.

Bốn là, chủ thể phân công quyền lực nhà nước trong Nhà nước ta chưa được quy định thật phù hợp. Như đã nói, nhân dân là chủ thể tối cao của quyền lực nhà nước, tất cả quyền lực nhà nước đều thuộc về nhân dân. Nhân dân uỷ quyền quyền lực nhà nước cho các cơ quan nhà nước. Như vậy, nhân dân là chủ thể phân công quyền lực nhà nước. Công cụ để nhân dân giao quyền, uỷ quyền, đó là thực hành quyền lập hiến. Bằng việc thực thi quyền lập hiến, nhân dân uỷ thác quyền lập pháp cho Quốc hội, quyền hành pháp cho Chính phủ và quyền tư pháp cho Toà án. Có thể thấy rằng, quyền lập hiến là quyền lực tối cao so với quyền lập pháp, quyền hành pháp và quyền tư pháp. Ba quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp đều khởi xuất từ quyền lập hiến. Nhưng Hiến pháp năm 1992 (sửa đổi, bổ sung năm 2001) lại quy định “Quốc hội là cơ quan duy nhất có quyền lập hiến và lập pháp” (Điều 83). Quy định này không thống nhất với Điều 2 của Hiến pháp: “Tất cả quyền lực nhà nước thuộc về nhân

dân”. Quyền lập hiến là quyền thể hiện một cách trọn vẹn nhất quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân, bởi Hiến pháp là bản văn thể hiện quyền lực nhà nước cao nhất. Vì thế, trong Nhà nước dân chủ và pháp quyền, quyền lực nhà nước thuộc về ai thì chủ thể đó có quyền lập hiến và khi nhân dân có quyền lập hiến thì nhân dân trở thành chủ thể phân công quyền lực nhà nước. Đúng như Hiến pháp năm 1946 đã quy định, nhân dân có quyền phúc quyết Hiến pháp (Điều 20) và sửa Hiến pháp phải theo cách thức sau đây:

- a. Do hai phần ba tổng số Nghị viện yêu cầu
- b. Nghị viện bầu ra một ban dự thảo những điều thay đổi
- c. Những điều thay đổi khi đã được Nghị viện ưng chuẩn thì phải đưa ra toàn dân phúc quyết (Điều 70).

Năm là, tập quyền XHCN - học thuyết do C.Mác khởi xướng dựa trên thực tiễn của công xã Pa-ri và sau được Lê-nin phát triển, được xem là nền tảng lý luận cho việc tổ chức quyền lực nhà nước ở nước ta từ Hiến pháp năm 1959 và tập trung nhất ở Hiến pháp năm 1980. Hiến pháp năm 1992 (sửa đổi, bổ sung năm 2001) đã có một bước đổi mới trên cơ sở tiếp thu một số nhân tố hợp lý phù hợp với thực tiễn nước ta của học thuyết phân quyền và đề ra thành nguyên tắc trong Điều 2: “Quyền lực nhà nước là thống nhất, có sự phân công và phối hợp giữa các cơ quan nhà nước trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp”, nhưng những quy định của Hiến pháp năm 1992 (sửa đổi, bổ sung năm 2001) chưa thể hiện đầy đủ nguyên tắc này. Một số nhiệm vụ quyền hạn phân công cho Quốc hội chưa thật phù hợp. Ví dụ, Quốc hội cơ quan duy nhất có quyền lập hiến (Điều 83); quyền giám sát tối cao văn bản quy phạm pháp luật dưới luật - thuộc quyền tư pháp - lại giao cho Quốc hội; quyền giải thích chính thức Hiến pháp, luật và pháp lệnh giao Ủy ban thường vụ Quốc hội cũng không phù hợp (vì đây là hoạt động vi mô gắn liền với sự kiện pháp lý, trong lúc đó Ủy ban thường vụ Quốc hội là cơ quan hoạt động mang tính chất vĩ mô ở tầm quốc gia). Chính phủ chưa được

xác định là cơ quan hành pháp. Dưới ánh sáng Cương lĩnh xây dựng đất nước trong thời kỳ quá độ và nguyên tắc tổ chức quyền lực nhà nước ghi nhận ở Điều 2 Hiến pháp năm 1992 (sửa đổi, bổ sung năm 2001), trong Chương VIII Chính phủ, Hiến pháp sửa đổi lần này cần phải ghi nhận vị trí của Chính phủ là cơ quan hành pháp cao nhất trong tổ chức quyền lực nhà nước ở nước ta.

Điều 109 Hiến pháp năm 1992 (sửa đổi, bổ sung năm 2001) hiện hành xác định Chính phủ là “cơ quan hành chính nhà nước cao nhất”. Trong lý luận về luật nhà nước và luật hành chính, người ta phân biệt rõ ràng hai quyền: hành pháp (executive) và hành chính (administration). Hành chính là chấp hành và điều hành chính sách, mang nghĩa thụ động, gắn liền với hoạt động tác nghiệp có tính mệnh lệnh quyền uy của quản lý nhà nước ở tầm vi mô. Hành pháp là khởi xướng, hoạch định chính sách mang tính chủ động gắn liền với hoạt động của các chính khách ở tầm quốc gia. Vì thế hoạt động của Chính phủ là hoạt động mang tính chất khởi xướng, hoạch định và điều hành chính sách quốc gia. Kinh nghiệm lập hiến của nhiều nước chỉ ra rằng, quyền hành pháp là quyền hoạch định và điều hành chính sách quốc gia. Điều 20 Hiến pháp của Cộng hòa Pháp hiện hành quy định “Chính phủ xác định và thực thi chính sách quốc gia”; Điều 146 Hiến pháp Hà Lan quy định “Hội đồng Bộ trưởng lãnh đạo chính sách đối nội và đối ngoại của Cộng hòa Hà Lan”. Vậy chính sách là gì? Chính sách công cộng là “sự phân chia các giá trị và các nguồn lực trong xã hội”. Nói cách khác, các chính sách được xem như sự phản ánh “ai đạt được cái gì, khi nào và bằng cách nào” trong một xã hội. Một định nghĩa khác về chính sách được sử dụng khá phổ biến là “chính sách là những gì mà Chính phủ đề ra và thực hiện để đối phó với những vấn đề nhận thức được”.

Hoạch định chính sách là vạch ra những mục tiêu cần đạt được, những phương tiện sử dụng để đạt được mục tiêu đó. Chính phủ là cơ quan chịu trách nhiệm chính trong việc tìm kiếm hướng đi cho quốc gia bằng việc soạn

thảo các chiến lược phát triển, các kế hoạch, các dự án luật và các bộ luật... trình Quốc hội và đồng thời là người trực tiếp và thường xuyên điều hành việc thực hiện các chiến lược, các kế hoạch, các đạo luật, bộ luật sau khi được Quốc hội xem xét thông qua. Chính phủ là cơ quan nắm rõ nhất những nhu cầu của quốc gia và đưa ra những chính sách để phúc đáp những nhu cầu đó.

Trong việc hoạch định chính sách quốc gia, Chính phủ phải phát hiện được nhu cầu đó. Từ đó, khởi xướng và soạn thảo chính sách. Có loại, theo thẩm quyền, Chính phủ tự mình xem xét, quyết định thông qua và tổ chức thực hiện. Có loại, Chính phủ trình Quốc hội dưới hình thức là các dự án luật, bộ luật để Quốc hội xem xét, thông qua. Có thể nói, quyền trình dự án luật là một cấu phần rất quan trọng của quyền hành pháp. Trong đa số các nước hiện nay, dù là theo mô hình tổng thống hay đại nghị, Chính phủ là nguồn chủ yếu của các đạo luật do Nghị viện ban hành. Sở dĩ như vậy là vì, Chính phủ là người trực tiếp điều hành xã hội nên nắm rõ được nhu cầu của xã hội. Đây chính là việc thể hiện tính chủ động của Chính phủ mà quan niệm truyền thống xác định vị trí của Chính phủ là cơ quan hành chính nhà nước cao nhất không phản ánh được.

Không giống như Hiến pháp của các nước châu Âu, Hiến pháp nước ta không giao cho Chính phủ quyền quyết định chính sách cơ bản, không khẳng định vai trò khởi xướng, hoạch định xây dựng và điều hành chính sách của Chính phủ, chỉ coi Chính phủ là cơ quan chấp hành của Quốc hội, cơ quan hành chính nhà nước cao nhất của quốc gia. Không được trao quyền hành pháp, Chính phủ nước ta cùng với Quốc hội phối hợp thực hiện quyền hành pháp theo cách: Quốc hội quyết định chính sách cơ bản, Chính phủ quyết định những chính sách cụ thể để thực thi chính sách cơ bản. Do vậy, Điều 112 Hiến pháp năm 1992 (sửa đổi, bổ sung năm 2001) quy định thẩm quyền của Chính phủ mang tính thụ động. Trong mối quan hệ với chính sách quốc gia, Chính phủ được Hiến pháp quy định là một

thiết chế thực thi, chấp hành thay vì là một thiết chế khởi xướng, đề xuất, thúc đẩy, xây dựng, tổ chức lấy ý kiến đóng góp, phản biện của các tầng lớp nhân dân và tổ chức thực hiện chính sách quốc gia. Qua các quy định của Hiến pháp năm 1992 (sửa đổi, bổ sung năm 2001) hiện hành, có thể thấy rằng, Quốc hội được xem là cơ quan giữ vai trò trung tâm trong việc điều phối thực thi quyền hành pháp. Nội dung hành pháp quan trọng nhất là quyết định chính sách cơ bản được trao cho Quốc hội. Hiến pháp không làm rõ và nổi bật vai trò đề xướng, hoạch định, xây dựng mang tính sáng tạo, nhanh nhạy, quyết đoán, tự chịu trách nhiệm về chính sách của Chính phủ.

Trong thời đại ngày nay, sự biến chuyển không ngừng và nhanh chóng của xã hội đòi hỏi Chính phủ, với tư cách là cơ quan có quan hệ một cách trực tiếp và thường xuyên nhất với xã hội, phải luôn chủ động, khởi xướng, sáng tạo ra những đường hướng vận hành cho xã hội. Trong ba quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp, Chính phủ được coi là một thiết chế thích hợp nhất để làm việc đó. Chính vì thế, Chính phủ phải được coi là thiết chế khởi xướng chính sách chứ không đơn thuần là người thi hành chính sách. Trong điều kiện xây dựng Nhà nước pháp quyền và trong một “thế giới phẳng”, Quốc hội là cơ quan lập pháp và giám sát việc hoạch định và thi hành chính sách; Chính phủ là cơ quan hành pháp, cơ quan khởi xướng, hoạch định, soạn thảo chính sách và điều hành việc thực hiện chính sách.

Sáu là, Tòa án nhân dân và Viện kiểm sát nhân dân cũng chưa được Hiến pháp năm 1992 (sửa đổi, bổ sung năm 2001) quy định cơ quan nào là cơ quan thực hành quyền tư pháp. Khi nói quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân thì quyền tư pháp - biểu hiện rạch ròi nhất ở quyền xét xử - thuộc về nhân dân, nhân dân trao quyền lực xét xử cho Nhà nước. Do đó, nhân dân đi tìm công lý, công bằng, lẽ phải từ việc xét xử của các Tòa án. Vì thế, Hiến pháp sửa đổi lần này cần quy định Tòa án nhân dân - với chức năng xét xử - là cơ quan thực hiện quyền tư pháp. ■

BÀN VỀ QUYỀN LẬP PHÁP VÀ MÔ HÌNH LẬP PHÁP

■ CAO ANH ĐÔ*

Quyền lập pháp là quyền duy nhất thuộc về Quốc hội. Quốc hội có thể ủy quyền cho các cơ quan nhà nước khác thay mặt mình ban hành văn bản dưới luật để quản lý xã hội. Tuy nhiên, hoạt động lập pháp không phải là công việc duy nhất của Quốc hội mà có sự tham gia của nhiều chủ thể khác nhau. Một trong những yêu cầu quan trọng đối với hoạt động lập pháp là chỉ ban hành pháp luật xuất phát từ nhu cầu thực tế (có thể là nhu cầu đã có hoặc sẽ có) và phù hợp với thực tế. Điều đó có nghĩa là chương trình làm luật của Quốc hội nhất thiết phải đặt trong mối tương quan với nhu cầu điều hành đất nước và quản lý xã hội của Chính phủ. Trong quá trình soạn thảo luật, cần sử dụng mô hình phân tích chính sách “từ dưới lên”, theo đó, bất cứ quy định pháp luật hoặc chính sách nào được đưa ra đều phải trải qua công đoạn phân tích các bên có liên quan hoặc phân tích thể chế so sánh. Sử dụng công cụ phân tích này sẽ đảm bảo cho các đạo luật được ban hành không phải là sự cạy ghép vụng về ý chí của nhà nước vào đời sống xã hội.

Quyền lập pháp và hoạt động lập pháp

Quyền lực nhà nước được tạo thành từ ba quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp. Việc phân tách quyền lực nhà nước thành ba quyền nói trên bắt nguồn từ học thuyết tam quyền phân lập mà cha đẻ của nó là John Locke. Học thuyết của ông sau đó được phát triển bởi nhà xã hội học và luật học người Pháp Montesquieu. Trong bài phân tích về thực trạng Hiến pháp nước Anh đầu thế kỷ 18, Montesquieu kết luận rằng, ở Anh, sự tự do

của công dân chỉ được đảm bảo khi quyền lực và các chức năng của nhà nước được phân chia cho ba cơ quan khác nhau là lập pháp, hành pháp và tư pháp¹. Quyền lập pháp là quyền ban hành pháp luật còn quyền hành pháp là quyền thực thi pháp luật và quyền tư pháp là quyền bảo vệ pháp luật.

Một trong những bước tiến quan trọng trong nhận thức về tổ chức bộ máy nhà nước ở nước ta thời kỳ đổi mới là thừa nhận những hạt nhân hợp lý của thuyết tam quyền phân lập, theo đó mặc dù trong tổ chức bộ máy nhà nước không

(**) ThS, Giảng viên Viện Nhà nước và pháp luật, Học viện Chính trị - Hành chính quốc gia Hồ Chí Minh.*

(1) "...không có gì là tự do nếu quyền tư pháp không tách khỏi quyền lập pháp và quyền hành pháp. Nếu quyền tư pháp nhập lại với quyền lập pháp thì người ta sẽ độc đoán với quyền sống và quyền tự do của công dân, quan toà sẽ là người đặt ra luật. Nếu quyền tư pháp nhập lại với quyền hành pháp thì ông quan toà sẽ có sức mạnh của kẻ đàn áp. Nếu một người hay một tổ chức của quan chức, hoặc của quý tộc, hoặc của dân chúng nắm luôn cả ba thứ quyền lực nói trên thì tất cả sẽ mất hết" Montesquieu, Tinh thần pháp luật (bản dịch của Hoàng Thanh Đạm), Nxb Lý luận chính trị, Hà Nội, 2006, tr 106.

có sự phân chia và đối trọng giữa các nhánh quyền lực nhưng thừa nhận sự phân công và phối hợp trong việc thực hiện ba quyền ấy. Nguyên tắc này được thể hiện tại Điều 2 Hiến pháp năm 1992 (sửa đổi, bổ sung năm 2001), theo đó “Quyền lực nhà nước là thống nhất, có sự phân công và phối hợp giữa các cơ quan nhà nước trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp”. Theo quy định tại Điều 83 của bản Hiến pháp này thì “Quốc hội là cơ quan duy nhất có quyền lập hiến và quyền lập pháp”. Như vậy, quyền làm luật được trao cho Quốc hội - cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất, do toàn thể nhân dân bầu ra.

Khái niệm quyền lập pháp (quyền làm luật) cần được phân biệt với khái niệm quyền soạn thảo luật. Pháp luật cho phép một đạo luật có thể được rất nhiều chủ thể khác nhau soạn thảo và trình lên Quốc hội. Trong thực tế nước ta, đa số các đạo luật đều do Chính phủ soạn thảo, một số ít được thực hiện bởi các chủ thể khác như Hội Luật gia, Hội Liên hiệp phụ nữ, Mặt Trận tổ quốc...² Như vậy, chủ thể có quyền lập pháp không nhất thiết là chủ thể soạn thảo luật. Nội dung cốt lõi của quyền lập pháp chính là quyền đồng ý hoặc không đồng ý thông qua một chính sách hoặc một dự luật nào đó. Quy định Quốc hội là chủ thể duy nhất có quyền lập pháp nghĩa là chỉ Quốc hội mới có quyền thông qua các dự án luật, tạo nên những chuẩn mực buộc các chủ thể trong xã hội phải thực hiện. Vấn đề đặt ra là tại sao Quốc hội, với tư cách là cơ quan lập pháp, không tự mình soạn thảo luật mà lại trao cho các chủ thể khác thực hiện công việc này. Theo quy định của pháp luật, các cơ quan của Quốc hội và ngay cả đại biểu Quốc hội đều có quyền soạn và trình dự án luật. Tuy nhiên, đa phần các dự luật đều do Chính phủ soạn thảo là vì pháp luật cần phải bắt nguồn từ nhu cầu thực tiễn của quản lý đất

nước. Nhu cầu ban hành chính sách, pháp luật luôn xuất phát từ thực tế sinh động của đời sống xã hội mà ở đó hành pháp là chủ thể đầu tiên phát hiện ra, “va chạm” và đòi hỏi phải giải quyết nó. Nhu cầu ấy được phản ánh tới Quốc hội thông qua chương trình làm việc của Chính phủ. Quốc hội chỉ ban hành luật dựa trên nhu cầu chính sách do Chính phủ báo cáo³, và ngược lại, nếu Quốc hội bỏ qua cơ sở này thì pháp luật chỉ trở thành món đồ nhân tạo, vô hồn, không được xã hội tiếp nhận. Nói về mối quan hệ này, TS. Nguyễn Sĩ Dũng đã có khẳng định rất hay như sau “Thiếu sự tương tác này giữa lập pháp và hành pháp, thì cho dù quy trình lập pháp có được thiết kế tinh vi đến đâu chăng nữa, nó cũng chỉ là một quy trình nhân tạo. Sản phẩm tất yếu của một quy trình nhân tạo là các đạo luật nhân tạo. Các đạo luật nhân tạo không cần cho cuộc sống. Nhà nước vẫn có thể áp đặt chúng cho xã hội. Tuy nhiên, những cố gắng như vậy không sớm thì muộn sẽ làm cho các cơ quan của nhà nước hụt hơi. Cuộc sống như ao bèo, sẽ phẳng lặng trở lại sau một hồi xao động”⁴. Chính vì quan hệ gắn bó giữa nhu cầu lập pháp và nhu cầu quản lý xã hội mà Quốc hội cần có Chính phủ và các chủ thể khác tham gia vào hoạt động lập pháp.

Từ những phân tích trên cho thấy, soạn thảo luật chỉ là một công đoạn của hoạt động lập pháp mà không phải một yếu tố cấu thành quyền lập pháp. Nói cách khác, nếu như quyền lập pháp là quyền riêng có của Quốc hội thì hoạt động lập pháp lại có sự tham gia của nhiều chủ thể, thông qua một quy trình bao gồm nhiều bước khác nhau. Quy trình lập pháp được hiểu là trình tự các bước được tiến hành theo một trật tự chặt chẽ, nghiêm ngặt trong quá trình làm luật, được điều chỉnh bởi Hiến pháp và luật, bao gồm các giai đoạn từ sáng kiến pháp luật, soạn thảo văn bản, trình dự án

(2) Ở nhiều nước trên thế giới, hơn 90% các dự án luật có nguồn gốc hoặc xuất phát từ cơ quan hành pháp. Ở Việt Nam, tỷ lệ này là hơn 95%. Số liệu được trích lại từ bài viết “Vai trò khách quan của Chính phủ trong quy trình lập pháp” của tác giả Trần Quốc Bình đăng trên Tạp chí khoa học của Đại học Quốc gia Hà Nội, số Quý 3/2010.

(3) Việc Chính phủ đề xuất nhu cầu xây dựng pháp luật chính là việc báo cáo với Quốc hội về nhu cầu chính sách nảy sinh từ thực tế điều hành đất nước.

(4) TS. Nguyễn Sĩ Dũng, “Bàn về triết lý của lập pháp”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 6, T6/2003, tr.7.

luật, thẩm tra, thảo luận và thông qua⁵.

Hiện nay, quy trình lập pháp ở nước ta đã được luật hóa bằng Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật. Căn cứ theo trình tự thời gian ban hành văn bản quy phạm pháp luật có thể thấy quy trình lập pháp ở nước ta bao gồm hai giai đoạn chính, thứ nhất là lập và quyết định chương trình xây dựng luật, pháp lệnh và thứ hai là chuẩn bị, xem xét và thông qua các dự án luật. Căn cứ vào chủ thể ban hành có thể chia quy trình lập pháp thành công đoạn Chính phủ và công đoạn Quốc hội. Công đoạn Chính phủ bao gồm các hoạt động đề xuất chương trình xây dựng pháp luật, phân tích chính sách và soạn thảo luật. Công đoạn Quốc hội thực hiện các hoạt động thẩm tra dự thảo luật, thảo luận, cho ý kiến và biểu quyết thông qua. Công đoạn Chính phủ là công đoạn thiết kế luật, đòi hỏi nhiều thời gian, sức lực và tài lực. Nếu công đoạn này thực hiện tốt thì công đoạn Quốc hội sẽ diễn ra được nhanh chóng và kết quả là Quốc hội sẽ có nhiều thời gian để thực hiện hai chức năng quan trọng khác của mình, đó là chức năng giám sát và quyết định những vấn đề quan trọng của đất nước. Thời gian qua, Quốc hội nước ta áp dụng quy trình thông qua luật hai bước, theo đó mỗi đạo luật sẽ được xem xét tại hai kỳ họp Quốc hội, kỳ họp trước cho ý kiến và kỳ họp sau thông qua. Cách làm này đã thể hiện ưu điểm trong việc đảm bảo thời gian cho ban soạn thảo tiếp thu và chỉnh lý dự thảo luật. Tuy nhiên, nếu so sánh với hoạt động thảo luận và thông qua luật ở nhiều nước trên thế giới thì thấy rằng Quốc hội Việt Nam mất nhiều thời gian hơn. Một trong những lý do của thực trạng này là chất lượng của công đoạn Chính phủ trong quy trình làm luật chưa cao khiến cho các dự luật không nhanh chóng thuyết phục được các đại biểu thông qua. Chính vì vậy, nâng cao chất lượng của công đoạn Chính phủ là yêu cầu cần thiết hàng đầu để cải thiện hiệu quả của hoạt động lập pháp.

Khi bàn đến quyền lập pháp của Quốc hội thì cũng cần xem xét khái niệm lập pháp ủy quyền. Đây là trường hợp Quốc hội ủy quyền cho Chính phủ và các cơ quan nhà nước khác như Tòa án, Viện Kiểm sát hoặc trong một số trường hợp là các tổ chức chính trị - xã hội... ban hành văn bản quy phạm pháp luật. Trong đa số các trường hợp, các đạo luật đều có quy định về việc Quốc hội trao quyền cho các cơ quan nhà nước khác, đặc biệt là Chính phủ ban hành các văn bản pháp quy hành chính để chi tiết hóa nội dung các đạo luật đó.

Hiện tượng lập pháp ủy quyền không có nghĩa là Quốc hội chia sẻ quyền lập pháp của mình cho các cơ quan khác. Bản chất của lập pháp ủy quyền là đảm bảo tính ổn định tương đối của các văn bản luật trong khi vẫn điều chỉnh được những quan hệ xã hội vô cùng đa dạng của đời sống xã hội. Quốc hội chỉ giao cho các cơ quan nhà nước khác ban hành các quy định điều chỉnh những quan hệ xã hội thường xuyên thay đổi, bởi lẽ nếu đưa những quan hệ này vào luật thì sẽ dẫn đến hệ quả là luật của Quốc hội cũng thường xuyên phải thay đổi theo. Điều đó làm cho tuổi thọ của một đạo luật không cao. Tuy nhiên, ở một khía cạnh khác, nếu lạm dụng lập pháp ủy quyền thì hiện tượng này lại thể hiện sự yếu kém của Quốc hội. Nếu thực tế nảy sinh nhu cầu nhưng nhu cầu ấy không được giải quyết bằng luật do Quốc hội ban hành mà lại ủy quyền cho Chính phủ giải quyết thì sẽ dẫn đến giả thiết rằng Quốc hội né tránh những vấn đề quan trọng của xã hội. Và như vậy, Quốc hội không thực hiện tròn trách nhiệm của cơ quan đại diện cho ý chí và nguyện vọng của toàn dân. Hơn nữa, việc áp dụng lập pháp ủy quyền quá mức có thể khiến Chính phủ chậm chễ ban hành văn bản pháp luật vì hai lý do: một là có thể Chính phủ bị quá tải công việc và hai là Chính phủ không vội vàng ban hành quy phạm pháp luật để tự ràng buộc mình vào các quy định đó. Thực tế quản lý bằng công văn, chỉ thị miệng vẫn để

(5) Trần Quốc Bình "Vai trò của Chính phủ trong quy trình lập pháp ở Việt Nam – Những vấn đề lý luận và thực tiễn" Thông tin Luận án Tiến sĩ đăng trên trang Web của Đại học Quốc gia Hà Nội, <http://tintuc.vnu.edu.vn/home/?C2099/N10976/Thong-tin-luan-an-tien-si-cua-NCS-Tran-Quoc-Binh.htm>

dàng hơn nhiều việc tuân theo một khuôn khổ gò bó của pháp luật.

Tóm lại, lập pháp ủy quyền là điều không thể tránh khỏi trong hoạt động của bất kỳ nhà nước nào trên thế giới. Tuy nhiên, lập pháp ủy quyền có điểm mạnh và điểm yếu nhất định. Việc xác định giới hạn ủy quyền là một trong những yêu cầu quan trọng để nâng cao chất lượng lập pháp của mỗi quốc gia.

Mô hình nào cho quy trình lập pháp?

Mặc dù Hiến pháp trao quyền soạn thảo luật cho nhiều chủ thể nhưng trong thực tế hoạt động này chủ yếu được thực hiện bởi Chính phủ. Chính vì vậy, quy trình lập pháp được xác định bao gồm công đoạn Chính phủ và công đoạn Quốc hội, trong đó công đoạn Chính phủ là điều kiện cần, đảm bảo cho một đạo luật có chất lượng tốt. Việc soạn thảo luật là bước khởi đầu nhưng cũng là khâu đặt vấn đề và giải quyết vấn đề đối với các nhu cầu và đòi hỏi của xã hội. Phần dưới đây sẽ tập trung vào việc tìm kiếm mô hình cho việc soạn thảo luật thuộc công đoạn Chính phủ.

Trong thực tế, giữa pháp luật và chính sách có mối quan hệ chặt chẽ và đan xen. Thực vậy, mỗi đạo luật được ban hành đều bao hàm trong nó những chính sách nhất định, liên quan đến các mặt của quốc kế dân sinh. Chẳng hạn như chính sách về quyền sở hữu tư nhân được quy định trong Hiến pháp và Bộ luật Dân sự, chính sách về quyền tự do kinh doanh được thể hiện trong Luật Doanh nghiệp. Như vậy, xét về bản chất, làm luật chính là làm chính sách. Chúng ta không nên biệt lập chính sách và pháp luật theo hướng chính sách là của Đảng, pháp luật là của Nhà nước, do các cơ quan nhà nước ban hành. Pháp luật luôn gắn với các chính sách của nền hành chính công, bởi vì nhu cầu lập

pháp chính là bắt nguồn từ hành pháp⁶. Như vậy, làm luật cũng chính là làm chính sách. Tùy từng trường hợp cụ thể, người làm chính sách phải biết sử dụng một cách hợp lý mô hình chính sách “từ trên xuống” hoặc mô hình “từ dưới lên”⁷. Mô hình thứ nhất là trường hợp Nhà nước áp đặt pháp luật cho xã hội, hoạt động lập pháp tách rời với nhu cầu chính sách. Mô hình này diễn ra theo trình tự ban hành pháp luật trước, sau đó thực hiện pháp luật trên thực tế và cuối cùng là tổng kết, rút kinh nghiệm và sửa đổi luật. Kết quả tất yếu của những đạo luật được ban hành theo mô hình này là tuổi thọ của luật không cao hoặc luật không được thực tế chấp nhận. Ngược lại, mô hình thứ hai đòi hỏi người làm chính sách/ luật phải thực hiện nghiên cứu thực tế, xuất phát từ các bằng chứng và số liệu có được từ điều tra xã hội học, thông qua quá trình xử lý các số liệu đó để đưa ra các quy định phù hợp. Việc làm chính sách “từ dưới lên” như vậy sẽ tránh được tính xa rời thực tế của các đạo luật.

Mô hình “từ dưới lên” có thể khiến cho quá trình làm luật mất nhiều thời gian hơn và chi phí làm luật cao hơn mô hình “từ trên xuống”. Tuy nhiên, hiệu quả mà nó mang lại sẽ lớn hơn rất nhiều. Các văn bản pháp luật sẽ có tuổi thọ cao hơn vì phù hợp với thực tế và được thực tế chấp nhận. Pháp luật của nhà nước sẽ được tôn trọng sử dụng thay vì việc người dân tự đề ra “pháp luật” cho riêng mình⁸.

Để đảm bảo pháp luật thể hiện được nhu cầu thực tiễn của cuộc sống thì đòi hỏi tất yếu là mỗi dự thảo luật khi trình Quốc hội phải bao gồm trong nó bản phân tích chính sách. Xét đến cùng thì Bản phân tích chính sách chính là thể hiện quy trình lập pháp theo mô hình “từ dưới lên”. Vấn đề đặt ra là báo cáo phân tích chính sách đi kèm các dự thảo luật phải đảm

(6) Trong bài viết với tiêu đề “Bàn thêm về vấn đề quyền lực nhà nước là thống nhất, nhưng có sự phân công phân quyền và phối kết hợp giữa ba quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp” đăng trên Tạp chí Khoa học pháp lý của Đại học Luật Thành phố Hồ Chí Minh số 6/2007, GS. TS. Nguyễn Đăng Dung cho rằng “Mặc dù có sự phân quyền nhưng hành pháp vẫn can thiệp sang lĩnh vực lập pháp, thậm chí các hoạt động lập pháp lại còn là nhu cầu của hành pháp. Bản thân Quốc hội không có nhu cầu của sự lập pháp”.

(7) Mô hình “top - down” và mô hình “bottom - up”.

(8) Trong thực tế, “pháp luật” mà người dân tự đề ra cho mình thường được gọi bằng một cụm từ không mấy thiện cảm là “luật rừng”. Nếu pháp luật của nhà nước được ban hành nhiều nhưng không phù hợp với thực tế thì chẳng còn cách nào khác, như cách nói của PGS.TS. Phạm Duy Nghĩa, người dân phải hành xử theo “luật rừng” trong một “rừng luật”.

bảo những yêu cầu gì? Từ lý thuyết của Khoa học Chính sách công, chúng tôi cho rằng Quốc hội chỉ chấp nhận những báo cáo chính sách nếu ít nhất báo cáo ấy thỏa mãn yêu cầu cơ bản, đó là phải phân tích được vai trò, quyền, lợi ích và mức độ quan tâm của các bên có liên quan đến chính sách sắp được ban hành (sau đây gọi tắt là phân tích các bên liên quan). Một trong các yêu cầu hàng đầu của phân tích chính sách theo mô hình “từ dưới lên” là người làm chính sách phải xuất phát từ các số liệu thực tế thu được thông qua khảo sát và điều tra xã hội học. Trong số những số liệu ấy thì thông tin về các chủ thể (các bên) có liên quan đến chính sách là yếu tố quan trọng hàng đầu. Xét đến cùng, mục đích của việc ban hành chính sách/luật là để dung hòa lợi ích giữa các nhóm chủ thể khác nhau trong xã hội. Điều này được chứng minh không chỉ bởi các lý thuyết hiện đại gần đây mà đã từ lâu, học thuyết Mác cũng khẳng định điều này khi cho rằng nhà nước và pháp luật chỉ ra đời khi xã hội xuất hiện giai cấp và mâu thuẫn lợi ích giữa các giai cấp trở nên không thể điều hòa được. Pháp luật trở thành công cụ để nhà nước giải quyết những mâu thuẫn đó. Điều đó cho thấy rằng người làm chính sách/luật phải hình dung được chính sách/luật sắp được ban hành sẽ tác động đến những chủ thể nào, từ đó có những tham vấn cần thiết trước khi soạn thảo các quy định. Tiếp đến, những chủ thể ấy cần được sắp xếp theo thứ tự dựa trên tầm quan trọng của nó đối với chính sách. Chẳng hạn như, khi ban hành chính sách hạn chế người dân sử dụng xe máy, người làm chính sách cần phải liệt kê càng nhiều càng tốt các chủ thể có liên quan như người sử dụng xe máy, nhà sản xuất xe máy, cơ quan quản lý nhà nước về giao thông, cảnh sát giao thông và những đối tượng khác như người đi bộ, người sử dụng phương tiện là ô tô cá nhân hoặc phương tiện công cộng... Ngoài ra, còn có những chủ thể liên quan gián tiếp



khác như các nhà đầu tư vốn, các tổ chức xã hội, các tổ chức trợ giúp kỹ thuật và tài trợ cho hạ tầng giao thông... Từ việc liệt kê tất cả các chủ thể có liên quan như trên, những chủ thể có ảnh hưởng tới hoặc bị tác động nhiều nhất bởi chính sách sẽ được xác định để tham vấn. Chẳng hạn như trong ví dụ trên, nhà làm luật nên ưu tiên tham vấn ý kiến của các chủ thể như người đi xe máy, người sử dụng phương tiện công cộng, công ty cung cấp dịch vụ vận chuyển công cộng, cơ quan quản lý giao thông và cảnh sát giao thông. Số liệu điều tra hoặc tham vấn ý kiến có được từ các chủ thể này được sử dụng như nguồn thông tin tin cậy cho việc ban hành chính sách⁹.

Một chính sách tốt là chính sách đảm bảo tối đa hóa lợi ích của các bên có liên quan và mang lại hiệu quả xã hội. Điều này không đồng nghĩa với việc chính sách phải đảm bảo lợi ích của tất cả các bên liên quan và cũng không có nghĩa là chính sách được ban hành theo ý kiến của số đông. Thông tin có được từ các bên tham vấn chỉ là cơ sở dữ liệu ban đầu cần tiếp tục xử lý. Vai trò của nhà làm luật là dung hòa lợi ích của các chủ thể trên cơ sở đặt hiệu quả xã hội và hiệu quả phân bổ nguồn lực lên trên hết. Để xác định hiệu quả của một chính sách, nhà làm luật có thể sử dụng nhiều công cụ phân tích chính sách khác nhau như công cụ

(9) Vấn đề đặt ra ở đây là tính nghiêm túc trong điều tra xã hội học. Cơ mẫu số liệu điều tra phải đảm bảo tính đại diện cho từng nhóm đối tượng và đảm bảo độ tin cậy. Vấn đề cơ mẫu điều tra thuộc lĩnh vực nghiên cứu của khoa học xã hội học nên chúng tôi không đề cập ở đây.

RIA (Regulatory Impact Assessment - dự báo tác động điều chỉnh của quy phạm pháp luật), công cụ phân tích chi phí - lợi ích hoặc công cụ phân tích rủi ro...¹⁰. Chính sách/pháp luật có thể không phù hợp với ý kiến của số đông được tham vấn nếu nhà làm luật, bằng phân tích của mình, dự báo được lợi ích to lớn mà pháp luật sẽ mang lại khi nó được ban hành. Điều này có thể được minh chứng bằng một ví dụ điển hình ở nước ta, liên quan đến quy định đội mũ bảo hiểm khi đi xe máy. Có lẽ khi còn là dự thảo, đa số ý kiến cho rằng không thể áp dụng quy định này mọi lúc, mọi nơi đối với người đi xem máy mà chỉ nên áp dụng trên các tuyến quốc lộ. Lý do được nhiều người đưa ra là ở một nước có khí hậu nóng ẩm như Việt Nam thì rất bất tiện khi đội mũ bảo hiểm. Hơn nữa, các cơ quan, công sở không thể đủ không gian cho việc bảo quản mũ, và rất nhiều lý do khác. Tuy nhiên, quy định về bắt buộc đội mũ bảo hiểm ra đời đã chứng minh rằng lợi ích xã hội do quy định này mang lại đã vượt xa những bất tiện mà các lý do ở trên đưa ra.

Ngoài ra, mô hình chính sách “từ dưới lên” đòi hỏi báo cáo phân tích chính sách phải sử dụng công cụ phân tích thể chế so sánh, nếu cần thiết. Phân tích thể chế so sánh còn được gọi tắt là CIA¹¹. Nội dung của công cụ này là khi cần phải lựa chọn cơ quan nào chịu trách nhiệm chính để thực hiện việc quản lý nhà nước đối với một chính sách mới được ban hành thì nhà làm luật cần liệt kê các chủ thể có khả năng thực hiện công việc ấy. Sau đó phân tích điểm mạnh, điểm yếu của từng chủ thể, so sánh với các chủ thể khác để tìm ra phương án tối ưu nhất. Chẳng hạn như trong quá trình thảo luận Luật Quảng cáo mới đây, vấn đề đặt ra là nên giao cho Bộ Thông tin – Truyền thông hay Bộ Văn hóa- Thể thao và Du lịch quản lý hoạt động này. Câu trả lời không thể dựa trên cảm tính mà cần xuất phát từ công cụ phân tích thể chế so sánh để đưa ra quyết định. Nhà làm

luật cần chỉ ra và so sánh điểm mạnh, điểm yếu của từng thể chế để từ đó đi đến quyết định nên sử dụng thể chế nào.

Nội dung phân tích thể chế so sánh rất đơn giản nhưng không ít trường hợp người làm chính sách bỏ qua công cụ quan trọng này. Khủng hoảng kinh tế ở Mỹ trong mấy năm qua được cho là chính phủ Mỹ đã quá nóng vội trong việc cho phép phá sản một số ngân hàng lớn trong khi quên mất công cụ phân tích thể chế so sánh. Trong việc phá sản ấy, Chính phủ Mỹ (tức là thể chế Chính trị) đã đi quá nhanh so với các thể chế khác bao gồm Tòa án và Thị trường. Khi chưa phân tích vai trò của tòa án và thị trường đối với phá sản ngân hàng và ngược lại, chưa xác định tác động của sự phá sản ấy đối với hai thể chế này là gì thì Chính phủ Mỹ đã can thiệp cho phá sản xảy ra. Kết quả là đã tạo ra phản ứng mang tính dây chuyền của hệ thống ngân hàng và kinh tế Mỹ lâm vào khủng hoảng sâu. Thực tế này cho thấy, công cụ phân tích thể chế so sánh vì quá đơn giản nên thường xuyên bị lãng quên khi làm chính sách. Hệ quả của một chính sách không dựa trên công cụ phân tích khoa học là rất nghiêm trọng.

Tóm lại, hoạt động xây dựng pháp luật cần bắt nguồn từ nhu cầu thực tế, đặc biệt là nhu cầu quản lý xã hội của Chính phủ. Vì vậy, Chính phủ là một chủ thể quan trọng trong hoạt động soạn thảo luật. Để các dự luật nhanh chóng được Quốc hội thông qua, có tính khả thi và tuổi thọ cao thì đòi hỏi người soạn thảo luật cần áp dụng mô hình “từ dưới lên”. Công cụ phân tích các bên có liên quan và phân tích thể chế so sánh nên được sử dụng để đảm bảo cho tính thực tế của các quy định pháp luật. Khi đó mỗi đạo luật được ban hành sẽ trở thành một “cây thật” được trồng mới chứ không phải là “cây giả” được cắm vào giữa khu rừng thật. ■

(10) Nội dung của các công cụ phân tích này vượt quá giới hạn bài viết nên chúng tôi không đề cập ở đây. Độc giả có thể tham khảo bài “Phân tích chính sách trong quy trình lập pháp ở các nước” của tác giả Nguyễn Đức Lam, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp số 12 và số 13 năm 2008.

(11) Comparative Institution Analysis.

QUYỀN TIẾP CẬN THÔNG TIN TỪ GÓC ĐỘ XÃ HỘI HỌC QUYỀN CON NGƯỜI

■ LÊ THỊ HỒNG NHUNG*

Thời gian gần đây ở nước ta quyền tiếp cận thông tin đã được xem xét dưới nhiều góc độ khác nhau. Nhằm góp phần làm phong phú thêm hướng tiếp cận về quyền tiếp cận thông tin, bài viết tập trung khai thác khía cạnh cội nguồn, nhu cầu xã hội của quyền tiếp cận thông tin, các yếu tố thúc đẩy tự do thông tin; đồng thời, nêu lên ba biểu hiện chính trong đời sống tự do thông tin hiện nay, từ đó khẳng định tính đúng đắn của sự cần thiết ra đời các quy định pháp lý đảm bảo quyền tiếp cận thông tin nói riêng và tự do thông tin nói chung.

1. Con người cần có thông tin như một nhu cầu thiết yếu để tồn tại và phát triển

Thông tin thường được hiểu là mọi ý tưởng, sự kiện hay tác phẩm được sáng tạo ra. Thông tin cũng có thể được dùng để nói đến một yếu tố dữ liệu nào đó. Thông tin là một cái gì đó có thể làm thay đổi tình trạng kiến thức của một người (những gì mà người đó biết). Thông tin tồn tại thông qua các dạng vật chất cụ thể như: thông tin được in ấn dưới dạng sách báo, tạp chí, phim ảnh, băng đĩa, các trang web, blog cá nhân (thông tin điện tử)...¹ Thông tin đã trở nên vô cùng thiết yếu trong đời sống của chúng ta. Những người được coi là hiểu biết cũng chính là những người biết được nhiều thông tin về cuộc sống xung quanh.

Con người, trước tiên, luôn cần đến những thông tin tác động trực tiếp đến đời sống hàng ngày của mình. Sự ra đời của các bản tin thời

tiết cũng là để đáp ứng nhu cầu này. Khi thiên nhiên vẫn còn là một “bà mẹ” nghiêm khắc và hay nổi giận thì các dự báo về thời tiết trở nên thiết yếu cho sự tồn tại của con người. Thông tin trong trường hợp này đã trở thành yếu tố gắn bó mật thiết với sự sinh tồn của mỗi cá nhân. Sự lớn mạnh của ngành tình báo cũng đã minh chứng mạnh mẽ cho vai trò của thông tin đối với đời sống không chỉ của mỗi cá nhân mà còn cả với các cộng đồng, dân tộc. Ngày nay, trên bình diện kinh tế, thông tin còn có vai trò rất quan trọng. Thông tin không chỉ là cơ sở cho việc xác định các chiến lược kinh doanh của doanh nghiệp, nó đã trở thành một thứ hàng hóa siêu lợi nhuận và việc nắm bắt thông tin được coi là điều cốt tử đối với doanh nghiệp.

Trao đổi thông tin là mục đích không chỉ ở con người mà còn ở tất cả các loài động vật

(*) *ThS, Viện Nhà nước và Pháp luật.*

(1) Xem: Tài liệu tập huấn của Thư viện quốc gia Việt Nam do quỹ SIDA tài trợ năm 2008. Nguồn: <http://www.nlv.gov.vn/nlv/index.php/View-document-details/135-Xin-chao.html>

có giao tiếp. Thông tin là nguyên liệu thiết yếu của cuộc sống, từ đó con người trao đổi cho nhau những ý tưởng, truyền đi những khát vọng và xây dựng nên quan hệ cộng đồng. Với thông tin, con người được khai sáng. Trên nền tảng những hiểu biết về khoa học tự nhiên, khoa học xã hội..., con người đã không ngừng sáng tạo ra đời sống vật chất và đời sống văn hóa tinh thần vô cùng phong phú.

Sự ra đời của thư viện trong lịch sử nhân loại đã minh chứng cho mỗi lo lắng của con người về vấn đề thông tin. Các thư viện luôn là nơi lưu giữ những thông tin, tri thức vô giá qua các giai đoạn lịch sử. Ở đó, thông tin về mọi mặt của đời sống con người được lưu giữ. Thông tin ở một chất lượng và cấp độ nhất định được khái quát lên tầm tri thức. Có tri thức con người hiểu rõ hơn về sự tồn tại khách quan của thế giới, nắm bắt được những quy luật tự nhiên, hành động hợp lý để duy trì và phát triển đời sống con người trên hành tinh này.

Thông tin đã trở thành nhu cầu của sự tồn tại đối với mỗi con người. Thông tin giờ đây không chỉ giới hạn trong địa hạt “khí ôxi của nền dân chủ” mà nó còn là khí ôxi của sự sống con người. Thông tin theo nghĩa trên bao hàm mọi mặt của đời sống xã hội.

Nhu cầu cho sự tồn tại, nhu cầu về lợi ích vật chất và tinh thần là yếu tố thúc đẩy mỗi con người cần phải được đảm bảo khả năng tiếp cận thông tin. Thiếu thông tin, các nhu cầu về vật chất và tinh thần của con người không thể được đảm bảo. Các nhu cầu càng ở mức cao thì tiếp cận thông tin và tự do thông tin càng trở nên quan trọng và càng phải được mở rộng. Con người không thể tự khẳng định mình nếu họ không có được thông tin cần thiết cho hoạt động của bản thân cũng như không được quyền bày tỏ quan điểm cá nhân. Nhu cầu tiếp cận thông tin của con người cần được đảm bảo song hành với tự do thông tin.

Như vậy, từ góc độ xã hội học quyền con

người có thể khẳng định rằng tiếp cận thông tin là nhu cầu có tính xã hội của con người, nhu cầu cơ bản để mỗi cá nhân tồn tại và phát triển toàn diện. Nhu cầu này tăng dần theo sự phát triển của xã hội loài người và nó phát triển cực đại ở mức của tự do thông tin gắn liền với nhu cầu tự khẳng định mình của con người.

2. Các điều kiện khách quan cơ bản thúc đẩy quyền tiếp cận thông tin ở Việt Nam hiện nay

2.1 Sự bùng nổ của công nghệ kỹ thuật số và mạng thông tin toàn cầu

Cùng với chính sách phát triển công nghệ thông tin của nhà nước, trong những năm qua, người dân Việt Nam ngày càng tiếp cận tốt hơn với công nghệ thông tin hiện đại, đặc biệt là Internet, với khoảng 20 triệu người truy cập, chiếm 23,5% dân số, cao hơn mức trung bình của châu Á (18%)². Mạng Internet tạo cho con người sức mạnh liên kết mới. Nó mở ra cơ hội cho tất cả trong việc thu thập mọi thông tin. Với Internet, thông tin sẽ được lan tỏa một cách chóng mặt đặc biệt là thông qua các trang mạng xã hội như: Facebook, Twitter, Youtube... Với công nghệ làm phẳng thông tin qua công cụ Internet, mọi thông tin đều sẽ được công khai trước công chúng bằng cách này hay cách khác. Trong clip bài hát “Have a nice day” của Bon Jovi trên Youtube³ chúng ta có thể thấy rõ sức lan truyền của thông tin bởi công nghệ số. Từ một biểu tượng mặt cười được ca sĩ đề tặng người hâm mộ, chỉ trong tích tắc, biểu tượng ấy đã lan tỏa và có mặt ở khắp mọi nơi, từ đèn tín hiệu giao thông, quán cà phê, các cửa hiệu, biển báo đến những chiếc nắp cống nơi góc đường...

Trong thời đại kỹ thuật số, thông tin không có biên giới. Không có bất kỳ một rào cản nào có thể ngăn cản dòng chảy của thông tin. Sức lan tỏa của thông tin trên Internet dường như được chấp thêm cánh bởi sự ra đời của những công cụ tìm kiếm như Google, Yahoo...

(2) Báo cáo quốc gia kiểm điểm định kỳ việc thực hiện quyền con người ở Việt Nam năm 2009.

(3) Xem: <http://www.youtube.com/watch?v=uCg2BoKiuOM>

2.2 Hội nhập toàn cầu đòi hỏi mỗi nhà nước phải đảm bảo sự công khai minh bạch trước tiên là về mặt chính sách và pháp luật

Việc công khai thông tin nhằm giảm rủi ro cho các nhà đầu tư là một điều kiện thiết yếu trong giao lưu kinh tế quốc tế. Minh bạch là một đòi hỏi và là một cam kết quan trọng của Việt Nam khi gia nhập WTO. Trong đó, nhà nước phải đảm bảo công khai tất cả các văn bản pháp luật trước khi nó có hiệu lực, phải có nghĩa vụ lấy ý kiến công chúng đối với các dự thảo văn bản quy phạm pháp luật, nghĩa vụ công khai các chính sách thương mại, thành lập các điểm hỏi đáp cung cấp thông tin cho các đối tượng có quan tâm... Tất cả những yếu tố này bản thân chúng đã tạo ra sự công khai, minh bạch trong việc cung cấp thông tin về chính sách và pháp luật.

Tính minh bạch và tiếp cận thông tin đã trở thành một trong những tiêu chí quan trọng để đánh giá chỉ số năng lực cạnh tranh giữa các tỉnh, thành⁴ ở Việt Nam. Và cũng không phải tình cờ mà “thể chế” được xếp là trụ cột đầu tiên trong mười hai trụ cột đánh giá năng lực cạnh tranh quốc gia theo cách xếp hạng của diễn đàn kinh tế thế giới. Nó thể hiện sự “cởi mở” của nhà nước đối với công chúng nói chung cũng như các nhà đầu tư nói riêng. Tự do thông tin, minh bạch thông tin là một tiêu chí cụ thể trong vấn đề thể chế. Như vậy, để hòa nhập vào sân chơi chung, vấn đề bảo đảm quyền tiếp cận thông tin công đã trở thành một nhân tố thiết yếu. Mỗi quốc gia trong nỗ lực nâng cao năng lực cạnh tranh của mình cần phải có những bước đi hợp lý thể hiện sự “cởi mở” của nhà nước đối với công chúng.

2.3 Sự phát triển của xu hướng dân chủ trên thế giới

Bắt đầu tại châu Âu và châu Mỹ từ những năm cuối thế kỷ 18, đầu thế kỷ 19, làn sóng dân chủ thế giới đã thực sự trở thành một xu hướng có tính quy luật của xã hội loài người. Cho đến nay, làn sóng này đã trải qua ba giai đoạn phát triển. Giai đoạn thứ ba của làn sóng

dân chủ ngày nay bắt đầu từ giữa thập niên 1970. Nó gắn liền với hiện tượng hội nhập chặt chẽ của nền kinh tế toàn cầu, đưa tới việc cải thiện mức sống và giảm bớt nạn nghèo đói trên thế giới. Ở giai đoạn này, ba quyền tự do căn bản là: tự do ngôn luận và tự do báo chí; tự do lập hội; tự do ứng cử và bầu cử đã trở thành những tiêu chí quan trọng của làn sóng dân chủ đương đại. Đây cũng là những tiêu chí để đánh giá một nhà nước đã thực sự dân chủ hóa hay chưa. Dân chủ luôn gắn liền với tự do ngôn luận, tự do thông tin. Con người cần được tiếp cận thông tin và truyền đạt thông tin tạo ra không khí của xã hội dân chủ. Không có tự do thông tin không có dân chủ và ngược lại.

Với tính chất là một thế giới mở, các xu hướng xã hội lan tỏa một cách nhanh chóng, nhất là các xu hướng hợp quy luật. Các nhà nước tiến bộ trên thế giới đều đã và đang hòa mình vào xu thế dân chủ có tính chất toàn cầu này. Mỗi nhà nước đều cần thiết phải đảm bảo xây dựng đầy đủ những thành tố của dân chủ, trong đó có quyền tự do thông tin. Bảo đảm tự do thông tin, xây dựng xã hội dân chủ là một biểu hiện tiến bộ của mỗi nhà nước hiện nay.

3. Ba vấn đề về thông tin và tiếp cận thông tin ở Việt Nam hiện nay

3.1 Xã hội đang cần những thông tin đích thực

Để nói về thực trạng thông tin trong xã hội ngày nay, chúng ta có thể dùng một cụm từ: “khát thông tin”. Con người đang sống giữa một “rừng thông tin” nhưng vẫn “khát thông tin” bởi không phải thông tin nào cũng có thể trở thành cơ sở cho mỗi cá nhân, cộng đồng hoạch định cuộc sống. Những thông tin không tốt sẽ trở thành “độc dược” đối với con người. Cái con người cần đó chính là những thông tin chính xác có thể tin cậy được.

Tính đến tháng 3/2011, trong lĩnh vực báo chí in, cả nước có 745 cơ quan báo chí với 1003 ấn phẩm. Lĩnh vực phát thanh và truyền hình, cả nước có 67 đài, gồm 03 đài phát thanh,

(4) Xem: <http://www.pcvietnam.org/index.php?id=3>



truyền hình ở Trung ương (VTV, VTC, VOV) và 64 đài phát thanh-truyền hình ở các địa phương với 200 kênh chương trình sản xuất trong nước và 67 kênh nước ngoài. Trong lĩnh vực thông tin điện tử, cả nước có 46 báo điện tử và tạp chí điện tử, 287 trang tin điện tử.⁵ Với số lượng đồ sộ các cơ quan báo chí như vậy, lượng thông tin mà người dân được tiếp cận là rất lớn. Hay có thể nói một cách ví von rằng người dân đang bị “lụt” thông tin. Thế nhưng, điều này không đồng nghĩa với việc quyền tiếp cận thông tin của người dân đang được bảo đảm một cách tốt nhất. Vấn đề thực sự không nằm ở số lượng các thông tin mà là ở chất lượng thông tin. Chúng ta mới chỉ xây dựng được sự đa dạng về các phương tiện cung cấp thông tin cho người dân mà chưa thực sự có được sự đa dạng về nội dung và chất lượng thông tin. Thông tin trong xã hội hiện đại cần được xem xét ở góc độ “tính mới”. Tính mới của thông tin không chỉ đề cập đến sự khác biệt của các sự vật hiện tượng được phản ánh mà còn bao hàm cả sự đa dạng về góc nhìn, quan điểm khi xem xét về cùng một sự vật, hiện tượng trong đời sống. Ở một mặt khác,

tính mới của thông tin còn phụ thuộc vào đối tượng tiếp cận thông tin.

Trở lại với khái niệm, thông tin là cái có thể làm thay đổi tình trạng kiến thức của một người về các sự kiện diễn ra trong thế giới xung quanh. Nói cách khác, thông tin đóng vai trò là nhân tố làm “đầy” thêm kiến thức của con người. Vậy cái cốt lõi làm nên giá trị sống của thông tin là gì? Trong trường hợp này, cái có khả năng làm “đầy” chỉ có thể là cái chưa có. Điều này đồng nghĩa với việc đối với cá nhân được tiếp cận thông tin thì những nội dung mà họ được truyền đạt chỉ được gọi là thông tin khi nó có “tính mới”. Thông tin mới là thông tin mà người được truyền đạt (người tiếp nhận) chưa biết (chưa có trong kho tàng tri thức của họ). Không có tính mới thông tin không còn là thông tin đúng nghĩa bởi những thông tin cũ không thể hoàn thành được chức năng làm thay đổi, làm “đầy” thêm kiến thức của chủ thể tiếp nhận. Tuy nhiên, vấn đề được đặt ra là làm thế nào để xác định được “tính mới” của thông tin? Điều cố nhiên là không thể lấy mỗi cá nhân làm hệ quy chiếu để xác định về “tính mới” của thông tin. Hệ quy chiếu ở đây phải

(5) Báo cáo đánh giá công tác báo chí năm 2010 và một số nhiệm vụ chủ yếu trong thời gian sắp tới, tr.3.

được nhận diện ở góc độ chủ thể tiếp cận thông tin theo nghĩa rộng là tất cả những ai có quyền tiếp cận thông tin đó. Mặc nhiên, chúng ta chỉ có thể lấy mẫu số chung là nhận thức và nhu cầu của cộng đồng. Điều này đặt ra nhu cầu về việc phân loại đối tượng tiếp cận thông tin để có thể bảo đảm một cách tốt nhất quyền tiếp cận thông tin của mọi chủ thể.

Các hãng tin như CNN hay BBC luôn tạo được chỗ đứng trong giới truyền thông quốc tế bởi những bản tin đặc sắc, mang bản sắc riêng của nhà đài và ở họ không bao giờ có sự trùng lặp về thông tin. Thương hiệu của mỗi kênh thông tin được xây dựng trên những tiêu chí về góc nhìn, hướng phân tích và sự sắc sảo của người đưa tin. “Kênh” thông tin được ám chỉ về những góc nhìn khác nhau của mỗi nhà đài trong các vấn đề kinh tế, chính trị, xã hội. Ở nước ta, “kênh” thông tin đang được hiểu chưa thực sự chuẩn xác. Một số cơ quan báo chí thường đưa tin theo một hướng, thậm chí là lặp lại nguyên si (nguyên bản) thông tin mà cơ quan báo chí khác đã đăng, đôi khi có những cuộc cãi nhau giữa các nghệ sĩ về sự xấu, đẹp, ghen ghét, đố kỵ... xin được phép không xếp những đôi co kiểu này vào nhóm các thông tin đối lập.

Thông tin không có “tính mới”, không có sự khác biệt giữa các cơ quan báo chí dẫn đến người dân không có cơ hội để lựa chọn những nguồn tin tốt. Với xu hướng toàn cầu hóa hiện nay, nếu chúng ta không thể tạo ra sự đa dạng về “kênh” thông tin thì người dân sẽ tự đi tìm những thứ mình cần. Điều này đồng nghĩa với việc chúng ta đang tự nhường lại thị phần cho các hãng truyền thông uy tín trên thế giới. Với những yếu tố mang tính địa chính trị, việc phụ thuộc vào các hãng truyền thông quốc tế không phải là một hướng tốt cho nền thông tin quốc gia. Thậm chí điều này sẽ tạo ra những nguy cơ không thể lường trước được bởi sự diễn tiến của biến đổi tư tưởng thực sự rất khó lường.

3.2 Sự ra đời các quan điểm trái chiều là một quy luật tất yếu của xã hội

Khi xã hội phát triển và nhu cầu của con người đạt đến đỉnh cao thì vấn đề tự khẳng

định mình của mỗi cá nhân trong xã hội là một nhu cầu hiện hữu và phổ biến. Nhu cầu tự khẳng định mình kết hợp với tính không đồng nhất của xã hội sẽ sản sinh ra những tư tưởng trái chiều. Đó là một quy luật rất tự nhiên.

Những quan điểm không thuận chiều này có thể là những quan điểm đúng đắn và khoa học như thuyết nhật tâm mà Bruno đã bảo vệ; nhưng cũng không tránh khỏi những quan điểm mang tính xuyên tạc nhằm những mục đích không tốt đẹp. Tiếp cận thông tin, trao đổi thông tin là một nhu cầu thiết yếu của con người. Sự phát triển của khoa học công nghệ và môi trường toàn cầu hóa hiện nay đã tạo điều kiện cho thông tin được lưu thông một cách dễ dàng hơn bao giờ hết và việc chống lại tự do thông tin là một khả năng không thể. Chính vì thế, vấn đề mà bất cứ một quốc gia nào cũng phải giải quyết đó là việc xây dựng một cơ chế lên tiếng, cơ chế đảm bảo “quyền được nói” của người dân để sàng lọc giữa những ý kiến trái chiều có tính xây dựng với phần còn lại là những quan điểm xuyên tạc, đả phá.

Có thể nói, chính vì thiếu diễn đàn cho những thông tin trái chiều, blog cá nhân đã ra đời như một cơ hội để công chúng thể hiện những quan điểm riêng mà các phương tiện thông tin đại chúng hiện nay vì một lý do nào đó chưa dám đề cập đến. Tuy nhiên, blog cá nhân đôi khi lại bị lạm dụng. Ở mặt nào đó, do nội dung các bài viết không được biên tập chuyên nghiệp nên đôi khi các tác giả đã không kiểm soát được giới hạn của những điều được nói và những điều không được nói, không kiểm soát được ranh giới của tự do ngôn luận và vi phạm pháp luật. Chính vì thế mới có những vụ việc như “blog Cô gái Đồ Long”... Điều này sẽ tạo ra một tiền lệ không tốt cho việc quản lý xã hội cũng như tạo ra những hiểu nhầm không đáng có của quốc tế về chế độ ta.

3.3 Một số tệ nạn xã hội ra đời từ việc thiếu cơ chế đảm bảo quyền tiếp cận thông tin

Trên bình diện pháp lý, hệ thống pháp luật Việt Nam cũng đã có những quy định về tiếp cận thông tin trong một số lĩnh vực cụ thể. Tuy nhiên, những quy định này còn rải

rác, chưa rõ ràng, đầy đủ, đặc biệt là cơ chế cho việc thực hiện nó đang cần có sự cố gắng lớn từ mọi phía. Chưa có trường hợp nào cán bộ, công chức bị kỷ luật vì không cung cấp, cung cấp không đầy đủ, kịp thời thông tin cho người dân. Trên thực tế, người dân đang gặp rất nhiều khó khăn trong việc tiếp cận các thông tin công. Không những thế, thiếu hành lang pháp lý cho việc tiếp cận thông tin, người dân và doanh nghiệp đang gặp rất nhiều khó khăn trong hoạch định cuộc sống, chiến lược kinh doanh. Nguồn lực thông tin xã hội đang bị lãng phí, kéo theo đó là các tệ nạn đang bào mòn xã hội, làm gia tăng khoảng cách giàu nghèo cũng như suy thoái đạo đức.

Sự khó khăn của cuộc sống khiến *con người phải bỏ ra một sức lực rất lớn để có thể kiếm được một khoản thu nhập chỉ vừa đủ để tái sản xuất sức lao động của mình, tức là con người quá vất vả để có được đời sống đơn giản, để tồn tại, cho nên, con người luôn luôn sẵn sàng làm những việc xấu.*⁶ Khi con người nhận thức được mỗi lợi mà thông tin đem đến họ sẽ tìm mọi cách để có nó. Một số người giữ thông tin dễ dàng có một món lợi kích xù từ nguồn thông tin đó, chính vì thế, họ cũng sẵn sàng làm rất nhiều việc trong bóng tối để nhận được những thông tin “béo bở”.

Trước thực trạng quan niệm về năng lực của con người gần như đồng nghĩa với số tiền mà anh ta kiếm được thì thông tin lại càng trở thành đối tượng theo đuổi cho tất cả những ai muốn gia tăng lợi ích từ nó. Một trong những yếu tố quan trọng để có thể ngăn chặn được con người làm điều xấu, ngăn chặn bất công và tệ nạn xã hội là làm cho tất cả mọi người đều có khả năng tiếp cận thông tin. Khi đó, thông tin không còn là thứ hàng hóa khan hiếm và mọi người cũng không cần phải bỏ tiền ra để mua chúng. Ai cũng có thể có được thông tin một cách dễ dàng. Đó là điều tốt đẹp mà xã hội cần hướng đến vì nhân quyền bình đẳng.

Kết luận

Từ góc độ xã hội, thông tin là một nhu cầu thiết yếu của con người. Dưới sự tác động của các yếu tố thúc đẩy tự do thông tin, các nhà nước không thể và hoàn toàn không có khả năng ngăn chặn dòng chảy của thông tin trong thời đại ngày nay. **Mỗi quốc gia phải tôn trọng tự do thông tin như một quy luật tự nhiên của tạo hoá và chấp nhận những quan điểm trái chiều như là một sự đa dạng vốn có của xã hội loài người.**

Trong vai trò quản lý xã hội, nhà nước cần nhận thức đầy đủ những quy luật tất yếu cũng như những nguy cơ mà các quy luật này có thể mang lại. Những cơ chế chốt lọc thông tin phải được tạo ra đồng thời với những điều kiện thúc đẩy tự do thông tin. Nhà nước cần thiết phải xây dựng những cơ chế cho việc đa dạng hóa các kênh truyền thông. Trong đó, đảm bảo “tính mới”, sự phong phú trong nội dung thông tin là yếu tố quan trọng đảm bảo quyền tiếp cận thông tin của người dân trong giai đoạn hiện nay.

Đồng thời, cơ chế pháp lý bảo đảm quyền tiếp cận thông tin phải lường trước được những rủi ro của tự do thông tin. Đó là nguy cơ về khả năng xâm phạm các quyền và lợi ích chính đáng của chủ thể khác như: bí mật kinh doanh, bí mật đời tư... Chúng ta phải thấy được tác động lan truyền của tự do thông tin trong điều kiện công nghệ số hiện nay và khả năng của nó trong việc tác động đến dư luận xã hội tạo ra những làn sóng nhanh chóng về các vấn đề xã hội. Đây là một nguy cơ rất dễ dẫn đến bất ổn xã hội mà quá trình xây dựng cơ chế pháp lý cần quan tâm. Cuối cùng, chính là vấn đề độ tin cậy của thông tin. Những cơ chế sàng lọc độ tin cậy của thông tin cũng phải được thiết lập bởi nếu không có nó xã hội sẽ bị “nhiều” thông tin, cuộc sống của người dân sẽ bị xáo trộn, trở nên bất ổn.

Tất cả những yếu tố trên đã khẳng định nhu cầu về một đạo luật nhằm bảo đảm quyền tiếp cận thông tin ở tất cả các khía cạnh của cuộc sống cũng như quản lý nhà nước. ■

(6) Nguyễn Trần Bạt (2006) – xã hội học tham nhũng, nguồn: <http://trongtaithuongmai.com/news/xa-hoi-hoc-tham-nhung.aspx>

HOÀN THIỆN QUY ĐỊNH VỀ BẢO ĐẢM QUYỀN CÓ NGƯỜI BÀO CHỮA TRONG PHÁP LUẬT TỔ TỤNG HÌNH SỰ VIỆT NAM

■ LƯƠNG THỊ MỸ QUỲNH*

Bảo đảm quyền bào chữa của người bị tạm giữ, bị can, bị cáo là một nguyên tắc cơ bản của luật tố tụng hình sự (TTHS) Việt Nam.¹ Theo đó, người bị tạm giữ, bị can, bị cáo có quyền tự mình bào chữa hoặc thông qua người bào chữa (NBC) - bao gồm luật sư, bào chữa viên nhân dân (BCVND) hoặc người đại diện hợp pháp của họ. Tuy nhiên, thực tế giải quyết vụ án hình sự cho thấy, vai trò của NBC khi tham gia tố tụng chưa được tôn trọng và quyền có NBC chưa được bảo đảm một cách toàn diện, thậm chí bị vi phạm. Một trong những nguyên nhân dẫn đến tình trạng này bắt nguồn từ những quy định thiếu nhất quán và không mang tính khả thi. Vì vậy, cần thiết phải sớm hoàn thiện các quy định của Bộ luật TTHS (BLTTHS) về quyền có NBC. Việt Nam đã và đang tiến hành cải cách tư pháp. Một trong những nhiệm vụ trọng tâm của công tác cải cách đó là mở rộng hoạt động tranh tụng tại phiên tòa xét xử hình sự, trong đó nhấn mạnh đến việc mở rộng hơn nữa quyền của NBC và của người bị tạm giữ, bị can, bị cáo.² Bài viết đưa ra những kiến nghị nhằm hoàn thiện BLTTHS về bảo đảm quyền có NBC, nâng cao hiệu quả trong hoạt động điều tra, truy tố và xét xử vụ án hình sự.

1. Những kiến nghị mang tính định hướng

1.1. Mở rộng hoạt động tranh tụng và ghi nhận tranh tụng là một nguyên tắc cơ bản, quan trọng trong tố tụng hình sự

Mục đích cuối cùng của TTHS là đảm bảo tính công bằng của pháp luật và hơn hết là đảm bảo quyền con người, quyền công dân trong quá trình giải quyết vụ án hình sự. Chính vì vậy, tranh tụng công bằng cần phải được nhìn nhận là một yếu tố đảm bảo nguyên tắc xét xử công bằng. Đây là tiền đề cho việc xác định đúng đắn vai trò của NBC cũng như đảm bảo tốt hơn quyền có NBC của người bị tạm giữ, bị can, bị cáo.

Với cách tiếp cận đó, đảm bảo tranh tụng công bằng trong hoạt động TTHS là vấn đề mang tính khách quan. Xét về bản chất, tranh tụng luôn gắn liền với hoạt động tài phán và chỉ có thể được thực hiện trọn vẹn ở phiên tòa với sự tham gia đầy đủ của các bên.³ Tuy nhiên, sẽ là không toàn diện nếu chỉ giới hạn tranh tụng trong phạm vi của phiên tòa hoặc đồng nhất tranh tụng với tranh luận tại phiên tòa; hay chỉ coi các quy định về trình tự, thủ tục xét xử vụ án tại phiên tòa mới là các quy định về tranh tụng.⁴ Một bản án công bằng phải là kết quả của việc xem xét đầy đủ chứng cứ của các bên trong các giai đoạn của quá trình giải quyết vụ án mà không chỉ ở giai đoạn xét

(*) ThS. Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.

(1) Điều 11 BLTTHS 2003.

(2) Nghị quyết 08 NQ/TW ngày 22/2/2002 và Nghị quyết 49 NQ/TW ngày 2/6/2005 của Bộ Chính trị.

(3) John H. Langbein, *The Origins of the Adversary Trial*, Oxford, 2003, tr.23.

(4) Trần Văn Độ, *Bản chất tranh tụng tại phiên tòa*, Tạp chí Khoa học Pháp lý, số 4/2004.

xử tại phiên tòa. Do đó, cần phải thay đổi quan điểm cho rằng hoạt động tranh tụng là hoạt động chỉ diễn ra ở phiên tòa xét xử. Thực chất, phiên tòa tranh tụng là thời điểm mấu chốt để Tòa án đưa ra phán quyết cuối cùng đối với bị cáo. Tuy nhiên, nếu thiếu vắng sự đối tụng công bằng trong các giai đoạn tố tụng tiền xét xử (hoạt động điều tra) sẽ khó đảm bảo tính khách quan và công bằng của bản án. Do đó, mở rộng phạm vi tranh tụng trong giai đoạn điều tra cũng chính là mở rộng phạm vi bảo đảm quyền có NBC của người bị tạm giữ, bị can, bị cáo. Sự hiện diện của NBC trong quá trình điều tra vụ án sẽ góp phần đảm bảo tính khách quan và công bằng cho phán quyết của Tòa án.

Bên cạnh đó, để tranh tụng đạt kết quả, phải ghi nhận “tranh tụng” là phương pháp chủ yếu trong suốt quá trình TTHS mà không chỉ ở phiên tòa xét xử sơ thẩm. Cần phải hiểu tranh tụng là sự đối tụng công bằng giữa các bên đối trọng nhau về quyền lợi. Muốn đạt được tranh tụng, đòi hỏi các bên phải có những cơ hội ngang bằng nhau về quyền thu thập chứng cứ và trình bày chứng cứ, mà không chỉ đơn thuần là những kết quả thu được từ hoạt động thẩm vấn.

Chúng tôi cho rằng, mở rộng tranh tụng cần thiết phải đi đôi với ghi nhận tranh tụng là nguyên tắc cơ bản của BLTTHS⁵. Việc ghi nhận nguyên tắc tranh tụng sẽ là cơ sở pháp lý để các bên trong TTHS tiến hành các hoạt động bình đẳng và tuân thủ pháp luật. Việc ghi nhận nguyên tắc tranh tụng phải dựa trên một số tiêu chí: (i) ghi nhận đầy đủ nội dung của nguyên tắc tranh tụng nhằm phân định rõ các chức năng cơ bản trong TTHS là: buộc tội, bào chữa, xét xử; (ii) quy định nhiệm vụ và quyền hạn của các chủ thể thuộc bên buộc tội, bên bào chữa và Tòa án phù hợp với chức năng tố tụng của chủ thể đó theo quy định của pháp luật; (iii) quy định đầy đủ các điều kiện bảo đảm cần thiết để các chủ thể thuộc bên buộc

tội và bên bào chữa bình đẳng với nhau trong tranh tụng.

Từ phương diện bảo vệ quyền của người bị tạm giữ, bị can, bị cáo trong TTHS, việc ghi nhận nguyên tắc tranh tụng sẽ là cơ chế bảo đảm cho việc thực hiện các quyền đó trên thực tế. Với quy định hiện hành, pháp luật dường như đặt toàn bộ gánh nặng trách nhiệm chứng minh vụ án lên Hội đồng xét xử, đòi hỏi ở Tòa án một vai trò quá tích cực không cần thiết trong tranh tụng, dẫn đến tình trạng Tòa án “lấn sân” các chủ thể khác trong việc thực hiện chức năng buộc tội và chức năng bào chữa, hạn chế tính chủ động của các chủ thể đó. Như một tất yếu, chức năng xét xử của Tòa án cũng bị hạn chế. Do đó, ghi nhận tranh tụng là một nguyên tắc tố tụng cơ bản sẽ cân bằng lại vai trò của các bên trước Tòa án, khẳng định hơn nữa vai trò của NBC, đồng thời sẽ là cơ chế bảo đảm hiệu quả nhất quyền có NBC của người bị tạm giữ, bị can, bị cáo.

1.2. Nâng cao năng lực và nhận thức của cơ quan tiến hành tố tụng, người tiến hành tố tụng

Quyền có NBC của người bị tạm giữ, bị can, bị cáo không thể được bảo đảm nếu cơ quan tiến hành tố tụng (THTT), người THTT không nhận thức đúng nội dung, ý nghĩa và tầm quan trọng của nó. Cơ quan THTT, người THTT là những chủ thể trực tiếp thực hiện các hoạt động tố tụng theo quy định của pháp luật nhằm thu thập, kiểm tra, đánh giá chứng cứ làm sáng tỏ các yếu tố của đối tượng chứng minh và tiến hành giải quyết vụ án trong phạm vi quyền hạn của mình. Trước hết, họ phải nhận thức được việc bảo đảm thực hiện quyền bào chữa của người bị tạm giữ, bị can, bị cáo chính là giúp họ giải quyết vụ án khách quan, toàn diện và đầy đủ. Đây cũng là nhiệm vụ mà Nhà nước giao cho họ thực hiện. Trong thực tế, không phải tất cả những người THTT đều nhận thức đúng vấn đề này. Là người trực tiếp giải quyết vụ án hình sự, hơn ai hết, người

(5) Hiện tại, BLTTHS năm 2003 dành hẳn một chương (Chương 2) quy định về các nguyên tắc cơ bản (tuy nhiên chưa quy định nguyên tắc tranh tụng).

THTT phải am hiểu thấu đáo những quy định của pháp luật về quyền có NBC. Họ có nghĩa vụ phải giải thích cho người bị tạm giữ, bị can, bị cáo hiểu rõ quyền bào chữa, đồng thời tạo điều kiện thuận lợi để quyền này được thực hiện có hiệu quả. Muốn vậy, ngoài việc nâng cao năng lực chuyên môn, những người THTT phải có ý thức tuân thủ và nhận thức một cách nghiêm túc và đúng đắn vấn đề này.

Nghị quyết Hội nghị Trung ương III Khoá VIII của Ban Chấp hành trung ương Đảng nêu rõ: “Xây dựng đội ngũ cán bộ tư pháp trong sạch, vững mạnh, có phẩm chất chính trị, đạo đức tốt và có năng lực chuyên môn. Lập quy hoạch tuyển chọn, đào tạo, sử dụng cán bộ tư pháp theo từng loại chức danh với tiêu chuẩn cụ thể”. Quán triệt Nghị quyết của Đảng, các cơ quan tư pháp, đặc biệt là cơ quan THTT đã triển khai nhiều biện pháp cụ thể để xây dựng đội ngũ THTT vừa đủ về số lượng, vừa đảm bảo về chất lượng. Để nâng cao kiến thức chuyên môn và nhận thức của đội ngũ THTT, phải tập trung một số vấn đề sau:

Một là, thường xuyên đào tạo, bồi dưỡng và tập huấn cho những người THTT. Nội dung đào tạo, bồi dưỡng là những kiến thức mới về pháp luật, nghiệp vụ, kinh nghiệm thực tế. Tổ chức các đợt kiểm tra kiến thức chuyên môn, đánh giá trình độ, từ đó có chế độ tuyên dương, khen thưởng xứng đáng. Phát động các phong trào thi đua có ý nghĩa trau dồi về đạo đức, tác phong sống, làm việc nghiêm túc, lành mạnh; coi đây là cơ sở đề xuất bổ nhiệm, miễn nhiệm.

Hai là, thay đổi nhận thức chưa đúng đắn của những người THTT về vai trò, vị trí của NBC trong TTHS. Cần phải nhìn nhận sự tham gia của NBC là yếu tố khách quan để vụ án được giải quyết đúng đắn. Sự có mặt của NBC trong vụ án không gây khó khăn cho các cơ quan THTT, họ chỉ bác bỏ việc buộc tội thiếu căn cứ chứ không phải là “đối thủ” của các cơ quan THTT. Vì vậy, người THTT cần



phải tạo điều kiện cho NBC thực hiện tốt chức năng bào chữa.

Ba là, trang bị đầy đủ phương tiện, kinh phí phục vụ công tác cho những người THTT.

1.3. Tuyên truyền và nâng cao ý thức pháp luật đối với người dân

Tuyên truyền pháp luật là một phương pháp hiệu quả nhằm nâng cao hiểu biết của người dân về kiến thức pháp luật. Điều này một mặt giúp người dân tự ý thức và tuân thủ pháp luật, tự mình bảo vệ những lợi ích chính đáng của bản thân và lợi ích chung của xã hội, mặt khác giúp cơ quan THTT nhanh chóng phát hiện và có biện pháp xử lý kịp thời đối với những hành vi phạm tội. Do đó, cần thiết phải thay đổi nhận thức của người dân nói chung và người bị tạm giữ, bị can, bị cáo nói riêng khi cho rằng, sự tham gia tố tụng của NBC là không cần thiết và tốn kém. Nhận thức không đúng về vai trò và vị trí của NBC chính là rào cản lớn làm cho sự tham gia của NBC trở nên khó khăn, trong khi bản thân người bị tạm giữ, bị can, bị cáo và người đại diện hợp pháp của họ lại không có khả năng bào chữa có hiệu quả. Việc NBC tham gia tố tụng để bảo vệ cho người bị tạm giữ, bị can, bị cáo phụ thuộc rất nhiều vào ý chí chủ quan của chính họ, người đại diện hợp pháp cũng như gia đình của họ. Do vậy, việc thay đổi nhận thức về vai trò của NBC là cách

tốt nhất để trang bị cho người bị tạm giữ, bị can, bị cáo những phương tiện, biện pháp giúp họ bảo vệ mình trước nguy cơ bị xâm phạm hoặc đe dọa bị xâm phạm các quyền tố tụng từ phía những người THTT, cơ quan THTT nhằm thực hiện quyền bào chữa của mình.

Đối với NBC, việc bồi dưỡng, nâng cao kiến thức pháp luật và kỹ năng hành nghề là một việc làm cần thiết. NBC phải nhận thức và nêu cao hơn nữa trách nhiệm của mình khi tham gia tố tụng bảo vệ quyền lợi cho người bị tạm giữ, bị can, bị cáo. NBC phải thường xuyên được cập nhật kiến thức pháp luật và bồi dưỡng nghiệp vụ để đáp ứng yêu cầu thực tiễn thực hiện quyền bào chữa của người bị tạm giữ, bị can, bị cáo có hiệu quả.

2. Những kiến nghị cụ thể

(i) Hiện nay, với quy định hiện hành,⁶ trách nhiệm chứng minh tội phạm thuộc về các cơ quan THTT, bao gồm cả Tòa án. Quy định này cho thấy Tòa án sẽ đồng thời thực hiện hai chức năng, vừa chứng minh tội phạm, vừa xét xử. Cần phải thống nhất quan điểm Tòa án cũng tham gia hoạt động chứng minh bảo vệ công bằng pháp luật nhưng thông qua chức năng xét xử. Quy định như trên vô hình chung đã ràng buộc Tòa án phải làm thay chức năng truy tố buộc tội của Viện Kiểm sát. Nếu chức năng tố tụng không được phân định rõ ràng, nguyên tắc tranh tụng sẽ khó được đảm bảo trên thực tế. Để phù hợp với nhiệm vụ trọng tâm của cải cách tư pháp là nâng cao tính tranh tụng của phiên tòa xét xử vụ án hình sự, nên sửa đổi Điều 10 BLTTHS theo hướng: “trách nhiệm chứng minh tội phạm thuộc về Cơ quan Điều tra và Viện Kiểm sát; Tòa án thực hiện chức năng xét xử; bị can, bị cáo có quyền nhưng không có nghĩa vụ chứng minh là mình vô tội”.

(ii) Theo quy định tại Điều 57 BLTTHS Việt Nam, người bị tạm giữ, bị can, bị cáo trong các trường hợp chỉ định NBC có 3 quyền: quyền lựa chọn, quyền yêu cầu thay đổi và quyền từ chối NBC. Tuy nhiên, việc quy định các quyền này chưa rõ ràng và hợp lý, gây khản trong việc áp dụng pháp luật. Do đó, nên sửa đổi, bổ sung Điều 57 BLTTHS về 3 nội dung:

Thứ nhất, liên quan đến quyền lựa chọn NBC.⁷ Cần thiết phải sửa đổi, bổ sung quy định về quyền lựa chọn NBC theo hướng phân định rõ quyền lựa chọn NBC trong trường hợp bị can, bị cáo tự thuê với trường hợp NBC do cơ quan THTT chỉ định.

Với trường hợp NBC do người người bị tạm giữ, bị can, bị cáo thuê: Quyền lựa chọn NBC cần được quy định theo hướng phân định rõ ràng giữa quyền lựa chọn NBC của bị can, bị cáo là người đã thành niên với bị can, bị cáo là người chưa thành niên, người có nhược điểm về tâm thần hoặc thể chất.

Với trường hợp người bị tạm giữ, bị can, bị cáo là người đã thành niên, họ có quyền lựa chọn và thay đổi NBC cho mình. Trong trường hợp họ không thể trực tiếp mời (thuê) NBC thì người đại diện hợp pháp có thể mời NBC với sự đồng ý của họ.

Đối với trường hợp người bị tạm giữ, bị can, bị cáo là người chưa thành niên, người có nhược điểm về tâm thần hoặc thể chất thì người đại diện hợp pháp của họ cũng có quyền lựa chọn NBC. Nếu có sự không thống nhất về việc lựa chọn NBC giữa người bị tạm giữ, bị can, bị cáo và người đại diện hợp pháp của họ, thì quyền quyết định cuối cùng sẽ do người bị tạm giữ, bị can, bị cáo quyết định.

Với trường hợp NBC do cơ quan THTT chỉ định: Để bảo đảm người bị tạm giữ, bị can, bị cáo có ngay NBC, cần bổ sung khoản 2 Điều 57 BLTTHS về quyền lựa chọn NBC theo

(6) Điều 10 BLTTHS quy định: “Cơ quan điều tra, Viện kiểm sát và Toà án phải áp dụng mọi biện pháp hợp pháp để xác định sự thật của vụ án một cách khách quan, toàn diện và đầy đủ, làm rõ những chứng cứ xác định có tội và chứng cứ xác định vô tội, những tình tiết tăng nặng và những tình tiết giảm nhẹ trách nhiệm hình sự của bị can, bị cáo.”

(7) Hiện tại, theo hướng dẫn của Nghị quyết 03/2004/NQ-HĐTP ngày 02/10/2004 của Hội đồng thẩm phán TANDTC, bị can, bị cáo hoặc người đại diện hợp pháp của họ có quyền lựa chọn NBC. Tuy nhiên, cả BLTTHS và văn bản trên đều không phân định rõ ràng quyền lựa chọn NBC này là đối với trường hợp NBC chỉ định hay NBC được thuê.

hướng: Trong các trường hợp chỉ định NBC, người bị tạm giữ, bị can, bị cáo có quyền lựa chọn NBC dựa trên danh sách các luật sư mà cơ quan THTT cung cấp. Cơ quan THTT có nghĩa vụ tập hợp và cung cấp ngay cho người bị tạm giữ, bị can, bị cáo danh sách các luật sư có đủ năng lực từ các đoàn luật sư.

Thứ hai, sửa đổi, bổ sung nội dung liên quan đến quyền từ chối NBC. Sự có mặt của NBC trong trường hợp này là thực sự cần thiết không chỉ đối với người bị tạm giữ, bị can, bị cáo mà còn đảm bảo tính tranh tụng trong quá trình chứng minh tội phạm. Người chưa thành niên, người có khiếm khuyết về tâm thần hoặc thể chất là đối tượng đặc biệt, hạn chế về nhận thức nên cần thiết phải có NBC trong quá trình TTHS. Kinh nghiệm của một số nước cho thấy, quyền từ chối NBC nên được khuyến cáo hạn chế áp dụng trong những trường hợp có nghi vấn về khả năng tự bào chữa của người bị tạm giữ, bị can, bị cáo, ví dụ như trường hợp họ là người chưa thành niên hoặc người bị hạn chế về năng lực tâm thần.⁸ Trong khi một số nước khác không quy định người bị tạm giữ, bị can, bị cáo có quyền từ chối NBC trong các trường hợp bắt buộc chỉ định NBC.⁹ Vấn đề bảo đảm quyền trước hết phải xuất phát từ mong muốn của người bị tạm giữ, bị can, bị cáo (khi họ hoàn toàn sáng suốt và ý thức được việc từ chối quyền mà pháp luật trao). Do đó, quyền từ chối NBC vẫn cần thiết phải được ghi nhận. Tuy nhiên, khía cạnh đảm bảo lợi ích chung của Nhà nước và tính công bằng của pháp luật cũng cần phải được tôn trọng. Chính vì vậy, trong những trường hợp nếu thấy rằng quyền lợi của người bị tạm giữ, bị can, bị cáo có thể bị đe dọa vì thiếu vắng sự tham gia của NBC, Nhà nước cần phải cân nhắc, chấp nhận hay không việc từ chối của họ. Quy định như hiện nay tại Điều 57 BLTTHS Việt Nam là chưa

hợp lý.¹⁰ Do đó, nên xây dựng một điều luật về quyền từ chối NBC theo hướng người bị tạm giữ, bị can, bị cáo có quyền từ chối quyền có NBC (trừ trường hợp là người chưa thành niên, người có nhược điểm về tâm thần hoặc thể chất). Đồng thời, quy định các cơ quan THTT có nghĩa vụ giải thích những hậu quả của việc từ chối quyền có NBC; việc từ chối NBC phải đảm bảo trong điều kiện người từ chối minh mẫn và tự nguyện; việc từ chối phải lập thành văn bản có chữ ký của người từ chối và xác nhận của cơ quan THTT.

Thứ ba, nên quy định về việc cử NBC dự bị cho người bị tạm giữ, bị can, bị cáo trong trường hợp họ gặp khó khăn về việc tự bào chữa do trước đó đã từ chối NBC. Đây là quy định được nhiều nước áp dụng. Quy định mở rộng này sẽ giải quyết được thực trạng khi mà bị cáo đã từ chối NBC ở giai đoạn điều tra, nhưng sau đó lại đề nghị được chỉ định NBC tại phiên tòa. Sự tham gia của NBC sẽ đảm bảo tính công bằng trong TTHS. Theo đó, các cơ quan THTT chỉ cần nắm danh sách luật sư của các đoàn luật sư cũng như của các trung tâm trợ giúp pháp lý để dự trữ việc cung cấp kịp thời NBC dự bị cho người bị tạm giữ, bị can và bị cáo trong tất cả các giai đoạn tố tụng.

Thứ tư, cần mở rộng phạm vi khoản 2 Điều 57 BLTTHS về đối tượng được chỉ định NBC. Theo quy định hiện hành, người bị tạm giữ, bị can, bị cáo chỉ được chỉ định NBC trong hai trường hợp: a) Bị can, bị cáo về tội theo khung hình phạt có mức cao nhất là tử hình được quy định tại Bộ luật Hình sự; b) Bị can, bị cáo là người chưa thành niên, người có nhược điểm về tâm thần hoặc thể chất. Quy định này cho thấy phạm vi đảm bảo quyền có NBC là quá hẹp so với quy định của nhiều nước trên thế giới.¹¹ Theo đó, với những người bị cáo buộc về các tội phạm nghiêm trọng, cần thiết phải

(8) Xem ví dụ án lệ *Johnson v. Zerbst* 304 U.S., đoạn 464-65 (1938) của Tòa án tối cao Mỹ.

(9) Xem ví dụ Điều 141 BLTTHS Đức.

(10) Theo quy định hiện hành, người bị tạm giữ, bị can, bị cáo có quyền từ chối NBC do họ mời hoặc do cơ quan THTT chỉ định.

(11) Ví dụ, ở Mỹ quyền được chỉ định NBC được áp dụng cho những trường hợp bị cáo buộc về hình phạt tù (xem án lệ: *Bett v. Brady*, 316 U.S. 455 (1942), *Gideon v. Wainwright* 372 U.S. 335 (1963), *Argersinger v. Hamlin*, 407, U.S. 25 (1972)). Ở Đức, việc chỉ định NBC được tiến hành nếu người bị buộc tội bị truy tố về một tội phạm nghiêm trọng hoặc kết quả của việc truy tố là cấm hành nghề (Điều 140 BLTTHS).

có cơ chế bảo đảm cho họ có quyền có NBC. Chính vì vậy, nên bổ sung quy định tại khoản 2 Điều 57 BLTTHS theo hướng quy định thêm các trường hợp được bào chữa chỉ định, bao gồm những tội theo khung hình phạt có mức cao nhất là hai mươi năm, tù chung thân hoặc tử hình được quy định trong Bộ luật Hình sự (hiện nay chỉ áp dụng đối với mức tử hình).

(iii) Sửa đổi, bổ sung khoản 1 Điều 58 theo hướng cho phép NBC tham gia từ khi khởi tố bị can đối với những tội xâm phạm an ninh quốc gia.

Sự tham gia của NBC, đặc biệt là của luật sư vào các giai đoạn tố tụng là điều kiện rất quan trọng để bảo đảm quyền bào chữa của người bị tạm giữ, bị can, bị cáo. Quy định như Điều 58 BLTTHS,¹² đã hạn chế sự tham gia của NBC trong trường hợp cần giữ bí mật điều tra đối với tội xâm phạm an ninh quốc gia; hạn chế quyền của NBC thu thập chứng cứ đối với tài liệu thuộc bí mật nhà nước, bí mật công tác... Nhiệm vụ đảm bảo bí mật an ninh quốc gia là nhiệm vụ tối quan trọng và đòi hỏi sự bảo mật. Tuy nhiên với ý kiến cho rằng sự tham gia của NBC ngay từ giai đoạn đầu của quá trình tố tụng sẽ gây khó khăn cho cơ quan THTT trong việc điều tra vụ án, không bảo đảm bí mật điều tra, làm lộ bí mật nhà nước, bí mật công tác... là không có cơ sở và không thuyết phục. Hơn thế nữa, việc quy định hạn chế trên là không phù hợp với nguyên tắc “Bảo đảm bình đẳng của mọi công dân trước pháp luật”.¹³ Cùng là bị can, bị cáo nhưng các chủ thể trong những trường hợp trên lại không được hưởng trọn vẹn quyền bào chữa theo quy định của pháp luật. Hơn thế nữa, những bị can, bị cáo trong trường hợp này rất cần thiết sự giúp đỡ của NBC bởi tính chất phức tạp của loại tội xâm phạm an ninh quốc gia. Sự tham gia của NBC ngay từ đầu đối với tất cả các vụ án sẽ là điều kiện không những đảm bảo cho việc điều tra đầy

đủ, toàn diện và khách quan mà còn giúp đỡ cho bị can, bị cáo thực hiện quyền bào chữa có hiệu quả. Hơn ai hết, khi tham gia vào các vụ án trên, NBC phải hiểu và ý thức được tầm quan trọng của vụ án cũng như xác định trách nhiệm của mình trong việc bảo đảm bí mật điều tra, bí mật nhà nước. Việc tiết lộ bí mật điều tra, bí mật nhà nước, bí mật công tác... đã có các chế tài pháp luật hình sự khác đủ để điều chỉnh và xử lý NBC nếu họ vi phạm. Vì vậy, đối với quy định tại Điều 58 BLTTHS cần thiết nên sửa đổi theo hướng mở rộng hơn, cho phép NBC có quyền tham gia từ khi khởi tố bị can đối với cả tội xâm phạm an ninh quốc gia.

(iv) Sửa đổi, bổ sung Điều 190 BLTTHS quy định về sự có mặt và sự tham gia tranh tụng của NBC tại phiên tòa. Việc cho phép Tòa án vẫn tiến hành phiên tòa nếu NBC vắng mặt như hiện nay vô hình chung sẽ tạo điều kiện cho NBC được quyền thiếu trách nhiệm trong việc bào chữa.¹⁴ Mặt khác, việc Tòa án tiến hành phiên tòa thiếu sự có mặt của NBC sẽ khiến cho việc đánh giá chứng cứ không khách quan, vì bản án của Tòa án đưa ra phải là kết quả của việc xem xét đầy đủ và khách quan các chứng cứ có trong hồ sơ vụ án và cả những chứng cứ khác phát sinh trong quá trình xét xử tại phiên tòa. Chính vì vậy, nên quy định sự có mặt của NBC là bắt buộc. Mọi trường hợp vắng mặt NBC, Hội đồng xét xử phải hoãn phiên tòa.

(v) Các trình tự tố tụng tại phiên tòa xét xử sơ thẩm và phúc thẩm phải được tiến hành trên tinh thần tôn trọng nguyên tắc đảm bảo tính tranh tụng - một đặc tính của tố tụng tranh tụng (adversary legal system). Theo đó, phiên tòa xét xử phải được quy định là một phiên tòa tranh tụng (adversarial trial). Thủ tục xét hỏi tại phiên tòa (từ Điều 206 đến Điều 216 BLTTHS) phải được sửa đổi theo hướng tập trung vào hoạt động tranh tụng giữa các bên,

(12) Khoản 1 Điều 58 BLTTHS quy định: “...Trong trường hợp cần giữ bí mật điều tra đối với tội xâm phạm an ninh quốc gia, thì Viện trưởng Viện kiểm sát quyết định để NBC tham gia tố tụng từ khi kết thúc điều tra.”

(13) Điều 5 BLTTHS.

(14) Điều 190 BLTTHS 2003 quy định: “NBC có nghĩa vụ tham gia phiên tòa. NBC có thể gửi trước bản bào chữa cho Tòa án. Nếu NBC vắng mặt Tòa án vẫn mở phiên tòa xét xử.”

giữa bên bào chữa và bên buộc tội, mà không chỉ đơn thuần là xét hỏi. Các bên tham gia phiên tòa thực hiện quyền đưa ra các chứng cứ và tiến hành hoạt động đối chứng. Thẩm phán lắng nghe các bên trình bày chứng cứ và đóng vai trò là người trọng tài, điều khiển và định hướng hoạt động tranh tụng giữa các bên diễn ra tại phiên tòa, mà không phải là người thẩm tra. Trách nhiệm của thẩm phán là xem xét các chứng cứ và tranh luận giữa các bên và đưa ra phán quyết. Bản án của Tòa án phải dựa trên kết quả tranh tụng và tuân thủ các quy định của pháp luật hình sự và pháp luật TTHS. Các kết luận của Cơ quan Điều tra và Viện Kiểm sát về hành vi phạm tội sẽ là cơ sở pháp lý ban đầu để Tòa án xem xét và cân nhắc khi ra bản án. Điều này, một mặt sẽ giảm bớt gánh nặng của Tòa án trong việc nghiên cứu hồ sơ vụ án, mặt khác, đề cao vai trò tranh tụng của các bên, đồng thời nâng cao tính khách quan cho bản án.

(vi) Nên bổ sung một điều luật quy định người bị tạm giữ, bị can, bị cáo có quyền được im lặng.¹⁵ Đồng thời quy định điều tra viên có nghĩa vụ phải thông báo và giải thích cho người bị tạm giữ, bị can, bị cáo về quyền được im lặng cho đến khi có mặt NBC do họ mời hoặc do cơ quan THTT chỉ định. Điều tra viên chỉ được tiến hành lấy lời khai người bị tạm giữ, bị can, bị cáo trừ khi họ từ chối quyền có NBC.

(vii) Sửa đổi, bổ sung thêm một số quy định nhằm tạo điều kiện thuận lợi cho NBC khi tham gia vụ án:

- Cần quy định lại Điều 58, khoản 2(b) BLTTHS theo hướng cơ quan THTT có nghĩa vụ phải thông báo trước về thời gian và địa điểm hỏi cung bị can. NBC có quyền được thông báo mà không chỉ là quyền đề nghị được

thông báo như quy định hiện hành.

- Cần quy định nghĩa vụ của cơ quan THTT trong việc tiếp nhận chứng cứ do NBC cung cấp và trách nhiệm của cơ quan THTT phải hỗ trợ NBC trong việc liên hệ với các cơ quan, tổ chức hoặc cá nhân tạo điều kiện thuận lợi để thu thập chứng cứ. Đồng thời quy định NBC có quyền được nhận thông báo về việc trưng cầu giám định và kết quả giám định.

- Bổ sung quy định về quyền của NBC được gặp gỡ và trao đổi với thân chủ đang bị tạm giữ, tạm giam. Hiện tại, theo hướng dẫn của Nghị định số 89/1998/NĐ-CP ngày 7/11/1998, NBC chỉ được phép trao đổi với thân chủ không quá 1 tiếng đồng hồ cho một lần gặp. Quy định này chưa hợp lý vì không đảm bảo tính hiệu quả của hoạt động bào chữa. Thời gian 1 tiếng đồng hồ là quá ít trong khi việc gặp gỡ thân chủ đang bị tạm giam luôn gặp khó khăn bởi cơ quan quản lý trại tạm giam.¹⁶ Theo đó, cần sửa đổi lại quy định tại điểm e khoản 2 Điều 58 BLTTHS theo hướng NBC không bị giới hạn số lần và thời gian tiếp xúc với thân chủ của mình. Việc trao đổi có thể trực tiếp hoặc qua thư từ, trừ những trường hợp người đang bị tạm giữ, tạm giam vi phạm những tội xâm phạm an ninh quốc gia thì việc trao đổi bằng thư từ sẽ không được phép.

- Nên bỏ thủ tục cấp giấy chứng nhận NBC. Hiện nay, theo quy định tại khoản 4 Điều 56 BLTTHS, NBC muốn tham gia bào chữa cho người bị tạm giữ, bị can, bị cáo cần phải được Cơ quan Điều tra, Viện Kiểm sát hoặc Tòa án cấp giấy chứng nhận NBC. Các cơ quan này cũng có quyền từ chối cấp giấy chứng nhận NBC nhưng phải nêu rõ lý do. Quy định thủ tục cấp giấy chứng nhận NBC xuất phát từ việc ngoài luật sư, còn có những người khác (BCVND hoặc người đại diện hợp pháp của

(15) Quyền im lặng là quyền pháp lý cơ bản của người bị tạm giữ, bị can, bị cáo. Quyền này được ghi nhận rất sớm ở Anh vào thế kỷ 16. Nền tảng lý luận của quyền im lặng xuất phát từ quan điểm lịch sử về sự cân bằng giữa quyền lực nhà nước và quyền công dân. Theo đó, người bị tạm giữ, bị can, bị cáo không bắt buộc phải đưa ra lời khai chống lại mình hoặc không buộc phải nhận mình phạm tội. Nhà nước có nghĩa vụ phải tìm kiếm chứng cứ để chứng minh những cáo buộc của mình. (Xem: Ronald Banaszak, *Fair Trial Rights of the Accused*, Greenwood Press, 2002, tr.10). Nội dung này được ghi nhận tại Điều 14.3(g) Công ước quốc tế về Các quyền dân sự và chính trị năm 1966 của Liên hợp quốc.

(16) Phát biểu của nhiều luật sư tham dự Hội thảo quốc tế về "Quyền bào chữa trong TTHS Việt Nam" do Liên đoàn Luật sư Việt Nam phối hợp với UNDP (Chương trình Phát triển Liên hiệp quốc) tổ chức vào ngày 02-03/12/2010 tại Tp. Hồ Chí Minh.

người bị tạm giữ, bị can, bị cáo) được tham gia vụ án như NBC để giúp đỡ họ. Những người này không phải là luật sư chuyên nghiệp và không bắt buộc phải là người có đầy đủ kiến thức về pháp luật. Do đó, họ cần thiết phải được cơ quan có thẩm quyền chấp nhận trước khi tham gia là NBC trong vụ án. Tuy nhiên, trên thực tế, khi những người này tham gia bào chữa, họ đương nhiên phải xuất trình văn bản yêu cầu NBC của người bị tạm giữ, bị can, bị cáo kèm theo giấy giới thiệu của Ủy ban Mặt trận Tổ quốc Việt Nam nếu là BCVNĐ. Trên cơ sở đó, Cơ quan Điều tra, Viện Kiểm sát hoặc Tòa án phải xem xét và quyết định có chấp nhận hay không chấp nhận cấp giấy chứng nhận NBC. Hiện tại, Nghị quyết số 03/2004/NQ-HĐTP ngày 02/10/2004 của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao đã ban hành mẫu Giấy chứng nhận NBC và mẫu Quyết định thu hồi giấy chứng nhận NBC trong trường hợp NBC vi phạm các quy định của BLTTHS về hoạt động bào chữa. Tuy nhiên, đối với Cơ quan Điều tra và Viện Kiểm sát, vẫn chưa có một văn bản nào hướng dẫn về vấn đề này. Đây là một thiếu sót cần phải sớm được bổ sung và hoàn thiện. Việc quy định thiếu đồng bộ về thủ tục cấp giấy chứng nhận bào chữa như hiện nay đã dẫn đến tình trạng gây khó khăn từ phía cơ quan THTT có thẩm quyền, mà thông thường là việc chậm cấp giấy chứng nhận NBC¹⁷... Điều này gây cản trở và ảnh hưởng đến hoạt động của NBC.

Tại nhiều nước trên thế giới, luật sư chỉ cần xuất trình thẻ luật sư khi tham gia bào chữa mà không phải làm bất cứ một thủ tục hành chính nào trước cơ quan THTT. Thẻ luật sư là căn cứ pháp lý để luật sư được quyền tham gia tố tụng với tư cách là NBC. Đối chiếu với quy định hiện hành của pháp luật Việt Nam, thủ tục cấp giấy chứng nhận NBC đã làm phức tạp hơn các thủ tục hành chính, đồng thời làm ảnh hưởng đến tính hiệu quả trong hoạt động bào chữa của NBC, thậm chí gây thiệt hại cho quyền và

lợi ích hợp pháp của người bị tạm giữ, bị can, bị cáo (khi cơ quan THTT gây khó dễ trong việc cấp giấy chứng nhận NBC). Pháp luật cần tạo điều kiện thuận lợi hơn nữa cho NBC để họ tham gia vào vụ án bảo vệ cho thân chủ một cách hiệu quả. Vì vậy, cần thiết phải thiết lập một kênh thông tin giữa các cơ quan THTT với các đoàn luật sư, cũng như Ủy ban Mặt trận Tổ quốc Việt Nam về tình trạng của luật sư và BCVNĐ. Điều này sẽ cho phép loại bỏ những trường hợp NBC không đủ điều kiện tham gia bào chữa. Ngoài ra, cũng nên bỏ thủ tục cấp giấy chứng nhận NBC; thay vào đó, NBC chỉ cần phải trình cho cơ quan THTT những loại giấy tờ cần thiết liên quan đến việc bào chữa như: văn bản yêu cầu NBC của người bị tạm giữ, bị can, bị cáo (trong trường hợp NBC do cơ quan THTT chỉ định, không cần phải có văn bản này); thẻ luật sư (nếu là luật sư); giấy giới thiệu của văn phòng luật sư hoặc của Ủy ban Mặt trận Tổ quốc Việt Nam (nếu là BCVNĐ).

- Phát triển đội ngũ NBC nhằm đáp ứng tốt nhu cầu được trợ giúp pháp lý.

Đào tạo đội ngũ luật sư: Luật sư là lực lượng nòng cốt thực hiện các dịch vụ pháp lý nói chung và tham gia bào chữa trong vụ án hình sự nói riêng. Tuy nhiên, số luật sư hiện nay trên cả nước quá ít và vẫn chưa đáp ứng được nhu cầu được tư vấn pháp lý và bào chữa¹⁸. Trước thực trạng trên, Thủ tướng Chính phủ vừa ban hành Quyết định số 1072/QĐ-TTg ngày 5/7/2011 phê duyệt Chiến lược phát triển nghề luật sư đến năm 2020. Theo đó, mục tiêu của Chiến lược là đến năm 2020, phát triển số lượng khoảng từ 18.000 - 20.000 luật sư, đạt tỷ lệ số luật sư trên số dân khoảng 1/4.500 đáp ứng ngày càng cao nhu cầu về dịch vụ pháp lý của cơ quan, tổ chức, cá nhân, doanh nghiệp. Hy vọng với định hướng phát triển này sẽ đáp ứng tốt hơn nhu cầu sử dụng các dịch vụ tư vấn pháp lý. Tuy nhiên, chúng ta vẫn cần có những sửa đổi, bổ sung hợp lý nhằm tạo khung pháp lý đồng bộ về đội ngũ luật sư, đó là: (i)

(17) Theo khoản 4 Điều 56 BLTTHS thì trong thời hạn 3 ngày (hoặc 24 giờ đối với trường hợp tạm giữ) kể từ ngày nhận được đề nghị của NBC kèm theo những giấy tờ liên quan đến việc bào chữa, Cơ quan Điều tra, Viện Kiểm sát, Tòa án phải xem xét, cấp giấy chứng nhận NBC để họ thực hiện việc bào chữa.

mở rộng đối tượng được tham gia hành nghề luật sư đối với viên chức nhà nước đang là giảng viên giảng dạy luật tại các trường đại học. Giảng viên luật tại các trường đại học là những người có nền tảng kiến thức pháp luật vững chắc và phù hợp với nghề luật sư. Việc tham gia của đội ngũ giảng viên luật trong hoạt động nghề nghiệp luật sư không chỉ đáp ứng về mặt chất lượng mà còn bổ sung hiệu quả về số lượng luật sư đang thiếu hụt. Tuy nhiên, kể từ khi Luật Luật sư được ban hành và có hiệu lực từ ngày 1/7/2006, những giảng viên luật là viên chức nhà nước đã có chứng chỉ và đang hành nghề luật sư buộc phải lựa chọn hoặc từ bỏ viên chức nhà nước để tiếp tục hành nghề hoặc ngược lại.¹⁹ Quy định này được cho là phù hợp với Pháp lệnh Cán bộ, công chức năm 2003.²⁰ Tuy nhiên hiện tại, Luật Viên chức đã được Quốc hội thông qua và có hiệu lực vào ngày 1/1/2012 là cơ sở pháp lý cho phép viên chức nhà nước được tham gia vào các hoạt động nghề nghiệp phù hợp với chuyên môn và không trái pháp luật.²¹ Vì vậy, cần sớm bổ sung quy định của Luật Luật sư theo hướng mở rộng đối tượng được tham gia hành nghề đối với giảng viên dạy luật là viên chức tại các trường đại học công lập; (ii) mở rộng hợp tác đào tạo kiến thức và kỹ năng hành nghề; tăng cường hợp tác trao đổi với các tổ chức luật sư nước ngoài để học hỏi kinh nghiệm; nâng cao mức thù lao chi phí đối với luật sư chỉ định. Hiện nay, rất nhiều ý kiến cho rằng, mức thù lao được trả cho luật sư là 120.000 đồng/1 ngày làm việc của luật sư đối với những vụ án do

cơ quan THTT yêu cầu không hợp lý.²² Để phù hợp với tình hình lạm phát kinh tế và đáp ứng tốt chất lượng bào chữa, Nhà nước cần có chính sách linh hoạt hơn về mức phí chi trả cho luật sư chỉ định và không nên đưa ra một mức thù lao áp đặt.

Phát triển trợ giúp viên pháp lý: Mặc dù công tác đào tạo đội ngũ luật sư đã đáp ứng phần nào nhu cầu của người dân về hỗ trợ pháp lý, tuy nhiên vẫn còn nhiều hạn chế, đặc biệt ở những tỉnh miền núi, vùng sâu, vùng xa, việc đồng bào dân tộc thiểu số và người nghèo mời luật sư tham gia tố tụng là rất khó. Vì vậy, phát triển đội ngũ trợ giúp viên pháp lý ở các địa phương sẽ là giải pháp hiệu quả nhằm tăng cường hoạt động bào chữa.

Hoàn thiện quy định về Bào chữa viên nhân dân (BCVND): Chức danh BCVND ở nước ta ra đời trên cơ sở Sắc lệnh số 69/SL ngày 18/6/1949 của Chủ tịch nước.²³ Tuy nhiên, từ năm 1989 đến nay, khi các đoàn luật sư được khôi phục lại thì hoạt động BCVND hầu như chấm dứt, chức danh BCVND chỉ tồn tại trên phương diện pháp lý. Hiện tại không có văn bản pháp quy nào quy định về thành lập, tổ chức, quản lý, phát triển đội ngũ này. Do đó, cần sớm xây dựng những quy phạm pháp luật quy định thống nhất về BCVND. Bên cạnh đó, ban hành quy chế hoặc điều lệ mẫu về tổ chức và hoạt động của BCVND theo hướng giao cho Ủy ban Mặt trận Tổ quốc đứng ra thành lập và quản lý về mặt tổ chức; Bộ Tư pháp chịu trách nhiệm về đào tạo, bồi dưỡng nghiệp vụ bào chữa. ■

(18) Theo kết quả khảo sát của Liên đoàn luật sư, đến cuối năm 2009, trong cả nước có 62 Đoàn luật sư với hơn 5.000 luật sư và 2000 người tập sự hành nghề luật sư hoạt động trong gần 1.500 tổ chức hành nghề luật sư. Cũng theo khảo sát này, tỷ lệ số luật sư trên dân số ở Việt Nam là 1 luật sư/hơn 17.000 người dân. Tỷ lệ này là quá thấp so với các nước lân cận (Thái Lan: 1/1.526, Singapore: 1/1.000, Nhật Bản: 1/4.546).

(19) Luật Luật sư quy định những người đang là cán bộ, công chức, viên chức Nhà nước đã được cấp Chứng chỉ hành nghề luật sư sẽ bị thu hồi.

(20) Điều 17 Pháp lệnh Cán bộ, công chức quy định: "Cán bộ, công chức không được thành lập, tham gia thành lập hoặc tham gia quản lý, điều hành các doanh nghiệp tư nhân, công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty cổ phần, công ty hợp danh, hợp tác xã, bệnh viện tư, trường học tư và tổ chức nghiên cứu khoa học tư." Hiện tại, văn bản này đã bị hủy bỏ và được thay thế bằng Luật Cán bộ, Công chức có hiệu lực từ ngày 1/1/2010.

(21) Điều 14 Luật Viên chức 2010.

(22) Khoản 1, Điều 11 Nghị định 28/2007/NĐ-CP ngày 26/02/2007 quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Luật sư.

(23) Điều 1 Sắc lệnh số 69-SL ngày 18/6/1949 ghi nhận: "Từ nay, trước các Tòa án thường và Tòa án đặc biệt xử việc tiểu hình, đại hình, trừ Tòa án binh tại mặt trận, bị cáo và bị can có thể nhờ một công dân không phải là luật sư bênh vực cho mình. Công dân đó phải được ông Chánh án thừa nhận."

VƯỚNG MẮC TRONG GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP HỢP ĐỒNG VAY TÀI SẢN VÀ MỘT SỐ KIẾN NGHỊ

■ TRẦN VĂN DUY*

■ NGUYỄN HƯƠNG LAN**

I. VƯỚNG MẮC TRONG GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP VỀ HỢP ĐỒNG VAY TÀI SẢN

Trong thời gian qua, do áp dụng các quy định của Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 2005 và hướng dẫn của Tòa án nhân dân (TAND) tối cao nên việc giải quyết tranh chấp dân sự về hợp đồng vay tài sản (HĐVTS) của ngành Tòa án đã có sự biến chuyển tích cực: giảm tỉ lệ bản án sơ thẩm bị cấp phúc thẩm sửa án, huỷ án; các bản án có hiệu lực pháp luật cũng ít sai sót nên tỉ lệ án bị giám đốc thẩm cũng giảm nhiều. Tuy nhiên, trong thời gian gần đây (từ năm 2005 đến nay), các Tòa án đã gặp một số khó khăn, vướng mắc khi giải quyết tranh chấp về HĐVTS.

Thứ nhất, sự biến tướng của hợp đồng vay tài sản

HĐVTS do các đương sự ký kết bị biến tướng thành hợp đồng dân sự khác (giả tạo) nhưng lại được chính pháp luật dân sự thừa nhận khi phát sinh tranh chấp. Đơn cử như TAND Thành phố Hồ Chí Minh phát hiện nhiều vụ án dân sự về HĐVTS nhưng khi thực hiện

giao dịch thì bên cho vay yêu cầu bên vay phải ký kết dưới dạng hợp đồng đặt cọc mua bán nhà hoặc hợp đồng mua bán nhà. Đồng thời, bên cho vay thu giữ giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà, giấy chứng nhận quyền sử dụng đất của bên vay. Khi đến hạn trả nợ, nếu bên vay không trả vốn và lãi thì bên cho vay yêu cầu tiến hành thủ tục mua bán nhà (hoặc hợp đồng đặt cọc mua bán nhà). Khi giải quyết những vụ này, nguyên đơn có nhiều thuận lợi hơn về chứng cứ (do các chứng cứ này đã được công chứng hoặc chứng thực) và thường được Tòa án chấp nhận yêu cầu của họ, cho dù Tòa án biết rõ đó là hợp đồng giả tạo để che giấu một hợp đồng khác. Lãi suất trong các hợp đồng này thường rất cao so với quy định của Điều 476 BLDS năm 2005. Ví dụ như vụ bà Nguyễn Thị Đ ở Quận 3, Thành phố Hồ Chí Minh từng mất nhà vì vay tiền của một người chuyên cho vay nặng lãi tại khu vực Hoà Hưng. Bà kể: “Lúc mới vay chủ nợ dễ dãi lắm, cần bao nhiêu tiền cũng đưa ngay. Lúc tôi không có tiền để đóng lãi cũng được bà ta đưa tiền để đóng lãi

(*) ThS, Bộ môn Luật Kinh tế, Học viện Chính sách và Phát triển.

(**) ThS, Ban Pháp chế BIDV.

lại cho bà ta. Khi nợ lên đến hơn 500 triệu thì bà ta mới gộp mấy cái giấy nợ nói giờ phải viết lại thành giấy bán nhà”. Nghe giải thích của chủ nợ là ký giấy bán nhà chỉ trên hình thức mà thôi, nên bà Đ đã tin tưởng. Nào ngờ mới quá hạn trả nợ có mấy ngày là chủ nợ trở mặt đòi lấy nhà. Bà Đ không chịu nên bị kiện ra toà và bị toà tuyên thua kiện, phải bán nhà cho chủ nợ với giá chỉ bằng một nửa giá thị trường.

Sở dĩ bên cho vay buộc con nợ phải ký hợp đồng bán nhà (thường là giá rẻ hơn nhiều so với giá thị trường) là nhằm bảo đảm lợi ích của bên cho vay, thường là những đối tượng chuyên cho vay nặng lãi. Nếu chỉ ký hợp đồng thông thường với lãi suất cao, khi người vay không trả được nợ, bên cho vay kiện ra Toà án thì Toà án thường tuyên buộc con nợ phải trả nợ gốc và lãi với mức lãi suất tính tối đa cũng chỉ bằng 150% mức lãi suất cơ bản của Ngân hàng quy định. Chính vì vậy, để “cột” nghĩa vụ của con nợ, chủ nợ thường ép con nợ phải ký giấy bán nhà, nếu không trả được nợ thì sẽ mất nhà. Vì thế, theo chúng tôi, khi tiến hành thu thập và đánh giá chứng cứ trong các hợp đồng đặt cọc mua bán nhà, nếu có đủ chứng cứ để kết luận những hợp đồng trên giả tạo thì Toà án có thể áp dụng các quy định của Điều 129 và Điều 137 BLDS năm 2005 để tuyên bố vô hiệu và chuyển sang xét xử HDVTS với lãi suất cơ bản để buộc bên vay trả cho bên cho vay.

Thứ hai, xác định trách nhiệm liên đới của vợ, chồng đối với hợp đồng vay tài sản

Theo Điều 25 Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2000 (Luật HNGĐ) quy định trách nhiệm liên đới của vợ, chồng đối với giao dịch dân sự do một bên thực hiện. Tuy nhiên, cho đến nay thì chỉ có một căn cứ duy nhất để có thể xác định trách nhiệm liên đới của vợ, chồng đối với giao dịch do một bên thực hiện, đó là “... nhằm đáp ứng nhu cầu sinh hoạt thiết yếu của gia đình”. Thực tế xét xử cho thấy, nguyên đơn thường không đủ chứng cứ để có thể chứng minh khoản tiền mà họ cho vay đã được bị đơn sử dụng để “... nhằm đáp ứng nhu cầu sinh hoạt thiết yếu của gia đình”. Vì vậy, thông thường Toà án chỉ buộc được một bên (vợ hoặc

chồng) phải trả nợ cho nguyên đơn. Điều này dẫn đến hậu quả là sau khi giải quyết những vụ án này, việc thi hành án sẽ không thể thực hiện được vì người vợ (hoặc chồng) không chấp nhận bán tài sản chung để cho người kia thi hành án. Trong những trường hợp này, cơ quan thi hành án thường phải để vợ chồng họ tự phân chia tài sản hoặc phải chờ bản án của Toà án xét xử phân chia tài sản chung của vợ chồng để có căn cứ thi hành án. Nếu họ không tự phân chia hoặc không yêu cầu Toà án phân chia thì việc thi hành án sẽ bị kéo dài, gây thiệt hại cho nguyên đơn.

Để khắc phục tình trạng nêu trên, phương án lấy giá trị tài sản giao dịch để làm căn cứ xác định tư cách tham gia tố tụng của người chồng (hoặc vợ) trong vụ án tranh chấp về HDVTS mà chỉ có chồng (hoặc vợ) giao kết với nguyên đơn là hiệu quả nhất. Tiếp đó, căn cứ vào giá trị tài sản giao dịch, Toà án có thể đánh giá chứng cứ để từ đó xác định trách nhiệm liên đới của cả hai vợ chồng đối với nguyên đơn trong quan hệ vay tài sản. Điều 27 Luật HNGĐ đã có quy định về tài sản chung của vợ chồng. Khoản 2, 3 Điều 28 Luật HNGĐ cũng quy định việc thoả thuận bàn bạc của vợ chồng trong việc sử dụng tài sản chung có giá trị lớn.

Tuy nhiên, có một vấn đề đặt ra, là trong các tranh chấp về HDVTS, trường hợp nào thì xác định tài sản có giá trị lớn? Nếu đã xác định tài sản có giá trị lớn thì khi thụ lý, Toà án có cần phải triệu tập vợ (hoặc chồng) của bị đơn (là người vay tài sản) vào tham gia tố tụng với tư cách là người có quyền lợi và nghĩa vụ liên quan hay không? Trong trường hợp nào thì cả vợ (chồng) của người vay tài sản được xác định là đồng bị đơn?

Ví dụ, Bản án dân sự sơ thẩm số 26/DSST ngày 22/8/2005 của TAND quận Tân Bình xét xử tranh chấp về HDVTS là 20 triệu đồng giữa nguyên đơn là bà Nguyễn Thị Bích và bị đơn là bà Phan Thị Ánh. Vì cho rằng khoản tiền này là tài sản có giá trị lớn và là tài sản chung của vợ chồng trong thời kỳ hôn nhân nên Toà án đã triệu tập ông Dương Đức Khiêm (chồng

bà Ánh) vào tham gia tố tụng với tư cách là người có quyền lợi nghĩa vụ liên quan, và bản án này đã buộc ông Khiêm liên đới với bà Ánh trả nợ. Nhưng bản án dân sự phúc thẩm số 134/DSPT ngày 05/12/2005 của TAND Thành phố Hồ Chí Minh đã nhận định rằng số nợ trên không phải là tài sản có giá trị lớn nên đã sửa án sơ thẩm, xác định chỉ có bà Ánh chịu trách nhiệm trả nợ cho bà Bích.

Thứ ba, hợp đồng vay tài sản có bảo đảm của người thứ ba

Trường hợp bên vay tài sản chết mà không để lại di sản thừa kế thì nguyên đơn có quyền khởi kiện người thừa kế đòi lại tài sản hay không? Trường hợp bên vay không có khả năng thực hiện nghĩa vụ trả nợ thì nguyên đơn có quyền khởi kiện người bảo lãnh được không? Trường hợp bên nhận nghĩa vụ trả nợ cho bên cho vay nhưng chưa thực hiện nghĩa vụ trả nợ thay thì nguyên đơn có quyền khởi kiện bên nào? Bên người vay hay người nhận nghĩa vụ trả nợ cho người vay? Trường hợp bên nhận nghĩa vụ trả nợ thay cho bên vay đã thực hiện được một phần nghĩa vụ trả nợ rồi sau đó không trả tiếp, nguyên đơn có quyền khởi kiện người vay hay không?

Ví dụ, ông H ký hợp đồng ngày 30/4/2004 vay 20 lượng vàng SJC của ông K với thời hạn vay 12 tháng, lãi suất 3%/tháng. Ông H đã trả được 03 tháng tiền lãi. Ngày 01/01/2005, ông H bị bệnh và mất, bà Y (là vợ) và 02 con là M, N được hưởng thừa kế gồm: 01 căn nhà, số dư nợ 250 triệu đồng của ông H với Công ty TNHH TM-DV Z. Về số tiền này thì công ty ký biên bản, thoả thuận trả nợ thay cho các thừa kế của ông H (biên bản lập ngày 30/6/2005) nhưng sau đó, công ty không thực hiện. Ông K nhận thấy bà Y và 02 con là M, N vẫn còn khả năng trả được nợ nên đã kiện ra TAND quận. Bản án sơ thẩm nhận định, họ là người thừa kế nên phải có nghĩa vụ trả nợ cho ông K. Mặc dù trước đó giữa Công ty Z và bà Y cùng 02 con đã thoả thuận chuyển nghĩa vụ trả nợ cho Công ty, nhưng bên Công ty Z đã không thực hiện.

Trường hợp này, những người thừa kế hợp

pháp phải có nghĩa vụ trả nợ cho người chết theo Điều 637 BLDS năm 2005. Còn việc chuyển giao nghĩa vụ như trên là không hợp pháp vì lúc này, không có sự đồng ý của bên có quyền. Do đó, ông K kiện bà Y và 02 con bà Y là hợp pháp. Sau đó, bà Y có quyền kiện công ty Z để đòi số nợ dư là 250 triệu đồng.

II. MỘT SỐ KIẾN NGHỊ NHẪM HOÀN THIỆN QUY ĐỊNH CỦA PHÁP LUẬT DÂN SỰ VỀ HỢP ĐỒNG VAY TÀI SẢN

Không thể phủ nhận vai trò và tầm quan trọng của chế định hợp đồng nói chung, và HĐVTS nói riêng đối với việc bảo đảm sự công bằng, hài hoà lợi ích của mọi chủ thể trong giao lưu dân sự. Nó không chỉ là cơ sở pháp lý để giải quyết các tranh chấp hợp đồng mà còn góp phần xây dựng nên ý thức pháp luật của người dân. Sự ra đời của BLDS năm 1995 cũng như những cố gắng đóng góp trong việc sửa đổi BLDS năm 2005 đánh dấu bước quan trọng trong việc ghi nhận và bảo đảm có tính pháp lý cao nhất của Nhà nước đối với quyền và lợi ích hợp pháp của các cá nhân và tổ chức. Chiếm vị trí xương sống của Bộ luật, chế định hợp đồng nói chung và chế định HĐVTS nói riêng thể hiện nhiều tư tưởng pháp lý tiên bộ và khoa học. Thực tế, chế định HĐVTS đã góp phần tích cực trong việc giải quyết hàng trăm nghìn vụ án tranh chấp, bảo đảm pháp chế xã hội chủ nghĩa, thể hiện tính công minh của pháp luật. Nhưng thực tế cũng cho thấy, nhiều tranh chấp đã không được giải quyết thoả đáng, kịp thời, gây khiếu kiện kéo dài, làm giảm sút niềm tin vào tính nghiêm minh và đúng đắn của pháp luật. Thiệt hại là công lý chưa bảo vệ được quyền và lợi ích hợp pháp của các chủ thể. Bởi vậy, việc hoàn thiện những quy định của chế định HĐVTS được xem là nhiệm vụ có tính cấp bách và kịp thời.

1. Đối tượng của hợp đồng

Pháp luật cần có quy định rõ ràng về nội dung ngoại tệ có được xem là đối tượng của HĐVTS hay không. Nếu cấm việc sử dụng đối tượng vay của HĐVTS là ngoại tệ thì phải có sự kết hợp giữa quy định của pháp luật với các

biện pháp xử lý cụ thể trong thực tiễn để tránh trường hợp pháp luật thì cấm nhưng trên thực tế điều này vẫn diễn ra thường xuyên và phổ biến.

Các quy định về HĐVTS cần phải bao quát cả đến các quan hệ cho vay giữa các tổ chức tín dụng với khách hàng mà theo quy định của pháp luật, tổ chức tín dụng là tổ chức được phép hoạt động ngoại hối. Vì thế việc bổ sung thêm đối tượng của HĐVTS vào Điều 471 BLDS năm 2005 là cần thiết. Ngoài ra, cần quy định cụ thể và tách bạch các đối tượng là vàng, kim khí quý, đá quý và không để chung trong đối tượng là vật. Việc tách bạch như vậy sẽ giải quyết được vấn đề lãi suất trong HĐVTS có đối tượng là vàng - một vấn đề mà BLDS hiện hành vẫn còn đang bỏ ngỏ.

Từ những lý giải trên, chúng tôi đề nghị sửa lại Điều 471 BLDS năm 2005 như sau:

1. HĐVTS là sự thoả thuận giữa các bên, theo đó bên cho vay giao cho bên vay một khoản tiền là nội tệ hoặc ngoại tệ, các giấy tờ có giá như tiền, vàng, kim khí quý, đá quý hoặc vật; khi đến hạn trả, bên vay phải hoàn trả tiền, các giấy tờ có giá hoặc vàng, kim khí quý đá quý, vật cùng loại theo đúng số lượng, chất lượng và trả lãi theo thoả thuận.

2. Đối với những HĐVTS có đối tượng là ngoại tệ khi giao kết phải tuân theo quy định pháp luật của Nhà nước về quản lý ngoại hối.

Nếu việc hạn chế sử dụng ngoại tệ trong các giao dịch được sửa đổi theo hướng thông thoáng thì có thể bỏ khoản 2.

2. Hình thức của hợp đồng

Hình thức của hợp đồng là một trong những vấn đề mang tính lý luận phức tạp của chế định hợp đồng. Tầm quan trọng của chúng không chỉ dừng lại ở giá trị chứng cứ khi nảy sinh tranh chấp mà còn liên quan đến việc xác định thời điểm có hiệu lực của hợp đồng, vấn đề hợp đồng vô hiệu, hậu quả pháp lý khi hợp đồng vô hiệu về hình thức. Mặc dù BLDS đã có những quy định về hình thức hợp đồng, trong đó ghi nhận rõ ràng các hình thức, nhưng nhìn chung, toàn bộ quy định liên quan về hình

thức của hợp đồng chưa thể hiện được quan điểm pháp lý mang tính toàn diện và hệ thống. Số lượng những vụ tranh chấp tại HĐVTS chủ yếu là hợp đồng miệng, bằng lời nói. Thực tế xét xử cho thấy, các HĐVTS giao kết bằng lời nói nhiều hơn các hợp đồng giao kết bằng văn bản. Đối với những hợp đồng giao kết bằng lời nói, nếu không có bên thứ ba làm chứng, sẽ tạo rất nhiều khó khăn cho thẩm phán trong quá trình điều tra, thu thập chứng cứ để giải quyết tranh chấp. Do vậy, BLDS cần quy định chi tiết hơn về hình thức của HĐVTS để tạo điều kiện thuận lợi cho Tòa án có cơ sở pháp lý khi giải quyết tranh chấp phát sinh từ HĐVTS; đồng thời đảm bảo được quyền lợi hợp pháp của các bên, bên vay không còn lý do để từ chối việc vay mượn của mình, còn bên cho vay không thể ép buộc bên vay hoặc lợi dụng giấy tờ vay nợ không rõ ràng để đi đòi nợ. Đây là giao dịch hết sức phổ biến của đời sống dân sự, để có những xung đột về lợi ích giữa các chủ thể. Mặt khác, việc quy định HĐVTS phải được lập thành văn bản thống nhất với quy định liên quan tại Mục 5 Chương XVII BLDS về đảm bảo thực hiện nghĩa vụ dân sự. Bởi vậy, một bản HĐVTS được ký kết với những điều khoản được quy định rõ ràng là căn cứ xác đáng nhất để các bên thực hiện nghĩa vụ một cách trung thực và tự nguyện.

3. Nghĩa vụ của bên cho vay

Khoản 3 Điều 473 BLDS năm 2005 quy định: “Bên cho vay không được yêu cầu bên vay trả lại tài sản trước thời hạn trừ trường hợp quy định ở Điều 478 của Bộ luật này”. Thực ra quyền yêu cầu trả lại tài sản trước thời hạn không chỉ được quy định ở Điều 478 mà còn được quy định ở Điều 475. Tuy nhiên, việc đòi lại tài sản trước thời hạn là quyền của bên cho vay khi thoả mãn các điều kiện do các bên thoả thuận hoặc pháp luật quy định. Không có quyền không có nghĩa là người cho vay phải có nghĩa vụ đối lập với quyền đó. Do đó, để tránh sự trùng lặp và đảm bảo được sự khái quát của tên điều luật đối với nội dung thì việc quy định như ở Khoản 3 Điều 473 là không cần thiết.

Bên cạnh đó, Khoản 1 và Khoản 2 Điều 473 quy định như vậy là quá chung chung. Do đó, Điều 473 nên quy định như sau:

Bên cho vay có các nghĩa vụ sau đây:

1. Trong trường hợp cho vay tài sản là tiền hoặc các giấy tờ có giá như tiền, thì phải giao tiền cho bên vay đầy đủ, đúng thời hạn đã thoả thuận;

2. Trong trường hợp tài sản cho vay là vàng, kim khí quý, đá quý hoặc vật, thì phải giao tài sản đúng số lượng, chất lượng, thời điểm và tại địa điểm đã thoả thuận, nếu:

a. Vay không có lãi mà tài sản vay không bảo đảm chất lượng do có khuyết tật, nếu bên cho vay ngay tình không biết về khuyết tật của tài sản, thì bên cho vay không có nghĩa vụ đổi lại tài sản vay; trong trường hợp bên cho vay biết tài sản có khuyết tật mà vẫn cho vay thì phải đổi lại tài sản;

b. Vay có lãi mà tài sản không đảm bảo chất lượng, thì bên cho vay có nghĩa vụ đổi lại tài sản vay và bồi thường thiệt hại.

3. Đối với HĐVTS có lãi, khi đến hạn trả nợ mà bên vay không thực hiện nghĩa vụ, thì bên cho vay không được thoả thuận với bên vay nhập lãi vào nợ gốc để tính lãi vào thời gian tiếp theo.

4. Không được yêu cầu bên vay trả lại tài sản trước thời hạn, trừ trường hợp quy định tại Điều 475 của Bộ luật này.

4. Nghĩa vụ trả nợ của bên vay

Khoản 4 Điều 474 BLDS năm 2005 quy định: “Trong trường hợp vay không có lãi mà khi đến hạn bên vay không trả nợ hoặc trả không đủ thì bên vay phải trả lãi đối với khoản nợ chậm trả theo lãi suất cơ bản do Ngân hàng Nhà nước công bố tương ứng với thời hạn chậm trả tại thời điểm trả nợ, nếu có thoả thuận”.

Trong hợp đồng vay có thời hạn mà khi đến hạn, bên vay không thực hiện nghĩa vụ trả nợ và bên cho vay không đồng ý cho vay tiếp thì bên vay đã vi phạm nghĩa vụ trả tiền. Theo quy định tại Khoản 2 Điều 305 BLDS năm 2005 thì: “Trong trường hợp bên có nghĩa vụ

chậm trả tiền thì bên đó phải trả lãi cơ bản do Ngân hàng Nhà nước công bố tương ứng với thời hạn chậm trả tại thời điểm thanh toán, trừ trường hợp có thoả thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác”.

Trong trường hợp này, vì trước đó giữa các bên đã thoả thuận một hợp đồng cho vay có kỳ hạn và không có lãi, nếu khi đến hạn, bên vay không trả nợ mà áp dụng lãi suất nợ quá hạn sẽ không tương xứng với việc áp dụng chế tài trong trường hợp các bên đã thoả thuận trước đó về hợp đồng vay có thời hạn và có lãi. Do đó, khi đến hạn mà bên vay không thực hiện nghĩa vụ thì chỉ nên áp dụng lãi suất cơ bản do Ngân hàng Nhà nước công bố tương ứng với thời gian chậm trả như Khoản 4 Điều 474 là hợp lý, và đây cũng được coi là trường hợp pháp luật có quy định khác của Khoản 2 Điều 305.

Đối với hợp đồng vay có lãi và có kỳ hạn, Khoản 5 Điều 474 BLDS năm 2005 quy định: “Trong trường hợp vay có lãi mà khi đến hạn bên vay không trả hoặc trả không đầy đủ thì bên vay phải trả lãi trên nợ gốc và lãi nợ quá hạn theo lãi suất cơ bản do Ngân hàng Nhà nước công bố tương ứng với thời hạn vay tại thời điểm trả nợ”. Quy định như Khoản 5 đã dẫn đến hai cách hiểu khác nhau về cách tính lãi đối với hợp đồng vay có kỳ hạn và có lãi trong trường hợp bên vay không trả hoặc không đầy đủ:

Cách 1: $Lãi = lãi\ suất\ thoả\ thuận \times\ nợ\ gốc + lãi\ suất\ nợ\ quá\ hạn\ theo\ lãi\ suất\ cơ\ bản\ do\ Ngân\ hàng\ Nhà\ nước\ công\ bố \times\ nợ\ gốc \times\ thời\ hạn\ vay$

Cách 2: $Lãi = (nợ\ gốc\ lãi) \times\ lãi\ suất\ nợ\ quá\ hạn\ theo\ lãi\ suất\ cơ\ bản\ do\ Ngân\ hàng\ Nhà\ nước\ công\ bố \times\ thời\ hạn\ vay$.

Cả hai cách hiểu trên là chưa chính xác, vì:

- Tiền lãi về nguyên tắc chỉ được tính trên nợ gốc (Khoản 2 Điều 209 BLDS năm 2005 quy định: “Nghĩa vụ trả tiền bao gồm cả tiền lãi trên nợ gốc, trừ trường hợp có thoả thuận khác”).

- Nếu tính lãi suất nợ quá hạn thì phải tính theo thời gian chậm trả chứ không được tính

trên thời hạn vay.

Có ý kiến cho rằng “trung ứng với thời hạn vay” tức là khoảng thời gian này tương ứng với thời hạn của loại cho vay nào (ngắn hạn, trung hạn, dài hạn) của Ngân hàng Nhà nước quy định thì áp dụng mức trần lãi suất cho vay của loại vay đó. Ý kiến như vậy là không hợp lý bởi lẽ “trung ứng với thời hạn vay” phải được hiểu là tương ứng với khoảng thời gian do các bên thoả thuận hoặc pháp luật quy định, mà trong khoảng thời gian đó, bên vay được quyền sở hữu tài sản của bên cho vay. Bên cạnh đó, tại Khoản 4 Điều 474 BLDS năm 2005 cũng đã quy định là tính lãi theo lãi suất cơ bản do Ngân hàng Nhà nước công bố tương ứng với thời hạn chậm trả. Như vậy, ngay trong cùng một điều luật, việc quy định đã không có sự thống nhất.

Do đó, Điều 474 Nghĩa vụ trả nợ của bên vay nên quy định như sau:

1. Bên vay tài sản là tiền hoặc các giấy tờ có giá như tiền, thì phải trả đủ tiền hoặc các giấy tờ có giá như tiền khi đến hạn;

2. Trong trường hợp vay tài sản là vàng, kim khí quý, đá quý hoặc vật, thì phải trả tài sản cùng loại theo đúng số lượng, chất lượng, trừ trường hợp có thoả thuận khác;

3. Trong trường hợp bên vay không thể trả vật hoặc các tài sản khác không phải là tiền, thì có thể trả bằng tiền theo giá trị của vật hoặc tài sản đã vay tại thời điểm trả nợ, nếu được bên cho vay đồng ý;

4. Địa điểm trả nợ là nơi cư trú hoặc nơi đặt trụ sở của bên cho vay, trừ trường hợp có thoả thuận khác;

5. Trong trường hợp vay không có lãi mà khi đến hạn bên vay không trả nợ hoặc trả không đầy đủ, thì bên vay phải trả lãi đối với khoản nợ chậm trả theo lãi suất cơ bản do Ngân hàng Nhà nước công bố tương ứng với thời hạn chậm trả tại thời điểm trả nợ, trừ trường hợp các bên có thoả thuận khác.

6. Trường hợp vay có lãi mà khi đến hạn bên vay không trả hoặc trả không đầy đủ, thì bên vay phải trả lãi trên nợ gốc tương ứng với thời hạn chậm trả tại thời điểm trả nợ, trừ

trường hợp có thoả thuận khác.

5. Sử dụng tài sản vay

Điều 475 BLDS năm 2005 quy định: “Các bên có thể thoả thuận về việc tài sản vay và có quyền đòi lại tài sản vay trước thời hạn, nếu đã vướng mắc mà bên vay vẫn sử dụng tài sản trái mục đích”.

Ở đây, điều luật đã không quy định hậu quả pháp lý trong trường hợp này sẽ giải quyết như thế nào. Nếu là vay có kỳ hạn và có lãi thì khi đòi lại tài sản vay trước kỳ hạn, bên cho vay có được trả lãi không? Nếu được thì tính đến thời điểm nào, thời điểm trả tài sản hay phải trả toàn bộ lãi theo kỳ hạn?

Trong trường hợp này, nên coi đây là một căn cứ để bên cho vay đơn phương đình chỉ hợp đồng. Khi đó, các bên sẽ giải quyết hậu quả của chấm dứt hợp đồng, tức là bên cho vay tài sản có quyền lấy lại tài sản, được hưởng lãi đến thời điểm chấm dứt hợp đồng và có thể yêu cầu bồi thường thiệt hại. Điều này nên được sửa theo hướng sau: “*Các bên có thể thoả thuận về việc tài sản vay phải được sử dụng đúng mục đích vay; bên cho vay có quyền kiểm tra việc sử dụng tài sản và có quyền đơn phương đình chỉ hợp đồng nếu đã nhắc nhở mà bên vay vẫn sử dụng tài sản trái mục đích*”.

6. Lãi suất

Trong HĐVTS thì lãi suất là một yếu tố rất quan trọng vì nó là cơ sở để tính lãi và đa số các tranh chấp về HĐVTS có nguyên nhân từ lãi, mức lãi suất. Trên thực tế, quan hệ vay tài sản nói chung rất phong phú, đa dạng, mức lãi suất được xem là phù hợp mà các bên tham gia giao dịch đưa ra và có thể cùng chấp nhận được chịu ảnh hưởng bởi rất nhiều yếu tố.

Về nguyên tắc, lãi suất cho vay cụ thể sẽ do các bên thoả thuận, tuy nhiên, nhằm ngăn ngừa hiện tượng cho vay nặng lãi và cũng tạo cơ sở pháp lý để giải quyết các tranh chấp về lãi suất hoặc trong trường hợp không có cơ sở xác định rõ mức lãi đã thoả thuận, BLDS năm 2005 có quy định về mức lãi suất tại Khoản 1

Điều 476: “Lãi suất vay do các bên thoả thuận nhưng không được vượt quá 150% của lãi suất cơ bản do Ngân hàng Nhà nước công bố đối với loại cho vay tương ứng”. BLDS năm 2005 sử dụng khái niệm “lãi suất cơ bản” để làm căn cứ viện dẫn khi xác định lãi suất trong HĐVTS. Tuy vậy, lãi suất cơ bản hiện nay không còn phù hợp, bởi:

- Cơ chế điều hành lãi suất bằng cách giao cho Ngân hàng Nhà nước ban hành mức lãi suất cơ bản như cách quy định của BLDS năm 2005 là không còn phù hợp do việc xác định lãi suất tiền vay trong thực tế hiện nay đã có nhiều biến động và chịu chi phối mạnh mẽ của quy luật thị trường, vượt xa những dự liệu của nhà làm luật khi ban hành BLDS năm 2005. Bản thân các quy định về lãi suất cơ bản, suy cho cùng, cũng chỉ là kết quả tham khảo từ lãi suất thị trường liên ngân hàng ở Việt Nam, nhưng thực chất lại thường mang tính chủ quan của cơ quan quản lý, không theo kịp lãi suất thực tế diễn ra trên thị trường và đôi khi tỏ ra lạc hậu rất xa so với thực tế.

- Sự thay đổi cơ chế điều hành lãi suất của Ngân hàng Nhà nước cũng như sự thay đổi trong các quan hệ cung - cầu trong thị trường vốn, theo hướng ngày càng tiến dần đến với những đòi hỏi khách quan của loại quan hệ này, đòi hỏi cần có sự thay đổi căn cứ xác định lãi suất thích ứng. Sắp tới, Nhà nước sẽ không điều hành lãi suất theo cơ chế công bố lãi suất cơ bản như từ trước tới nay, nên căn cứ áp dụng lãi suất cơ bản trong BLDS hiện hành không còn khả thi.

- Về mặt kỹ thuật, nhiều điều luật quy định về lãi suất trong BLDS năm 2005 không được trình bày chặt chẽ, có thể được hiểu theo nhiều nghĩa khác nhau, gây khó khăn cho việc áp dụng và thực thi pháp luật.

Bên cạnh đó, hiện nay ở từng thời điểm nhất định, Ngân hàng Nhà nước chỉ công bố một mức lãi suất cơ bản nhất định duy nhất để các tổ chức tín dụng tham khảo ấn định lãi suất kinh doanh và định hướng lãi suất thị trường. Ngân hàng Nhà nước không công bố các mức lãi suất cơ bản khác nhau tương ứng với từng

loại cho vay ngắn hạn, trung hạn, dài hạn. Do vậy, chúng tôi đề nghị bỏ cụm từ “đối với loại cho vay tương ứng”.

Ngoài ra, Khoản 1 Điều 476 BLDS hiện hành chưa xác định cụ thể hậu quả pháp lý của việc vi phạm quy định của pháp luật về lãi suất trong hợp đồng. Nội dung Khoản 1 Điều 476 chưa xác định rõ chế tài khi các bên thoả thuận mức lãi suất trong HĐVTS vượt quá lãi suất quy định. Vấn đề này còn nhiều cách hiểu và cách vận dụng khác nhau:

Một là, nếu thoả thuận trong hợp đồng vượt quá mức lãi suất quy định, thì phần vượt quá đó sẽ được cơ quan áp dụng pháp luật tính lại cho bằng với mức lãi suất quy định. Như vậy, nội dung của điều khoản này bị vô hiệu một phần, đó là phần vượt mức lãi suất quy định và phần vô hiệu này không ảnh hưởng đến toàn bộ điều khoản lãi suất của hợp đồng.

Hai là, nếu thoả thuận về điều khoản lãi suất trong hợp đồng là vi phạm pháp luật, thì nội dung của thoả thuận này bị xem là vô hiệu tuyệt đối. Và nếu toàn bộ điều khoản lãi suất vô hiệu, thì coi như hợp đồng vay không có lãi.

Ba là, nếu các bên thoả thuận vượt quá mức lãi suất quy định, rồi không nhất trí với nhau về mức lãi suất đó, dẫn đến tranh chấp tại Tòa án, thì phải áp dụng Khoản 2 Điều 476 là có sự tranh chấp về lãi suất, thì lãi suất phải được Tòa án xác định lại theo lãi suất cơ bản, chứ không phải tính lại cho bằng với 150% lãi suất cơ bản.

Khoản 2 Điều 476 BLDS năm 2005 quy định: “Trong trường hợp các bên có thoả thuận về việc trả lãi, nhưng không xác định rõ lãi suất hoặc có tranh chấp về lãi suất thì áp dụng lãi suất cơ bản do Ngân hàng Nhà nước công bố tương ứng với thời hạn vay tại thời điểm trả nợ”.

Như vậy, “có tranh chấp về lãi suất” ở đây được hiểu là gì? Nếu các bên thoả thuận mức lãi suất quá cao và sau đó bên vay lại không chấp nhận mức lãi suất đó nữa và khởi kiện thì giải quyết như thế nào? Sẽ áp dụng mức

(Xem tiếp trang 44)

LAO ĐỘNG NỮ VÀ VẤN ĐỀ NGHỈ THAI SẢN CỦA LAO ĐỘNG NỮ

■ NGUYỄN HỒNG NGỌC*

Phụ nữ là người lao động, người công dân, đồng thời là người mẹ, người thầy đầu tiên trong cuộc đời của một con người. Do đó, khả năng và điều kiện lao động, trình độ văn hóa, chuyên môn nghiệp vụ cũng như vị trí xã hội, đời sống vật chất và tinh thần của phụ nữ ảnh hưởng nhiều đến sự phát triển xã hội và nhân cách của thế hệ tương lai. Chiếm trên 48% lực lượng lao động xã hội của cả nước, phụ nữ có mặt trên hầu hết các lĩnh vực lao động sản xuất, tập trung đông tại các doanh nghiệp trong lĩnh vực may mặc, giày da, thủy sản, lắp ráp điện tử, thủ công mỹ nghệ, chế biến thực phẩm. Việc có những quy định riêng đối với lao động nữ trong dự thảo Bộ luật Lao động (sửa đổi), trong đó có những quy định cụ thể về chính sách thai sản, thời gian nghỉ thai sản là hết sức cần thiết. Quy định chế độ thai sản hợp lý cho lao động nữ là một yếu tố quan trọng trong việc thúc đẩy sự phát triển của nền kinh tế, bảo vệ sức khỏe của người phụ nữ cũng như đảm bảo sức khỏe của thế hệ tương lai.

Chế độ thai sản có 2 nội dung chính: chăm

sóc y tế trong thời gian mang thai, sinh con và sau khi sinh; trợ cấp bằng tiền cho thời gian nghỉ việc không hưởng lương.

Xác định độ dài thời gian nghỉ việc trong chế độ thai sản khi sinh con phải căn cứ vào: quy định của các công ước quốc tế; sức khỏe nghề nghiệp của lao động nữ và sức khỏe lao động nữ thời kỳ mang thai, nuôi con nhỏ; điều kiện kinh tế - xã hội của quốc gia, như khả năng chi trả của quỹ bảo hiểm xã hội (BHXH) và nhu cầu lao động trong xã hội.

1. Các quy định của các công ước quốc tế

Đây là cơ sở quan trọng đảm bảo cho các quy định chế độ nghỉ thai sản phù hợp với luật pháp quốc tế. Có 4 công ước quy định về chế độ thai sản:

Công ước số 3 của Tổ chức Lao động quốc tế (ILO) (1919) về bảo vệ thai sản: Điều 3 quy định: Không được phép làm việc trong thời kỳ 6 tuần đầu sau khi sinh đẻ; Có quyền nghỉ việc nếu có giấy của y tế chứng nhận sẽ sinh đẻ trong thời hạn 6 tuần; Người phụ nữ tự cho con bú được phép nghỉ 2 lần trong thời giờ làm

(*) *ThS. Văn phòng Quốc hội*

việc, mỗi lần nửa giờ để cho con bú...).

Khuyến nghị số 191 (152) của ILO về bảo vệ thai sản: Người phụ nữ có quyền trở lại cương vị hoặc vị trí cũ với mức thù lao tương đương mà người đó nhận được khi nghỉ thai sản; Người phụ nữ trong thời gian mang thai hoặc chăm sóc trẻ sơ sinh không được làm ca đêm nếu trong chứng nhận y tế nêu rằng, công việc đó không phù hợp với việc mang thai hoặc thời gian chăm sóc trẻ sơ sinh; Người phụ nữ cần được phép rời khỏi nơi làm việc, nếu cần thiết, sau khi thông báo với người sử dụng lao động để tiến hành khám thai...).

Công ước số 183 (2000) của ILO về bảo vệ bà mẹ: Quy định 14 tuần nghỉ thai sản, bao gồm 6 tuần nghỉ bắt buộc trước khi sinh; Trợ cấp tiền trong thời gian nghỉ thai sản ít nhất bằng 2/3 mức lương hoặc thu nhập được bảo hiểm...).

Công ước về xoá bỏ mọi hình thức phân biệt đối xử chống lại phụ nữ (CEDAW): Điều 11 (2)(b): “Các quốc gia cần có biện pháp thích hợp...” nhằm quy định chế độ nghỉ phép cho người mẹ trong thời kỳ thai sản được hưởng lương hoặc các trợ cấp xã hội tương đương mà không bị mất việc làm, vị trí trong công việc và các khoản trợ cấp xã hội”.

Công ước về quyền kinh tế, xã hội, văn hoá (ICESCR): Điều 10(2) quy định “cần có sự bảo vệ đặc biệt đối với bà mẹ trong một khoảng thời gian thích hợp trước và sau sinh. Trong suốt thời gian này, những bà mẹ đang làm việc được nghỉ vẫn được trả lương hoặc nhận khoản trợ cấp an sinh xã hội tương đương”.

2. Sức khỏe nghề nghiệp của lao động nữ và lao động nữ thời kỳ mang thai, nuôi con nhỏ

Phụ nữ trong thời kỳ mang thai rất dễ bị tổn thương về sức khỏe cho cả mẹ và thai nhi, đặc biệt khi người lao động nữ làm việc trong môi trường lao động nặng nhọc, độc hại, nguy hiểm hoặc phải làm việc với thời gian kéo dài trong ngày.

Đối với người lao động nữ, mang thai sẽ làm thay đổi các chức năng hô hấp, tiêu hóa,

chức năng gan và thận làm tăng hấp thụ, phân bố và đào thải các chất độc. Một số ảnh hưởng sức khỏe do thay đổi sinh lý ở phụ nữ mang thai khi làm việc đã được xác định cụ thể như: mệt mỏi, căng thẳng; buồn nôn làm tăng nhạy cảm chất hóa học; tăng chuyển hóa làm tác hại tới gan; tăng dòng máu tới thai nhi gây thiếu ô xy cho thai nhi; tăng kích thích cơ tim làm tăng loạn nhịp tim, tăng huyết áp; tăng đau vùng thắt lưng; khó khăn khi di chuyển, thao tác.

Ngoài ra, sữa mẹ rất quan trọng đối với sự phát triển bình thường của trẻ do giá trị dinh dưỡng và khả năng miễn dịch cao. Theo Tổ chức Y tế thế giới (WHO), hướng dẫn của Bộ Y tế Việt Nam (trong 10 lời khuyên dinh dưỡng) thì trẻ em cần được bú mẹ hoàn toàn trong 6 tháng đầu để đảm bảo cho sự phát triển toàn diện của trẻ nhỏ. Những nghiên cứu của WHO đã cho thấy ý nghĩa vô cùng quan trọng khi trẻ được bú mẹ. Đó là, nếu tỷ lệ nuôi con bằng sữa mẹ cao, đạt khoảng 99%, thì có thể giảm được tử vong ở trẻ 36 tháng xuống 9,1% và gánh nặng bệnh tật xuống 8,6%. Đối với các bà mẹ, việc thực hành cho con bú sẽ giúp giảm tỷ lệ ung thư vú; giảm trên 20% tỷ lệ ung thư buồng trứng; giảm từ 24% - 37% tỷ lệ đái tháo đường tuýp 2; giảm nguy cơ mắc bệnh trầm cảm, loãng xương thời tiền mãn kinh. Bà mẹ cho con bú sớm sau sinh sẽ hồi phục sức khỏe sau sinh nhanh hơn và cũng giảm nguy cơ băng huyết sau sinh. Nuôi con bằng sữa mẹ hoàn toàn trong 6 tháng đầu có tác dụng phòng tránh thai với hiệu quả đạt 98%. Những bà mẹ nuôi con bằng sữa mẹ sẽ quay trở lại cân nặng trước khi mang thai nhanh hơn so với những bà mẹ cho con ăn bằng sữa bột. Ngoài những ích lợi cho trẻ em và bà mẹ, việc nuôi con bằng sữa mẹ còn đem lại những lợi ích kinh tế. Trong bài phát biểu tại Hội nghị thúc đẩy nuôi con bằng sữa mẹ (Oasinhton, Hoa Kỳ) ngày 14/2/2011, phu nhân Tổng thống Mỹ Michelle Obama đã nói: “Hàng năm nước Mỹ sẽ tiết kiệm được 13 tỷ đô la nếu toàn bộ phụ nữ Mỹ nuôi con bằng sữa mẹ”. Ở Việt Nam, mặc dù chưa có những tính toán chi tiết về chi phí và hiệu quả, nhưng chỉ tính đơn thuần chi



phí để mua sữa và các sản phẩm sữa đã tiêu tốn khoảng 0,8 - 1,2 triệu đồng/tháng cho một trẻ em, cộng với chi phí gửi trẻ trung bình khoảng 700.000 đồng/tháng, thì tổng chi phí bỏ ra nếu bà mẹ phải đi làm không thực hành cho con bú sữa mẹ sẽ vào khoảng 1,5 - 1,9 triệu/tháng¹. Đó là một số tiền không nhỏ đối với một lao động nữ so với mức lương hiện nay.

3. Điều kiện kinh tế - xã hội

Kết quả nghiên cứu so sánh thời gian quy định nghỉ phép cho cha mẹ trong thời kỳ sinh con của 156 quốc gia trên thế giới cho thấy²: đa số các quốc gia (118/156 quốc gia, chiếm 75,6%) có quy định về thời gian nghỉ từ 10 - 20 tuần (Thái Lan, Lào, Nam Phi, Côn gô...), chủ yếu là các nước đang phát triển; có 19/156 quốc gia (chiếm 12,2%) quy định thời gian nghỉ phép trên 20 tuần. Thụy Điển (480 ngày, tương đương 69 tuần); Nga (98 tuần); Na Uy (56 tuần), Albania (52 tuần), chủ yếu là các nước phát triển, thuộc khu vực Châu Âu và có hệ thống phúc lợi xã hội khá tốt. Tuy nhiên, có 04 quốc gia (Mỹ, Swaziland Liberia và Papua New Guinea) không có quy định cụ thể nào về thời gian nghỉ phép cho cha, mẹ trong thời kỳ trước sinh và mới có con.

Số liệu trên cho thấy, thời gian nghỉ thai sản

đối với lao động nữ là hơn 20 tuần trở lên và có trả lương chủ yếu được áp dụng tại các nước phát triển. Tại các nước đang phát triển, thời gian nghỉ thai sản chủ yếu rơi vào khoảng từ 10 đến dưới 20 tuần. Việc quy định thời gian nghỉ như vậy có thể giúp phụ nữ đảm bảo sức khoẻ trước và sau sinh, cũng giúp bảo vệ việc làm của người phụ nữ trong thời gian nghỉ sinh (trong trường hợp nếu thời gian nghỉ sinh quá lâu, nếu doanh nghiệp không có lao động làm công việc thay thế, họ có thể tuyển lao động mới và dẫn đến tình trạng phụ nữ nghỉ sinh mất việc trên thực tế, mặc dù luật quy định lao động nữ được bảo vệ quyền việc làm trong thời kỳ nghỉ sinh). Tại các nước kém phát triển, do điều kiện kinh tế - xã hội còn khó khăn, quỹ phúc lợi xã hội chưa đảm bảo, nên chế độ thai sản đối với lao động nữ cũng gặp nhiều khó khăn hơn. Ở các nước này, thời gian nghỉ sinh và chế độ trợ cấp cho lao động nữ trong thời gian này cũng hạn chế hơn so với các nước phát triển và đang phát triển.

Từ những căn cứ trên, Điều 161 dự thảo Bộ luật Lao động (sửa đổi) quy định: “1. Người lao động nữ làm việc trong điều kiện bình thường được nghỉ trước và sau khi sinh cộng lại 5 tháng và được hưởng trợ cấp thai sản theo quy định của Luật Bảo hiểm xã hội.

(1) PepsiCo-Chính sách Y tế Toàn cầu, “Tóm lược về chính sách y tế công cộng trong nuôi dưỡng trẻ nhỏ ở Việt Nam” 2010.

(2) Nguồn: http://en.wikipedia.org/wiki/Parental_leave

Người lao động nữ làm công việc nặng nhọc, độc hại, nguy hiểm, làm theo chế độ ba ca, làm việc thường xuyên ở nơi có phụ cấp khu vực hệ số từ 0,7 trở lên, người lao động nữ là người khuyết tật thì thời gian này là 6 tháng. Trường hợp lao động nữ sinh đôi trở lên thì tính từ con thứ 2 trở đi, cứ mỗi con người mẹ được nghỉ thêm 30 ngày. 2. Hết thời gian nghỉ thai sản quy định tại khoản 1 Điều này, nếu có nhu cầu, người lao động nữ có thể nghỉ thêm một thời gian không hưởng lương theo thỏa thuận với người sử dụng lao động. Người lao động nữ có thể đi làm việc trước khi hết thời gian nghỉ thai sản, nếu đã nghỉ ít nhất được hai tháng sau khi sinh và có giấy của cơ sở khám bệnh, chữa bệnh chứng nhận việc trở lại làm việc sớm không có hại cho sức khỏe và phải được người sử dụng lao động đồng ý. Trong trường hợp này, người lao động nữ vẫn tiếp tục được hưởng trợ cấp thai sản, ngoài tiền lương của những ngày làm việc”. Như vậy, ngoài việc dựa vào các căn cứ đã phân tích trên, quy định này còn dựa vào một căn cứ nữa đó là điều kiện lao động, môi trường lao động của lao động nữ để quy định thời gian nghỉ thai sản là 5 tháng hay 6 tháng. Quy định trên là tương đối hợp lý khi xét trên khía cạnh sức khỏe, điều kiện lao động, môi trường lao động của lao động nữ, nhưng lại không hợp lý khi xét trên các quy định về bảo vệ, chăm sóc và giáo dục trẻ em, tạo ra sự phân biệt đối xử, bất bình đẳng trong việc thực hiện quyền trẻ em.

Chúng tôi cho rằng, không nên phân biệt thời gian nghỉ thai sản của lao động nữ là 5 tháng và 6 tháng mà nên quy định thống nhất thời gian nghỉ thai sản là 6 tháng. Người lao động nữ có thể đi làm việc trước khi hết thời gian nghỉ thai sản, nếu đã nghỉ ít nhất được bốn tháng sau khi sinh và có giấy của cơ sở khám bệnh, chữa bệnh chứng nhận việc trở lại làm việc sớm không có hại cho sức khỏe và phải được người sử dụng lao động đồng ý. Trong trường hợp này, người lao động nữ vẫn tiếp tục được hưởng trợ cấp thai sản, được nhận tiền lương của những ngày làm việc (tiền

lương này không bao gồm khoản đóng góp của người sử dụng lao động và người lao động vào quỹ bảo hiểm xã hội, bảo hiểm y tế). Quy định chế độ nghỉ thai sản như trên xuất phát từ một số lý do sau:

- Việc quy định chế độ thai sản hợp lý cho lao động nữ là một yếu tố quan trọng trong việc thúc đẩy sự phát triển của nền kinh tế cũng như đảm bảo sức khỏe của thế hệ tương lai. Đây là một vấn đề mang tính nhân văn cao. Quy định tăng thời gian nghỉ thai sản cho lao động nữ là quy định tiến bộ nhằm mục tiêu bảo vệ thế hệ tương lai và chất lượng giống nòi. Hiện nay điều kiện kinh tế - xã hội cả nước đang phát triển không ngừng, đời sống kinh tế trong từng gia đình ngày một được nâng lên, các chính sách xã hội từng bước được cải thiện. Do vậy, quy định thời gian nghỉ thai sản 6 tháng là phù hợp nhằm đảm bảo cho người mẹ có thời gian để phục hồi sức khỏe sau sinh, giúp cho trẻ nhỏ được hưởng nguồn sữa mẹ, tăng cường sức khỏe cho bà mẹ trẻ em, góp phần giảm tỷ lệ suy dinh dưỡng trẻ em, thực hiện Luật Bảo vệ, chăm sóc và giáo dục trẻ em và cũng là bảo vệ quyền của trẻ em.

- Thực hiện khuyến nghị của Tổ chức Y tế thế giới cũng như hướng dẫn của Bộ Y tế (trong 10 lời khuyên dinh dưỡng) trẻ em cần phải được bú mẹ hoàn toàn trong 6 tháng đầu, vì thực tế theo thống kê của Bộ Y tế năm 2010, chỉ có hơn 18% trẻ em nước ta được bú sữa mẹ hoàn toàn trong 6 tháng đầu đời.

- Nếu thời gian nghỉ thai sản là 6 tháng, theo tính toán của cơ quan bảo hiểm xã hội (BHXH) thì quỹ BHXH hoàn toàn có thể cân đối được. Với mức đóng cho quỹ ốm đau, thai sản theo quy định là 3% tổng quỹ tiền lương thì trong 4 năm, từ 2007 đến 2010 đều đảm bảo đủ để chi trả và hiện có số dư để dự phòng là 7.620 tỷ đồng (năm 2007 dư 1.458 tỷ đồng, năm 2008 dư 1.411 tỷ đồng, năm 2009 dư 1.700 tỷ đồng, năm 2010 dư 1.779 tỷ đồng cùng với lãi đầu tư); tỷ lệ bình quân chi/thu quỹ này là 68,1% (chưa tính có chi phí quản lý và lệ phí chi trả, nếu có).

- Khảo sát năm 2010 của Tổng Liên đoàn lao động Việt Nam thực hiện trên 10 tỉnh, thành phố với 34 doanh nghiệp có đông lao động nữ cho thấy: khi đề cập đến vấn đề tăng thời gian nghỉ thai sản cho lao động nữ lên 6 tháng thì có đến 95% người sử dụng lao động đồng tình vì trong thời gian lao động nữ nghỉ thai sản, doanh nghiệp đã phải có sự điều chỉnh về lao động, hầu như lao động nữ hết thời gian nghỉ thai sản đều có nguyện vọng là được nghỉ thêm từ 1 đến 2 tháng. 74,9% lao động nữ mong muốn được tăng thời gian nghỉ thai sản lên 6 tháng.

- Thực hiện chế độ nghỉ thai sản 6 tháng cho lao động nữ sẽ giúp doanh nghiệp thực hiện tốt trách nhiệm xã hội, góp phần tạo nên mối quan hệ tốt giữa người lao động với doanh nghiệp. Điều này sẽ giúp cho việc nâng cao uy tín của doanh nghiệp với đối tác, bạn hàng và xã hội.

- Người lao động có thời gian nghỉ dưỡng phục hồi sức khỏe sau khi sinh, đồng thời có thời gian chăm sóc con sơ sinh tốt hơn, giúp con phát triển đầy đủ, toàn diện. Đồng thời, quy định này cũng giúp lao động nữ có đủ điều kiện sức khỏe có cơ hội được đi làm sớm trước khi hết thời gian nghỉ thai sản để tăng thu nhập, cải thiện đời sống cho gia đình.

Ngoài ra, gắn liền với việc quy định tăng thời gian nghỉ thai sản nên có chính sách hỗ trợ

lao động nữ khi sinh con:

- Quy định thời gian nghỉ sinh con cho cả lao động nam (người cha), để người cha có thể chăm sóc vợ và con trong thời gian người vợ nghỉ sinh con.

- Xem xét, tính toán tăng khoản trợ cấp một lần khi sinh con để đảm bảo cơ bản đủ mua sắm một số dụng cụ cần thiết chủ yếu cho một cháu sơ sinh (bằng bình quân 1 tháng lương đóng BHXH, tương ứng 3 tháng lương tối thiểu).

- Nếu đã đóng BHXH bắt buộc từ đủ 5 năm trở lên thì không áp dụng quy định điều kiện có đóng BHXH 6 tháng trong vòng 12 tháng trước khi sinh con.

- Trợ cấp một khoản bằng tiền cho mẹ và bé khi sinh, để nâng cao chất lượng bữa ăn, sức khỏe cho mẹ và bảo đảm sữa cho con;

- Tổ chức các dịch vụ chăm sóc bé dưới 12 tháng tuổi, bên cạnh trụ sở doanh nghiệp, khu công nghiệp để tạo điều kiện cho các bà mẹ đi làm mà vẫn có thể cho con bú giữa ca và vẫn bảo đảm ca kíp trong dây chuyền sản xuất.

- Tạo điều kiện để lao động nữ về sớm trước một giờ để chăm con, bố trí những công việc phù hợp để bảo đảm sức khỏe và thu nhập cho họ.

- Cần phải có chính sách đồng bộ hỗ trợ việc tổ chức nhà trẻ, trường mầm non. ■

VƯỚNG MẮC TRONG GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP ...

(Tiếp theo trang 39)

lãi suất có kỳ hạn do Ngân hàng Nhà nước quy định như tại Khoản 2 hay áp dụng mức lãi suất bằng 150% mức lãi suất cao nhất do Ngân hàng Nhà nước quy định như quy định tại Khoản 1 và các văn bản khác? Để tránh cho việc hiểu sai dẫn đến việc áp dụng khác nhau về vấn đề này, khoản 2 Điều 476 nên bỏ cụm từ “hoặc có tranh chấp về lãi suất”.

Việc tính lãi trong HĐVTS có đối tượng là vàng thì vẫn đang bị bỏ ngỏ. Thực tế chưa có

văn bản hướng dẫn và hiện nay cũng chưa có quy định nào của Nhà nước quy định về vấn đề này áp dụng cho đối tượng là vàng, điều này đã gây rất nhiều khó khăn cho các cơ quan khi áp dụng và giải quyết, nên pháp luật cần có quy định ngay về vấn đề này.

Vì BLDS có vai trò quan trọng trong việc ổn định các quan hệ dân sự trong xã hội, bảo đảm sự an toàn pháp lý trong quan hệ dân sự, nên cần phải có những điều khoản được quy định thật chặt chẽ, đảm bảo tính ổn định và giá trị lâu bền của Bộ luật. Do vậy, với những bất cập nói trên, cần thiết phải tìm kiếm một mức lãi suất phù hợp để làm căn cứ cho việc xác định lãi suất trong BLDS và để viện dẫn về lãi suất trong các HĐVTS. ■

THỰC TRẠNG VÀ MỘT SỐ GIẢI PHÁP CHO QUY HOẠCH XÂY DỰNG

■ VŨ VIẾT THIỆU*

1. Quy hoạch xây dựng và vai trò của quy hoạch xây dựng

Quy hoạch xây dựng (QHXD) là việc tổ chức hoặc định hướng tổ chức không gian vùng, không gian đô thị và điểm dân cư nông thôn, hệ thống công trình hạ tầng kỹ thuật, hạ tầng xã hội; tạo lập môi trường sống thích hợp cho người dân tại các vùng lãnh thổ, bảo đảm kết hợp hài hòa giữa lợi ích quốc gia với lợi ích cộng đồng, đáp ứng các mục tiêu phát triển kinh tế - xã hội, quốc phòng, an ninh, bảo vệ môi trường. Về hình thức, QHXD được thể hiện ở đồ án QHXD bao gồm sơ đồ, bản vẽ, mô hình và thuyết minh. QHXD được phân thành ba loại: QHXD vùng, QHXD đô thị (bao gồm quy hoạch chung xây dựng đô thị và quy hoạch chi tiết xây dựng đô thị), QHXD điểm dân cư nông thôn. Về phạm vi, QHXD không chỉ liên quan đến không gian trên mặt đất mà còn liên quan đến không gian ngầm, gồm phần ngầm của các công trình xây dựng, các công trình hạ tầng kỹ thuật ngầm, giao thông ngầm đô thị, các công trình công cộng ngầm.

QHXD có vai trò rất quan trọng trong đầu tư xây dựng (ĐT XD) và phát triển kinh tế - xã hội. QHXD tổ chức, sắp xếp không gian lãnh thổ, là cơ sở khai thác và sử dụng hợp lý

tài nguyên thiên nhiên, đất đai và các nguồn lực phù hợp với điều kiện tự nhiên, đặc điểm lịch sử, kinh tế - xã hội, tiến bộ khoa học và công nghệ của đất nước trong từng giai đoạn phát triển. QHXD là cơ sở tạo lập môi trường sống tiện nghi, an toàn và bền vững, thỏa mãn các nhu cầu vật chất và tinh thần ngày càng cao của nhân dân; bảo vệ môi trường, di sản văn hóa, bảo tồn di tích lịch sử - văn hóa, cảnh quan thiên nhiên, giữ gìn và phát triển bản sắc văn hóa dân tộc. QHXD là căn cứ quan trọng cho công tác kế hoạch, quản lý đầu tư và thu hút đầu tư xây dựng; quản lý khai thác và sử dụng các công trình xây dựng trong đô thị, điểm dân cư nông thôn.

Vì thế, QHXD phải phù hợp với quy hoạch tổng thể phát triển kinh tế - xã hội, quy hoạch phát triển của các ngành liên quan, quy hoạch sử dụng đất. Quy hoạch chi tiết xây dựng phải phù hợp với quy hoạch chung xây dựng, bảo đảm quốc phòng - an ninh, tạo động lực phát triển kinh tế - xã hội.

QHXD là một trong những khâu quan trọng để định hướng cho phát triển và kêu gọi đầu tư, bảo đảm đầu tư có hiệu quả và phát triển bền vững. Việc quy hoạch căng mà vắng tàu đậu, nhà máy không đủ nguyên liệu để sản xuất,

(*) *ThS, Phó Giám đốc Sở Xây dựng Nam Định.*

chợ không có người họp...; quy hoạch có tầm nhìn ngắn, thiếu tính chiến lược, không đồng bộ, chưa phù hợp với thị trường... là những quy hoạch bất cập, yếu kém, gây lãng phí rất lớn.

Đề phát huy vai trò quan trọng của QHXD, nhiều vấn đề được đặt ra, đòi hỏi công tác QHXD phải luôn đi trước; đòi hỏi việc khảo sát, điều tra cơ bản, tính toán và dự báo, thu thập thông tin phục vụ công tác quy hoạch phải đầy đủ, khách quan, khoa học, có định hướng đúng và có tầm nhìn, phù hợp với điều kiện tự nhiên và xã hội; đòi hỏi Nhà nước phải bảo đảm nguồn vốn từ ngân sách và có chính sách huy động các nguồn vốn khác đáp ứng yêu cầu của công tác QHXD.

Mặt khác, thực tế cho thấy, việc phát huy vai trò quan trọng của QHXD phải tiến hành đồng thời với việc ngăn chặn, khắc phục tình trạng lãng phí, thất thoát ngay trong các giai đoạn của quá trình QHXD; ngăn chặn tình trạng lãng phí, thất thoát trong ĐTXD do khâu quy hoạch gây ra.

2. Những thành tựu và hạn chế của công tác quy hoạch xây dựng hiện nay

Theo pháp luật hiện hành, quy hoạch tổng thể phát triển kinh tế - xã hội và quy hoạch ngành được triển khai theo quy định của Nghị định số 92/2006/NĐ-CP ngày 07/9/2006 và Nghị định số 04/2008/NĐ-CP ngày 11/01/2008 của Chính phủ; công tác QHXD, quy hoạch đô thị (QHĐT) được điều chỉnh bởi Luật Xây dựng số 16/2003/QH11, Luật QHĐT số 30/2009/QH12, các nghị định hướng dẫn thực hiện các luật liên quan đến công tác quy hoạch như Nghị định số 08/2005/NĐ-CP ngày 24/01/2005 về QHXD, Nghị định số 37/2010/NĐ-CP ngày 07/4/2010 về lập, thẩm định, phê duyệt và quản lý QHĐT, Nghị định số 38/2010/NĐ-CP ngày 07/4/2010 về quản lý không gian, kiến trúc, cảnh quan đô thị và các thông tư của Bộ Xây dựng hướng dẫn chi tiết một số nội dung của các nghị định này.

Các quy hoạch kinh tế - xã hội của các vùng

lãnh thổ và quy hoạch tổng thể phát triển kinh tế - xã hội của 63 tỉnh thành trong cả nước đến nay đã hoàn thành về cơ bản. Quy hoạch phát triển các khu công nghiệp (KCN) ở Việt Nam đến năm 2015 và định hướng đến năm 2020 được Thủ tướng Chính phủ phê duyệt tại Quyết định số 1107/QĐ-TTg ngày 21/8/2006 đã bổ sung 115 KCN dự kiến ưu tiên thành lập mới đến năm 2015 và 27 KCN dự kiến mở rộng; mục tiêu đưa tỷ lệ đóng góp của các KCN vào tổng giá trị sản xuất công nghiệp từ trên 24% năm 2006 lên 39-40% vào năm 2010 và tới trên 60% vào giai đoạn tiếp theo; nâng tổng diện tích các KCN đến năm 2010 lên 45.000 ha - 50.000 ha, năm 2015 lên 65.000 ha - 70.000 ha; phấn đấu đạt tỷ lệ lấp đầy các KCN bình quân trên toàn quốc trên 60%. Tính đến 31/12/2010, cả nước đã quy hoạch và triển khai ĐTXD 28 khu kinh tế cửa khẩu, 15 khu kinh tế biển, khoảng trên 250 KCN, khu chế xuất, khu công nghệ cao.

Tính đến 31/12/2010, toàn quốc có 755 đô thị gồm 02 đô thị loại đặc biệt, 10 đô thị loại I, 12 đô thị loại II, 47 đô thị loại III, 50 đô thị loại IV, 634 đô thị loại V. Số đô thị có quy hoạch chung xây dựng được phê duyệt chiếm tỷ lệ 93%, trong đó có 100% đô thị từ loại IV (thị xã) trở lên đã có quy hoạch chung xây dựng được phê duyệt. Tỷ lệ QHXD chi tiết được phê duyệt khoảng 45%. Các dự án đầu tư phát triển các khu đô thị mới đã được triển khai trên địa bàn của 45/63 tỉnh, thành phố. Đến 31/12/2010, cả nước có 633 dự án khu đô thị mới với tổng diện tích khoảng 103.234 ha, tập trung chủ yếu tại các đô thị từ loại III cho tới đô thị loại đặc biệt; trong số đó có 86 khu đô thị mới (13,6%) có quy mô trên 200 ha (với 18 khu đô thị mới có quy mô trên dưới 1.000 ha); có 288 khu đô thị mới (45,5%) có quy mô từ 50-200 ha, 259 khu đô thị mới có quy mô từ 20-50 ha. Ngoài ra, còn có hàng ngàn các khu vực xây dựng dưới dạng "khu đô thị mới" nhưng có quy mô nhỏ dưới 20 ha nằm đan xen khắp các khu vực, đặc biệt là vùng ven đô¹.

(1) Bộ Xây dựng: Báo cáo tình hình thực hiện nhiệm vụ kế hoạch năm 2010 của ngành xây dựng, tr 9.

Thực hiện Chương trình hành động của Chính phủ triển khai Nghị quyết 26-NQ/TW Hội nghị lần thứ 7 BCHTW Đảng khóa X về nông nghiệp, nông thôn, nông dân, các địa phương đang tiến hành rà soát QHXD nông thôn mới theo tinh thần Quyết định số 193/QĐ-TTg ngày 02/02/2010 của Thủ tướng Chính phủ. Đến 31/12/2010, theo báo cáo của 57/63 tỉnh, có 2.410 xã/tổng số 8.209 xã (26,42%) đã lập QHXD².

Những thành tựu trong QHXD nêu trên là kết quả của việc đổi mới công tác QHXD, linh hoạt trong việc xác định mục tiêu, định hướng, chú ý nhiều hơn đến yếu tố thị trường để cập nhật phục vụ việc lập quy hoạch, bổ sung và điều chỉnh quy hoạch kịp thời. Vì vậy, nhiều QHXD đã bám sát với tình hình thực tế, đáp ứng được yêu cầu phát triển trong tình hình mới; đồng thời cũng là căn cứ để xây dựng các kế hoạch dài hạn, năm năm, hàng năm.

Tuy nhiên, công tác QHXD trong những năm qua cũng còn không ít những tồn tại, hạn chế:

Một là, chất lượng công tác quy hoạch chưa cao, chưa có tầm nhìn xa, công tác phân tích và dự báo về thị trường còn thiếu tin cậy; tính khả thi chưa cao, chưa phù hợp với khả năng huy động các nguồn lực để thực hiện. Nhiều quy hoạch mang tính tình thế, thiếu tính khoa học, ảnh hưởng đến tiến trình chuyển đổi cơ cấu kinh tế, hạn chế tăng trưởng kinh tế, gây lãng phí lớn tài nguyên thiên nhiên³. Chất lượng của nhiều đồ án quy hoạch (ĐAQH) còn thấp, chưa đáp ứng được yêu cầu; chất lượng dự báo thấp nên phải điều chỉnh trước thời hạn; một số đồ án QHXD thiếu cập nhật các quy hoạch định hướng hạ tầng diện rộng của vùng, của quốc gia nên khi triển khai gặp vướng mắc phải điều chỉnh.

Với 28 khu kinh tế cửa khẩu đã ĐTXD và đi vào hoạt động, một số hoạt động không hiệu quả, như: Nhà nước đầu tư ngân sách cho Khu

kinh tế cửa khẩu Bờ Y (Gia Lai) từ năm 2006 đến năm 2010 trên 1.000 tỷ đồng, đã đưa vào hoạt động 2 năm, nhưng mỗi ngày chỉ phục vụ cho từ 100 đến 200 khách xuất nhập cảnh. Khu Kinh tế mở Chu Lai (Quảng Nam) theo QHXD đã được Nhà nước ĐTXD hạ tầng từ hơn 20 năm trước, có sân bay, cảng biển... với tổng ngân sách đầu tư khoảng 70 triệu USD (trên 1.400 tỷ đồng Việt Nam) nhưng khai thác không hiệu quả, lãng phí một lượng vốn lớn. Theo báo cáo của cơ quan quản lý Cảng Kỳ Hà (là một cảng nước sâu) thuộc khu kinh tế mở này thì hiện Cảng chỉ hoạt động với khoảng 2% khả năng của nó. Về thủy điện, chỉ riêng lưu vực sông Đồng Nai đã có 20 dự án thủy điện, với tổng công suất 2.766 MW nằm trên 3 sông chính: sông Đồng Nai, sông La Ngà và sông Bé. Theo các chuyên gia, trung bình 1 MW có vốn đầu tư khoảng 25 tỷ đồng, tổng cộng 2.766 MW của 20 thủy điện trên chi phí đầu tư khoảng 3,5 tỷ USD. Tuy nhiên, một đợt khảo sát mới đây đối với các nhà máy thủy điện trên sông Đồng Nai cho thấy, hàng loạt thủy điện phải ngưng hoạt động do thiếu nước, do tính toán không phù hợp⁴.

Hai là, các quy hoạch phát triển đô thị, khu dân cư, hạ tầng xã hội ở các tỉnh, thành phố thiếu đồng bộ, triển khai chậm, chưa theo kịp tốc độ đô thị hóa. Hiện vẫn còn xảy ra tình trạng không ăn khớp giữa quy hoạch tổng thể và quy hoạch chi tiết, nhiều quy hoạch chi tiết triển khai trước khi có quy hoạch tổng thể hoặc không căn cứ vào quy hoạch tổng thể, dẫn đến phải thay đổi nhiều lần.

Ba là, việc lựa chọn tổ chức tư vấn lập QHĐT chưa chú trọng đến hình thức thi tuyển. Hệ thống tổ chức cũng như đội ngũ cán bộ làm công tác quy hoạch từ trung ương đến địa phương còn thiếu về số lượng, yếu về chất lượng. Công tác đào tạo cán bộ quy hoạch chưa đúng tầm. Hiện nay cả nước chưa có cơ sở chuyên đào tạo chuyên gia cho công tác quy hoạch.

(2) Bộ Xây dựng; Tlđđ, tr 10.

(3) Chính phủ, Báo cáo tình hình thực hiện chính sách, pháp luật về đầu tư xây dựng cơ bản sử dụng vốn Nhà nước ở các Bộ, ngành, địa phương từ năm 2005-2007 tại kỳ họp thứ tư, Quốc hội khóa XII; tháng 10/2008, tr. 17.

(4) Báo Xây dựng và pháp luật, số 33 (69) năm 2011, tr. 2.

Bốn là, việc lập và thực hiện các quy hoạch chuyên ngành trên cùng một địa bàn còn thiếu đồng bộ, dẫn đến các dự án ĐTXD chuyên ngành cũng không đồng bộ, xảy ra hiện tượng “đào lên, lấp xuống” nhiều lần, triền miên, vừa làm nhiều tuyến phố xuống cấp ngày càng nhanh, trông nhảm nhí như những “tắm áo vá”, vừa gây lãng phí rất lớn tiền của, công sức. “Các dự án hạ ngầm đường dây đi nổi ở một số đô thị lớn cũng để lại di chứng... dễ dàng nhận thấy sự thiếu đồng bộ và cung cách làm ăn cầu thả. Bình quân mỗi km đường nội thành phải “gánh” tới hàng chục giấy phép đào đường” như một tác giả đã than phiền trên Báo Hà Nội mới gần đây.

Năm là, việc công bố, công khai và cung cấp thông tin QHXD chưa được thực hiện nghiêm túc theo quy định tại Điều 32, 33 Luật Xây dựng; Điều 53, 54, 55 Luật QHĐT; Điều 38, 39 Nghị định số 08/2005/NĐ-CP. Tham gia của cộng đồng dân cư trong quá trình lập quy hoạch theo quy định tại các Điều 20, 21 Luật QHĐT chưa được thực hiện có hiệu quả, nhiều khi mang tính hình thức, sự vụ, thủ tục, qua loa.

Sáu là, kinh phí phục vụ cho công tác xây dựng quy hoạch chưa được cân đối và bố trí đáp ứng yêu cầu như quy định tại Điều 42, 43, 44 Nghị định số 08/2005/NĐ-CP. Kinh phí bố trí không đủ khả năng thuê tư vấn có trình độ cao trong nước hoặc tư vấn quốc tế⁵. Vốn bố trí cho công tác quy hoạch còn quá nhỏ bé. Ví dụ, năm 2003-2004 chỉ đạt 0,004% so với tổng mức vốn hàng năm dành cho xây dựng⁶. Mấy năm gần đây, tình trạng này cũng đã được cải thiện nhưng chưa thực sự đáp ứng được nhu cầu.

Bảy là, quản lý QHXD và quản lý đầu tư theo QHXD (Điều 34 Luật Xây dựng, Điều 69 Luật QHĐT) còn nhiều yếu kém, để xảy ra tình trạng nhiều dự án không tuân theo QHXD vì lợi ích cục bộ (như chuyển đổi đất từ quy

hoạch là đất dành cho công trình công cộng thành đất để xây dựng công trình dịch vụ...) làm ảnh hưởng đến chất lượng sử dụng lâu dài không chỉ đối với một dự án mà là của cả một khu vực. Công tác kiểm tra, thanh tra thực hiện theo quy hoạch đã duyệt nhìn chung còn buông lỏng.

3. Giải pháp

3.1. Giải pháp chung

Một là, công tác quy hoạch phải luôn đi trước một bước. Lập quy hoạch phải là một nhiệm vụ được ưu tiên thực hiện trong chương trình phát triển kinh - tế xã hội cũng như trong nhiệm vụ kế hoạch hàng năm của địa phương, của các ngành và các cấp chính quyền.

Hai là, chú trọng nâng cao chất lượng công tác quy hoạch trong tất cả các khâu, các bước triển khai: từ khâu điều tra, khảo sát, lập nhiệm vụ quy hoạch, thẩm định phê duyệt nhiệm vụ quy hoạch; lập ĐAQH, thẩm định và phê duyệt ĐAQH.

Tùy theo đối tượng, giai đoạn, loại QHXD mà tập trung làm sáng tỏ các nội dung trong khảo sát, đánh giá hiện trạng và điều kiện tự nhiên, kinh tế - xã hội, nhu cầu của thị trường, các động lực phát triển; định hướng phát triển không gian và các công trình hạ tầng kỹ thuật; xác định các công trình cần ĐTXD, các công trình cần chỉnh trang, cải tạo, bảo tồn, tôn tạo... trong khu vực quy hoạch; dự kiến những hạng mục ưu tiên phát triển và nguồn lực thực hiện. Những nội dung này phải bảo đảm có cơ sở tin cậy, phân tích và đánh giá một cách khoa học, mang tính thực tiễn, bảo đảm hiệu quả và tính bền vững.

Ba là, bảo đảm tính đồng bộ trong việc lập quy hoạch và thực hiện quy hoạch giữa QHXD với các quy hoạch chuyên ngành trên cùng một địa bàn; bảo đảm sự phối hợp tốt, có tính thống nhất cao, làm cơ sở cho việc lập và triển khai các dự án ĐTXD sau này, tránh

(5) Chính phủ, Báo cáo tình hình thực hiện chính sách, pháp luật về đầu tư XDCB sử dụng vốn Nhà nước ở các Bộ, ngành, địa phương từ năm 2005-2007, Tlđđ, tr 18.

(6) Bộ Xây dựng; Đề án chống thất thoát, lãng phí trong ĐTXD, năm 2004, tr 21.

phá đi làm lại, tránh đào lên lấp xuống nhiều lần... vừa trực tiếp gây lãng phí lớn, vừa ảnh hưởng xấu đến các hoạt động kinh tế - xã hội và đời sống dân sinh khu vực do quá trình thi công gây nên.

Cơ quan, tổ chức lập QHĐT chủ trì, cùng với Ủy ban nhân dân có liên quan và tổ chức tư vấn lập quy hoạch có trách nhiệm lấy ý kiến của các cơ quan, tổ chức, cá nhân, cộng đồng dân cư có liên quan theo đúng quy định tại Điều 20, Điều 21 của Luật QHĐT; chú



trọng việc lấy ý kiến của các cơ quan, đơn vị liên quan đến việc quản lý và (hoặc) sử dụng các công trình hạ tầng kỹ thuật đô thị (như cấp nước, thoát nước, cấp điện, cấp khí đốt, thông tin liên lạc...), đặc biệt chú ý đến quy hoạch không gian ngầm và các công trình ngầm - một nội dung rất cần thiết và có ảnh hưởng lớn đến quá trình thực hiện quy hoạch sau này mà lâu nay bị xem thường, thậm chí lãng quên.

Bốn là, ưu tiên bố trí vốn đáp ứng yêu cầu của công tác quy hoạch, bảo đảm các khâu lập, thẩm định, phê duyệt quy hoạch được triển khai thực hiện và hoàn thành theo tiến độ, bảo đảm sứ mệnh “đi trước” của quy hoạch.

Đối với quy hoạch chung các đô thị lớn, các đô thị đặc thù; QHXD các khu vực có địa hình, vị trí, cảnh quan môi trường đặc biệt, có giá trị thu hút đầu tư... nên chú trọng đầu tư vốn cần thiết cho thi tuyển để lựa chọn tư vấn có trình độ cao (kể cả tư vấn nước ngoài) trên cơ sở xem xét hiệu quả của công tác quy hoạch ở tính khả thi và hiệu quả thực tế mà các dự án ĐTXD theo quy hoạch đó mang lại.

Năm là, đào tạo, nâng cao chất lượng chuyên môn và nghiệp vụ đối với cán bộ trực tiếp làm nhiệm vụ thẩm định, quản lý quy hoạch.

Trong việc thẩm định thiết kế, dự toán ĐTXD công trình thì chủ đầu tư có thể tự thực hiện việc thẩm định, hoặc thuê tổ chức tư vấn thực hiện nếu chủ đầu tư không đủ năng lực.

Thẩm định nhiệm vụ quy hoạch, ĐAQH là công việc quan trọng, phức tạp đòi hỏi kiến thức vừa rộng vừa chuyên sâu và cần kinh nghiệm thực tế. Theo quy định hiện nay, thẩm định, phê duyệt nhiệm vụ quy hoạch, ĐAQH các loại đều do cơ quan nhà nước các cấp thực hiện. Do đó cần tuyển chọn các cán bộ, công chức làm nhiệm vụ này có chuyên môn, đồng thời chú ý đào tạo công tác nghiệp vụ và bồi dưỡng thường xuyên để đáp ứng yêu cầu của công việc.

Sáu là, thực hiện nghiêm việc công bố, công khai và cung cấp thông tin QHXD theo quy định tại Điều 32, 33 Luật Xây dựng; Điều 53, 54, 55 Luật QHĐT; Điều 38, 39 Nghị định số 08/2005/NĐ-CP; lấy ý kiến tham gia của cộng đồng dân cư trong quá trình lập QHĐT theo quy định tại các Điều 20, 21 Luật QHĐT.

Công bố, công khai quy hoạch đã được duyệt vừa thể hiện tính dân chủ, công khai, minh bạch trong quản lý nhà nước của Nhà nước pháp quyền XHCN; vừa là điều kiện “cần” để quảng bá, giới thiệu quy hoạch thu hút đầu tư; để dân biết, dân làm, dân kiểm tra giám sát thực hiện quy hoạch; ngăn ngừa và phát hiện sớm các trường hợp xây dựng vi phạm quy hoạch, tránh việc phải phá bỏ công trình do xây dựng sai quy hoạch, tránh phải “cắt ngọn” công trình do vi phạm quy hoạch và vi phạm Quy chế quản lý quy hoạch, kiến trúc

đô thị gây lãng phí tài sản của Nhà nước, lãng phí tiền, tài sản của nhân dân; đồng thời cũng góp phần giảm bớt lực lượng cán bộ kiểm tra, thanh tra các cấp về lĩnh vực xây dựng, thực hiện có hiệu quả Chương trình cải cách hành chính mà Chính phủ đã đề ra.

3.2. Kiến nghị sửa đổi, bổ sung một số điểm trong các văn bản quy phạm pháp luật

- Bổ sung thêm các điều khoản quy định rõ các đối tượng cần thiết, các cơ quan quản lý chuyên ngành (cơ quan quản lý, sử dụng các công trình ngầm, hệ thống cấp thoát nước, quy hoạch xử lý nước thải, quy hoạch thu gom và xử lý chất thải rắn, cấp điện, thông tin liên lạc...) mà cơ quan, tổ chức lập quy hoạch bắt buộc phải lấy ý kiến đối với từng loại QHXD cụ thể nhằm tạo sự phối hợp, tạo sự thống nhất và hợp lý, có tính khả thi giữa QHXD với quy hoạch chuyên ngành và các dự án ĐTXD chuyên ngành sau này. Nội dung này chưa được thể hiện cụ thể ở văn bản nào, nay đề nghị bổ sung vào Nghị định số 08/2005/NĐ-CP ngày 24/01/2004 của Chính phủ về QHXD và Luật QHĐT số 30/2009/QH12.

- Thi tuyển (chỉ thi tuyển ý tưởng quy hoạch) để lựa chọn tổ chức tư vấn lập QHĐT đối với quy hoạch chung các đô thị có quy mô lớn, có ý nghĩa đặc thù; quy hoạch phân khu; quy hoạch chi tiết các khu vực có ý nghĩa quan trọng trong đô thị đã được nêu ở Điều 12, 13 Nghị định số 37/2010/NĐ-CP ngày 07/4/2010 của Chính phủ “về lập, thẩm định, phê duyệt và quản lý QHĐT” nhưng phải nêu rõ tài liệu cần thiết tối thiểu mà cơ quan (hoặc tổ chức lập quy hoạch) phải cung cấp cho tổ chức tư vấn tham gia thi tuyển để rút ngắn thời gian của tổ chức tư vấn trong việc điều tra, tìm hiểu, khảo sát..., đồng thời tiết kiệm thời gian và chi phí tổ chức thi tuyển, chi phí khảo sát không cần thiết (như các tài liệu về khảo sát địa hình, điều kiện tự nhiên, xã hội, các thông tin cần thiết khác... phục vụ cho nghiên cứu xây dựng phương án thi tuyển và cho công tác lập quy hoạch sau này). Đề nghị bổ sung thêm một điều về nội dung này sau Điều 13 của Nghị định số 37/2010/NĐ-CP.

- Điều kiện đối với tổ chức, cá nhân thiết kế QHXD đã được quy định cụ thể tại các Điều 13 Luật Xây dựng, Chương III (từ Điều 45 đến Điều 53) của Nghị định số 08/2005/NĐ-CP; Điều 10 và Điều 11 của Luật QHĐT và Chương II (từ Điều 5 đến Điều 13) của Nghị định số 37/2010/NĐ-CP. Tuy nhiên, đối với cán bộ, công chức làm chức trách thẩm định nhiệm vụ quy hoạch và thẩm định ĐAQH lại chưa có quy định nào về tiêu chí lựa chọn, hướng dẫn xét tuyển. Như vậy người lập quy hoạch thì yêu cầu có chuyên môn và chứng chỉ nhưng người thẩm định quy hoạch (một công việc quan trọng liên quan trực tiếp đến chuyên môn quy hoạch) thì tùy thuộc vào sự bố trí cán bộ của những cơ quan có chức năng thẩm định, do đó có không ít nơi bố trí cán bộ không hiểu biết chuyên môn về quy hoạch và xây dựng, dẫn đến việc xem xét, thẩm định, đánh giá chất lượng, kết luận về chất lượng của ĐAQH do người (hay cơ quan) thẩm định quy hoạch đưa ra không có tính thuyết phục, thường là “chấp nhận”, “đồng ý” với quy hoạch mà tư vấn đã lập, không phát hiện được những lỗi, sai sót, yếu kém trong hồ sơ quy hoạch đã lập.

Vì vậy, đề nghị bổ sung vào Nghị định số 08/2005/NĐ-CP các điều quy định cụ thể về việc bắt buộc phải thẩm định đối với nhiệm vụ và ĐAQH của QHXD vùng, quy hoạch chung xây dựng và quy hoạch chi tiết xây dựng (tương tự nội dung thẩm định “Nhiệm vụ và ĐAQH đô thị” đã nêu ở Điều 43 của Nghị định số 37/2010/NĐ-CP); bổ sung quy định yêu cầu năng lực chuyên môn tối thiểu đối với công chức thẩm định tương ứng với từng loại hồ sơ quy hoạch (Các địa phương vùng sâu, vùng xa thiếu cán bộ có thể cho phép một lộ trình phù hợp); bổ sung quy định về việc các bộ quản lý xây dựng chuyên ngành phối hợp cùng Bộ Xây dựng thiết lập chương trình khung đào tạo để bồi dưỡng, đào tạo ngắn hạn chuyên môn và nghiệp vụ cho những công chức thẩm định quy hoạch và quản lý quy hoạch các cấp phù hợp với nội dung nhiệm vụ họ phải thực hiện trước khi trao nhiệm vụ cho họ. ■

MỘT VÀI PHÂN TÍCH VÀ KIẾN NGHỊ SỬA ĐỔI PHÁP LUẬT CẠNH TRANH VỀ CHỐNG ĐỊNH GIÁ QUÁ ĐÁNG

■ TRẦN HOÀNG NGA*

Biến động giá đang là vấn đề mang tính thời sự ở Việt Nam. Trong nhiều ngành, nhiều lĩnh vực, sự thay đổi “nóng”, “lạnh” bất thường của giá đã gây ảnh hưởng tiêu cực đến sản xuất, tiêu dùng. Vì thế quản lý, điều chỉnh hoạt động định giá của doanh nghiệp sao cho vừa phản ánh đúng quy luật kinh tế khách quan, vừa tác động tích cực đến phát triển kinh tế xã hội là vấn đề Nhà nước phải tăng cường quan tâm thực hiện. Một trong những nguyên nhân làm giá cả biến động hoặc duy trì ở tình trạng bất thường có thể là hành vi định giá quá đáng. Theo lý luận được thừa nhận rộng rãi, những doanh nghiệp nắm giữ vị trí thống lĩnh, vị trí độc quyền có khả năng chi phối giá cả trong thị trường liên quan và thường có xu hướng lạm dụng khả năng đó khi định giá nhằm mục đích bóc lột khách hàng và/hoặc hạn chế cạnh tranh. Trong các hành vi đó, định giá quá đáng (hay còn gọi là định giá độc quyền) là hành vi lạm dụng mang tính bóc lột đặc trưng. Bài viết này sẽ phân tích quy định hiện hành của pháp luật cạnh tranh Việt Nam về chống định giá quá đáng. Dựa vào kết quả phân tích, một số kiến nghị cụ thể cũng sẽ được trình bày hướng đến sửa đổi, bổ sung những điểm thiếu sót hoặc không phù hợp của các quy định, nhằm góp phần nâng cao tính khả thi và hiệu quả của pháp luật cạnh tranh.

1. Quy định pháp luật về hành vi định giá quá đáng

Trên thế giới, pháp luật Hoa Kỳ không chống định giá quá đáng vì cho rằng lợi nhuận là sự tưởng thưởng cho thành công trong cạnh tranh chính đáng để đạt được vị trí thống lĩnh hoặc độc quyền và định giá quá đáng cũng là cơ chế phục hồi cấu trúc cạnh tranh¹. Pháp luật Liên minh Châu Âu thì chống lại hành vi này với ý nghĩa thực hiện mục đích bảo vệ lợi ích người tiêu dùng. Pháp luật Việt Nam, tại Khoản 1 Điều 13 và khoản 1 Điều 14 Luật Cạnh tranh cấm doanh nghiệp có vị trí thống

lĩnh, vị trí độc quyền “áp đặt giá mua giá bán hàng hóa, dịch vụ bất hợp lý hoặc ấn định giá bán lại tối thiểu gây thiệt hại cho khách hàng”. Quy định này cho thấy pháp luật Việt Nam ngoài hai hành vi định giá quá đáng theo lý luận truyền thống còn bổ sung thêm hành vi “ấn định giá bán lại tối thiểu gây thiệt hại cho khách hàng”. Như vậy, nhóm hành vi định giá quá đáng theo pháp luật cạnh tranh Việt Nam bao gồm ba dạng sau đây:

1.1. Hành vi áp đặt giá bán bất hợp lý gây thiệt hại cho khách hàng

Áp đặt giá bán xảy ra khi bên bán là doanh

(*) ThS. Khoa Luật Thương Mại, Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.

(1) Xem Trần Hoàng Nga, Các hình thức định giá lạm dụng trong pháp luật Liên minh Châu Âu và Hoa Kỳ, Tạp chí Khoa học Pháp lý, số 4 năm 2009, trang 52.

ngiệp có vị trí thống lĩnh hoặc độc quyền về cung ứng hàng hóa, dịch vụ trong thị trường liên quan định đoạt mức giá bán bất hợp lý để tận thu lợi nhuận. Người mua, do cấu trúc thị trường kém hoặc không có cạnh tranh, rơi vào thế bị bóc lột, buộc phải chấp nhận mua sản phẩm với mức giá bất hợp lý mà bên bán đặt ra. Pháp luật Liên minh Châu Âu xác định hành vi định giá bán “quá cao so với giá trị kinh tế của sản phẩm” là hành vi định giá quá đáng. Để đánh giá sự quá cao hay quá đáng của giá bán sản phẩm, cơ quan có thẩm quyền ở Liên minh Châu Âu áp dụng hai bước kiểm tra. Bước 1 so sánh giá thành với giá bán. Bước 2 kiểm tra để xác định giá bán đó có quá đáng trên cơ sở các yếu tố nội tại của chính nó hoặc trên cơ sở so sánh với giá bán sản phẩm của đối thủ cạnh tranh. Tòa án Tư pháp Liên minh Châu Âu thường dùng phối hợp nhiều phép so sánh trong hai bước kiểm tra nói trên, bao gồm: (i) so sánh giá - chi phí; (ii) so sánh giá của doanh nghiệp thống lĩnh với giá của đối thủ cạnh tranh; (iii) so sánh giá của doanh nghiệp thống lĩnh với giá của chính nó ở nhiều thị trường địa lý khác nhau; và (iv) so sánh giá của doanh nghiệp thống lĩnh ở các thời điểm khác nhau. Thực tế cho đến nay, phán quyết về hành vi định giá quá đáng ở Liên minh Châu Âu khá hiếm vì ba lý do. *Thứ nhất*, việc xác định sự quá đáng của giá bán rất phức tạp, đòi hỏi sự thận trọng toàn diện. Cơ quan có thẩm quyền luôn phải áp dụng nhiều phép kiểm tra và chỉ có thể kết luận khẳng định về hành vi này nếu tất cả các phép kiểm tra đều dẫn đến cùng một kết quả². *Thứ hai*, cơ quan có thẩm quyền cho rằng, điều kiện căn bản để tồn tại hành vi định giá quá đáng là các rào cản gia nhập thị trường, do đó thay vì chống hành vi này thì nên tập trung xóa bỏ các rào cản, rồi để tự cơ chế cạnh tranh của thị trường điều chỉnh. *Thứ ba*, cơ quan có thẩm quyền không

muốn sử dụng pháp luật cạnh tranh để can thiệp và điều tiết giá cả³. Mục tiêu cốt yếu của doanh nghiệp khi tiến hành kinh doanh là thu lợi nhuận. Triển vọng lợi nhuận lớn chính là yếu tố thu hút, thúc đẩy đầu tư, gia nhập vào một ngành, một lĩnh vực kinh doanh. Trong nền kinh tế thị trường, nhà nước không thể theo xác định chủ quan, dùng mệnh lệnh hành chính để khống chế biên lợi nhuận tối đa của một sản phẩm hàng hóa, dịch vụ. Vì thế, xác định mức giá bán một sản phẩm hàng hóa, dịch vụ của doanh nghiệp như thế nào là quá đáng, là bất công hay “bất hợp lý” không phải việc đơn giản dễ dàng.

Theo nội dung khoản 2 Điều 27 Nghị định số 116/2005/NĐ-CP, hành vi áp đặt giá bán hàng hóa, dịch vụ được coi là bất hợp lý gây thiệt hại cho khách hàng nếu có đủ ba điều kiện: cầu không tăng đột biến tới mức vượt quá công suất thiết kế hoặc năng lực sản xuất của doanh nghiệp; giá bán lẻ trung bình tại cùng thị trường liên quan trong thời gian 60 ngày liên tiếp được đặt ra tăng một lần vượt quá 5% hoặc tăng nhiều lần với tổng mức tăng vượt quá 5% so với giá đã bán trước khoảng thời gian tối thiểu đó; không có biến động bất thường làm tăng giá thành sản xuất của hàng hóa dịch vụ đó vượt quá 5% trong thời gian tối thiểu 60 ngày trước khi bắt đầu tăng giá. Như vậy hiện nay, pháp luật cạnh tranh Việt Nam chỉ đưa ra cơ sở cho hành vi định giá bán quá đáng dựa vào biểu hiện của việc “tăng giá bán bất hợp lý” chứ không đưa ra chuẩn mực để xác định “mức giá bán cao bất hợp lý”. Nếu so sánh với quy định của Liên minh Châu Âu, pháp luật cạnh tranh Việt Nam bỏ qua nhiều phép kiểm tra quan trọng, chỉ dựa vào phép so sánh giá của doanh nghiệp tại các thời điểm khác nhau. Khoảng thời gian giữa các thời điểm so sánh là 60 ngày. Nếu trong vòng 60 ngày không có biến động tăng đáng kể về nhu

(2) Xem Glader, Marcus và Larsen, Sune Chabert, *Article 82: Excessive pricing – An outline of the legal principles relating to excessive pricing and their future application in the field of IP rights and industry standards*, Tạp chí *Competition Law Insight*, ngày 4/7/2006, trang 3

(3) Xem O'Donoghue, Robert và Padilla, A Jorge, *The Law and Economics of Article 82EC*, Nhà xuất bản Hart Publishing, 2010, trang 195 và các trang từ 603 đến 638.

cầu và chi phí, mà doanh nghiệp thống lĩnh/độc quyền tăng giá bán hơn 5%, thì bị xem là định giá bán bất hợp lý gây thiệt hại cho khách hàng. Nếu một trong hai điều kiện về nhu cầu hoặc chi phí có biến động đáng kể, việc tăng giá bán hơn 5% của doanh nghiệp không bị xem là bất hợp lý.

Quy định về điều kiện xác định tính bất hợp lý của giá theo Nghị định 116/2005/NĐ-CP cho thấy, cơ sở và định hướng của pháp luật cạnh tranh Việt Nam đối với hành vi định giá quá đáng chỉ dựa liệu điều chỉnh tình huống doanh nghiệp hoặc nhóm doanh nghiệp sau một quá trình cạnh tranh chính đáng đã đạt được vị trí thống lĩnh hoặc độc quyền, và từ khi nắm giữ vị trí đó mới bắt đầu xuất hiện nguy cơ thực hiện hành vi định giá quá đáng. Nói cách khác, giá bán trước khi thực hiện hành vi này được cho là giá cạnh tranh, và nếu các điều kiện khách quan của thị trường không có biến động gì ảnh hưởng đến giá thành sản phẩm mà doanh nghiệp tăng giá bán ở mức đáng kể (trên 5% trong khoảng thời gian 60 ngày) nghĩa là doanh nghiệp đang thực hiện hành vi định giá quá đáng để bóc lột khách hàng. Theo lý thuyết, chênh lệch giữa giá bán với giá thành càng nhiều thì biên lợi nhuận càng lớn. Có ba cách để mở rộng biên lợi nhuận. Một là tìm cách giảm giá thành (tiết kiệm chi phí, áp dụng kỹ thuật, công nghệ mới tăng hiệu suất) trong khi giữ nguyên hoặc giảm giá bán nhưng mức giảm ít hơn mức giảm của giá thành. Hai là giá thành không đổi hoặc tăng ít nhưng giá bán tăng hoặc tăng nhiều hơn mức tăng của giá thành. Ba là vừa giảm giá thành vừa tăng giá bán. Khoản 2 Điều 27 Nghị định 116/2005/NĐ-CP cho thấy pháp luật chỉ cấm doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh, vị trí độc quyền mở rộng biên lợi nhuận theo cách thứ hai, thứ ba.

Như vậy Nghị định 116/2005/NĐ-CP đã thu hẹp phạm vi điều chỉnh của pháp luật cạnh tranh Việt Nam khi không quy định trường hợp doanh nghiệp vừa gia nhập thị trường đã nắm vị trí thống lĩnh hoặc vị trí độc quyền và mức

giá doanh nghiệp ấn định đã bất hợp lý nhằm bóc lột khách hàng ngay từ đầu. Ngoài ra, điều kiện về biên độ tăng giá (trên 5%) và khoảng thời gian tối thiểu (60 ngày) để xác định hành vi định giá quá đáng cũng là điều cần xem xét lại vì trong điều kiện thị trường ổn định, doanh nghiệp thống lĩnh/độc quyền vẫn có thể tăng giá bán từ từ, đều đặn hai tháng một lần với mức tăng đến 5% - trong vòng một năm có thể tăng giá đến 30% - một mức tăng gấp từ bốn đến năm lần so với tốc độ tăng trưởng GDP của Việt Nam⁴ mà không bị coi là lạm dụng vị trí thống lĩnh, vị trí độc quyền.

Một vấn đề khác nữa là pháp luật cạnh tranh Việt Nam chưa quan tâm đến chênh lệch giữa giá và chi phí. Phép kiểm tra của pháp luật Việt Nam không trực tiếp so sánh giá bán và giá thành để tìm ra biên lợi nhuận. Nghị định 116/2005/NĐ-CP chỉ quy định một mức tăng tối thiểu cho cả giá và giá thành là “quá 5%”. Sự sơ hở này có thể dẫn đến kết quả doanh nghiệp chỉ tăng giá bán không nhiều vẫn bị xem là định giá quá đáng, trong khi có doanh nghiệp tăng giá bán rất nhiều vẫn không bị pháp luật cạnh tranh điều chỉnh. Ví dụ, một doanh nghiệp thống lĩnh/độc quyền tăng giá 6% trong khoảng thời gian 60 ngày, khi giá tăng đến 5%, bị xem là định giá quá đáng. Một doanh nghiệp thống lĩnh/độc quyền khác tăng giá 20% trong khoảng thời gian 60 ngày, nhưng chứng minh được giá thành đã tăng “quá 5%” (giá sử 6%), thì không bị xem là định giá quá đáng. Ví dụ này cho thấy nghịch lý ở chỗ biên lợi nhuận trong trường hợp đầu tiên chỉ tăng thêm 1% doanh nghiệp bị xem là vi phạm, trong khi biên lợi nhuận tăng đến 14% - mức độ bóc lột khách hàng cao hơn gấp nhiều lần - lại không bị xem là vi phạm. “Bão giá” trong lĩnh vực dược phẩm và sữa ở Việt Nam thời gian qua có thể là những ví dụ thực tế cho sơ hở này của pháp luật cạnh tranh. Người bán có thể viện các lý do như tỷ giá ngoại hối tăng, giá nguyên vật liệu tăng, chi phí vận chuyển tăng..., dẫn đến giá thành sản phẩm tăng hơn

(4) Ví dụ, tốc độ tăng trưởng GDP của Việt Nam năm 2008 là 6,2%, năm 2009 là 5,3% và 2010 là 6,7%. Nguồn: Tổng cục Thống kê Việt Nam

5%, từ đó quyết định tăng giá bán lẻ, mức tăng có thể cao hơn nhiều so với mức tăng của giá thành, nhưng cơ quan có thẩm quyền không thể áp dụng pháp luật cạnh tranh để xử lý.

1.2. Hành vi áp đặt giá mua bất hợp lý gây thiệt hại cho khách hàng

Tương tự như hành vi áp đặt giá bán, áp đặt giá mua xảy ra khi doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh/độc quyền về thu mua, lợi dụng vị thế của mình định đoạt giá mua thấp mà bên bán buộc phải chấp nhận. Hành vi này có thể gây hệ lụy lớn đến sự ổn định và phát triển của ngành kinh tế, từ đó tác động xấu đến người tiêu dùng, về lâu dài nó có khả năng gây đình đốn hoạt động sản xuất, cung ứng sản phẩm đầu vào vì các nhà sản xuất, cung ứng không chịu đựng được thua lỗ phải từ bỏ thị trường. Tuy pháp luật cạnh tranh không giải thích thế nào là “áp đặt”, nhưng bản thân từ này gợi ra dấu hiệu: mức giá do bên mua đưa ra, còn bên bán ở vào thế bị động và phải chấp nhận. Giá được xác định không trên cơ sở thỏa thuận tự nguyện của hai bên, mà theo ý chí của bên mua. Hành vi áp đặt giá mua của doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh hoặc độc quyền chỉ bị coi là hành vi lạm dụng khi giá mua áp đặt đó “bất hợp lý”. Bên mua ý thức được sự bất hợp lý của giá mua nhưng vẫn cố tình áp đặt để bóc lột bên bán.

Khoản 1 Điều 27 Nghị định số 116/2005/NĐ-CP quy định giá mua hàng hóa, dịch vụ “bất hợp lý” là giá được áp đặt ở mức thấp hơn giá thành sản xuất hàng hóa, dịch vụ trong điều kiện: (i) chất lượng hàng hóa, dịch vụ đặt mua không kém hơn chất lượng hàng hóa, dịch vụ đã mua trước đó, và (ii) không có khủng hoảng kinh tế, thiên tai, dịch họa làm giá bán buôn hàng hóa, giá cung ứng dịch vụ trên thị trường liên quan giảm tới mức dưới giá thành sản xuất trong thời gian tối thiểu 60 ngày liên tiếp so với trước đó. Như vậy, khác với cách tiếp cận gián tiếp với khái niệm áp đặt giá bán bất hợp lý, Nghị định 116/2005/NĐ-CP đã định nghĩa thế nào là “giá mua bất hợp lý”- đó là mức giá thấp hơn giá thành sản xuất. Do đó, việc kiểm tra xác định hành vi áp

đặt giá mua bất hợp lý gồm hai bước. Bước thứ nhất so sánh giá mua doanh nghiệp đặt ra với giá thành sản xuất. Nếu kết quả cho thấy giá mua thấp hơn giá thành sản xuất, cơ quan có thẩm quyền mới tiến hành bước thứ hai: so sánh chất lượng hàng hóa, dịch vụ đặt mua với chất lượng hàng hóa, dịch vụ đã mua trước đó, và xem xét các điều kiện khách quan như có khủng hoảng kinh tế, thiên tai, dịch họa xảy ra dẫn đến giá bán buôn hàng hóa, giá cung ứng dịch vụ trên thị trường liên quan giảm tới mức dưới giá thành sản xuất trong thời gian tối thiểu sáu mươi ngày liên tiếp trước đó hay không.

Vấn đề đầu tiên đặt ra ở đây là tại sao Nghị định 116/2005/NĐ-CP không dùng giá thành toàn bộ, mà dùng giá thành sản xuất làm mức chuẩn cho phép kiểm tra hành vi lạm dụng này. Giá thành sản xuất chỉ là một phần trong giá thành toàn bộ, do đó ngay cả áp đặt giá mua ngang với giá thành sản xuất cũng có thể gây lỗ cho người bán. Mặt khác, mỗi người sản xuất, cung ứng dịch vụ có thể có giá thành riêng. Giá thành toàn bộ trong phép kiểm tra xác định định giá bán quá đáng dựa vào chi phí của doanh nghiệp thống lĩnh, nên doanh nghiệp tính toán biết rõ được. Trong khi đó, giá thành sản xuất trong phép kiểm tra áp đặt giá mua quá đáng dựa vào chi phí của người bán về nguyên vật liệu và các chi phí trực tiếp chuyển hóa nguyên vật liệu thành sản phẩm. Làm sao bên mua có thể tính chính xác được các chi phí đó để đưa ra đề nghị giá cao hơn? Ngoài ra quy định như thế có thể gây tác động ngược. Giá mua đặt ra có thể thấp hơn giá thành của người sản xuất, cung ứng dịch vụ này nhưng bằng hoặc cao hơn giá thành của người sản xuất, cung ứng dịch vụ khác. Với cùng một loại sản phẩm, dịch vụ chất lượng ngang nhau, người sản xuất, cung ứng có giá thành cao tức là hiệu quả kinh tế và năng lực cạnh tranh thấp. Do đó việc bị thua lỗ và đào thải khỏi thị trường là phù hợp với quy luật cạnh tranh, và pháp luật không bảo vệ những người này bằng quy định buộc bên mua phải chấp nhận mức giá cao hơn giá thành của từng

nhà sản xuất, cung ứng. Vậy mức giá thành dùng làm chuẩn đánh giá trong trường hợp này nên là giá thành của ai? Xét về lý luận, bên mua có vị trí thống lĩnh hoặc độc quyền, tức là có phạm vi thu mua rộng với nhiều người sản xuất, cung ứng khác nhau. Mức giá bên mua đặt ra được áp dụng chung với nhiều người bán một loại sản phẩm có chất lượng ngang nhau (nếu không, bên mua có thể bị cáo buộc vì vi phạm định giá phân biệt đối xử). Do đó, mức giá thành lấy làm chuẩn để kiểm tra đánh giá nên hiểu là giá thành trung bình của tất cả các nhà sản xuất, cung ứng, hoặc là mức giá thành phổ biến trên thị trường liên quan với các chi phí cấu thành trong nó có cơ sở khách quan rõ ràng. Chỉ không nên dùng mức chuẩn vừa nêu trong trường hợp mỗi sản phẩm mua vào có chất lượng riêng không luôn tương xứng với giá thành. Ví dụ, trường hợp sản phẩm đặt mua là những bộ phim điện ảnh, hoặc các sản phẩm mang tính nghệ thuật và sáng tạo khác, chi phí bỏ ra để tạo ra sản phẩm không phải lúc nào cũng phản ánh chính xác giá trị của sản phẩm đó. Dùng mức chuẩn là giá thành trung bình trong trường hợp này dễ dẫn đến kết luận không đúng, do đó cần có cơ sở, tiêu chí đánh giá riêng.

1.3. Hành vi ấn định giá bán lại tối thiểu gây thiệt hại cho khách hàng

Hành vi ấn định giá bán lại tối thiểu gây thiệt hại cho khách hàng mang dáng dấp của thỏa thuận hạn chế cạnh tranh theo chiều dọc, loại thỏa thuận hạn chế cạnh tranh mà Luật Cạnh tranh không đề cập, không điều chỉnh. Tuy nhiên, các dấu hiệu của hành vi mà pháp luật quy định đã được thiết kế để đảm bảo đây là hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh/độc quyền. Tính chất đơn phương áp đặt ý chí của doanh nghiệp nắm quyền lực chi phối thị trường được khoản 3 Điều 27 Nghị định số 116/2005/NĐ-CP thể hiện ở dấu hiệu “khống chế không cho phép” các nhà phân phối, các nhà bán lẻ bán lại hàng hóa thấp hơn “mức giá đã quy định trước”. Như vậy bản chất mối quan hệ giữa các

chủ thể không phải là thỏa thuận mà là áp đặt ý chí từ một bên có quyền lực.

Khi tiến hành ấn định giá bán lại tối thiểu, doanh nghiệp có thể nhắm đến một, một số hoặc tất cả các mục đích sau. Thứ nhất, tạo mặt bằng giá sàn cho sản phẩm của mình, hạn chế khả năng các nhà phân phối, các nhà bán lẻ cạnh tranh với hệ thống bán lẻ trực tiếp đến người tiêu dùng của chính doanh nghiệp. Thứ hai, hạn chế khả năng cạnh tranh lẫn nhau giữa các nhà phân phối, bán lẻ gây mất ổn định hoặc thu hẹp mạng lưới phân phối sản phẩm của doanh nghiệp trên thị trường. Thứ ba, duy trì giá bán lẻ đến người tiêu dùng ở mức cao để thu lợi nhuận nhiều hơn. Hệ quả của hành vi là hạn chế cạnh tranh trong phân phối, bán lẻ sản phẩm và gây thiệt hại cho khách hàng (nhà phân phối, bán lẻ và người tiêu dùng). Chỉ trong trường hợp nhà phân phối là đại lý bán hàng cho doanh nghiệp thì doanh nghiệp có quyền ấn định giá bán⁵. Đại lý thương mại chỉ nhận thù lao cho hoạt động bán hàng. Ấn định giá bán lẻ hoặc giá giao cho đại lý khác với ấn định giá bán lại tối thiểu đối với các nhà phân phối độc lập. Mối quan hệ giữa doanh nghiệp và đại lý thương mại không phải là mối quan hệ giữa nhà cung ứng với khách hàng, mà là quan hệ đối tác trong hoạt động trung gian thương mại. Trong mối quan hệ này, doanh nghiệp vẫn duy trì quyền sở hữu đối với sản phẩm cho đến khi nó được bán cho khách hàng. Nếu giá bán lẻ hoặc giá giao đại lý được ấn định ở mức “bất hợp lý”, thì cấu thành hành vi áp đặt giá bán quá đáng, chứ không phải hành vi ấn định giá bán lại tối thiểu. Như vậy, loại trừ các đại lý được coi như bộ phận trong hệ thống bán hàng trực tiếp của doanh nghiệp, các nhà phân phối, các nhà bán lẻ khác đều là khách hàng của doanh nghiệp, thậm chí là khách hàng thường xuyên và mua hàng số lượng lớn (mua sỉ). Sau khi mua hàng, họ trở thành chủ sở hữu và có quyền định đoạt giá bán lẻ theo đường lối kinh doanh và cạnh tranh của riêng họ. Việc bị khống chế, không cho phép

(5) Xem khoản 1 Điều 172 Luật Thương mại 2005.



bán lại hàng hóa thấp hơn một mức nhất định quy định trước sẽ triệt tiêu khả năng giảm giá bán lẻ để tiêu thụ được hàng trong những điều kiện, hoàn cảnh riêng của họ. Còn người tiêu dùng thì bị triệt tiêu khả năng mua được sản phẩm với giá rẻ hơn. Tuy nhiên, hành vi lạm dụng này được xác định chỉ bằng biểu hiện “không chế, không cho phép” của chủ thể là doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh/ độc quyền, không cần phải chứng minh có thiệt hại thực tế đã xảy ra với khách hàng.

Trong khi Luật Cạnh tranh quy định hành vi “án định giá bán lại tối thiểu gây thiệt hại cho khách hàng”, thì Nghị định 116/2005/NĐ-CP lại thu hẹp phạm vi điều chỉnh của Luật với giải thích đó là “bán lại hàng hóa”, tức là không điều chỉnh hành vi này đối với dịch vụ. Thực tế đã cho thấy khoảng trống này của pháp luật trong vụ việc Megastar. Theo đó, ban đầu các công ty điện ảnh dự định khiếu nại Megastar về hành vi “án định giá bán lại tối thiểu gây thiệt hại cho khách hàng”, nhưng sau đó họ đã phải chuyển sang khiếu nại Megastar theo quy định về hành vi “áp đặt giá bán bất hợp lý”, với hai lý do. Thứ nhất, vì chính sách án định giá mà Megastar áp đặt cho các công ty điện ảnh là án định giá tối thiểu Megastar

thu của các công ty điện ảnh. 25 nghìn đồng là mức tối thiểu các công ty điện ảnh phải trả cho Megastar cho mỗi vé chiếu phim họ bán được. Megastar không quan tâm, không ấn định hay ép buộc các công ty điện ảnh phải bán vé ở mức tối thiểu nào. Về nguyên tắc, các công ty điện ảnh vẫn có quyền bán vé với giá thấp hơn 25 nghìn đồng (dù thực tế họ không thể làm như thế). Thứ hai, chiếu phim là dịch vụ, giá vé xem phim là giá bán lẻ cho dịch vụ đó. Nghị định 116/2005/NĐ-CP không quy định điều chỉnh nên các công ty điện ảnh không thể khiếu nại Megastar về hành vi ấn định giá bán lại tối thiểu. Luật sư của các công ty điện ảnh cho rằng đây là “lỗ hổng” của pháp luật cạnh tranh Việt Nam, và mong rằng lỗ hổng này sớm được khắc phục⁶.

2. Kiến nghị sửa đổi, bổ sung

Quy định của Luật Cạnh tranh năm 2004 về chống doanh nghiệp thống lĩnh/độc quyền định giá quá đáng với ba dạng hành vi cụ thể nêu trên là phù hợp với mục đích bảo vệ quyền và lợi ích chính đáng của doanh nghiệp, của người tiêu dùng. Tuy nhiên, các quy định giải thích, hướng dẫn áp dụng Luật Cạnh tranh của Nghị định 116/2005/NĐ-CP cần được sửa đổi,

(6) Xem Quỳnh Như, Vụ Megastar ép khách hàng: Có “kiện” mới thấy luật còn kẽ hở, Báo Pháp luật TP. Hồ Chí Minh, ngày 12/5/2010, <http://phapluattp.vn/2010051111117757p1014c1068/vu-megastar-ep-khach-hang-co-kien-moi-thay-luat-con-ke-ho.htm>

bổ sung để đảm bảo sự đầy đủ, chặt chẽ, rõ ràng:

2.1. Đối với quy định về hành vi áp đặt giá bán bất hợp lý gây thiệt hại cho khách hàng

Quy định hướng dẫn của Nghị định 116/2005/NĐ-CP cần được sửa đổi, bổ sung theo hướng định nghĩa rõ và phân biệt được hành vi định giá lạm dụng mang tính bóc lột với hành vi tìm kiếm lợi nhuận chính đáng của doanh nghiệp thống lĩnh/độc quyền. Ngoài ra, Nghị định hướng dẫn Luật Cạnh tranh cũng cần xác định một số cơ sở thực tế của sự bất hợp lý trong giá bán để chứng minh hành vi định giá quá đáng này. Tác giả kiến nghị sửa đổi khoản 2 Điều 27 Nghị định 116/2005/NĐ-CP như sau:

Hành vi áp đặt giá bán hàng hóa, dịch vụ bất hợp lý gây thiệt hại cho khách hàng là hành vi doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh, vị trí độc quyền ấn định giá bán cao quá đáng nhằm thu lợi nhuận hơn đáng kể so với mức lợi nhuận bình thường phổ biến của hàng hóa, dịch vụ. Giá bán được xem là bất hợp lý khi chênh lệch đáng kể so với giá thành toàn bộ của hàng hoá, dịch vụ, và thỏa mãn ít nhất một trong các điều kiện sau đây:

a) *Giá bán của doanh nghiệp cao hơn nhiều so với giá bán cùng sản phẩm của các đối thủ cạnh tranh không có vị trí thống lĩnh;*

b) *Giá bán của doanh nghiệp cao hơn nhiều so với giá bán phổ biến cùng sản phẩm ở thị trường khác có điều kiện tương tự; hoặc*

c) *Giá bán của doanh nghiệp tăng đáng kể khi chi phí không tăng hoặc tăng không nhiều như giá và nhu cầu không tăng đột biến tới mức vượt quá công suất thiết kế hoặc năng lực sản xuất của doanh nghiệp, làm cho lợi nhuận của doanh nghiệp tăng đáng kể so với trước đó.*

Đối với các mức độ “đáng kể” nêu trong quy định này, tác giả kiến nghị giao cho cơ quan có thẩm quyền về cạnh tranh xác định căn cứ vào dữ kiện thực tế của từng trường hợp.

2.2. Đối với quy định về hành vi áp đặt giá mua bất hợp lý gây thiệt hại cho khách hàng

Khoản 1 Điều 27 Nghị định 116/2005/NĐ-

CP nên được sửa đổi như sau:

Hành vi áp đặt giá mua hàng hóa, dịch vụ bất hợp lý gây thiệt hại cho khách hàng là hành vi doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh, vị trí độc quyền ấn định giá mua hàng hóa, dịch vụ thấp quá đáng. Giá mua được xem là bất hợp lý khi thỏa mãn các điều kiện sau đây:

a) *Giá mua do doanh nghiệp ấn định thấp hơn mức trung bình giá thành toàn bộ của hàng hóa, dịch vụ trong thị trường liên quan. Trong trường hợp khó thu thập được dữ liệu về giá thành toàn bộ của tất cả các nhà sản xuất, cung ứng hàng hóa, dịch vụ trong thị trường liên quan để tính mức trung bình, thì giá mua do doanh nghiệp ấn định thấp hơn mức giá thành phổ biến trên thị trường liên quan với các chi phí cấu thành trong nó có cơ sở khách quan rõ ràng;*

b) *Chất lượng hàng hóa, dịch vụ đặt mua không kém hơn chất lượng hàng hóa, dịch vụ đã mua trước đó; và*

c) *Không có khủng hoảng kinh tế, thiên tai, dịch họa hoặc biến động bất thường làm giá bán buôn hàng hóa, giá cung ứng dịch vụ trên thị trường liên quan giảm tới mức dưới giá thành sản xuất trong thời gian tối thiểu 60 ngày liên tiếp so với trước đó.*

2.3. Đối với quy định về hành vi ấn định giá bán lại tối thiểu gây thiệt hại cho khách hàng

Như đã phân tích ở trên, quy định giải thích về hành vi này ở Nghị định 116/2005/NĐ-CP đã rõ ràng, thể hiện đúng bản chất quá đáng, lạm dụng vị trí thống lĩnh, vị trí độc quyền. Tuy nhiên, quy định có điểm thiếu sót khi không liệt kê ấn định giá bán lại tối thiểu đối với sản phẩm dịch vụ. Vì vậy, tác giả kiến nghị bổ sung “dịch vụ” vào nội dung khoản 3 Điều 27 Nghị định 116/2005/NĐ-CP như sau:

Ấn định giá bán lại tối thiểu gây thiệt hại cho khách hàng là việc khống chế không cho phép các nhà phân phối, các nhà bán lẻ bán lại hàng hóa, dịch vụ thấp hơn mức giá đã quy định trước. ■

LUẬT TÔN GIÁO CỦA MỘT SỐ QUỐC GIA VÀ KHÁI NIỆM HÌNH THỨC PHÁP LUẬT Ở VIỆT NAM

■ PHAN TRUNG HIỂN*

Khi nghiên cứu kiến thức lý luận về nhà nước và pháp luật, một trong những nội dung có tính chất nền tảng là việc xác định các hình thức bên ngoài của pháp luật. Nhiều công trình nghiên cứu ở Việt Nam hiện nay xác định hình thức bên ngoài của pháp luật nói chung bao gồm: tập quán pháp, tiền lệ pháp và văn bản quy phạm pháp luật. Tuy nhiên, một số công trình khác lại xem “những quy định của tôn giáo (chẳng hạn, Luật Hồi giáo)”¹ là hình thức pháp luật. Vậy, có hay không sự tồn tại của pháp luật tôn giáo; có nên xem luật Hồi giáo, Thiên chúa giáo là các hình thức pháp luật hay không? Thông qua việc khảo sát về Kinh Qu’ran (Coran) và Kinh Thánh Thiên chúa giáo và một số công trình nghiên cứu khác, bài viết chứng minh và phân tích một hình thức pháp luật được một số quốc gia trên thế giới công nhận và áp dụng, tạm gọi là “tôn giáo pháp”.

1. Các hình thức pháp luật theo khoa học pháp lý Việt Nam hiện nay

Trong các nghiên cứu khoa học pháp lý hiện hành ở nước ta, hình thức của pháp luật là “cách thức mà giai cấp thống trị sử dụng để nâng ý chí của giai cấp mình lên thành pháp luật”². Theo đó, pháp luật được xác định ở ba hình thức: tập quán pháp, tiền lệ pháp và văn bản quy phạm pháp luật. Quan điểm này nhận được sự đồng thuận của khá nhiều nhà nghiên cứu pháp luật ở Việt Nam³ bởi nó phù hợp với đời sống pháp lý và tập quán của người Việt Nam. Tuy nhiên, cũng có một số công trình nghiên cứu giới thiệu thêm hình thức pháp luật khác như: các hợp đồng mẫu chứa các quy

phạm pháp luật, các học thuyết pháp lý⁴ hay những quy định của luật tôn giáo⁵.

Việc xác định hình thức của pháp luật bao gồm tập quán pháp, tiền lệ pháp và văn bản quy phạm pháp luật có điểm thuận lợi là giải thích được các hình thức pháp luật đang tồn tại hoặc có khả năng áp dụng ở nước ta khi nghiên cứu các nội dung trong hệ thống pháp luật Việt Nam. Tuy nhiên, khi bước vào thời kỳ hội nhập cùng với quá trình mở rộng phạm vi nghiên cứu pháp luật của các quốc gia khác (dù ở mức độ tham khảo để xây dựng cơ sở lý luận), khái niệm hình thức pháp luật nêu trên tỏ ra không bao quát hết các hình thức pháp luật tồn tại trong thực tế ở một số quốc gia trên thế giới.

(* TS. Phó trưởng Khoa Luật, Đại học Cần Thơ.

(1) PGS.TS. Nguyễn Cửu Việt (chủ biên), *Giáo trình lý luận chung về nhà nước và pháp luật*, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, 2004, tr. 219.

(2) Trường Đại học Luật Hà Nội, *Giáo trình Lý luận nhà nước và pháp luật*, Nxb. Tư pháp, Hà Nội, 2007, tr. 81.

(3) Ví dụ: PGS.TS. Nguyễn Thị Hồi, *Những nội dung căn bản của môn học Lý luận nhà nước và pháp luật*, Nxb. Tư pháp, Hà Nội, 2010, tr.116 – 122.

(4) GS.TS. Phạm Hồng Thái, *Lý luận nhà nước và pháp luật*, Nxb. Giao thông vận tải, 2009, tr. 310.

(5) PGS.TS. Nguyễn Cửu Việt (chủ biên), *tlđd*, tr. 219.

2. Tính pháp lý của giáo lý ở một số nước trên thế giới

Để xem xét giáo lý có được xem là pháp luật, điều đầu tiên phải đề cập là các giáo lý trong các quốc gia đó có thể hiện các đặc trưng đặc thù của pháp luật hay không. Về phương diện lý luận, các đặc điểm này chính là ranh giới để phân biệt pháp luật với các quy phạm pháp luật khác, bao gồm: tính quy phạm phổ biến, tính quyền lực nhà nước, tính xác định chặt chẽ về mặt hình thức theo một hệ thống nhất định, tính ý chí và tính xã hội. Đi sâu vào nghiên cứu vai trò của giáo lý ở các quốc gia này, ta nhận thấy:

Thứ nhất, tính quy phạm phổ biến: khi nghiên cứu lịch sử nhà nước và pháp luật tại thời kỳ phong kiến châu Âu, Kinh Thánh trong Thiên chúa giáo từng được xem là pháp luật. Thời đó, trong phạm vi một quốc gia hoặc vượt ra khỏi phạm vi một quốc gia, những điều khác với các giáo lý này đều bị cho là “dị giáo” và phải chịu sự trừng phạt. Bằng sức mạnh của “thần quyền”, Thiên chúa giáo lúc bấy giờ còn phát động các cuộc chiến đấu “thập tự chinh”⁶ gây nhiều thiệt hại về người và của. Nói lên điều này để thấy sức mạnh của tôn giáo đã từng tồn tại trong lịch sử. Ngày nay, Vatican là một đất nước có Đức Giáo Hoàng là người đứng đầu. Việc quản lý đất nước này chắc chắn có sử dụng giáo lý Thiên chúa giáo⁷.

Hiện nay, đạo Hồi được xem là một trong ba tôn giáo có số tín đồ lớn nhất thế giới (trên

1 tỉ tín đồ, khoảng 30 nước trên thế giới⁸), vượt qua số lượng người theo đạo Thiên chúa giáo (nếu tính riêng với đạo Tin lành) và Phật giáo⁹. Các nước điển hình về pháp luật Hồi giáo như: Afghanistan, Pakistan, Koweit, Bahrain, Qatar, Ả-rập Xê-út...¹⁰. Tuy nhiên, không phải quốc gia nào có đạo Hồi cũng xem tôn giáo này là pháp luật. Theo các nhà nghiên cứu, tôn giáo được xem là pháp luật khi thỏa mãn hai điều kiện sau: “Đạo Hồi là quốc đạo của quốc gia, quốc gia lấy các quy định trong Kinh Thánh của đạo Hồi làm luật. Chính vì vậy mà Thổ Nhĩ Kỳ, dù là nước có đạo Hồi là quốc đạo, nhưng vẫn là quốc gia thuộc hệ thống pháp luật châu Âu lục địa vì ở quốc gia này đạo Hồi chỉ được coi là tôn giáo chứ không phải là luật”¹¹. Tóm lại, điều này có nghĩa rằng, một trong những yếu tố để giáo lý một tôn giáo trở thành “tôn giáo pháp” khi tính phổ biến trong phạm vi lãnh thổ quốc gia được sự công nhận của giai cấp cầm quyền của quốc gia đó, tức là thỏa mãn tính quy phạm, phổ biến của pháp luật.

Thứ hai, tính quyền lực nhà nước, trong lịch sử phong kiến châu Âu, nhiều nhà khoa học đã bị bức hại vì đưa ra những lý thuyết trái với “chuẩn mực” của một tôn giáo và bị cho là “dị giáo”. Ví dụ điển hình là Giordano Bruno (Brunô, người Ý, 1548 - 1600), người bị tòa án giáo hội xử thiêu vì khai sáng thuyết nhất tâm¹². Trong các nước đạo Hồi ngày nay còn duy trì hình thức ném đá cho đến chết nếu

(6) Theo GS. Vũ Dương Ninh, *Lịch sử văn minh thế giới*, Nxb. Giáo dục Việt Nam, Hà Nội, 2010, tr. 316.

(7) Giáo hoàng là một vị vua không truyền tử, nắm quyền lực tuyệt đối, có nghĩa là quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp tối cao đối với Thành Vatican. Giáo hoàng là vị vua chuyên chế duy nhất tại châu Âu. Hệ thống pháp luật dựa trên cơ sở Giáo luật. Nếu Giáo luật không thích hợp, một bộ luật đặc biệt của khu vực sẽ được áp dụng, thường theo sự cung cấp của nước Ý (Theo Bách Khoa toàn thư mở, Wikipedia, http://vi.wikipedia.org/wiki/Th%C3%A0nh_Vatican, [truy cập ngày 02/01/2011]).

(8) PGS, TS. Thái Vinh Thắng, *Về hệ thống pháp luật hồi giáo*, Nguồn: Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp điện tử, http://www.nclp.org.vn/kinh_nghiem_quoc_te/ve-he-thong-phap-luat-hoi-giao/?searchterm=.

(9) Phan Anh, *Người dân Hồi giáo đã vượt Thiên chúa giáo*, <http://dantri.com.vn/c25/s36-225446/nguoi-dan-hoi-giao-da-vuot-thien-chua-giao.htm>.

(10) René David (người dịch: Nguyễn Sĩ Dũng và Nguyễn Đức Lâm), *Những hệ thống pháp luật chính trong thế giới đương đại*, Nxb Tổng hợp TP. Hồ Chí Minh, tr. 341, dẫn theo: ThS. Đỗ Thị Mai Hạnh, *Bản chất và nguồn của Luật Hồi giáo*, Tạp chí Khoa học Pháp lý số 3(34)/2006, xem: http://www.hcmulaw.edu.vn/hcmulaw/index.php?option=com_content&view=article&catid=105:ctc20063&id=400:bcvnlhg&Itemid=109.

(11) Michael Bogdan, *Comparative Law*, Nxb Kluwer Law and Taxation, năm 1994, tr. 228, dẫn theo: ThS. Đỗ Thị Mai Hạnh, *Bản chất và nguồn của Luật Hồi giáo*, t.l.g.d.

(12) Theo Bách Khoa toàn thư mở, Wikipedia, http://en.wikipedia.org/wiki/Giordano_Bruno (truy cập ngày 02-01-2011).

có các hành vi như hiếp dâm, ngoại tình...¹³. Theo luật Hồi giáo, án ném đá được tiến hành như sau: người chịu án nếu là đàn ông bị chôn sống đến thắt lưng, nếu là phụ nữ bị chôn đến ngực, hai tay cũng bị chôn. Những kẻ thi hành án đọc to bản án rồi sau đó ném đá cho đến khi tội nhân tử vong. Hình thức thi hành án bằng ném đá được áp dụng trở lại ở Iran sau cách mạng Hồi giáo 1979¹⁴. Ngoài ra, có một hệ thống hình phạt tương ứng với tội phạm chống lại Chúa (Hudud), bao gồm 7 tội: ngoại tình (kể cả thông dâm), vu cáo, uống rượu (nơi công cộng cũng như ở nhà riêng), tội trộm, cướp đường, phản đạo, vi phạm kinh thánh. Trong bảy tội phạm nói trên thì ba tội phạm đầu bao gồm: ngoại tình, vu cáo và uống rượu sẽ bị đánh bằng roi. Tội trộm và cướp đường bị phạt đóng đinh vào thánh giá hoặc cắt tay, chân. Tội phản đạo, vi phạm kinh thánh sẽ bị hình phạt chặt đầu¹⁵ hoặc ném đá đến chết. Điều này thể hiện rõ nét tính quyền lực nhà nước, kể cả bằng các hình phạt đặc thù của pháp luật hình sự trong các quốc gia công nhận hình thức pháp luật này.

Thứ ba, tính xác định chặt chẽ về mặt hình thức theo một hệ thống nhất định: khác với các hình thức pháp luật khác, luật đạo Hồi có nội dung là Kinh Thánh đạo Hồi, theo lời truyền dạy của nhà tiên tri Mohamed¹⁶. Nhiều nghiên cứu cho rằng hình thức này xuất hiện từ bốn bộ Kinh là: Kinh Qu'ran, Kinh Sunna, Idjmá và Qiyas; trong đó Kinh Qu'ran và Kinh Sunna là hai nguồn luật chủ đạo nhất, có giá trị pháp lý cao nhất đồng thời thể hiện là nguồn luật mang tính thần thánh và tự nhiên, còn Idjmá và Qiyas đóng vai trò là nguồn luật bổ trợ cho hai nguồn luật¹⁷. Riêng về cấu trúc “Kinh Qu'ran được chia thành 30 phần và 114 chương và được

sắp xếp theo ý của nhà tiên tri. Các chương lại chia nhỏ thành 6.200 khổ thơ (verse), các luật gia đạo Hồi gọi chúng là “những khổ thơ pháp luật”. Chỉ có khoảng 3% các khổ thơ đó là liên quan đến pháp luật. Ví dụ, Luật Gia đình được quy định trong khoảng 70 khổ thơ; các vấn đề phát sinh trong lĩnh vực luật tư khác được quy định trong 70 khổ thơ; khoảng 30 khổ thơ được coi là đặc trưng cho Luật Hình sự; các vấn đề về tài chính và hiến pháp thì được đề cập trong khoảng 20 khổ thơ; các vấn đề liên quan đến Luật Quốc tế thì cũng được quy định trong khoảng 20 khổ thơ¹⁸. Điều này cho thấy, luật đạo Hồi được thể hiện trong các bản Kinh thánh và được nhà nước của quốc gia nêu trên công nhận, áp dụng. Trên thực tế, những nước xem đạo Hồi là pháp luật, ranh giới phân biệt giữa Kinh Thánh của Hồi giáo và pháp luật của nhà nước thường không rõ ràng. Việc xâm hại đến một “câu thơ” trong Kinh Thánh cũng đồng thời với việc vi phạm quy định của nhà nước: vi phạm pháp luật.

Thứ tư, tính ý chí và tính xã hội, khác với văn bản quy phạm pháp luật - hình thức thể hiện toàn diện ý thức của giai cấp thống trị, tôn giáo pháp thể hiện ý chí của người sáng lập. Tuy nhiên, do được xem là quốc đạo và là luật pháp, ý chí đó trở thành ý chí được nhà nước chấp nhận và được xem là “chuẩn mực xử sự” chung của cộng đồng các quốc gia này.

Tất cả những nội dung trên thể hiện Kinh Thánh của một số tôn giáo có thể được xem là pháp luật ở một số quốc gia trên thế giới. Điều này chứng minh sự tồn tại của “tôn giáo pháp” – một hình thức pháp luật tồn tại song song với các hình thức như: tập quán pháp, tiền lệ pháp và văn bản quy phạm pháp luật.

(13) Hoài Linh, Indonesia cho phép ném đá đến chết người ngoại tình, <http://vnn.vietnamnet.vn/thegioi/doday/2009/09/868620/>.

(14) Mai Trang, Người sắp bị nhục hình “thủ tội” trên TV, <http://vnexpress.net/GL/The-gioi/2010/11/3BA2304A/>.

(15) PGS, TS. Thái Vĩnh Thắng, Về hệ thống pháp luật Hồi giáo, *tlđđ*.

(16) Môhamet xuất thân từ một bộ lạc có thể lực ở Mecca, truyền bá đạo Hồi từ năm 610. Năm 630, sau nhiều biến cố, Môhamet đem 10.000 người chiếm thành phố Mecca. Môhamet trở thành người đứng đầu nhà nước mới thành lập. Năm 632 Môhamet chết. Khi Môhamet còn sống, những lời nói của ông được các môn đồ ghi trên lá chà là, trên đá trắng và học thuộc lòng. Sau này, những người kế thừa là Calipha Abu Bekr và Ôtman thu thập sắp xếp chỉnh lý thành kinh Coran (Theo GS. Vũ Dương Ninh, *tlđđ*, tr. 46-51).

(17) ThS. Đỗ Thị Mai Hạnh, Bản chất và nguồn của Luật Hồi giáo, *tlđđ*.

(18) ThS. Đỗ Thị Mai Hạnh, Bản chất và nguồn của Luật Hồi giáo, *tlđđ*.

3. “Tôn giáo pháp” và nội dung môn học Lý luận nhà nước và pháp luật ở nước ta

Việc xác định hình thức “tôn giáo pháp” góp phần bổ sung một số kiến thức lý luận trong khoa học về nhà nước và pháp luật ở nước ta.

Thứ nhất, trong khoa học pháp lý phổ biến ở nước ta, pháp luật được xem hình thành từ hai con đường: Nhà nước đặt ra các quy phạm mới phù hợp với lợi ích giai cấp và các điều kiện xã hội; Nhà nước công nhận sự tồn tại của các tập quán với điều kiện đó là tập quán tiến bộ, không trái pháp luật của Nhà nước và đạo đức xã hội (Điều 3 Bộ luật Dân sự Việt Nam năm 2005, Điều 6 Luật Hôn nhân và gia đình Việt Nam năm 2000).

Cách hiểu này nhấn mạnh đến tính pháp chế của pháp luật bởi tất cả các quy phạm pháp luật đều dựa trên “ý chí” và sự “thông qua” của Nhà nước, hoàn toàn phù hợp với pháp luật Việt Nam hiện hành. Tuy nhiên, cách hiểu này có thể không khái quát được tất cả các hình thức pháp luật đang tồn tại ở một số quốc gia khác trên thế giới vì chưa giải thích hoàn chỉnh cách thức hình thành của tiền lệ pháp và tôn giáo pháp (vì tôn giáo pháp không xuất phát từ tập quán dân cư, cũng không do nhà nước ban hành, mà do một tôn giáo xây dựng nên). Khi khảo sát nhiều hệ thống pháp luật của các quốc gia, ta còn nhận thấy pháp luật hình thành bằng một số con đường khác như: Nhà nước công nhận các tiền lệ từ quá trình các cơ quan nhà nước có thẩm quyền (tòa án, cơ quan hành chính nhà nước) giải quyết các vụ án, vụ việc hay nhà nước công nhận sự tồn tại của giáo lý trong xã hội song song với các hình thức bên ngoài khác của pháp luật.

Tóm lại, về mặt lý thuyết cho khoa học lý luận, có thể nói, pháp luật trên thế giới hình thành bằng hai con đường: hoặc Nhà nước ban hành mới các quy phạm; hoặc Nhà nước công nhận một, hoặc nhiều yếu tố đã tồn tại trong đời sống xã hội của quốc gia như: phong tục,



tập quán, tiền lệ, thậm chí ở một số quốc gia là giáo lý của một tôn giáo, xem đó là pháp luật, cho phép tồn tại song song với các văn bản quy phạm pháp luật.

Thứ hai, nhiều nhà nghiên cứu đồng nhất hai khái niệm “nguồn của luật” và “hình thức (bên ngoài) của pháp luật”; tuy nhiên, một số nghiên cứu khác phân chia theo hai dạng: nguồn hình thức và nguồn nội dung¹⁹. Theo cách phân chia này, “tôn giáo pháp” có thể được xem là nguồn hình thức của một số quốc gia, tức là những “dạng thể hiện” của pháp luật mà nhà nước có thể viện dẫn để xem xét, xử lý một hành vi trên thực tế. Nếu công nhận sự tồn tại của “tôn giáo pháp” thì quan niệm về “nguồn hình thức” của pháp luật trên thế giới không còn bó gọn trong ba hình thức pháp luật, mà thay vào đó là bốn hình thức pháp luật cơ bản: văn bản quy phạm pháp luật, tiền lệ pháp, tập quán pháp và tôn giáo pháp.

Thứ ba, khi phân tích cấu thành của một quy phạm pháp luật, ta thường đề cập đến ba bộ phận: giả định, quy định và chế tài. Điều này hoàn toàn phù hợp với các quy phạm sẵn có ở nước ta. Tuy nhiên, đối với một số quốc gia công nhận tôn giáo pháp, về mặt kỹ thuật có một số vấn đề cần phải lưu ý, như: khi phân tích các quy phạm pháp luật trong Kinh Thánh, ta cần thiết phải mở rộng khái niệm giả định. Giả định có thể là đoạn văn rất dài từ một vụ việc tiền lệ bởi vì nhiều nước công

(19) PGS.TS. Nguyễn Thị Hải, *Những nội dung căn bản của môn học Lý luận nhà nước và pháp luật*, Nxb. Tư pháp, Hà Nội, 2010, tr. 122 – 125.

nhận tôn giáo pháp cũng đồng thời với việc công nhận tiền lệ pháp. Các thẩm phán của các nước theo luật Hồi giáo có thể sử dụng tiền lệ pháp đó để giải quyết một vụ việc mới phát sinh sau này mà hướng giải quyết vụ việc đó không được đề cập trong các bộ Kinh Thánh. Trường hợp khác, giả định và quy định có thể nằm trong một “đạo luật” (bộ Kinh Thánh), mà “ché tài” lại nằm trong một đạo luật khác (bộ Kinh Thánh khác). Ví dụ: Kinh Qu’ran cấm uống rượu, nhưng lại không nói gì về chế tài đối với hành vi này; chế tài này lại được tìm thấy trong Kinh Sunna bằng việc miêu tả rằng nhà tiên tri đã ra chế tài và bản thân ông là người thực thi hình phạt đánh roi đối với hành vi uống rượu này²⁰.

Từ đây, khái niệm hình thức pháp luật không chỉ bó gọn trong văn bản quy phạm pháp luật mà nhà nước ban hành và tập quán pháp mà nhà nước công nhận áp dụng mà còn bao gồm những hình thức khác của pháp luật được nhà nước của một quốc gia công nhận là: tiền lệ pháp, tôn giáo pháp. Những dạng tồn tại này, trong một số trường hợp, có mặt trong đời sống xã hội trước khi văn bản quy phạm pháp luật ban hành. Thậm chí, ở các quốc gia Hồi giáo nêu trên, luật thành văn (văn bản quy phạm pháp luật) còn làm công việc hướng dẫn, giải thích cho các nguyên tắc chung được ghi chép trong các bộ Kinh Thánh và được nhà nước công nhận.

4. Kết luận

Việc chọn lựa hình thức pháp luật nào tồn tại và có hiệu lực trong một quốc gia tùy thuộc vào nhiều yếu tố như: tập quán dân cư, vị trí của tín ngưỡng tôn giáo trong quan niệm của người dân quốc gia, sự phát triển về kinh tế - xã hội của quốc gia đó, sự tác động của hoàn cảnh chung của các quốc gia khác trên thế giới do quá trình hội nhập và đặc biệt là bản chất nhà nước, mối quan hệ giai cấp trong một quốc gia. Ở nước ta, phù hợp với thể chế chính trị là học thuyết duy vật biện chứng, phù hợp với bản

chất nhà nước là thể hiện tính xã hội, lợi ích của toàn thể nhân dân, nước ta chỉ công nhận hình thức văn bản quy phạm pháp luật (hình thức chính thống, cơ bản nhất trong hệ thống pháp luật Việt Nam) và tập quán pháp (đối với một số ngành luật như dân sự, hôn nhân và gia đình). Ngoài ra, Việt Nam đang tiến tới áp dụng một số tiền lệ bởi theo định hướng của Đảng ta: “Tòa án nhân dân tối cao có nhiệm vụ tổng kết kinh nghiệm xét xử, hướng dẫn áp dụng pháp luật, phát triển án lệ” (Nghị quyết số 49/NQ-TW ngày 02/6/2005 của Bộ Chính trị Về chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020, trang 5).

Riêng đối với các nước đạo Hồi, sự tồn tại dai dẳng của luật Hồi giáo được lý giải bởi nhiều nguyên nhân, trong đó có một nguyên nhân cơ bản là đa số các học giả Hồi giáo là thương gia và vì vậy, nó có một số điểm thích ứng đối với một số quốc gia có đạo Hồi làm quốc đạo trong thời đại giao thương kinh tế ngày nay. Tất nhiên, do tồn tại qua nhiều thế hệ và ăn sâu vào tiềm thức của người dân các quốc gia này và kết hợp với “thần quyền”, trong đa số các trường hợp, nhà nước và người dân của các quốc gia nói trên không đứng trên quan điểm xem xét lại, đánh giá lại tính hợp lý của những “khổ thơ pháp luật” mà thay vào đó là sự chấp nhận nó như “lời dạy của các bậc tiền nhân” của họ...

Trong xã hội hiện đại ngày nay, theo đà phát triển và dân chủ hóa đời sống xã hội, đa số các quốc gia trên thế giới không công nhận việc áp dụng hình thức tôn giáo pháp trong phạm vi quốc gia mình, trong đó có Việt Nam. Tuy nhiên, khi nghiên cứu khoa học lý luận, ta nhận thấy sự tồn tại của hình thức pháp luật này là có thật ở một số quốc gia, đặc biệt là các quốc gia lấy đạo Hồi làm quốc đạo. Vì vậy, trong khoa học lý luận, nên chăng cần ghi nhận mang tính tham khảo hình thức pháp luật “tôn giáo pháp” để thấy tính đa dạng của các hình thức pháp luật trên thế giới, hình thức “tôn giáo pháp”. ■

(20) ThS. Đỗ Thị Mai Hạnh, Bản chất và nguồn của luật Hồi giáo, tđđ.

SỬA ĐỔI HIẾN PHÁP ĐỂ XÂY DỰNG NHÀ NƯỚC PHÁP QUYỀN

Hiến pháp là đạo luật cơ bản của một quốc gia, quy định những vấn đề quan trọng nhất về thể chế chính trị, các nguyên tắc cơ bản về tổ chức, hoạt động của bộ máy nhà nước, quyền con người và quyền công dân. Từ Hiến pháp năm 1946 đến nay, Nhà nước ta đã có thêm các Hiến pháp năm 1959, năm 1980, năm 1992 (được sửa đổi, bổ sung một số điều năm 2001). Mỗi bản hiến pháp được ban hành phù hợp với tình hình, nhiệm vụ của từng thời kỳ cách mạng, dưới sự lãnh đạo của Đảng Cộng sản Việt Nam. Sau hơn hai mươi năm thực hiện công cuộc đổi mới, Đại hội đại biểu toàn quốc của Đảng lần thứ XI đã xác định cần phải sửa đổi Hiến pháp cho phù hợp với tình hình mới. Tại kỳ họp thứ nhất, Quốc hội khoá XIII đã thành lập Ủy ban Dự thảo sửa đổi Hiến pháp do đồng chí Nguyễn Sinh Hùng, Ủy viên Bộ Chính trị, Chủ tịch Quốc hội làm Chủ tịch Ủy ban. Trước sự kiện trọng đại này, việc phân tích, làm rõ các căn cứ khoa học và thực tiễn của việc sửa đổi hiến pháp càng trở nên cần thiết nhằm phát huy sức mạnh trí tuệ, tinh thần công hiến của các chuyên gia, nhà khoa học, nghiên cứu, thảo luận, đề xuất quan điểm, nội dung, kỹ thuật cần sửa đổi Hiến pháp năm 1992.

Với tinh thần đó, ngày 7/12/2011, tại Hà Nội, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp (Văn phòng Quốc hội) và Tạp chí Pháp luật và Phát triển (Hội Luật gia Việt Nam) đã phối hợp tổ chức Hội thảo khoa học về Sửa đổi Hiến pháp theo yêu cầu của việc xây dựng Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa Việt Nam. Nguyên Phó Chủ tịch Quốc hội Nguyễn Đức Kiên, Phó Chủ nhiệm Văn phòng Quốc hội Nguyễn Sĩ Dũng, Phó Chủ tịch kiêm Tổng Thư ký Hội Luật gia Việt Nam Lê Minh Tâm đồng chủ trì hội thảo. Hơn hai trăm đại biểu là đại biểu Quốc hội, chuyên gia, nhà khoa học đã tham dự Hội thảo này.

Kiểm soát quyền lực, ngăn ngừa lạm quyền

Cơ chế nào hữu hiệu để kiểm soát quyền lực nhà nước, ngăn ngừa lạm quyền là vấn đề được nhiều người quan tâm. PGS, TS Lê Văn Hòa cho rằng, việc hoàn thiện Hiến pháp là nhằm xác lập mô hình và cơ chế thực thi quyền lực chặt chẽ, phù hợp với đặc trưng của hệ thống chính trị một đảng cầm quyền, phòng ngừa hiệu quả tình trạng tha hóa quyền lực. Tổ chức quyền lực nhà nước phải đảm bảo hai nguyên tắc cơ bản: nguyên tắc “tất cả quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân” và “quyền lực nhà nước là thống nhất; có sự phân công,



phối hợp và kiểm soát giữa các cơ quan trong việc thực hiện quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp”. Các nguyên tắc về quyền lực tối thượng của Hiến pháp, về trách nhiệm trong thực thi quyền lực, về giám sát và chế ước cũng cần được ghi nhận. PGS,TS Nguyễn Minh Đoàn nhìn nhận, về bản chất, Nhà nước ta là “Nhà nước của nhân dân, do nhân dân và vì nhân dân”. Do vậy, ngoài hình thức sử dụng quyền lực nhà nước thông qua các cơ quan nhà nước thì nhân dân có thể trực tiếp thực hiện quyền lực nhà nước thông qua việc phúc quyết hoặc trưng cầu dân ý đối với những vấn đề lớn, hệ trọng của đất nước. Nếu nhân dân chỉ được sử dụng quyền lực nhà nước thông qua bộ máy nhà nước (dân chủ đại diện), thì hình thức dân chủ trực tiếp bị ảnh hưởng, chủ quyền nhân dân bị hạn chế. Ông đề nghị, sửa đổi Hiến pháp 1992 nên quy định như sau: “Ở nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam, Quốc hội là cơ quan đại biểu cao nhất của nhân dân, cơ quan cao nhất thực hiện quyền lập pháp; Chính phủ là cơ quan hành chính nhà nước cao nhất,

cơ quan cao nhất thực hiện quyền hành pháp; Tòa án quốc gia là cơ quan xét xử cao nhất, cơ quan cao nhất thực hiện quyền tư pháp. Các cơ quan nhà nước kiểm soát lẫn nhau và chịu sự kiểm soát của nhân dân trong việc thực hiện quyền lực nhà nước”.

Đồng tình với các quan điểm trên, GS,TS Trần Ngọc Đường cho rằng, nhân dân là chủ thể tối cao của quyền lực nhà nước, nên nhân dân phải kiểm soát được quyền lực nhà nước là một quyền tất yếu, một đòi hỏi chính đáng. Khi sửa đổi Hiến pháp 1992 cần quy định thêm ba vấn đề cơ bản: bầu cử, bãi nhiệm và phúc quyết như Hiến pháp năm 1946 đã quy định thành một mục gồm 5 điều trong Chương II: Nghĩa vụ và quyền lợi của công dân. PGS, TS Lê Văn Hòe phân tích, mọi cơ chế kiểm soát phải trên cơ sở minh bạch hóa, tăng cường giám sát tối cao của Quốc hội và vai trò giám sát của xã hội. Phát huy chức năng nguyên thủ quốc gia của Chủ tịch nước, trong đó có các quyền tham dự, phúc quyết và phủ quyết. ThS. Cao Vũ Minh, cũng cho rằng, cần phải sửa đổi

ché định Chủ tịch nước. Kế thừa Hiến pháp năm 1946, Hiến pháp sửa đổi cần tạo cơ sở pháp lý cho Chủ tịch nước nắm nhiều quyền hành pháp. Chủ tịch nước nên có quyền “chủ tọa các phiên họp của Chính phủ khi thấy cần thiết” chứ không dừng ở việc chỉ tham dự các phiên họp của Chính phủ như Hiến pháp hiện hành quy định. Từ góc nhìn khác, ThS. Nguyễn Phước Thọ, nêu ý kiến cần xem lại mối quan hệ quyền lực giữa Chính phủ và Quốc hội. Theo Hiến pháp, Quốc hội là cơ quan quyền lực cao nhất. Hàng năm, Quốc hội ra nghị quyết về các nhiệm vụ phát triển kinh tế - xã hội, nhưng thực tế nghị quyết này không có ý nghĩa mấy với việc thực thi quyền hành pháp của Chính phủ và còn mang tính hình thức. Quốc hội có thể lạm dụng quyền lập pháp, làm sai lệch nội dung tư tưởng chính sách trong các dự án mà Chính phủ soạn thảo để thông qua các đạo luật không mấy phù hợp, “áp đặt, bó tay”, thậm chí thu hẹp và hạn chế quyền hành pháp của Chính phủ. GS, TSKH Lê Văn Cẩm cho rằng, quy định về kiểm soát quyền lực là nhằm hạn chế, ngăn ngừa các hành vi lạm quyền, chuyên quyền, nhược quyền và độc đoán, quan liêu, tùy tiện của cơ quan công quyền và công chức nhà nước. Góp phần tạo ra cơ chế kiểm tra và cân bằng của các nhánh quyền lực nhà nước để loại trừ sự lấn át của một nhánh quyền nào đó với các nhánh quyền lực khác.

Đề cao vai trò quyền con người, quyền công dân trong Hiến pháp

Theo GS, TS. Nguyễn Đăng Dung, đảm bảo quyền con người là mục đích xét đến cùng của hiến pháp. Nếu như không có vấn đề phải bảo vệ nhân quyền, quyền con người thì có lẽ, nhân loại cũng không cần có một bản hiến pháp cho mỗi một quốc gia. Không thể nói rằng chế độ chính trị dân chủ, kể cả dân chủ tư sản lẫn dân chủ xã hội chủ nghĩa mà lại không sự bảo đảm nhân quyền, quyền con người, cũng như không có hiến pháp. Phân tích những thành công khi ghi nhận về nhân quyền trong các bản Hiến pháp Việt Nam, GS, TS. Nguyễn Đăng Dung cũng chỉ ra những quy định về

nhân quyền còn bất cập, không phù hợp với giai đoạn phát triển toàn cầu hóa hiện nay như: Quyền con người đồng nghĩa với quyền công dân như quy định ở Điều 50 của Hiến pháp hiện nay là thiếu chính xác, dễ gây nên sự hiểu lầm rằng, ở Việt Nam chỉ công dân Việt Nam mới có quyền con người, còn những người ngoại quốc thì không. Nhân quyền đang được quy định theo cách thức Nhà nước thừa nhận, dễ hiểu nhầm thành một thứ quyền lợi mà Nhà nước “ban phát” cho người dân (Điều 53, Điều 54; 56; 57; 58... Hiến pháp 1992). Ngoài ra, các quy định còn ẩn chứa một nguy cơ khác là những quyền không được liệt kê, tức là không được thừa nhận, không được “ban phát”, thì lẽ đương nhiên người dân của chúng ta không có. ThS. Vũ Kiều Oanh cho rằng, cần giới hạn sự can thiệp của Nhà nước vào việc công dân thực hiện các quyền, nghĩa vụ, đồng thời với việc quy định trách nhiệm của Nhà nước đối với việc bảo đảm cho công dân thực hiện quyền. Ở nước ta, bước sang thời kỳ đổi mới, việc Nhà nước can thiệp quá sâu vào các lĩnh vực của đời sống xã hội đã không còn phù hợp bởi sự hiện diện của kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa, bởi nhận thức đúng đắn về quan hệ giữa Nhà nước với xã hội - cũng như với công dân - có tính toàn cầu hiện nay là “nhà nước nhỏ, xã hội lớn”. Vận động của đời sống là do chính người dân thực hiện và Nhà nước phải tôn trọng. Liên quan đến các quyền dân sự - chính trị, TS Hoàng Văn Nghĩa nêu ý kiến, trong 25 điều (từ điều 50 đến điều 74) của Hiến pháp năm 1992 quy định trực tiếp về các quyền con người có đến 3/4 các chế định liên quan đến các quyền dân sự và chưa đầy 1/4 điều chế định trực tiếp về quyền kinh tế. Điều này ít nhiều phản ánh sự mất cân đối giữa các chế định về quyền dân sự và quyền kinh tế. Vì vậy, trong sửa đổi Hiến pháp 1992, trước hết cần tăng cường và mở rộng các quyền về dân sự - kinh tế, chẳng hạn như quyền sống, quyền tiếp cận/tự do thông tin, quyền về môi trường, quyền phát triển, quyền sở hữu trí tuệ, quyền sở hữu tư nhân về tư liệu sản xuất...

TS. Phạm Văn Hùng đề cập đến vấn đề bảo

đảm quyền con người tiếp cận từ quyền tự do và an ninh cá nhân. Ông cho rằng, một số biện pháp xử lý hành chính có liên quan đến quyền tự do và an ninh cá nhân, trong một chừng mực nào đó, đã hạn chế quyền con người. Một số đối tượng bị áp dụng biện pháp hành chính khác chưa tương thích với yêu cầu bảo đảm quyền tự do và an ninh cá nhân. “Quy định về quyền con người, quyền tự do và an ninh cá nhân nên kế thừa cách quy định của Hiến pháp năm 1992 theo hướng quy định cụ thể, chi tiết hơn để công dân được bảo hộ triệt để, toàn diện hơn. Quy định rõ hơn vai trò “trung tâm” của Tòa án trong việc bảo vệ quyền con người, trong đó có quyền tự do và an ninh cá nhân”, TS. Phạm Văn Hùng đề nghị.

Thiết lập cơ chế bảo hiến

Vấn đề hoàn thiện cơ chế bảo vệ hiến pháp được các nhà khoa học thảo luận rất sôi nổi. Nội dung thảo luận xoay quanh việc đánh giá thực trạng và hạn chế của cơ chế bảo vệ hiến pháp hiện nay và đặc biệt là áp dụng mô hình tài phán hiến pháp nào cho Việt Nam.

TS Vũ Đức Khiển kiến nghị thành lập một cơ quan kiểm soát chung đối với các cơ quan nhà nước thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp để bảo đảm tính hợp hiến trong hoạt động. Đồng thời, nhằm ngăn chặn sự nê nang, né tránh trong sự kiểm soát lẫn nhau giữa những cơ quan này, ông đề nghị cần bổ sung vào Hiến pháp quy định về cơ quan bảo hiến nhằm thực hiện chủ trương của Đảng về xây dựng cơ chế phán quyết về những vi phạm Hiến pháp trong hoạt động lập pháp, hành pháp, tư pháp...

Theo PGS.TS Nguyễn Ngọc Điện, mô hình tốt nhất cho Việt Nam trong khung cảnh hiện tại là sự kết hợp giữa cơ chế bảo hiến của Pháp và hệ thống giám sát, kiểm tra văn bản đang vận hành. Một mặt, có một Tòa án hiến pháp độc lập và chuyên trách, đảm nhận chức năng bảo hiến và được giao thẩm quyền kiểm tra tính hợp hiến của các văn bản quy phạm pháp luật do Quốc hội ban hành. Mặt khác, vẫn duy trì cơ chế giám sát, kiểm tra văn bản quy phạm

như hiện tại với một vài điều chỉnh hợp lý: căn cứ giám sát, kiểm tra cao nhất là các luật, nghị quyết của Quốc hội; thừa nhận quyền khiếu nại của công dân trước các cơ quan thẩm quyền đối với một văn bản quy phạm trái luật;... TS. Võ Trí Hào cho rằng, trước tiên phải làm rõ cơ chế bảo hiến là gì? Có nhiều quan điểm khác nhau về bảo hiến. Nói đến bảo hiến người ta rất dễ nhầm là bảo vệ hiến pháp, giám sát hiến pháp, kiểm tra hiến pháp... Theo ông, bảo hiến là tài phán hiến pháp. Về chiến lược dài hạn, cần thành lập một Tòa án hiến pháp độc lập. Tòa án này sẽ tạo ra một diện mạo hoàn toàn mới cho tài phán hiến pháp, tách biệt với hệ thống tòa án hiện nay.

Lấy ví dụ từ việc làm có dấu hiệu vi hiến khi Bộ Công an hạn chế đăng ký xe máy, ThS Bùi Ngọc Sơn cho rằng, các thảo luận về chủ nghĩa hợp hiến hiện đại đang trở lại ở Việt Nam. Trong sự phát triển của chủ nghĩa hợp hiến, Việt Nam có thể hội nhập với khu vực và thế giới bằng việc thiết lập một Tòa án hiến pháp, nhưng vẫn giữ lại những bản sắc của quốc gia bằng việc điều biến nó trong môi trường bản địa: cân đối nó với điều kiện chính trị - pháp lý hiện tại của Việt Nam, tích hợp một số chức năng của các định chế giám sát truyền thống như Ngự sử đài hay Đô sát viện vào chức năng hiện đại của Tòa án hiến pháp.

Góp ý về nội dung vai trò lãnh đạo của Đảng PGS-TS Nguyễn Minh Đoan, TS. Đặng Minh Tuấn đều khẳng định rằng, việc quy định về vai trò lãnh đạo của Đảng là một bảo đảm cho việc xây dựng Nhà nước pháp quyền Việt Nam XHCN. Tuy nhiên, nội dung quy định cụ thể về vai trò lãnh đạo của Đảng cũng cần có sự điều chỉnh cho phù hợp với các văn kiện mới được thông qua tại Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XI của Đảng

Với trên 30 bản tham luận, hàng chục ý kiến tranh luận, phản biện, cuộc hội thảo này đã có những đóng góp tích cực cho việc nghiên cứu cơ sở khoa học và thực tiễn cho việc sửa đổi Hiến pháp năm 1992. ■

PV

PHỤ LỤC
TỔNG MỤC LỤC CÁC BÀI ĐĂNG TRÊN TẠP CHÍ NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP
TỪ THÁNG 1/2011 – 12/2011

TT	Tên bài	Tên tác giả	Đăng trên số
NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT			
1	Mười sự kiện nổi bật trong năm 2010 của Quốc hội Việt Nam	<i>NCLP</i>	Số 1
2	Tổng tuyển cử - sự kiện lịch sử trọng đại trong sự nghiệp xây dựng Nhà nước pháp quyền ở Việt Nam	<i>PGS, TS. Phan Trung Lý</i>	Số 1
3	Tuyên ngôn của Quốc hội Việt Nam – ngọn cờ tư tưởng của các thế hệ đại biểu Quốc hội	<i>TS. Phạm Văn Hùng</i>	Số 1
4	Hoạt động lập pháp của nhiệm kỳ Quốc hội khóa XII	<i>GS, TS. Trần Ngọc Đường</i>	Số 1
5	Bảo đảm nguyên tắc khi xét xử thẩm phán và hội thẩm nhân dân độc lập và chỉ tuân theo pháp luật	<i>Trần Văn Kiểm</i>	Số 1
6	65 năm – một chặng đường lịch sử vẻ vang của Quốc hội Việt Nam	<i>GS, TS. Nguyễn Phú Trọng</i>	Số 2+3
7	Đảng chính trị và điều kiện cầm quyền	<i>PGS, TS. Lê Văn Hòa</i>	Số 2+3
8	Bàn về tính chính đáng chính trị	<i>TS. Đặng Đình Tân</i>	Số 2+3
9	Tìm hiểu tư tưởng triết học pháp quyền của Chủ tịch Hồ Chí Minh	<i>PGS, TS. Thái Vĩnh Thắng</i>	Số 2+3
10	Đổi mới thiết chế Chủ tịch nước và Chính phủ ở Việt Nam hiện nay	<i>PGS, TS. Nguyễn Thị Hồi - TS. Phạm Quang Tiến</i>	Số 2+3
11	Hoàn thiện quy định của pháp luật về quy trình thủ tục rút gọn trong hoạt động lập pháp của Quốc hội	<i>TS. Vũ Hồng Anh</i>	Số 2+3
12	Giải quyết vấn đề chồng chéo chức năng, nhiệm vụ giữa các bộ, ngành trong cải cách cơ cấu tổ chức Chính phủ	<i>ThS. Nguyễn Thị Hạnh</i>	Số 2+3
13	Sáu vấn đề đặt ra trong thí điểm không tổ chức Hội đồng nhân dân ở huyện, quận, phường	<i>TS. Dương Quang Tung</i>	Số 2+3

14	Hệ thống pháp luật và chế độ pháp quyền	<i>PGS, TS. Phạm Duy Nghĩa</i>	Số 2+3
15	Hoàn thiện thể chế hành chính đáp ứng yêu cầu xây dựng nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa	<i>TS. Trương Thị Hồng Hà</i>	Số 2+3
16	Chủ nghĩa hợp hiến và sửa đổi Hiến pháp ở Việt Nam	<i>Bùi Ngọc Sơn</i>	Số 2+3
17	Chế độ sở hữu ở Việt Nam	<i>PGS, TS. Nguyễn Minh Doan</i>	Số 2+3
18	Lại bàn về đường lối bỏ trong Biển Đông	<i>PGS, TS. Nguyễn Hồng Thao</i>	Số 2+3
19	Bàn về tổ chức thực hiện pháp luật	<i>TS. Tạ Thị Minh Lý</i>	Số 2+3
20	Hoàn thiện cơ chế kiểm soát quyền lực của nhánh quyền hành pháp trong xây dựng nhà nước pháp quyền	<i>ThS. Nguyễn Thị Hoài Phương</i>	Số 4
21	Hợp nhất văn bản quy phạm pháp luật	<i>Nguyễn Thu Dung</i>	Số 4
22	Giới hạn của giải thích pháp luật	<i>Phạm Thị Duyên Thảo</i>	Số 4
23	Việt Nam với việc phê chuẩn nghị định thư sửa đổi Hiệp định Trips (phần 1)	<i>ThS. Lê Thị Nam Giang</i>	Số 4
24	Đổi mới sự lãnh đạo của Đảng đối với công tác bầu cử Đại biểu Quốc hội	<i>TS. Vũ Thị Loan – ThS. Tống Đức Thảo</i>	Số 5
25	Các quy phạm hiến định cơ bản về quyền lập pháp trong giai đoạn xây dựng Nhà nước pháp quyền Việt Nam	<i>GS, TSKH. Lê Văn Cẩm – TS. Nguyễn Cảnh Hợp</i>	Số 5
26	Tiếp cận quyền tiếp cận thông tin dưới góc độ quyền con người	<i>ThS. Lê Thị Hồng Nhung</i>	Số 5
27	Việt Nam với việc phê chuẩn nghị định thư sửa đổi Hiệp định Trips (phần 2)	<i>ThS. Lê Thị Nam Giang</i>	Số 5
28	Điều trần ủy ban của Quốc hội và sự cần thiết tiếp nhận chế định này ở Việt Nam	<i>TS. Ngô Huy Cường</i>	Số 6
29	Quy trình dân chủ và công khai để lựa chọn giới thiệu người có đủ tiêu chuẩn ứng cử đại biểu Quốc hội	<i>Nguyễn Thanh Bình</i>	Số 6

30	Chế độ canh giữ, bảo vệ trong Luật Hồng Đức và những bài học kinh nghiệm lập pháp	<i>TS. Trần Văn Luyện; CN. Nguyễn Anh Tuấn</i>	Số 6
31	Về viện kiểm sát ở Việt Nam	<i>GS, TSKH. Đào Trí Úc</i>	Số 7
32	Kiến nghị sửa đổi các nội dung của Hiến pháp 1992	<i>ThS. Trần Việt Dũng</i>	Số 7
33	Hoàn thiện hơn nữa chế độ bầu cử đại biểu dân cử ở nước ta	<i>PGS, TS. Nguyễn Minh Doan</i>	Số 7
34	Đổi mới cơ chế kiểm tra tính hợp hiến, hợp pháp, các văn bản quy phạm pháp luật của bộ trưởng, thủ trưởng cơ quan ngang bộ	<i>Nguyễn Thị Phương</i>	Số 7
35	Cải cách chế định quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân trong Hiến pháp theo nguyên tắc tôn trọng quyền con người	<i>GS, TS. Nguyễn Đăng Dung ThS. Bùi Tiến Đạt</i>	Số 8
36	Đổi mới mô hình bộ máy nhà nước đáp ứng vai trò của Nhà nước trong quá trình cải cách kinh tế	<i>PGS, TS. Lê Minh Thông</i>	Số 8
37	Bầu cử đại biểu Quốc hội khóa XIII và hội đồng nhân dân các cấp với công cuộc xây dựng Nhà nước pháp quyền	<i>TS. Phạm Văn Hùng</i>	Số 8
38	Tư tưởng Hồ Chí Minh về thực hành dân chủ trong xã hội	<i>ThS. Nguyễn Năng Nam - ThS. Trịnh Vương Cường</i>	Số 9
39	Vai trò chủ thể của Mặt trận Tổ quốc Việt Nam đối với việc tổ chức vận động bầu cử	<i>Nguyễn Thanh Bình</i>	Số 9
40	Các giải pháp tăng cường tổ chức và hoạt động của Ủy ban Quốc phòng và An ninh của Quốc hội	<i>Lê Việt Trường</i>	Số 9
41	Cơ sở pháp lý của hoạt động kiểm tra, giám sát tính hợp hiến của văn bản quy phạm pháp luật	<i>ThS. Tào Thị Quyên</i>	Số 9
42	Minh triết Hồ Chí Minh về dân chủ	<i>TS. Hoàng Văn Nghĩa</i>	Số 10
43	Mặt trận Tổ quốc Việt Nam thực hiện quyền giám sát của nhân dân đối với bầu cử đại biểu Quốc hội và hội đồng nhân dân các cấp	<i>Nguyễn Thanh Bình</i>	Số 10

44	Án lệ và án mẫu - những khả năng áp dụng ở nước ta hiện nay	<i>ThS. Cao Việt Thăng</i>	Số 10
45	Cần thiết phải quy định trách nhiệm hình sự của pháp nhân	<i>ThS. Nguyễn Anh Tuấn - Nguyễn Văn Chính</i>	Số 10
46	Tính chất, nội dung Nghị quyết của Quốc hội trong mối tương quan với luật	<i>TS. Hoàng Thị Ngân</i>	Số 11
47	Những dấu ấn trong hoạt động giám sát của Quốc hội khóa XII	<i>Nguyễn Mai Thoa</i>	Số 11
48	Yêu cầu về tính thống nhất của hệ thống pháp luật	<i>ThS. Lê Thị Nga</i>	Số 11
49	Tính hợp pháp và tính hợp lý của quyết định quản lý nhà nước	<i>TS. Nguyễn Cảnh Hợp ThS. Cao Vũ Minh</i>	Số 11
50	Tổ chức bộ máy quyền lực nhà nước trong xây dựng nhà nước pháp quyền Việt Nam dưới ánh sáng tư tưởng Hồ Chí Minh	<i>GS, TSKH. Lê Văn Cẩm TS. Nguyễn Khắc Hải</i>	Số 12
51	Thẩm tra và giá trị pháp lý của thẩm tra	<i>PGS, TS. Phan Trung Lý</i>	Số 12
52	Nội dung của tuyên bố về ứng xử của các bên ở Biển Đông năm 2002	<i>Nguyễn Duy Chiến</i>	Số 12
53	Lại bàn về nguyên tắc: Quyền lực nhà nước là thống nhất, có sự phân công phân nhiệm giữa ba quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp	<i>GS, TS. Nguyễn Đăng Dung</i>	Số 13
54	Bổ sung quy định về quyền miễn trừ trách nhiệm của đại biểu Quốc hội	<i>Hoàng Minh Hiếu</i>	Số 13
55	Cuộc chiến pháp lý mới về “Đường lưỡi bò” ở Biển Đông	<i>PGS, TS. Nguyễn Hồng Thao</i>	Số 13
56	Cơ chế đánh giá việc thực thi công ước của Liên hiệp quốc về chống tham nhũng	<i>ThS. Nguyễn Quốc Văn</i>	Số 13
57	Tiêu chí tổng kết việc thi hành quy định về tổ chức và hoạt động của Bộ máy nhà nước trung ương qua bốn bản hiến pháp	<i>TS. Trương Thị Hồng Hà</i>	Số 14
58	Vai trò của bầu cử trong việc xây dựng Nhà nước pháp quyền của dân, do dân và vì dân	<i>TS. Vũ Văn Nhiêm</i>	Số 14
59	Hiện tượng “lẩn tránh pháp luật” trong tư pháp quốc tế	<i>ThS. Bành Quốc Tuấn</i>	Số 14

60	Xây dựng tiêu chí, phương pháp tổng kết việc thi hành Hiến pháp	<i>TS. Hoàng Văn Tú</i>	Số 15
61	Sửa đổi Hiến pháp: hướng tới đề cao trách nhiệm của chủ tịch ủy ban nhân dân cấp tỉnh	<i>ThS. Trương Vĩnh Xuân – ThS. Lưu Tiến Minh</i>	Số 15
62	Trung Quốc và chiêu bài sử dụng luật quốc tế trong tranh chấp Biển Đông	<i>TS. Nguyễn Thị Lan Anh</i>	Số 15
63	Phát triển không gian công cộng để đảm bảo và thúc đẩy quyền con người ở Việt Nam	<i>ThS. Nguyễn Linh Giang</i>	Số 15
64	Kiểm soát quyền lực nhà nước trong xây dựng Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa Việt Nam	<i>GS, TS. Trần Ngọc Đường</i>	Số 16
65	Đổi mới tổ chức bộ máy nhà nước trong Hiến pháp sửa đổi	<i>PGS, TS. Nguyễn Minh Doan</i>	Số 16
66	Thay đổi trong quan điểm chỉ đạo của Đảng về tổ chức xét xử giám đốc thẩm, tái thẩm vụ án hình sự	<i>Phạm Văn An</i>	Số 16
67	Một số vấn đề nhìn từ góc độ tố tụng trong vụ kiện đầu tiên của Việt Nam tại WTO	<i>ThS. Nguyễn Tiến Vinh</i>	Số 16
68	Quy trình sửa đổi, bổ sung hiến pháp và sự lựa chọn cho Việt Nam trong bối cảnh hiện nay	<i>PGS, TS. Bùi Xuân Đức</i>	Số 17
69	Quyền sở hữu trí tuệ và quyền tiếp cận dược phẩm dưới góc độ quyền con người	<i>PGS, TS. Nguyễn Thanh Tú – TS. Phan Huy Hồng</i>	Số 17
70	Khả năng sử dụng Tòa Trọng tài quốc tế về Luật Biển trong tranh chấp Biển Đông	<i>PGS, TS. Nguyễn Hồng Thao</i>	Số 17
71	Kiến nghị sửa đổi, bổ sung những nội dung cơ bản của Hiến pháp hiện hành	<i>PGS, TS. Nguyễn Thị Hồi</i>	Số 18
72	Phát huy vai trò của Ủy ban Đối ngoại trong việc giám sát các thỏa thuận hợp tác Việt Nam - Lào	<i>TS. Ngô Đức Mạnh</i>	Số 18
73	Nghị quyết của Quốc hội là văn bản Luật hay văn bản dưới luật?	<i>TS. Phan Trung Hiến</i>	Số 18

74	Vai trò và hoạt động của các tổ chức xã hội trong việc bảo vệ, giám sát môi trường	<i>TS. Hoàng Văn Nghĩa</i>	Số 18
75	Lịch sử phát triển của tài phán Hiến pháp	<i>TS. Võ Trí Hào</i>	Số 19
76	Một số vấn đề lý luận về xây dựng tiêu chí và phương pháp tổng kết việc thi hành Hiến pháp	<i>TS. Đặng Minh Tuấn</i>	Số 19
77	Tiết kiệm pháp luật và lãng phí pháp luật	<i>GS, TS. Hoàng Thị Kim Quế</i>	Số 19
78	Phạm vi, nội dung sửa đổi, bổ sung Hiến pháp 1992 về quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân	<i>PGS, TS. Tường Duy Kiên</i>	Số 21
79	Sáu vấn đề trong hoàn thiện Hiến pháp Việt Nam hiện nay	<i>PGS, TS. Lê Văn Hòa</i>	Số 22
80	Phân tích thực nghiệm về mức độ chi tiết hóa Hiến pháp và một số gợi mở cho sửa đổi Hiến pháp	<i>Bùi Ngọc Sơn</i>	Số 22
81	Cải cách Hiến pháp Việt Nam trong xu thế chuyển đổi	<i>TS. Đặng Minh Tuấn</i>	Số 22
82	Hiến pháp mới với vị trí, vai trò của Nguyên thủ quốc gia – Chủ tịch nước	<i>ThS. Cao Vũ Minh</i>	Số 22
83	Về quyền hành pháp của Chính phủ trong cơ chế phân công, phối hợp và kiểm soát quyền lực nhà nước	<i>ThS. Nguyễn Phước Thọ ThS. Cao Anh Đô</i>	Số 22
84	Cách tiếp cận hay là cách thức quy định nhân quyền trong Hiến pháp	<i>GS, TS. Nguyễn Đăng Dung</i>	Số 22
85	Hoàn thiện cơ chế bảo đảm quyền con người trong Hiến pháp – tiếp cận từ quyền tự do và an ninh cá nhân	<i>TS. Phạm Văn Hùng</i>	Số 22
86	Chế độ kinh tế trong Hiến pháp 1992 – phát hiện một số bất cập và kiến nghị hướng sửa đổi	<i>PGS, TS. Phạm Duy Nghĩa</i>	Số 22
87	Mô hình tài phán Hiến pháp nào cho Việt Nam?	<i>PGS, TS. Nguyễn Ngọc Điện</i>	Số 22
88	Chế định quyền con người với việc sửa đổi Hiến pháp: tiếp cận từ sự bổ sung, phát triển lý luận của Đảng ta	<i>TS. Hoàng Văn Nghĩa</i>	Số 23

89	Các hình thức phát triển của Hiến pháp – kinh nghiệm của Đức và Việt Nam	<i>TS. Lương Minh Tuấn</i>	Số 23
90	Quyền tự do giao kết hợp đồng ở Việt Nam – lý luận và thực tiễn	<i>ThS. Phan Thông Anh</i>	Số 23
91	Nguyên tắc tổ chức quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân thể hiện trong Hiến pháp năm 1992 – Những vấn đề đặt ra	<i>GS, TS. Trần Ngọc Đường</i>	Số 24
92	Bàn về quyền lập pháp và mô hình lập pháp	<i>ThS. Cao Anh Đô</i>	Số 24
93	Quyền tiếp cận thông tin từ góc độ xã hội học quyền con người	<i>ThS. Lê Thị Hồng Nhung</i>	Số 24
BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT			
94	Bàn về dự thảo Luật lưu trữ	<i>ThS. Cao Vũ Minh – ThS. Lê Văn Thuận</i>	Số 1
95	Lợi ích của việc xây dựng chế định vật quyền đối với việc hoàn thiện hệ thống pháp luật tài sản	<i>PGS, TS. Nguyễn Ngọc Điện</i>	Số 2+3
96	Xây dựng pháp luật Việt Nam về sử dụng khoảng không vũ trụ vì mục đích hòa bình	<i>PGS, TS. Nguyễn Bá Diển</i>	Số 2+3
97	Hoàn thiện các quy định về người bị tình nghi trong Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2003	<i>TS. Võ Thị Kim Oanh - Nguyễn Ngọc Kiện</i>	Số 4
98	Dự thảo Luật Thủ đô: Tính hợp hiến và hợp pháp trong quy định HĐND TP Hà Nội có thẩm quyền ban hành văn bản quy phạm pháp luật	<i>TS. Vũ Hồng Anh</i>	Số 4
99	Về thời hạn của thỏa ước lao động tập thể	<i>ThS. Hoàng Thị Minh</i>	Số 5
100	Hoàn thiện pháp luật về công nhận và cho thi hành tại Việt Nam bản án, quyết định dân sự của tòa án nước ngoài	<i>ThS. Bành Quốc Tuấn</i>	Số 5
101	Kiến nghị đối với các quy định về biện pháp khẩn cấp tạm thời trong tố tụng dân sự	<i>ThS. Nguyễn Văn Lin Th.S Nguyễn Thị Hạnh</i>	Số 6
102	Thực trạng và giải pháp nâng cao chất lượng tranh tụng trong phiên tòa hình sự	<i>ThS. Nguyễn Kim Chi</i>	Số 6

103	Bảo đảm quyền con người của người bị tình nghi phạm tội trong các vụ án áp dụng thủ tục rút gọn	<i>ThS. Nguyễn Sơn Hà</i>	Số 7
104	Giải pháp nâng cao hiệu quả hoạt động của đại diện lao động	<i>ThS. Đào Mộng Điệp</i>	Số 7
105	Hoàn thiện quy định về trách nhiệm của người sử dụng lao động đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động trái pháp luật	<i>TS. Trần Hoàng Hải</i> <i>ThS. Đỗ Hải Hà</i>	Số 8
106	Điều kiện để phát triển thương lượng tập thể	<i>ThS. Hoàng Thị Minh</i>	Số 8
107	Về Dự án pháp lệnh Hợp nhất văn bản quy phạm pháp luật	<i>PGS, TS. Đinh Dũng Sỹ</i>	Số 9
108	Sửa đổi, bổ sung một số quy định liên quan đến chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng trong Bộ luật Dân sự năm 2005	<i>ThS. Nguyễn Văn Phái</i>	Số 9
109	Những vấn đề bị bỏ quên liên quan đến chế độ sở hữu trong Bộ luật Dân sự năm 2005	<i>PGS, TS. Nguyễn Ngọc Điện</i>	Số 10
110	Ban hành Luật Phổ biến, giáo dục pháp luật - biện pháp nâng cao hiệu quả giáo dục pháp luật trong nhà trường	<i>ThS. Trần Thị Sáu</i>	Số 10
111	Vi phạm nghiêm trọng thủ tục tổ tụng thuộc trường hợp xác định không đúng tư cách người tham gia tố tụng	<i>Thái Chí Bình</i>	Số 11
112	Luật Nhà giáo - cơ sở pháp lý cho việc xây dựng và quản lý đội ngũ nhà giáo	<i>ThS. Đặng Thị Thu Huyền</i>	Số 11
113	Hợp đồng repo chứng khoán và việc sửa đổi chế định hợp đồng chuộc lại tài sản trong Bộ luật Dân sự 2005	<i>TS. Nguyễn Thị Thu Vân</i> <i>TS. Trần Thị Thu Hà</i>	Số 12
114	Xây dựng cơ chế bảo vệ người tố cáo	<i>ThS. Hồ Thị Thu An</i>	Số 12
115	Hoàn thiện pháp luật về trách nhiệm dân sự trong hợp đồng	<i>Trần Việt Anh</i>	Số 13
116	Tiếp tục sửa đổi, bổ sung, hoàn thiện một số quy định của Luật Đất đai năm 2003	<i>ThS. Lê Văn Thành</i>	Số 13
117	Điều kiện có hiệu lực của giao dịch dân sự theo quy định của Bộ luật Dân sự năm 2005	<i>ThS. Nguyễn Thị Tình</i>	Số 14

118	Các kiến nghị sửa đổi Bộ luật Lao động 1994 từ việc thực hiện Công ước số 29 của ILO	<i>Phan Thanh Huyền</i>	Số 14
119	Tổ tụng hình sự Việt Nam cần được đổi mới và hoàn thiện theo hướng nào?	<i>GS. TSKH. Đào Trí Úc</i>	Số 15
120	Ưu tiên quyền lợi của người nộp thuế khi sửa đổi Luật Thuế thu nhập cá nhân	<i>TS. Nguyễn Thị Lan Hương</i>	Số 15
121	Những nội dung cần điều chỉnh của Dự án Luật Hòa giải ở cơ sở	<i>TS. Trần Huy Liệu – ThS. Lưu Tiến Minh</i>	Số 16
122	Sức sống của Bộ luật Dân sự Việt Nam từ góc nhìn so sánh với Bộ luật Dân sự Pháp, Đức, Hà Lan	<i>Bùi Thị Thanh Hằng – Đỗ Giang Nam</i>	Số 16
123	Về cách thức tiếp cận và một số nội dung của Dự thảo Luật Phổ biến, giáo dục pháp luật	<i>ThS. Đỗ Xuân Lân</i>	Số 17
124	Nâng cao chất lượng kiểm sát việc giải quyết tin báo, tố giác tội phạm và kiến nghị khởi tố	<i>Đỗ Mạnh Quang</i>	Số 17
125	Về kiến nghị của Bộ Xây dựng liên quan đến giao dịch nhà ở	<i>TS. Đỗ Văn Đại</i>	Số 18
126	Khái niệm đại diện và phân loại đại diện trong lĩnh vực thương mại	<i>ThS. Hồ Ngọc Hiến</i>	Số 18
127	Lựa chọn mô hình pháp luật về lao động phù hợp ở Việt Nam	<i>PGS, TS. Phan Trung Lý – ThS. Trương Thị Diệu Thúy</i>	Số 19
128	Chế định sở hữu đất đai qua các thời kỳ và giải pháp tăng cường quản lý nhà nước đối với đất đai	<i>TS. Doãn Hồng Nhung</i>	Số 19
129	Về pháp luật xử lý hành chính của Việt Nam	<i>GS, TS. Nguyễn Đăng Dung</i>	Số 20
130	Nâng cao hiệu quả áp dụng của các hình thức xử phạt vi phạm hành chính	<i>Quách Tiên Phong</i>	Số 20
131	Thẩm quyền xử phạt vi phạm hành chính trong Dự án Luật Xử lý vi phạm hành chính	<i>Nguyễn Thanh Hà</i>	Số 20
132	Hoàn thiện pháp luật về các biện pháp ngăn chặn vi phạm hành chính và bảo đảm việc xử lý vi phạm hành chính	<i>ThS. Trương Thị Phương Lan</i>	Số 20

133	Thủ tục xử phạt vi phạm hành chính trong Dự án Luật Xử lý vi phạm hành chính	<i>Trương Khánh Hoàn</i>	Số 20
134	Biện pháp giáo dục tại xã, phường, thị trấn trong Dự án Luật Xử lý vi phạm hành chính	<i>ThS. Đặng Thanh Sơn</i>	Số 20
135	Biện pháp đưa vào cơ sở chữa bệnh trong Dự thảo Luật Xử lý vi phạm hành chính	<i>ThS. Đào Thị Thu An</i>	Số 20
136	Biện pháp đưa vào cơ sở giáo dục trong Dự thảo Luật Xử lý vi phạm hành chính	<i>GS, TS. Nguyễn Ngọc Anh</i>	Số 20
137	Biện pháp đưa vào trường giáo dưỡng trong Dự án Luật Xử lý vi phạm hành chính	<i>Vũ Thị Thanh Thủy</i>	Số 20
138	Hình thức xử phạt và biện pháp xử lý hành chính đối với người chưa thành niên trong Dự thảo Luật Xử lý vi phạm hành chính	<i>Nguyễn Văn Hoàn</i>	Số 20
139	Các biện pháp thay thế xử lý vi phạm hành chính đối với người chưa thành niên	<i>Bùi Thị Nam</i>	Số 20
140	Xây dựng Luật Lưu trữ để phát huy tác dụng của tài liệu lưu trữ đối với đời sống	<i>TS. Văn Tắt Thu</i>	Số 21
141	Đại học tư thục “khoác áo” doanh nghiệp và suy nghĩ về dự thảo Luật Giáo dục đại học	<i>TS. Trần Thị Thu Hà TS. Nguyễn Thị Thu Vân</i>	Số 21
142	Chế tài hành chính và những bất cập trong quy định hiện hành về chế tài hành chính	<i>TS. Phạm Hồng Quang</i>	Số 21
143	Hoàn thiện pháp luật về thẩm quyền xử phạt vi phạm hành chính	<i>ThS. Nguyễn Mạnh Hùng</i>	Số 21
144	Một số nội dung cơ bản của Dự thảo Luật Giáo dục đại học	<i>PGS, TS. Chu Hồng Thanh</i>	Số 23
145	Kiến nghị hoàn thiện Dự thảo Luật Xử lý vi phạm hành chính	<i>ThS. Lê Ngọc Thanh</i>	Số 23
146	Điều tra thân thiện đối với người chưa thành niên	<i>ThS. Lê Minh Thắng</i>	Số 23
147	Hoàn thiện quy định về bảo đảm quyền có người bào chữa trong pháp luật Tố tụng hình sự Việt Nam	<i>ThS. Lương Thị Mỹ Quỳnh</i>	Số 24

148	Vướng mắc trong giải quyết tranh chấp hợp đồng vay tài sản và một số kiến nghị	<i>ThS. Trần Văn Duy – ThS. Nguyễn Hương Lan</i>	Số 24
149	Lao động nữ và vấn đề nghỉ thai sản của lao động nữ	<i>ThS. Nguyễn Hồng Ngọc</i>	Số 24
CHÍNH SÁCH			
150	Quan điểm của Chủ nghĩa Mác-Lênin, tư tưởng Hồ Chí Minh và Đảng ta về bình đẳng giới	<i>ThS. Trần Thị Quốc Khánh</i>	Số 1
151	Phối hợp sử dụng công cụ luật và chính sách trong công tác quản lý nhà nước	<i>Đoàn Văn Dũng</i>	Số 2+3
152	Đã Nông thực hiện chính sách an sinh xã hội góp phần phát triển xã hội bền vững	<i>ThS. Bùi Thị Hòa</i>	Số 4
153	Lựa chọn mô hình giám sát tài chính ở Việt Nam: cần nâng cao vị thế của Ủy ban giám sát tài chính quốc gia	<i>ThS. Viên Thế Giang</i>	Số 5
154	Vận dụng Tư tưởng Hồ Chí Minh về phòng chống tham nhũng trong giai đoạn hiện nay	<i>TS. Nguyễn Quốc Sửu</i>	Số 6
155	Tiền lương của công nhân trong doanh nghiệp tư nhân	<i>TS. Bùi Ngọc Thanh</i>	Số 7
156	Văn hoá pháp lý và nghệ thuật áp dụng pháp luật trong đời sống xã hội	<i>TS. Lê Quốc Hùng</i>	Số 8
157	Sử dụng công cụ kinh tế và pháp lý trong quản lý, bảo vệ môi trường	<i>ThS. Lê Thị Thảo - ThS. Nguyễn Quang Tuấn</i>	Số 9
158	Công tác đào tạo, bồi dưỡng cán bộ công chức cấp xã ở các tỉnh Tây Nguyên hiện nay	<i>ThS. Đỗ Văn Dương</i>	Số 10
159	Mấy bình luận về Đề án cải cách thủ tục hành chính trong lĩnh vực công chứng	<i>Tuấn Đạo Thanh</i>	Số 11
160	Góc nhìn lịch sử về tính tự trị trong chính sách đối với cộng đồng các dân tộc Tây Nguyên	<i>TS. Nguyễn Quốc Sửu Nguyễn Anh Tuấn</i>	Số 12
161	Hiệu quả từ quỹ tín dụng vi mô và giảm nghèo cho nhóm xã hội yếu thế	<i>ThS. Nguyễn Đức Chiện</i>	Số 13
162	Lao động, việc làm và quản lý đất đai ở Hà Nội hiện nay	<i>TS. Hoàng Xuân Nghĩa</i>	Số 14

163	Quản lý nợ công: thực trạng và các kiến nghị hoàn thiện pháp luật	<i>ThS. Trần Vũ Hải</i>	Số 15
164	Vai trò của pháp luật trong kiểm soát đầu tư công	<i>PGS, TS. Phạm Duy Nghĩa</i>	Số 16
165	Những vấn đề cần khắc phục trong giải quyết mối quan hệ giữa tăng trưởng kinh tế và công bằng xã hội	<i>TS. Bùi Ngọc Thanh</i>	Số 17
166	Giảm thiểu các xung đột lợi ích trong thể chế hiện đại ở Việt Nam	<i>PGS, TS. Đặng Văn Thanh</i>	Số 18
167	Thực hiện pháp luật đối với người nghèo	<i>ThS. Đỗ Xuân Lân</i>	Số 19
168	Thực hiện pháp luật dân chủ ở cơ sở xã, phường, thị trấn trên địa bàn các tỉnh Tây Nguyên hiện nay	<i>ThS. Đỗ Văn Dương</i>	Số 21
169	Đề xuất giải pháp quản lý và sử dụng lao động nước ngoài tại Việt Nam	<i>ThS. Phan Thị Thanh Huyền</i>	Số 23
170	Thực trạng và một số giải pháp cho quy hoạch xây dựng	<i>ThS. Vũ Việt Thiệu</i>	Số 24
THỰC TIỄN PHÁP LUẬT			
171	Hoàn chỉnh cơ chế pháp lý bảo vệ nhà đầu tư chứng khoán trong giai đoạn giao dịch chứng khoán	<i>ThS. Phan Phương Nam</i>	Số 1
172	Vốn điều lệ của công ty từ quy định của Nghị định 102/2010/NĐ-CP	<i>ThS. Phạm Hoài Huân</i>	Số 1
173	Những điều cần lưu ý trong hoạt động tiếp xúc cử tri của đại biểu Quốc hội	<i>TS. Bùi Ngọc Thanh</i>	Số 2+3
174	Vấn đề hủy bỏ quyết định của Đại hội đồng cổ đông theo pháp luật doanh nghiệp Việt Nam	<i>TS. Bùi Xuân Hải</i>	Số 2+3
175	Quyền khiếu nại, khiếu kiện khi nhà nước thực hiện việc thu hồi đất, bồi thường, hỗ trợ, tái định cư	<i>TS. Phan Trung Hiền</i>	Số 4
176	Một số bất cập trong thi hành pháp luật về Bảo hiểm thất nghiệp	<i>Bùi Đức Hiền</i>	Số 4
177	Hoàn thiện pháp luật về phòng ngừa rủi ro tín dụng của các tổ chức tín dụng	<i>TS. Phạm Thị Giang Thu – ThS. Nguyễn Ngọc Lương</i>	Số 5
178	“Di tặng” theo quy định tại Điều 671 Bộ luật Dân sự	<i>ThS. Vũ Thị Lan Hương</i>	Số 5

179	Doanh nghiệp tư nhân Việt Nam trong cộng đồng doanh nghiệp ngoài nhà nước	<i>ThS. Trương Vĩnh Xuân</i>	Số 6
180	Cơ quan quản lý cạnh tranh ở Việt Nam: Những bất cập và phương hướng hoàn thiện	<i>Trương Hồng Quang</i>	Số 6
181	Sửa đổi, bổ sung Bộ luật hình sự năm 1999 đối với các tội phạm về tham nhũng	<i>Đinh Văn Quế</i>	Số 7
182	Chế định phòng vệ thương mại – nhìn từ vụ việc điều tra áp dụng biện pháp tự vệ đối với một mặt hàng nhập khẩu	<i>ThS. Nguyễn Ngọc Sơn</i>	Số 7
183	Những vấn đề mang tính nguyên tắc trong Luật ban hành văn bản quy phạm pháp luật	<i>TS. Bùi Thị Đào</i>	Số 8
184	Giải quyết tranh chấp bằng Trọng tài thương mại Ad hoc ở Việt Nam - thực trạng và giải pháp	<i>ThS. Phan Thông Anh</i>	Số 8
185	Tiêu chí đánh giá khung pháp lý điều chỉnh hoạt động đầu tư chứng khoán	<i>TS. Lê Vũ Nam</i>	Số 9
186	Hòa giải trong thương mại và phát triển phương thức hòa giải trong thương mại ở Việt Nam	<i>ThS. Lưu Hương Ly</i>	Số 10
187	Tác động của pháp luật doanh nghiệp đến tiến trình cải cách thủ tục hành chính trong năm 2010	<i>ThS. Trần Huỳnh Thanh Nghị</i>	Số 10
188	Hoàn thiện pháp luật về hành vi phân biệt giá của Luật Cạnh tranh	<i>ThS. Trương Trọng Hiếu</i>	Số 11
189	Cạnh tranh và các dạng thức thỏa thuận hạn chế cạnh tranh	<i>ThS. Nguyễn Thị Hồng Vân</i>	Số 11
190	Hai ý kiến về quyết định hình phạt trong Bộ luật Hình sự	<i>TS. Phạm Văn Beo</i>	Số 12
191	Hoàn thiện pháp luật về tập đoàn kinh tế	<i>PGS, TS. Nguyễn Thế Quyền</i>	Số 13
192	Bồi thường thiệt hại do công chứng viên gây ra	<i>TS. Đỗ Văn Đại</i>	Số 14
193	Bồi thường, hỗ trợ và tái định cư các dự án thủy lợi, thủy điện theo quyết định 34 của Thủ tướng Chính phủ	<i>ThS. Lê Ngọc Thanh</i>	Số 14

194	Chế tài phạt vi phạm hợp đồng theo Luật Thương mại năm 2005	<i>ThS. Nguyễn Việt Khoa</i>	Số 15
195	Chuyển đổi doanh nghiệp nhà nước thành công ty theo Luật Doanh nghiệp năm 2005 có phải là “bình mới, rượu cũ”?	<i>PGS, TS. Đinh Dũng Sỹ</i>	Số 16
196	Giải pháp pháp luật về hạn chế rủi ro trong hoạt động cho vay của các ngân hàng thương mại	<i>ThS. Nguyễn Thị Mai Hoa</i>	Số 16
197	Lồng ghép vấn đề bình đẳng giới trong Luật Thi hành án hình sự	<i>GS, TS. Nguyễn Ngọc Anh</i>	Số 17
198	Các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh trong hợp đồng nhượng quyền thương mại	<i>ThS. Nguyễn Thị Hồng Vân</i>	Số 17
199	Nâng cao chất lượng, hiệu quả công tác tham mưu tổng hợp của văn phòng ủy ban nhân dân cấp tỉnh	<i>ThS. Phạm Đức Thu - ThS. Nguyễn Văn Huê</i>	Số 18
200	Hộ gia đình và trách nhiệm trả nợ của hộ gia đình trong quan hệ tín dụng	<i>ThS. Đào Hoàng Thắng</i>	Số 18
201	Công khai quyết định hành chính – sự bảo đảm quyền công dân	<i>TS. Nguyễn Hoàng Anh</i>	Số 19
202	Phương hướng hoàn thiện hệ thống pháp luật bảo tồn đa dạng sinh học	<i>Trương Hồng Quang</i>	Số 19
203	Pháp luật về tội bắt, giữ hoặc giam người trái pháp luật và kiến nghị sửa đổi, bổ sung	<i>TS. Trịnh Tiến Việt ThS. Nguyễn Thị Thanh</i>	Số 21
204	Hòa giải – một phương thức giải quyết tranh chấp thay thế	<i>ThS. Dương Quỳnh Hoa</i>	Số 23
205	Hoàn thiện pháp luật về tội mua dâm người chưa thành niên	<i>ThS. Nguyễn Thị Ngọc Hoa</i>	Số 23
206	Một vài phân tích và kiến nghị sửa đổi pháp luật cạnh tranh về chống định giá quá đáng	<i>ThS Trần Hoàng Nga</i>	Số 24
KINH NGHIỆM QUỐC TẾ			
207	Các luật bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ trong Bộ chuẩn luật Quốc gia Hoa Kỳ	<i>ThS. Kiều Thị Thanh</i>	Số 1

208	Một số nội dung trong Luật Trách nhiệm xâm hại quyền lợi của nước Cộng hòa nhân dân Trung Hoa	<i>TS. Đồng Hiểu Tùng (Dong XiaoSong)</i>	Số 2+3
209	Pháp luật quốc tế về tuyển dụng, sử dụng lao động trẻ em	<i>Trần Thắng Lợi</i>	Số 4
210	Dicey và pháp quyền của Vương quốc Anh	<i>Nguyễn Ngọc Tuệ</i>	Số 5
211	Án lệ trong hệ thống pháp luật dân sự các nước Pháp, Đức và việc sử dụng án lệ ở Việt Nam	<i>ThS. Nguyễn Văn Nam</i>	Số 6
212	Quản lý rủi ro trong hoạt động hải quan từ kinh nghiệm các nước	<i>Nguyễn Thị Kim Long</i>	Số 7
213	So sánh một số hệ thống bầu cử trên thế giới	<i>ThS. Bùi Hải Thiêm</i>	Số 8
214	Tìm hiểu thêm về bầu cử Tổng thống và nghị sỹ ở Pháp	<i>TS. Đặng Minh Tuấn</i>	Số 9
215	Cơ chế giải quyết tranh chấp trong Luật Vũ trụ quốc tế	<i>ThS. Đồng Thị Kim Thoa</i>	Số 10
216	Chính sách, pháp luật về quản lý biển của Canada, Trung Quốc, Nhật Bản và kinh nghiệm cho Việt Nam	<i>TS. Nguyễn Quang Tuyền – ThS. Đoàn Thanh Mỹ</i>	Số 11
217	Cải cách hành chính tại một số quốc gia và kinh nghiệm vận dụng vào Việt Nam	<i>TS. Nguyễn Văn Cường</i>	Số 12
218	Án lệ ở Úc: lịch sử, khái niệm, nguyên tắc và cơ chế thực hiện	<i>Nguyễn Đức Lam</i>	Số 13
219	Một số vấn đề lý luận rút ra từ kinh nghiệm tổ chức chính quyền địa phương ở Pháp và Đức	<i>TS. Nguyễn Thị Kim Thoa ThS. Nguyễn Thị Hạnh</i>	Số 14
220	Pháp luật một số quốc gia về phòng, chống và bồi thường thiệt hại do ô nhiễm dầu trên biển	<i>PGS, TS. Nguyễn Bá Diển</i>	Số 15
221	Quan hệ giữa Quốc hội và Chính phủ trong Hiến pháp năm 1958 của Pháp và vận dụng ở Việt Nam	<i>ThS. Vũ Thu Hằng</i>	Số 16
222	Đặc điểm phát triển của hiến pháp ở Đông Á	<i>Bùi Ngọc Sơn</i>	Số 17

223	Hoàn thiện pháp luật về vi phạm hành chính từ kinh nghiệm của Liên bang Nga	<i>TS. Nguyễn Cảnh Hợp - ThS. Cao Vũ Minh</i>	Số 18
224	Sử dụng hành động công nghiệp trong thương lượng tập thể ở Thụy Điển và việc sử dụng đình công ở Việt Nam	<i>TS. Hoàng Thị Minh ThS. Phan Thanh Huyền</i>	Số 19
224	Các tổ chức xã hội dân sự ở Thái Lan	<i>TS. Vũ Công Giao – ThS. Nguyễn Thị Kim Chung</i>	Số 21
226	Quan điểm về tội phạm của một số nước trong bối cảnh toàn cầu hóa	<i>TS. Nguyễn Minh Đức</i>	Số 23
227	Luật tôn giáo của một số quốc gia và khái niệm hình thức pháp luật ở Việt Nam	<i>TS. Phan Trung Hiền</i>	Số 24
THÔNG TIN LẬP PHÁP			
228	Hội nghị gặp mặt các cộng tác viên các tỉnh phía nam nhân kỷ niệm mười năm ngày thành lập Tạp chí	<i>PV</i>	Số 1
229	Định hướng chủ đề Tạp chí Nghiên cứu lập pháp năm 2011	<i>NCLP</i>	Số 2+3
230	Nghị quyết số 1018 NQ/UBTVQH12 về việc công bố ngày bầu cử và thành lập Hội đồng bầu cử Đại biểu Quốc hội khóa XIII và Đại biểu Hội đồng nhân dân các cấp nhiệm kỳ 2011 - 2016		Số 4
231	Nghị quyết về chương trình hoạt động giám sát của Ủy ban Thường vụ Quốc hội năm 2011		Số 6
232	Nghị quyết Kỳ họp thứ chín, Quốc hội khóa XII		Số 8
233	Nghị quyết về việc sửa đổi, bổ sung Hiến pháp năm 1992 và thành lập Ủy ban dự thảo sửa đổi Hiến pháp năm 1992		Số 16
234	Nghị quyết về Chương trình xây dựng luật, pháp lệnh năm 2012 và điều chỉnh Chương trình chương trình xây dựng luật, pháp lệnh năm 2011		Số 17
235	Sửa đổi Hiến pháp để xây dựng nhà nước pháp quyền	<i>PV</i>	Số 24